

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

**“ROMA HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMELERİ (*LOCATIO
CONDUCTIO OPERIS*)”**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ceren SOYDAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Havva KARAGÖZ

MAYIS, 2016

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iii
GİRİŞ	1
§ 1. LOCATIO CONDUCTIO ve KAPSAMI	3
I. Terminoloji ve Tarihi	3
II. Locatio Conductio'nun Yapısı	5
A) Rızai Sözleşmelerden Oluşu	5
B) İyiniyet Davaları ile Korunması	12
C) Locatio Conductio'nun Çeşitleri	14
III. Eser Sözleşmesinin Tanımı, Özellikleri ve Unsurları	17
A) Tanımı	17
B) Özellikleri	21
C) Unsurları	27
1- Tarafların Anlaşması	27
2- Eser	29
3- Malzemenin Temini	37
4- Sonucun Üstlenilmesi ve Eserin Teslimi	42
5- Bedel	48
a. Tarafların Bedel Üzerinde Anlaşması	48
b. Bedelin Taraflarca Açıkça Belirlenmesi Hususu	50
c. Bedelin Tespitinin Üçüncü Kişiye Bırakılması	53
d. Eser Sözleşmesinde Götürü Ücret	58
IV. Eser Sözleşmesinin Diğer Sözleşmelerden Farkı	62
A) Hizmet (locatio conductio operarum) Sözleşmesinden Farkı	62
B) Saklama (Vedia) (depositum) Sözleşmesinden Farkı	71
C) Satış (emptio venditio) Sözleşmesinden Farkı	73
D) Vekalet (mandatum) Sözleşmesinden Farkı	82
§ 2. TARAFLARIN BORÇLARI	88
I. İş Sahibinin Borçları	88
A) Bedel (Ücret) Ödeme Borcu	88
B) Malzemenin Temin Edilmesi ile Araç ve Alet Sağlama Borcu	98
II. Yüklenicinin Borçları	108
A) Eser Meydana Getirme Borcu	109

B) Eseri Teslim Borcu.....	118
C) Özen ve Sadakat Borcu.....	122
III. Tarafların Sorumluluğu.....	129
§ 3. LOCATIO CONDUCTIO OPERIS'İN SONA ERMESİ.....	146
I. Genel Olarak.....	146
A) İfa.....	146
B) Temerrüt veya İfa Etmeme Sebebiyle Fesih.....	149
C) Anlaşma ile Sona Erme.....	155
D) İş Sahibinin Tazminat Karşılığı Sözleşmeyi Feshetmesi.....	156
E) İmkansızlık.....	158
1- İmkansızlık Kavramı.....	158
2- Hasar Meselesi.....	159
a. Klasik Dönemde.....	160
b. Klasik Sonrası Dönemde.....	162
F) Yüklenicinin Ölümü.....	172
II. <i>Locatio Conductio Operis</i> 'e Özgü Sona Erme Sebepleri.....	174
A) Haklı Sebep ile Sona Erme.....	175
B) Acz Dolayısıyla Sona Erme.....	176
1- İş Sahibinin Aczi.....	176
2- Yüklenicinin Aczi.....	177
C) Ücret Miktarı ile İlgili Sona Erme.....	178
III. <i>Locatio Conductio Operis</i> 'den Doğan Davalar.....	178
A) <i>Actio Locati</i>	179
B) <i>Actio Conducti</i>	181
SONUÇ.....	184
KAYNAKÇA.....	189

KISALTMALAR

ABGB	: Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
C.	: Codex
CIC.	: Corpus Iuris Civilis
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta Iustiniani
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
EBK	: 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Ed.	: Edictum
Gai.	: Gaius Institutiones
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Inst.	: Iustinianus Institutiones
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
pr.	: Principium
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu
vd. : Ve Devamı
Y. : Yargıtay
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
yy. : Yüzyıl



GİRİŞ

Locatio conductio sözleşmeleri açısından oldukça kısıtlı olan Roma hukuku kaynakları, bize, bu sözleşmenin esasen bir çatı altında toplandığını; ancak günümüzdeki üçlü ayırımın (kira, eser, hizmet) Roma hukukundaki uygulamalar ve sonradan da müşterek hukuk (*common law*) çalışmaları ile tamamlandığını ve günümüzdeki halini aldığını göstermektedir.

Bu tezde, Roma hukukunda *locatio conductio operis* olarak isimlendirilen eser sözleşmesinin Roma hukukundaki ve günümüzdeki yapısı incelenecektir. *Locatio conductio*, Roma hukukunda kira, eser ve hizmet sözleşmelerini kapsayan günümüzdeline göre daha geniş bir forma sahipti. Roma hukukunda, günümüzdeline aksine bu sözleşme tipleri arasındaki ayırımın çok net olmadığı görülür.

Tezin ilk kısmında Roma hukukunda eser sözleşmelerini de kapsayan üst başlık olarak “*locatio conductio*”nun tarihine, yapısına, özelliklerine ve unsurlarına yer verilerek, kavramın anlaşılması amaçlanmıştır. Birinci bölümün sonunda hem Roma hukuku hem de günümüz Türk hukukunda eser sözleşmesinin diğer sözleşmelerden, özellikle hizmet, saklama, satış ve vekalet sözleşmelerinden farkları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Eserin ikinci kısmında, sinallagmatik olan eser sözleşmesinde tarafların borçları iş sahibi ve yüklenici açısından ayrı ayrı incelenecektir. Bununla birlikte iş sahibinin bedel ödeme borcu, Roma hukukunda eser sözleşmesinin *sine qua non* unsuru olan malzemeyi temin etme borcu ile araç ve aletleri sağlama borçları incelenecektir. Bu kapsamda tarafların sorumluluğu konusunu da ikinci kısımda incelemeyi uygun bulduk.

Üçüncü bölümde *locatio conductio operis* sözleşmesinin sona ermesini inceleyerek

son bölümde *locatio conductio operis* sonucunda açılabilir davalara değinilecektir. Eser sözleşmesinin sona ermesinin bir yansıması olarak imkansızlık ve hasar kavramı da bu başlık altında irdelenecektir.

Sonuç kısmında ise tez kapsamında incelenmiş olan konulara ilişkin olarak genel bir değerlendirme yapılacaktır.

Bu çalışma, esasen bir Roma hukuku tezi olması itibariyle Romanist bakış açısıyla yazılmıştır. Günümüz Türk Borçlar hukuku konuları, Roma hukukunu ilgilendirdiği, kesiştiği ve ayrıldığı noktalar üzerinde durularak karşılaştırma yapılarak incelenecek olup bir Medeni Hukuk tezi kapsamında çalışma niteliği taşımamaktadır.



§ 1. *LOCATIO CONDUCTIO* ve KAPSAMI

I. Terminoloji ve Tarihi

“*Locare*”, kelime anlamıyla bir yere koymak¹, yer göstermek gibi anlamlara gelirken; “*conducere*” beraberinde alıp götürmek², taşımak, yanına almak anlamlarına gelmektedir³. Bu iki kelime, böylelikle Roma hukukunda *locatio conductio* sözleşmelerinin köklerini teşkil eder. Bu kavramların ilk olarak MÖ. 5. yüzyılda, yani bu sözleşmelerin MÖ. 2. yüzyıl ortalarında çıkmasından çok önce, kullanılmaya başlandığı görülmektedir⁴. Bu kavramların MÖ. 5. yüzyılda ortaya çıkışından MÖ. 2. yüzyıl ortalarına değin nasıl kullanıldığı konusu aydınlatılamamış olsa da; genel kabul gören görüş dilin durağan olmadığı noktasında birleşmektedir. Bu sebeple söz konusu kavramların ilk ortaya çıktığındaki kullanımıyla *locatio conductio* sözleşme tiplerinin ortaya çıkışından sonra teknik olarak farklı olduğuna inanılmaktadır⁵. Bu kelimeler, esasen, aynı zamanda metaforik olarak da kullanılmıştır. Zira bir kimse, bir evin inşası için mimarla anlaşırsa mimar, *conductor* olarak isimlendirilir, çünkü işi alan kimsedir; iş sahibi ise *locator* olarak isimlendirilir, zira işi yükleniciye veren, yer gösteren kimsedir⁶. Dolayısıyla Roma hukukunda, *locatio conductio* sözleşmelerinin ilk şekillerinde, her zaman “yer gösterilen” bir şey olagelmıştır: (a) Teklifinize bir şeyi yerleştirebilirim; (b) teklife kendimi veya kölemi veya evladımı yerleştirebilirim; (c) sizin ellerinizde görülmesi üzere bir şeyi size teslim edebilirim⁷.

¹ KOSCHAKER, P.; Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1977 s. 238.

² KOSCHAKER, s. 238.

³ ZIMMERMANN, R.; The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996, s. 339; SCHULZ, F.; Classical Roman Law, Oxford, 1992, s. 543; NICHOLAS, B.; An Introduction to Roman Law, Oxford, 2010, s. 182.

⁴ WATSON, A.; The Law of Obligations in the Later Roman Republic; Oxford, 1995, s. 100-101.

⁵ DU PLESSIS, P. J.; Letting and Hiring in Roman Legal Thought 27 BCE- 284 CE, Edinburgh, 2012, s. 9.

⁶ SCHULZ, s. 543.

⁷ LEE, R. W.; The Elements of Roman Law, 4th edition, London, 1956, s. 320.

Locatio conductio'nun kökenleri çok net olmasa da, buna ilişkin en etkili görüşlerden birine göre bu sözleşmelerin kaynağı Roma kamu hukukunda bulunmaktadır⁸. Bu görüşe göre *locatio conductio rei*'nin doğumu, devlet arazisini kiraya veren *ensor*'ların faaliyetleri sonucunda, *locatio conductio operis* kamu işlerinin icrası için bu işlerin bir kimseye verilmesinde ve *locatio conductio operarum* ise *magistra*'ların kendi güvenliklerini sağlamak üzere *lictors*⁹ ve görevliler tutmasıyla ortaya çıkmıştır¹⁰.

Bir diğer görüş alternatif bir hipotez sunarak patron-müşteri ilişkisi çerçevesinde eski efendinin özgürleştirdiği kölesine kendi mülkiyeti üzerinde işgal hakkı vermesiyle doğduğunu öne sürer¹¹. İkinci görüşü desteklemekle beraber bir diğer görüş¹², mülkiyet hakkından ziyade köleye bir takım görevler, işler verilmesi suretiyle *locatio conductio*'nun yine patron-müşteri ilişkisi içerisinde doğduğunu savunur.

Locatio conductio'nun tarihi araştırmasını yapmış olan bir yayına¹³ göre, *locatio conductio*'nun kaynağı MÖ. beşinci yüzyıldaki 12 Levha Kanunları zamanı ile MÖ. ikinci yüzyılda *locatio conductio* sözleşmesinin rızai sözleşme olarak tanınmasına kadar Roma toplumundaki sosyo-ekonomik koşullara dayanmaktadır¹⁴. *Locatio conductio* akitlerinde, karşımıza her zaman ekonomik ve sosyal açıdan eşit olmayan iki taraf çıkmaktadır¹⁵. Bu görüş ayrıca, *locatio conductio*'nun farklı tarihi kökleri olduğunu ve bunların bir kısmının yine sözleşmelerden doğan gayri resmi formda olduğunu ekler. Öğretide en çok kabul gören görüş bu olmuştur. *Locatio conductio*'nun doğuşuna ilişkin son dönemde ortaya çıkan bir görüş¹⁶ ise, o dönemde

⁸ DU PLESSIS, Letting and Hiring s. 10'dan naklen: MOMMSEN, T.; “Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe”; Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, S.6, 1885, s. 260-275, 264, 267-268.

⁹ Roma'da Krallık Devrinden beri *imperium* yetkisi olan *magistra*'ları korumakla görevli sivil hizmetlilerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. LIVIUS, T., The History of Rome, Books 1-8, 2008.

¹⁰ DU PLESSIS, Letting and Hiring, s. 10.

¹¹ DU PLESSIS, Letting and Hiring, s. 10-11'den naklen: COSTA, E.; La Locazione di Cose nel Diritto Romano, Torino, 1915, s. 3-4.

¹² DU PLESSIS, Letting and Hirind, s. 11'den naklen: BECK, A.; Zur Entstehung des römischen Mietvertrages, Festschrift Hans Lewald (Basel 1953), s. 3-13.

¹³ DU PLESSIS, Letting and Hiring, s. 11'den naklen: KAUFMANN, H.; Die altrömische Miete: Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung, Cologne/Graz, 1964, s. 7.

¹⁴ DU PLESSIS, Letting and Hiring, s. 11.

¹⁵ ZIMMERMANN, s. 339.

¹⁶ DU PLESSIS, Letting and Hiring, s. 12'den naklen: DE LIGT, L.; Studies in Legal and Agrarian History II: Tenancy under the Republic, Athenaeum, S. 88, 2008, s. 377-391, s. 385.

bu sözleşmelere “geçici satış” niteliğiyle bakıldığı yönündedir¹⁷.

Bir diğer varsayımına göre, Roma hukuku kaynaklarının bu alandaki nadirliği sebebiyle, esasen, kaynaklarda, MÖ. ikinci yüzyıla kadar *locatio conductio* sözleşmelerine ilişkin eser bulmak mümkün değildir; ancak, günlük hayatta, bu sözleşmelerin muhakkak yer bulduğu, haklı olarak savunulmuştur¹⁸. Özellikle kira sözleşmeleri açısından *locatio conductio*'ların yaygın olduğunu görmekteyiz. Başlarda bu sözleşmeler, tek başına uygulama alanı bulamıyor ve *stipulatio* olarak nitelendiriliyordu. Bu sözlü anlaşma, sözleşmeyi değiştirmek için yeterince esnekti. Ancak Cumhuriyet döneminde, *praetor*, saf bir rızai sözleşme¹⁹ olarak tanımlayarak *locati conducti* davası tanımıştır²⁰. Dönemin koşulları incelendiğinde, kira sözleşmelerinin, mevcut durum gereği oldukça yaygın olduğunu görüyoruz²¹.

Sonuç olarak bu teorilerin hepsinin de hemfikir olduğu nokta *locatio conductio*'nun köklerinin kesin olarak bilinmeyişi ve bu konunun muallakta oluşudur.

II. *Locatio Conductio*'nun Yapısı

A) Rızai Sözleşmelerden Oluşu

Roma hukukunun modern özel hukuk sistematığının temelini oluşturduğu

¹⁷ ZIMMERMANN, s. 340.

¹⁸ ZIMMERMANN, s. 340.

¹⁹ Bir çok aksi yöndeki görüşe karşın, *locatio conductio*'nun kira akdinden doğmadığı ileri sürülür, MAYER-MELY, *Locatio Conductio*, s. 81 vd.

²⁰ ZIMMERMANN, s. 341.

²¹ Zira, Roma'da ikamet etmek için olan yerler oldukça sınırlıydı. Toplu ulaşım araçlarının yoksunluğu sebebiyle, merkezde işi olanların taşrada yaşaması oldukça zordu. Bu durumda, sadece en zenginlerin kendilerine ait evleri olabiliyordu. Bu sebeple halk, bloklar halindeki, ufak odacık tarzı yerlerde ancak kiracı konumunda kalıyorlardı (Bu konuda Augustus, sonradan sınırlama getirmiş ve özel binaların 20 metreden uzun olmamasını emretmiştir; ZIMMERMANN, s. 345, dñn. 32). Bu binalardaki yaşam kalitesi oldukça kötü, hijyenden yoksun, ışığı, suyu dahi olmayan, nüfusu yoğun, gürültülü olan bu yerler oldukça pahalıydı (ZIMMERMANN, s. 345 vd). Hatta binaların üst katlarına çıkıldıkça nefes almanın dahi zorlaştığı, rutubet içinde olduğu, tüm ailelerin istif gibi bir arada oldukları, kir, pislik içerisinde ve bu yerlerde sıçanların kol gezdiği belirtiliyordu (CARCOPINO, J.; *Daily Life in Ancient Rome*, London, 1956, s. 12). İşçi sınıfı ile soylu aileler arasındaki bu sosyal ve sınıfsal ayırım, günlük hayatta büyük sıkıntılara yol açıyordu. Bilhassa yargıçlar da hep “üst sınıf”lara tabi olmalarına karşın, işçi sınıfının bu sorunlarını önlerine geldiğinde çözmeye çalışmışlardı (FRIER, B., W.; *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, 1980, s. 3 vd.).

bilinmektedir. Türk Borçlar Kanunu da diğer modern kanunlar gibi Roma hukuk sistematliğini izlemiştir²². Roma hukukunda borç ilişkisinin kaynakları başlarda sözleşmeden ve haksız fiillerden doğanlar olmak üzere ikiye ayrılırken; sonradan buna sözleşme benzerleri ve haksız fiil benzerlerinden doğan borçlar da eklenerek genişletilmiştir²³. Bu şekilde, borç ilişkisinin doğumunda en başta sözleşmelerin; yani *contractus*'un yer aldığını söyleyebiliriz²⁴.

Contractus kelimesi bugün sözleşme anlamında kullanılırken; Roma döneminde bu anlamda kullanılmıyordu, Roma hukukunda *contractus*'un kullanılış şekli modern hukuktaki şekilden farklıydı. Etimolojik olarak incelediğimizde, Roma hukukunda olduğu gibi Türk hukuku ve bazı hukuk sistemlerinde de aynı kelime kökeniyle (Fransızca “*contrat*”, İtalyanca “*contratto*”, İngilizce “*contract*”, Türkçe “*kontrat*”) anılmaktadır. Kısaca sözleşmeyi, taraflar arasında belirli bir hukuki neticeye yönelik, iradelerin ortak noktada uyuşmasıyla meydana gelen anlaşmalar şeklinde tanımlamak mümkündür²⁵. Karşılıklı şekilde tarafların beyan ettiği bu irade beyanına ise Roma hukukunda *consensus* denilmektedir²⁶.

Contractus, Roma hukukunda şekle bağlı bir fiildi ve günümüzdeki anlamını çok sonradan almıştır²⁷. *Contractus* kelimesi ile iki veya daha fazla tarafın, aynı amaca yönelik ve birbiri ile mutabık olarak, *ius civile*'nin tespit ettiği kalıplar içinde yaptıkları ve taraflar arasında hukuk düzeninin kabul ettiği bir borç ilişkisi (*obligatio*) doğurmaya yönelik irade beyanlarını ifade etmektedir²⁸. Bu itibarla, örneğin; mirasın kabulü *ius civile* tarafından korunmuş bir sözleşme olmadığı halde ve hatta tek taraflı hukuki işlem olmasına karşın *contractus* çatısı altında

²² EREN, F.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 115. Yazar, borç ilişkisinin kaynaklarının “hukuki işlemde doğan borç ilişkileri” ve “doğrudan kanundan doğan borç ilişkileri” şeklinde ayırmanın daha isabetli olacağı görüşündedir. Borç ilişkisinin kaynaklarının tasnifleri hakkında tartışma için bkz. EREN, Borçlar Genel, s. 115-117; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Beşinci Tıpkı Bası, İstanbul, 2010, s. 1; KILIÇOĞLU, A.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 3.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. KOSCHAKER, s. 204 vd.

²⁴ SOMER, P.; Roma Hukukunda İstisna Akdi (*Locatio Conductio Operis*), İstanbul, 2008, s. 35.

²⁵ SOMER, s. 35.

²⁶ UMUR, Z.; Roma Hukuku Ders Notları (Ders Notları), Tıpkı 3. Bası, İstanbul, 2010, s. 334.

²⁷ KOSCHAKER, s. 204.

²⁸ UMUR, Z.; Roma Hukuku Lugatı (Lugat), İstanbul, 1983, s. 48.

düzenlenmiştir²⁹. Sonraları *praetor*'lar tarafından veya imparatorların "*constitutio*³⁰"ları ile oluşturulan hukuk tarafından tanınmış ve borçlandırıcı niteliğe sahip olan, "*pactum*" isimli sözleşmeler ortaya çıkmış; ancak bunlar *contractus* kavramı dışında kalıyordu³¹. *Pactum*'un getirdiği en büyük yenilik, *contractus*'taki sadece şekle bağlı yapıyı yıkararak tarafların iradelerini dikkate almasıdır, böylelikle sözleşmenin rızailik unsuru ile tanışmasını sağlamasıdır. Bugün modern hukuklarda çoğunlukla *pactum* ile *contractus* arasında bir fark yoktur; bu iki kavram da bizler için "*sözleşme*" kavramını ifade etmektedir. Günümüz hukuku ile Roma hukukundaki farklılığın temel sebebi, günümüzdeki, hukuka, ahlâka ve adâba aykırı olmamak kaydıyla tarafların sözleşmeler yapabilecekleri ve bunların borçlandırıcı olabilecekleri, davaya konu olabileceği yönündeki genel kural olan sözleşme özgürlüğüne karşılık; Roma hukukunda sadece belirli sözleşme tipleri, sınırlı sayıda "*numerus clausus*" olarak belirlenmişti ve tarafların bu tiplere yönelik irade açıklamaları diğer şekil koşullarının da sağlanması halinde *ius civile* tarafından korunmuştu³².

Roma hukukunda, *locatio conductio*'nun yerini anlayabilmek için, ilkin, Roma hukukundaki sözleşmeler sistemini incelemek doğru olacaktır. Hem *Gaius*'un hem de *Iustinianus*'un *Institutiones*'lerinde, sözleşmeleri, kuruluşları açısından dört gruba ayırdığını görüyoruz³³.

Gai. 3.89- (Inst. 3.13.2) Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu..-(Prius est, ut de his, quae ex contractu sunt, dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. De quibus singulis dispiciamus).

"İlk olarak sözleşmeden doğan (borçları) görelim. Bunların

²⁹ KOSCHAKER, s. 204.

³⁰ İmparator emirnamesine verilen genel isimdir. Bkz. UMUR, Lugat, s. 47.

³¹ BUCKLAND, W. W.; A Textbook of Roman Law (Textbook), Cambridge, 1963, s. 527.

³² SOMER, s. 36.

³³ Farklı bir tasnif için bkz. KOSCHAKER, s. 204.

dört çeşidi vardır: Zira her borç ilişkisi ya bir şeyle ya sözlerle ya yazılarla veyahut da rıza ile meydana gelir. [Müteakip bir tasnif borçları dört çeşide ayırır: yani ya sözleşmeden (*ex contractu*), ya sözleşme benzerinden (*quasi ex contractu*), ya haksız fiilden (*ex maleficio*), ya haksız fiil benzerinden (*quasi ex maleficio*) meydana gelirler. İlk olarak sözleşmeden doğanlardan bahsedelim. Bunlar dört çeşittirler: ya şey ile (*re*), ya sözlerle (*verbis*), ya yazılarla (*litteris*), veya rıza ile (*consensu*) aktolunurlar.]³⁴”.

Bu iki metni göz önüne alarak, sözleşmeleri dört tipe ayırırız: Bunlar, aynî sözleşmeler (*contractus realis*), sözlü sözleşmeler (*contractus verbalis*), yazılı sözleşmeler (*contractus litteris*) ve rızai sözleşmeler (*contractus consensualis*) şeklindedir³⁵. Aynî sözleşmelerde, tarafların sadece karşılıklı irade beyanlarındaki uygunluk yeterli olmayıp, sözleşme konusunun sözleşmenin karşı tarafına verilmesi gerekmektedir. Sözlü sözleşmelerde ise sıkı şekil şartları ve törensel bir yapı mevcuttu, sözlü olarak söylenen belirli kalıptaki soru ve cevaplar, sözleşmenin oluşumu için yeterliydi. Günümüzde, Roma hukukundaki sözlü sözleşmelere benzeyen örnek olarak evlilik sözleşmeleri verilebilir³⁶. Yazılı sözleşmelerde ise günümüzdekinden çok daha farklı bir sözleşme sistemi vardı. Aile babaları tarafından tutulan defterlere karşı tarafın borçlu olduğu yazılıydı. Bu durum, karşı tarafın da kabulüyle yazılı sözleşme olarak isimlendirilirdi³⁷. Roma hukukunda, başlarda oldukça şekilci olan bu sözleşmeler sistemi zaman içerisinde yumuşayarak rızai sözleşmelerin kapsamı ve şekil serbestisi ilkesi genişlemiştir³⁸. Roma hukukunda bu genişleme, rızai sözleşmeler *pactum*'larla, aynî sözleşmeler isimsiz

³⁴ *Gaius*'un *Institutiones* metinlerinin çevirilerinde, RADO'nun çevirileri kullanılmış olup, dili sadeleştirilmiştir. RADO, T.; *Gaius Institutiones* Borçlar Kısmı (*Institutiones*), Ankara, 1953, s. 9. *Iustinianus*'un *Institutiones* eseri için UMUR'un çevirisinden yararlanılmıştır: UMUR, Z.; *Iustinianus Institutiones*, İstanbul, 1968, s.239.

³⁵ Esasen Roma'nın eski zamanlarında *nexum* adı verilen bir tip görülür. *Nexum*'da, şahitler önünde, maden ve terazi ile bir tören şeklinde verilen karz akdinin söz konusu olduğu anlaşılır ve özellikle sikkenin ortaya çıkmasından önce başvuru olan bir yöntem olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOSCHAKER, s. 207.

³⁶ TMK m. 142: “Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar”.

³⁷ KOSCHAKER, s. 208-209.

³⁸ BUCKLAND, Textbook, s. 433.

sözleşmelerle genişletilmiştir³⁹. Roma hukukundaki bu dörtlü temel sözleşme ayrımını dikkate aldığımızda, *locatio conductio operis*'in, rızai akitler grubuna girdiğini görüyoruz⁴⁰.

Gai. 3.135- (Inst. 3.22) pr. Consensu fiunt obligationes in emptionibus -et- venditionibus, locationibus conductionibus societatibus, mandatis.- (Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis).

“Borç ilişkisi, satışta, *locatio conductio*'da, şirket ve vekalette rıza ile (*consensu*) meydana gelir. (Satış; kira, hizmet, eser; şirket ve vekalet sözleşmelerinde borç ilişkileri rıza ile meydana gelirler)⁴¹”.

Gaius da yukarıda alıntı yaptığımız metinde *locatio conductio operis*'in kurulması için *consensus* yani tarafların birbirine uygun iradelerinin, rızalarının yeterli olduğunu vurgulamaktadır.

Gai. 3. 136. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per intermuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.

“Bu hallerde borç münasebetinin yalnız rıza ile akdedildiğini söyleriz, zira ne sözlere, ne yazıya ve ne de mülkiyetin nakline gerek vardır. İşlemi yapanların anlaşması yeterlidir.

Dolayısıyla bu gibi işlemler *gaipler* -hazır olmayanlar-

³⁹ *Pactum* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SAYIN, B. S.; Roma Hukuku'nda *Pactum*'lar, 2008.

⁴⁰ RADO, T.; Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, (Borçlar Hukuku), İstanbul 1997, s.134.

⁴¹ RADO, *Institutiones*, s. 41. *Iustinianus*'un *Institutiones* metinlerinde, UMUR'un çevirisinden yararlanılarak dili sadeleştirilmiştir; UMUR, Ziya; *Iustinianus Institutiones*, İstanbul, 1968, s. 263.

arasında da, mesela mektupla veya haberciyle, akdedilebilirler, halbuki sözlü borç ilişkisi, gaippler -hazır olmayanlar- arasında meydana gelemez⁴²”.

Görüldüğü üzere *Gaius*, taraflarının rızalarının, sözleşmenin meydana gelmesi için yeterli olduğunu belirtmektedir. *Gaius*'un bu metnine paralel şekilde *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde konu şu şekilde ele alınmaktadır:

Inst. 3.22.1: Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire.

2. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per nuntium.

“1. Bu hallerde borç ilişkisi rıza ile kurulur denir, zira borcun doğması için ne yazıya ne tarafların hazır bulunmasına ve ne de bir şeyin verilmesine gerek vardır, işlemi yapanların sadece rızalarının beyan etmeleri kâfidir.

2. Bundan dolayı, bu işlemler, karşı karşıya olmayanlar arasında da, mektup veya haberci vasıtasıyla akdedilebilir⁴³”.

Bu şekilde, Roma hukuku döneminde *locatio conductio* sözleşmelerinin tarafların rızasının uyuşması ile kurulduğunda şüphe yoktur. Günümüzde genel kural olarak kabul edilen rızai sözleşmeler⁴⁴, Roma hukukunda sadece belirli sayıdaki sözleşmeler için öngörülmüştü. Bu sözleşmeler ise sınırlı sayıdaydı ve yukarıda belirttiğimiz üzere bunlar, *emptio venditio* (satış), *locatio conductio*, *socitas* (şirket) ve *mandatum* (vekalet) sözleşmeleri ile sınırlıydı.

⁴² RADO, *Institutiones*, s. 40-43.

⁴³ UMUR, Z.; *Iustinianus Institutiones*, İstanbul, 1968, s. 263.

⁴⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 223.

D. 19.2.1: *Paulus libro XXXIV. ad Edictum. Locatio et conductio, quum naturalis sit omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.*

“Locatio ve conductio tabiatı gereği ve ius gentium'da mevcut olduğundan, resmi bir takım sızlerle değil; ancak satış sızleşmesinde olduğu gibi tarafların anlaşması ile oluşur⁴⁵”.

Digesta'daki bu metinde görüldüğu üzere *locatio conductio*'nun özellikle ticari ilişkilerle gelişmesi sonucu *ius gentium* kapsamında olduğu ve *ius civile*'deki gibi katı, şekilci, törensel işlemlerle değil, tarafların iradelerinin uyuşması ile meydana geleceği belirtilmiştir. Sızleşmenin, tarafların rızalarının uyuşmasıyla kurulmasına dair bir başka *Digesta* metni de şu şekildedir:

D. 18. 1. 1. 2. *Paulus libro XXXIII ad Edictum: Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras.*

“Satış sızleşmesi, kavimler hukuku (*ius gentium*) sızleşmesidir ve böylece sade anlaşma ile meydana gelir. Sadece hazır bulunanlar arasında değil, ulaklar veya mektup vasıtasıyla da kurulabilir⁴⁶”.

Görüldüğu üzere, D. 18. 1. 2'de, satış sızleşmesinin, *ius gentium*'a ait olarak rızaya bağlı bir sızleşme olduğu belirtilirken; D. 19.2.1'de, *locatio conductio*'nun da rızai bir sızleşme olduğu açıklanarak satış sızleşmesine atıfta bulunulmuřtur⁴⁷.

⁴⁵ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “Because the contract of lease and hire is found in nature and among all peoples, it is contracted not by formal words but by agreement, like the contract of sale and purchase”, s. 101.

⁴⁶ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 1: “Sale is a contract of the law of nations and so is concluded by simple agreement; it can thus be contracted by parties not present together, through messengers, or by correspondence”, s. 55; EMİROĞLU, Haluk; Ius Gentium, Ankara, 2007, s. 141.

⁴⁷ EMİROĞLU, H.; Ius Gentium, Ankara, 2007 s. 141.

Dolayısıyla, *locatio conductio*'nun doğal unsurunun, şekil serbestisi olduğu söylenebilir. Zira rızai sözleşmelerin, sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin herhangi bir şekil şartı aranmaksızın, açıklanmasıyla kurulur. Buna karşın, örneğin *stipulatio*'lar bakımından iradeler mutlaka katı ve şekilci bir takım törensel soru ve cevaplar şeklinde ifade edilmeliydi. Bu farklılığın rızai sözleşmelerin doğası gereği olduğunun kabul edilmesini gerektirir⁴⁸.

Türk hukuku açısından irdelediğimizde, yine Roma hukukunda olduğu gibi genel kural kapsamında geçerlilik şekline tabi olmadığını (BK. m. 12), sözleşmenin kurulması için herhangi bir şekil şartı aranmadığını görmekteyiz⁴⁹. Burada dikkat edilmesi gereken husus, eser sözleşmelerinin bir diğer sözleşme türü ile birleşip karma sözleşme meydana getirdiği noktalarıdır. Bu tür karma sözleşmelerde (örneğin arsa payı karşılığı yapı sözleşmelerinde), diğer sözleşme türü açısından gerekli görülen geçerlilik şekli, karma sözleşme için de geçerlilik şekli olacaktır⁵⁰. Taşınmaz bir mal satışı, eser sözleşmesiyle birlikte karma veya bileşik tek bir sözleşme içinde yapılmışsa, örneğin satılan bir taşınmaz üzerinde, satan kimse, aynı zamanda bir bina yapmayı üstlenmişse, sözleşmenin, tapu sicil müdürlüğünde resmi şekilde yapılması gerekecektir⁵¹.

B) İyiniyet Davaları ile Korunması

Yukarıda bahsedildiği gibi şekil unsuru ağır basmayan rızai sözleşmelerde sorumluluğun nasıl tespit edileceği tartışma konusu olmuştur. Buna ilişkin olarak sorumluluğun esasını ve davranışların ölçüsünü belirleyecek olan, “*bona fides*”, yani iyiniyettir. Rızai akitlerden doğan davalar, bu sebeple, iyiniyet davalarıdır. Bu tür davalar, ilk olarak klasik hukuk öncesi dönemde *ius civile* tarafından tanınmıştır⁵². Bu tür akitlerde, taraflar, edimi gerektiği şekilde ifa etmediğinde, borç

⁴⁸ EMİROĞLU, *Ius Gentium*, s. 141.

⁴⁹ TANDOĞAN, s. 28 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 320-321; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 464-465; EREN, *Borçlar Özel*, s. 595; SELİMOĞLU, s. 17.

⁵⁰ GÜMÜŞ, M. A.; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt II, 3. Bası, İstanbul, 2014, s. 7.

⁵¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul, 2014, s. 962; ARAL/AYRANCI, s.322; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 465-467; EREN, *Borçlar Özel*, s. 597; SELİMOĞLU, s. 17.

⁵² SOMER, s. 42.

ilişkinin içeriği, hakim tarafından kendisine verilen geniş takdir yetkisi ile inceliyordu. İyiniyet sözleşmelerini şu şekilde açıklayabiliriz ki, bu tip sözleşmelerde borçlu, kendisine borcu kapsamında somut olarak yüklenen sadakat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmişse, alacaklı, bu yükümlülüğün ihlalinden doğan zararının tazminini talep edebilecektir⁵³.

D.19.2.2 pr. *Gaius libro II. Rerum quotidianarum. Locatio conductio proxima est, emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit...*

“*Locatio* ve *conductio* satış sözleşmesine benzerdir, ve aynı hukuk kurallarıyla düzenlenmiştir⁵⁴”.

Inst. 4.6.28: *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio...*

“Bundan başka, bazı davalar iyiniyet ve bazıları dar hukuk davalarıdır. İyiniyet davaları şunlardır: satış, *locatio conductio*, vekâletsiz iş görme, vekâlet, vedia, şirket, vesayet, ariyet, rehin, tereke paylaşımı, müşterek mal paylaşımı, mirasa ilişkin istihkak davaları ile *aestimatum*'dan ve trampadan doğan *praescriptio verbis* davası...⁵⁵”

Bu metinler, Roma hukukunda *locatio conductio operis*'in yerini belirleyen niteliktedir; zira D.19.2.2 pr'de, *locatio conductio operis*'in satış sözleşmesine yakınlığı ifade edilirken, *Inst. 4.6.28*, satış sözleşmelerinin iyiniyet davaları ile

⁵³ UMUR, Ders Notları, s. 263.

⁵⁴ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “Lease and hire is close to sale and purchase, and it is formed by the same rules of law”, s. 101.

⁵⁵ UMUR, *Institutiones*, s. 324-325.

korunduğunu belirtmektedir. Böylelikle *locatio conductio* sözleşmelerinin iyiniyet davaları ile korunacağı anlaşılır. Bu tip davalarda hakim, “borçlunun iyiniyet gereklerine göre eda etmeye mecbur olduğu şeye mahkum etsin⁵⁶” şeklinde hüküm verirdi.

C) *Locatio Conductio*'nun Çeşitleri

Locatio conductio'nun yapısı ve ayrımları konusu, *locatio conductio*'nun doğumundan daha da karışık bir konudur. Roma yargıçlarının *locatio conductio*'yu günümüz Romanist sistemi benimseyen modern hukuklar gibi üçe ayırıp ayırmadığı konusu tartışmalıdır. Romalı hukukçular hiçbir zaman üçlü ayrımı açıkça öngörmemiş, ve buna ilişkin ulaşılabilir bir kaynak da bulunamamıştır⁵⁷. Roma hukukunda *locatio conductio* sözleşmeleri, yeknesak olarak düzenlenmiştir. Ancak esasen uygulamada sınıflandırıldığını görüyoruz. Bu sınıflandırma, modern kıta Avrupası hukukları ve anglo sakson müşterek hukuku (*common law*)⁵⁸ ile tamamlanmıştır.

Locatio conductio, daima bir ücret karşılığında olmak şartı ile, ya bir şeyden yararlanma ya belirli bir amacın veya eserin meydana getirilmesine ilişkin bir faaliyet veya bazı hizmetlerin icrasından ibaret olabilir. Bunların her birine uygun olarak, Roma hukukunun, belirttiğimiz üzere, bir tek kavram altında topladığı üç tip *locatio conductio* şu şekilde sınıflandırılmaktadır: *Locatio conductio rei* (adi kira veya hasılat kirası), *locatio conductio operis* (eser sözleşmesi), *locatio conductio operarum* (hizmet akdi)⁵⁹. Roma hukukundaki bu tekli yapının, günümüzde yalnızca Fransız hukuk düzeninde korunduğunu⁶⁰ görmekteyiz. Buna göre *locatio conductio*

⁵⁶ KOSCHAKER: “*Quidquid dare facere oportet (debitor) ex fide bona*”, s. 195.

⁵⁷ DU PLESSIS, *Letting and Hiring*, s. 12.

⁵⁸ Ayrıca *common law* hukuk sistemlerinde şu şekilde düzenlemeler yapılmıştır: Örneğin, *The Housing of the Working Classes Act, 1885, sect. 12*, bir evin, “işçi sınıfına” kiralanmasına ilişkin tüm sözleşmelere uygulanır, ve “insani koşullarda yaşamaya uygun” olması şartını ihtiva eder; ve bu düzenleme, sonraki bir mevzuat olan “*The Housing Act, 1957, sect. 6*”da da yer almış, ve bir kısım düşük kiralardan, tüm kira süresince devam etmesi sağlanmıştır; BUCKLAND/ McNAIR, *Roman Law and Common Law*, s. 295.

⁵⁹ DI MARZO, s. 443.

⁶⁰ Code Civil art. 1708 “**Art. 1708:** “*There are two kinds of contracts of hiring: One for things, And one for work.*” www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/.../Code_22.pdf (Erişim Tarihi: 11.02.2015).

söz konusu hukuk düzeninde kira ile eser sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır. *Locatio conductio*'nun üçe ayrılmasının *common law*'a dayandığını anlamaktayız⁶¹.

Bu şekilde yapılan ayrımlar edimin konusuna ilişkindir. Edim konusu, bir şey, köle, arazi türünden bir şeyin kullanımına ilişkinse kira (*locatio conductio rei*), bir kimsenin hizmetine ilişkinse hizmet (*locatio conductio operarum*); ve bir işin yapılmasına ilişkinse eser sözleşmesinin (*locatio conductio operis faciendi*) söz konusu olacağına dair farklılıklar öngörülmüştür⁶².

Inst. 3.22.3: Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bona et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

“Keza bu akitlerde bir taraf, diğerine karşı hakkaniyet gereğince birbirlerine vermeleri gereken hususlarda borç altındadırlar; hâlbuki sözlerle yapılan akitlerde bir taraf sadece bir şey talebinde bulunur; diğer taraf ise vaat eder⁶³”.

Bu metin neticesinde diyebiliriz ki, *locatio conductio*, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir iyiniyet akdidir. İleriki bölümlerde ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere⁶⁴, taraflardan biri her zaman bir miktar para (*merces*) vermekle yükümlüken, diğer taraf, bunun karşılığında bir işin yapılmasını veya bir eserin meydana getirilmesini üstlenecektir⁶⁵. Bu akitten tarafların menfaati olduğundan, yükümlülükleri de daha ağır tayin edilmiştir, yükümlülüklerini belirlerken *ex bona fide* kriteri göz önünde tutulur⁶⁶. Sözleşmenin özelliklerine bir sonraki bölümde değinilecektir.

Roma hukuku kaynakları incelendiğinde; *Gaius*'un veya *Iustinianus*'un

⁶¹ TAHİROĞLU, B.; Roma Borçlar Hukuku; İstanbul 2000, s 180.

⁶² ROBY, s. 171. Buna karşın, bir arazi üzerinde, arsa sahibi ile çiftçi arasındaki paylaşım anlaşmaları genellikle ortaklık sözleşmesi olarak addediliyordu (ROBY, s. 176).

⁶³ UMUR, *Institutiones*, s. 262-263.

⁶⁴ Bkz. “B) Özellikleri” alt başlığı.

⁶⁵ SOMER, s. 46.

⁶⁶ RADO, Borçlar Hukuku s. 134.

Institutiones'lerinde; hatta *Digesta*'da da bugün üç tipe ayırdığımız *locatio conductio* sözleşmelerinin, tek tip şeklinde incelendiğini görmekteyiz. *Locatio conductio*'nun geçmişi silik olsa da, Romalıların gözünde üç tip değil, yeknesak bir sözleşme tipi olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁷. Bu sözleşmenin, çok geniş bir yelpazede ve çeşitlilikte olmasına karşın, hepsini bir arada tutan kilit kelimelerin, iyiniyet (*bona fides*) ile desteklenen “*locare*” ve “*conducere*” olduğunu görüyoruz⁶⁸. Burada yerleştirme, birisinde bir emrin yerine getirilmesi, birinde bir hizmetin sunulması (duruma göre hizmet veya eser sözleşmesi olabilir) şeklinde karşımıza çıkabilir⁶⁹. Roma hukukçuları, *locatio conductio* başlığı altındaki tüm türlere aynı muamelenin yapılmaması gerektiğini gözlemleyerek, pragmatik farklılaşmalarla ilerleyerek, kavramın katı uygulanmasındansa menfaat çatışmalarının dikkatli analizini yapma yoluna gitmişlerdir⁷⁰.

Locatio conductio'nun modern hukuklara intikal şekli, yukarıda değindiğimiz üzere üçlü bir ayırım gözetilerek olmuştur: Bir malın, para karşılığında kullanılması veya o maldan yararlandırılması (*locatio conductio rei*- adi kira veya hasılat kirası), belli sürede bir işin görülmesi (*locatio conductio operarum*- hizmet akdi) ve belirli bir sonucun ortaya çıkarılmasının üstlenilmesi (*locatio conductio operis*- eser sözleşmesi)⁷¹. Pandekt hukukçuları, *locatio conductio*'dan bahsederken, şu şekilde bir tablo yaratırlar: A, şehirdeki evini B'ye kiralar, çalışanı C'ye, taşradaki evinin bahçesine bakmasını ister, ve D'den bazı sütunların yerini değiştirmesini ister. Burada, açıkça üç ayrı tipte akit karşımıza çıkmaktadır: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum*, *locatio conductio operis*⁷².

Türk hukukunda eser sözleşmesinin durumunu açıklamak gerekirse, eser sözleşmesinin, karşılıklı, kural olarak şekle bağlı olmayan, rızai ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu görüyoruz (TBK m. 470-486)⁷³. Türk hukukundaki genel kural, sözleşmelerin rızailiği ve sözleşme serbestisidir; zira TBK m. 1, “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak*

⁶⁷ KASER, s. 182-183; KOSCHAKER, s. 237.

⁶⁸ KASER, s. 183.

⁶⁹ LEE, s. 321.

⁷⁰ ZIMMERMANN, s. 340.

⁷¹ UMUR, Ders Notları, s. 366; MARTIN, S. D., A Reconsideration of Probatio Operis, 1986, s.321.

⁷² ZIMMERMANN, s. 338.

⁷³ EREN, Borçlar Özel, s. 584 vd.; ARAL/ AYRANCI, s. 313 vd.; ZEVKLİLER GÖKYAYLA, s. 470 vd.; SELİMOĞLU, s. 17.

açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir” diyerek genel ilkeyi tesis etmiştir. TBK m. 26 da sözleşme özgürlüğünün kanuni sınırlar dışında bir sınırı olmadığını belirtmiştir. Günümüz hukukunda “*locatio conductio*” kavramının tam karşılığı bulunmamakla beraber, kanunumuzda kira sözleşmesi, kullandırma sözleşmesi olarak, “iş görme” başlığı altında ise eser ve hizmet sözleşmeleri şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

III. Eser Sözleşmesinin Tanımı, Özellikleri ve Unsurları

A) Tanımı

Eser sözleşmeleri, Roma hukukunda “*locatio conductio operis*”⁷⁴, 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda “istisna akdi”⁷⁵ olarak adlandırılmıştır. “İstisna”⁷⁶ kelimesi, Arapça kökenli bir kelime olup, kelime anlamıyla konusu sanat gerektiren bir işin yapılmasını üstlenmektir. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda ise “eser sözleşmesi” olarak isimlendirilmiştir. Mecelle'de “*bir şeyi yapmak üzere ehl-i sa'nat ile sözleşme akdetmek*” şeklinde tarif edilerek satış sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlenmiştir⁷⁷.

⁷⁴ Bazı kaynaklarda “*locatio operis faciendi*” şeklinde ifade edilmektedir; WATSON, Alan; *Studies in Roman Private Law*, s.100 vd.; BUCKLAND, W.W./ McNAIR, A. D.; *Roman Law and Common Law*, s. 298.

⁷⁵ 818 sayılı EBK, “istisna akdi” kavramını tercih etmişti (EBK m. 355). Bu kavramın karşılığı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metninde, m. 363'de, “Werkvertrag” (eser sözleşmesi) terimi kullanılmıştır. Bu sebeple bazı yazarlar, hukukumuzda da bu sözleşmeyi ifade etmek için aynı terimin kullanılmasını önermişlerdi (TUNÇOMAĞ, K.; *Borçlar Hukuku, c. II, Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, 1977, s. 949 vd.). Bu şekildeki adlandırmanın ise, sözleşmenin, fikir ve sanat eserleri hukukunda “eser” kavramıyla bir ilişkisi bulunduğu zannını uyandırabilir. Bir diğer yandan, İsviçre BK, Fransızca metninde, “taahhüt veya girişim sözleşmesi” şeklinde çevirisi yapılan “*contrat d'entreprise*” kavramına yer vermiştir. Hukukumuz uygulamasında da, bayındırlık işlerinin yapılması sebebiyle taahhüt işlerinden söz edilmektedir. Ancak borçlar hukukunda, “taahhüt” kelimesi, daha geniş anlamlara sahip olduğundan, “taahhüt sözleşmesi” kavramı, borç doğurucu, borçlandırıcı, işlemler için kullanılan “taahhüt muameleleri” kavramıyla da karıştırılabilir. Ne var ki, aradan geçen zaman içerisinde, eser sözleşmesi kavramının kullanımı yaygınlaşmıştır. YAVUZ, C.; *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul, 2014, s. 955, dpn. n. 6.

⁷⁶ Esasen “istisna” şeklinde yazılmalıdır. SELİMOĞLU, s. 1.

⁷⁷ CİN, H./AKGÜNDÜZ, A.; *Türk Hukuk Tarihi, C.II*, İstanbul 1996, s. 254-255. “**Mecelle m. 124:** “İstisna' bedel karşılığında bir şey yapmayı taahhüt etmek, bir şeyi yapmak üzere sanat ehli ile anlaşmaktır ki yapana “sani” ve yaptırana “müstesni” ve yapılan şeye “masnu” denir”; URAL, İ./ ÖZCAN, S.; *Sadeleştirilmiş Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*; İstanbul 1995.

Roma hukukundaki tanımlamasına baktığımızda, daha önce de belirttiğimiz üzere, genel anlamıyla *locatio conductio* sözleşmelerinde taraflardan birisi, karşılığında bir ücret vermek borcu altına giren diğer tarafa karşı ya bir şeyden yararlanmasını temin etmek ya bazı hizmetlerde bulunmak veyahut bir iş, bir eser yapmak borcu altına girerdi⁷⁸. Kiralanacak şeyi, kendi hizmetini ve yapılacak olan eseri veren tarafa *locator*⁷⁹ (iş sahibi), şeyi kullanan, hizmeti yaptıran ve eseri yapmayı taahhüt eden tarafa ise *conductor*⁸⁰ (yüklenici) denirdi. Ücrete de *merces* veya *pensio* veyahut *canon* (icar, kira, ücret) ismi verilirdi. Roma hukukunda, “ekonomik edimlerin değiştirilmesini” içeren; ve modern hukuklarda farklı sözleşme tipleri olarak nitelendirilip üç farklı sözleşmede incelenen sözleşmesel ilişkiler, “*locatio conductio*” olarak isimlendirilmişti⁸¹.

Roma klasik döneminde, *locatio conductio* sözleşmelerinin, günümüze oranla oldukça kısıtlı olduğunu gözlemliyoruz ve Roma hukukunda, *locatio conductio* sözleşmeleri açısından çok az bilgimiz olduğu söylenebilir⁸²; ancak Roma dönemindeki ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar, günümüzdekinden farklı olduğundan, o dönemin ihtiyaçlarına uyacak şekilde değiştirilmişti⁸³.

Şunu açıklamak gerekir ki, belirli bir ücret karşılığında bir işin görülmesi, bir sonucun elde edilmesine ilişkin olarak *locatio conductio operis*'in hukuki açıdan “*locatio conductio*” başlığı altında düzenlenmiş olması, Roma hukuku döneminde hukukçular arasında tartışmalara yol açmış olup, açıklanmakta güçlük çekilen bir husus olarak kalmıştır. Bu durum, klasik dönem hukukçularının, bir emek harcanarak bir eserin yapılmasını konu eden hususlarda, değeri ne olursa olsun bu eserin yapılması için gerekli malzemeyi vurgulamaları⁸⁴ sonucuna ulaşılmasına sebep

⁷⁸ DI MARZO, S.; (Çev. UMUR,Z.), Roma Hukuku, Sulhi Garan Matbaası, İkinci Baskı, İstanbul, 1959, s. 441; DU PLESSIS, P.; Textbook on Roman Law, Fourth Edition, Oxford, 2010, s. 274; SCHULZ, F.; Classical Roman Law, Oxford, 1992, s. 542, 544; BUCKLAND, W.W.; A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian (Augustus to Justinian), Second Edition, Cambridge, 1950, s. 498; LEE, R. W.; The Elements of Roman Law, 4th Edition, London, 1956, s. 320; TALAMANCA, M.; Istituzioni di Diritto Romano, Milano, 1990, s. 593-595.

⁷⁹ LEE, s.320.

⁸⁰ LEE, s.320.

⁸¹ WATSON, A.; The Law of Obligations in the Later Roman Republic, s. 100.

⁸² WATSON, A.; Comparative, s. 64.

⁸³ SCHULZ, s. 544.

⁸⁴ D. 18.1.20.

olmuştur⁸⁵.

Roma hukukunda *locatio conductio operis*'in hangi dönemde ortaya çıktığı tam olarak bilinmemekteyse de, klasik hukuk döneminde diğer *locatio conductio* sözleşmeleri ile aynı başlık altında incelendiği bilgileri elimize ulaştırmıştır⁸⁶. *Locatio conductio operis* ile yüklenici (*conductor*), bir ücret karşılığında iş sahibine (*locator*) belli bir sonuca yönelik iş görmeyi taahhüt etmektedir⁸⁷. Sonraları, bu sözleşmenin amacı diğerlerinden ayrılarak sonuçlandırılmış bir iş veya eser olarak son halini almıştır⁸⁸. Anlaşıldığı üzere, bu sözleşmenin amacı, belirli bir sonucun meydana getirilmesidir: bir elbisenin dikilmesi veya temizlenmesi, bir şeyin veya bir kimsenin bir yerden bir yere nakli, bir doktorun ameliyat yapması, kölenin veya çırağın eğitimi, bir binanın inşası, bir eşyanın tamiri gibi örnekler verilebilir⁸⁹. Roma döneminden verilen örneklere baktığımızda, bir evin inşası, bir kölenin eğitimi ve talimi, büyükbaş hayvanların gözetimi ve beslenmesi, malların taşınması, altın yüzük, mücevher yapımı, giysi yapımı ve temizlenmesi gibidir⁹⁰. Özetle, şunu söyleyebiliriz ki, *locatio conductio operis*'in, belirli bir sonucun elde edilmesine yönelik olması koşulu ile gerek fiziki gerekse fikri çaba gerektirdiği açıktır. Bunun neticesinde, bütün bu sözleşmelerde amaçlanan “belli bir sonucun elde edilmesine yönelik olarak güç harcanması”dır⁹¹.

D. 19. 2. 22. 1: *Paulus libro XXXIV. ad Edictum. Quoties autem faciendum aliquid datur, locatio est.*

“Bir işin yapılması üstlenildiğinde, *locatio conductio* söz konusu olur⁹²”.

D. 19. 2. 22. 2: *Paulus libro XXXIV. ad Edictum. Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatemquidem eorum ad me transfert, et tamen*

⁸⁵ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.; *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*; Ankara 1976, s. 126-127.

⁸⁶ KARADENİZ, s. 165.

⁸⁷ SOMER, s. 10; KASER, s. 186.

⁸⁸ BUCKLAND, Textbook, s. 505.

⁸⁹ RADO, Borçlar Hukuku, s. 140; SOMER, s.10.

⁹⁰ ROBY, s. 175.

⁹¹ KARADENİZ, s. 165.

⁹² Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; *The Digest of Justinian*, Vol. 2: “*There is a lease [of a job] whenever the doing of job is given out*”, s. 106.

locatio est; locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.

“Bir binanın inşası işini, tüm masraflar kendisine ait olmak üzere yükleniciye verirsem, yüklenici, hepsinin mülkiyetini bana devredecektir; ve bu sözleşme hala *locatio conductio*'dur. Zira yüklenicinin kendi iş gücünü tahsis etmesi, sözleşmenin gereğidir⁹³”.

D. 19.2.22'de *locatio conductio*'nun konusu belirtilmiş, D. 19.2.22.2'de ise bir eserin meydana getirilmesinde *locatio conductio*'nun söz konusu olacağına tereddüt olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur. Roma hukukunu incelediğimizde, günümüzden farklı olarak ek bir koşulun varlığının arandığını ve özellikle malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi gerektiğini, aksi takdirde satış sözleşmesinin söz konusu olacağından hareketle, *locatio conductio operis* olarak nitelendirilmediğini görüyoruz. Bu husus ilerleyen bölümlerde ayrıca irdeleneceğinden, şimdilik sadece belirtmekle yetiniyoruz. Sonuç olarak Roma hukukunda *locatio conductio operis*, yüklenicinin (*conductor*), iş sahibinin (*locator*) vereceği ücret karşılığında, yine iş sahibi tarafından verilen malzeme ile bir sonucu veya eseri meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği bir akittir⁹⁴. Türk hukuk sistemimizdeki niteliklerine baktığımızda eser sözleşmesinin, Roma hukukuna göre yapılan tanımdan farklı olmadığını görmekteyiz. TBK'nın 7. Bölümünde 470-486. maddeler arasında düzenlenen eser sözleşmesi, şu şekilde tanımlanmıştır:

TBK MADDE 470- Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir⁹⁵.

⁹³ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*When I lease out the construction of an apartment building with the proviso that the contractor undertake everything at his own expense, he transfers ownership of these things to me, but it is still a lease; for the craftsman leases out his own labor, that is, the duty to construct*”, s. 106.

⁹⁴ UMUR, s. 369; ROBY, H. J.; Roman Private Law, Volume II, Cambridge, 1902, s. 169; KOSCHAKER, s. 238; C., Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999.

⁹⁵ EBK MADDE 355'te de eser sözleşmesinin tanımının yapıldığını ve 6098 sayılı Borçlar Kanunumuzla paralel bir düzenle olduğunu görmekteyiz: “*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeğe taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder*”.

Yasal tanımından hareket edersek, eser sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında bir eseri meydana getirerek teslim etmeyi borçlandığı bir sözleşmedir. Daha güzel bir ifade ile, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirip teslim etmeyi üstlendiği sözleşmeye, eser sözleşmesi denir⁹⁶. Eser meydana getirme deyimi, geniş yorumlanmalı, eseri oluşturmanın yanında, eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı veya ortadan kaldırılmasının da bu kapsama gireceği unutulmamalıdır⁹⁷.

Eser sözleşmesi ikili bir ayırıma tabi tutulur: “basit (olağan) eser sözleşmesi” ve “eser teslim sözleşmesi”⁹⁸. Öğretideki daha kapsamlı tanıma göre, eser sözleşmesi, yüklenicinin, bir bedel karşılığında, bir eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği, kural olarak şekli şartı olmayan, rızai, ani edimli ve sinallagmatik bir sözleşmedir⁹⁹.

B) Özellikleri

Hukuki niteliğine baktığımızda *locatio conductio* niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bir taraf, bir sonucun ortaya çıkmasını üstlenirken (*conductor*), diğer taraf bir bedel ödemeyi üstlenmektedir (*locator*)¹⁰⁰. *Conductor*'un üstlendiği edim, giysi tamiri, dikimi veya mücevher yapımı gibi cismani bir şey olabileceği gibi; fiziksel değişiklik gerektirmeyen, bir oyunun düzenlenmesi,

⁹⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 621; “Görüldüğü üzere, yeni düzenlenen madde, eskisinde olduğu gibi “meydana getirdiği eseri teslim borcunu” içermemesi açısından eksik tanımdır” (GÜMÜŞ, M. A.; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 1).

⁹⁷ ARAL/AYRANCI, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, 2012, 313; YAVUZ, 9. Bası, s. 961; Eser sözleşmesinin, TBK m. 470-486 arasındaki bu şekildeki düzenlenişinin yanında kamu kökenli başka kanun ve düzenlemelerde de eser sözleşmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu kanunlar, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (Bu Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KURAL, O.C./KILIÇBAY, E./İZMİR, H.; İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1988, s. 747 vd.), 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin (b) fıkrasına dayanarak hazırlanmış olan Yapım İşleri Genel Şartnamesi ile Bakanlar Kurulu'nun 29.08.1984 tarih ve 08/08/8520 sayılı Kararı ile yürürlüğe giren Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, Devlet İhale Kanunu'na tabi eser sözleşmeleri yönünden büyük önem arz etmektedir (EREN, Borçlar Özel, s. 588-595).

⁹⁸ GÜMÜŞ, s.1; EREN, Borçlar Özel, s. 618.

⁹⁹ UYGUR, T. ; Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C.5, Ankara 1993, s. 651. Bu hususun ayrıntılarına ileride değineceğiz. Bkz. Alt başlık “3- Malzemenin Temini”.

¹⁰⁰ ZIMMERMANN, s. 393-394; YAVUZ, C.; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (9. Bası), İstanbul, 2014, s. 955; KASER, M.; Roman Private Law, Hamburg, 1964, s. 186; SOMER, s. 12; UMUR, s. 369; EREN, Borçlar Özel, s. 585; ARAL/AYRANCI, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, 2012, s. 313; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, 2013, s. 454; SELİMOĞLU, Y. E.; Eser Sözleşmesi, Ankara 2015, s. 1-2.

başlangıç için trompet sesinin verilmesi gibi bir edim de olabilir. Bu sözleşmelerde ortak olan nokta, açık olduğu üzere yapılan iş süreci değildir. İş sahibi, sonucun nasıl çıkarıldığı süreciyle ilgilenmez. Onun için önemli olan, meydana gelen sonuçtur¹⁰¹. Eser sözleşmesi, borç doğuran, sinallagmatik, ivazlı, ani edimli ve rızai sözleşmedir. Eser sözleşmesinin borç doğuran bir sözleşme olması, eser sözleşmelerinde, taraflardan birinin bir eser meydana getirme borcu karşılığında diğer tarafın bir bedel ödeme borcunu içermesi, anlamına gelmektedir¹⁰².

Eser sözleşmesinin bir diğer özelliği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasıdır¹⁰³. Daha önce belirttiğimiz üzere Roma hukukunda iyiniyet sözleşmelerinden olan eser sözleşmeleri, bu niteliği itibariyle her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. İyiniyet sözleşmelerinde, her iki taraf da birbirine karşı borç altına girerler. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, “tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler” ve “eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler” olmak üzere ikiye ayrılır¹⁰⁴. *Locatio conductio operis* ise tam iki tarafa borç yükleyen, yani sinallagmatik sözleşmeler grubunun içerisinde¹⁰⁵. Bu tipten rızai akitlerin, iyiniyete dayanmasının sebebi, burada, tarafların sorumluluklarının, önceden görülüp tespit edilemeyişinde; bu sorumluluğun daha çok, belirli bazı hallerin doğumuna bağlı oluşundadır¹⁰⁶.

Eser sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması, taraflardan birisinin (yüklenici, *conductor*), eseri meydana getirerek teslim borcu ile yükümlü olması; iş sahibinin (*locator*), o eser karşılığında bir bedel ödeme borcu ile yükümlü olmasını ifade eder¹⁰⁷. Bu sözleşmede tarafların borçlandıkları asli edimler, sözleşmenin esaslı noktalarını meydana getirmekte olup; günümüzde bunlar,

¹⁰¹ ZIMMERMANN, s. 394.

¹⁰² EREN, Borçlar Özel, s. 584; SELİMOĞLU, s. 17; YAVUZ, s. 961; ARAL/AYRANCI, s. 313, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 470.

¹⁰³ TÜREGÜN, Necip ; FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996), s.249-285; s. 249; SELİMOĞLU, s. 17; YAVUZ, s. 961; EREN, Borçlar Özel, s. 585; SELİMOĞLU, s. 16; ARAL/AYRANCI, s. 313; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 470.

¹⁰⁴ DI MARZO, s.403.

¹⁰⁵ Bu sebeple taraflara ödemezlik def'i (*exceptio non adimpleti contractus*) gibi bir takım haklar tanımıştır. Bu def'i, taraflardan birisi borcunu ödemediği halde diğer taraftan edimi ifa etmesini talep ettiği durumlarda karşı tarafın bunu kabul etmeme hakkını içerir.

¹⁰⁶ HONIG, Richard; Roma Hukuku, (Çev.: Şemseddin TALİP). İstanbul, 1938. s. 264.

¹⁰⁷ Tarafların borçlarını ileriki bölümlerde açıklayacağız: Bkz. 2.üst başlık: “Tarafların Borçları”.

yüklenicinin meydana getirmeyi borçlandığı eser ile iş sahibinin üstlendiği bedeldir¹⁰⁸. Roma hukukunda, iş sahibinin bedel ödeme borcuna ek olarak malzemeyi temin etme borcu da bulunmaktaydı. Yüklenicinin eser meydana getirme borcu, eserin teslimi ile tamamlanmaktadır¹⁰⁹. Güncel hukukumuzda, eser sözleşmesinin konusu, diğer sinallagmatik akitlerde olduğu gibi, asli edimlerin değişimidir¹¹⁰.

Eser sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Belirtildiği üzere eser sözleşmesi ile iş sahibi, kararlaştırılan bedeli ödemeyi, yüklenici de buna karşılık bir eser meydana getirip bunu teslim etmeyi borçlanır. Bu bakımdan yüklenici, her şeyden önce belirli bir işi görme edimini üstlenmektedir; bu niteliğiyle eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesini andırmaktadır. Buna ek olarak yüklenici, eser sözleşmesi ile bir sonucu, bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Sonucun borçlanması, eser sözleşmesinin en tipik ve ayırt edici özelliğini teşkil etmekte olup, onu diğer *locatio conductio* sözleşmelerinden hizmet ile eser sözleşmesi ile oldukça benzerlik gösteren vekâlet sözleşmelerinden ayırmaktadır¹¹¹. Türk hukuku bakımından yüklenicinin bir diğer borcu, eseri iş sahibine teslim etmek olacaktır. Bu borç, her ne kadar TBK m. 470'de belirtilen sözleşme tanımında açık bir şekilde yer almasa da, sözleşmenin doğasından çıkar¹¹². Bu şekilde, sadece bedel unsurunun taraflarca kararlaştırılması yeterli olup, ayrıca miktarının sözleşmenin kurulduğu esnada belirlenmiş olması şart değildir¹¹³. Bunu, TBK m. 481'den de açıkça çıkarabiliyoruz. Bu itibarla, açık olmayan, yani örtülü olarak belirlenen bedelin varlığı, eser sözleşmesinin kurulması için yeterli olacaktır; uyuşmazlık halinde bedelin kararlaştırılmış olduğunun ispat yükü, yükleniciye düşecektir¹¹⁴. Dolayısıyla çok açıktır ki, herhangi bir ivaz, bedel olmadan eserin yapılmasını üstlenen yüklenici ile iş sahibi arasında eser sözleşmesi söz konusu olamaz. Bu unsur, eser sözleşmesinin zorunlu bir unsurunu oluşturmaktadır¹¹⁵, eser meydana getirme borcu ivazsız olarak yahut ücret ödmeden başka bir edim karşılığında taahhüt ediliyorsa, bu durumda, eser sözleşmesinden söz

¹⁰⁸ EREN, Borçlar Özel, s. 584-585; SELİMOĞLU, s. 85 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 476.

¹⁰⁹ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, 2013, s. 468; EREN, Borçlar Özel, s. 622; SELİMOĞLU, s. 109.

¹¹⁰ ARAL/ AYRANCI, s. 313.

¹¹¹ EREN, Borçlar Özel, s. 600; SELİMOĞLU, s. 17; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 473.

¹¹² ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 468; EREN, Borçlar Özel, s. 621; SELİMOĞLU, s. 109.

¹¹³ EREN, Borçlar Özel, s. 581; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 528; SELİMOĞLU, s. 168.

¹¹⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 585.

¹¹⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 584; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 528 vd.; SELİMOĞLU, s. 168 vd..

edilemeyecektir; artık isimsiz bir sözleşme söz konusu olur¹¹⁶. Taraflardan birisi, üzerine düşen edimi yerine getirmeze, TBK m. 479'da muacceliyet ile ilgili hüküm, genel hükümlerde ise TBK m. 123'te hükme bağlanan taraflardan birinin temerrüde düşmesi halinde süre verilmesi, TBK m. 136'da ise ifa imkansızlığı hali düzenlenmiştir¹¹⁷.

Eser sözleşmesinin hukuki niteliği açısından Roma hukukunda mevcut olmayıp günümüz hukukunda oldukça tartışılan bir konu, eser sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu hususudur. Alacaklının menfaati bir anda gerçekleşiyorsa, burada ani bir edim olduğu; aksine zamana yayılarak gerçekleşiyorsa sürekli edimli borç ilişkisinin mevcut olduğu belirtilmiştir¹¹⁸. Bizim de katıldığımız hakim görüşe göre eser sözleşmeleri, ani edimlidir. Bu konu öğretilerde oldukça tartışmalıdır¹¹⁹, hakim görüş¹²⁰, eser sözleşmelerinin ani edimli olduğu yönündedir. Yüklenicinin, eseri imal etmesi için geçen süre, sözleşmeye sürekli borç ilişkisi niteliğini vermemektedir. Aksine eserin tamamlanarak iş sahibine teslimi ile edim sonucu bir anda gerçekleştiğinden ani borç ilişkisi mevcuttur¹²¹. Eser sözleşmesinde, hizmet ve vekalet sözleşmelerinden farklı olarak bir iş görme faaliyetine dayalı edim sonucu borçlanılır¹²². Burada bahsedilen edim sonucu, yüklenici tarafından meydana getirilen eserin iş sahibine teslim edilmesidir. Eser sözleşmelerinde sözleşmenin kurulması ile ifası arasında geniş bir zaman dilimi girmiş olabilir. Bu durumda dahi eser sözleşmesi sürekli borç ilişkisi niteliğinde değerlendirilmez. Karşıt görüşteki diğer bir kısım yazarlarsa, TBK'da eser sözleşmesini düzenleyen kuralların hem sürekli borç ilişkisinin hem de ani edimli borç ilişkisinin her iki tipinin birleşimi olduğunu; eser sözleşmesinde, eserin meydana getirilmesi ile bir sürecin gerektiği ve sürecin içerdiği *locatio conductio*

¹¹⁶ ARAL/ AYRANCI, s. 313. İvazın olmaması halinde, TBK m. 502/2'ye göre, eser sözleşmesi benzeri bir isimsiz sözleşmenin doğduğu kabul olunmalıdır, ARAL/AYRANCI, s. 314; EREN, Borçlar Özel, s. 586.

¹¹⁷ EBK m. 106 ve m. 117; Fikret EREN; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1001, 967.

¹¹⁸ ÖZ, T. M.; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 17-23.

¹¹⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 587; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 470; SELİMOĞLU, s. 30.

¹²⁰ EREN, F.; Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara 18-29 Mart 1998), s.45-103, s.49; UYSAL, C., Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999, s. 20-21.

¹²¹ ÖZ, s. 20.

¹²² GÜMÜŞ, s. 6; EREN, Borçlar Özel, s. 598; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 473-475; SELİMOĞLU, s. 23-28.

ediminden hareketle sürekli borç ilişkisi olarak yorumlanması gerektiğini¹²³ savunmaktadırlar. Bunun sebebi, liman, karayolu, viyadük, tünel, demir yolu, baraj veya havaalanı şeklindeki büyük inşa eserleri gibi, uzun süreli eser sözleşmelerinde yüklenicinin ediminin, sadece eserin tesliminden ibaret olmayıp; edimin, aynı zamanda eserin meydana getirilmesini içermesindedir¹²⁴. Bu görüşün destekçileri, yüklenicinin eser meydana getirme fiilini, zamana yayılmış bir ifa fiili olarak görerek eser sözleşmesini sürekli borç ilişkisi karakterli şekilde nitelendirirler. Buna karşın, Türk hukukunda savunulan ve Yargıtayca da benimsenen üçüncü görüş, eser sözleşmesini sürekli ve ani edimli borç ilişkilerinin iç içe geçmiş hali olarak nitelendirir¹²⁵.

Eser sözleşmesi, belirttiğimiz üzere bu çalışma içerisinde “ani edimli” sözleşme olduğu tezine dayanılarak incelenecektir. Zira eser sözleşmesinin konusu olan edim sonucu, yüklenici tarafından meydana getirilen eserin, iş sahibine teslim edilmesidir. Eserin meydana getirilmesi, belli bir sürenin geçmesini gerekli kılabilse de, yüklenicinin asli edim yükümü bakımından önemli olan eserin meydana getirilmesi süreci değil, eserin teslimidir¹²⁶.

Özet olarak söylemek gerekirse, katıldığımız görüşe göre eser sözleşmesi, niteliği itibariyle “sürekli bir sözleşme” olmayıp, “ani edimli” bir sözleşmedir¹²⁷. Zira sözleşme ile yüklenicinin borçlandığı edimin ifası, sürekli olarak zamana yayılmış değildir, borçlanılan eserin meydana getirilmesi için bazen uzun bir zaman dilimine ihtiyaç olsa da, bu, sözleşmenin niteliğini değiştirmeyecektir¹²⁸. TBK'da da, zamanın

¹²³ ERMAN, Hasan; İstisna Sözleşmelerinde Beklenilmeyen Haller; İstanbul, 1979, s. 10. Yazar, bir başka eserinde ise arsa payı karşılığı yapı sözleşmesini, ani (geçici)-sürekli karmaşığı bir sözleşme olarak nitelemektedir (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 8-9).

¹²⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 583.

¹²⁵ GÜMÜŞ; s. 2;

¹²⁶ Bir de isimsiz sözleşme olarak nitelendirilen (BUZ, V.; İş Sahibinin TBK m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, Y. 2001, C. XXI, S.209-263, s.223), “sürekli eser sözleşmesi” isimli sözleşmeler vardır ki; bunlarda yüklenici, sürekli borç ilişkisi içerisinde, süreli veya süresiz olarak belirli veya belirlenebilir bir eser meydana getirme ve teslim faaliyetini düzenli şekilde ve bir ücret karşılığında yerine getirme yükümlülüğü altındadır (GÜMÜŞ, s. 3). Bu sözleşmelere örnek olarak bir temizlik şirketini, bir şirkete ait büroyu, haftalık olarak temizlik borcu altına girdiği sözleşme verilebilir (GÜMÜŞ, s. 3).

¹²⁷ ARAL/ AYRANCI, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, 2012, 314; EREN, Borçlar Özel, s. 587.

¹²⁸ EREN, Borçlar Özel, s. 583; SELİMOĞLU, s. 30 vd..

uzunluğu, bir süreye yayılması açısından bir benzeşme mevcut olup, bu, hiçbir şekilde eser sözleşmesinin sürekli nitelikte bir sözleşme olduğu anlamına gelmez¹²⁹. Eser sözleşmesinde, yüklenicinin eser meydana getirme ve teslim borçlarının ifası, zaman içinde süregelen bir ifaya yönelik olmayıp, tek bir ifa ile sona erer. Yüklenicinin edim yükümü, hizmet sözleşmesindeki işçinin edim yükümünden farklı olarak (TBK m. 393/1), belirli veya belirsiz zaman boyunca sürekli olarak ifa edilmesi gereken devamlı bir borç niteliği taşımaz¹³⁰. Roma hukukunda da rızai sözleşmeler içerisinde olduğundan eser sözleşmeleri, tarafların rızalarının uyuşması ve ücretin kararlaştırılmasıyla kurulmuş olur¹³¹. Bazı münferit hallerde, eser sözleşmesinin kurulmasıyla tam olarak ifa edilmesi arasında uzun bir sürenin bulunması mümkün olsa da; bu şekilde uzun süreli bir eser sözleşmesinin kurulmuş olması da bu sonucu değiştirmeyecektir. Zira kanun, eser sözleşmesinde belirli zamanın geçmesini ve feshi ihbarı olağan sona erdirme sebebi olarak öngörmemiştir¹³².

Eser sözleşmesinin bir diğer özelliği de rızai oluşudur¹³³. Yukarıda ayrıntıları ile değinildiği üzere Roma döneminde de günümüzde de rızai akitler içinde yer alır, tarafların karşılıklı irade beyanlarının, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşmasıyla kurulur. Tarafların rızaları, sözleşmenin kurulması için yeterli olup, yazılı olmasına yahut başkaca şekli kriterlerin yerine getirilmesi aranmaz¹³⁴. Rıza, herhangi bir şekle bağlı olmadığı gibi, doğrudan sözleşmenin taraflarınca veya mektupla veyahut bir ulak vasıtasıyla da yapılabilir¹³⁵. Eserin meydana getirilip teslim edilmesi ve karşılığında bedelin ödenmesi, sözleşmenin ve dolayısıyla borçlanılan edimlerin ifasıyla ilgili bir konu olarak karşımıza çıkar¹³⁶. Sözleşmenin şarta bağlı kurulması mümkündür; buna karşılık, bu ihtimalde, tarafların eser üzerinde ve sözleşmedeki bedel hakkında iradelerini açık bir şekilde ortaya koymuş ve iradelerinin uyuşmuş olması gerekmektedir¹³⁷.

¹²⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 583; SELİMOĞLU, s. 30.

¹³⁰ ARAL/ AYRANCI, s. 314; EREN, Borçlar Özel, s. 598; SELİMOĞLU, s. 30.

¹³¹ MOREY, W., C.; Outlines of Roman Law, Second Edition, New York and London, 1914 s. 365.

¹³² EREN, İnşaat, s. 52.

¹³³ KOSCHAKER, s. 238.

¹³⁴ ROBY, s. 169.

¹³⁵ LEE, s. 320.

¹³⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 584; SELİMOĞLU, s. 118.

¹³⁷ ROBY, s. 169; MOREY, W. C.; Outlines of Roman Law, Second Edition, New York and London, 1914 s. 365.

C) Unsurları

Eser sözleşmesinin meydana gelmesi için, beş ana unsura ihtiyaç vardır. Bunlar, tarafların anlaşması, sonucun yüklenici tarafından üstlenilmesi ile eserin meydana getirilmesi ve teslimi, eserin malzemelerinin temini ve ücrettir. Roma hukuku ve Türk hukuku, unsurlar açısından, malzemenin iş sahibi tarafından temini dışında genel anlamda paralellik göstermektedir¹³⁸. Eser sözleşmesi rızai sözleşmeler grubuna girdiğinden, tarafların iradelerinin uyuşması sözleşmenin meydana gelmesi için elbette yeterlidir. Ancak sözleşmenin ayırt edici ve olmazsa olmaz unsurlarının yokluğu halinde sözleşmenin niteliği değişmekte, sözleşme eser sözleşmesi olmaktan çıkıp başka bir sözleşme haline (vekalet, isimsiz akit, karz, vb.) dönüşmektedir. O nedenle tarafların anlaşmasının yanında diğer unsurları da burada incelemeyi uygun gördük.

1- Tarafların Anlaşması

Tarafların anlaşması, iradelerinin birbirine uygun oluşu, esasen bütün sözleşmelerin kurulması esnasında zorunlu bir unsurdur. Bu itibarla herhangi bir sözleşmenin tarafların iradeleri uyuşmadan meydana gelmesi düşünülemez¹³⁹. Bu itibarla, sözleşmenin kurulması açısından geçerli olan bu unsuru genel olarak eser sözleşmesinin de bir unsuru olarak niteleyebiliriz.

Yukarıda ayrıntılarıyla eser sözleşmelerinin Roma hukukunda ve hukukumuzda rızai sözleşmeler grubuna girdiğini belirtmiştik. Rızai akit grubuna giren sözleşmelerin gereği olarak, yüklenici ile iş sahibi arasındaki anlaşma ile; yani tarafların bu yöndeki iradelerinin uyuşması ile (*consensus*) sözleşme meydana gelir¹⁴⁰. Kural olarak, herhangi bir şekil şartı yoktur.

¹³⁸ YAVUZ, 9. Bası, s. 956 vd.

¹³⁹ EREN, Borçlar Genel, s. 229; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Ankara, 2015, s. 70 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 171 vd.; TUHR, A.; Borçlar Hukuku, Umumi Kısım, c.1, İstanbul, 1953, (EDEGE, C.), s. 148.

¹⁴⁰ SOMER, s. 13.

Tarafların anlaşması hususunda ayrıntıya girmeden önce, sözleşmenin taraflarını inceleme ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Eser sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları, Roma hukukunda “*locator*” ve “*conductor*” olarak adlandırılırlar¹⁴¹. *Conductor*, işin yapılmasını, bir eserin meydana getirilmesini üstlenen, yapacağı işi beraberinde götüren, malzemeyi alan¹⁴² kimseyken; *locator*, iş sahibi, işi yaptıran; yani yapılmak üzere bir işi yükleniciye tevdi eden ve Roma hukukuna göre, aynı zamanda malzemeyi de temin eden¹⁴³, bir şeyi tayin eden¹⁴⁴ kimsedir.

Roma hukukunda, tüzel kişi kavramı, bugünkü anlamıyla gelişmiş olmadığından, iş sahibi ve yüklenici gerçek kişi olmalıydı¹⁴⁵. Modern hukuk düzenlerinde hem iş sahibi hem de yüklenici gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir¹⁴⁶.

Eser sözleşmelerinde, “iş sahibi” ve “yüklenici” (müteahhit) olmak üzere iki taraf vardır. Her iki taraf da gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi; kamu kurum ve kuruluşlarının “iş sahibi” olarak taraf olduğu ve Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'na tabi yapım işleri için akdedilen eser sözleşmeleri dahi bir özel hukuk sözleşmesi olup, eser sözleşmesi hükümlerine tabidir¹⁴⁷. İş sahibi, ödeyeceği bir bedel karşılığında yükleniciden bir eser meydana getirmesini isteyen kimsedir. Asıl yüklenici, işin ifasını alt yükleniciye vermişse, bu durumda asıl yüklenici de iş sahibi sıfatını taşıyabilir¹⁴⁸. Yüklenici, bir tek kişi olabileceği gibi, bir grup halinde, birden çok kişi de olabilir. Bu takdirde, ya her bir yüklenici iş sahibiyse bireysel bir ilişki ya da ortak bir ilişki içerisinde bulunur¹⁴⁹.

Bu kapsamda tarafların anlaşmasının anlamı, sözleşmenin esaslı unsurları olan yapılacak iş, ortaya konulacak eser ve ödenecek ücret üzerinde anlaşmalarıdır.

¹⁴¹ SOMER, s. 75.

¹⁴² KASER, s. 183.

¹⁴³ SOMER, s. 75.

¹⁴⁴ KASER, s. 183.

¹⁴⁵ SOMER, s. 76.

¹⁴⁶ BAYGIN, C.; Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999, s. 6

¹⁴⁷ BUZ, Vedat; Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2007, s. 71.

¹⁴⁸ EREN, Borçlar Özel, s. 599; SELİMOĞLU, s. 88.

¹⁴⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 599. Sözleşmenin taraflarının borçları ileriki bölümlerde ayrıntısıyla incelenecektir: Bkz. 2. üst başlık: “Tarafların Borçları”.

Günümüzde, bu anlaşma şekli açık veya örtülü olabilir¹⁵⁰. Roma hukukunda ise, günümüzdekinden farklı olarak, irade beyanının açık olarak yapılması gerekir¹⁵¹.

Gai. 3. 142.: Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi erim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi.

“Locatio ve conductio da aynı kurallara göre düzenlenmiştir; eğer ücret belirli olarak tespit edilmemiş ise locatio conductio akdedilmiş sayılmaz¹⁵²”.

Gaius bu metinde, ücretin belirli olarak kararlaştırılması gerektiğini, aksi takdirde *locatio conductio operis* sözleşmesinin meydana gelmeyeceğini belirtir. Klasik devir incelendiğinde, taraflar ücret üzerinde anlaşmamışlarsa veya ücret belirlemedilerse, sözleşmenin meydana gelmemiş sayılacağı yönünde kanaat olduğunu görmekteyiz¹⁵³. Klasik sonrası dönemde de aynı şekilde, tarafların iradelerini açık olarak beyan etmeleri; tarafların, borç konusu, ücret ve ifası gereken şey üzerinde açıkça anlaşmaya varmış olmaları şartı aranırdı¹⁵⁴.

2- Eser

Eser sözleşmelerinde, yüklenici, iş sahibinin vereceği bedel karşılığında bir “eser” (*opus*) meydana getirme borcu altına girer.

Opus'un kelime anlamı “maddi ve artistik veya edebi herhangi bir eser, tamamlanmış olarak yapılan bir iş”¹⁵⁵ şeklindedir. Bu niteliği, *locatio conductio operis*'in, konusunun, Roma hukukunda verme (*dare*) değil, yapma (*facere*) borcu olarak kabul edilmesine yol açmıştır¹⁵⁶.

¹⁵⁰ TANDOĞAN, 28; EREN, Borçlar Özel, s. 595; SELİMOĞLU, s. 58.

¹⁵¹ SOMER, s. 13.

¹⁵² RADO, *Institutiones*, s. 46-47.

¹⁵³ SOMER, s. 14.

¹⁵⁴ KARADENİZ, 121.

¹⁵⁵ UMUR, Z.; Roma Hukuku Lugatı, İstanbul 1983, s. 147.

¹⁵⁶ KARADENİZ, s. 33.

D. 50. 16. 5. 1.: Paulus libro II. ad Edictum. Opere locato conducto, his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci “apotelesma” (effectum) vocant, non ergon (opus) id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.

“Labeo, eserin (*opus*) kiralanmasındaki “*opus*” kelimesi ile Yunanlıların “*apotelesma*” olarak adlandırdıkları “*ergon*” değil, icra edilmiş, tamamlanmış bir işin (*opus*) kast edildiğini belirtir¹⁵⁷”.

Roma hukukuna ilişkin eserle ilgili metinde, Roma hukukundaki eser kavramı ile tamamlanmış bir işin, bir sonucun kastedildiği açıklanmıştır. Eser kavramı, öğretiler tarih boyunca tartışma konusu olmuştur. Bu konuda iki farklı görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre, eser kavramı dar anlamda yorumlanmalı ve yalnız maddi varlıklar eser olarak kabul edilmelidir. Bu görüşü savunanlar, maddi bir varlık, bir şey, özellikle bir cisim şeklinde meydana gelmeyen çalışma, sonuç ve ürünleri, eser olarak nitelendirmez. Bu yazarlara göre eser, belirli bir şekil içinde maddi bir varlığa, bir cisme sahip bulunan, çalışma ürünü olan, başkasına devir ve teslim edilebilen şeylerdir. Bu görüş taraftarları, belirtilen şekildeki emek ürünlerini içeren sözleşmelerin, ancak vekâlet sözleşmesi olarak tanınabileceğini belirtmektedir¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, Alan; The Digest of Justinian, Vol. 4: “By hire of *opus Labeo says that by these words is meant that opus which the Greeks call apotelesma not that which they call ergon, that is, some completed product of an executed opus*”, s. 448.

¹⁵⁸ EREN, Borçlar Özel, s. 585; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 474; SELİMOĞLU, s. 23. İsviçre hukukundaki gelişmeleri incelediğimizde, aşağıdaki sonuçlara varıyoruz: 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve 1912 değişikliklerinden sonraki ilk yıllarda, eser kavramı, sadece maddi varlığı olan (Bu tip sözleşmeleri *sui generis* olarak nitelendiren görüş için bkz. GÜMÜŞ, 2, s. 6) insan emeği ürünler şeklinde yorumlanmaktaydı (Hugo OSER/ Wilhelm SCHÖNENBERGER; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V.: Das Obligationenrecht, 1. Teil, Zürich 1929, 2. Teil, Zürich 1936, Art. 363, Nr.1 (naklen, SOMER, s. 15, dpn. 39); bu görüşteki bir diğer yazar da YAVUZ, 9. Bası, s. 957) Federal Mahkemenin de, BGE 98 II 305 vd.da, yalnız maddi eserleri eser kavramı içinde kabul eden bir görüşü mevcuttur (EREN, Borçlar Özel, s. 585, dpn. 14).

Bunun yanında İsviçre Federal Mahkemesi de, 1937 yılında vermiş olduğu kararında, bir yapı projesinin çizilmesini eser olarak nitelendirmiştir (ARAL/AYRANCI, s. 316). Federal Mahkeme, daha sonraki bir başka kararında, içtihat değiştirmiş ve Gautschi tarafından savunulan görüş doğrultusunda, eser sözleşmesinin konusunun, sadece maddi varlığı olan çalışma sonuçlarının teşkil edebileceğini kabul etmiştir; gerekçe olarak, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin sadece maddi eserlerde uygulanabileceği gerekçesine dayanılmış; avukat veya jeologun, mütalaa vermesi, mühendisin statik hesapları yapması, mimarın ön proje veya plan çizmesi hallerinde fikri çalışma sonuçları bir kağıtta tecessüm etse dahi, bunların vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağını kabul etmiştir (ARAL/AYRANCI, s. 316). Bu kararın,

Diğer görüş ise, eser kavramının geniş yorumlanmasından ve hem maddi hem de maddi olmayan varlıkları kapsayacak şekilde genişletilmesinden yanadır ki bu görüşe “maddi ve manevi eser” adı verilmektedir¹⁵⁹. Bu görüşe göre, yalnız maddi varlığı olan eserler değil, maddi bir varlığa sahip olmamakla beraber maddi bir şey içerisinde veya üzerinde kendisini gösteren şeyler de eser olarak kabul edilecektir.

Eser sözleşmesi, hem maddi eserleri hem de gayri maddi eserleri kapsayan geniş bir kavramdır¹⁶⁰. Bu görüş çerçevesinde, objektif olarak tespiti mümkün olan, bir bütün oluşturan ve çalışma sonucu olan maddi veya manevi her sonuç, eser olarak nitelendirilebilecektir ki sanat eserleri de bu kavramın sınırları içerisinde yer alır. Bu görüş, esasen, Türk- İsviçre hukukunda hakim görüşü oluşturmaktadır¹⁶¹. Yine aynı yöndeki Yargıtay kararında da, günlük ücret karşılığı gazinoda solist göreviyle şarkı söylemeyi taahhüt etmiş olan bir ses sanatçısı ile gazino sahibi arasında yapılan sözleşmeyi de eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir¹⁶². İsviçre Mahkeme İçtihatları ise, örnekleme yoluyla hangi durumlarda eser sözleşmesinin söz konusu olacağını belirlemiştir: Bir gazeteye ilan konulması, radyo televizyon reklamları, ışıklı reklam, bir mağaza vitrininin düzenlenmesi, ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisi veya yarış düzenlenmesi, bir yerin elektrikle ısıtılması veya aydınlatılmasının üstlenilmesi, bir yarış atının eğitilmesi¹⁶³. Yargıtay da benzer şekilde, arı kovanı

doktrinde oldukça tartışılması ve bilhassa Jäggi'nin eleştirileri üzerine, Federal Mahkeme, kararını değiştirmiş, maddi olmayan iş görme sonuçlarını da eser sayan eski içtihadına geri dönmüş; “İstisna sözleşmesinin sadece maddi bir şeye ilişkin çalışma sonuçlarını konu edinebileceği görüşü hatalı idi. OR Art. 363 (TBK m. 470) anlamında eser, bu görüşün aksine maddi olduğu kadar maddi olmayan bir şekilde de ortaya çıkabilir.” şeklinde kararını belirtmiştir (ARAL/AYRANCI, s. 316).

¹⁵⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 584; SELİMOĞLU, s. 17-18.

¹⁶⁰ Roma'da MÖ. 1. yüzyılda ilan edilen bir emirnameye bir cenazenin bir yerden başka bir yere nakli düzenlenmiştir. Kanımızca bu iş de eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir; JOHNSON, A. C./ COLEMAN-NORTON, P. R./ BOURNE, F. C.; Ancient Roma Statutes, University of Texas Press, Austin, 2012, s. 62. Aynı şekilde, tapınağın taşınması da bu kapsamda değerlendirilmelidir; JOHNSON/ COLEMAN-NORTON/ BOURNE, s. 169.

¹⁶¹ ARAL/AYRANCI, s. 315; EREN, Borçlar Özel, s. 589-590; ERDOĞAN, İhsan; İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD, c.3, S.1, Ocak- Haziran 1990, s. 136. Alman hukuku incelendiğinde, orada da hakim görüşün bu yönde olduğu anlaşılmakta, BGB 631/II de bu görüşü doğrulamaktadır (EREN, Borçlar Özel, s. 585). Federal Mahkeme de, yukarıda bahsettiğimiz aksi yöndeki görüşüne karşın, sonraki kararlarında bu görüşe katılmıştır (EREN, Borçlar Özel'den naklen, BGE 109 II 37 vd., 119 II 45 vd. s. 590). İsviçre doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi, gayri maddi sonuçların da eser kavramının içinde değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir (SOMER'den naklen, OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 263, Nr.2, s. 1381).

¹⁶² YHGK. 23.02.1968 E.12/K.76, TANDOĞAN, s. 17-18.

¹⁶³ TANDOĞAN, s. 5; YAVUZ, 9. Bası, s. 957-958.

yapımının, elektrik tesisatı yapımının, elbise dikiminin ve ütülenmesinin, nikah törenini video kaydı ile görüntülemenin, eser sözleşmesi niteliğinde olacağına karar vermiştir¹⁶⁴. Maddi olmayan eserleri somutlaştırmak adına başka bazı örnekler vermemiz gerekirse, bunlar, bina, araba veya çalışma masasının yapılması, bir inşaat plan ve projesinin çizilip yapılması, bir film veya tiyatro oyununun senaryosunun yazılması, bir tablo veya resim yapılması, fotoğraf çekilmesi, bir metnin çevirisinin yapılması, istek üzerine belirli özelliklere sahip bir bilgisayar programının hazırlanması, inşaat projesinin çizilmesi, gazeteye ilan konulması, reklam hazırlanması, belirli bir konuda bilimsel veya sanatsal bir kitabın yazılması, ses kaydı yapılması, CD veya kaset, tape halinde ses ve görüntü kayıtları, müzik konserleri, müzik eserlerinin bestelenmesi, sanat veya dans gösterileri, tercüme, bilirkişi raporları, bilimsel mütalaalar, vb. şeklinde uzatılabilir¹⁶⁵. Bu örneklerle karşın, eser kavramının geniş yorumlanmasından yana olanlar arasında da görüş birliği mevcut değildir. Zira bir kısım yazarlar, belirli ölçüde, maddi bir varlıkla kendini gösterme ve devamlılık unsuru ararken; diğer bir kısım, maddi varlıkta kendini gösterme unsurunun, eser sözleşmesinde tali nitelikte olduğunu ve taraf iradelerine göre uygulanacak hukuk normlarının belirlenmesinde önemli olmadığını savunmaktadır¹⁶⁶. Bunun neticesinde, fikri eser ve fikri eser sözleşmesi kavramları ortaya çıkmıştır¹⁶⁷.

Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın kararlarını incelediğimizde, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun, bir kararında¹⁶⁸, belirli bir gündelik karşılığında bir gazinoda solist olarak şarkı söylemeyi taahhüt eden bir ses sanatçısı ile gazino sahibi arasındaki sözleşme, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmiş; bir başka kararında Yargıtay, mimari bir proje yapılmasına ilişkin sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir¹⁶⁹. Yargıtay, ilgili karardan, yapının projesini çizen ve bunun

¹⁶⁴ Y. 15. HD. 20.06.1989 E. 1742, K.2970.

¹⁶⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 585-586; SELİMOĞLU, s. 19; ARAL/ AYRANCI, s. 315.

¹⁶⁶ ARAL/ AYRANCI, s. 315- 316; SELİMOĞLU, s. 18.

¹⁶⁷ARAL/ AYRANCI, s. 316; Bazı Avrupa ülkelerinde bu hususa ilişkin uygulamalara bakarsak, Alman Medeni Kanunu'nda, fikri eser veya maddi olmayan iş görme sonuçları da eser sayılmakta; BGB § 631/2'ye göre, eser sözleşmesinin konusunu, gerek bir şeyin imali veya değiştirilmesi, gerekse bir iş görme veya hizmet ediminden ortaya çıkan diğer bir sonuç oluşturabilecektir (ARAL/AYRANCI, s. 316).

¹⁶⁸ YHGK. 23.02.1968, E. 12, K. 76 (TANDOĞAN, s. 17-18).

¹⁶⁹ 15. HD., 20.09.1976, E. 2108, K. 3038; 15. HD. 11.02.1991, E. 2751, K. 526: “Taraflar arasındaki uyumsuzluk avan proje, etüt ve çizimi ile yetkili kuruldan onay almak koşuluna dayanan eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.”, (UYGUR, İnşaat Hukuku, C. 1, s. 329 vd.). Mimari proje düzenleme sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında İsviçre Mahkemelerinin çeşitli görüşleri

uygulanmasını yapan mimarla yapılan sözleşmeyi eser ve hizmet sözleşmelerinden oluşan bileşik bir sözleşme olarak kabul etmiştir¹⁷⁰. Buna benzer olarak fizibilite raporunun hazırlanması, nikâh törenini videoya kaydetmek, oyuncunun, meydana getirdiği filmin sahnesini kendi sanat gücü ve yeteneği oranında gerçekleştirmesi gibi bağımlı olmadan yaptığı işlerin, bağımlı işlere nazaran üstün olduğu durumlarda eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir¹⁷¹. Yargıtay, bir başka kararında da eser sözleşmesinin sonuç taahhüdü içerdiğini vurgulamıştır: “Eser yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen somut sonuçtur. Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar¹⁷²”.

Buna karşın, doktrinde, bağımsız bir hukuki varlık olarak geçici ve maddi olmayarak da olsa belli bir şekilde ortaya çıkmayan ve bir bütün teşkil etmeyen, örneğin, bir taşınmazın belirli bir zaman dilimi için idaresi, bir hastanın tedavi edilmesi, bir çocuğun sünnet edilmesi, bir doktorun, hastadaki tümörü ameliyatla alması, eğitim ve öğretim faaliyetleri, bir ortaklığın muhasebesinin sürekli olarak tutulması gibi insan emeği sonuçlarının eser olarak kabul edilemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür¹⁷³. Bu görüşe göre, maddi olarak ortaya çıkmayan fikir, sanat veya spor çalışmaları veya gösterilerinde, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşündedir¹⁷⁴.

Bu açıklamalara karşın, bu görüşün taraftarlarının bir kısmı, maddi olmayan iş görme sonuçlarının eser sözleşmesine konu olması görüşüne iki nokta açısından sınırlama

süregelmiştir. 1937 tarihli bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararı'nda mimari proje düzenleme sözleşmesi eser sözleşmesi olarak nitelendirilmiş; 1972'de ise vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğuna hükmetmiştir (UYAN, G.; İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul, 2006, s. 52-83).

¹⁷⁰ 10. HD, 22.01.1976, E. 4935, K. 1294 (YKD 1976, s. 678 vd.).

¹⁷¹ ARAL/AYRANCI, s. 317.

¹⁷² 3. HD, 15.03.2012; 177/6939, YAVUZ, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.2, Ankara, 2013, s. 2465.

¹⁷³ YAVUZ, 9. Bası, s. 958. Aynı görüşteki bir diğer yazar için bkz. TANDOĞAN, 2, s. 5-6; SELİMOĞLU, s. 18.

¹⁷⁴ YAVUZ, 9. Bası, s. 958; TANDOĞAN, 2, s. 19; SELİMOĞLU, s. 18. TANDOĞAN, s. 21. “Zira özellikle estetik cerrahi müdahalede hekimin kabiliyeti kişisel edim bazında ciddi önem arz etmekte ve buna bağlı olarak hekim ile hasta arasındaki açık bir güven ilişkisi söz konusu olmaktadır. Ancak hekimin karşılık almak suretiyle tıbbi görüş içeren rapor hazırlaması veya laboratuvar testi yapmasına dönük sözleşme eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Teknik olarak bir meydana getirme olsa bile önplana çıkan husus tedavi olduğu için diş protezi yapma ve takma, dişe köprü takmak gibi faaliyetleri vekalet dahil etmek gerekir”, YAVUZ, 9. Bası, s. 959.

getirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. İlkin, maddi olmayan sonuç, ancak niteliği itibarıyla bir iş görme sonucu olarak taahhüt edilebildikleri ölçüde eser sözleşmesine konu olabilirler; bu anlamda öğretim, dava ve tedavide, belirli başarılı bir sonucun elde edilmesi taahhüt edilemez; bu durumlarda sonuç, esas itibarıyla, niteliği gereği taahhüt edenin gücü dışında kalan ve tartışılmayan etkenlere bağlıdır¹⁷⁵.

Bu konu esasen doktrinde çok tartışmalı bir konudur. Doktor ile hasta arasındaki tedavi ve genel cerrahi müdahalelere ilişkin sözleşmeleri vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmek gerekecektir¹⁷⁶. Bununla beraber Yargıtay, “*Davada dayanılan maddi olgu, burnunun estetik ameliyatı yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşkusuz ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O halde bu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabulü gerekir*”¹⁷⁷ görüşündedir. Bizim de katıldığımız görüş

¹⁷⁵ ARAL/AYRANCI, s. 318; EREN, Borçlar Özel, s. 591-593.

¹⁷⁶ ARAL/AYRANCI, s. 318.

¹⁷⁷ 13. HD. 05.04.1993, E. 131, K. 2741 (YKD 1994, s. 79): “*Davada dayanılan maddi olgu, burnunun estetik ameliyatı yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı, kuşkusuz ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi, halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan iş görme niteliğinde değildir. Çünkü burada vekalet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirmek ve onu teslim etmekte yükümlüdür. Bundan başka bu iki ana borçtan kaynaklanan ve bu borçların akde uygun surette ifasını sağlayan diğer bir takım yan borçların da, BK.’da açıkça yer aldığı veya işin mahiyetinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunlardan biri de, işi sadakat ve özenle bizzat yapma borcudur*”. Bu konudaki daha güncel bir karar da şu şekildedir: “*Taraflar arasındaki sözleşmeye göre estetik ameliyatı yapılmak suretiyle davacının karın bölgesinde doğumdan sonra oluşan bozulmasının giderilmesi öngörülmüştür. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser, yüklenicinin sanat becerisini gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. O halde taraflar arasındaki ilişki BK’nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir. - Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar. Bu kural gereğince, yüklenici, iş sahibinin yararına olan şeyleri yapmak ve zararına olan şeylerden kaçınmak zorundadır. İş sahibi ortaya çıkacak eserde belli niteliklerin bulunmasını arzu eder. Meydana getirilen eserin iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özelliği taşıması gerekir. Aksi halde ayıplı olduğu kabul edilir. Yüklenici meydana getirdiği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül borcu gereğince sorumludur. -Yüklenici hangi yöntemi kullanırsa kullansın işin ayıpsız olarak ortaya çıkması gerekir. Davacının doğumdan sonra karın bölgesinde oluşan çatlak ve diğer deformasyonların giderilmesi işini üstlenen davalının eser sözleşmesinin gereği olarak bu işi davacının beklentilerine cevap verecek şekilde fen ve sanat kurallarına uygun yapmak zorundadır. Dosya*

Yargıtay'ın görüşüdür¹⁷⁸.

Burada tartışmalı olan ve aydınlatılması gereken bir diğer nokta da sonuç taahhüdünün eser sözleşmesine özgü sonuca elverişli olup olmadığıdır. Nitekim eğitim ve öğretim faaliyetlerinde sonucun doğumu, yüklenicinin sözleşmeyi yaparken sahip olduğu iktidarı veya gücü dışında baştan öngörülemez farklı etkenlere bağlıdır¹⁷⁹. Bu örneği ders verme sözleşmeleri, davanın yürütülmesine ilişkin avukatlık sözleşmesi, dış hekimiyle yapılan tedavi amaçlı sözleşme, hekim ile hasta arasındaki özel tedaviye yönelik sözleşme, tedavi amaçlı cerrahi müdahaleye ilişkin anlaşmalarla da genişletebiliriz¹⁸⁰.

TBK m. 470'de, "eser sözleşmesi"nin, "bir eser meydana getirme" unsurunu içerdiği açıkça belirtilmesine karşın; eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olması itibariyle, bu sözleşmenin konusu bakımından önem arz eden husus, çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak üstlenilmesi kabil sonuç olacaktır¹⁸¹. Dolayısıyla söylenebilir ki, eser sözleşmesinin en tipik unsuru, "eser" unsurudur. Eser sözleşmesinin konusunu teşkil eden TBK m. 470 anlamında eser, bir maddi veya maddi olmayan belirli bir iş görme sonucudur¹⁸². Şüphesiz ki eser sözleşmelerinde maddi bir varlığı olan eserler ön planda yer alır ve

arasında bulunan fotoğraflarda ise, operasyon sonucunda arzu edilen sonuca ulaşılmadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece davalının olayda herhangi bir kusurunun bulunmadığı yolunda alınan bilirkişi raporuna göre davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmüş, kararın bozulması gerekmiştir" (Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2006, s. 3515-3516).

¹⁷⁸ Yargıtay'ın çeşitli diğer görüşlerinden örnekler vermek gerekirse: Fizibilite raporunun hazırlanması için yapılan sözleşme, BK m. 355 vd. hükümlerinde düzenlenen istisna sözleşmesi niteliğindedir (KARAHASAN, M. R.; Türk Borçlar Hukuku, C. 1-6, İstanbul 1992i C.6, s. 41); diş protezi yapımı, bir eser sözleşmesidir (Yarg. 10. HD., 20.12.1977, 2167/2307; KARAHASAN, s. 42); mühendisin yapı projesini çizmesi, eser sözleşmesiyken; aynı yüklenicinin, bunun uygulanmasını sağlaması ve denetlemesi, kontrol mühendisliğini de üzerine alması, hizmet sözleşmesini oluşturur. Bu durumda birleşik sözleşmeden söz edilir (Yarg. 10. HD., 22.01.1976, 4935/1294, KARAHASAN, c. 6, s. 44); zaman zaman iş verenin çağrısı üzerine gösterilen stüdyoda, şarkı ve saz eserlerini sanatları ölçüsünde plak ve banda geçirmek, istisna sözleşmesini oluşturur (Yarg. 10. HD., 14.12.1973, 5183/3154, KARAHASAN, c. 6, s. 46); inşaatın elektrik tesisatının projeye uygunluğuna yönelik denetlemeyi kapsayan ilişki (Yarg. 9. HD., 13.04.1973, 39758/10909); arı kovani yapımı (Yarg. 3. HD., 21.03.1963, 2274/2225); kalorifer tesisatı yapımı (Yarg. TD. 08.04.1958, 516/1030); boya ve badana yapılması, istisna sözleşmeleridir (Yarg. TD. 29.05.1953, 6571/3319) (KARAHASAN, s. 48-49).

¹⁷⁹ YAVUZ, 9. Bası., s. 959.

¹⁸⁰ YAVUZ, 9. Bası., s. 959.

¹⁸¹ YAVUZ, 9. Bası., s. 956; EREN, Borçlar Özel, s. 583; SELİMOĞLU, s. 85-86.

¹⁸² ARAL/ AYRANCI, s. 315; EREN, Borçlar Özel, s. 588; SELİMOĞLU, s. 85-86.

bunlar taşınır veya taşınmaz şeyler şeklinde olabilir¹⁸³.

Biz de, maddi olmayan çalışma sonuçlarının da eser sözleşmesi sayılması gerektiği görüşünün üstün tutulması gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz. Zira eser sözleşmesinin temel özelliği, iş görme, emek ve çalışma sonucunun maddiliği değil, yüklenicinin objektif bir bütünlük taşıyan belirli bir çalışma sonucunu meydana getirmeyi borçlanıp, üstlenmiş olmasıdır¹⁸⁴. Eser sözleşmesi, yüklenicinin üstlendiği iş görme sonucunu elde edip etmeme riskini taşıyan bir sözleşmedir ve bu sözleşme ile yüklenici, çalışma sonucunu, yani eseri borçlanır¹⁸⁵. Dolayısıyla eser sözleşmesi, eserin maddi yahut gayri maddi oluşundan bağımsız olarak, “edim sonucunu” öngören sözleşmeler için temel bir sözleşme tipini teşkil eder¹⁸⁶.

Buna ek olarak, eser sözleşmesine ilişkin bazı kurallar, bilhassa eserin teslim ve muayenesine ilişkin olanlar, maddi olmayan sonucun belirli ölçüde maddilik kazanması (yapı planında olduğu gibi), bir şeyde (mesela bir yazılı metinde, bir modelde, bir ses kaydında veya bir elektronik veri hafızasında) devamlılık taşıyan şekil alması ve böylece görülebilir tarzda tespit edilmesi gerektiği sınırlamasını eklerler¹⁸⁷. Uygulamada, sinema veya havai fişek gösterilerini seyretme sözleşmesi, ses sanatçılarıyla yapılan sözleşmeler eser sözleşmeleri olarak nitelendirilmektedirler¹⁸⁸. TBK m. 470 anlamında eser kavramı aşırı derecede genişlettiği için tenkit edilmekte olduğu görüşü olsa da, bu sözleşmelerin de eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz¹⁸⁹.

Günümüzde, fikir ve sanat eserlerinin öneminin artmasıyla beraber, doktrinde, maddi varlığı olmayan bu türden eserler açısından fikir eser sözleşmesi kavramı da geliştirilmiştir¹⁹⁰.

¹⁸³ ARAL/ AYRANCI, s. 315; EREN, Borçlar Özel, s. 588; SELİMOĞLU, s. 86.

¹⁸⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 586.

¹⁸⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 586.

¹⁸⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 587.

¹⁸⁷ TANDOĞAN, s. 21-22; SELİMOĞLU, s. 18.

¹⁸⁸ ARAL/AYRANCI, s. 318.

¹⁸⁹ ARAL/AYRANCI, s. 318; SELİMOĞLU, s. 86.

¹⁹⁰ TANDOĞAN, s. 20 vd.; EREN, Borçlar Özel, s. 592; SELİMOĞLU, s. 86.

Eser kavramı ve niteliği hakkındaki tartışmalara yer verdikten sonra, eser meydana getirme kavramını açıklamak gerekir. Eser meydana getirme, özünde bir iş görme faaliyetidir. Bu haliyle eser sözleşmeleri, satış ve kira gibi diğer sözleşmelerden ayrılır¹⁹¹. TBK m. 470'te, "meydana getirme" deyimini kullanılmıştır. Meydana getirmeyi, dar yorumlarsak, daha önce var olmayan, yeni bir eseri, iş görme faaliyeti sonucunda ortaya çıkarma şeklinde tanımlayabiliriz¹⁹². Bu ifade, mevcut bir eseri değiştirme ve hatta mevcut bir eseri ortadan kaldırmayı da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır¹⁹³. Yüklenicinin, eseri meydana getirirken, iş sahibinden bağımsız olarak iş gördüğünü de dikkate almak gerekir¹⁹⁴. Dolayısıyla "meydana getirme" denildiğinde, bu, yeni (ilk defa) bir eser meydana getirme, mevcut bir eseri değiştirme ve mevcut bir eseri ortadan kaldırma, yok etme şeklinde üçlü bir ayrımı kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır¹⁹⁵. Diğer bir anlatımla, sadece bina inşası, elbise dikimi, makinenin yapılması gibi yeni bir eserin ortaya çıkarılmasını değil; bir eşyanın montajı, modifiyesi, bakımı veya eserin yok edilmesine yönelik iş görmeler şeklinde de karşımıza çıkabilir¹⁹⁶. Özetle, bir eser meydana getirmeden bahsedebilmemiz için, tarafların iradesine göre yüklenicinin iş görmesi sonucunda önceki durumdan farklı bir sonucun ortaya çıkmış olmasını yeterli telakki edebiliriz. Kapsamına yeni bir eser meydana getirmenin, mevcut eser üzerinde gerçekleşen çalışma sonucu olabileceğini veya insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen çalışma sonuçları gireceği göz önünde tutulmalıdır¹⁹⁷.

3- Malzemenin Temini

Malzeme, kendisinden eserin imal edildiği ve onun içinde kalan maddelerdir¹⁹⁸. Örnek olarak yıkanacak çamaşır, üzerinde çalışılarak heykel yapılacak mermer verilebilir¹⁹⁹. Burada dikkat edilmesi gereken ilk nokta, çalışma araçları ile malzemenin birbirine karıştırılmamasıdır; çalışma araçları, tamamlanmış eser teslim

¹⁹¹ GÜMÜŞ'den naklen, GAUCH, N.15, s.5; SELİMOĞLU, s. 86.

¹⁹² GÜMÜŞ, s. 4.

¹⁹³ ARAL/AYRANCI, s. 319; EREN, Borçlar Özel, s. 594.

¹⁹⁴ Y. 15. HD., 1.20.2007, 7446/5841.

¹⁹⁵ Ayrıntıları için bkz. EREN, Borçlar Özel, s. 594-595.

¹⁹⁶ GÖKYAYLA, E.; Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s.7.

¹⁹⁷ Örneğin saç boyama, saç yapma, manikür veya pedikür yapımı. ARAL/AYRANCI, s. 319.

¹⁹⁸ TANDOĞAN, s. 104; EREN, Borçlar Özel, s. 616; SELİMOĞLU, s. 96.

¹⁹⁹ SOMER, s. 16.

edildikten sonra, ondan ayrılabilen veya yüklenici tarafından kendi mülkiyetinde olduğu için geri alınabilen şeylerdir ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre sadece temini değil, masrafları da yükleniciye aittir. Yargıtay da aynı doğrultuda, “*Aksine adet ve sözleşme olmadıkça yüklenici, imal olunacak şeyin icrası için gereken vasıtaları, alet ve edevatı kendi masrafı ile etmeye mecburdur*” demektedir²⁰⁰. Günümüz Türk hukukunda 6098 sayılı TBK ile beraber bu yük, EBK'dakine göre değişerek, kural olarak yüklenicinin üzerinden düşmüştür²⁰¹.

Türk hukukuna kıyasla Roma hukukunda, malzemenin kim tarafından temin edildiği yüksek önem arz eder. Konu ile ilgili *Gaius* ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'indeki metinleri inceleyelim:

Gai. 3. 147: Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos mihi faceret et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi, atqui si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.

“Yine tartışmalı olan bir mesele de, eğer bir kuyumcu kendi altınından bana belirli ağırlıkta ve belirli şekilde halkalar yapmak ve karşılığında ikiyüz denarius almak üzere benimle anlaşır, burada bir satış mı, yoksa bir *locatio conductio* mu akdedildiğidir. *Cassius*, malzeme bakımından bir satış, iş bakımından bir *locatio conductio*'nun akdedildiği kanaatindedir. Fakat yapılacak işe karşılık bir ücret tayin ederek ona kendi altını veririm, bir *locatio conductio*'nun akdedildiği kabul ediliyor²⁰²”.

²⁰⁰ Y. 15.HD, 18.05.2000, E. 2000/157, K.2000/2444, YKD. c. 26, S.12, Aralık 2000, s. 1847.

²⁰¹ EREN, Borçlar Özel, s. 617; SELİMOĞLU, s. 96.

²⁰² RADO, *Institutiones*, s. 47-51.

Gaius, bu metinde, kuyumcunun yüzük yapmak üzere sipariş alması ve malzemeyi kendisinin sağlaması halinde satış mı yoksa *locatio conductio operis*'in mi söz konusu olacağı tartışmasına yer vermiş ve *Cassius*'un görüşüne göre yüzüğün yapılacağı malzeme açısından kuyumcu ile sipariş veren arasında satış sözleşmesinin, yüzüğün meydana getirilmesi açısından ise *locatio conductio operis*'in söz konusu olacağını belirtmiştir.

Inst. 3. 24. 4: *Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conditionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta dubium non est, quin locatio et conductio sit.*

“Yine tartışmalı olan bir meseleye göre, eğer *Titius* bir kuyumcu ile, altını kuyumcu vermek üzere, belirli ağırlık ve biçimde yüzükler yapması ve mesela on altın alması hususunda anlaşılmış olsa, burada satış mı yoksa *locatio* ve *conductio* mu vardır? *Cassius*'un dediğine göre, malzemenin satışı, işçiliğin ise *locatio conductio*su vardır. Fakat sadece satış olduğu görüşü hakim oldu. Eğer altını *Titius* vermiş olsaydı, işçilik için belirli bir ücret tespit edilmişse bir *locatio* ve *conductio* olduğundan şüphe edilmezdi²⁰³”.

Institutiones'de, *Gaius*'un metninden farklı olarak sonunda malzemeyi kuyumcunun sağlaması halinde satış sözleşmesinin olduğu, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde *locatio conductio operis*'in meydana geleceğini kabul etmiştir. Metinlerde de görüldüğü üzere, Roma hukukunda, malzemenin kimin tarafından

²⁰³ UMUR, *Institutiones*, s. 270-271.

temin edildiği, sözleşmenin niteliğini etkileyecek derecede bir önemi haizdi. Yukarıdaki metinlerden hareketle, Roma hukukunda varılan nokta şu olmuştur: Malzeme, yapılacak esere karşılık bir ücret belirlenerek, iş sahibi tarafından veriliyorsa, tarafların arasında meydana gelen akit, *locatio conductio operis* olarak adlandırılacaktır²⁰⁴.

Digesta'ya baktığımızda da aynı yönde ifadelerin mevcut olduğunu görüyoruz; ancak aşağıda alıntı yapılan metinde ayrıca bu durumun bir istisnasına da yer verilmektedir. Buna göre binanın üzerinde yapılacak arazinin iş sahibi tarafından verilmesi halinde *locatio conductio operis*'in söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Arsa üzerine bina inşa edilmesi halinde, aksi durumda binanın üzerine yapılacak arazinin, eserin esasını teşkil edeceği belirtilmiştir. Buradaki istisnai durum iş sahibine ait olan arsanın değerinin, bina yapımı için gerekli malzemenin değerinden çok daha fazla olmasıdır. Bu da iş sahibi ile yüklenicinin arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini etkiler²⁰⁵.

D. 18. 1. 20: *Pomponius libro IX ad Sabinum. Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statutam, vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud, quam pecuniam daremus, emptionem videri; nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret, aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantis proficiscitur.*

“*Sabinus*'a göre, benim için bir şeyin, bir heykel, kanal veya bir elbisenin yapılmasını istersem ve karşılığında ücretini ödemekten başka bir şey yapmıyorsam, sözleşme satış sözleşmesi olur ve sözleşmeye konu şeyin yapılacak malzemeye ilişkin hüküm olmayan sözleşmede *locatio conductio* olmasına dair bir soru işareti yoktur. Eğer sözleşmeye konu binanın inşa edileceği araziyi ben sağlıyorsam, bu durumda cevap değişir; zira bu durumda

²⁰⁴ DI MARZO, Roma Hukuku, İstanbul 1959, s.442.

²⁰⁵ KARADENİZ, s. 194.

sözleşmeye konu esas şey benden geliyor olur²⁰⁶”.

Digesta'nın bu metninde, yapılan sözleşmede bir taraf sadece para veriyor ve malzemeye ilişkin sözleşmede belirleme yapmıyorlarsa, bu durumda satış sözleşmesinin söz konusu olacağından tartışmadan uzak olduğu belirtilmiştir. Ancak sözleşme konusu temel malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde sözleşmenin niteliği değişerek *locatio conductio* olacağı belirtilmiştir. Yine bu durumla ilgili olarak *digesta*'da şu şekilde bir metin karşımıza çıkmaktadır:

D. 19.2.22.2'de²⁰⁷ de *locatio conductio operis* sözleşmesinde yapılan masrafların yüklenici tarafından karşılanacağı da devam edeceğini düzenlemiştir. Türk-İsviçre hukuk sistemlerini incelediğimizde, sözleşmede bir hüküm veya bu konuda bir adet bulunmadığı takdirde, malzemeyi yüklenicinin mi yoksa iş sahibinin mi sağlayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır²⁰⁸. İtalyan Medeni Kanunu'nda, şüphe halinde malzemeyi yüklenicinin sağlayacağı konusu bir karine olarak kabul edilmiştir²⁰⁹. TBK m. 472/1 ve 2'yi beraber değerlendirdiğimizde, her ne kadar maddelerde yüklenicinin, malzeme bakımından sorumluluğu düzenleniyorsa da, malzemenin, iş sahibi tarafından temin edilebileceği gibi, yüklenici tarafından da temin edilebileceği sonucunu çıkarmak mümkündür²¹⁰. Doktrinde, bu konuda farklı görüşler olduğunu görmekteyiz. Bazı yazarlar, TBK m. 472/3'den hareketle, bu fıkrayı, malzemeyi de kapsayacak şekilde yorumlamaktadırlar ve malzemenin, yüklenici tarafından temin edileceği sonucuna varmaktadırlar²¹¹. Bir kısım diğer yazarlar ise, aynı fıkranın mefhum-ı muhalifinden, malzemeyi iş sahibinin sağlaması gerektiği sonucuna varmaktadırlar²¹². Elbette burada önemli olan nokta, modern

²⁰⁶Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*It is the view of Sabinus that if I ask that something be made for me, a statue, say, or some vessel or garment, I doing nothing except pay money, the contract is one of the purchase and that there can be no question of letting and hiring where there is no provision of the materials from which the thing is to be made; it would be a different matter if I provided the site on which a building is to be erected, because then the principal thing does come from me*”, s. 58.

²⁰⁷ Bkz. 1. Bölüm, “A)Tanımı” alt başlığı.

²⁰⁸ SOMER, s. 20.

²⁰⁹ TANDOĞAN, s. 104.

²¹⁰ SOMER, s.20; SELİMOĞLU, s. 96.

²¹¹ BİLGE, N.; Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 217.

²¹² EREN, F.; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları (II), İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996, s. 69.

hukukta, malzemeyi temin eden tarafın değişmesinin, sözleşmenin niteliğinde de bir değişikliğe yol açıp açmayacağıdır. Ülkemizin de taraf olduğu Viyana Satım Sözleşmesi m. 3, Roma hukukuna benzer olarak sözleşmenin esaslı bölümünü iş sahibinin temin etmemesi halinde satış sözleşmesinin gündeme geleceğini belirtmiştir: “İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun” .

Günümüz Türk hukukunda, malzemenin kim tarafından sağlandığına bağlı olarak, eser sözleşmesi “basit eser sözleşmesi” ve “eser teslim sözleşmesi” şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulur²¹³. Basit eser sözleşmesinde yüklenici sadece işi (edim sonucunu), yani kendisine ait olmayan malzeme ile bir eser meydana getirip teslim etmeyi borçlanmaktadır. Eser teslim sözleşmesinde ise yüklenici, sözleşme konusu eseri, tamamı veya bir kısmı bizzat kendisi tarafından sağlanacak malzeme ile meydana getirerek teslim etmeyi taahhüt etmektedir²¹⁴. TBK m. 472/2'de yer alan düzenleme, Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Nitekim Yargıtay, bir kararında: “...Uyuşmazlık, malzemelerin kimin tarafından temin edildiği ve işin kapsamı noktalarında toplanmaktadır...Aksine sözleşme bulunmadığı ya da karşı tarafça kanıtlanmadığı sürece malzemenin yüklenici tarafından temin edildiğinin kabulü zorunludur...²¹⁵” şeklinde ifade ederek malzemenin aksi kararlaştırılmadığı takdirde yüklenici tarafından temin edilmiş olduğunu varsaymaktadır. Sonuç olarak Roma hukukunda malzemeyi katı olarak iş sahibinin sağlaması ilkesinin aksine, günümüzde, malzemeyi kimin teslim ettiğinden bağımsız olarak sözleşme eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

4- Sonucun Üstlenilmesi ve Eserin Teslimi

Locatio conductio operis'de yüklenici, iş sahibinin taahhüt ettiği ücret ve verdiği malzeme karşılığında, belirli bir süre içerisinde, bir eser (*opus*) meydana getirmeyi

²¹³ GÜMÜŞ, s.1; EREN, Borçlar Özel, s. 616-617.

²¹⁴ GÜMÜŞ'den naklen, GAUCH; EREN, Borçlar Özel, s. 616-617.

²¹⁵ 15. HD. 26.09.2013, 7114/5213; SELİMOĞLU, s. 98.

ve teslim etmeyi taahhüt eder²¹⁶. Her ne kadar TBK m. 470 teslim yükümlülüğünden bahsetmiyorsa da, maddenin bu şekilde yorumlanması, eser sözleşmesinin amacına ve ondan beklenen sonuca uygundur²¹⁷. Bunun yanında TBK'nın genel hükümleri ve eser sözleşmesi başlığı altında diğer maddelerden, kanunkoyucunun, yüklenicinin teslim borcunu zımni olarak kabul ettiği çıkarılabilir (TBK m. 473, 474, 478, 479, 482). Aynı şekilde iktibas ettiğimiz İsviçre BK. m. 363: “*Eser sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi üstlendiği bir sözleşmedir.*” demektedir.

Eser kavramının tanımında açıklandığı üzere, *opus*, tamamlanmış bir işi ifade eder; diğer bir anlatımla yüklenici, bir sonucu üstlenmektedir. Eser sözleşmesinin amacı, iş sahibinin istediği belirli bir sonucun meydana getirilmesi, *locator*'un tatmin edilmesidir. Burada tatmin edilme kriteri, “*bonus viri*”dir; yani makul insanı tatmin eden, *locator*'u da tatmin eder²¹⁸.

Roma hukukunda, Klasik devirde *locatio conductio operis*'den doğan borç, *facere*, yani yapma borcu olarak kabul ediliyordu; bu sebepten yüklenicinin üstlendiği eseri, işi bizzat yapması gerektiği kabul edilirdi; dolayısıyla yüklenici dışındaki bir şahsın bu borcu yerine getirmesi mümkün değildi. *Iustinianus* döneminde ise bu hususta değişikliğe gidilerek, eser sözleşmesinin borcunun yüklenici dışındaki bir kimse tarafından ifasının da mümkün olduğu düzenlenmiştir; ancak tarafların aksine kararlaştırılabileceği de belirtilmişti²¹⁹. Roma hukukunda, bu husus, şu şekilde yer almaktaydı:

D.46.3.31:et hoc specieliter actum est, ut suis operis id perficiat...

²¹⁶ Türk hukukunda eskiden eserin “imal edilmesi” kavramı kullanılırdı; burada sözü geçen “imal” kavramı, günümüzde, eser meydana getirme ve bu faaliyetin sonucunda istenilen eserin ortaya çıkarılması olarak anlaşılmalıdır; yani kullanılan malzeme, emek sonucunda yeni bir kişilik kazanmaktadır. Tabiidir ki, burada emeğin esere katkısının az veya çok olması bir önem arz etmez, VELİDEDEOĞLU, H. V./ ÖZDEMİR, R.; Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel) Ankara 1987, s. 567.

²¹⁷ SOMER, s. 22.

²¹⁸ RADO, Borçlar Hukuku, s. 140.

²¹⁹ SOMER, s. 22.

“...Bu durumda da, eğer iş sahibi rıza gösterir ise, yine iş bir başkası tarafından yapılabilir.”

Digesta'nın bu metninde, iş sahibinin muvafakıyla, işin yükleniciden başka tarafından da ifasının mümkün olacağı belirtilmiştir. Bu açıklamalar çerçevesinde, iş sahibi, işin bizzat şahsen ifa edilmesini, eğer bu husus kendisine taahhüt edilmişse veya borçların işin niteliği gereği üçüncü kişinin katkısı ya da şahsi performansı dikkate alınmamışsa, talep edebilecektir. Peki bu şekilde işin ifası sırasında bir üçüncü şahıstan yardım alması halinde, yüklenicinin, bu şahsın kusurundan sorumluluğu nasıl olacaktır? Bu konu da *Digesta*'da şu şekilde yer almaktaydı:

D.19.2.25.7: *Gaius libro X. ad Edictum provinciale. Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad ceteras res transferri potest.*

“Bir kimse, bir sütunun taşınması işini üstlenmiştir. Sütun, çıkarılır, taşınır veya yerleştirilirken kırılırsa, yüklenici, bunun kendi veya çalışanlarının kusuru sebebiyle olması halinde ortaya çıkan rizikolardan sorumludur. Ancak dikkatli bir kimsenin alacağı tüm önlemler alınmışsa, herhangi bir kusurdan söz edilemeyecektir. Aynı sonuca, bir kimsenin, bir takım kavanoz veya odunların taşınmasının üstlenilmesi halinde de varılabileceği açıktır. Bu kural, diğer şeylerin taşınması için de genişletilebilir²²⁰”.

²²⁰ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “A man undertook [as a job] to transport a column. If it broke while being raised or carried or repositioned, he is held responsible for the risks if this happens due to his own fault or that of those whose labor he employs; but there is no fault if all precautions were taken by which a very careful person would have observed. I would obviously construe the same result if someone undertakes [as a job] to transport storage jars or wood; and the same rule can be applied also to other things”, s. 108.

Görüldüğü üzere *Gaius*, yüklenicinin (*conductor*) yardımcı şahsın fiillerinden sorumluluğunu kabul etmektedir²²¹. Zarar, yüklenicinin (*conductor*) kendisinin veya hizmetindeki bir kimseden, yani yardımcı şahsın kusurundan (*culpa*) meydana gelirse, sorumlu olacağı belirtilmiştir. Ancak *Gaius*, aynı zamanda bir kurtuluş beyyinesi getirmiş ve her türlü dikkat ve özenin gösterildiğinin ispat edilmesi halinde kusurun gündeme gelmeyeceğini açıklamıştır.

D. 19.2.13.1: *Ulpianus libro XXXII. Ade Edictum. Si navicularius onus Minturnas vehemendum conduxerit, et, quum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces translulerit, eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius; Labeo, si culpa caret, non teneri ait, ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore, aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum.*

‘Eğer bir gemi sahibi, *Minturnae*'ya yük taşınması üzerine sözleşme yapar ve sözleşmeye konu ürünleri, kendi gemisinin *Minturnae* nehrine girememesi sebebiyle başka bir gemiye naklederse ve bu ikinci gemi nehrin ağzında batarsa, ilk gemi sahibi sorumlu olur mu? *Labeo*, kusuru olmaması halinde sorumlu olmayacağını; ancak ürünlerin malikinin rızası hilafına veya uygun olmayan zamanda taşınması; veya ürünlerin nakledildiği geminin daha az elverişli olması halinde *locatio conductio*'dan doğan davanın kendisine karşı açabileceğini söyler²²²’.

²²¹ TAMER-GÜVEN, D.; Roma Hukukunda Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk (*Culpa in Eligendo*), İstanbul 1993, s. 103.

²²² Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “If a shipowner contracts to convey freight to *Minturnae* and then transfers the goods onto another ship because his own ship cannot get up *Minturnae*'s river and the second ship then founders at the river's mouth, is the first shipowner liable? *Labeo* says he is not liable if he is free from fault; but if he acted against the owner's will or at an improper time or [if the transfer was] to a less suitable ship, then there should be an action lease [of a job].”, s. 103.

Modern hukuklara baktığımızda, sonucun meydana gelmesi sırasında yüklenici, bizzat çalışacağı gibi, işi gerektiğinde başkasına da yaptırabilir; bu durum Türk hukukunda da geçerlidir²²³; ayrıntılarına tarafların borçlarında girileceğinden burada belirtmekle yetiniyoruz. *Digesta*'da, bu metin ile, yüklenicinin kusuru yoksa sorumlu tutulamayacağını; ancak ürünlerin nakledildiği zaman veya geminin elverişsiz olması halinde sorumluluğunun gündeme geleceğini belirtmiştir.

D. 19.2.24 pr: *Paulus libro XXXIV ad Edictum. Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus approbetur, ac si viri boniarbitrium comprehensum fuisset. Idemque servatur, si alteius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit; nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale virobono convenit, idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandam tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. Quibus consequens est, ut irrita sit approbatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.*

“Eser sözleşmesinde yer alan bir hükümle iş sahibinin, işi kabul etmesi kendi takdirine bırakılmışsa, bu değerlendirme, dürüst bir kimsenin (*bonus viri*) bu konudaki takdiri esas alınır. Aynı şekilde, eserin kabulünün üçüncü kişinin takdirine bırakılması halinde de bu kriter uygulanacaktır. Gerçekten, iyi niyet, dürüst bir kimse gibi davranmayı gerekli kılar. Sözleşme hükmünde tespit edilen bu değerlendirme, eserin niteliğine ilişkindir; yoksa sürenin uzatılmasına ilişkin değildir, meğer ki sözleşmede tespit edilmiş olsun. Ancak yüklenicinin hilesi sonucunda eser kabul edilmişse, sözleşme geçersiz olacak ve ona karşı *locatio conductio*'dan doğan dava gündeme gelecektir²²⁴”.

²²³ SOMER, s. 24.

²²⁴ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; *The Digest of Justinian*, Vol. 2: “If it is provided in a lease clause [of a job] that the owner is to judge the work acceptable, this is construed to mean that what they had called for was the judgement of an upright man, and the same rule holds had they provided for judgment by some third party. Good faith requires that a judgment be offered such as is compatible with an upright man. This judgment will pertain to the quality of the work, but not to extending a time limit fixed by a lease clause, unless this too was provided for by the

Bu metinde irdelendiği üzere, *locatio conductio operis*'de yüklenici, bir sonuca yönelik faaliyeti açısından iş sahibine bağımlı değildir. Zira iş sahibini ilgilendiren husus, sözleşmenin konusu olan edimin, yani kararlaştırılmış olan neticenin, belirlendiği şekilde meydana getirilmesidir. *Digesta*'nın bu metninde esasen işin kabulüne yönelik bir düzenleme yapılmıştır. Bu sebeple iş sahibi, sadece sonuçlanmış olan eser üzerinde inceleme hakkına sahip olmakla beraber; metinde de dikkat çekildiği üzere, iş sahibinin veya üçüncü kişinin, işin kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin takdir yetkisini kullanmasına izin verilmektedir, bu takdir yetkisinin ölçüsü de “adil bir kişinin²²⁵ vereceği karar” olarak belirlenmiştir²²⁶.

Eserin teslim süresi bir başka tartışma konusudur. Eserin teslim edilmesi için, belli bir süreye ihtiyaç duyulması tabiidir. Bu sürenin ne kadarlık bir zamanı kapsayacağı, sürenin ne zaman başlayacağı, eserin ne zaman teslim edileceği gibi konuları taraflar aralarında kararlaştırabilirler. Buna ilişkin olarak ilkin Roma hukukundaki metinleri irdeleyelim:

D.19.2.58.1: *Labeo libro IV Posteriorum a lavoleno epitomatorum. In operis locatione erat dictum, ante quam diem effici deberet, deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat; eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset, quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit.*

“*Locatio conductio* sözleşmesinde işin ne zaman bitirilmesi gerektiği açık bir şekilde olarak belirlenmemişse, yüklenici, işi sözleşmede taahhüt edilen niteliğe uygun olarak

clause. It follows from this that approval induced by the contractor's fraud is void, and that an action on lease [of a job] will lie”, s. 106-107.

²²⁵ Bkz. UMUR, Lugat, “*Vir Bonus: İyi, namuslu, dürüst insan. İyi bir Roma vatandaşı veya aile reisi (bonus pater familias). Boyle bir kimsenin hareket tarzı, hafif ihmâl (culpa levis) bulunup bulunmadığının objektif ölçüsü olmakta idi.*”, s. 224; “*Bonus (veya Diligens) Pater Familias: İhmâlin (culpa) bulunup bulunmadığını anlamak için kullanılan mücerret ölçü*”, s. 31.

²²⁶ SOMER, s. 24.

bitirmezse, iş sahibinin menfaatine uygun bir bedel ödemelidir. Bence bu borç, makul bir kimsenin bitirebileği tahmin edilen zamana göre belirlenir. Taraflar açıkça, imkansızlık hali dışında, bu zaman diliminde bitirileceğini kararlaştırmışlardır²²⁷”.

Bu metin, *locatio conductio* sözleşmesiyle yapılması kararlaştırılan eserin tamamlanması hususuna açıklık getirmiştir. Buna göre taraflar, aralarında açıkça bir belirleme yapmadıysa, işin niteliğine göre uygun bir zamanda bitirilmesi gereklidir. İşin makul zamanda tamamlanamaması halinde yüklenici, iş sahibine bir tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. İşin, sözleşme ile kararlaştırılmış olan güne (*dies operis*) kadar tamamlanması ve iş sahibine teslim edilmesi gerekir; ancak taraflar böyle bir süre belirlememişlerse, bu nitelikteki bir işin yapılması için gereken normal süre esas alınır²²⁸. Eserin teslimi ise, tamamlanmış olan eserin tamamen (*in aversione*) teslimi ile olabileceği gibi, kısım kısım (*in pedes mensurasi*) teslimi şeklinde de gerçekleştirilebilir²²⁹.

5- Bedel

a. Tarafların Bedel Üzerinde Anlaşması

Roma hukukunda, bedel, “*merces*” kelimesi ile ifade edilip, *locatio conductio* sözleşmeleri açısından genel olarak “kira ücreti”²³⁰ şeklinde isimlendirilmiş olup, kiralama durumunda “kira bedeli”, bir kimsenin hizmeti söz konusu olduğunda ise

²²⁷ Metin İngilizce’den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*In the lease of a job, it was not specified by what date it should be completed; the contractor had then promised that if it were not completed according to specifications, he would pay money equivalent to the lessor’s interest. I think this obligation is contracted for whatever a reasonable man would estimate concerning a time limit; they obviously arranged that it be completed within this time limit without which performance would be impossible*”, s. 114.

²²⁸ BUCKLAND, Textbook, s. 505.

²²⁹ KARADENİZ, s. 174.

²³⁰ “*hire-money*”, ROBY, s. 169.

“ücret” olarak nitelendirilmelidir²³¹. Ücret, mutlaka bir miktar paraya ilişkin olmalıdır²³². Önceden açıkladığımız gibi eser sözleşmeleri sinallagmatik akitlerdendir. Yapılacak, meydana getirilecek eser karşılığında bir bedel ödenmesi, *locatio conductio operis*'in temel unsurudur²³³. Bu o kadar önemli bir unsurdur ki, ödenen bedelin, para harici herhangi bir şey olması, sözleşmeyi *locatio conductio* olmaktan çıkararak isimsiz sözleşme haline getirecektir. Ücretle ilgili olarak mutabık olunan nokta şu olmuştur ki, bu her zaman bir miktar paranın ödenmesi şeklinde olmalıydı; tek istisnası hâsılat kirasında, kiralayanın, hasadın bir miktarını vererek, para ödememesi halidir²³⁴. Bu hususun ayrıntılarına ileriki bölümlerde gireceğimizden, şimdilik sadece değinmekle yetiniyoruz. Ancak Roma döneminde, *locatio conductio* sözleşmelerinde ücrete ilişkin bir hususa özellikle dikkat göstermek gerekir. Bilhassa bir emeğin söz konusu olduğu eser veya hizmet sözleşmeleri, genellikle köleler tarafından yerine getirilen hizmetlerdi; ve “*serbest meslek*²³⁵” olarak nitelendirilen meslek mensupları, yaptıkları işe ilişkin olarak bir ücret talep etmezdi. Ancak ve ancak *honorarium*²³⁶ adı verilen ve masraflarına ilişkin olarak ücret alırlardı; bu faaliyetleri de eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmez, vekalet sözleşmesi olarak kabul edilirdi²³⁷. Roma hukukunda, ücretle ilgili metinler şu şekildedir:

Inst. 3.24 pr.: Gaius libro II. Rerum quotidianarum: Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis consistunt. Nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur, si merces constituta sit.

“*Locatio conductio*, satışa yakındır ve aynı hukuk kuralları ile düzenlenir. Gerçekten de, nasıl satış, semen üzerinde uzlaşma meydana geldiği vakit oluşursa, *locatio* ve

²³¹ ROBY, s. 169.

²³² LEE, s. 322.

²³³ WATSON, s. 101.

²³⁴ WATSON, A., Roman Law & Comparative Law (Comparative), Athens, 1991, s. 64.

²³⁵ “*Liberal professions*” terimi bu şekilde çevrilmiştir.

²³⁶ Bkz. UMUR, Lügat, “*Honorarium: Avukatlık, doktorluk, hocalık, vs. gibi şerefli sayılan bir meslek icra ettiği için, hukuki yollarla ücret talep edemeyen kimselere, kendiğilinden ödenen şeref ücreti. Şeref ücreti, bir dava ile istenemez, fakat nizam harici usulle (cognitio extra ordinem), yaptığı işten dolayı onu şerefliendirmek için, bir nevi hediye gibi verilirdi (D. 50.4; C. 10, 41)*” s. 82.

²³⁷ LEE, s. 321.

conductio da ücret (*merces*) üzerinde uzlaşma meydana geldiğinde akdedilmiş sayılır²³⁸”.

Görüldüğü üzere metinde, *locatio conductio* sözleşmesinin kurulması için gereken şart olarak tarafların ücret üzerinde anlaşması sayılmıştır. Bu itibarla, eser sözleşmesinin meydana gelmesi için olmazsa olmaz unsurlardan birisi de tarafların bedel üzerinde anlaşmasıdır.

D. 19.2.2 pr²³⁹ ile beraber değerlendirildiğinde, iki metinde de *locatio conductio* sözleşmesinin kurulabilmesi için, tarafların anlaşmalarının, sözleşmenin kurulması bakımından zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bedel unsuru, *locatio conductio* sözleşmelerinin oluşumunda ayırt edici, karakteristik bir unsur olarak dikkat çekmektedir. Tarafların, sözleşmede taraflardan birisinin borcunun bir bedelin ödenmesini kararlaştırmış olmaları o derece önemlidir ki; tarafların bedel üzerinde anlaşmamış olmaları halinde sözleşmenin niteliği değişecek ve sözleşme bir vekalet sözleşmesi niteliğini alacaktır. Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmelerinin farkları ayrıca ileride incelenecektir²⁴⁰.

b. Bedelin Taraflarca Açıkça Belirlenmesi Hususu

Önemli olan noktalardan bir diğeri de, rızai sözleşmelerde tarafların borç konusu üzerinde tam bir anlaşmaya varmaları gerektiğinden, paranın miktarı kesin olarak saptanmış olmasıdır; aksi halde, yani sözleşme kurulurken, eser belirlenir ancak ücret saptanmazsa; bu durumda *locatio conductio operis*'den söz edilemeyecektir²⁴¹. Esasen bu konu, Roma hukukunda çeşitli metinlerde irdelenmiştir ve çeşitli dönemlerde farklı görüşlerin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Türk hukuku açısından baktığımızda, bu ilkenin aksine, sözleşme kurulurken taraflar ücreti belirlemese ancak ücret ödeneceği konusunda anlaşılırsa bu eser sözleşmesinin kurulması için

²³⁸ UMUR, *Institutiones*, s. 268-269.

²³⁹ Bkz. 1. Bölüm, “B) İyiniyet Davalarıyla Korunması” alt başlığı.

²⁴⁰ Bkz. Birinci Bölüm, “Vekalet Sözleşmesinden Farkı” alt başlığı.

²⁴¹ WATSON, s.103-104.

yeterli olur²⁴².

Gai. 3.143:*Qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.*

“Bu sebeple önceden bir ücret tespit edilmeden ne ödeneceği aramızda kararlaştırılmak üzere temizleyiciye yıkaması ve ütülmesi için veyahut da terziye tamir etmesi için bir elbise veririm, bir *locatio conductio*'nun akdedilip edilmediği tartışmalıdır²⁴³”.

Burada *Gaius*, ücretin belirlenmemesi durumunda, sözleşmenin niteliğinin ihtilafli hale geldiğini belirtmekle yetinmiş; bir değerlendirme yapmamıştır.

Inst. 3.24.1:*Qua de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio intellegitur, sed eo nomine praescriptis verbis actio datur.*

“Bu sebeple bir kimse temizleyiciye temizlensin ve ütülensin diye veya terziye diksin diye, ücretini derhal belirlemeden, elbiseler verirse ve aralarında verilecek ücretin sonradan belirlenmesi kararlaştırılırsa, gerçek anlamda bir *locatio* ve *conductio* yapılmış sayılamaz ve bu ilişkiden bir *actio praescriptis verbis*²⁴⁴ doğar²⁴⁵”.

²⁴² TUNÇOMAĞ, s. 956.

²⁴³ RADO, *Institutiones*, s. 46-47; BAYGIN, s. 30-31..

²⁴⁴ UMUR, *Lugat*, s. 11: “*Actio Praescriptis Verbis: Son İmparatorluk devrinde ihdas olunan ve isimsiz akitleri koruyan dava. Anlaşmanın icabını kendiliğinden yerine getirmiş olan taraf, bu dava ile, diğer tarafın da mukabil edimini yerine getirmesini talep ederdi*”.

²⁴⁵ UMUR, *Institutiones*, s. 268-269.

Yukarıdaki ifade ile, bu şekilde ücretin belirlenmediği bu tip sözleşmeler sonucunda, isimsiz akitlerde de tanınan *actio praescriptis verbis* davası açma hakkının tanındığını görüyoruz.

Ücretin, meydana getirilen eserin gerçek değerine uygun olma zorunluluğu da yoktu; ancak Klasik sonrası dönemde, Hıristiyanlığın etkisi ile bu değişmiş ve özellikle *Iustinianus* döneminde, *laesio enormis* (gabin) kabul edilmişti²⁴⁶; ki bu da şu şekildedir:

D.19.2.22.3: *Paulus libro XXXIV ad Edictum. Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod plaris sit, minoris emere, quod minoris sit, plaris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*

“Satış sözleşmesinin doğası değerinin altında satın almaya ve değerinin üzerinde satış yapmaya izin verir durumdadır. Bu karşılıklı menfaat sağlama, aynı zamanda *locatio conductio*'lar için de geçerli olan bir kuraldır²⁴⁷”.

Paulus, bu metinde, *locatio conductio* sözleşmelerinin de, tıpkı satış sözleşmeleri gibi gabine elverişli olduğunu belirtmiştir. Böylelikle, meydana getirilen eserin, gerçek değerinden fazla veya az bir bedelle üstlenilmesi mümkündür.

Bu metinler neticesinde anlaşılıyor ki; tarafların, bedeli açıkça belirlememiş olması halinde, sözleşme isimsiz sözleşme halini almakta ve ona göre korunması yoluna gidilmektedir.

²⁴⁶ SOMER, s.27; *Laesio enormis* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EMİROĞLU, H.; Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde *Laesio Enormis* (gabin), AÜHFD, C. 53, S.1, 2004, s. 77-87.

²⁴⁷ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*The nature of sale and purchase allowed buying for less what is worth more and selling for more what is worth less, the reciprocal taking of advantage; this is also the rule in leases and hires*”, s. 106.

c. Bedelin Tespitinin Üçüncü Kişiyeye Bırakılması

Ücretin belirlenmesi, üçüncü bir şahsa bırakılmış da olabilir. Bu durumda, eser sözleşmesinin mevcudiyeti konusunda Roma hukukunda tartışma mevcuttu²⁴⁸. Buna göre, taraflar, eser meydana getirildikten sonra ücretin kararlaştırılacağı konusunda anlaşmışlarsa veya para yerine başka bir şeyin ifası öngörülmüşse veyahut özellikle arazi kiralamalarında karşımıza çıkan şekilde hasılat kirası şeklinde anlaşmışlarsa, *locatio conductio*'dan farklı bir tip söz konusu olacaktır²⁴⁹. *Gaius* şöyle demektedir:

Gai. 3.143: *Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.*

“Dolayısıyla, ücretin belirlenmesi, örneğin *Titius* ne kadar takdir ederse gibi başkasının iradesine bırakılmış ise, *locatio conductio*'nun akdedilip akdedilmediği tartışmalıdır²⁵⁰”.

Bu metinde *Gaius*, ücretin taraflarca belirlenmeyip de üçüncü bir şahsa bırakılması halinde, sözleşmenin niteliğinin tartışmalı hale geleceğini belirtmekle yetinmiştir. *Iustinianus* ise şu şekilde bu konuya değinmiştir:

Inst. 3.24.1: *Et quae supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intellegamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit.*

“Yukarıda söylemiş olduğumuz, semenin üçüncü şahsın takdirine bırakılması keyfiyetini, ücretin başkasının takdirine bırakılması hali olarak, *locatio* ve *conductio* hakkında da

²⁴⁸ ROBY, s. 169; LEE, s. 322.

²⁴⁹ ROBY, s. 169.

²⁵⁰ RADO, *Institutiones*, s. 46-47.

söylenmiş addediyoruz²⁵¹”.

Gaius'un belirtilen şekilde ifade ettiği husus, *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde satış sözleşmesine atıfta bulunularak, onun için geçerli olan çözümün *locatio conductio* için de geçerli olacağı belirtilmiştir.

Inst. 3.23.1: *Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et certum pretium esse debet. Alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quotiens sic composita sit venditio “quanti ille aestimationem”, sub hac conditione stare contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omni modo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quid ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.*

“Üzerinde anlaşılmiş bir semenin (*pretium*) mevcut olması gerekir: çünkü semensiz satış olamaz. Ayrıca semen, belirli olmalıdır. Yoksa, taraflar arasında, o şey üzerinde *Titius* ne kıymet takdir ederse o kadara satın salınsın, şeklinde bir anlaşma olsa: eskiler arasında, burada satış var mıdır yok mudur hususunda sık sık tereddüt ve şüpheler doğmakta idi. Fakat bir emirnamemizde aldığımız karara göre (C.4.38.15): “Filancanın takdir ettiği kıymetle” şeklinde yapılan her satış, şu şartla akdedilmiş olacaktır: eğer o gösterilen kimse semeni

²⁵¹ UMUR, *Institutiones*, s. 268-269.

belirlerse, onun takdirine göre semeni ödenerek malı teslim etmek, böylece satışı neticelendirmek borcu doğacak ve alıcı, *actio empti*'yi, satıcı, *actio venditi*'yi haiz olacaktır. Buna karşılık gösterilen kimse, ya istemediğinden veya yapamadığından, semeni belirlemezse, semen mevcut olmamış gibi satış yapılmamış olacaktır. Tarafımızdan, satış için bu kural kabul edilmiş olduğuna göre, aynı kuralı *locatio* ve *conductio*'lara da genişletmek manasızlık teşkil etmez²⁵².

Açıklandığı üzere, klasik hukuk devrinde tartışmalı olan bir husus aydınlatılmıştır. Bu şekilde, semenin tayininin bir üçüncü şahsın kanaatine bırakıldığı hallerde, bu kişinin bunu tayin ve takdir etmesi şartı ile satış akdinin geçerli olacağı kabul edilmiştir²⁵³. Metnin devamında bu çözüm yolunun *locatio conductio* bakımından da geçerli olacağı vurgulanmıştır. Diğer metinlerde de aşağıdaki düzenlemelere yer verilmiştir:

D.19.2.25 pr. Gaius libro X. ad Edictum provinciale. Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur; sin autem quanti Titius aestimaverit, sub hac conditione stare locationem, ut, si quidem ipse, qui nominatus est, mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat, et conductionem ad effectum pervenire; sin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta.

“Ücretin miktarının, belirsiz bir üçüncü kişinin takdirine bırakılacağı kararlaştırılmışsa, *locatio conductio* sözleşmesinin varlığından bahsedilemez. Ancak örneğin “ücreti *Titius*'un belirleyeceği” şeklinde bir tespit yapılmışsa, bahsedilen kimsenin ücreti belirlemesi halinde, *locatio*

²⁵² UMUR, *Institutiones*, s. 264-265.

²⁵³ RADO, *Borçlar Hukuku*, s. 122.

conductio bu şart altında geçerli olacaktır. Ardından bu kimsenin belirlediği ile ücret ödenerek sözleşme etkili hale getirilir. Eğer bu üçüncü şahıs ücreti belirlemezse, bedelin belirlenmemiş olması sebebiyle sözleşme de mevcut olmayacaktır²⁵⁴”.

Bu metin, her ne kadar kira sözleşmeleri ile ilgili olsa da *locatio conductio* sözleşmeleri açısından, ücretin üçüncü kişi tarafından belirlenmesi veya ücretin bu kimse tarafından belirlenmemesi halinde sözleşmenin ortaya çıkmamış olacağını vurgulaması açısından önem taşır.

D. 19.5.22: *Gaius libro X. ad Edictum provinciale. Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente mandati est obligatio; si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quodsi neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data, aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis.*

“Sana temizlemen ve onarman için kıyafetler veriyorum. Eğer bunu yapmayı ücretsiz üstlenirsen, burada vekaletten kaynaklanan bir borç söz konusu olur. Ancak ödeme yapıldıysa veya bir ücret üzerinde anlaşma sağlandıysa, bu durumda sözleşme *locatio conductio* olur. Bu işi ücretsiz olarak üstlendiysen ve hiçbir ücret ne verilmiş ne de kararlaştırılmışsa, ancak esasen sözleşme, sonradan herhangi

²⁵⁴ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “If the amount of rent is promised at the discretion of an unspecified third party, no contract of lease and hire is construed as arising; but it for “as much as Titius estimates it to be,” the lease is valid subject to the condition that if, in fact, the person named fixes the rent, then rent must be paid and the lease must come into effect in full accord with his estimate; but if he cannot or will not fix the rent, then the hire is void on the theory that no rent was fixed”, s. 107.

bir ücret ödeneceği inancıyla yapılmışsa, bu durumda hakim görüş, bunun bir *actio factum*²⁵⁵ olacağı yönündedir; ki yeni bir tür sözleşmenin söz konusu olacağı teorisine göre de *praescriptis verbis* olacaktır ²⁵⁶”.

Bu metin, ücretin taraflarca belirlenmesi veya ücretin alınacağı düşünülmesi sonucunda sözleşme yapılması halinde, sözleşmenin *locatio conductio* olacağını belirtmesi açısından önemlidir. Sözleşme kurulduğu sırada taraflarca bir bedel kararlaştırılmamış; hatta bu konu üzerinde hiç konuşulmamış olsa dahi; sözleşmenin ücret karşılığı yapıldığı inancı taraflarda mevcutsa, sözleşme, *locatio conductio* olarak varlığını sürdürecektir.

D. 19.2.58.2: *Labeo libro IV. Posteriorum a lavoleno epitomatorum: Quidam in municipio²⁵⁷ balneum praestandum annuis viginti numis conduxerat, et ad refectionem fornacis, fistularum similiumque rerum centum numi ut praestarentur ei, convenerat; conductor centum numos petebat; ita ei daberis dico, si in earum rerum refactionem eam pecuniam impendi satisdaret.*

“Bir kimse belediyeden yıllık yirmi sikkeye bir hamamın

²⁵⁵ UMUR, Lugat, s. 15: “*Actiones In Factum Conceptae: Ius civile tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığından ius civile'ye göre davası olmayan, fakat praetor'un, himaye edilmesini hakkaniyete uygun bulduğu için bir formula'nın intentio'suna dahil ederek zikrettiği bir vakıya dayanan praetor davaları. Hakim, o vakıanın doğruluğunu tespit edebildiği takdirde, davalıyı mahkum ederdi*”.

²⁵⁶ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*I give you clothes for cleaning or mending. If you undertake this work for free, the obligation is in mandate; but if a fee was paid or agreed upon, then the transaction is lease and hire. But if you do not undertake this work for free and no fee was given or agreed upon, but the transaction is instead undertaken with the intention that whatever amount we would have agreed on be paid afterward as a fee, the accepted view is that an actio in factum, that is, praescriptis verbis, be accorded on the theory that a new kind of transaction is involved*”, s. 121.

²⁵⁷ UMUR, Lugat, “*Municipium: Cumhuriyet idaresi sırasında, merkezden idare edilmeleri güçleşen, idari ve kazai muhtariyetleri kendilerine bırakılmış, nispeten uzak yerlerdeki şehirler. Roma'dan gönderilen veya yerinde seçilen bir magistranın başkanlığı altında kendi organlarına sahip olurlar; kendi kendilerini idare ederlerdi. Civitas'tan tek farkları hakimiyet unsurunun bulunmaması idi. Orada yaşayanlar, bir taraftan Roma tribus'larına kayıtlı Roma vatandaşları, diğer taraftan municipes idiler. Cumhuriyet devrinde bilhassa iki tipleri vardı: Optimo iure olanlarda halk tam Roma vatandaşı, yani hem ius suffragii (seçme hakkı) hem ius honorum (magistra seçilme hakkı) vardı. Caerites ismini taşıyan diğerlerinde ise, halk, ius commercii ve ius conubii'ye sahip, fakat ius suffragii ve ius honorum'dan mahrumdu. Cumhuriyet devrinin sonlarında, hepsi optimo iure olmuşlardı*”, s. 139.

döşenmesini üstlenmiştir; ve taraflar, yüz sikkenin kazan, boru ve bu türden şeylerin onarımı için verileceğini kararlaştırmışlardır. Yüklenici, yüz sikke için dava açmıştır. Ben, söz konusu tamirat için harcanacağı konusunda yüklenici güvence verirse, paranın kendisine ait olacağına hükmederim²⁵⁸”.

Buradaki metinde de, tarafların onarım işleri için bir ücret karşılığında anlaştıkları belirtilmiştir. Eser sözleşmesinde ücretin öngörüldüğüne ilişkin bir başka metindir.

d. Eser Sözleşmesinde Götürü Ücret

Roma hukukunda eser sözleşmeleri açısından götürü ücretin öngörülmesinin mümkün olup olmamasına dair bazı metinler aşağıda ele alınacaktır.

D.19.2.60.4: *Labeo Posteriorum libro V. a lavoleno epitomatorum. Mandavi tibi, ut excuteres, quanti villam aedificare velles; reuntiasti mihi, ducentorum impensam excutere; certa mercede opus tibi locavi, postea comperi, non posse minoris trecentorum eam villam constare, data autem tibi erant centum, ex quibus quum partem impendisses, vetui te opus facere; dixi, si opus perseveraveris, ex locato tecum agere, ut pecuniae mihi reliquum restituas.*

“Sana, bir villa yapmak için tahminen ne kadar lazım olduğunu bildirmeni istedim; sen resmi olarak iki yüzlük bir masraf olacağını belirttin. Seninle, sabit ücrette anlaşarak işi verdim ve sonradan öğrendim ki villanın inşası üç yüzden aşağı olmayacak. Sana yüz lira vermiştim, sen bu ücretin bir

²⁵⁸ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “A man in a municipality had undertaken to furnish a bath in exchange for twenty coins a year; the parties had agreed that one hundred coins be provided to him for the repair of the furnace, pipes, and such things. The contractor sued for the one hundred coins. I rule that the money is owed to him if he gives security that is spent for the repairs in question”, s. 114.

miktarını harcadıktan sonra seni işi yapmaktan men ettim. İşin devamına ısrar edersen, seni *locatio conductio*'ya dayanarak kalan ücreti bana ödemen için dava edebileceğimi belirtirim²⁵⁹”.

Digesta'nın bu metninde, götürü bedel üzerinde anlaşarak eser sözleşmesi yapan tarafların varlığı söz konusudur. Bunun gibi, taraflar, kararlaştırdıkları ücretin, günlük olarak ödenmesini de kararlaştırabilirler; hatta taksitler halinde ödenmesi de mümkündür²⁶⁰. Söz konusu metinde tarafların bunun gibi sabit, götürü ücreti kararlaştırmış olmaları hali ele alınmıştır. Dolayısıyla Roma hukukunda götürü ücretin taraflarca kararlaştırılabileceği konusu, bu metin neticesinde aydınlığa kavuşmuştur.

D. 19.2.51.1: *lavolenus libro XI. Epistolarum: Locavi opus faciendum ita, et pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem; opus vitiosum factum est; an ex locato agere possim? Respondit: si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore approbaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecuniae daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est; non enim quidquam interest, utrum uno pretio opus, an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. Poterit itaque ex locato Cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit, nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitro domini opus efficeretur; tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.*

“Conductor'a günlük sabit ücret ödemek koşuluyla *locatio*

²⁵⁹ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “I ordered you to estimate how much money you would want to build a villa; you formally notified me that you estimated an expense of two hundred. I leased out the job to you for a fixed fee, and later learned that the villa could not be completed for less than three hundred. You had been given one hundred; when you had spent part of it, I forbade you to do the job. I ruled that if you persist in this job, I may sue you on the lease [of a job] to force your return to me of the remaining money”, s. 114-115.

²⁶⁰ KARADENİZ, s. 191.

conductio sözleşmesi yaptım ve yüklenicinin yaptığı eser ayıplıydı. Onu *locatio conductio*'ya dayanarak dava edebilir miyim? Cevap verir: Günlük ücret ödenmesi üzerinde anlaşılmış olsa dahi, yüklenicinin, sana belirli kalitede iş teslim etmesi şartıyla sözleşme yapıyorsun. Bu sebeple iş üzerindeki kusurlardan dolayı yüklenici sorumlu olmalıdır. İşin ödemesinin tek seferde veya her gün ayrı ayrı ödenmesinin bir farkı yoktur, ve yüklenici tüm günlerin hesabından sorumlu olacaktır. Dolayısıyla kusurlu iş yapan yüklenici, *locatio conductio*'ya dayanılarak dava edilebilecektir. Ancak, ödemenin, iş sahibinin kabulüne istinaden her gün için ayrı yapılmasının kararlaştırılmış olması halinde, yüklenici, işin genel kalitesinden sorumlu olmayacaktır²⁶¹”.

Yukarıdaki metinde, eser sözleşmesi yapmış olan tarafların bedeli ödeme konusunda günlük ve taksit taksit ödeme yönünde anlaşmaları görülüyor. Metinde cevap olarak, bedelin tek seferde veya her gün ayrı ayrı ödenmesinin sözleşmenin niteliğini etki etmeyeceği vurgulanmıştır. Buna ek olarak, yüklenicinin ayıptan sorumluluğu açısından da bu metin önem taşımaktadır; ki ayıp konusuna gelindiğinde bu konu ayrıca irdelenecektir. Ücretle ilgili bir diğer metinde, tarafların sabit bir ücret kararlaştırmış olmalarına rağmen, bu ücretin, işin yapılma aşamasına göre kısım kısım ödenmesinden bahsedilmektedir²⁶².

D. 19.2.30.3: *Alfenus libro III. Digestorum a Paulo epitomatorum. Qui eadem faciendam locaverat, in lege*

²⁶¹ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “I leased out a job under the condition that I pay the contractor a fixed fee daily; he did a defective job. May I sue on the lease [of a job]? He responded: You lease the job with the proviso that the contractor demonstrate its quality to you; even if it was agreed that a fixed sum be given for single days of work, nonetheless the contractor should be held responsible to you for defects in his job. It makes no difference whether a job is leased out for one lump price or by single days of work, provided that the contractor was responsible for the entire bill of accounts. So he will be able to sue on the lease [of a job] a man who did a defective job, but not if the fee was arranged by single days of work with the provision that the job be done at the owner's discretion, since then the contractor is obviously not at all responsible to the owner for the [overall] quality of the job”, s. 112.

²⁶² SOMER, s. 32.

dixerat: quoad in opus lapidis opus erit, pro lapido et manu pretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit; quaesitum est, utrum factum opus, an etiam imperfectum metiri oporteret? Respondit, etiam imperfectum.

“Bir kimse, bir evin inşasını şu koşullarda verirse: “Bu iş için gereken taş miktarını, her birim ölçü için yedi olmak üzere iş sahibi, yükleniciye ödeyecektir”. İş bitirilince mi yoksa hala süreci devam ederken mi ölçülmelidir? *Servius* henüz iş tamamlanmadan da ölçülebileceği şeklinde cevaplar²⁶³”.

Türk hukuku açısından ele aldığımızda, bir sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için bedel unsurunun mecburi olduğunu, ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ortada bir vekalet veya ücret dışındaki bir şeyle karşılık öngörüldüğünde isimsiz bir iş görme sözleşmesinin mevcut olduğu söylenebilecektir²⁶⁴. Eser sözleşmesinin, ücretsiz taahhüt edilmesi halinde, eser sözleşmesinden ziyade vekâlet sözleşmesinin söz konusu olacağı söylenmektedir²⁶⁵. Eser sözleşmesine ilişkin ücret, taraflarca açık olarak kararlaştırılabileceği gibi, zımnen de belirlenebilir²⁶⁶. Yine ücretin bütün eser için tek bir rakam olarak veya çeşitli işler ve masraflar için çalışma günlerine veya saatlerine, ölçü veya ağırlığa ve parça başına birim fiyatları üzerinden belirlenmesi de mümkündür²⁶⁷. Bedelle ilgili olarak Yargıtay da bedelin eser sözleşmesinde kararlaştırılması gerektiğini kabul etmiş ve götürü ücret şeklinde belirlenebileceğini belirtmiştir: “*Sözlü eser sözleşmesinde yapılması kararlaştırılan eserin bedelinin toptan mı yoksa birim fiyatu üzerinden mi üstlenildiği mahkemece tespit edilmeli ve bedelin ödendiği hususundaki ispat yükü iş sahibine yükletilmelidir*²⁶⁸”; “*Götürü pazarlıkta yüklenici yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur; yapılacak şey tahmin*

²⁶³ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “A man had leased out the building of a house on the following terms: “To the extent that stone is needed for this job, the owner will pay to the contractor seven per foot for his stone remuneration.” Should the job be measured [only] when it is finished or while still incomplete? He [Servius] responded: while still incomplete”, s. 109.

²⁶⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 656; SELİMOĞLU, s. 19-20.

²⁶⁵ TANDOĞAN, II, s. 24; EREN, Borçlar Özel, s. 656.

²⁶⁶ YAVUZ, 9. Bası, s. 961; EREN, Borçlar Özel, s. 656.

²⁶⁷ YAVUZ, 9. Bası, s. 962; EREN, Borçlar Özel, s. 656.

²⁶⁸ 15. HD. 20.12.1973; 406/389; YAVUZ, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, s. 2506.

*edilen miktardan fazla emek ve gideri gerektirse bile yüklenici bedelin artmasını isteyemez*²⁶⁹. Dolayısıyla Türk hukukunun bedel unsuru açısından Roma hukukuyla oldukça paralel olduğu söylenebilir (TBK 480-482).

IV. Eser Sözleşmesinin Diğer Sözleşmelerden Farkı

A) Hizmet (*locatio conductio operarum*) Sözleşmesinden Farkı

Eser ve hizmet sözleşmeleri, birbirine en çok karıştırılan iki ayrı sözleşme tipidir. Her iki sözleşme de hem Roma hukukunda hem de modern hukuklarda bir emek harcamayı, iş görmeyi gerektiren sözleşmelerdir²⁷⁰. Bir diğer ortak özellik ise her ikisinin de ücret karşılığı yapılmasıdır. Buna karşın hizmet akdi, belirli veya belirsiz bir zaman için bir ücret karşılığında, bir kimsenin emrinde hizmet görülmesini gerektirirken; eser sözleşmesinde bir çalışma sonucunun ortaya konulması, bir eserin imal edilmiş olması önem arz eder²⁷¹.

Bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak, genel anlamda çok da zorlayıcı olmamakla beraber, bazı marjinal örneklerde, eser sözleşmesi mi yoksa hizmet sözleşmesi mi olduğunu ayırmamıza yarayan sınırları çizmek güçleşebilir. Nitekim bu güçlük, Roma hukukundaki *trikotomi* (üçlü yapı) benimseyen modern hukuklarda da var olmaya devam etmektedir²⁷².

Klasik hukuk döneminde *locatio conductio operarum*, bir kimsenin (*locator*), bir

²⁶⁹ 15. HD. 07.05.1981; 639/1055;YAVUZ, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, s. 2506.

²⁷⁰ SOMER, s. 49.

²⁷¹ TANDOĞAN, H.; İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzer Akitlerde Ayırt Edilmesi, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 311; EREN, Borçlar Özel, s. 598; SELİMOĞLU, s. 25.

²⁷²Örneğin bir fizyoterapist ile hastası arasındaki ilişki, anlaşmanın, doktora sadece ilgilenme edimini yüklediğinden ve sonucunda başarılı olmayı üstlenmediğinden, modern Alman Mahkemeleri'nde hizmet akdi olarak nitelendirilirken; doktorun, hastanın sterilizasyonunu da kabul etmesi ihtimalinde sözleşmenin nasıl bir hal alacağı tartışmalıdır. Federal Yüksek Mahkeme, bunu daha da ileri götürerek, bir diş hekiminin, protez diş veya diş üzerinde kaplama yapmayı taahhüdü halinde dahi bunu bir hizmet akdi olarak nitelendirmiştir. **Zimmermann**, bu görüşün isabetli olmadığını belirtmektedir ki biz de yazarın görüşüne katılıyoruz (ZIMMERMANN, s. 395). Bu konuda Alman hukukundaki bir başka tartışma da mimarla iş sahibi arasındaki sözleşmedir (ZIMMERMANN, s. 395). Başka zorlayıcı bir örnek vermek gerekirse, bir kimse, bahçesinin bakımı için bir yıl süreli olarak bir bahçıvan kiralasa; veya bir dans aktivitesi için bir müzik grubu kiralansa, bu durumlarda *locatio conductio operis* mi yoksa *locatio conductio operarum* mu söz konusu olacaktır?(SCHULZ, s. 542).

bedel (*merces*) karşılığında belli bir süre için (*per tempora*) başka bir kimseye (*conductor*) hizmet görmeyi vaad ettiği, hizmetlerini arz ettiği, iş gücünü sunduğu bir sözleşme şeklinde tanımlanırdı²⁷³. Ancak Roma hukuku kaynakları incelendiğinde, *locatio conductio operarum*'dan çok bahsedilmediği görülür. Bunun sebebini ise, Roma toplumunun sosyo-ekonomik yapısını inceleyerek açıklayabiliriz²⁷⁴.

Klasik hukuk devrinde, hizmet akitleri, *dare* (verme) borcu olarak nitelendirilmişlerdi²⁷⁵. Oysa *locatio conductio operis*, bir *facere* (yapma) borcu olarak karşımıza çıkar. Bu şekilde, klasik hukuk devrinde iki sözleşme arasında bu esaslı farktan bahsedilmek mümkündür. *Iustinianus* döneminde, *locatio conductio operarum*'dan doğan borç da bir *facere* borcu olarak kabul edilmeye başlanınca, iki sözleşme arasında, sadece bu bakımdan görülen fark da ortadan kalkmış oldu²⁷⁶.

Klasik hukuk döneminde, bu iki sözleşme arasındaki bir diğer fark, *locatio conductio operis*'de, verilen malzemenin mülkiyetinin yükleniciye geçmesi; buna karşın *locatio conductio operarum*'da işçinin kullandığı malzemenin mülkiyetinin el değiştirmemesindedir. Bu fark da, klasik sonrası dönemde, *locatio conductio operis*'de de verilen malzemenin, iş sahibinin mülkiyetinde kalması sebebiyle ortadan kalkmıştır²⁷⁷. Malzemenin mülkiyetinin el değiştirmesi hususu, özellikle

²⁷³ KARADENİZ, s. 129.

²⁷⁴ Zira önceleri köle iş gücünün egemen oluşu ve aile ekonomisinin yeterliliği ihtiyaçların hukuk alanına yansımadan çözümlenmesine yol açıyordu; ancak zaman içerisinde özgür işçi emeğine duyulan ihtiyaç, iş ilişkilerinin hukuk alanına yansımalarına yol açmıştır (BUCKLAND, Textbook, s. 504 vd.). Roma'da, günümüzde hizmet akdine giren işler kölelere yaptırıldığından, hizmet akdi içerisinde yer almıyordu. Hizmet akdine giren işler, "*operae illiberales*" yani aşağı hizmetler şeklinde nitelendirilir ve bir Roma vatandaşının para karşılığında böyle işler görmesi ayıp sayılırdı. Doktor, avukat, öğretmen gibi kimseler, yaptıkları işin karşılığında para almadıkları için bu ilişkiler eser sözleşmesi ile düzenlenemezdi. Bu işleri yapan kişiler, bir karşılık almak istedikleri vakit, bunu bir hediye, bir şeref ücreti (*honorarium*) olarak kabul ederlerdi. Özgür Romalıların, ücret karşılığı gördükleri işler, nitelikleri ne olursa olsun aşağılanıyordu; toplumsal değerlendirme açısından kol gücüne dayanan işler ile fikir ve sanat eserleri arasında, bunlar ücret karşılığı yapılıyorsa hiçbir ayırım gözetilmiyor ve hepsi "aşağı hizmetler" olarak nitelendiriliyordu. Romalıların parayla ölçülebilecek değeri olamayacağı düşüncesi ile özgür kişinin ücret karşılığı iş yapmaması gerektiği kabul ediliyordu (KARADENİZ, s. 34 vd.). Son İmparatorluk devrine gelindiğinde ise meslekler gelişmiş ve "*operae liberales*" yani yüksek hizmetler, ücret karşılığı yapılmaya başlanmıştır; ancak her halükarda o dönemde hizmet akdinin uygulama alanı, günümüz ile kıyaslandığında çok dardı (UMUR, Ders Notları, s. 365).

²⁷⁵ KARADENİZ, s.166.

²⁷⁶ SOMER, s. 50.

²⁷⁷ SOMER, s. 50.

hasar konusunda önem arz eder. Bu konu ilerleyen bölümlerde açıklanacaktır²⁷⁸.

Her iki akit de bir işgörme (*locatio conductio*) sözleşmesidir. Ancak *locatio conductio operarum*'da, işi görecek olan (*locator*), iş gücünü, belli bir neticeyi meydana getirme söz konusu olmaksızın, iş sahibinin (*conductor*), hizmetine tahsis ederken; *locatio conductio operis*'de, yüklenici belli bir neticeyi yüklenmektedir²⁷⁹. Dolayısıyla, hizmet akdinde ödenen ücret tahsis edilen hizmet karşılığı yapılan işe ilişkin, eser sözleşmesinde ortaya çıkan sonuca ücret ödenmektedir²⁸⁰.

Bu iki sözleşmenin bir diğer farkını da işi görenin, iş sahibine bağımlılıkları noktasında görülmektedir²⁸¹. Hizmet akdinin hukuki yapısı gereği, işi gören, iş sahibine büyük ölçüde bağımlı halde çalışır, iş sahibinin tüm emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü altındadır²⁸². Oysa eser sözleşmelerinde, yüklenici, işin görülmesi veya sonucun ortaya çıkarılması sırasında iş sahibinden bağımsız olarak çalışır; iş sahibi, eseri yalnızca teslim anında kontrol eder²⁸³.

Bu iki sözleşme tipi bakımından bir diğer önemli nokta da Roma hukukunda her ikisi arasında toplumsal ve ekonomik açıdan fark bulunmasıdır. Nitekim *locatio conductio operis*'de, belli bir mesleki bilgiye, ustalığa sahip olunan işlerin görülmesi amaçlanırken; *locatio conductio operarum*, her türden el ve kol gücü ile yapılan işlere konu oluyordu²⁸⁴. Doktrinde, teorik açıdan bu şekilde bir ayırım olmasına karşın, Roma hukuku kaynaklarının bu konuda çok açık olduğunu söylemek mümkün değildir²⁸⁵.

Paulus D. 7.7.1: opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit quo praestanda est.

²⁷⁸ Bkz. 3. üst başlık "*Locatio Conductio Operis*'in Sona Ermesi" altında "E) İmkansızlık" alt başlığı.

²⁷⁹ SOMER, s. 51.

²⁸⁰ SOMER, s. 51.

²⁸¹ UYAN, s. 39.

²⁸² KARADENİZ, s. 125 vd.

²⁸³ SOMER, s. 51.

²⁸⁴ SOMER, s. 52.

²⁸⁵ SOMER, s. 52.

“Bir hizmet (opera), bir işin görülmesiyle meydana gelir, ve ifası gereken günden önce söz konusu olmaz²⁸⁶”.

Bu metnin yardımıyla, *locatio conductio operarum*'un konusunu oluşturan işin unsurları olan, “faaliyet”, “yükümlülük” ve “zaman”ın varlığını tespit etmek mümkündür. Buradan hareketle, yükümlülük olmayan bir işin ifası, örneğin spor faaliyetleri, iş kavramı dışında kalır denilebilir²⁸⁷.

Hizmet sözleşmelerinde, zamanın ayrı bir önemi vardır; hatta zaman ile zorunlu bir bağlantısının olduğunu söyleyebiliriz; zira burada borcun konusu somut, bağımsız olarak maddi varlığı olan bir iş olmadığı gibi, belli bir zamanda ve belli bir amaçla harcanan iş gücüdür. Zaman unsuru bir kenara bırakılırsa, işin var olma ihtimali de ortadan kalkmış olur²⁸⁸. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta şudur ki, işin yapılması gereken zamandan ziyade işin yapılma zamanı daha çok önem taşır ve bu husus taraflarca kesin olarak belirlenir; zira hizmet sözleşmesinde önemli olan, işin, işverenin ihtiyacını gidereceği zamanda yapılmasıdır²⁸⁹. Örneğin, hasat dönemi için yapılan bir hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturan işin hasat zamanından sonra ifa edilmesinin bir anlamı yoktur²⁹⁰. Bu açıdan hizmet sözleşmesinde zaman unsurunun ayrı bir önemi olduğu hatırdta tutulmalıdır.

Eser ve hizmet akitlerinin birleştikleri bir diğer nokta, her iki sözleşmede de işi görenin, başkasına ait malzeme üzerinde çalışmalarıdır²⁹¹. Malzeme konusu hakkındaki ayrıntılar eser başlığı ve iş sahibinin borçları bölümlerinde irdelenmiştir.

Roma hukukunda hizmet ve eser sözleşmelerinin farklarını irdeledikten sonra Türk hukukunda durumun nasıl olduğunu inceleyelim. Hizmet akdi, kaynak olarak Türk hukukunda hem Borçlar Kanunu'nda hem de İş Kanunu ve ilgili özel kanunlar

²⁸⁶ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 1: “A service consists in the performance of some task, and it does not exist until the arrival of the day on which it has to be rendered”, s. 242.

²⁸⁷ KARADENİZ, s. 41.

²⁸⁸ SOMER, s. 53.

²⁸⁹ SOMER, s. 54.

²⁹⁰ KARADENİZ, s. 44.

²⁹¹ KARADENİZ, s.127.

içerisinde düzenlenmiştir. Türk hukukunda da Roma hukukundaki ayırt edici noktaların aynı olduğunu; sonuç ve bağımsızlık unsurlarında birleştiklerini görmekteyiz²⁹². Hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi gibi bir başkası ad ve yararına bir iş görme edimini içeren, iki tarafa tam borç yükleyen, ivazlı bir sözleşmedir²⁹³. Yargıtay da çeşitli kararlarında hizmet akitlerine şu şekillerde yer vermiştir: “İş sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için ücret, bağımlılık ve devamlılık unsurlarının gerçekleşmesi gerekir²⁹⁴”; “Hizmet akdinin unsurları, ücret, edim ve bağlılıktır²⁹⁵”.

İş Kanunu, hizmet akdinin tanımını yapmazken, Borçlar Kanunu'nun bu tanıma yer verdiğini görürüz. TBK m. 393/1'de şu şekilde bir tanımlama yapılmaktadır:

“Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”.

Bu tanım kapsamında işçi, sadece belirli veya belirsiz bir süre için “zaman” itibariyle işverene bağımlı olarak bir hizmet sunmayı üstlenirken, eser sözleşmesinde yüklenici, esas itibariyle bir eser meydana getirmeyi, bir bütün oluşturan çalışma ürünü, bir sonuç ortaya koyup, bunu teslim etmeyi borçlanır, bu sonuç ortaya çıkmadığında veya teslim meydana gelmediği takdirde, yüklenici, ne kadar özenli ve dikkatli çalışmış olursa olsun, borcunu yerine getirmemiş, ifade bulunmamış sayılır²⁹⁶. Oysa hizmet sözleşmesinde işçi, bu sonuç meydana gelmediği takdirde, özenle çalışma dışında, çalışması sonucu ortaya çıkacak ürünü veya bu ürünün sıhhatini garanti etmiş olmaz. Buna karşın eser sözleşmesi, yüklenicinin, iş sahibinin istediği eseri meydana getirme taahhüdünü içeren bir hukuki ilişkidir²⁹⁷.

²⁹² TANDOĞAN,s. 35 vd.; SELİMOĞLU, s. 25-29.

²⁹³ EREN, Borçlar Özel, s. 593; SELİMOĞLU, s. 25.

²⁹⁴ Y. 9. HD., T. 08.11.1984 E. 8455, K. 9458.

²⁹⁵ Y. 9.HD., T. 18.02.1985, E. 3, K. 1872.

²⁹⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 594.

²⁹⁷ ÇELİK, Nuri; İş Hukuku, İstanbul, 2000, s. 73 vd.

Eser sözleşmesi ile taraflarca belirlenerek taahhüt edilen sonuç meydana gelmezse, bu, yüklenicinin borcunu ifa etmediği anlamına gelir; yani yüklenicinin, ortaya çıkacak olan sonucu üstlenmesi, bunun sıhhatini garanti etmesi, özen borcu niteliğinde olmayıp; yükleniciye yüklenen ayrı bir borçtur²⁹⁸. Yüklenici, çalışması süresince, kendisinden beklenen özeni göstermişse ve fakat, eser ayıplı olarak teslim edilmişse, bundan da sorumlu olacaktır. Buna karşın hizmet sözleşmelerini incelediğimizde, işçinin, işi için gereken özeni göstermiş olduğu halde, istenilen sonuç ortaya çıkmazsa, bu, işçinin mutlaka borcunu gereği gibi ifa etmediği anlamına gelmeyecektir²⁹⁹.

TBK m. 400'de, “işçi, işverene karşı kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur” hükmü yer almaktadır. Hizmet sözleşmesinde özenin derecesi, sözleşmeye göre belirlenir; zira burada özenin objektifleştirilmesi değil, sübjektifleştirilmesi söz konusudur³⁰⁰. TBK m. 396'da, işçinin özen ve sadakat borcu özel olarak düzenlenmiştir.

Bu hususu daha net biçimde ifade etmek gerekirse, hizmet akitlerinde, işçinin edim fiilini borçlanmasına karşın, eser sözleşmelerinde yüklenici, edim fiili neticesinde ortaya çıkacak olan eseri borçlanır³⁰¹. Bir diğer deyişle, hizmet akdinin konusu bir sonucu içermeyip, bir faaliyeti ifade ederken; eser sözleşmesinde faaliyetin yayıldığı zamanın önemi olmaksızın, bir eserin meydana getirilmesi önem arz eder; buna paralel olarak eser sözleşmelerinde verilen ücret de sonuca ilişkindir, iş için verilmez³⁰². Sonuç olarak, eser sözleşmelerinde, edim sonucu; hizmet sözleşmelerinde ise edim fiili borçlanılmış olur³⁰³.

Bu iki akdin en önemli farklarından birisi de tarafların birbirine bağımlılık ilişkisi kapsamında karşımıza çıkar. Hizmet sözleşmesinde işçi hizmet edimini sunarken

²⁹⁸ SOMER, s. 55.

²⁹⁹ REİSOĞLU, S.; Hizmet Akdi, Mahiyeti- UNSURLARI- HÜKÜMLERİ, Ankara 1968, s.153; SELİMOĞLU, s. 25.

³⁰⁰ SOMER, s. 55.

³⁰¹ GÖKTÜRK, H. A.; Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s. 497; EREN, Borçlar Özel, s. 598-600; SELİMOĞLU, s. 25.

³⁰² VELİDEDEOĞLU/ ÖZDEMİR, s. 527.

³⁰³ EREN, Borçlar Özel, s. 599; SELİMOĞLU, s. .25.

işverene hukuki ve ekonomik yönden bağımlı olup, onun emir ve talimatı altında çalışır; burada işverenle işçi arasında bağımlılık, tabiiyet ilişkisi söz konusu olur³⁰⁴. Bağımlılık unsuru açısından incelediğimizde, hizmet akitlerinde işçi işverene tabi olduğu halde, yüklenici, iş sahibine karşı daha bağımsız bir pozisyondadır. Eser sözleşmelerinde yüklenici, iş sahibine bağımlı değildir, onun emrinde, gözetimi ve denetimi altında çalışmaz; kendi sorumluluğu altında eseri bağımsız bir şekilde meydana getirir³⁰⁵. Yargıtay bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “*Zaman ve bağımlılık unsurları, hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici unsurlarıdır. Çalışan, iş gücünü, belirli ya da belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın emrinde bulundurmaya yükümlü olmayarak, işveren emrine bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirmek biçiminde edimini yerine getiriyorsa, sözleşmenin amacı, bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi istisna akdine dayanıyor demektir*”³⁰⁶.

Hizmet akdinde işçi, bir ücret karşılığında, belirli ya da belirsiz bir süre işverenin hizmetinde çalışmak yükümü altındadır ve bu çalışma şekli, diğer *locatio conductio* sözleşmelerinden farklı olarak işverene bağlı olarak, bir hiyerarşi içinde yapılır³⁰⁷; işveren, işçiyi, işin görülmesi sırasında talimat verip denetim yaparken, işçi bu talimatlarla bağlıdır. Eser sözleşmelerine baktığımızda ise yüklenicinin işçiye nazaran daha bağımsız olduğunu görmekteyiz.

Bu genel kanı ve baskın görüşe karşın, öğretilerde kimi yazarlar, bağımsızlık unsurunun eser sözleşmesine özgü bir unsur olmadığını, bazı durumlarda hizmet akdi kapsamında da işçinin bağımsızlığını koruyabileceğini ileri sürmüşlerdir. Buna göre bağımsızlık iki sözleşmeyi ayırmak için kesin bir kriter değildir. Edimin niteliği ve zamana göre değerlendirmenin yetersiz olduğu durumlarda tarafların niyetine, mevcut duruma ve hayat tecrübelerine bakılarak, sözleşmenin eser sözleşmesi mi hizmet sözleşmesi mi olduğu saptanmalıdır³⁰⁸.

Ayrıca hizmet sözleşmesinde, aksi kararlaştırılmamışsa veya örf ve adette hüküm

³⁰⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 594-595.

³⁰⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 595.

³⁰⁶ Y. 10. HD., T. 27.02.1984, E. 1132 K. 1166.

³⁰⁷ REİSOĞLU, s. 38; EREN, Borçlar Özel, s. 598; SELİMOĞLU, s. 25.

³⁰⁸ TUNÇOMAĞ, s. 813.

yoksa taraflar, işi başkasına devredemezken; eser sözleşmelerinde, aksi kararlaştırılmamışsa veya yüklenicinin şahsı, sözleşmenin yapılmasında bir önem arz etmiyorsa, iş başkasına devredilebilir³⁰⁹. Zira TBK m. 471 bu konuda açık hüküm tesis etmiştir.

Hizmet ile eser sözleşmeleri arasındaki bir diğer önemli fark ise, hizmet sözleşmesinin, taraflar arasında devamlı bir ilişkinin mevcudiyetini gerektirmesidir. Burada bahsedilen devamlılıktan kasıt işçinin, bütün işgücünü işverene tahsis etmesi değildir. İşçi, birden fazla işveren yanında, ayrı ayrı zamanlarda çalışıyor olabilir ve bu hizmet akdinin niteliğini etkilemez³¹⁰. Zaman unsuru, bilhassa İş Kanunu bakımından hizmet akdinin diğer bir ögesi olan bağımlılık şartının en açık görüldüğü noktalardan birisini teşkil etmektedir; bir diğer anlatımla, çalışma saatlerini kural olarak işveren belirler ve çalışma süresi içinde işçi, işverenin denetim ve gözetimi altında bulunur. Devamlılık olmakla beraber işçi, işverenin emir ve talimatıyla bağlı değilse, burada hizmet akdinden bahsedilemeyecektir. Zira bağımlılık unsuru gerçekleşmemiştir³¹¹. Hizmet sözleşmesi, tipik sürekli edimli sözleşmeler arasında yer alırken; eser sözleşmesi, yukarıda açıkladığımız üzere, ani edimli sözleşmelerdendir³¹².

Eser sözleşmesi açısından büyük önem arz eden bir diğer husus da malzeme konusudur. Malzeme konusu, eser sözleşmeleri açısından ileride ayrıca incelenecektir³¹³. Hizmet akitlerinde, aksine adet veya sözleşme olmadığı takdirde, işçiye lazım olan araçları ve malzemeyi sağlamak, işverenin yükümlülüğündedir (TBK m. 413). Eser sözleşmesinde ise, aksine adet ve sözleşme yoksa, imal olunacak eserin yapılması için gerekli araç ve gereçleri temin edecek olan kişi, yüklenicidir (TBK m. 471/4).

Bu iki sözleşme tipi açısından karışıklığa sebep olan bir diğer husus da, işin parça başına ücret verilmesi şeklinde oluşan sözleşmelerde hizmet akdinin mi yoksa eser

³⁰⁹ AKYAZAN, S.; İstisna Akitleri, AD. 1967, s. 877; EREN, Borçlar Özel, s.599.

³¹⁰ SOMER, s. 57.

³¹¹ UYGUR, C. 5, s. 508.

³¹² EREN, Borçlar Özel, s. 594; SELİMOĞLU, s. 25.

³¹³ Bkz. “2. Tarafların Borçları” üst başlığı altında “İş Sahibinin Borçları” alt başlığı.

sözleşmesinin mi mevcut olacağı sorunudur. Yer olarak kendi evinden çalışanlar açısından, şüphe halinde, eser sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır³¹⁴. Parça üzerine veya götürü çalışan işçinin, iş sahibinin gözetimi altında bulunmazsa, işlenen madde ve işin, akit gereğince icrası bakımından sorumluluk hakkında eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir³¹⁵. Unutulmamalıdır ki, ücretin saat üzerinden verilmesi, eser sözleşmesinin diğer tipik unsurları mevcutsa, sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyecektir³¹⁶.

Sonuç olarak, eser sözleşmesi ile hizmet akdi arasındaki farkları özetleyecek olursak; eser sözleşmesinde konu, ücret karşılığında bir eserin meydana getirilmesidir ve iş sahibi için önemli olan işin yapılarak teslim edilmesidir. Eserin tamamlanması sırasında geçen süre ve çalıştırılan kişiler iş sahibini ilgilendirmez. Yüklenici, işin sonucundan sorumludur ve işi yapma borcu altındadır; bu sonuca varmak için yüklenici, iş sahibine bağlı olmaksızın, dilediği gibi çalışabilir ve başkalarını çalıştırabilir. Buna karşın, hizmet akitlerinde işçi, bir işin sonucundan, bitirilip bitirilmemesinden sorumlu tutulamaz. İşçi, belirli veya belirsiz bir süre içerisinde, işverenin talimatlarıyla bağlı olarak işi görür ve çalışma yöntemini, saatini seçmekte serbest değildir; zira işin yürütümü ve yönetimi işverene aittir. TBK m. 395'e göre, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, işçi, taahhüt ettiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.

Hizmet akdi, işçinin ölümü ile sona ererken (TBK m. 440); eser sözleşmesinde yüklenicinin ölümü halinde, şahıs, sözleşmeye konu olan işin yapılması açısından bir önem arz etmiyorsa, sözleşme sona ermeyecektir (TBK m. 486/1). İşçinin ölümü sonucu hizmet akdinin sona ermesi halinde, işveren, onun mirasçılarından tazminat isteme hakkına sahip olamayacaktır; oysa işverenin ölümü sebebiyle hizmet akdi sona ererse, işçi, işverenin mirasçılarından hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebilir (TBK m. 441).

³¹⁴ SOMER, s. 58.

³¹⁵ TANDOĞAN, s. 38; SELİMOĞLU, s. 25.

³¹⁶ TANDOĞAN, s. 38.

Hizmet akdinde, işçiye dinlenme, resmi izin ve yıllık izin gibi çeşitli izinler verilir ve izinli olduğu sürece kendisinden ücret kesilmezken; yüklenici, işverenden bağımsız olduğundan, herhangi bir izin söz konusu değildir³¹⁷.

İşçinin herhangi bir kusuru olmaksızın malzemeye ve iş aletlerine zarar verecek olursa, meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacak, kaza sebebiyle boş kalmasından dolayı ücretinde bir kesinti yapılamayacakken; yüklenici, teslim kadar hasara katlanır. Hasar meselesi, eser sözleşmesi için büyük önem arz eden ve oldukça tartışmalı geçen bir konu olduğundan ileriki bölümlerden birisini³¹⁸ bu konuya ayırmayı uygun bulduk.

Hizmet akdindeki işverene bağımlılık unsurunun bir sonucu olarak işçinin sosyal güvenliği, iş yeri şartlarının sağlığa uygun olması gibi hususlardan işveren sorumlu tutulur. Eser sözleşmelerinde ise, iş sahibinin yükleniciye karşı böyle bir sorumluluğu söz konusu değildir³¹⁹.

B) Saklama (Vedia) (*depositum*) Sözleşmesinden Farkı

Saklama sözleşmesi, vedia verenin, taşınır bir malı ücretsiz olarak saklanmak üzere vedia alana verdiği; vedia alanın da mal geri istendiği zaman iade etmek borcu altına girdiği³²⁰ sözleşme türüdür; Roma hukukunda *depositum* adı verilirdi.

Vedia akdi, eksik iki taraflı akit türüne girer; yani vedia veren bazı hallerde borçlu iken, vedia alan daima borçlu olan taraftır. Vedia akdi, Roma hukukundaki sözleşmeler sistemine göre aynı zamanda aynı bir akittir; yani salt tarafların iradelerinin uyuşması, sözleşmenin kurulması için yeterli olmayıp, *detentio*³²¹'nin nakli de yapılmalıdır; Romalılar bunu *consensus + res* şeklinde formüle ederlerdi³²².

³¹⁷ SOMER, s. 60.

³¹⁸ Bkz. "*Locatio Conductio Operis*'in Sona Ermesi" üst başlığı "E)İmkansızlık" alt başlığı.

³¹⁹ ERDOĞAN, s. 165.

³²⁰ DI MARZO, s. 416.

³²¹ UMUR, Lugat, "*Detentio: Bir mal üzerinde, müruru zamanla iktisaba götürmeyen ve interdictum'larla himaye edilmeyen fiili hakimiyet*", s. 57.

³²² SOMER, s. 61.

Vedia akdinin en önemli özelliklerinden birisi de bu akdin, ücretsiz olarak yapılmasıdır. Zira eğer malın saklanması karşılığında bir ücretin ödenmesi taraflarca kararlaştırılmışsa, burada eser sözleşmesi söz konusu olacaktır. Açıklandığı üzere eser sözleşmesi ise tam iki tarafa borç yükleyen ve rızai bir akittir.

Günümüzde, Türk hukukunda, eser sözleşmesi ile vedia akdinin ayırt edilmesi açısından herhangi bir zorluk bulunmamakla beraber, Roma hukukunda durum farklıydı³²³. Roma'daki tartışma saklama sözleşmesinde ücret kararlaştırılmışsa, o takdirde sözleşmenin niteliğinin değişeceği ve sözleşmenin *locatio conductio* olacağı ekseninde şekillenmektedir.

Inst. 3.26.13: ... *Et ut generaliter dixerimus: quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur.*

“...Genel olarak söylemek istersek: bir işin ücretsiz yapılması, üstlenilen bütün vekâlet ve vedia hallerinde, ücret ithal edilecek olursa, *locatio* ve *conductio* yapıldığı anlaşılır...³²⁴”.

D. 16.3.1.8: *Ulpianus libro XXX. ad Edictum. Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum duntaxat praestare debere puto; quodsi accepit ex conducto.*

“Eğer bir hamamcıya, muhafaza etmesi için kıyafetler verilmişse, sadece hırsızlığından dolayı, vedia akdi kapsamında sorumlu olmalıdır. Ancak saklamak için ücret

³²³ SOMER, s. 60.

³²⁴ UMUR, *Institutiones*, s. 278-279.

aldığı durumda, eser sözleşmesine ilişkin dava açılır³²⁵”.

Görüldüğü üzere, yukarıdaki iki metinde de, saklama sözleşmesi sonucunda ücret alınmış olunması halinde sözleşmenin niteliğinin değişerek *locatio conductio* halini alacağı açıkça belirtilmiştir³²⁶.

Türk hukukunda saklama sözleşmesi TBK m. 561'de, “açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde, saklayan ücret isteyebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde gereği, vedia akdinin tarafları açık veya örtülü olarak ücret belirleyebilirler. Oysa Roma hukukunda vedia akdi mutlaka ücretsiz olarak akdedilirdi; zira bir ücret kararlaştırılması halinde sözleşmenin niteliği değişir ve *locatio conductio operis* halini alırdı³²⁷.

C) Satış (*emptio venditio*) Sözleşmesinden Farkı

*Gaius*³²⁸, satış sözleşmesiyle *locatio conductio* arasında büyük bir benzerlik olduğunu, iki kurumun da aynı hukuk kuralları ile oluşturulduğunu belirtmektedir³²⁹. Satış gibi eser sözleşmesi de üç aşamada incelenebilir: rıza, edim ve bedel³³⁰. Bu benzerlik o derecededir ki, tarafların satış sözleşmesi mi yoksa *locatio conductio* sözleşmesi mi yaptığı hususunda tereddüt edilebilir³³¹. Özellikle bedelin satış ücreti gibi belirli olması (*certa*) gerekir. Bu sebeple, eğer bu bedelin belirlenmesi bir

³²⁵ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, Alan; The Digest of Justinian, Vol. 2: “If clothes given to the keeper of a bath for safekeeping, I think that he is liable in an action on deposit and that he ought to be responsible only for his fraud; but where he has received a fee, he is liable to an action on hire”, s. 11.

³²⁶ Bu gibi, depo sahipleri ile ücret karşılığı mallarının saklanması isteyen kişiler arasında *locatio conductio operis*'in mi yoksa *locatio conductio rei*'nin mi söz konusu olacağı Roma hukuku öğretisinde tartışma konusu olmuştur (RADO, Borçlar Hukuku, s. 79). Böyle bir durumda, *locatio conductio operis*'in söz konusu olacağını belirten görüşe katılıyoruz. Zira öncelikle vedia akdi için bir ücret kararlaştırılmış olması, akdin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine yol açarken; ayrıca ortada kira akdinin varlığının kabul edilmesi, tarafların o sözleşmeden beklentileri ve bilhassa kiralayanın borcu açısından fark yaratır (SOMER, s. 61-62).

³²⁷ SOMER, s. 62.

³²⁸ Bkz. Birinci Bölüm, “5- Bedel” alt başlığı: Gai. 3.143.

³²⁹ DU PLESSIS, s. 274.

³³⁰ LEE, s. 320.

³³¹ PRICHARD, A. M.; Sale and Hire, in Studies in the Roman Law of Sale, s. 1-8.

üçüncü şahsa bırakılmışsa³³² veya ileride belirlenecek bir ücret karşılığı bir iş verilmişse, bunun bir *locatio conductio* akdi oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştır³³³. Önceden açıkladığımız üzere, Roma hukukunda malzemenin kimin tarafından temin edildiği büyük önem arz etmekte, hatta sözleşmenin niteliğini değiştirebilmektedir. Roma hukukunda, terziye bir elbise ısmarlanması ve kumaşı iş sahibinin temin etmesi ile yüklenicinin (terzinin) temin etmesi veya kuyumcuya yüzük ısmarlarken yüzüğün malzemesinin kuyumcu veya siparişi veren tarafından temin edilmesinde de yine sözleşmenin niteliğinin değişeceği dikkate alınmalıdır³³⁴.

Inst. 3.24.4: Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia auros decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius aut materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

“Yine tartışılmayı gerektirmiş bir meseleye göre, eğer *Titius* bir kuyumcu ile, altını kuyumcu vermek üzere, belirli ağırlık ve belirli şekilde yüzükler yapması ve mesela 10 altın alması hususunda anlaşmış olsa, burada satış mı yoksa *locatio* ve *conductio* mu vardır? *Cassius*'un dediğine göre, malzemenin satışı, işçiliğin ise *locatio conductio*'su vardır. Fakat sadece satış olduğu görüşü hakim oldu. Eğer altını *Titius* vermiş olsaydı, işçilik için belirli bir ücret (*merces*) tespit edilmiş ise bir *locatio* ve *conductio* olduğundan şüphe edilmezdi³³⁵”.

Bu metinde görüldüğü üzere, bir sözleşmenin satış mı yoksa *locatio conductio*

³³² *Quanti Titius aestimaverit*= *Titius*'un takdir ettiği kadar.

³³³ DI MARZO, s. 441.

³³⁴ SOMER, s. 62.

³³⁵ UMUR, *Institutiones*, s. 270-271.

operis mi olduğunun tespitinde en ayırt edici unsur, malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi noktasıdır. Malzeme, iş sahibi tarafından veriliyorsa, eser sözleşmesi, yüklenici tarafından sağlanıyorsa satış sözleşmesi gündeme gelecektir. *Gaius*³³⁶ bundan başka, satış ile *locatio conductio* arasındaki benzerliğin, özellikle sözleşmelerden hangisi söz konusu olduğu şüphe uyandıracak vaziyette olduğunu belirtip, örnek vermektedir. Mesela, bir kuyumcu ile anlaşma yapılarak, ücret karşılığı, kuyumcuya ait olan bir altın parçasından belirli ağırlık ve şekilde bir yüzük yapılması kararlaştırılmış olsa, bazı hukukçular burada iki sözleşmenin, yani altının satışı ile yüzük imali için kuyumcunun faaliyetinin *locatio conductio*'su (eser) gördükleri halde, özellikle hukukçular, tek bir sözleşme, yani yüzüklerin satışının oluştuğunu kabul ettiğini belirtmektedir. Halbuki eğer kuyumcuya altın verilerek sırf çalışması karşılığında bir ücret belirlenmiş olsaydı, hiç şüphesiz bir *locatio conductio operis* söz konusu olacaktı. Ancak şunu da eklemek gerekir ki, Cumhuriyet dönemi ve İmparatorluğun ilk zamanlarındaki hukuka göre, bu ikinci örnekte, altının mülkiyetinin kuyumcuya geçtiğini kabul etmekteydiler. Hadrianus devri hukukuna göre ise, altının malik değişmemekteydi³³⁷. Görüldüğü üzere Roma hukukundaki bu metinde, Gai. 3.147'ye paralel olarak, malzeme bakımından satış ve yapılan iş bakımından *locatio conductio*'nun kabul edildiğini görüyoruz³³⁸. Roma hukukunda baskın görüş, malzemenin yüklenici tarafından verilmesi halinde, taraflar arasında satış akdinin olduğu yönündedir³³⁹. Aşağıdaki metinlerde de satış akdi ile eser sözleşmesinde malzemenin kim tarafından verildiğinin ne tür farklılıklara yol açtığı açıklanmaktadır:

D. 19.2.2.1: Gaius libro II. Rerum quotidianarum. Adeo

³³⁶ Bkz. Birinci Bölüm, “3- Malzemenin Temini” alt başlığı: **Gai. 3. 147: Item quaeritur, si cum aurifrice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos mihi faceret et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi, atqui si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.**

“Yine tartışmalı olan bir mesele de, eğer bir kuyumcu kendi altınından bana belirli ağırlıkta ve belirli şekilde halkalar yapmak ve karşılığında ikiyüz *denarius* almak üzere benimle anlaşırsa, burada bir satış mı, yoksa bir *locatio conductio* mu akdedildiğidir. *Cassius*, malzeme bakımından bir satış, iş bakımından bir *locatio conductio*'nun akdedildiği kanaatindedir. Fakat yapılacak işe karşılık bir ücret tayin ederek ona kendi altınımı veririm, bir *locatio conductio*'nun akdedildiği kabul ediliyor”.

³³⁷ DI MARZO, s. 442 (D. 34, 2, 34 pr.: D. 19, 2, 31).

³³⁸ SOMER, s. 63.

³³⁹ RADO, Borçlar Hukuku, s. 142.

aiutem familiaritatem aliquam habere videatur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri solent, utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio, ut ecce, si Cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae, et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium, et magis emtionem et venditionem esse. Quodsi ego aurum dederam mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

“Satış ile *locatio* ve *conductio* o derece birbirine benzerler ki, bazı durumlarda sözleşmenin satış mı yoksa *locatio* ve *conductio* mu olduğunu sorgulamak gerekir. Örneğin bir kuyumcuyla bana kendisine ait altınlarla belirli şekil ve ağırlıkta yüzük yapması konusunda anlaşsam ve bunun karşılığında kendisi de ücret olarak örneğin üç yüz lira alırsa, bu satış mı yoksa *locatio* ve *conductio* mu olacaktır? Bu konudaki genel baskın görüş, mevcut tek bir sözleşme olduğu ve bunun satış olduğu yönündedir. Ancak kendime ait altını verirsem ve emeği karşılığında bir ücret ödenirse, bu durumda şüphesiz *locatio* ve *conductio* söz konusu olacaktır³⁴⁰”.

Inst. 3.24.4 ile paralel olan bu metin neticesinde anlaşılıyor ki, bir zamanlar örnek verilen durumlarda, satış sözleşmesinin ve *locatio conductio*'nun her ikisinin de mevcut olduğu tartışılmıştır. Yapılan tartışmalar sonucunda, klasik hukuk devrinde, artık ortada iki değil, tek bir sözleşmenin olduğu ve bunun *locatio conductio* olduğu kanaatine varılmıştır.

³⁴⁰ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “Sale and purchase has so great an apparent kinship with lease and hire that in some cases the question frequently arises whether the contract is sale and purchase or lease and hire. For example, if a goldsmith and I agree that he make for me, from his own gold, rings of a fixed weight and form, and if he receives, for example, three hundred [in payment] , is this sale and purchase or lease and hire? The general view is that there is a single transaction which is predominantly sale and purchase. But if I give my gold and a fee is set for his labor, this is undoubtedly lease and hire”, s. 101.

D. 18.1.20³⁴¹ ile D. 19.2.22.2³⁴² metinleri de malzemeyi kimin temin ettiğine ilişkin ihtimalleri göz önüne alarak, *Inst.* ve D. 19.2.22.1 ile aynı doğrultuda açıklama getirmiştir. *Iavolenus*'a göre, eğer çalışılacak malzeme aynı halde ve aynı kişinin mülkiyetinde kalacaksa, daima *locatio conductio* mevcuttur; ancak malzeme nitelik değiştirecek ve bir başka kimseye devredilecekse, burada satış sözleşmesinin olduğu yönünde karar kılınmalıdır³⁴³. Malzemenin niteliğinin değişmesi, şüphesiz gerekli bir kıstastır. Hammadde üzerinde mülkiyet sorunu meydana geldiğinde, bunun *locatio conductio* ile giderilemeyeceği açıktır. Zira *locatio conductio*, hazır edilmiş, imal edilmiş bir ürünle ilgilidir³⁴⁴. Dolayısıyla, karşımıza, Roma hukukunda malzemenin mülkiyetine dair iki tartışma çıkmaktadır: Malzemenin mülkiyetinin kime ait olduğu ve mülkiyetin değişip değişmediği. Bu konudaki bir başka *Digesta* metninde şöyle denmektedir:

D. 18.1.65: *Iavolenus libro XI. Epistolarum. Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio; quod ut faceres, utrum emtio sit, an locatio? Respondit, si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem, convenit, emtipnem puto esse, non conductionem; toties enim conductio alicuius rei est, quoties materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet; quoties vero et immutatur, et alienatur, emtio magis, quam locatio intelligi debet.*

“Seninle belirli miktarda kiremiti belirli fiyatla bana yapıp temin etmen konusunda anlaştık. Bu sözleşme satış mıdır yoksa *locatio conductio* mu? Cevap şöyledir ki, eğer anlaşma kiremitleri kendi arazimdeki çamurla yapmamı içeriyorsa, bu durumda satış sözleşmesi söz konusu olacaktır, *locatio* ve *conductio* değil. *Locatio* ve *conductio*, ancak sözleşmenin konusunun yapıldığı malzemeler aynı durumda ve aynı

³⁴¹ Bkz. Birinci Bölüm, “3- Malzemenin Temini” alt başlığı.

³⁴² Bkz. Birinci Bölüm, “A) Tanımı” alt başlığı..

³⁴³ SOMER, s. 65.

³⁴⁴ SOMER, s. 65.

kişinin mülkiyetinde kalırsa söz konusu olur. İkisi de değişir veya başkalaşırsa, *locatio* ve *conductio*'dan ziyade satış sözleşmesi söz konusu olur³⁴⁵”.

Bu metne göre, malzeme iş sahibine değil de yükleniciye aitse, sözleşmenin niteliği değişiyordu. Malzemeyi yüklenici sağlarsa, artık eser sözleşmesi değil; satış sözleşmesi söz konusu olurken; malzemeyi iş sahibinin sağlaması ihtimalinde, sözleşme eser sözleşmesi olarak kabul ediliyordu.

Bu metinleri irdeledikten sonra, *Gaius*'un değindiği üç tartışmalı konu üzerinde duracağız. Bu üç tip halde, satış sözleşmesi mi yoksa *locatio conductio* sözleşmesinin mi söz konusu olduğunun tartışmalı olduğunu belirtmiştir: Birinci ihtimalde, bir arazinin sürekli olarak (ömür boyu, hatta ölümünden sonra mirasçılara intikal etmek üzere) kiralanması söz konusudur. Bu ihtimalde, kira akdinin mevcudiyetinin daha yerinde olduğu belirtilmiştir³⁴⁶. İkinci durumda, gladyatörlerin, dövüştürülmesi için kiraya verilmesi söz konusu olup, yara almadan kurtulanlar için emeği için ayrı ücret, sakat kalan yahut ölen her bir gladyatör için ise ayrı (daha fazla) ücretin ödemesi kararlaştırılır. Bu şekilde akdedilen sözleşmede, sözleşmenin tüm halini eser sözleşmesi olarak nitelendirmektense, ilk durumda, yani gladyatörün yara almadan kurtulduğu halde kira, yaralandığı veya öldüğü ihtimalde satış sözleşmesinin söz konusu olduğu şeklindeki değerlendirme daha doğru olacaktır³⁴⁷. Üçüncü ihtimalde ise, kuyumcu ile belirli ağırlık ve şekilde ve kendisinin tedarik edeceği altın ile belirli bir ücret karşılığında altın bir yüzük yapmak konusunda anlaşılırsa, *Cassius*'a göre, altın konusunda satış, yüzüğün yapılması konusunda *locatio conductio* sözleşmesi söz konusu olur³⁴⁸. Tüm hukukçular, bu sözleşmenin satış sözleşmesi olduğu konusunda hemfikirken; malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde, sözleşmenin eser sözleşmesi

³⁴⁵ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “I agreed with you that you should make and supply me with a certain number of tiles at a certain price. Is this sale or hire? The reply was that if the agreement was that I should furnish tiles made out of clay from my own land, I think that to be sale, not hire. There is hire only when the material from which the goods are to be made remains in the same condition and ownership; when it is both changed and alienated, we must infer a sale rather than a hiring”, s. 65.

³⁴⁶ ROBY, s. 169-170.

³⁴⁷ ROBY, s. 170; LEE, s. 322-323.

³⁴⁸ ROBY, s. 171; LEE, s. 323.

olacağını belirtmişlerdir³⁴⁹.

Günümüz hukukuna baktığımızda, malzeme konusunun, malzemenin kim tarafından temin edildiğinin, Roma hukukunda olduğu kadar mühim olmadığını görüyoruz. Daha önceden belirttiğimiz üzere, malzemenin yüklenici tarafından temin edilmesi, öğretide “eser teslim sözleşmesi” şeklinde adlandırılmaktadır³⁵⁰.

TBK m. 472: “Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.

Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.

Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur”.

Hükümün birinci fıkrasında, malzemenin yüklenici tarafından temin edilebileceği düzenlenmiş, ikinci fıkrasında da malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi hali açıklanmıştır. Ancak sözleşmede bir hüküm ve bu konuda bir adet bulunmadığı takdirde malzemenin kim tarafından temin edileceği konusunda bir açıklamada bulunulmamış olmakla beraber, genelde, sözleşmenin yapılması esnasında bu konuda açık veya örtülü bir anlaşmaya varılır veya sözleşme yapıldıktan sonra yüklenicinin işleme başlaması ile birlikte malzemenin kim tarafından temin edileceği sorunu çözüme bağlanır³⁵¹.

³⁴⁹ *Gai.* 3., 145-147; D. 18. I pr 20.

³⁵⁰ EREN, Borçlar Özel, s. 617; SELİMOĞLU, s. 96.

³⁵¹ SOMER, s.66.

Genel kural bu şekilde belirlenmekle beraber, bazı münferit olaylarda eser sözleşmesinin mi yoksa satış sözleşmesinin mi mevcut olduğu tereddüte yol açabilir. Bu iki sözleşme arasındaki farklılık, kendisini özellikle şekil (TBK m. 237), ayıptan sorumluluk (TBK m. 219 vd., 482 vd.), yarar ve hasarın geçişi (TBK m. 208, 483), ve sözleşmenin vaktinden önce sona ermesinde (TBK m. 484) gösterir. Hem eser hem de satış sözleşmelerinde yüklenici ve satıcı, iş sahibine ve alıcıya, kararlaştırılan şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlenir. Ancak satıcı, alıcıya, hazır bir şeyi teslim ve devrederken, yüklenici, meydana getireceği bir şeyi teslim edecektir (TBK m. 484). Bir ücret karşılığında taahhüt edilen şey, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcutsa, bu sözleşme, satış niteliğinde olacaktır; ancak teslim edilen şey, henüz ortada olmayıp sipariş ediliyor ve sipariş veren kimsenin vereceği malzeme ile yapılacaksa, bu durumda eser sözleşmesi söz konusu olacaktır³⁵². Henüz mevcut olmayıp da ileride ortaya çıkacak bir malın önceden satılması ve elde edildikten sonra alıcıya teslim edilmesi şeklindeki sözleşmeler satış sözleşmeleri olarak nitelendirilip, bu tip sözleşmelerde çoğu kez bir üretim faaliyeti söz konusudur³⁵³. İkinci durumda, malzemeyi yüklenicinin sağlıyor olması ve eseri kendi yerinde hazırlayıp, tamamladığında teslim edeceği yönünde anlaşmaya varılan sözleşmelerdeki taşınır eserlere ilişkin tarzda ortaya çıkan eser sözleşmelerini, ileride imal edilecek eşyanın satımından ayırt etmek güç olabilir³⁵⁴. O durumda, eğer eserin yapılması, sözleşmedeki edim yükümlülüğünün konusunu, sözleşmenin ifası kapsamına girecek şekilde oluşturuyorsa, teslim edilecek şeyin yapımına ilişkin dava edilebilir bir iş görme borcu varsa, eser sözleşmesinden; aksi takdirde satış sözleşmesinden sözedilir³⁵⁵.

Modern hukukları irdelediğimizde, bu şekildeki sözleşmelerin, “gelecekteki malın satımı” olarak adlandırıldığını ve bunlarla ilgili olarak üç farklı görüşün ortaya atıldığını görüyoruz. İlk görüşe göre, imal olunan eser, imalatçı olmayan kimseye ısmarlanırsa, satış; imalatçının kendisine ısmarlanmışsa, eser sözleşmesi söz konusu olacaktır. Diğer görüş ise, nevi ile belirlenmiş bir eserin imal ve tesliminin satış akdi,

³⁵² SOMER, s. 66.

³⁵³ BAYGIN, s. 13.

³⁵⁴ TANDOĞAN, s. 42; SELİMOĞLU, s. 21.

³⁵⁵ TANDOĞAN, s. 42; EREN, Borçlar Özel, s. 602.

belirli bir amaç için kullanılmak üzere ferden belirlenmiş bir eserin imal ve tesliminin eser sözleşmesi şeklinde kabul edilmesi gerektiğini savunur; uygulamada hakim olan görüş de budur. Son görüşe göre ise, emek unsuru ağır basıyorsa eser sözleşmesi, malzeme unsuru ağır basıyorsa, satış sözleşmesinin meydana geleceğini savunur³⁵⁶. Bir başka görüşe göre, meydana getirilmesi istenen eser, eser sözleşmesinin yapıldığı sırada esasen mevcutsa, bunun devrine ilişkin sözleşmenin satış sözleşmesi olduğunu; buna karşılık, sözleşme konusu eserin, sözleşme kurulduktan sonra meydana geleceği ihtimalinde, ortada bir eser sözleşmesinin mevcut olduğunu, ve bunun “eser teslim sözleşmesi” olarak isimlendirildiğini belirtir³⁵⁷. Eser teslim sözleşmesi, eserin gelecekte meydana getirilmek suretiyle teslim edilmesine ilişkin sözleşmedir³⁵⁸. Viyana Satım Sözleşmesi de üçüncü maddesinde, imal edilecek veya üretilecek bir malın söz konusu olması halinde, o malın üretimi için gereken malzemenin esaslı kısmının iş sahibi tarafından karşılanması hali dışında sözleşmenin satış sözleşmesi sayılacağını hükme bağlamıştır.

Günümüzde eser ve satış sözleşmeleri açısından tartışmalı olan bir diğer konu da satılan şeyin montaj yükümlülüğünün de satış sözleşmesinin kapsamında mı olacağı yoksa bu yükümlülüğün eser sözleşmesi mi teşkil ettiği sorunudur. Malın özgülendiği amaç ve işlev yönünden montaj yükümlülüğü ağır basıyorsa, eser sözleşmesinden; buna karşılık malın varlığının üstünlüğünün söz konusu olduğu ve montajın bir yan edim yükümlülüğünde olduğu sözleşmelerde, yapılan sözleşmenin satış sözleşmesi olduğu söylenebilecektir³⁵⁹. Yargıtay, eser sözleşmesi ile satış sözleşmesinin farklarına değinirken bu hususları göz önünde bulundurmuştur³⁶⁰.

Meydana getirilecek olan eserde, yüklenicinin kişisel nitelik ve özellikleri hakim unsur niteliğindeyse ve iş sahibinin kişisel ihtiyaçlarının giderilmesine yarıyorsa,

³⁵⁶ SOMER, s. 68.

³⁵⁷ EREN, Borçlar Özel, s. 602.

³⁵⁸ EREN, Borçlar Özel, s. 602.

³⁵⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 602; SELİMOĞLU, s. 21.

³⁶⁰ “...Topraktan kat satışı denilen inşa edilecek veya edilmekte olan binalardaki kat satışı, bir eser (istisna) sözleşmesi değil, bir satım sözleşmesidir. Çünkü, bunda, önceden belli bir projeye göre işin yerine getirilmesi söz konusudur ve emek (çalışma), satılan kat için özel bir nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle, sözleşmede emek değil, nesne teslimi edimi üstün bulunmaktadır...”
YİBK., 24.04.1978, 3-4, SELİMOĞLU, s. 21.

eser sözleşmesi söz konusu olurken; eserde yüklenicinin kişisel özellikleri ikincil nitelikte hatta hiç önem arz etmiyorsa, iş sahibi ve dışındaki kimselerin ihtiyaçlarına hizmet ediyorsa, satış sözleşmesi söz konusu olacaktır³⁶¹. Bir diğer husus da, eser sözleşmelerinde emek unsurunun ağır basması, satış sözleşmelerinde ise malzemenin önem kazanmasındadır³⁶².

D) Vekalet (*mandatum*) Sözleşmesinden Farkı

Vekalet akdi ile vekil, vekalet verenin kendisine tevdi ettiği iş veya işleri ücretsiz olarak ifa etmeyi taahhüt eder³⁶³.

*Roma hukukunda vekalet akdi, ius gentium'dan doğan bir sözleşme tipi*yd³⁶⁴. Mandatum'un Roma hukuku açısından en önemli özelliği, tevdi edilen işin ücretsiz olarak yerine getirilmesidir; zira taraflarca bir ücretin şart koşulması halinde, vekalet akdi değil, duruma göre ya *locatio conductio operis* veyahut *locatio conductio operarum* söz konusu olacaktır³⁶⁵. Roma döneminde, vekile bazen, emeği karşılığında bir takım ücret verilebildiğini görüyoruz; ancak bu ücret, alelade bir ücret olmayıp, *honorarium* adı verilen şeref ücretidir³⁶⁶.

D. 17.1.1.4: Paulus libro XXXII ad Edictum. Mandatum nisi gratuitum, nullum est, nam originem ex officio atque amicitio trahit; contrarium ergo est officio merces, interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

“Bedelsiz olmadıkça, vekalet söz konusu olmaz. Bunun sebebi, sözleşmenin bir göreve veya dostluğa dayanmasındandır;ve esasen, ifa edilen hizmete bir ücret verilmesi, bu görevle bağdaşmaz. İşin içerisine bir bedelin

³⁶¹ EREN, Borçlar Özel, s. 602.

³⁶² EREN, Borçlar Özel, s. 603.

³⁶³ UMUR, Ders Notları, s. 372; EREN, Borçlar Özel, s. 600; GÜMÜŞ, M. A.; Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2002, s. 11-12.

³⁶⁴ EMİROĞLU, H.; Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, AÜHF, C. 52, S. 1, s. 102-111, Ankara, 2003, s. 102.

³⁶⁵ UMUR, Ders Notları, s. 373.

³⁶⁶ RADO, Borçlar Hukuku, s. 152.

dahil olması halinde, artık daha çok *locatio conductio* söz konusu olacaktır³⁶⁷”.

Digesta'daki bu metin, açık ve net olarak, vekalet sözleşmesinden söz edebilmek için bu sözleşmenin ücretsiz yapılması zorunluluğundan bahseder. Metin, bunun gerekçesini, bu sözleşmenin görev ve ücret kararlaştırılması halinde ise artık *locatio conductio operis*'in gündeme geleceğini hükme bağlamıştır. *Digesta*'daki bu metne paralel bir diğer metni de *Institutiones*'de görüyoruz:

Inst. 3.26.1: *In summo sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere: nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse. Et ut generaliter dixerimus: Quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur. Et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.*

“Nihayet şunu bilmek lazımdır ki, vekalet ücretsiz olmalıdır, yoksa başka bir muamele haline gelir: zira eğer ücret varsa *locatio* ve *conductio* olur. Umumiyetle söylemek istersek: bir işin ücretsiz yapılması, deruhte edilen bütün vekalet ve vedia hallerinde, ücret ithal edilecek olursa, *locatio* ve *conductio* akdolunduğu anlaşılır. Binaenaleyh, bir kimse bir temizleyiciye temizleme ve düzeltmesi için veya terziye tamir etmesi için, ücret vermeden veya ücret taahhüt etmeden elbiseler verirse, *actio mandati* doğmuş olur³⁶⁸”.

³⁶⁷ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 1: “*There is no mandate unless it is gratuitous. The reason is that it derives its origins from duty and friendship, and the fact is that payment for services rendered is incompatible with this duty. For if money is involved, the matter rather pertains to hire*”, s. 21.

³⁶⁸ UMUR, *Institutiones*, s. 278-279.

Türk hukuku açısından durumu incelediğimizde, TBK m. 502/1'de, “Vekalet sözleşmesi, vekilin, vekalet verenin bir işini görmeyi veya işini yapmayı üstlendiği sözleşmedir”³⁶⁹ şeklinde tanımlandığını görüyoruz. Doktrinde yer alan daha geniş tanıma göre vekalet, vekile, müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmak üzere yükleyen bir sözleşmedir şeklinde tanımlanmaktadır³⁷⁰. Dolayısıyla vekalet sözleşmesinde, vekil, bir işi belirli yönde görüp, yürütmeyi üstlenir³⁷¹. Bu tanımdan hareketle, vekalet sözleşmesinde, vekil tarafından belli bir sonuç taahhüt edilmemekte, başkasının iradesine ve menfaatine uygun olarak, vekile, bir işin idaresi veya bir hizmetin ifası borcunun yüklendiğini; bu itibarla bu sözleşmede vekilin, kendine akitle yüklenilen işi yönetme veya kabul ettiği işi yapma borcu altında olduğu görülmektedir³⁷². Burada, ne hizmet sözleşmesinde olduğu gibi zaman ve bağımlılık unsuru ne de eser sözleşmesinde olduğu gibi sonuç unsuru önem arz eder³⁷³. Vekilin yüklendiği iş nedeniyle bir sonucun doğması mümkündür; ancak vekil, sözleşme ile bu sonucu borçlanmadığı gibi, garanti de etmez; işin görülmesi sonunda bu işle ilgili bir sonuç doğabilir. Ancak böyle bir sonuç meydana gelmediği takdirde, vekil, bundan dolayı sorumlu olmaz. Vekilin üstlendiği edim, sonucu gerçekleştirmek, bir eser meydana getirmek değil; bir faaliyette bulunmak, bir edim fiilini, bir işi özenle yürütmektir³⁷⁴. Eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesini karşılaştıran kapsamlı bir çalışmada³⁷⁵ konuyu irdelemektedir. Yazara göre, ilkin, iş görme edimini üstlenmiş kişinin somut durumda belirli bir sonuç taahhüt etmiş olması, tek başına eser yahut vekâlet sözleşmesi nitelendirmesi yapmak için yeterli değildir³⁷⁶. Somut durumdaki sonuç taahhüdünün eser sözleşmesi nitelmesine yol açabilmesi için, sonucun önceden taahhüde elverişli olması gerekir. Bu bakımdan sonucun önceden tasarısının objektif olarak belirlenebilmesi ve daha sonra söz konusu tasarı ile ve objektif bir şekilde denetlenebilmesi gerekir. Böylece sonucun

³⁶⁹ EBK m. 386/1: “Vekalet bir akittir ki, onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler”.

³⁷⁰ SOMER, s. 70; GÜMÜŞ, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, s. 12.

³⁷¹ EREN, Borçlar Özel, s.600; SELİMOĞLU, s. 23; GÜMÜŞ, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, s. 27-30.

³⁷² TANDOĞAN, s. 356; EREN, Borçlar Özel, s. 601; SELİMOĞLU, s. 23-24.

³⁷³ EREN, Borçlar Özel, s. 600; SELİMOĞLU, s. 24.

³⁷⁴ EREN, Borçlar Özel, s.600, SELİMOĞLU, s. 24; GÜMÜŞ, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, s. 144.

³⁷⁵ KÜRŞAT, Z.; Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İÜHFİM, C. 67, S.1-2, s. 143-166, 2009.

³⁷⁶ KÜRŞAT, s. 164.

borçlar hukuku anlamında “eser” olarak nitelendirilebilmesi şarttır. Sonuç taahhüdünün bulunması tek başına niteleme için yeterli olmasa da, tersi durumda, yani iş görme edimini üstlenen kişinin sonuç taahhüt etmediği hallerde, sonuç önceden taahhüde elverişli olsa bile bir eser sözleşmesi nitelemesi yapılamaz. Zira iş görme edimini üstlenen kişinin iradesinin eser sözleşmesine yönelik olmadığı kabul edilmelidir³⁷⁷.

Türk hukukunda, vekalet akdinin eser sözleşmesinden farklarına değinecek olursak, göze çarpan ilk farklılık, vekalet akdinin konusunun bir iş görme, işin idaresi veya bir hizmetin ifası şeklinde ortaya çıkmasıdır. Dolayısıyla eser sözleşmesinden daha genel bir konusu olduğunu görüyoruz. Vekil, bir sonucun muhakkak elde edilmesi için değil, belli bir yönde çalışmak için taahhüt altına girmektedir; önemli olan bir sonucun ortaya çıkması değil; vekilin işi, belli yönde özenle ve sadakatle görmesidir³⁷⁸. Vekalet sözleşmesinin bir sonuç borcu içermemesi ile ilgili olarak Yargıtay şu şekilde bir karara hükmetmiştir: “...*Bu niteliği itibarıyla eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesinden farklıdır. Diğer yandan eser sözleşmesinde, vekalet sözleşmesindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdüldüğünden ve yüklenici eseri meydana getirmekte ve onu teslim etmekle yükümlü olduğundan, protez yapımı sözleşmesi de vekalet akdi değil, bir “eser” sözleşmesidir...*”³⁷⁹. Vekalet sözleşmelerinin kıyasen daha genel olması sebebiyle, bir sözleşme, özel olarak vekalet sözleşmesi olarak düzenlenmemişse bile, hizmet, eser ya da yayın gibi diğer iş görme sözleşmesi niteliği taşıyorsa, TBK 502/2³⁸⁰ gereği vekalet sözleşmesi olarak kabul edilir³⁸¹.

Roma hukukundaki ücret verilmemesine ilişkin katı kurala karşın, modern hukukta, TBK m. 502/3'te, vekilin icabında ücret alabileceği düzenlenmiştir: “Sözleşme veya teamül varsa, vekil ücrete hak kazanır”³⁸². Ancak vekalet akdi, eser sözleşmesinden

³⁷⁷ KÜRŞAT, s. 144.

³⁷⁸ ERDOĞAN, s. 170; Vekilin ayrıca bir sonuç borçlanıp borçlanmadığı sorunu ile ilgili farklı görüşler için bkz. GÜMÜŞ, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, s. 146-153..

³⁷⁹ 3. HD., 27.02.2012, 19821-4726; SELİMOĞLU, s. 24.

³⁸⁰ TBK m. 502/2: “Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır”.

³⁸¹ ERDOĞAN, s. 170.

³⁸² EBK m. 386/3.

farklı olarak, ücretsiz olarak da akdedilebilir³⁸³. Oysa eser sözleşmesine baktığımızda, ivazlı olarak düzenlendiğini, bunun sonucu olarak, taraflarca herhangi bir ivaz kararlaştırılmamışsa, bunun eser değil, vekalet akdi olarak nitelendirileceği açıktır³⁸⁴.

Hem eser hem de vekalet akdinde, aksi kararlaştırılmadıkça, işin niteliği veya örf ve adet müsaade etmedikçe, iş bir başkasına devredilemez; ancak, iş görme ediminin şahsen yerine getirilmesinin önem taşıması, akdin, eser sözleşmesinden çok vekalet akdi niteliği taşıdığını gösterir³⁸⁵.

Bu iki sözleşme tipi arasındaki bir diğer fark da şudur ki, vekalet akdinde haklı bir sebep olmaksızın her iki taraf da uygun zamanda hareket etmek şartıyla (TBK m. 512) sözleşmeyi feshedebilirken; eser sözleşmesinde ancak haklı sebeplerin varlığı halinde fesih mümkün olacaktır³⁸⁶. Vekalet sözleşmesinde vekaletin her zaman geri alınması mümkün iken, eser sözleşmesinden taraflar diledikleri zaman dönemezler, eser sözleşmesinden dönme daha sıkı şartlara bağlanmıştır³⁸⁷.

Bunun yanında masrafları karşılayacak olan taraf, her iki sözleşmede de farklıdır. Vekalet akdinde, iş görmenin gerektirdiği masrafları müvekkil tarafından karşılanacak iken (TBK m. 510) eser sözleşmesinde yüklenici tarafından karşılanır³⁸⁸. Uğranılan zararlar açısından da, yüklenicinin veya adamlarının uğradığı zararlardan, iş sahibi, vekalette olduğu gibi sorumlu olmayacaktır³⁸⁹.

Eser sözleşmesinde, eserin imal ve teslim zamanı ya kararlaştırılmıştır veya bu makul bir zamandır; dolayısıyla eser sözleşmesi süreli bir sözleşme olup, eserin imal edilmesiyle sözleşme sona erecektir. Oysa vekalet sözleşmesinde, genel olarak işin yapılması ile ilgili olarak bir zaman sınırlaması bulunmaz.

³⁸³ SOMER, s.71.

³⁸⁴ ERDOĞAN, s. 170.

³⁸⁵ SOMER, s. 71.

³⁸⁶ ERDOĞAN, s. 171.

³⁸⁷ EREN, Borçlar Özel, s. 601; SELİMOĞLU, s. 24.

³⁸⁸ ERDOĞAN, s. 171.

³⁸⁹ TANDOĞAN, s. 634.

Vekalet sözleşmesinde vekil, gördüğü iş nedeniyle sebep olduğu zararlardan ancak kusurluysa sorumlu olurken (TBK m. 506)³⁹⁰; yüklenici, kusursuz olsa dahi, teslim ettiği şeydeki ayıplardan sorumlu tutulur (TBK m. 475)³⁹¹.

Eser sözleşmelerinde taraflar arasında güven unsuru önemli bir rol oynamakla birlikte, bu unsur, vekalet sözleşmelerinde çok daha büyük önem taşır. Bu sebeple vekalet sözleşmesinde vekil, borcunu kural olarak şahsen yerine getirmek zorundayken, eser sözleşmelerinde, aksi kararlaştırılmadıkça yüklenici, eseri başkasına yaptırabilecektir³⁹². Her iki sözleşmede de güven unsuru önemli rol oynarken, vekâlet sözleşmesindeki güvenin daha nitelikli olduğunun kabulü nedeniyle, somut sözleşmede her iki tarafın da sözleşmeyi serbestçe sona erdirebildiği hallerde vekâlet nitelendirmesi daha ön plana çıkar. Fakat bu ihtimalde eser sözleşmesi nitelemesi de diğer unsurların yardımı ile yapılabilecektir. Ne var ki aksi durumda yani tarafların sözleşmeyi serbestçe sona erdirme hakkının kaldırıldığı hallerde vekâlet nitelendirmesi oldukça zor olacaktır³⁹³.

³⁹⁰ GÜMÜŞ, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, s. 290.

³⁹¹ EREN, Borçlar Özel, s. 600.

³⁹² EREN, Borçlar Özel, s. 601; SELİMOĞLU, s. 24.

³⁹³ KÜRŞAT, s. 159-160.

§ 2. TARAFLARIN BORÇLARI

Roma hukukunda, iş sahibi olan *locator*'un, borçları malzemeyi temin etmek ile ücretin ödenmesi iken; yüklenicinin (*conductor*) borcu eseri meydana getirmek ve teslim etmektir.

I. İş Sahibinin Borçları

A) Bedel (Ücret) Ödeme Borcu

Roma hukukunda *merces, locatio conductio operis*'de, *locator*'un ödemekle yükümlü olduğu bir miktar paradır³⁹⁴. Satış sözleşmesiyle ilgili aşağıdaki metinler, kıyasen eser sözleşmesine de uygulanacaktır:

Inst. 3.23.1: Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse protest. Sed et certum pretium esse debet... Quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.

“Üzerinde anlaşılmış bir semenin mevcut olması lazımdır: zira, semensiz satım olmaz. ... Taraflarca satış için bu kaide kabul edilmiş olduğuna göre, aynı kaideyi *locatio conductio*'lara da genişletmek bir manasızlık teşkil etmez³⁹⁵”.

³⁹⁴ UMUR, Lugat, s.136.

³⁹⁵ UMUR, *Institutiones*, s. 264-265.

Institutiones'deki bu metin, satış sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olarak bedeli öngörmüş ve aynı kuralın *locatio conductio* sözleşmeleri açısından da uygulanacağını belirtmiştir.

Inst. 3.23.2: *Item pretium in numerata pecunia consistere debet...*

“Keza semen, paradan ibaret olmalıdır...”³⁹⁶”

Institutiones'deki bir sonraki düzenlemeyle, sememnin mutlaka bir miktar paraya ilişkin olması gerektiği açıklanmıştır. *Digesta*'da da bu konuya şu şekilde değinilmiştir:

D. 19.2.2 pr: *Gaius libro II. Rerum quotidianarum. Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistit. Nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, si de mercede convenerit.*

“*Locatio* ve *conductio* satış sözleşmesine benzerdir, ve aynı hukuk kurallarıyla düzenlenmiştir. Satış, ücretin anlaşılması koşuluyla meydana gelirken; benzer olarak, *locatio* ve *conductio* da tarafların ücret üzerinde anlaşmaları ile meydana gelir³⁹⁷”.

Digesta'nın bu metni, *Inst.* 3.23.1 ile aynı doğrultuda olarak *locatio conductio operis*'in kurulmasının, tarafların bedel üzerinde anlaşması ile tamamlanacağını düzenlemiştir. *Locatio conductio operis* ile, üzerinde çalışılacak olan maddenin veya faaliyet sonucu oluşturulacak olan şeyin verilmesi arasındaki bu ilişki, doktorların, avukatların, ziraat uzmanlarının, fiillerinin neden bu sözleşme kapsamı dışında kaldıklarını da açıklar. Diğer taraftan bu fiiller, özgür bir kimsenin faaliyetini başkası

³⁹⁶ UMUR, *Institutiones*, s. 264-265.

³⁹⁷ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; *The Digest of Justinian*, Vol. 2: “*Lease and hire is close to sale and purchase, and it is formed by the same rules of law. Sale and purchase is contracted if the price is agreed upon; similarly, lease and hire is considered to be contracted once the rent is agreed upon*”, s. 101.

hesabına bağlamak demek olan *locatio conductio operarum*'un (hizmet akdi) kapsamına da girmezlerdi. Zira faaliyetin bu şekilde kiralanması, aşğılık hizmetleri oluştururdu; halbuki yüksek bir sosyal seviyeden olan bir kimsenin ücret karşılığı hizmet görmesi şerefli addedilmediğinden önceleri kendisine esasen bir zorunluluk olmaksızın bir *honorarium* veya *salarium* (şeref ücreti), sonraları imparatorluk devrinde ise, *extra ordinem* yani olagelen düzen dışında usulle talep edeceği bir ücret verilebileceği kabul edilmişti³⁹⁸. *Locator*'un ödeyeceği paranın miktarı, genellikle, yapılan işin niteliğine ve işin tamamlanmasına göre belirlenir ve kural olarak bir defada ödeme yapılır³⁹⁹. Ödenecek bedelin para olarak kararlaştırılması o kadar önemlidir ki, bir miktar para yerine başka bir şey kararlaştırılmış ise, veyahut ücretin belirlenmesi işin bitimine bırakılmışsa, bu, sözleşmenin niteliğini değiştirecektir⁴⁰⁰; bu durumda, artık isimsiz aynı sözleşme söz konusu olacaktır⁴⁰¹. *Locatio conductio*'larda bedel alınmamasına izin verilen tek istisnai durum, hasılat kirası halidir.

TBK'da m. 470 ve devamında düzenlenen eser sözleşmesinde, iş sahibinin edim borcunun bir miktar para olduğu; aksi takdirde sözleşmenin niteliğinin değişeceği belirtilmiştir. Ücretin niteliği ve miktarını taraflar sözleşme ile kararlaştırabilirler; kararlaştırmamış olmaları halinde, aksine örf ve adet yoksa, ücret para ile ödenmelidir⁴⁰². Ücretin ödenme anı ise TBK m. 479'a göre teslim anıdır. Ücretin belirlenmesi, Roma hukukundakinden farklıdır. Ücret belirlenirken, ya sözleşmede ya da sözleşmede belirlenmeden bırakılır. Sözleşmede belirlenmesi ise götürü olarak veya yaklaşık olarak belirlenmesi şeklinde olabilir. Götürü ücret, imal olunacak eserin, önceden ve kesin olarak belirlenmesi halinde söz konusudur. Ücretin götürü olarak tespiti, ücret miktarının kısmen veya tamamen yüklenicinin işe başladıktan sonra fiilen yaptığı masraflara veya eserin ortaya çıkınca taşıdığı değere bağlı tutulmasını gerektirir⁴⁰³. Götürü ücretle belirlenen bir işi yüklenici, anlaşılan fiyata yapmak zorundadır; yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla bir emek ve gideri gerektiriyor olsa dahi, yüklenici bedelin arttırılmasını isteyemez⁴⁰⁴. Yine aynı

³⁹⁸ DI MARZO, s. 445-446.

³⁹⁹ SOMER, s. 87.

⁴⁰⁰ KARADENİZ, s. 121.

⁴⁰¹ UMUR, Ders Notları, s. 374.

⁴⁰² ERDOĞAN, s. 152.

⁴⁰³ SOMER, s. 91.

⁴⁰⁴ Y. 15. HD., T. 07.05.1981, E. 639, K. 1055.

paralelde olarak, eserin tahmin edilenden az emek ve masrafla oraya çıkması halinde iş sahibi de ücretten indirim talep edemeyecektir⁴⁰⁵.

TBK m. 480/2'de kurala bir istisna getirilmiş ve “başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedelle eserin yapılmasına engel olursa” hakimden bedelin uyarlanması veya sözleşmenin feshedilebilmesi veya sözleşmeden dönme olanağı getirilmiştir.

TBK m. 481 hükmü gereği bir işin değerine göre ücret belirleniyorsa, bedel, sözleşme ile ya hiç kararlaştırılmamıştır; veya takribi şekilde belirlenmiştir. Ücretin bu şekilde yaklaşık olarak belirlenmesi, TBK m. 482/1 gereği, “Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir”. Dolayısıyla, götürü ücretle kararlaştırılan işlerde kural olarak işin daha pahalıya mal olmasının rizikosu yüklenicide iken; yaklaşık belirlemede bu riziko iş sahibindedir.

TBK 97'deki genel kural icabı, *sinallagmatik* akitlerde, taraflardan birisi kendi edimini ifa etmeden veya ifa etmeyi teklif etmeden, karşı taraftan edimini ifa etmesini talep edemeyecektir. Bu ana kural dışında, TBK m. 479/1 hükmünde, iş sahibinin bedel ödeme borcunun, eserin teslimi anında muaccel olduğu düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu husus eser sözleşmelerine de uygulandığında, yüklenicinin bir ücret isteyebilmesi için imal ettiği eseri teslim etmesi veya teslim hazır hale getirmiş olması gerekecektir⁴⁰⁶. Ücretin üçüncü şahsa bırakılması, Türk hukukunda, işin niteliği gereği eser sözleşmelerinde söz konusu olamaz⁴⁰⁷.

TBK m. 479/2 gereği, eğer eserin parçalar halinde teslimi söz konusuysa, her bir parçanın tesliminden sonra, o parçaya denk düşen ücretin ödenmesi gerekecektir.

⁴⁰⁵ SOMER, s. 91.

⁴⁰⁶ VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 579.

⁴⁰⁷ SOMER, s. 92; SELİMOĞLU, s. 168-169; EREN, Borçlar Özel, s. 656.

Roma hukukunda, *locator*; yükleniciye verdiği malzeme sebebiyle onun uğradığı zarardan dolayı sorumlu olacaktır; yüklenicinin zararı tazmin edilmediği takdirde, iş sahibine karşı *actio conducti* açılacaktır⁴⁰⁸.

Roma hukukunda eserde sözleşmeye aykırı bir husus varsa, eser, sözleşmeye uygun hale getirilene dek iş sahibi, ücreti ödemekten kaçınabilir⁴⁰⁹; tabii söz konusu ayıp çok küçük ve önemsiz nitelikteyse, iş sahibinin, ücretin tamamını ödemekten kaçınması iyiniyet kurallarına aykırıdır. Aynı konu güncel Türk-İsviçre hukuklarında da geçerlidir. İş sahibinin eseri kabul etmemesi halinde, eser teslim edilmemiş olmasına karşın, ücret muaccel olur ve temerrüde ilişkin hükümler⁴¹⁰ uygulanacaktır.

Eserin kabulü konusu, TBK m. 477'de düzenlenmiştir. Kabul, tek taraflı bir irade açıklamasıdır ve açık veya zımni olarak yapılabilir. Eserin kabulüyle yüklenici, sorumluluktan kurtulacaktır; ancak elbette eğer yüklenicinin kasden sakladığı veya normal surette gözden geçirilmekle fark edilemeyecek durumlar için yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir. Sonradan ortaya çıkan ayıplar denilen bu durum, TBK m. 477/3 gereği, iş sahibi, öğrenir öğrenmez, derhal yükleniciye bildirmelidir; aksi takdirde işi kabul etmiş sayılacaktır.

İşin kusurlu yapılması hali, TBK m. 475'de düzenlenmiştir. Yapılan işteki kusurun önemine göre, iş sahibi, bu eseri kabulden kaçınabilecektir. Eserdeki kusur kabul edilemeyecek derecede değilse, TBK m. 475 ile iş sahibine sözleşmede kararlaştırılan ücretten indirim isteme hakkı tanınmıştır; burada önemli olan husus, yüklenicinin kusurunun aranmaksızın iş sahibine bu yönde hak tanınmasıdır. Zira yüklenicinin kusuru da varsa, TBK m. 475 gereği, iş sahibinin ayrıca tazminat isteme hakkı da olacaktır. Yargıtay da bir kararında, yapılan şeyin, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek derecede kusurlu ya da sözleşme şartlarına aykırı olması halinde, iş sahibinin, kabulden ve yapılan şeyin bedelini ödemekten kaçınabileceğine; işin yüksek derecede kusurlu olmaması

⁴⁰⁸ RADO, Borçlar Hukuku, s. 141.

⁴⁰⁹ SOMER, s. 92.

⁴¹⁰ İfa zamamı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. TUHR, s. 545.

halinde ise, eser bedelinden indirim talep edebileceğine yönelik kararı bulunmaktadır⁴¹¹.

TBK hükümleri açısından incelediğimizde, ilkin şu söylenebilir ki, iş sahibinin en önemli borcu, meydana getirilen eserin bedelini ödeme borcudur⁴¹². Bunun yanında, iş sahibinin başlıca borçları, öğretide talimat verme, ayıpsız malzeme ve arsa sağlama borcu, eseri teslim alma borcu ile öğrendiği sırları saklama borcu olarak sayılmaktadır⁴¹³. Taraflar, ödenecek bedelin miktarını ya sözleşmeyi kurarken önceden kesin olarak belirlerler veya hiçbir belirleme yapmadan sözleşmeyi kurarlar veya bu miktarı sözleşmede sadece yaklaşık olarak belirlerler. Buna ek olarak taraflar, aynı sözleşmede bazı edimler için götürü bedel, diğerleri için yaklaşık ücret de kararlaştırabilirler⁴¹⁴. Bedel, hiç belirlenmemiş ya da yaklaşık olarak belirlenmişse, bunun miktarı, sonradan TBK m. 481'e göre meydana getirildiği yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine göre belirlenir⁴¹⁵. Bedel türleri, TBK'ya göre, götürü bedel ve yaklaşık bedel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu konunun ayrıntıları tezin kapsamını aştığından, sadece kısaca değinilerek konu incelenecektir. Götürü bedel, tarafların sözleşme ile önceden ödenecek olan bedeli kesin olarak saptadıkları ve olağanüstü haller dışında değiştirilemeyeceği yönünde ortak iradeleri olan bedel türüdür⁴¹⁶. Bu sebeple götürü bedele, “kesin bedel”, “sabit bedel”, “anahtar teslim bedeli” gibi isimler de verilmektedir⁴¹⁷.

Roma hukukunda ücret götürü bedel olarak kararlaştırılabiliyordu. Götürü ücret, toptan (sabit) götürü ücret ve sabit birim fiyatlarla belirlenen ücret olarak ikiye ayrılır. Toptan götürü ücrette, anahtar teslimi sabit ücret olarak da adlandırılan bu ücret türünde, meydana getirilecek eserin tamamı için önceden tespit edilen tek bir miktarı ödemek zorundadır⁴¹⁸. Kural olarak, tespit edilen bu ücret eserin meydana

getirilmesi için harcanan emek ve masraf miktarlarından bağımsızdır⁴¹⁹. Örnek

⁴¹¹ Y. 15. HD., T. 10.05.2000, E. 2000/342, K. 2000/2291, YKD. c. 27, S.9, s. 1393.

⁴¹² KAPLAN, İ.; İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, Ankara, 1996.

⁴¹³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 554 vd.; EREN, Borçlar Özel, s. 655; SELİMOĞLU, s. 168-169.

⁴¹⁴ ARAL/AYRANCI, s. 367; EREN, Borçlar Özel, s. 656; SELİMOĞLU, s. 169.

⁴¹⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 656; SELİMOĞLU, s. 181.

⁴¹⁶ TANDOĞAN, c. 2, s. 234.

⁴¹⁷ EREN, Borçlar Özel, s. 657; SELİMOĞLU, s. 170.

⁴¹⁸ ARAL/AYRANCI, s. 368; EREN, Borçlar Özel, s. 657; SELİMOĞLU, s. 170-171.

⁴¹⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 658.

olarak, bir evin tamamının yapımı, bir çatının tamiri için belirli bir ücretin öngörülmesi verilebilir⁴²⁰.

Sabit birim fiyatlarda belirlenen ücrette, taraflar, eserin meydana getirilmesi için gerekli birimler için önceden sabit bir fiyat belirlemek suretiyle ödenecek olan ücreti tespit ederler⁴²¹. Örneğin; yapılacak işin metrekaresine, kilosuna veya parça sayısına göre önceden belirli bir ücretin tespiti⁴²².

Götürü bedelde, bedel hasarı, kural olarak yükleniciye ait olup, yüklenici bedele ilişkin tahminlerinin gerçeğe uygun olmamasından doğacak risklere katlanmak zorundadır⁴²³. Bu kurala bir istisna getirilmiştir; buna göre, başlangıçta öngörülemez olan durumlar sebebiyle aşırı ifa güçlüğü halinde kesin bedelin uyarlanması halinde⁴²⁴, TBK m. 480/2'ye göre, başlangıçta öngörülemez veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedelle eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse, yüklenici, hakimden sözleşmenin yeni koşullara göre uyarlanarak bedelin arttırılmasını isteyebilir.

Bu madde ile götürü bedelin mutlak olmadığı kabul edilerek, mutlak oluşuna istisna getirilmiş ve yükleniciye, hakimden sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamasını, özellikle götürü bedelin arttırmasını talep etme, bu mümkün ve caiz olmadığı takdirde de sözleşmeyi, dönme veya fesih yoluyla sona erdirme hakkı tanınmıştır⁴²⁵. TBK 480/2, niteliği itibarıyla *clausa rebus sic standibus* (uyarlama) kuralının özel bir uygulama alanını teşkil etmektedir⁴²⁶. Eser sözleşmesinde de taraflar ve de özellikle yüklenici, sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesiyle bağlı olmakla birlikte, bu ilke de dürüstlük kuralıyla sınırlandırılmıştır⁴²⁷.

⁴²⁰ ARAL/AYRANCI, s. 368.

⁴²¹ TANDOĞAN, II, s. 234-235.

⁴²² ARAL/AYRANCI, s. 368; EREN, Borçlar Özel, s. 659.

⁴²³ EREN, Borçlar Özel, s. 661; SELİMOĞLU, s. 171.

⁴²⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 662; SELİMOĞLU, s. 175.

⁴²⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 660; SELİMOĞLU, s. 175.

⁴²⁶ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 535; EREN, Borçlar Özel, s. 660; SELİMOĞLU, s. 175.

⁴²⁷ EREN, Borçlar Özel, s. 660-661; Doktrinde, TBK m. 480/2 hükmü, yükleniciyi, esas aldığı için, bu hükmün ilke olarak yüklenici lehine düzenlenmiş bir hüküm olduğu kabul edilmektedir. Bu maddede öngörülen şartların gerçekleşmesiyle hakimin, sözleşmeye müdahalesi yüklenici

Yukarıda açıklandığı üzere bedel, eser sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından birisi olmakla beraber, bedelin miktarı esaslı unsur değildir⁴²⁸. Dolayısıyla, tarafların eserin bir bedel karşılığında yapılacağını açık veya örtülü olarak kararlaştırmış olmaları, miktarını belirtmemiş olsalar dahi, sözleşmenin meydana gelmesi ve geçerliliği için yeterli olacaktır⁴²⁹.

Tarafların, sözleşmede ödenecek bedel miktarını önceden kesin olarak belirlemedikleri, sadece yaklaşık olarak belirledikleri bedele yaklaşık bedel adı verilmektedir⁴³⁰. Yaklaşık bedel, yüklenici lehine, iş sahibi aleyhine bir bedel türüdür; bedel riski de iş sahibine aittir⁴³¹.

Yaklaşık bedelde, yükleniciye ödenecek bedel miktarı önceden, sözleşmenin kurulduğu anda değil, sonradan eserin tamamlanıp iş sahibine teslim edildiği anda yapıldığı yer ve zamandaki işin değerine ve yüklenicinin yaptığı giderlere göre

tarafından talep edilebilecektir. TBK 480/2'de yer alan şartların gerçekleşmesi halinde, yükleniciye, öncelikle hakimden sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamasını isteme hakkı tanınmıştır; ancak uyarlamanın mümkün olmadığı veyahut iş sahibinden beklenmediği, yani caiz olmadığı takdirde yüklenici, sözleşmeden dönme, dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda da sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Dolayısıyla bu madde kapsamında yükleniciye tanınan uyarlama hakkıyla dönme veya fesih hakkı birbiriyle yarışan seçimlik haklar niteliğinde değildir; bu şartlar gerçekleştiğinde yüklenici, isterse uyarlama, isterse dönme veya fesih hakkını kullanmaz; tam aksine kanun koyucu, bu maddeyle söz konusu haklar arasında dışlama ilkesini öngörmüş ve uyarlama hakkını birincil (asli), dönme veya fesih hakkını da ikincil (tali) hak olarak düzenlemiştir. Zira EBK m. 365/2 ve İsviçre Borçlar Kanunu'na (OR m. 373/2) göre de bedelin artırılmasını isteme hakkıyla sözleşmeden dönme hakları arasında seçimlik hak ilişkisi yoktur (EREN, Borçlar Özel, s. 655 vd.). EBK m. 365, uyarlama hakkının içeriğini bedel artışı ya da sözleşmeden dönme seçimlik hakları olarak belirlemiştir; TBK 480/2, dönmeyi uyarlama hakkının kapsamı dışarısında tutmuştur. Bu durum karşısında bu maddede düzenlenen uyarlama hakkı, artık yalnız bedel artış istemi ile sözleşme süresinin artırılması veya kısaltılması ya da edimin kapsamının değiştirilmesi gibi istemleri de içerebilir (ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542 vd.). TBK m. 480/2'de, hakkaniyet, özellikle de dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde yükleniciye, "dönme" yerine tanınmış olan fesih hakkının gerekçesi, şu şekilde açıklanmaktadır: "Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda, dönme hakkının yerini fesih hakkı alır."; böylelikle, eser sözleşmesinin her zaman ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilmesinin doğurabileceği hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır (EREN, Borçlar Özel, s. 664). Yargıtay da, bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, eser sözleşmesinin yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin, iş sahibinin feshi nedeniyle, sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın, kural olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 106-108 maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmünün gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağını kabul etmiştir (20/01/1984 T., 1983/3 E., 1984/K.).

⁴²⁸ EREN, Borçlar Özel, s. 671.

⁴²⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 671; SELİMOĞLU, s. 169-170.

⁴³⁰ EREN, Borçlar Özel, s. 671; SELİMOĞLU, s. 184.

⁴³¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 644; EREN, Borçlar Özel, s. 671; SELİMOĞLU, s. 186.

belirlenir. Buna uygun olarak, TBK m. 481, “*eserin bedeli yaklaşık bir şekilde belirlenmişse, bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir*” demektedir. Bu maddenin kenar başlığında yaklaşık bedele eş anlamda olmak üzere, “değere göre bedel” de denilmektedir.

Yaklaşık bedel de, aynı götürü bedel gibi bağlayıcıdır ve sözleşmenin içeriğine dahildir⁴³². Buna karşın, yapılacak eserin bedeli hakkında sadece tahmini bir fikir vermeye yarayan tahmini gider, sözleşmenin işlem temelini oluşturmakla birlikte, bağlayıcı olmayan ve sözleşme içeriğine girmeyen bir gider tahmininden ibarettir⁴³³.

Bedelin miktarının tespit edilmesi ise başka bir sorunsaldır. Burada ispat yükü yükleniciye düşer; yüklenici, aşağıda belirteceğimiz dört unsuru ispatla yükümlüdür. Yüklenici, ilkin, tamamlanıp teslim edilen işin, sözleşmeyle üstlenilen eser olduğunu ispat etmelidir. Bundan sonra, sözleşme konusu eserin, meydana getirilmesi için yaptığı gider kaynaklarının, özellikle emek (işçilik) ve malzeme miktarı ile kullanılan makinelerin gördükleri iş miktarını ispat etmelidir. İşin bitirilmesi için sarf edilen zaman, işçilik yani emek unsurunu oluşturur. Yüklenicinin ispat etmesi gereken üçüncü unsur, işçilik, malzeme ve makineye ödenecek ücret ve fiyat gibi karşılıklardır. Alt yükleniciye ödenecek bedel de bu kalem arasında yer alacaktır. İşçilik, malzeme ve makine giderleri öncelikle zorunlu olmalı, gereksiz, abartılı harcamalara gidilmemeli ve gerçekten de fiilen kullanılmış olmalıdır. Giderler ve harcamalar yönünden yüklenici, aynı dalda benzer işleri yapan dürüst, sadık ve özenli bir yüklenicinin yapabileceği gider ve harcamaları da yapmalıdır. Son olarak, yüklenici, genel yönetim giderleri ile yükleniciye verilmesi gereken uygun ve makul kârı ispat etmelidir⁴³⁴.

TBK m. 482/1'e göre yüklenici ile iş sahibinin başlangıçta yaklaşık bir şekilde belirledikleri bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın, aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa, iş sahibinin, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönme hakkı vardır.

⁴³² EREN, Borçlar Özel, s. 672; SELİMOĞLU, s. 186.

⁴³³ EREN, Borçlar Özel, s. 672; SELİMOĞLU, s. 186-187.

⁴³⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 673.

TBK m. 482, EBK m. 367 ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 375'te olduğu gibi yaklaşık gider tahmininin aşılması halinde değil, yaklaşık bedelin aşılması halinde, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır⁴³⁵.

Yaklaşık bedelin aşırı oranda aşılması halinde, iş sahibine tanınan haklar, eserin, iş sahibinin arsası üzerine yapılıp yapılmamasına göre farklılık göstermektedir. Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa, iş sahibi, bedelden uygun bir indirim isteme hakkı veya sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır⁴³⁶. Burada iş sahibine seçimlik haklar tanınmıştır. Dolayısıyla hakim, iş sahibinin seçimiyle bağlıdır ve bu seçim dışında bir karar veremez⁴³⁷. Eserin, iş sahibinin arsası üzerine inşa edilmemiş olması halinde ise, iş sahibi, eser tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir. Ancak artık burada kendisine, bedelden uygun miktarın indirilmesini isteme hakkı tanınmamıştır⁴³⁸.

Taraflar, eserin bir bedel karşılığında yapılacağını kararlaştırmış olmakla birlikte, bunun miktarını, önceden sözleşmede kesin olarak belirlemedikleri gibi, yaklaşık olarak da belirlememiş olabilirler. Bu durumda bedel, TBK m. 481'de, aynı yaklaşık ücrette olduğu gibi, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenecektir. Diğer bir anlatımla söz konusu durumda, yaklaşık bedele ilişkin hükümler uygulanacaktır⁴³⁹.

⁴³⁵ Dolayısıyla, kanun koyucu, TBK m. 482'ye koymuş olduğu bu yeni hükümlerle EBK ve İsviçre BK'dan tamamen ayrılmış bulunmaktadır, EREN, Borçlar Özel, s. 673; SELİMOĞLU, s. 186.

⁴³⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 675-676; SELİMOĞLU, s. 186.

⁴³⁷ EREN, Borçlar Özel, s. 676; SELİMOĞLU, s. 186.

⁴³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Borçlar Özel, s. 675-677; SELİMOĞLU, s. 186.

⁴³⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 678; SELİMOĞLU, s. 184; TBK m. 481'de yer alan "yaklaşık ücret" ve TBK m. 482/1'de sözü edilen "yaklaşık masraf tahmini" deyimlerinin anlamları ile TBK m. 481 ve 482 arasındaki ilişkinin belirlenmesi gerekir. Bu konu, günümüzde oldukça tartışmalı ve tespiti zor bir husustur. Bir görüşe göre, bu iki söyleyişle ifade edilmek istenen bir ve aynı şeylerdir. Diğer görüş ise, TBK m. 481'deki ücretin yaklaşık olarak belirlenmesinin, sadece bağlayıcı olmayan masraf tahmini olduğu halde; TBK m. 482/1'deki masraf tahmini ise yüklenicinin aşırı ölçüde tecavüz edemeyeceği ve onu bağlayan standart fiyattır.

Bir diğer görüş ise, ücretin yaklaşık olarak belirlenmesi ile muhtemel masrafların (keşif bedelinin) yaklaşık olarak tespitini birbirinden ayırmak gerekir. TBK m. 482 anlamında masrafların yaklaşık olarak tespitinde eser için ödenecek ücret değil, yapılacak masraflar yaklaşık olarak belirlenmektedir; bu şekilde bir masraf belirlenmesi, eser sözleşmesinin bir unsuru olmayıp, yüklenici için bağlayıcı değildir; sadece iş sahibinin sözleşme kurma iradesine temel teşkil eder. Buna karşın, TBK m. 481 anlamında yaklaşık ücrette, önceden tespit edilen veya sözleşmenin yorumundan çıkartılan bir alt ve üst sınır vardır ve yüklenici bu sınırla bağlıdır. Yüklenicinin masrafı ve işin değeri daha çok veya daha az olsa da, iş sahibi bu sınır çerçevesinde bir ücret

B) Malzemenin Temin Edilmesi ile Araç ve Alet Sağlama Borcu

Roma hukukunun her döneminde, malzemenin iş sahibi tarafından verileceği hususunda herhangi bir tereddüt mevcut olmamakla beraber, iş sahibi tarafından işlenmek üzere verilen malzemenin, işi görecek, malzemeyi işleyecek kişinin mülkiyetine geçmesi konusunda dönemlere göre farklı görüşler ortaya çıkmıştır⁴⁴⁰. *Sabianus* ve *Proculianus* okulları⁴⁴¹ arasında *locatio conductio operis*'te verilen malzemenin işlenmesi sonucu bir hukuki taşıyın (*specificatio*) söz konusu olup olmayacağı hususunda anlaşmazlık vardı⁴⁴². Sonuç olarak gerek Roma gerekse Türk hukukunda hukuki taşıy ile ilgili olarak varılan nokta şudur ki, bir malzemenin

ödemekle yükümlüdür. Somut olayda, bunlardan hangisinin söz konusu olduğu güç bir yorum meselesidir; ancak şüphe halinde, ücreti ödemekle yükümlü olan iş sahibi lehine olacak şekilde yorumlanmalıdır.

Kimi yazarlar, TBK m. 481'de yer alan eserin değeri ve yüklenicinin giderleri deyimlerini, "yüklenicinin giderleri" deyimini altında değerlendirmek gerektiğini; işin değerinin, daha geniş olan masraf deyimine gireceğini; böylelikle, TBK m. 481 gereğince yükleniciye ödenecek ücretin, yüklenicinin eserin meydana getirilmesi için yaptığı masraflara ve genel giderlere uygun bir risk ve kâr ilavesi yapılmak suretiyle tespit edileceğini; bu tespit masraftan başka faktörlerin de etkili olduğu tamamlanmış eserin değerinin dikkate alınmayacağını belirtmiştir (ARAL/AYRANCI, s. 372-374).

Bu görüşe karşı çıkan Tandoğan ise, "işin değeri" kavramından, yüklenicinin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kar ve o işe düşen genel gider paylarının anlaşılacağını, yüklenicinin masrafı deyiminden ise, işin görülmesi için başvuru yardımcı şahıslara ve alt yüklenicilere ödenen ücretler ile işte kullanılan araç ve gereç giderleri ve yüklenicinin sağladığı malzemeler için yapılan harcamaları kapsayacağını savunmuştur (TANDOĞAN, II, s. 299).

Yargıtay'ın görüşleri de Tandoğan'ın savunduğu görüş çerçevesindedir. Bir kararında, "...yanlar arasında, davalıya ait evin elektrik tesisatının yapımını konu alan bir eser sözleşmesi ilişkisi kurulduğu ve davacının yüklediği edimi yerine getirdiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, ücretin önceden belirlendiği yönü ispatsız kalmıştır. Öyleyse, eser ücretinin TBK m. 366 uyarınca çalışmanın işin değerine ve davacı yüklenicinin giderlerine göre saptanması gerekir... çalışmanın, işin değeri kavramından, yüklenicinin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kar ve o işe düşen giderler payı anlaşılmalıdır. Yüklenicinin giderleri, sözleşmenin konusunu oluşturan eserin yaratılması için başvuru yardımcı kişilere ve alt yüklenicilere eylemli olarak ödenmiş ücretten işte kullanılan araç ve aletler için yapılmış giderleri ve yüklenicinin sağladığı gereçler için giriştiği harcamaları kapsar. Ne var ki, yüklenicinin kötü niyetle yaptığı objektif yönden yararsız giderler, ücretin hesaplanmasında hesaba katılmaz. Bu giderlerin, eylemli olarak yapıldıkları zamandaki tutarının göz önünde bulundurulması gerekir. Buna karşılık, çalışmanın değeri gerçek gider ve harcamaların belirli bir oranı olarak hesaba bulunacağına ve ser için gereken tüm gider ve harcamalar tamamlandıktan sonra bu hesap işlemine girişileceğine göre, çalışmanın değeri, eserin teslim anındaki rayiçlere dayanılarak belirlenmelidir ki, çalışmanın değeri, yani yüklenicinin brüt karı, yapılan gider ve harcamalara işletme ekonomisi esaslarına göre belli oranda eklenecek, hesaba bulunan bir tutardır. Meslek kuruluşlarının en ez (asgari) ücret tarifeleri, Bayındırlık Bakanlığı'nın birim fiyat listeleri, bunlar yoksa o meslekte yürüyen alışkanlıklar göz önüne tutularak yüklenicinin işinin değeri saptanmalıdır (TANDOĞAN, II, s. 113-114).

⁴⁴⁰ SOMER, s. 78.

⁴⁴¹ Hukuk okulları hakkında daha kapsamlı bilgi için bkz. KARAGÖZ, H.; Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı, İstanbul, 2010, s. 15vd.

⁴⁴² Daha geniş bilgi için bkz. Özcan KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Roma Eşya Hukuku (Eşya Hukuku), Ankara 2000, s. 52.

işlenmesi suretiyle yeni bir eser meydana getirilmesi halinde, taraflar arasında bir anlaşma varsa, aradaki hukuki ilişki eser sözleşmesiyken; böyle bir anlaşmanın olmaması halinde hukuki tağyire ilişkin kurallar uygulanacaktır⁴⁴³.

Malzemenin kimin tarafından temin edildiğinin önemini, Roma hukukundaki dönemleri incelendiğinde, konunun önemi daha iyi anlaşılacaktır. Klasik öncesi dönemde ve klasik dönem başlarında, *locatio conductio operis*'de işlenecek olan malzemenin, mülkiyetinin onu işleyecek kişiye geçmesi, genel kural olarak kabul edilmiştir. Ancak taraflar, aralarında anlaşarak bunun aksine karar verebilirlerdi ki; zamanla bu anlaşmaların sayısı giderek artmıştır⁴⁴⁴. Klasik hukuk döneminin ortalarına doğru, işlenecek malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kalması kural, yükleniciye geçmesi istisna halini almıştır⁴⁴⁵. Klasik dönemde *Ulpianus*, eser sözleşmelerinde işlenecek malzemenin malikinin değişmediğinden bahsederken; klasik sonrası dönemde, eğer taraflar arasında özel bir anlaşma varsa, malzemenin mülkiyetinin, onu işleyene geçmesinin söz konusu olduğunu; *Iustinianus* zamanında ise, işlenecek malzemenin, mülkiyetinin iş sahibinde kalacağını genel kural olarak saptandığını görmekteyiz⁴⁴⁶.

D. 34.2.34 pr. *Pomponius libro IX ad Quintum Mucium: Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne paterfamilias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset, aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. Pomponius: hoc ex parte verum est, ex parte falsum; nam de es, quod debetur, sine dubio, utputa si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei debereturex stipulatu, non perinet ad uxorem, quum illius factum adhuc non sit, id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet, legavit. In aurifice falsum est, si aurum dederit, ita ut ex eo auro aliquid sibi faceret; nam tunc licet apud aurificem sit aurum, deminium tamen non mutavit,*

⁴⁴³ KARADENİZ- ÇELEBİCAN, Eşya Hukuku, s. 52.

⁴⁴⁴ SOMER, s. 78.

⁴⁴⁵ KARADENİZ, s.170.

⁴⁴⁶ SOMER, s. 79.

manet eius, qui dedit, et tantum videtur mercedem praestituros pro opera aurifici; per quod eo perducimur ut nihilominus uxori debeatur. Quodsi aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio, tunc quaetenus dominum transit eius auri ad aurificem, quippe quasi permutationem fecisse videatur, et hoc aurum non transibi ad uxorem.

“*Quintus Mucius*'a göre, bir aile babasının tüm altınlarını eşine bırakması halinde, bir kuyumcuya üzerinde çalışması için verdiği altın, kuyumcu tarafından geri verilmediyse, eşine ait olmaz. *Pomponius*, bu konuda görüşünü şu şekilde ifade eder: Bu kısmen doğru, kısmen yanlıştır verdiği altınları kuyumcunun iade etmemesi muaccel olan borç açısından şüphesiz doğrudur. Örneğin, kocası kendisine yüksek miktardaki ağırlık için *stipulatio* yapırsa, *stipulatio* konusu karısına ait olmadığından, altın kuyumcuya ait olacaktır. Zira kocası, kendisine ait olan ama dava hakkı olmayan şeyi vasiyet etmiştir. Kuyumcu açısından kendisine bir şey yaratması için verilen altın açısından bu doğru değildir. Buna karşın, mülkiyetin sahibinde bir değişiklik olmamıştır. Altını veren kimsenin mülkiyetinde kalmaya devam eder, ve sadece kuyumcunun emeği karşılığında bir bedel ödemesi gerekir. Bunun sonucunda eşine ait olduğu sonucuna varıyoruz. Ancak, altını kuyumcuya, bundan ufak bir obje yapması için vermişse, ancak söz konusu altından değil de başka bir altından yapılırsa, bu durumda, altının mülkiyeti kuyumcuya geçecek, ve adeta bir değiş-tokuş (trampa) yapılmış gibi olacak, ve bu altın, eşine geçmeyecektir⁴⁴⁷”.

⁴⁴⁷ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 3: “*Quintus Mucius observes that if a head of a household had left all his gold to his wife, the gold which he had given to the goldsmith to work, or what was due to him if it had not been repaid by the goldsmith, is not due to the woman. POMPONIUS: This is partly true and partly incorrect; for, in respect of what is due, it is without doubt true; for instance, if he has stipulated for so many pounds of gold, the gold owed him in accordance with the stipulation does not belong to the wife, since it has not yet become his; for he has left [gold] that was his and not [gold] in respect of which he had an action. In the case of the goldsmith, it is incorrect, where he has given him gold with the object that he should make something from it; for then, although the gold may be with the goldsmith, there,*

Bu metinde yer alan *Scaevola*⁴⁴⁸'nin görüşü, bu konudaki en eski görüştür. Metnin kapsamında, bir aile babasının (*pater familias*), sahip olduğu tüm altınları karısına mal vasiyeti ile bırakması halinde, bir kuyumcuya işlenmek üzere verilen veya bu aile babasına borçlanılan (geri verilmesi taahhüt edilen) altınların da karısına verilmesinin gerekip gerekmediği sorusuna cevap aranmış ve varılan sonuca göre, eğer altınlar henüz kuyumcudan alınmamışsa, bunların *pater familias*'ın karısına verilmesinin gerekmeyeceği şeklindedir. *Scaevola*'nın bu yorumundan, işlenmek üzere kuyumcuya verilen altınların, artık kuyumcunun mülkiyetine geçtiği; yani işlenecek malzemenin, işleyecek olan kimsenin mülkiyetine geçtiğinin kabul edildiği sonucuna varılmaktadır⁴⁴⁹. *Pomponius*⁴⁵⁰ ise, *Scaevola*'nın görüşünün, işlenmek üzere kuyumcuya verilen altınların, kuyumcunun mülkiyetine geçmediği durumlarda geçerli olamayacağını belirtmektedir. Bu düşünce, *Pomponius* zamanında, *locatio conductio operis*'de malzemenin mülkiyetinin, onu işleyecek kişilere geçmediği durumların arttığını ortaya koymaktadır⁴⁵¹.

D. 19.2.31: *Alfenus libro V. Digestorum a Paulo epitomatorum. In navem Saufeii quum complures frumentum confuderant, saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat; quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione? Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti quum*

however, has been no change of ownership, but it remains the property of the person who gave it, and he is regarded only as having to pay for the work of the goldsmith, as a result of which we reach the point that it is nonetheless due to the wife. But if he has given gold to the goldsmith, so that some small object should be made for him, not, however, from that gold, but from other gold, then, insofar as the ownership in that gold has passed to the goldsmith in that he is regarded as having effected an exchange as it were, this gold, too, will not pass to the wife”, s. 155-156.

⁴⁴⁸ Bkz. UMUR, Lugat, “*Scaevola Quintus Cervidius: Marcus Aurelius zamanında yaşamış hukukçu, Paulus'un talebesi. Kirk kitaplık Digesta'sı, şerhleri, Quaestiones'i, Responsa'sı olan çok orijinal fikirli klasik Roma hukukçusu*”, s.191.

⁴⁴⁹ KARADENİZ, s. 167.

⁴⁵⁰ Bkz. UMUR, Lugat, “*Pomponius Sextus: Hadrianus ve Antoninus Pius zamanlarında yaşamış büyük hukukçu. Ius Civile'ye dair üç tane eseri, praetor edictum'una yapılmış bir şerhi ve bir kaç monografisi vardı. Roma hukuk ilmi hakkında kısa bir tarihçe de yazmıştır. Iustinianus, eserlerinden geniş ölçüde faydalanmıştır*”, s. 160.

⁴⁵¹ SOMER, s. 80.

argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeriatam ita deposuisset, ut neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tandundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum factum Saufeii, et recte datum. Quodsi separatim tabulis, aut aeronibus, aut si alia cupa clausum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare; et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent, et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset, sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supevacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere; nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam caterorum.

“Birkaç kişi, kendi ürünlerini Saufeius'un gemisine yerleştirdi, Saufeius, birisinin ürününü kendisine geri verdi ve sonra gemi battı. Diğerleri gemi sahibine ürün payları oranında, ürünlerin yok olması sebebiyle dava açabilir mi? Servius, ürünlerin iki şekilde locatio conductio'ya konu olabileceğini belirtir. Ya aynı şey iade edilir, temizleyiciye kıyafet verilmesinde olduğu üzere veya aynı türden şey iade edilir, dövölmüş gümüşün kap yapılması için veya altının yüzük yapılmak üzere verilmesinde olduğu gibi. İlk

ihtimalde, ürün, sahibinin mülkiyetinde kalmaya devam ederken, ikincisinde bir borçlanma söz konusudur. Kural, vediada olduğu gibidir. Bir kimse bir miktar parayı, saydıktan sonra, kapalı bir kutu veya mühürlü bir zarfa koymadan bir kimseye saklaması için verirse, saklayanın borcu, aynı miktarda parayı iade etmekten başka bir şey değildir. Buna benzer olarak, tahılın *Saufei*'un olacağı belirtilerek geçerli bir şekilde teslim ediliyor. Her kişinin tahılı, sonradan hangisinin kime ait olduğu belirlenebilsin diye ayrı çuvalar veya sepetlerde muhafaza ediliyorsa, tahılın her sahibi *vindicatio* davası ile gemi sahibine karşı alacağını ileri sürebilir. *Servius*, yüklerin yağmalanmasına ilişkin davaları reddeder. Zira ürünlerin hepsi aynı türden olarak gemi sahibine teslim edilince, onun mülkiyetine geçer ve böylece, borçlanma söz konusu olur. Bu aşamadan sonra mallar gemi sahibine ait olduğundan açıkça, yağmalanması söz konusu olamaz. Ancak ürün, aynen iade edilmek üzere teslim edilmişse ve iş sahibi, gemi malikinin hizmetlerine ilişkin olarak hırsızlık davası açma hakkı olduğundan, ürünün yağmalanması için davaya başvurmak oldukça isabetsizdir. Ancak ürün, aynı türden iade edilmek üzere teslim edilmişse, gemi maliki, kusuru oranında sorumlu olacaktır. Sözleşme yaptığı taraflardan birisine ürünü teslim etmiş ve bu kimse diğerlerine göre daha avantajlı konumda olduysa, mecburen ilk olarak birisine teslim etmek zorunda olduğundan, burada kusurundan bahsetmek mümkün olmayacaktır⁴⁵²”.

⁴⁵² Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “Several people had poured their grain together into *Saufei*'s ship; *Saufei* had returned his grain to one of them, and his ship had then foundered. Can the others sue the shipowner for their share of the grain through an action for the pilfering of cargo? He [*Servius*] responded that objects are leased in two ways: either that the same object be returned, as when clothes are entrusted to the care of a fuller; or that an object be returned, as when clothes are entrusted to the care of a fuller, or that an object of the same kind be returned, as when beaten silver is given to a craftsman to make vessels or gold to make rings. In the former case, the thing remains its owner's; in the latter, a loan is made. The rule is the same for a deposit: If someone deposited a specific amount of money in such a way that he does not hand it over enclosed in a box or under seal, but counts it out, the depositor owes nothing except to pay an equivalent amount. Accordingly, the wheat is construed as becoming *Saufei*'s and as being validly handed over. But if each person's wheat had been separately enclosed within partitions or baskets or in a different vat, so that each person's could

Bu metinde, *Servius*'un çeşitli görüşlerine yer verildiğini görüyoruz. *Servius*, cumhuriyet döneminin tanınmış hukukçularından biri olup, öncüsü olduğu okulun birçok konudaki düşüncelerine karşı çıkan görüşleriyle tanınmış ve diğer okulun kurucusu kabul edilmiştir. *Servius*, *locatio conductio operis*'in iki şekilde yapılabileceğini kabul etmekte ve mülkiyetin kazanılıp kazanılamayacağını, buna dayanarak belirlemektedir⁴⁵³.

Locatio conductio operis'de, mülkiyetini onu işleyen kimseye geçip geçmediğiyle ilgili olarak, klasik dönem başlarında ve klasik sonrası döneme ait metinlere baktığımızda;

D. 19.2.62: *Labeo libro I. Pithanorum. Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est...*

“Bir kanalın yapımını üstlenmişsen ve sonradan tamamlamana karşın, teslimden önce zarar görür veya yıkılırsa, kabul edilmesinden öncesine kadar hasar sana aittir⁴⁵⁴”.

D. 19.2.37: *Iavolenus libro VIII. Ex Cassio. Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est,*

be distinguished, we cannot make an interchange and the person to whom the wheat belonged can bring a vindicatio to recover what the shipowner paid. And so [Servius said that] he rejected the actions for pillfering of cargo, since if, on the one hand, the goods were of the same type and were handed over to the shipowner in order that they become his immediately, and the merchant [in this way] made a loan, then the cargo is evidently not being pilfered since it belonged to the shipowner; but if, on the other hand the same thing that was handed over is to be returned, the lessor [of the shipowner's services] has an action for theft, and so the action action for pilfering of cargo is superfluous. But if the grain had been handed over such that it could be repaid in kind, the contractor [the shipowner] is liable to extent of his fault, since one is liable for fault in a matter contracted for both parties' benefit; but it is scarcely fault that he returned some grain to only one person, since he had to return it to somebody first, even though he thereby advantaged this person more than the others”, s. 109.

⁴⁵³ SOMER, s.83.

⁴⁵⁴ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “If you undertook on hire the creation of a channel and then made it, but subsidence ruined it before you had it approved, the risk is yours”, s. 115.

detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus <locatum> fuit, <sit> ut <idem redderetur> probari deberet.

“Eğer bir iş, iş sahibi tarafından onaylanmadan bir güç tarafından zarar görürse, hasar, eğer önceden onaylanmış olması gerekiyorsa iş sahibine aittir⁴⁵⁵”.

D. 19.2.59: *Iavolenus libro V. Labeonis Posteriorum. Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat, deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium; Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum.*

“*Flaccus, Marcius*’la evin inşası konusunda anlaştı. İşin bir kısmı tamamlandıktan sonra, yapı deprem sebebiyle zarar gördü. *Maasurius Sabinus*, deprem gibi doğal bir güç neticesinde böyle bir sonucun oluşması halinde, hasara *Flaccus*’un katlanacağını belirtir⁴⁵⁶”.

İlk metinde *Labeo*, kanal açılması konusunda yapılan bir *locatio conductio operis*’den bahseder; ve hasarı tespit ederken, iş gören kimsenin, kendisine verilen toprağın mülkiyetini de kazandığından hareket eder. İkinci metinde ise, malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kaldığı durumda, hasarın yüklenicinin üzerinde olması sonucunun ortadan kalktığı ve teslimden önce *vis maior* halinde ortaya çıkan hasarın iş sahibine ait olacağı sonucuna varmaktadır. Üçüncü metinde de, *Sabinus*, deprem sonucu yarısı yapılmış bir evin yıkılması halinde, hasarın iş sahibine ait olacağını belirtmektedir. Bu çözüm yolunun, malzemenin mülkiyetinin onu işleyene geçmediği durumlara ilişkin olarak belirttiği konusunda tartışma yoktur⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Metin İngilizce’den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “If a job is destroyed by some force before being approved by the lessor, the loss falls on the [job’s] lessor if the job was such that it should be approved”, s. 111.

⁴⁵⁶ Metin İngilizce’den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “Flaccus contracted to have Marcius build a house; after part of the job was finished, the structure was shaken by an earthquake. Massurius Sabinus [says that] if this occurs due to a natural force like an earthquake, Flaccus bears the risk”, s. 114.

⁴⁵⁷ KARADENİZ, s. 85.

Klasik sonrası dönem incelendiğinde, *Pomponius*'un görüşleri neticesinde, malzemenin mülkiyetinin işleyene geçmediği kabul edilmektedir. Zira D. 34.2.34'de *Pomponius*, *Scaevola*'nın görüşünün, işlenmek üzere kuyumcuya verilen altınların, kuyumcunun mülkiyetine geçmediği durumlarda geçerli olmayacağını belirtmekte, bu kapsamda da, o dönemde, *locatio conductio operis*'de, malzemenin mülkiyetinin, onu işleyecek kimseye geçmediği durumların arttığını görmekteyiz. *Iustinianus* dönemine gelindiğindeyse, işlenecek malzemenin mülkiyetinin, iş sahibinde kalmasının genel kural haline geldiğini görmekteyiz⁴⁵⁸.

Sonuç olarak Roma hukukundaki genel görüşün, iş sahibinin malzemeyi karşılaması, malzemeyi yüklenicinin sağlaması durumunda, sözleşmenin niteliğinin değişerek satış sözleşmesi olacağı yönündedir⁴⁵⁹. *Gaius*, yüzükleri kendi madeni ile yapan kuyumcu ile, madeni müşteriden alarak yapan kuyumcu arasında mevcut olan fark gibi, eseri yapacak olan kimseye, çalışması için gerekli olan temel maddeyi vermenin gerektiğini belirtir. Yıkılacak çamaşır, içinden heykel çıkacak mermer gibi. Aksi durumda *locatio conductio* değil, satış sözleşmesi yapılmış olurdu. Arsası verilerek üzerine bina inşa edilmesi hali buna bir istisna oluştururdu, zira aksi takdirde arsa, eserin (*opus*) esasını teşkil etmiş olurdu⁴⁶⁰.

Malzemeyi tanımlamak gerekirse, eserin imal edildiği ve onun içinde kalan madde olarak özetleyebiliriz⁴⁶¹. Malzeme, hammadde olabileceği gibi, önceden imal edilmiş bir şey de olabilir. Malzeme, eserin imal edilmesinde kullanılan bir madde olmasına karşın, salt kendisi, eser sözleşmesinden doğan imal yükümlülüğünün konusunu oluşturmadığı gibi; yüklenicinin çalışma araçları, malzeme kavramı kapsamı dışındadır⁴⁶².

TBK m. 471/4 gereği, “aksine adet veya sözleşme olmadıkça, yüklenici, eserin yapılması için gerekli çalışma araçlarını kendisi sağlamak zorundadır”⁴⁶³. Roma

⁴⁵⁸ SOMER, s. 86.

⁴⁵⁹ ROBY, s. 175.

⁴⁶⁰ DI MARZO, (D. 18, 1, 20. D. 19, 2, 22, 2), s. 445.

⁴⁶¹ SOMER, s.77.

⁴⁶² TANDOĞAN, s.104; EREN, Borçlar Özel, s. 616; SELİMOĞLU, s. 94.

⁴⁶³ VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 569; EREN, Borçlar Özel, s. 615; SELİMOĞLU, s. 94.

hukukunda, metinlerde bu konuda bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak işin gereği, günümüzde kabul edilen uygulamanın geçerli olduğu varsayımı ileri sürülebilir⁴⁶⁴. Kanunkoyucu, araç ve gereçleri sağlama, bunları satın alma ve kiralama giderleri ile işin yapılacağı yere getirilme giderlerinin de kural olarak yüklenicide olacağını belirtmiştir. Yargıtay da bir kararında bu yönde karar vermiştir: “...*Aksine adet ve sözleşme olmadıkça, yüklenici, imal olunacak şeyin icrası için gereken vasıtaları, alet ve edavatı kendi masrafı ile tedarik etmeye mecburdur...*”⁴⁶⁵”.

Daha önce de vurguladığımız üzere, Roma hukukunda malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi büyük önem arz ederdi. Günümüzde ise Türk hukukunda, TBK m. 472'de, malzemeyi kimin temin etmesi gerektiğine dair bir açıklama mevcut değildir; bu sebepten, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bakılarak yorum yapılmalıdır. Eğer sözleşmede de taraflar bu konuda bir belirleme yapmamışlarsa, malzemenin, iş sahibi tarafından temin edilmesinin kabulü uygun olacaktır⁴⁶⁶. Malzemeyi kimin temin ettiği hususu, yüklenicinin sorumluluğunun derecesini değiştirdiğinden önem taşımaktadır; zira malzemeyi yüklenici temin ettiyse, TBK m. 472/1'de, “Yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur” ifadesi yer alırken, EBK m. 357/1'de, yüklenicinin, “malzemenin iyi cinsten olmaması” sebebiyle iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir. TBK 472/2'de ise bu durumun aksine malzemenin, iş sahibi tarafından sağlanmış olması durumu düzenlenmiş, ve yüklenicinin malzemenin artanı iadeyle yükümlü olacağı belirtilmiştir. Bu şekilde iş sahibi tarafından malzemenin sağlanması hali, yükleniciye, TBK m. 472/3 gereği, ek yükümlülük getirerek genel bir ihbar yükümlülüğü getirmektedir; yüklenici, bu ihbar yükümlülüğünü yerine getirmezse, bundan doğacak zararlardan TBK m. 112 gereğince sorumlu olacaktır⁴⁶⁷.

Günümüz hukukunda, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması, onun malzemeleri doğrudan yükleniciye teslimi, iş sahibinin kendisinden malzemeleri satın aldığı üçüncü kişinin teslimi veya iş sahibinin ad ve hesabına yüklenici

⁴⁶⁴ SOMER, s. 77.

⁴⁶⁵ 15. HD. 18.05.2000, 157/2444; SELİMOĞLU, s. 96.

⁴⁶⁶ TANDOĞAN, s. 105; EREN, Borçlar Özel, s. 617.

⁴⁶⁷ TANDOĞAN, s. 112; EREN, Borçlar Özel, s. 619-620.

tarafından başkalarından satın alınma şekillerinde karşımıza çıkabilir. Bizzat iş sahibinin teslimi dışında kalan hallerde, kanun icabı, iş sahibinin temsilcisi olarak hareket edilir⁴⁶⁸. Hukukumuzda kural yüklenicinin malzemeyi karşılaması olduğundan, iş sahibi tarafından temini halinde yükleniciye bazı mükellefiyetler yüklenmiştir. Zira yüklenici, malzemeleri özenle kullanma, hesap verme ve artan kısımları iade borcu altında olacak (TBK m. 472/2), işin devamı sırasında, iş sahibinin verdiği malzemenin veya arsanın ayıplı olduğu anlaşılır veya işin gereği gibi veya zamanında ifa edilmesini tehlikeye sokacak durumlar ortaya çıkarsa, yüklenicinin, iş sahibine bunları bildirme zorunluluğu, yani ihbar külfeti söz konusu olacaktır (TBK m. 472/3)⁴⁶⁹.

II. Yüklenicinin Borçları

Locatio conductio operis'de, *conductor*, belli bir sonucu meydana getirmekte ve bu sonuç maddi bir şekilde kendini gösteriyorsa, o şeyi teslim etmekle de yükümlü olacaktır. Dolayısıyla yüklenicinin, asli edimi eseri meydana getirmek ve teslim etmek şeklindedir. Ancak bir de yan borçtan bahsetmek mümkündür; bu da sadakat ve özenle işi görme borcudur.

Inst. 3.24.5: Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare.....

“*Conductor*, daima bir akdin hükmüne uymak zorundadır. Eğer anlaşmada bir husus açıkça belirtilmemişse, bunu hakkaniyete uyarak eda eder...⁴⁷⁰”.

Bu metin, yüklenicinin sözleşme hükümleriyle bağlı olduğunu, sözleşmede hüküm bulunmaması halinde hakkaniyet icabı hareket edilmesi gerektiğini belirtir.

⁴⁶⁸ ARAL/AYRANCI, s. 333.

⁴⁶⁹ ARAL/AYRANCI, s. 333; EREN, Borçlar Özel, s. 617-618; SELİMOĞLU, s. 99-100.

⁴⁷⁰ UMUR, *Institutiones*, s. 270-271.

A) Eser Meydana Getirme Borcu

Locatio conductio operis'in akdedilmesiyle, saptanmış olan güne kadar iş tamamlanacak ve o gün *conductor* tarafından *locator*'a arz edilecektir. İşin teslimi, bir bütün halinde veya bölümler halinde ifa edilebilir. Yüklenicinin, eseri meydana getirme borcu, günümüzde, yüklenicinin eseri şahsen meydana getirme borcu ile araç, gereç ve malzeme sağlama borcu olarak tanımlanmaktadır⁴⁷¹.

Dönemlere göre incelediğimizde, klasik dönemde, *locatio conductio operis*'den doğan borç bir yapma borcu (yani *facere*) olduğundan, işi yüklenen kişiye karşı sıkı sıkıya bağlı kabul ediliyordu; bunun bir neticesi olarak da yükleniciden başka bir kimsenin borcu yerine getirmesi mümkün değildi. *Conductor* (yüklenici), bu işi bizzat ifa etmekle yükümlüydü⁴⁷².

D. 46.3.31: *Ulpianus libro VII, Disputationum. Inter artifices longa differentia est et intenii et naturae doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum...*

“Zanaatkarlar arasında zeka, mizaç, eğitim ve tecrübe açısından büyük farklılıklar vardır. Buna bağlı olarak, bir kimse, bizzat bir gemi veya evi yapmayı veya bir hendek kazmayı vaad ederse, *stipulator*⁴⁷³'un rızası olmadıkça taahhüt eden bu taahhüdü ile bağlıdır⁴⁷⁴”.

⁴⁷¹ EREN, Borçlar Özel, s. 608; SELİMOĞLU, s. 86 vd..

⁴⁷² SOMER, s. 96.

⁴⁷³ UMUR, Lügat, “*Stipulator: Bir stipulatio'da suali sorarak alacaklı durumuna gelen taraf*”, s. 188.

⁴⁷⁴ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*Among craftsmen, there is a wide distinction of intelligence, nature, education, and experience. Accordingly, if someone promise personally to build a ship or a house or to dig a ditch and it be specifically provided that he exert his own labor on it, his surety, by himself building or digging the ditch, will not release the promisor, unless he has the consent of the stipulator...*”, s. 220.

Bu şekilde *Digesta*'da, zanaatkarlar arasında yetenek, eğitim ve bilgi açısından büyük farklar mevcut olduğu belirtilerek ve bir geminin, bir evin yapımı ya da bir kanal açılması *stipulatio* ile vaadedilmişse, bu borcu kefilin ifa edemeyeceği belirtilmiştir⁴⁷⁵. Söz konusu metinde, bir kimse bir eser meydana getirmeyi üstlenirken; bir diğer kimse buna ilişkin kefil oluyor. Söz konusu edimi üstlenen zanaatkar, edimini ifa etmezse, kefil, borcundan kurtulamayacaktır. Eseri zanaatkarın şahsen ifası gerektiğinden, kefil, eseri meydana getirerek borcundan kurtulamayacaktır.

Iustinianus dönemini incelediğimizde, bu sözleşmeden doğan iş yapma borcunun kişisel nitelik taşımaktan çıktığını ve işin yapılması borcunun yüklenici dışında bir kimse tarafından da yerine getirilmesinin de mümkün olduğunu anlıyoruz. Ancak bu durumda ilk yüklenicinin, ikinci yükleniciye (günümüzde kullanılan deyimiyile “*alt yüklenici*”) karşı *actio locati*⁴⁷⁶ açma hakkı mevcuttu⁴⁷⁷.

D. 19.2.48 pr: *Marcellus libro VIII. Digestorum. Si qui locaverim faciendum, quod ego conduxeram, constabit, habere me exlocato actionem.*

“Kendi üzerime aldığım bir işi bir başka kimseye yüklersem; genel kabul gören görüşe göre ona (alt yükleniciye) karşı *locatio conductio*'dan doğan dava açma hakkım olacaktır⁴⁷⁸”.

Bu metne göre yüklenici, eser meydana getirme borcunu bir başka kişiye yüklerse, o takdirde kendisi iş sahibi, eseri meydana getirme borcu altına giren de yüklenici

⁴⁷⁵ SOMER, s. 96.

⁴⁷⁶ UMUR, Lügat: “*Actio Locati: Locatio conductio* akdinde *locator*'un *conductor*'a açtığı iyiniyet davası. *Locatio conductio rei*'de (kira akdi), *conductor* icar bedelini ödemezse, *locatio conductio operarum*'a (hizmet veya iş akdi), *conductor* kararlaştırılmış ücreti ödemezse; *locatio conductio operis*'te (istisna akdi), *conductor*, kararlaştırılmış muayyen işi (*opus*) yapmazsa, *locator* mevkiindeki alacaklı; ve *lex Rhodia*'nın tatbiki halinde gemi sahibi (*magister navis*, burada *locator*), malları kurtulan kimselere (burada *conductor*) karşı bu davayı ikame ederdi”, s. 9.

⁴⁷⁷ SOMER, s. 97.

⁴⁷⁸ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; *The Digest of Justinian*, Vol. 2: “If I lease out to someone a job which I undertook to do myself, the accepted view is that I have an action [against the subcontractor] on lease [of a job]”, s. 111-112.

olarak kabul ediliyordu. Dolayısıyla, borcu yüklenen ikinci kişiye karşı eser sözleşmesinden doğan davalar açılabilir. Buna karşın, elbette tarafların aksini kararlaştırması, yani borcun doğrudan doğruya borçlu tarafından ifa edilmesini kararlaştırabilmesi mümkündür; dolayısıyla artık işin görülmesi kişisel bir nitelik taşır. Yüklenicinin yardımcı şahıs kullanması halinde, yüklenici, bu kimsenin davranışlarından, kural olarak kendi yapmış gibi sorumlu olacaktır⁴⁷⁹. D. 19.2.25.7'de⁴⁸⁰ de aynı yönde bir metin karşımıza çıkmaktadır.

Türk hukukundaki durumu incelediğimizde, TBK m. 471/3'e göre, yüklenici, ortaya çıkarılacak olan eseri bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmakla yükümlü olduğu belirtilerek; günümüzde genel kuralın, eseri yapma borcunun şahsen ifa edilmesi olduğu söylenebilir. Aynı maddenin devamında, işin niteliği gereği, şahsen ifanın bir anlamı veya önemi yoksa, yüklenici, işi bir başkasına da yaptırabilecektir. Özet olarak, eğer yüklenicinin şahsi yetenekleri, bilgisi ve becerisi önem arz ediyorsa, yüklenici eseri bizzat ifa etmekle yükümlü olacaktır⁴⁸¹. İşin kişisel nitelik taşımadığı noktada bir tartışma bulunması halinde, eserin yapılmasında kişisel niteliğin herhangi bir önem arz etmediğinin ispatı yüklenicinin üzerindedir; dolayısıyla ispat yükü yüklenicidedir⁴⁸².

TBK m. 471/3, yüklenicinin, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisinin yapması veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Ancak, yüklenicinin kişisel özelliklerinin, eserin meydana getirilmesinde önem arz etmediği durumlarda, işi başkasına yaptırabileceği belirtilmiştir. Alt yüklenici (taşeron), eserin ifasının kısmen veya tamamen kendisine devredildiği, bağımsız ve kendi hesabına çalışan bir yardımcı şahıstır⁴⁸³. Yüklenici ile alt yüklenici arasındaki bu akdin türü de eser sözleşmesi niteliğindedir ve aralarında bir altlık-üstlük ilişkisi mevcut değildir; oysa yüklenici ile yardımcı şahıslar arasındaki akdin niteliği, hizmet akdidir⁴⁸⁴. Buna ek olarak, yüklenicinin eserin yapılması sırasında yararlandığı yardımcı kimselerin uzman olması gerekmediği halde, alt yüklenici, o alanda uzman

⁴⁷⁹ SOMER, s. 97.

⁴⁸⁰ Bkz. Birinci Bölüm, "4- Sonucun Üstlenilmesi ve Teslimi" alt başlığı.

⁴⁸¹ SOMER, s. 98.

⁴⁸² YAVUZ, s. 468.

⁴⁸³ TANDOĞAN, c.2, s. 737; EREN, Borçlar Özel, s. 610; SELİMOĞLU, s. 91-92.

⁴⁸⁴ TANDOĞAN, s. 51; EREN, Borçlar Özel, s. 610-611; SELİMOĞLU, s. 92.

olmalıdır; bu sebeple, yüklenici, işi devre yetkili olsa dahi, uzman bir alt yüklenici seçmezse gerekli özenle hareket etmemiş olacaktır⁴⁸⁵.

Yüklenici, sözleşme ile kararlaştırılan zamanda eseri bitirip teslim etmek zorundadır. Roma hukukunda, yükleniciye, işe zamanında başlamaması halinde, iş sahibinin, masraflar yükleniciye ait olmak üzere, başka bir yüklenici ile anlaşma hakkı saklı tutulur⁴⁸⁶.

Türk hukukuna baktığımızda, TBK 473/1, yüklenicinin işe zamanında başlamaması yahut sözleşmeye aykırı olarak ertelenmesi veya iş sahibinin kusuru olmaksızın ortaya çıkan erteleme sonucu, bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitirmesine imkan olmadığının anlaşılması halinde, iş sahibine, teslim için belirlenen zamanı beklemeksizin sözleşmeyi feshetme hakkı verilmiştir⁴⁸⁷. TBK m. 473/1, “Yüklenicinin, işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi, teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir”. Anlaşıldığı üzere, TBK ile iş sahibine, teslimden önceki gecikme sebebiyle sözleşmeden erken dönme hakkı tanınmıştır⁴⁸⁸. Dönme hakkının şartlarına kısaca değinecek olursak, bunlar, işe zamanında başlamama, işin icrasının sözleşmeye aykırı olarak geciktirilmesi, gecikmenin, eserin kararlaştırılan tarihte tamamlanmasına engel olacak derecede olması, yüklenicinin gecikmesini haklı kılan bir sebebin bulunmaması olarak özetlenebilir⁴⁸⁹.

İş sahibi, bu şekilde teslim tarihini beklemeden sözleşmeden dönerse, dönme TBK m. 125'te öngörülen genel hükümlere göre sonuçlarını doğuracaktır. Dönme ile beraber sözleşme, geçmişe etkili olarak ortadan kalkar; iş sahibi ücret ödemeyi reddedebilir ve daha önce ödediği ücretin iadesini talep edebilir; eğer eserin bir kısmı

⁴⁸⁵ TANDOĞAN, s.51; SELİMOĞLU, s. 92-93.

⁴⁸⁶ SOMER, s. 99.

⁴⁸⁷ VELİDEDEOĞLU, s. 571; SELİMOĞLU, s. 102-103.

⁴⁸⁸ TANDOĞAN, II, s. 113; SELİMOĞLU, s. 102-103.

⁴⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ARAL/AYRANCI, s. 344-345.; EREN, Borçlar Özel, s. 647-650; SELİMOĞLU, s. 104-105.

önceden kendisine teslim edildiyse, bu kısmı iade eder⁴⁹⁰.

Sözleşmeden dönme halinde ileriye dönük mü yoksa geçmişe etkili olarak mı sözleşmenin sona erdirileceği öğretide tartışmalı olmakla beraber, son zamanlarda savunulan görüşe göre, daha önce icrasına başlanan işlerde, iş sahibi, sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmeye yolunu seçebilir; bu durumda, eserin daha önce meydana getirilmiş kısmını, ücretini ödemek suretiyle isteyebilecektir⁴⁹¹. İş sahibi, bu şekilde sözleşmeyi ileriye veya geriye etkili biçimde sonlandırmasının yanında, buna ek olarak TBK m. 125'de öngörülen imkanlarını da kullanabilecektir⁴⁹².

Buna karşın, iş sahibinin, sözleşmeden dönmesinin haksız olması halinde, yüklenici, TBK m. 484'te öngörülen tam tazminatı ödemek, yüklenicinin müspet zararını tazmin etmek zorunda olacaktır⁴⁹³.

TBK açısından baktığımızda, TBK m. 470'de, “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi üstlendiği...” ifadesinden, yüklenicinin ilk borcunun, sözleşmede tanımlanan eseri meydana getirme borcu olduğu anlaşılmaktadır⁴⁹⁴. Eserin meydana getirilmesi aşamasında da yüklenici ile iş sahibi arasında sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu ilişki bazen uzun bir süre devam edebilir. İş sahibi, eserin meydana getirilmesi aşamasında yükleniciye doğrudan veyahut dolaylı olarak talimat verebilir; ve iş sahibinin verdiği bu talimatın kapsamı, bizzat eser hakkında olabileceği gibi, eserin meydana getirilme tarzına ilişkin de olabilir⁴⁹⁵.

Günümüzde kabul gören görüşe göre, yüklenicinin eseri meydana getirme borcu, şahsen meydana getirme borcu ile araç, gereç ve malzeme sağlama borçlarından oluşmaktadır⁴⁹⁶. TBK m. 471/3'e göre, yüklenici, eseri doğrudan doğruya kendisi

meydana getirmek veya kendi yönetimi altında başkasına yaptırmakla yükümlüdür.

⁴⁹⁰ ARAL/AYRANCI, s. 345-346; EREN, Borçlar Özel, s. 648-649; SELİMOĞLU, s. 104-105.

⁴⁹¹ Yazarlar, sözleşmeden dönme halinde, ileriye etkili sonlandırmanın söz konusu olacağı görüşünü savunmaktadırlar, ayrıntılı bilgi için bkz. ARAL/AYRANCI, s. 346; EREN, Borçlar Özel, s. 649.

⁴⁹² ARAL/AYRANCI, s. 346; SELİMOĞLU, s. 104.

⁴⁹³ TANDOĞAN, II, s. 346.

⁴⁹⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 607.

⁴⁹⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 608.

⁴⁹⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 608; SELİMOĞLU, s. 85-86.

Yüklenici, meydana getirilecek eseri ya doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında başkalarına yaptırmak zorunda olacaktır. Bu fikrin temelinde, eser sözleşmesinde yüklenicinin kişiliğinin, özellikle yetenek ve becerilerinin önem taşıması vardır. Zira iş sahibi, yüklenicinin yetenek ve becerilerini göz önünde tutarak, ona güvenerek eser sözleşmesini yapmaktadır⁴⁹⁷.

Yüklenicinin üstlendiği eser meydana getirilirken, üç ayrı durum söz konusu olabilir; ilk ihtimalde, yüklenicinin üstlendiği edim, yüklenicinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olabilir, ki buna “mutlak şahsılık ilkesi” adı verilir, ve bu durumda, edimi muhakkak yüklenicinin kendisinin yerine getirmesi gerekecektir, yardımcı şahıs kullanması mümkün olmayacaktır⁴⁹⁸. Örnek olarak, ressamın bir tablo yapması, bestecinin beste yapması, şarkıcının şarkı söylemesi gibi örnekler verilebilir. Örneklerden de anlaşılacağı üzere, üstlenilen edimin bir başka kimseye devrine müsaade edilemez, yüklenici böyle bir borca aykırı hareket ederek işi şahsen yerine getirmese, iş sahibi TBK m. 112 veya 125 gereğince hareket edebilecektir⁴⁹⁹.

İkinci ihtimalde ise, yüklenici, eseri şahsen yapmaz, kendi yönetimi altında üçüncü kişilere, bilhassa yardımcılara yaptırır. Burada, yüklenicinin kişisel yetenek ve becerileri, güvenilirliği büyük önem taşımakla beraber, eserin meydana getirilmesi, ilk ihtimalde olduğu gibi yüklenicinin şahsına sıkı sıkıya bağlı değildir⁵⁰⁰. Üçüncü durumda ise eserin meydana getirilmesinde, yüklenicinin kişisel özellikleri önem arz etmez; bu sebeple de yüklenici eseri tamamıyla bir başka kimseye yaptırabilecektir. Kanunun lafzından da anlaşıldığı üzere, yüklenicinin edimi şahsen yahut kendi yönetimi altında bir başkası eliyle yerine getirme borcuna ilişkin hüküm, emredici değildir, düzenleyici niteliktedir; taraflarca aksi kararlaştırılabilir⁵⁰¹.

TBK m. 83, kural olarak, şahsen ifade bulunmakla yükümlü olmadığı halde, TBK m. 471/3 c.1 gereği, yüklenicinin, eser meydana getirme borcunun kişisel niteliğini karine olarak kabul etmiş; ikinci fıkrası ile eserin yapılmasının, kendisinin kişisel

⁴⁹⁷ EREN, Borçlar Özel, s. 608; SELİMOĞLU, s. 89-90.

⁴⁹⁸ EREN, Borçlar Özel, s. 609; SELİMOĞLU, s. 90.

⁴⁹⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 609; SELİMOĞLU, s. 90-91.

⁵⁰⁰ EREN, Borçlar Özel, s. 609; SELİMOĞLU, s. 90.

⁵⁰¹ EREN, Borçlar Özel, s. 609; SELİMOĞLU, s. 90-91.

niteliklerine bağılı olmadığını iddia ettiğı takdirde, yüklenincinin kişisel niteliklerinin önem taşımadığını ispat yükü yüklenicide olacaktır⁵⁰². Buna karşın, bu karinenin, iş bölümüne dayanan modern ekonominin gereklerine uygun olmadığını kabul etmek gerekir⁵⁰³. Zira, meydana getirilecek eserin, seçilen yüklenicinin bireysel yeteneklerinin damgasını taşıyacak türden olduğu ve başkalarının aynı eseri onun idaresi altında dahi meydana getirilmesinin mümkün olmadığı hallerde şahsen ifa yükümü söz konusu olurken; büyük çaptaki inşaat ve makine tesislerinin yapımında şahsi yeteneklere dayanmayan çalışmalar hakimdir⁵⁰⁴.

Buna ek olarak, günümüz Türk hukukunda, Roma dönemindeki uygulamadan çok farklı olarak araç ve gereç ile malzeme sağlama borcu da yükleniciye yüklenmiştir. Araç ve gereç, sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi için bulunması ve kullanılması gerekli çalışma araçlarıdır⁵⁰⁵. TBK m. 471/4 gereğı, araç ve gereçleri sağlama borcu, kural olarak yükleniciye ait olup, bu borç, niteliğı itibarıyla bir yan edim yükümlülüğüdür⁵⁰⁶. Elbette bu emredici bir hüküm olmadığından, taraflar aksini kararlaştırabilirler. Araç ve gereç sağlama borcunun iş sahibine ait olması ihtimalinde, yüklenici, bunları özenle kullanmalı; bu borç yüklenicideyse, kararlaştırılan işte kullanılmaya hem elverişli hem de yeterli araç ve gereç sağlanması gerekecektir⁵⁰⁷. Eğer yüklenici, edime ilişkin olarak yetersiz, elverişsiz veya ayıplı araç gereç sağlarsa, iş sahibinin TBK m. 473/2'ye göre hareket etme imkanı olacaktır. TBK m. 471/3, “Aksine adet veya anlaşma olmadıkça, yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır” demekle, gerekli olan araç ve gereçleri sağlama borcunu açıkça yükleniciye yüklemektedir. Araç ve gereç sağlama borcunun kapsamına iş makineleri, şantiye binası, işte kullanılacak aletler, makine parkı, el arabası, elektrik ve su tesisatı kurulması, mazot, petrol sağlanması da girer⁵⁰⁸.

⁵⁰² ARAL/AYRANCI, s. 324; EREN, Borçlar Özel, s. 610; SELİMOĞLU, s. 90-91.

⁵⁰³ TANDOĞAN, II, s. 72.

⁵⁰⁴ ARAL/AYRANCI, s. 324.

⁵⁰⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 615; SELİMOĞLU, s. 94.

⁵⁰⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 615; SELİMOĞLU, s. 94.

⁵⁰⁷ EREN, Borçlar Özel, s. 615; SELİMOĞLU, s. 94-95.

⁵⁰⁸ ARAL/AYRANCI, s. 329; EREN, Borçlar Özel, s. 615-616; 4734 sayılı Kamu İhaleleri Kanunu hükümlerine dayanılarak hazırlanmış olan Yapım İşleri Şartnamesi m. 20: “Sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenici, üstlenmiş olduğu işin önemine ve iş programına uygun olarak, işlerin yapılması için gerekli her türlü makine, araç ve yardımcı tesisleri hazırlamak, her türlü makine, araç ve yardımcı tesisleri hazırlamak, her türlü malzemeyi ve işçileri temin etmek ve ihzaratla ilgili tedbirleri almak zorundadır.

Yüklenicinin ayıplı veya uygun olmayan araç ve gereç sağlaması halinde, iş sahibine, TBK m. 473/2 uyarınca hareket etme imkanı tanınmıştır⁵⁰⁹.

Araç ve gereç sağlama borcu yanında bir de hem yüklenici hem de iş sahibi açısından malzeme sağlama borcu incelenmelidir. Değindiğimiz üzere malzeme sağlama borcu, Roma hukukunda, kesin olarak iş sahibine yüklenen, yüklenici tarafından karşılanması halinde, sözleşmenin niteliğini değiştirip satış sözleşmesine çeviren oldukça önem arz eden bir mesele idi. TBK m. 472, malzeme sağlama borcunu taraflardan birine yüklemiş değildir, taraflar sözleşme ile serbestçe belirleyebilirler. Malzemenin sağlanması yönünden eser sözleşmeleri, olağan eser sözleşmeleri ve eser teslim sözleşmesi olarak ikiye ayrılır. Olağan eser sözleşmelerinde, malzeme genellikle iş sahibi tarafından sağlanırken; eseri yüklenici meydana getirir. Eser teslim sözleşmelerinde ise, hem malzemeyi sağlayan hem de eseri meydana getiren, kural olarak yüklenicidir⁵¹⁰. Kanun koyucu tarafından her iki sözleşme tipi de aynı tarzda düzenlenmiş; bununla beraber TBK m. 472/1 ve 2 ile TBK m. 471/4'ten doğan yükümlülüğün, Roma hukukundaki gibi kural olarak iş sahibinde olduğunu görmekteyiz⁵¹¹. Malzeme, eserin imalinde kullanılan ve onun bünyesine dahil olan maddelerdir⁵¹². Yüklenici, malzemeyi kullanmakla yükümlü olmakla beraber, onu imal etmekle yükümlü olmayacaktır⁵¹³. Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye baktığımızda, m. 472/1'de, “malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa” ifadesi ile TBK m. 472/3'ün zıt anlamından hareketle, aksine bir

İşin başlangıcında ve devamı sırasında, işin programına uygun olarak yürütülmesini teminen, yüklenici tarafından yapılan hazırlıkların ve alınan tedbirlerin yeterli olup olmadığının takdir hakkı idareye aittir.

Yüklenici, işin sözleşme süresi içinde bitirilmesi için, gerekli miktarda malzemeyi ve yeterli sayıda işçiyi her an iş başında bulunduracaktır. Aksi halde, bu hususta kendisini uyararak üzere yapılacak tebligat tarihinden başlamak üzere on gün içinde bunları istenen sayıya ve miktara tamamlamak zorundadır.

Yüklenici işlerin yürütülmesinde çalıştırılmak üzere eğitim görmüş, diplomalı elemanları her zaman diğerlerine tercih edecektir.

Yüklenici, çalıştırdığı işçilerle kullandığı makine, araç ve malzemenin idarece her an kontrol edilebilmesi için, bunların miktarlarını (çalıştırıldıkları yerler ve işler ayrı ayrı belirtilmek üzere) ayrıntılı şekilde gösteren cetvelleri istenmesi halinde yapı denetim görevlisine vermek zorundadır⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ ARAL/AYRANCI, s. 330.

⁵¹⁰ ARAL/AYRANCI, s. 332; EREN, Borçlar Özel, s. 616.

⁵¹¹ EREN, Borçlar Özel, s. 617.

⁵¹² TANDOĞAN, II, s. 104; EREN, Borçlar Özel, s. 616; SELİMOĞLU, s. 96.

⁵¹³ TANDOĞAN, II, s. 104;

anlaşma yoksa, eserin meydana getirilmesinde kullanılacak malzemelerin, kural olarak iş sahibi tarafından sağlanması gerektiği sonucuna varılabilecektir⁵¹⁴; şüphe halinde ise yüklenicinin malzeme temin borcunun bulunmadığını kabul etmek gerekecektir⁵¹⁵.

Bu görüşe katılmayan bazı yazarlar⁵¹⁶, “TBK m. 472/1'in, “malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur” şeklindeki ifadesinin, bu malzemenin iş sahibi tarafından verilmesine ilişkin ikinci fıkradan önce yer almasının, kural olarak malzemeyi yüklenicinin getireceği yorumuna daha elverişli olduğunu savunmaktadırlar⁵¹⁷.

Taraflar, sözleşme ile yüklenicinin malzemeyi sağlama borcunu üstlenmesini kararlaştırlarsa, yüklenici, iyi cinsten malzeme sağlama borcunu da üstlenmiş olur, ki bu da sözleşmede vaad edilen, veya kararlaştırılan malzeme olabileceği gibi, aynı zamanda dürüstlük kuralına göre beklenen nitelikleri taşıyan malzemedir⁵¹⁸. İyi cins malzeme, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, en azından orta kalitede olmak mecburiyetindedir⁵¹⁹.

TBK m. 472/1, “Malzeme, yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.” diyerek zapttan doğan yükümlülüğe atıfta bulunmuş, iyi cins malzemenin temini veya kullanılan malzemenin gerekli niteliği taşımamasından dolayı yüklenicinin sorumluluğunun, eser sözleşmesindeki ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine göre

⁵¹⁴ EREN, İnşaat, s. 69.

⁵¹⁵ ARAL/AYRANCI, s. 331; EREN, Borçlar Özel, s. 617.

⁵¹⁶ TANDOĞAN, II, s. 105.

⁵¹⁷ TBK m. 472/1, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metni CO art. 365/1'e uygun ise de, Almanca metnindeki OR art. 365/1 ifadesi farklıdır; zira, “Yüklenici malzemeyi sağlamayı üstlendiği takdirde onun iyi vasıfta olmasından dolayı iş sahibine karşı sorumlu ve bir satıcı gibi mükelliftir.” şeklinde ifade etmiş olup, İtalyanca metni de Almanca metinle örtüşmektedir. Türk kanun koyucunun da Fransızca metnin tercümesi ile TBK'daki hükmü tesis ettiği düşünülürse, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeden farklı bir sistemi kabul ettiği düşünülemez (ARAL/AYRANCI, s. 332).

⁵¹⁸ ARAL/AYRANCI, s. 332; EREN, Borçlar Özel, s. 617; SELİMOĞLU, s. 96.

⁵¹⁹ ARAL/AYRANCI, s. 332; EREN, Borçlar Özel, s. 617; SELİMOĞLU, s. 96-97.

belirleneceği anlaşılır⁵²⁰.

Malzemenin, iş sahibi tarafından sağlanması halinde, yukarıda da değindiğimiz gibi yüklenicinin iki adet sorumluluğu gündeme gelecektir: malzemeleri özenle kullanma, hesap verme ve artan kısımları iade borcu ile ihbar yükümü.

B) Eseri Teslim Borcu

Eserin teslim edileceği zaman, genellikle taraflarca sözleşmede kararlaştırılır; ancak tarafların kararlaştırmamış olması halinde adil bir kimsenin saptayacağı zaman, teslim zamanı olarak kabul edilir.

D. 19.2.58.1'e⁵²¹ göre iş tamamen veya kısmen de teslim edilebilir. Eğer toptan yapılması ve teslimi yönünde taraflar anlaşmışlarsa, yüklenicinin, yaptığı işi bir defada teslimi ve iş sahibi tarafından da kabulü gerekecektir. Kısım kısım teslim edilmesi halinde, yapılan her bölüm iş sahibine arz edilecek ve iş sahibi tarafından kabul edildiğinde yüklenicinin sorumluluğu sona erecektir⁵²². Kabul açısından bir onay gerekiyorsa, bunun, *locator* tarafından makul bir zamanda yapılması gerekecektir⁵²³.

Türk hukukundaki durumu incelediğimizde, TBK m. 470 vd.nda, yüklenicinin teslim borcunu açıkça düzenleyen bir hüküm mevcut olmamakla beraber, teslim ile ilgili maddeler mevcuttur⁵²⁴. Yukarıda da değindiğimiz üzere, eser sözleşmesi, olağan eser sözleşmesi ve eser teslim sözleşmesi olarak ikiye ayrılır. Eser teslim sözleşmesinde, yüklenici, meydana getirdiği eseri, iş sahibine teslim etmek zorundadır; bu sebepten, yüklenici, eseri meydana getirmekle borcunu ifa etmiş olmayacaktır, ayrıca eseri iş sahibine teslim etmelidir⁵²⁵. TBK m. 470'in metninde, teslim borcu zikredilmiş olmamasına karşın, işin mahiyetinden ve Kanundaki bazı maddelerden bu sonuca

⁵²⁰ ARAL/AYRANCI, s. 332; EREN, Borçlar Özel, s. 618; SELİMOĞLU, s. 97.

⁵²¹ Bkz. Birinci Bölüm, "4- Sonucun Üstlenilmesi ve Eserin Teslimi" alt başlığı.

⁵²² KARADENİZ, s. 174.

⁵²³ BUCKLAND, Textbook, s. 505.

⁵²⁴ TANDOĞAN, s. 124; EREN, Borçlar Özel, s. 621.

⁵²⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 621; SELİMOĞLU, s. 109.

varılabilmektedir⁵²⁶. TBK m. 474/1, 479/1,2; 483/1 maddeleri bu hususa ilişkindir; dolayısıyla, Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, bazı maddelerde zikredildiğini görüyoruz⁵²⁷. Teslim, kural olarak sözleşmede belirtilen ifa zamanında gerçekleşmelidir⁵²⁸.

Teslim borcu, taşınırlarda eserin ifa amacıyla iş sahibinin fiilen hakimiyet alanına madden geçirilmesini ve onun doğrudan doğruya zilyet kılınmasını ifade etmektedir⁵²⁹. Eserin teslimi hususunda gönderilecek, götürülecek veya aranacak borçlardan hangisinin olacağı konusu önemli noktalardan bir diğeridir. Bu konuda öncelikle, her zaman olduğu gibi tarafların iradesine bakılmalıdır. Taraflar, açık veya örtülü olarak teslim borcunun ifa edileceği yeri kararlaştırmış olabilirler (TBK m. 89). Eğer taraflar bu şekilde bir belirleme yapmamışlarsa, aranılacak borç sayılacaktır (TBK m. 89/b. 2 ve 3)⁵³⁰. Buna karşın, örneğin, iş sahibine ait arsa üzerinde gerçekleştirilen yapı işlerinde eserin madden teslimi, yüklenicinin eserin tamamlandığını iş sahibine bildirmesiyle gerçekleşecektir; bu bildirme açık veya zımni irade beyanıyla yapılabilir⁵³¹. Maddi olmayan iş görme borçlarında ise, eserin üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin verilmesiyle teslim borcu gerçekleşmiş olur⁵³². Eser sözleşmesinin konusunu oluşturan şey bir taşınmaz ise, veya bir taşınmazın bütünleyici parçaları veya eklentileriye, bu borcun ifa yeri, taşınmazın bulunduğu yer olarak karşımıza çıkacaktır⁵³³.

Eser sözleşmelerinde, eserin teslim anı, pratik açıdan şu sonuçlara sebep olur: yarar ve hasar iş sahibine geçer (TBK m. 483); ayıba karşı tekeffülde inceleme ve bildirim süreleri işlemeye başlar (TBK m. 474/1); ayıba karşı tekeffülden doğan davaların tabi olduğu zamanaşımı süreleri işlemeye başlar (TBK m. 478); yüklenicinin ücret alacağı muaccel olur (TBK m. 479).

⁵²⁶ ARAL/AYRANCI, s. 313-314; EREN, Borçlar Özel, s. 621; SELİMOĞLU, s. 109.

⁵²⁷ ARAL/AYRANCI, s. 346; EREN, Borçlar Özel, s. 621; SELİMOĞLU, s. 118.

⁵²⁸ SELİMOĞLU, s. 109.

⁵²⁹ ARAL/AYRANCI, s. 347; EREN, Borçlar Özel, s. 621-622; SELİMOĞLU, s. 118-119.

⁵³⁰ ARAL/AYRANCI, s. 347; EREN, Borçlar Özel, s. 622.

⁵³¹ ARAL/AYRANCI, s. 347.

⁵³² TANDOĞAN, II, s. 125.

⁵³³ YAKUPPUR, S.; Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, 2009, s. 63.

Teslim borcunun ifa edileceği zaman, genellikle taraflarca sözleşmede belirlenir. Bu şekilde, teslim tarihinin, yanlış anlamaya meydan vermeyecek tarzda tespit edilmesi halinde, TBK m. 117/2 kapsamında borcun ifa edileceği günün “birlikte belirlenmiş” olması söz konusu olur⁵³⁴. Eğer teslim tarihi, taraflarca belirlenmemişse, sözleşmedeki bu boşluğun işin niteliği icabı (TBK m. 90) ve tarafların varsayılan iradesine göre doldurulması gerekecektir. Bunu yaparken, deneyimli bir uzmanın zamanında başladığı işi mutad araç ve gereçleri ve iş gücünü kullanarak harcayacağı zaman göz önünde tutulmalıdır⁵³⁵.

Yüklenicinin teslim borcunun karşılığında, iş sahibinin eseri fiilen teslim alma borcu mevcuttur. Teslim alma borcu, eseri kabul etmekle karıştırılmamalıdır; zira eseri kabul etme niteliği itibariyle bir irade beyanıdır⁵³⁶. Teslim etme ve teslim alma, eserin tamamlanmış olmasını gerektirir⁵³⁷; henüz tamamlanmamış veya bir kısmı tamamlanmış olan bir şeyi, yüklenici eser olarak teslim edemez; böyle bir şeyin verilmesi halinde iş sahibi de eseri teslim almaktan kaçınabilecektir. Öğretide, bazı yazarlar tarafından, büyük kısmı bitirilmiş, geriye çok az bir kısmı kalmış olan eserin de, tamamlanmış eser olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵³⁸. Eserin teslim edildiğinin ispat yükü de yüklenicide olacaktır. Yargıtay'ın da bu görüşte karar vermektedir: “...Eser sözleşmesine dayanan ilişkilerde eserin teslim edildiğini kanıtlama yükümlülüğü yükleniciye aittir. Davacı iş sahibi şirket verdiği bonolarla iş bedelini peşin olarak ödediği halde, davalı yüklenici şirket saclarının teslim edildiği konusunda bir belgeyi dosyaya koymamıştır. Verilen bonolarda malen kaydının bulunması bonoların mal karşılığı verildiğini gösterir. Eser sözleşmesine konu teşkil eden sacların teslim edildiğinin davalı yüklenici tarafından ispat olunması gerekir...”⁵³⁹.

İş sahibinin, teslimi almaktan haksız olarak kaçınması halinde, alacaklının temerrüdü hükümleri gereğince, temerrüde düşeceği söylenebilir⁵⁴⁰. Bu ihtimalde, bir yere

⁵³⁴ TANDOĞAN, II, s. 128.

⁵³⁵ TANDOĞAN, II, s. 129; EREN, Borçlar Özel, s. 622.

⁵³⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 621; SELİMOĞLU, s. 118.

⁵³⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, BH Özel Hükümler, s. 990; EREN, Borçlar Özel, s. 621; SELİMOĞLU, s. 118.

⁵³⁸ EREN, Borçlar Özel, s. 621.

⁵³⁹ 15. HD, 31.01.2013, 6437/536; SELİMOĞLU, s. 119.

⁵⁴⁰ EREN, Borçlar Özel, s. 622; SELİMOĞLU, s. 119-120.

bırakılması mümkün olan eserler, yüklenici tarafından ilgili yere tevdi edilebilecektir⁵⁴¹.

Günümüzde yükleniciye atfedilen bir diğer borç da mülkiyeti geçirme borcudur. Meydana getirilen eserin taşınır veya taşınmaz olması halinde teslim, zilyetliğin geçirilmesinden sonra yüklenicinin mülkiyeti iş sahibine devretmesiyle gerçekleşir. Böylelikle eser sözleşmesi, mülkiyetin geçirilmesinin hukuki sebebini oluşturur⁵⁴². Eser sözleşmesi sonucu ortaya çıkarılan eserin taşınır veya taşınmaz oluşuna göre Medeni Kanun'da bu konuyla ilgili hükümlere uygun olarak mülkiyetin iş sahibine geçirilmesi sağlanır. Bilindiği üzere, taşınır niteliğindeki eserlerde aynı sözleşme ve zilyetliği devir fiili, taşınmazlarda ise tescil talebi ile tescil fiilinin birlikte gerçekleşmesi gerekecektir⁵⁴³. Şekil kuralları yönünden de aynı hakların devrine ilişkin hükümler uygulanır. Sözleşmenin, yeni bir eser meydana getirmek için değil de, mevcut olan bir eseri değiştirmek, düzeltmek veya tamir etmek suretiyle akdedilmesi halinde, yüklenici, bu işleri tamamladıktan sonra eseri iş sahibine geri vermelidir⁵⁴⁴.

Yüklenicinin bir diğer önemli borcu da ayıptan sorumluluğu noktasında gündeme gelir. Yüklenici, ayıpsız bir eser meydana getirmek ve bunu iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür⁵⁴⁵. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu, TBK m. 474-478 arasındaki hükümlerde düzenlenmiştir. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, öncelikle eser ayıplı olmalıdır, bu ayıp iş sahibine yüklenilebilen bir ayıp olmamalıdır; yani bunu açmak gerekirse, ayıp, iş sahibinin bir talimatından veya ona yüklenebilecek bir sebepten kaynaklanmamalıdır, yüklenici aydınlatma ve uyarma borcunu yerine getirmemiş olmalı, eserdeki ayıp ile iş sahibinin talimatı veya kişisel kusuru arasında uygun illiyet bağı mevcut olmalıdır⁵⁴⁶. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun bir diğer şartı da, iş sahibinin eseri kabul etmemiş olmasıdır. Zira TBK m. 471/1'e göre, "Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici, her türlü sorumluluktan kurtulur" ifadesi ile yüklenici

⁵⁴¹ EREN, Borçlar Özel, s. 622.

⁵⁴² EREN, Borçlar Özel, s. 623.

⁵⁴³ EREN, Borçlar Özel, s. 623; SELİMOĞLU, s. 118-120.

⁵⁴⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 623; SELİMOĞLU, s. 121.

⁵⁴⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 633; SELİMOĞLU, s. 121.

⁵⁴⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 634-638.

sorumluluktan kurtarılmaktadır. Bu saydıklarımız, yüklenicinin ayıptan sorumlu olmasının maddi koşullarıydı; şekli koşulları incelediğimizde, bunlar, iş sahibinin, eseri gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerini yerine getirmiş olmasıdır⁵⁴⁷.

Yükleniciye yüklenebilen ayıbın varlığı halinde, iş sahibine bazı haklar tanınmıştır. Buna göre iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı, bedelden indirim isteme hakkı, eserin onarılmasını isteme hakkı, tazminat isteme hakları mevcut olacaktır⁵⁴⁸.

C) Özen ve Sadakat Borcu

Roma hukukunda çeşitli metinlerde özen borcunun karşımıza çıktığını görmekteyiz. Daha önce değinmiş olduğumuz *Inst. 3.24.5*⁵⁴⁹, *D.19.2.24 pr'de*⁵⁵⁰ yüklenicinin borcunu hakkaniyete uyararak veya dürüst bir kimse gibi borcunu ifa etmesi gerektiğinden bahsetmektedir.

Türk hukukuna baktığımızda, yüklenicinin sadakat ve özen borcunun EBK'da açıkça düzenlenmediğini görüyoruz. Bu borcun kaynağı, eser sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi niteliği taşımasındandır⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ EREN, Borçlar Özel, s. 640-646; SELİMOĞLU, s. 122.

⁵⁴⁸ Bu konuların incelenmesi tezin kapsamını aştığından, değinilmekle yetinilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Borçlar Özel, s. 646-654; SELİMOĞLU, s. 129 vd..

⁵⁴⁹ *Inst. 3.24.5: Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare.....*

“*Conductor*, daima bir akdin hükmüne uymak zorundadır. Eğer anlaşmada bir husus açıkça belirtilmemişse, bunu hakkaniyete uyararak eda eder...”.

⁵⁵⁰ *D. 19.2.24 pr: Paulus libro XXXIV ad Edictum. Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus approbetur, ac si viri boniarbitrium comprehensum fuisset. Idemque servatur, si alteius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit; nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale virobono convenit, idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandam tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. Quibus consequens est, ut irrita sit approbatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.*

“Eser sözleşmesinde yer alan bir hükümle iş sahibinin, işi kabul etmesi kendi takdirine bırakılmışsa, bu değerlendirme, dürüst bir kimsenin (*bono viri*) bu konudaki takdiri esas alınır. Aynı şekilde, eserin kabulünün üçüncü kişinin takdirine bırakılması halinde de bu kriter uygulanacaktır. Gerçekten, iyi niyet, dürüst bir kimse gibi davranmayı gerekli kılar. Sözleşme hükmünde tespit edilen bu değerlendirme, eserin niteliğine ilişkindir; yoksa sürenin uzatılmasına ilişkin değildir, meğer ki sözleşmede tespit edilmiş olsun. Ancak yüklenicinin hilesi sonucunda eser kabul edilmişse, sözleşme geçersiz olacak ve ona karşı *locatio conductio*'dan doğan dava gündeme gelecektir”.

⁵⁵¹ TANDOĞAN, s. 49; EREN, Borçlar Özel, s. 624; SELİMOĞLU, s. 86.

Yeni borçlar kanunu ile getirilen değişiklikle, TBK m. 471/1, yükleniciye, üstlendiği edimleri, iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yerine getirme yükümlülüğü yüklemiştir. Yüklenici, ilke olarak mesleki açıdan uzman olan bir kimse olması sebebiyle, iş sahibi ile yakın ilişkisi içerisinde olsa dahi, onun yardımcısı değildir. Yüklenici, iş sahibine bağımlı olmadığından, yüklenicinin özen borcu kanunda, işçinin özen borcuna kıyasla daha ağır ve sert kurallara tabi tutulmuştur⁵⁵². Özellikle eser sözleşmesinin niteliği, ihtiyaçlar ve günümüz teknolojisindeki hızlı gelişmeler de, bunu haklı kılmaktadır⁵⁵³. Kanun koyucu da bu durumu göz önünde tutarak TBK m. 471/2'de, “*Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı...*” esas almıştır. Kanun koyucunun bu maddeyle aşağıda da açıklanacağı üzere yüklenicinin özen yükümlülüğünün objektifleştirildiğini görüyoruz⁵⁵⁴. Özen borcu, yüklenici ile iş sahibi arasındaki güven ilişkisinin doğal sonucudur; bu sebeple, yüklenici sözleşmeden doğan borçlarını özenle yerine getirmek; iş sahibinin menfaatini korumak zorundadır. Yüklenici, eseri meydana getirirken, iş dünyasındaki anlayışa, mesleki ve teknik kurallara göre, benzer bir eserin ifasını üstlenen basiretli bir yükleniciden beklenen tüm özeni göstermek zorundadır⁵⁵⁵. İşte yüklenicinin bu yükümlülüğü, doktrinde “objektif özen yükümlülüğü” olarak adlandırılır⁵⁵⁶. Yüklenicinin göstermesi gereken özenin derecesi, sözleşmenin, bilhassa yapımı borçlanılan edimin ifası sırasında bilinen teknik ve mesleki kurallara göre belirlenecektir⁵⁵⁷. Yüklenicinin günümüz hukukuna göre başlıca özen yükümlülüklerini sıralamak gerekirse, bunlar, yüklenicinin iş sahibini aydınlatma, ona bilgi verme yükümlülüğü, yüklenicinin, iş sahibinin şahıs ve malvarlığı değerlerini koruma yükümlülüğü ve yüklenicinin diğer özen yükümlülükleri şeklinde özetlenebilir⁵⁵⁸.

⁵⁵² EREN, Borçlar Özel, s. 624; SELİMOĞLU, s. 87.

⁵⁵³ EREN, Borçlar Özel, s. 624.

⁵⁵⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 624.

⁵⁵⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN; BH Özel Hükümler, s. 972 vd.; EREN, Borçlar Özel, s. 624-625; SELİMOĞLU, s. 87.

⁵⁵⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 624.

⁵⁵⁷ EREN, Borçlar Özel, s. 624; SELİMOĞLU, s. 87-88.

⁵⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Borçlar Özel, s.626-628.

Yüklenici, bu şekilde yerine getirmesi gereken özen borcuna aykırı hareket ederse, bazı yaptırımlara tabi tutulacak, iş sahibinin bazı hakları gündeme gelecektir. Yüklenicinin, bu şekilde özen borcuna aykırı davranması, özellikle sözleşmenin kurulmasından sonra işe geç başlaması veya işi geciktirmesi halinde iş sahibi, sözleşmeden dönebileceği gibi, eserin, yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı meydana getirileceğinin anlaşılması halinde, onarım veya işe devamı üçüncü bir kişiye de verilebilir. Bu haklar TBK m. 473'de düzenlenmiş olmakla beraber⁵⁵⁹, konumuzun kapsamını aştığından biz bu hususlara sadece kısaca değinmekle yetineceğiz. Yüklenici, işe geç başlar veya sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirir ya da gecikme yüzünden işin kararlaştırılan zamanda bitirilemeyeceğinin anlaşılması nedeniyle temerrüde düşerse iş sahibinin, sözleşmeden dönme hakkı söz konusu olacaktır⁵⁶⁰. Bundan başka, meydana getirilme sırasında yüklenicinin kusuru nedeniyle eseri, ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir şekilde meydana getirileceğinin açıkça görülmesi halinde, iş sahibinin, ayıbın ve aykırılığın giderilmesini isteme, aksi halde işin devamını üçüncü kişiye verme hakkı söz konusu olur⁵⁶¹.

TBK m. 471/1 ve 2'ye göre, “Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözетerek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır” demektedir. EBK m. 356/1'de, yüklenicinin, genel olarak hizmet ilişkisinde işçinin göstereceği özenin aynısını göstermekten sorumlu olacağı ifadesi mevcuttu. Böylelikle, hizmet sözleşmesinde işçinin özen yükümünü düzenleyen EBK m. 321'e yollama yapılmaktaydı⁵⁶². Buna eleştiri yöneltilerek, kanun koyucunun bu şekilde yollamada bulunması yerinde bulunmayarak; iş sahibi ile ilişki veya taahhüt edilen edimler açısından bu iki sözleşme ilişkisi arasında önemli farklılıkların mevcut olduğu belirtilmekteydi⁵⁶³; zira yüklenici, mesleki açıdan belirli bir uzmanlığa sahip olup, işçi gibi iş sahibinin emir ve talimatlarıyla bağlı değildi.

⁵⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Borçlar Özel, s. 629- 631; SELİMOĞLU, s. 88 vd.

⁵⁶⁰ ALTAŞ, H.; İstisna Sözleşmesinde İşsahibinin İfadadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 97 vd.; EREN, Borçlar Özel, s. 629 vd.; SELİMOĞLU, s. 102.

⁵⁶¹ EREN, Borçlar Özel, s. 629.

⁵⁶² ARAL/AYRANCI, s. 334.

⁵⁶³ ARAL/AYRANCI, s. 334.

Getirilen bu önemli değişikle, TBK m. 471/1 ve 2'de, yüklenicinin özen borcunun belirlenmesinde, objektif bir ölçünün esas alınması benimsenmiştir⁵⁶⁴. Bu da, benzer işi taahhüt eden bir yükleniciden beklenen her türlü özen derecesini ifade eder⁵⁶⁵. Bunun yanında yüklenici, yüklendiği eser meydana getirme borcunu yerine getirirken, işin görüldüğü zamanda bilinen teknik kurallara uymak mecburiyetindedir; ki bu kurallar, bilimde teknik olarak doğruluğu kabul edilmiş olan ve ilgili uzmanların çoğunluğu tarafından pratikte uygulanabilir sayılan kurallardır; bu niteliği taşıyan teknik kuralların bilindiği varsayılır⁵⁶⁶. Ancak bu kuralların mutlaka bilimsel olması gerekmez; bunlar pratik tecrübelerden doğmuş ve ilgili uzman çevrelerinde doğruluğu kabul edilmiş ve başarıyla uygulanmış kurallar şeklinde de olabilir⁵⁶⁷. Bu kuralların hiç kimse tarafından çürütülmeyecek nitelikte veya yazılı olarak tespit edilmiş olması gerekli deęildir⁵⁶⁸.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin sadakat borcu, EBK'da açıkça düzenlenmemiştir. MK m.2'de öngörülen dürüstlük kuralından bu borç çıkarılıp uygulanmaktaydı⁵⁶⁹. Hakim görüş, özen borcunun, yüklenicinin yazılı olmayan sadakat borcunun ifadesi olduğu yönündedir; böylelikle yüklenici, iş sahibinin kendisine tevdi ettiği veya işin görülmesi esnasında öğrendiği imalat ve iş sırlarını başkalarına açıklamaktan kaçınmak ve bunları korumak zorundaydı⁵⁷⁰. Oysa TBK m. 471'de açıkça, yüklenicinin sadakat ve özenle borcunu ifa etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde, TBK m. 112 ve TBK m. 472/1 hükümlerine göre yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olur⁵⁷¹. Yüklenicinin, yardımcılarının veya eseri meydana getirme borcunu bıraktığı alt yüklenicinin zarar verici davranışlarından dolayı ise TBK m. 116 uyarınca yardımcı şahsın fiilinden sorumluluğu gündeme gelecektir⁵⁷². Eser, iş sahibine teslim edildikten sonra, eserde

⁵⁶⁴ ARAL/AYRANCI, s. 334; EREN, Borçlar Özel, s. 624.

⁵⁶⁵ ARAL/AYRANCI, s. 334; EREN, Borçlar Özel, s. 624-625; SELİMOĞLU, s. 86-87.

⁵⁶⁶ ARAL/AYRANCI, s. 335; EREN, Borçlar Özel, s. 625; SELİMOĞLU, s. 86-87.

⁵⁶⁷ TANDOĞAN, II, s. 56; EREN, Borçlar Özel, s. 625; SELİMOĞLU, s. 86-87.

⁵⁶⁸ TANDOĞAN, II, s. 56; EREN, Borçlar Özel, s. 625.

⁵⁶⁹ TANDOĞAN, II, s. 49; SELİMOĞLU, s. 88.

⁵⁷⁰ TANDOĞAN, II, s. 50.

⁵⁷¹ ARAL/AYRANCI, s. 336-337; SELİMOĞLU, s. 88.

⁵⁷² ARAL/AYRANCI, s. 337; SELİMOĞLU, s. 91.

mevcut ayıplardan dolayı ayıptan sorumluluk hükümleri uyarınca sorumlu olur. Bu sonucun ortaya çıkması için, ayıbın özen yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanmasının bir önemi yoktur⁵⁷³. Özen yükümünün ihlalden doğan sorumluluk, özel nitelikteki ayıptan sorumluluğu kapsamındadır⁵⁷⁴.

TBK m. 473/2'nin uygulanabilmesi için, bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. İlkini eserin meydana getirilmesi için ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağına açıkça anlaşılması, ayıplı veya sözleşmeye aykırı imal yüklenicinin kusuruna dayanmalı ve son olarak da iş sahibi, yükleniciye, işi düzeltmesi için bir süre tayin etmeli veya ettirmeli ve bu süre içerisinde düzeltme yapılmazsa, işin başkasına yaptırılacağı ihtarında bulunmasıdır⁵⁷⁵.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde, dolayısıyla yüklenicinin ayıpsız eser teslim edemeyeceğinin kesin olarak anlaşılması ve yükleniciye verilen sürenin sonuçsuz kalması halinde, iş sahibi, hasar ve masrafı yükleniciye ait olmak üzere, onarımı veya işin devamını tamamen başkasına tevdi edebilir (TBK m. 473/2); bunun için, TBK m. 113'teki hükümden farklı olarak, iş sahibinin hakimden izin almasına gerek olmayacaktır⁵⁷⁶. Bu anlam, TBK m. 473/2'nin acele tedbir alınmasını sağlama amacından çıkarılmaktadır⁵⁷⁷.

TBK m. 473/2 anlamında işin başkasına yaptırılması veya ayıbın başkası tarafından giderilmesi olgusu, iş sahibinin varması gereken bir irade beyanıyla gerçekleşir. Bu beyan, söz konusu hükmün öngördüğü uygun sürenin belirlenmesi anında veya sürenin bitiminde yapılabilir. Böylelikle yüklenicinin eser meydana getirme edimi, ikame ifanın masraflarını ve gerektiğinde ücret ödeme borcuna dönüşür, iş sahibinin eser sözleşmesinden doğan ücret ödeme borcu varlığını korur⁵⁷⁸. Eserde ayıbın söz konusu olduğu bir olayda, eserdeki ayıbın, iş sahini için kabulü beklenemez derecede olup olmadığı, hakkaniyet esaslarına göre, çatışan çıkarların tartılması suretiyle

⁵⁷³ ARAL/AYRANCI, s. 337; EREN, Borçlar Özel, s. 633-634.

⁵⁷⁴ ARAL/AYRANCI, s. 337; EREN, Borçlar Özel, s. 633-634.

⁵⁷⁵ ARAL/AYRANCI, s. 338-339; EREN, Borçlar Özel, s. 634-639.

⁵⁷⁶ TANDOĞAN, II, s. 65.

⁵⁷⁷ TANDOĞAN, II, s. 65.

⁵⁷⁸ ARAL/AYRANCI, s. 340.

belirlenecektir⁵⁷⁹. Bu konuda, ücretten indirme ve onarımın iş sahibinin işine yarayıp yaramayacağı veya dönmenin yükleniciye vereceği kayıpla iş sahibine sağlayacağı yarar arasında aşırı dengesizliğin bulunup bulunmadığı, yahut ayıbın giderilmesi için gerekli zarar ve masraflar göz önünde tutulmalıdır⁵⁸⁰.

TBK m. 473/2'de belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, iş sahibine, özellikle sözleşmeden dönme ve fesih gibi hakların tanınması hususunda, açık hüküm bulunmamakla beraber, bu husus doktrinde tartışmalıdır⁵⁸¹.

Bir kısım yazarlar⁵⁸², TBK m. 125 ile iş sahibine öngörülen seçimlik hakların, TBK m. 473/1 ile 473/2'nin farklı hususları düzenlediğini, ve bu itibarla, iş sahibinin, ikame ifa veya işin başkasına yaptırılması yoluna başvurabilecek durumdaysa, sözleşmeden dönemeyeceği; buna karşın, yüklenicinin eser meydana getirme edimini şahsen ifa etmekle yükümlü bulunduğu ve bu nedenle onun yerine başkasının ikame edilemeyeceği veya somut olayın özellikleri nedeniyle yüklenicinin değiştirilmesinin beklenebileceği hallerde, iş sahibinin, TBK m. 473/1'in kıyasen uygulanması suretiyle, sözleşmeden dönebileceğini savunmaktadır⁵⁸³.

Buna karşın, doktrindeki hakim görüş, TBK m. 473/2'nin uygulanma şartlarının gerçekleşmesi halinde, iş sahibinin, TBK m. 125'de öngörülen seçim haklarına sahip olacağını kabul etmektedirler. Bu görüşün savunucuları, aralarında bir takım gerekçelendirme farkları mevcut olmakla beraber, esasen, işin görülmesi sırasında ortaya çıkan ayıpların (TBK m. 358/2), yüklenicinin ifada gecikmesinden daha ağır şartlara tabi tutulması için haklı bir sebep bulunmadığını ifade etmektedirler⁵⁸⁴. Zira, borçlunun temerrüdünde feshe ilişkin TBK m. 123-125 kıyas yoluyla diğer

⁵⁷⁹ ARAL/AYRANCI, s. 360, SELİMOĞLU, s. 121 vd

⁵⁸⁰ ARAL/AYRANCI, s. 360; “Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 16/6, 26/1-4 ve m. 16/6'da yer alan hükümlere göre iş sahibi, işin yapımı esnasında gördüğü ayıpları yükleniciye tamir ettirebileceği veya gerektiğinde işi, üçüncü kişiye yaptırabileceği bazı durumlar düzenlenmiştir. Yine YIGŞ m. 42/6'da da buna benzer bir hüküm yer almaktadır; buna ek olarak hükimde, aynı zamanda, meydana gelen ayıbın giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmede cezai şartın uygulanabileceği belirtilmiştir” s. 340.

⁵⁸¹ ARAL/AYRANCI, s. 342.

⁵⁸² GAUCH, ZINDEL/PULVER, (ARAL/AYRANCI'dan naklen), s. 342.

⁵⁸³ ARAL/AYRANCI, s. 342.

⁵⁸⁴ ARAL/AYRANCI, s. 342.

sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanabilmelidir. Başka bir deyimle, yüklenici, verilen süre içinde gereken düzeltmeyi yapmaz veya imalatı sözleşmeye uygun biçimde yapmaya girişmezse, iş sahibi işi başkasına yaptırmak yerine fesih yolunu tercih edebilmelidir⁵⁸⁵. Diğer taraftan, iş sahibi aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini de talep edebilir. İş sahibinin irade beyanı neyin seçildiği konusunda belirleyici olacaktır⁵⁸⁶. Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarında da, TBK m. 473/2 çerçevesinde ayıbın giderilmesi veya işin tamamlanmasının üçüncü kişiye bırakılması dışında yükleniciye sözleşmeden dönme hakkı (TBK m. 125) tanınmaktadır⁵⁸⁷. Yargıtay, bir kararında eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcuna şu şekilde değinmiştir: “...Niteliği itibariyle özen borcu, çok kez önceden belirlenemez, olayımızda olduğu gibi ortaya çıktıkça, ihlal edildikçe somutluk kazanır. Bu borç dürüstlük kuralından kaynaklanır...Öğreti ve uygulamada da yüklenicinin özen borcunun -işin ehli ve tacir olmakla- işçinin işverene karşı olan özen borcundan daha ağır takdirinin uygun olacağı görüşü egemendir⁵⁸⁸”.

Eser sözleşmesinde, ayıplı bir eser meydana getirilmişse, bundan iş sahibi lehine doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süreleri TBK m. 478'de düzenlenmiştir. Buna göre yüklenici, ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak olan davalar, teslim tarihinden itibaren, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar; taşınmazlarda ise bu süre beş yıl, yüklenicinin ağır kusuru bulunması halinde, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın TBK m. 478 icabı, yirmi

⁵⁸⁵ TANDOĞAN, II, s. 63. İsviçre Federal Mahkemesi, bu konuyu ayrıntılı olarak ele aldığı 28 Mart 2000 tarihli kararında, çoğunluk görüşüne uygun olarak karar vermiştir. Federal Mahkeme'nin de belirttiği gibi, gerek zamanında ifa, gerek ayıpsız veya sözleşmeye uygun ifa, eser meydana getirme borcunun içinde değerlendirilmelidir (ARAL/AYRANCI, s. 343).

⁵⁸⁶ ARAL/AYRANCI, s. 343.

⁵⁸⁷ Yarg. 15. HD., 11.04.1990 T., E. 3936, K. 1735: “Bu durumda iş sahibinin, BK m. 358'e dayanarak inşaatın sağlamaştırılmasını istemeye hakkı vardır. Yapılan ayıp ihbarına ve verilen mehile rağmen, davalının takviye işlerini kesinlikle reddettiği görülmektedir. Bu durumda, davacının, BK m. 358'deki koşulları yerine getirmiş ve ihtar semeresiz kalmış olmakla, akdi feshetmeye haklı olduğunun kabulü gerekir. Tarafların vecibelerini yerine getirirken kendilerinden beklenmesi gereken tüm dikkat ve özeni göstermeleri gerekir. İşin başında taşıyıcı sistemleri çürük imal eden, projeyi tasdik ettirmeyen, proje dışı işler yapan, iskan izninin alınmasına engel olacak biçimde yüklenici ile arsa sahibi arasında güven duygusunun yok olacağı açıktır. Hele ayıplı işleri tamamlamayı reddeden bir kişiyle sözleşmeyi devama davacıyı zorlamak, hakkaniyet kurallarına ve hayatın olağan akışına ters düşer. O halde akdin feshine karar vermek gerekir.” (UYGUR, C. 7, s. 7817-7818).

15. HD. 30.05.1996 T., E. 1303, K. 3035: “O halde, davalının BK'nun sağladığı sonuçlardan yararlanmak üzere, aynı yasanın 358/2 maddesi uyarınca akdi feshedebileceğine ve oluşa göre davacıya verilecek bir mehilden sonuç alınamayacağı (BK m. 107) anlaşılmış bulunmasına göre davalının fesihinde haklı olduğunun kabulü gerekir.” (UYGUR, C. 7, s. 7819- 7820).

⁵⁸⁸ 15. HD. 29.01.1993, 92/143; YAVUZ, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, s. 2468.

yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır⁵⁸⁹.

III. Tarafların Sorumluluğu

“Sorumluluk” kavramı, geniş anlamıyla bir kimsenin, bir başkasına verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğünü ifade eder⁵⁹⁰. Fransızca “*Responsabilité*”, Almanca “*Haftung*”, “*Haftpflicht*”, “*Haftbarkeit*” veya “*Verantwortlichkeit*”, İtalyanca “*responsibila*” ve İngilizce “*liability*” şeklinde ifade edilmektedir⁵⁹¹. Roma hukukunda *aedilis curilis* adlı magistraların satış sözleşmelerinde alıcıyı korumak amacını taşıyan faaliyetleri sonucunda ortaya çıkmıştır⁵⁹². Roma hukukunun ilk dönemlerinde satıcı, maldaki ayıplardan sorumlu tutulmazdı⁵⁹³. *Aedilis curulis*'lerin bu alandaki ıslahatına kadar, Roma hukukunda satıcının sorumlu tutulmaması hususu devam etti⁵⁹⁴. *Aedilis curulis*'ler, köle ve hayvan satışlarına ilişkin olarak satıcının maldaki ayıplardan sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler getirdiler ve bu şekilde ayıptan sorumlu olma kavramı hukuki bir zemin kazanmış oldu⁵⁹⁵. Klasik dönemde sadece köle ve hayvan satışına ilişkin olarak getirilen bu imkan, sonradan tüm satış sözleşmelerine uygulanacak şekilde genişledi⁵⁹⁶ Roma'da sadece satış sözleşmesinde

⁵⁸⁹ ARAL/AYRANCI, s. 365; Bunun yanında, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'da özel sorumluluk hali düzenlenmiştir. Bu Kanun'un 3. maddesi şu şekildedir: “Yapı denetim kuruluşları, denetçi, mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı yüklenicisi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar. Bu sorumluluğun süresi; yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarda ise iki yıldır” (3/2)

“Yapıda, yapı kullanma izni alındıktan sonra, ilgili idareden izin alınmadan yapılacak esaslı tadilatın doğacak yapı hasarından, izinsiz tadilat yapan sorumludur. Yapı denetim kuruluşu, yazılı ihtarına rağmen yapı sahibi tarafından önlemleri alınmayan, parsel dışında meydana gelen ve yapıda hasar oluşturan yer kayması, çığ düşmesi, kaya düşmesi ve sel baskınından doğan hasarlardan sorumlu değildir” (3/3)

“Yapı denetim kuruluşlarının yöneticileri, ortakları, denetçi mimar ve mühendisleri ile proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı yüklenicisi; bu Kanunun uygulanmasından dolayı ortaya çıkan hasarından sorumludur” (3/4); (ARAL/AYRANCI, s. 365-366).

⁵⁹⁰ DESCHENAUX, H./ TERCIER, P., Sorumluluk Hukuku (Çev.: ÖZDEMİR, S.); Ankara, 1983, s. 1.

⁵⁹¹ DESCHENAUX/TERCIER, s. 1.

⁵⁹² RADO, T.; Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti, İÜHFM, C. 10, S. 3-4, İstanbul 1945, s. 619.

⁵⁹³ RADO, Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti, s. 609.

⁵⁹⁴ RADO, Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti, s. 611.

⁵⁹⁵ RADO, Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti, s. 612-614.

⁵⁹⁶ EMİROĞLU, H.; Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:2, S.:2, 2011, s. 99-119, s. 102.

alıcıya tanınan bu imkan, eser sözleşmesine çok yansımamış olduğundan bu konunun Roma hukukundaki ve günümüz hukukunda nasıl uygulandığının ayrıntılarına girilmeyecektir.

Eser sözleşmesinde tarafların sorumluluğu meselesi için Roma hukukundaki uygulama dönemlere göre farklılık göstermektedir.

Klasik döneme baktığımızda, teknik anlamda sorumluluk kıstasları henüz oluşmadığından, her borç ilişkisi için ayrı ayrı “*dolus*”, “*culpa*”, ve “*custodia*⁵⁹⁷”yı oluşturan hareketler saptanmıştı; *dolus* ve *culpa* kurumları, ancak klasik sonrası dönemde bugünkü anlamını kazanmıştır⁵⁹⁸. Roma hukukundaki sorumluluk ölçütleri, Klasik hukuk dönemi ile *Iustinianus* dönemi arasında genel bir yapı değişikliğine uğramıştır⁵⁹⁹.

Klasik dönemde, *conductor*'un kendisine teslim edilen malzemeden dolayı sorumluluğu, *custodia* sorumluluğudur. Kısaca tanımlamak gerekirse, *custodia*, borçlunun elinde bulunan, başkasına ait bir malın telef olmasına veya zarar görmesine engel olmak için, gösterilmesi gerekli, “en titiz kimseden” göstermesi beklenen, normalin üzerindeki özendir⁶⁰⁰. Doktrindeki baskın görüş, *custodia*'nın kusursuz sorumluluk olmadığı, sadece bir malı özenli ve güvenli koruma borcu yüklediği yönündedir⁶⁰¹. Özenli ve güvenli koruma konusunda eksiklik olmadığında, sorumluluk da olmayacaktır⁶⁰². Genel kanı, *custodia*'nın bir sorumluluk ölçütü değil, bir yükümlülük olduğu noktasındadır⁶⁰³. Bir diğer görüş de *custodia* ile yükümlü olan kimsenin, nezaret etmede başarılı olmayı garanti ettiğinden bir “garanti sorumluluğu” kapsamında olduğu yönündedir⁶⁰⁴.

⁵⁹⁷ UMUR, Lügat: “*Custodia: Borçlunun elinde bulunan başkasına ait bir malın telef olmasına veya zarar göstermesine mani olmak için, borçlunun sarf etmesi gerekli ve en titiz kimselerden istenen, normalin üstünde ihtimam. Bazı hallerde custodia, kusursuz mesuliyet halini gösterirdi. Mesela hancılara eşya tevdi halinde olduğu gibi*”, s. 53.

⁵⁹⁸ ZİLELİOĞLU, H.; Roma Hukukunda Gözetim (*Custodia*) Sorumluluğu, Ankara, 1985, s. 25.

⁵⁹⁹ ZİLELİOĞLU, H.; Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD, 1987, C. 39, S. 1, s. 241-264, s. 241.

⁶⁰⁰ UMUR; Lügat, s. 53.

⁶⁰¹ BUCKLAND, Textbook, s. 560 vd.

⁶⁰² SOMER'den naklen, dn. 295, P. KRÜCKMANN, Custodia, SZ 64, 1944, s. 24.

⁶⁰³ TAMER-GÜVEN, s. 28, 32vd.

⁶⁰⁴ SOMER'den naklen, M. KASER, Das Römische Rechtsgeschichte, c I-II, Leipzig, 1901, s. 507.

Conductor'un sorumluluğu, mücbir sebep (*vis maior*) dışında kalan beklenmedik hallerden (*casus fortuitus*) de sorumluluğu içermektedir.

Gai. 3.205: *Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit aequae furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia dimini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo si fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse.*

“Keza belirli bir ücret karşılığında, temizlemek ve gözden geçirilmek üzere bir temizleyiciye veya tamir edilmek üzere terziye elbise verilmiş ve hırsızlık neticesi zayi olmuş ise *actio furti* malike değil; bizzat temizleyiciye veya terziye tanınmıştır. Filhakika o şeyin zayi olup olmaması maliki alakadar etmez, zira o, eğer temizleyici veya terzi şeyi tazmin edebiliyorsa hakkını temizleyici ve terziden *actio locati* ile takip edebilir; fakat bunlar borcu ödemekten aciz iseler, *actio furti* bizzat kendisine aittir, çünkü bu takdirde şeyin zayi olmaması kendisini alakadar eder⁶⁰⁵”.

Bu metinde verilen malzemenin hırsızlık sonucu çalınması halinde yine de yüklenicinin sorumluluğu gündeme geliyordu ve malı çalan kimseye karşı da *actio furti* açma imkanı tanınmıştı. Aynı şekilde, D. 19.2.60.2'de, temizleyiciye verilen elbisenin çalınması durumunda, hırsızın değil, aralarındaki sözleşme uyarınca temizleyicinin takip edilmesi gerekirdi.

D. 19.2.60.2: *Labeo Posteriorum libro V. a lavoleno*

⁶⁰⁵ RADO, *Institutiones* s. 92-93.

epitomatorum. Vestimento tua fulloperdidit, et habes unde petas, nec repetere vis; agis nihilominus ex locato cum fullone. Sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere, et ab eo tuas res consequi, fullonis videlicet sum tibus; sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet.

“Temizleyici, kıyafetini kaybeder, senin bunları talep edebileceğin bir üçüncü kimse olmasına karşın, bunların iadesini istemiyorsun. Buna rağmen temizleyiciye karşı *locatio* ve *conductio*'ya dayanan davayı açabilirsin. Ancak (*Labeo*'ya göre) hakim, süreci hırsıza karşı devam ettirmen ve mülkünü kendisinden talep etmene, ve doğal olarak ücreti temizleyicinin ödemesine karar verebilir. Ancak bunun senin için mümkün olmadığı kanaatinde olursa, temizleyicinin sana ödeme yapacağına karar verebilir⁶⁰⁶”.

Gemiyle taşınması üzerine anlaşarak, yükleniciye, farklı kimseler tarafından, farklı çoğunlukta, örneğin mısır verilmiş ve bu mısırlar ayrı kısımlara konulmayıp bütün olarak gemiye yüklemişlerse, taşıyıcının mülkiyetine geçerler ve taşıyıcının sorumluluğu, miktar ile sınırlıdır. Buna benzer olarak, bankada muhafaza edilen ve zarfa konulup yahut mühürlenmiş olmayan bir miktar para açısından da aynı kural geçerli olacaktır. Yine, yükleniciye, vazo veya yüzük yapması için verilen altın veya gümüşte de; kuyumcu, sadece, kendisine verilen malzemenin miktarı ve ağırlığıyla sorumlu olacaktır, verilen malzemenin aynısını kullanmasına ilişkin bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Kuyumcunun, kendisine verilen miktardan az bir miktar kullanması halinde, eylemi, hırsızlık fiilini oluşturacak ve buna göre sorumluluğu gündeme gelecekti⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*A fuller lost your clothing; there is a third party from whom you may claim them, but you do not choose to reclaim them. Despite this you sue the fuller on the lease. But [Labeo thinks that] the judge would determine whether you can better proceed against the thief and obtain your property from him, at the fuller's expense, of course; but if he observes that this is impossible for you, then he will make the fuller pay you but will force you to provide him with your actions*”, s. 114.

⁶⁰⁷ ROBY, s. 176.

D. 4.9.5. pr.: *Gaius libro V. ad Edictum provinciale. Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.*

“Gemici, hancı ve ahırcılar aldıkları bedeli, malların güvenliğini sağlamak için değil; ancak gemici yolcuları taşımak, hancı misafirleri otelde konaklaması, ahırcı hayvanların kendisiyle kalmasına izin vermesi sebebiyle alırlar; ve yine de güvende tutmak için sorumlulukları söz konusu olur. Demirci ve terzi de aldıkları ücreti yetenekleri için alırlar, eşyayı korumak için değil. Buna rağmen *locatio conductio* sebebiyle sorumlulukları söz konusudur⁶⁰⁸”.

Bu metinde, gemici, hancı ve ahırcıların, sorumlu olacakları belirtilip; bunun sebebinin bilhassa malların güvenliğini sağlamak açısından değil de yaptıkları eser sözleşmesi neticesinde doğduğu vurgulanmıştır. *Conductor*'un sorumluluğuna ilişkin bir diğer metin de şu şekildedir:

D. 19.2.13.6: *Ulpianus libro XXXII ad Edictum: Si fullo vestimenta polienda acceperit, eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere; et si pallium fullo permutaverit, et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.*

⁶⁰⁸ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 1: “The seaman, innkeeper, and stablekeeper receive a reward not on account of the safekeeping of the goods, but the seaman so that he may transport passengers, the innkeeper that he permit travelers to stay in the inn, the stablekeeper that he allow beasts to be stabled with him; and yet they are liable on account of safekeeping. For the fuller and tailor receive a fee not on account of safekeeping, but for the exercise of their skill; and yet they are liable under the action for letting on account of safekeeping”, s. 162.

“Temizleyici, temizlemek üzere giysiler teslim alır ve fareler bunları kemirirse, *locatio conductio* sebebiyle sorumluluğu söz konusu olur, zira farelere karşı koruma yükümlülüğü altındadır. Temizleyici kıyafetleri karıştırır ve birisinin kıyafetlerini bir başkasına verirse, bunu farkında olmayarak yapmış olsa dahi, bu durumda da *locatio conductio* sebebiyle sorumlu olur⁶⁰⁹”.

Digesta, bu metinde yüklenicinin, giysilerin fareler tarafından kemirilmesinde dahi sorumluluğu olduğu; kıyafetlerin karıştırılması durumunda da yine *locatio conductio operis* gereği sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Görüldüğü üzere yüklenicinin sorumluluğunun gündeme gelmesi için kastının varlığı aranmamaktadır. Tecrübesizliğe ilişkin olarak *Ulpianus*'un metninde şu ifadeler yer almaktadır:

D. 19.2.9.5: *Ulpianus libro XXXII ad Edictum. Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo Digestorum scripsit; si qu is vitulos pascendos, vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere, et quod imperitia peccavit, culpam esse, quippe ut artifex, inquit, conduxit.*

“*Digesta*'nın 8. kitabında *Celsus*, tecrübesizliğin de kusur sayılması gerektiğini belirterek; bir kimsenin sürünün otlatılması veya bir şeyin onarımı yahut iyileştirilmesi için sözleşme yapması halinde, kusurundan sorumlu olması gerektiğini, tecrübesizliğe dayanan yanılmanın da kusur sayılacağını belirtir. *Celsus*'un belirttiği gibi, zanaatkarın bu işi alması da açıkça buna ilişkindir⁶¹⁰”.

⁶⁰⁹ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “If a fuller takes in clothes for cleaning and mice then gnaw at them, he is liable on the lease [of a job] because he should have guarded against this. If the fuller mixed up a cloak and gave one person's to someone else, he is also liable on the lease [of a job] even if he acts unknowingly”, s. 103.

⁶¹⁰ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “Celsus, in the eight book of his Digest, wrote that inexperience should also be counted as fault; if someone contracts to pasture calves or to repair or adorn something, he should be held responsible for fault, and it is fault when he errs due to inexperience, since as Celsus says, it was obviously as a craftsman that he took the job”, s. 102.

Metinde de altı çizildiği üzere, *custodia*'nın yanında tecrübesizlikten de bahsedilmektedir. Dönemlere göre incelediğimizde, şu sonuca varılmalıdır ki, Klasik devirde, tecrübesizlikten doğan sorumluluk da doğal olarak, *custodia* sorumluluğunun içerisinde yer alırdı; zira kendisine *locatio conductio operis* ile malzeme verilen kimse beklenmedik olaylardan dahi sorumlu tutulduğundan, deneyimsizliği sonucu doğacak hasarlardan sorumlu tutulmaması düşünülemezdi⁶¹¹. Klasik devirden sonraki dönemde, objektif sorumluluğun yerini sübjektif sorumluluk aldığından, tecrübesizlik de kusur kavramının yanında yerini almıştır⁶¹². *Custodia* sorumluluğunun yerini, “çok tedbirli bir aile babasından beklenebilecek tedbir ve özen” almıştır⁶¹³.

Inst. 3.24.5: ... *Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.*

“...Ücret vererek veya vaad ederek kullanmak üzere elbiseler, gümüş takımlar veya bir hayvan alan kimse, o şeyin muhafazasında çok dikkatli bir aile babasının kendi mallarında göstermesi lazım gelen ihtimamı göstermelidir: Bu dikkat ve özeni gösterdikten sonra beklenmedik hal neticesi malı kaybederse, onun iadesi ile mükellef değildir⁶¹⁴”.

Institutiones'de geçen “özenli ve dikkatli aile babası” kriteri ile, bu dikkati gösteren kimsenin artık sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Sürüyü güden kimsenin sorumluluğuna ilişkin olarak şu şekilde bir metin mevcuttur:

⁶¹¹ BUCKLAND, Textbook, s. 505.

⁶¹² SOMER, s. 105.

⁶¹³ SOMER, s. 105.

⁶¹⁴ UMUR, *Institutiones*, s. 270-271.

D. 19.2.9.4: *Ulpianus libro XXXII ad Edictum. Imperator Antonius Cum patre, quum grex esset abactus, quem quis conduxerat, ita rescipit; Si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari potest, iudicio locati casum praestare non cogaris, atque temporis, quod insecutum est, mercedes ut indebitas recuperabis.*

“İmparator *Antonius* ve babası, bir emirnamede şöyle cevap verir: Bir sürüyü gütmesi için tutulan kimse kovulursa, “hırsızların, sana atfedilebilen bir kusur olmaksızın, keçileri götürmesi halinde, yaşanan bu aksilik sebebiyle sana karşı *locatio conductio*'ya dayanan bir dava açılması söz konusu olmayacaktır. Sürüyü takip ettiğin sürece ilişkin ücretini almaya hak kazanacaksın⁶¹⁵”.

Bu metinde, artık hırsızlık halinde yüklenicinin kusuruna bakılması yöntemi tercih edilmiştir. Deniz taşımacılığındaki sorumluluk ile ilgili düzenlenen metin, aşağıdaki gibi ifade edilmiştir.

Daha önce de incelediğimiz D. 19.2.13.1⁶¹⁶ metninde, yine yüklenicinin kusuruna bakılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu ifadeye karşın, metni takip eden D. 19.2.13.2'de yapılan açıklamada, kılavuz almadan nehre giren geminin kaptanının, fırtınadan dolayı geminin dümenine hakim olamaması sebebiyle geminin batmasından *actio ex locato* ile sorumlu olacağı kabul edilmiştir⁶¹⁷. Metinde, gemi malikinin sözleşmeden doğan yükümlülüğü yerine getirip getirmediği, örneğin malları malikinin arzusu dışında, onun bilgisi olmaksızın naklettiği veya yükleme için, kendi gemisi kadar elverişli gemi seçmediği durumlarda kusuru sebebiyle *actio locati* açılması kabul edilmiştir⁶¹⁸.

⁶¹⁵Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*The Emperor Antoninus and his father replied in a rescript: When a herd which a man had hired was driven off, that “if it can be proved that robbers drove off the goats without fraud on your part, you will not be forced in an action on lease to take responsibility for the mishap, and you will recover, as unowed, any rent paid for the ensuing period”*”, s. 104.

⁶¹⁶ Bkz. Birinci Bölüm, “4- Sonucun Üstlenilmesi ve Teslimi” alt başlığı.

⁶¹⁷ SOMER, s.107.

⁶¹⁸ SOMER, s. 108.

Klasik hukuk döneminde genel olarak hakim olan *custodia* ve objektif sorumluluk, zaman içerisinde, klasik sonrası dönemde subjektif sorumluluğa doğru hafiflemiştir. Klasik sonrası dönemde, borçlunun sorumluluğu, yukarıda belirtildiği üzere objektif sorumluluktan subjektif sorumluluğa doğru hafiflemiştir⁶¹⁹. Ancak tecrübesizlik nedeniyle sorumluluk, işin eksik yapılması durumları kusur (*culpa*) kavramının içerisinde değerlendirilmeye başlanmıştır⁶²⁰. Nitekim daha önceleri, *Labeo* da uygun sürücü sağlama borcunu yerine getirmede başarısızlığın bir kusur olduğu sonucuna vararak, kiralayanın sorumlu olacağına karar vermiştir⁶²¹. *Digesta*'da yer alan bir metinde bu konu şu şekilde işlenmiştir:

D. 9.2.27.29: *Ulpianus libro XVIII ad Edictum. Si calicem diatretumfaciendum dedissi, si quidem imperitia fregit, damni iniuriatenebitur; si vero non imperitia fregit, sed rimas habeat vitiosas, potest esse excusatus; et ideo plerumque artifices convenire solent, quum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere; quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.*

“Bir ölçü dolusu kıymetli maden tel, işlenmek üzere kuyumcuya verilir ve kuyumcu bunu tecrübesizliği sebebiyle kırılmışsa sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak tecrübesizliğinden değil de üründeki çatlaklar sebebiyle kırılmışsa, kusuru söz konusu olmaz. Bu şekilde zanaatkarlar, genellikle bu türden madde kendilerine verildiğinde, rizikonun kendilerinde olmaması yönünde anlaşma yaparlar; ancak bu anlaşma onların sözleşmeden doğan ve *lex Aquilia* kapsamında mesleki sorumluluklarını dışlar⁶²²”.

⁶¹⁹ SOMER, s. 108.; ZİLELİOĞLU, Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, s. 241.

⁶²⁰ SOMER, s.108.

⁶²¹ D. 19.2.60.7.

⁶²²Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 1: “If you hand over a cup for filigree work to be done, the jeweler will be held liable if he breaks it through lack of skill, but if it breaks not through his lack of expertise but because it has weakening cracks he can be exonerated; and accordingly, craftsmen usually contract when things of this sort are entrusted to them that the work shall not be done at their risk, and this provision excludes their liability both under the contract for their professional services and under the *lex Aquilia*”, s. 287.

Bu metinde de tecrübesizlik kusur olarak sayılmış ve bu sebeple meydana gelen zarardan yüklenicinin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Ancak meydana gelen zararın malzemedeki bir eksiklik veya kusurdan kaynaklanması halinde artık yüklenicinin kusurunun söz konusu olmayacağı belirtilmiştir. Klasik hukuk sonrası devirde sorumluluğun objektif kriterden sübjektif kritere dönüşmesinden sonra yaşanan değişikliklik sonucu, *locatio conductio operis*'de yüklenicinin sorumluluğunun ölçüsü, çok tedbirli aile babasından beklenen özene dönüşmüştür. Ancak yükleniciden, beklenmedik hallerden de sorumlu tutulacağı, ama *vis maior*'dan ne kadar özen gösterirse göstereceği sorumlu tutulamayacağı belirlenmiştir⁶²³. Zaten hatırlanacağı üzere hem klasik devirde hem de klasik sonrası dönemde, *vis maior* halleri, sorumluluğun kapsamı dışarısında bırakılmıştır⁶²⁴.

D. 19.2.13.5: *Ulpianus libro XXXII ad Edictum. Si gemma includenta aut insculpenda data sit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat; tunc enim, etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.*

“İşlenmesi ve yerleştirilmesi için bir mücevher teslim edilmiş, ve sonra da kırılmışsa, bunun, mücevherdeki bir bozukluk sebebiyle olması halinde *locatio conductio*'ya dayanan bir dava söz konusu olmayacaktır. Ancak işi görenin tecrübesizliği sonucu bu durum ortaya çıkmışsa, dava hakkı ortaya çıkacaktır. Bu görüşe şu da eklenmelidir: Zanaatkar, bu kırılmanın riskini üzerine aldıysa, bu durumda, söz konusu sonuç mücevherdeki bir bozukluk sebebiyle ortaya çıkmış olsa dahi *locatio conductio*'ya dayanan dava imkanı mevcut olacaktır⁶²⁵”.

⁶²³ SOMER, s. 109.

⁶²⁴ KARADENİZ, s. 190.

⁶²⁵ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “If a jewel was delivered for setting or engraving and it was then broken, there will be no action on lease [of a job] if this happened due to a flaw in the stone, but there will be one if it was due to the worker's inexperience. To this opinion should be added: unless the craftsman took this risk as well upon

Digesta'nın bu metni, D. 9.2.27.29'a paralel niteliktedir. Yine yüklenicinin kendisine teslim edilen malzemedan sorumluluğunun söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir. Ancak yüklenicinin, sözleşmeyle, ayrıca bu durumu üstlenmesi halinde *locatio conductio operis*'e dayanarak sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir. Yukarıda açıklanan durumların tersine, bir üçüncü kişi tarafından zarar verilmesi halinde, bundan *conductor*'un sorumlu olup olmayacağı veya olacaksa da ne ölçüde sorumlu olacağı sorunu gündeme gelir. *Digesta*'nın aşağıda göreceğimiz iki metninde, ariyet ve eser sözleşmelerinde, sözleşmenin konusunu oluşturan mala, üçüncü bir kimsenin zarar vermesi halinde ariyet alanın ve yüklenicinin sorumluluğu tartışılmaktadır⁶²⁶.

D. 13.6.19: *Iulianus libro I. Digestorum. Ad eos, qui servandum aliquid cunducunt, aut utendum acciriunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, procul dubio est; qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?*

“Bir şeyi gözetmekle yükümlü veya bir şeyi kullanmak için ödünç alan bir kimse, üçüncü şahısların haksız fiillerinden kaynaklanan zararlardan sorumluluğu üstleneceği açıktır. Hangi derecede dikkat ve özen bizi üçüncü kişilerin vereceği zararlardan koruyabilir?⁶²⁷”.

D. 19.2.41: *Ulpianus libro V. ad Edictum. Sed de damno ab alio dato agi Cum eo non posse Iulianus ait; qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit; quae sententia Marcelli probanda est.*

himself; in that event, there will be an action on lease [of a job] even if it occurs due to a flaw in the stone”, s. 103.

⁶²⁶ SOMER, s.109.

⁶²⁷Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 1: “It is out of the question that those who contract for looking after something or borrow something for use should bear loss wrongfully inflicted by a third party. For what degree of care and attention will secure us against commission of wrongful loss by other people?”, s. 406.

“*Julian*, üçüncü kişi tarafından verilen zarar halinde, emanet alan kişiye karşı dava açılmayacağını belirtir; zira ne türlü önlemler alırsa üçüncü bir şahsın zarar vermesine kesin olarak engel olabilir ki? Ama *Marcellus* bazı hallerde, örneğin zararın ortaya çıkmasını engelleyebilecek idiyse veya zarara emanet alan kendisi sebebiyet vermişse, dava açılabileceğini söyler. *Marcellus*'un görüşü, kabul etmeyi gerektirir⁶²⁸”.

Her iki metinde de ortak olan nokta, yüklenicinin ve ariyet alanın, üçüncü kişilerin verdiği zarardan sorumlu tutulmamalarıdır⁶²⁹. Ancak *Iulianus*, bunun hiç mümkün olmadığını kabul ederken, *Marcellus* ise “üçüncü kişilerin verdiği zararların önlenabilir olması veya ariyet alanın ya da yüklenicinin kusurlu bulunması” halinde sorumluluğun doğabileceğini savunmaktadır⁶³⁰.

Bu şekilde, objektif ölçülere dayanan *custodia* sorumluluğu sınırlarını saptayan *casus* ve *vis maior* kavramları, klasik sonrası dönemde değişerek *diligenta diligentissima patris familias* şeklini almıştır⁶³¹. Başka bir anlatımla, artık *conductor*'dan, *casus*'u kapsayan bir özen beklenecek; ancak “ne kadar özen gösterirse gösterebilir eserin yok olmasını önleyemeyecek idiyse”⁶³² sorumlu tutulmayacaktır. *Conductor*'un sorumluluğu ile ilgili metinlere bakarsak:

D.19.2.36: *Florentinus libro VII. Institutionum. Opus, quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculum est Quod vero ita conductum sit, ut in mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nociturum locatori, si*

⁶²⁸ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*But Julian says that there can be no action against him over damage done by a third party; for by what kind of safekeeping could he make certain that wrongful damage cannot be done by a third party? But Marcellus says that this can sometimes occur, if he could have guarded against the damage being done or if the guard himself does the damage; Marcellus's view deserves approval*”, s. 111.

⁶²⁹ TAMER-GÜVEN, s. 42.

⁶³⁰ SOMER, s.110.

⁶³¹ SOMER, s. 111.

⁶³² *Vis maior cui resisti non potest.*

Per eum steterit, quominus opus approbetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam approbaretur, locateris periculo est, nisi si aliud actum sit; non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

“Bir işin başından sonuna tümüyle performansı dikkate alınarak *locatio conductio* yapılmışsa, hasar iş kabul edilinceye kadar *conductor*'a aittir. Ancak belirli kısım veya bölümlerdeki performans dikkate alınacaksa, hasara *conductor*'un katlanması, o kısım tamamlanmadığı sürece devam edecektir. Her koşulda, iş sahibi, işin onaylanmamasından sorumluysa dava iş sahibine karşı olacaktır. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, veya iş sahibinin kendisinin göstereceği dikkat ve özenden daha fazlası beklenmiyorsa, hasar iş sahibine ait olacaktır⁶³³”.

Metinde, ilk kısımda “*opus aversione locatum*” kelimesi, götürü, toptan verilen iş anlamında kullanılmıştır⁶³⁴. Metinde, yüklenicinin işi tamamen bitirmesi üstlenilmekle beraber, işin aşama aşama teslimi şeklinde ikinci bir ihtimalden de bahsedilmiştir. Bu durumda hasarın geçişi, belirli bir kısmı tamamlanmış birim ile sınırlı olması sonucunu doğurmuştur⁶³⁵. Yapılan işin bölüm bölüm teslimi ve ücretin de her bölümün tesliminde taksim taksim ödenmesi kararlaştırılmışsa, yapılan işin kusurlu olması halinde, yüklenici yine de sorumluluktan kurtulamayacaktır.

D. 19.2.60.3: *Labeo Posteriorum libro V. a lavoleno epitomatorum. Lege dicta domus facienda locata erit ita, ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis eius esset;*

⁶³³ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “When the performance of a job is leased out as an entirety, the contractor's risk continues until the job is approved. But if it is undertaken such that it is performed in feet or units of measure, the contractor's risk lasts only for as long as measurement is not made; and in either case it will count against the [job's] lessor if he is responsible for the services not being approved, the risk is the lessor's unless something different was arranged; nor should the lessor be provided with more than what he would have obtained through his own care and work”, s. 111.

⁶³⁴ SOMER, s. 111.

⁶³⁵ SOMER, s. 112.

redemptor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat; respondi, opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere.

“Bir evin inşası, iş sahibi veya mirasçılarının kabul veya reddetme hakkına sahip olacağı şartıyla *locatio conductio* sözleşmesi yapılıyor. Yüklenici, iş sahibinin talebi üzerine işin bazı kısımlarında değişiklik yapıyor. Ben, işin, açıkça, sözleşmeyle kararlaştırıldığı şekline uygun olarak yapılmadığını; ancak değişikliğin iş sahibinin talebi üzerine yapılması sebebiyle, yüklenicinin sorumluluktan kurtulacağını belirttim⁶³⁶”.

Digesta, bu metinde, yüklenicinin, işi sözleşmeye uygun yapmaması; ancak bunun, iş sahibinin isteği doğrultusunda yapılması halinde sorumluluğunun gündeme gelmeyeceğini açıklığa kavuşturmuştur. Roma hukukunda sorumluluk konusu da dönemlere göre farklılık gösterdiğinden ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır. Zira klasik dönemde, malzemenin yüklenicinin mülkiyetine geçişi, *conductor*'un sorumluluğu, satış sözleşmesinde, satılan malın mülkiyeti alıcıya devretmemiş satıcının sorumluluğuna göre belirlenirken; *Iustinianus* döneminde, malzemenin, iş sahibinin mülkiyetinde kalması, kendisine malzeme verilen *conductor*, *detentor* olduğundan, sorumluluğu farklı olacaktır⁶³⁷.

Yüklenici, işin yapılmaması veya yetenek gerektiren işlerde, yardımcı şahısların eylemlerinden sorumlu olacaktır⁶³⁸. Eğer bir kimse, kendisine temizlenmek üzere verilen giysileri kaybederse veya bu kıyafetler fare tarafından kemirilirse; veya şoför, kendisine verilen araçla yarışırca, ve taşımakla yükümlü olduğu köleye zarar verir veya ölmesine sebep verirse; veya gemi kaptanı, taşınmak üzere kendisine teslim

⁶³⁶ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; *The Digest of Justinian*, Vol. 2: “*The construction of a house had been leased out under the contract proviso that the lessor or his heir have the right to approve or disapprove; the contractor had altered some parts of the job at the lessor's request. I responded that the job was evidently not performed in accordance with the contract, but that since the change was at the lessor's request the contractor should be released from liability*”, s. 114.

⁶³⁷ KARADENİZ, s. 178.

⁶³⁸ ROBY, s. 175.

edilen ürünleri, iş sahibinin rızası hilafına başka bir gemiye nakleder, ve bu gemi kötü durumda bulunur veya gemi kaybolursa; veya eğitilmek üzere teslim edilen köleler, sahibinin rızası olmaksızın şehir dışına çıkarılır ve burada düşman tarafından yakalanarak esir olur veya öldürülürse; bir ayakkabı ustası, çırağının yaptığı hatayı düzeltmek için kendisini uyarırken o kadar sert davranır ki çirak yaralanırsa; tüm bu hallerde, yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olacaktır; ancak *vis maior* halleri bu sorumluluğun kapsamı dışarısında bırakılmıştır⁶³⁹. Bir işin tamamlanması, iş sahibinin onayına bırakılmışsa, sözleşmenin riski, onaya kadar yüklenicide olacaktır⁶⁴⁰. “İş sahibinin onayı” yorumlanırken, makul, keyfi olmayan bir onay anlaşılmalıdır⁶⁴¹.

Modern hukuk sistemlerine baktığımızda, bilhassa İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde, eser sözleşmelerinde, bir hizmette bulunmanın değil, bir sonucun taahhüt edilmesinin söz konusu olduğunu görmekteyiz. Bu sonucun sözleşme açısından önemi o derecededir ki, bu sonuç gerçekleştirilmezse, yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Nitekim Yargıtay da bir kararında doktorun dövme silme işlemini eser sözleşmesi olarak nitelendirip, şu hükümde bulunmuştur: “*Dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, istisna akdinin niteliği itibarıyla izi tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır*”⁶⁴².

Yüklenicinin, bu sonuç sorumluluğu yanında, özen borcu da mevcuttur. Yüklenici, bu özen borcuna aykırı davranırsa, ve bu sebeple de eserde bir bozulmaya sebebiyet vermemiş olsa da, iş sahibi herhangi bir zarara uğrarsa, bunu TBK m. 112'ye göre talep edebilecektir. Buna göre yüklenici, ancak gerekli özeni gösterdiğini, ve kendisine bir kusur atfedilemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁶⁴³. TBK 473/2 gereği, iş sahibi, yükleniciye uygun bir süre vermek suretiyle eseri düzeltirebilir veya masrafları yükleniciye ait olmak şartıyla başkasına yaptırabilir. Bu süre içerisinde yüklenici gerekeni yapmazsa, veya yararsız olacağı için bu süre verilmemişse, işi başkasına yaptırmak yerine iş sahibi, akdin feshi yolunu tercih

⁶³⁹ ROBY, s. 175.

⁶⁴⁰ ROBY, s. 175.

⁶⁴¹ ROBY, s. 175.

⁶⁴² Y. 15. HD. 03.11.1999 T., E. 1999/4007, K. 1999/3868, YKD., c.26, S.5, s.723 vd.

⁶⁴³ TANDOĞAN, s. 60 vd.

edebilir⁶⁴⁴. Aslında, TBK m. 473/2'de, bu konu ile ilgili bir netlik mevcut olmamakla beraber, borçlunun temerrüdüne ilişkin feshe ilişkin Borçlar Kanunu'nun 123- 125. maddelerinin kıyasen, diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde ve bu arada TBK m. 473/2'de yer alan hallerde uygulanacağı kabul edilmektedir⁶⁴⁵.

Yüklenicinin bir diğer borcu olan sadakat borcuna aykırılık durumunda, bundan dolayı uğranılan zararların tazmini eser sözleşmesine uygun olarak yapılmış ve teslim edilmiş olsa dahi istenebilir⁶⁴⁶. Buna ek olarak yüklenici, sadakat borcuna aykırılıktan dolayı bir kar elde etmişse, TBK m. 530'a kıyasen, iş sahibi, bu karın, kendisine devredilmesini talep edebilecektir. İş henüz devam etmekteyken, iş sahibi, yüklenicinin sadakat borcunu ağır bir şekilde ihlal ettiğini görürse, TBK m. 484 veya TBK m. 473/2 ile TBK m. 123 uyarınca, sözleşmeden dönebilecektir⁶⁴⁷.

Yüklenicinin borcu ile ilgili olan bir diğer önemli nokta, daha önce de değindiğimiz, borcunu şahsen ifası konusudur. Zira yüklenici, kendi yerine başkasını ikame ettiğinde, bu kişiyi seçmekte ve ona talimat vermede kusuru varsa, bu kusuru sebebiyle iş sahibine karşı sorumlu olacaktır. Yüklenici, alt yükleniciyi iyi seçtiğini ve ona iyi talimat verdiğini ispat ederek, TBK m. 507/2'ye kıyasen kurtuluş beyinnesi getirme imkanına sahip değildir. Doktrindeki baskın görüşe göre, vekaletle ilişkin bu hüküm eser sözleşmesinde uygulanamaz; dolayısıyla yüklenici, TBK m. 116 uyarınca, alt yüklenici veya adamlarının sözleşmeye aykırı davranışlarından, “kendisi bu davranışta bulunuyor olsaydı kusurlu sayılmayacağını” ispat ile sorumluluktan kurtulabilecektir⁶⁴⁸. Buna karşın yüklenici, yetkisi olmamasına rağmen işi kısmen veya tamamen alt yükleniciye vermişse, ve alt yüklenici de işi hiç veya gereği gibi yapmayarak iş sahibinin zararına sebebiyet vermişse, asıl yüklenici, sözleşmeye aykırı kusurlu davranışından dolayı TBK m. 112'ye göre sorumlu olacaktır⁶⁴⁹. Yüklenici, işi kendi yönetimi altında yaptırma borcunu gereği gibi yerine getirmediğinde kusuru olmadığını ispat etmedikçe, bu yüzden iş sahibinin

⁶⁴⁴ TANDOĞAN, s. 69.

⁶⁴⁵ UYGUR, c. 5, s. 735.

⁶⁴⁶ SOMER, s. 113.

⁶⁴⁷ TANDOĞAN, s. 51.

⁶⁴⁸ TUHR, s. 636.

⁶⁴⁹ UYGUR, s. 738.

uğradığı zararı TBK m. 112'ye göre tazminle ykmldr⁶⁵⁰. İş sahibi, bu durumda TBK m. 123'e dayanarak sözleşmeyi feshedebilecektir. Yargıtay da bu konu ile ilgili olarak şu şekilde bir karar vermiştir: “*Eser sözleşmesi, niteliği itibariyle güven esasına dayanır. İş sahibi güven duymadığı bir yüklenici ile mevcut ilişkiyi sürdürmek zorunda değildir.. Ayrıca, arsa sahiplerinin izni ve icazeti olmadan işin bir başka yükleniciye devri, başlı başına, sözleşmenin ihlali niteliğinde olup, arsa sahiplerine tek başına sözleşmeden dönme hakkı verir*”⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ TANDOĞAN, s. 76.

⁶⁵¹ Y. 15. HD. 04.10.1999 T., E. 1999/2768, K. 1999/3466, YKD., c.26, S. 3, s. 406 vd.

§ 3. *LOCATIO CONDUCTIO OPERIS*'İN SONA ERMESİ

I. Genel Olarak

Eser sözleşmelerinin doğal sona eriş biçimi, tüm diğer sözleşme tiplerinde olduğu gibi tarafların borçlarını ifa etmesidir. Eser sözleşmeleri bakımından, yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim etmesi ve iş verenin de kararlaştırılan ücreti ödemesi sözleşmeyi sona erdirir. Bunun dışında borcun diğer genel sona erme halleri de eser sözleşmelerinin sona ermesine sebebiyet verirken; bazı hallerde de, eser sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan sona erme sebepleri söz konusu olabilir.

Günümüz hukukunda, eser sözleşmesini sona erdiren sebepler arasında ifa, başlangıçta belirlenmiş olan yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması, iş sahibinin sözleşmeyi tazminat karşılığı feshetmesi, ifanın imkansızlaşması, yüklenicinin ve iş sahibinin temerrüdü sebebiyle karşı tarafın sözleşmeden dönmesi sayılabilir⁶⁵².

A) İfa

Roma hukukunda *solutio*⁶⁵³ olarak adlandırılan ifa ile, borç ortadan kalkacaktır⁶⁵⁴; zaten her borç ilişkisinin amacı da edimin ifa edilmesidir. *Solutio* kelimesi, etimolojik açıdan bir bağ çözmek anlamını karşılamaktadır⁶⁵⁵. Romalılar, borç ilişkisini, borçlu ile alacaklıyı birbirine bağlayan hukuki bir bağ olarak tanımladığından, ifa ile bu bağ çözülmektedir⁶⁵⁶.

⁶⁵² EREN, Borçlar Özel, s. 676.

⁶⁵³ UMUR, Lügat, “*Solutio: Borç olan şeyin eda edilmesi, yerine getirilmesi suretiyle, borçlunun, kendisini alacaklıya bağlayan münasebetten kurtulması: İfa. Borcun, belli başlı, ipso iure sukut sebebi*”, s.200.

⁶⁵⁴ DI MARZO, s. 382.

⁶⁵⁵ UMUR, Lügat, s. 200.

⁶⁵⁶ RADO, Borçlar Hukuku, s. 224.

Gai. 3. 168: *Tollitur autem obligatio praecipve solutione eius, qupd debeat...*

“Borç münasebeti bilhassa borç olanın ifası ile ortadan kalkar...⁶⁵⁷”.

Inst. 3.29 pr.: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit...*

“Her borç, borç olan şeyin veya alacaklının rızası ile onun yerine başka bir şeyi ifası ile ortadan kalkar...⁶⁵⁸”.

Her iki metinde de borcun ifa ile sona erdiği belirtilmiştir. Klasik hukuk dönemine gelinmesiyle beraber, *solutio*, şekil ve merasim içeren yapıdan kurtularak, bir kimsenin yapmayı vaad ettiği şeyi yapmasıyla gerçekleşmiş kabul edilmiştir:

D. 50.16.176: *Solvere dicimus eum, qui id fecit, quod facere promisit.*

“Borcun ifa edilmesi, her türlü vaadin yerine getirmesi ile belirlenir⁶⁵⁹”.

Eser sözleşmelerinde, borcun konusu bir yapma, yani *facere* borcu olduğundan, yüklenici, üzerine aldığı işi yapmak, tamamlamak suretiyle borcundan kurtulacaktır⁶⁶⁰. Eğer edim, borçlunun şahsına bağlı değilse, kural olarak alacaklı, üçüncü kişinin ifasını kabul etmelidir⁶⁶¹. Ancak burada, gözden kaçırılmaması gereken nokta, daha önce açıklandığı üzere eser sözleşmelerinde genellikle yüklenicinin şahsının, özel bir önem arz ettiğidir. Örneğin meşhur bir heykeltıraşa bir

⁶⁵⁷ RADO, *Institutiones*, s. 64-65.

⁶⁵⁸ UMUR, *Institutiones*, s. 284-285.

⁶⁵⁹ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; *The Digest of Justinian*, Vol. 4: “*In the designation “settlement”, it has been decided that every kind of satisfaction must be included*”, s. 462.

⁶⁶⁰ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, *Meseleler*, s. 143.

⁶⁶¹ RADO, *Borçlar Hukuku*, s. 226.

heykel veya tanınmış bir terziye elbise ısmarlanmış ise, bu kişiler dışında başka bir heykeltıraşın veya terzinin yaptığı ifayı iş sahibi kabul etmek zorunda değildir⁶⁶². Buna karşın, eğer, akdedilen eser sözleşmesinde, iş görenin şahsı önemli değilse, yahut işi bizzat bitirmeyi yüklenmişse, işin yapılmasında yardımcı şahıs kullanabilecektir. Kaldı ki; burada yardımcı şahsın fiillerinden bizzat sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶⁶³.

Eseri tamamlamış olan yüklenicinin edimi nerede ifa etmesi gerektiği, yani ifa yeri konusu da üzerinde tartışılması gereken bir diğer noktadır. Roma hukukunda, ifa yeri ile ilgili olarak genel bir kural mevcut değildi⁶⁶⁴; ancak metinlerden çıkarılan sonuca göre, taraflar aralarında bir ifa yeri belirlemişlerse burada, böyle bir yer tespit edilmediyse, borcun konusu taşınmazsa, taşınmazın bulunduğu yerde; taşınır ise, yapma borcunun mu yoksa verme borcunun mu mevcut olduğunu inceleyerek bir sonuca varmak gerekecektir; zira verme borçlarında, taşınırın bulunduğu yerde ifa edilecektir⁶⁶⁵. Oysa bir yapma borcu içeren eser sözleşmeleri, o malın, normal olarak, sosyal ve ekonomik bakımdan nerede meydana getirilmesi, oluşturulması gerekiyorsa orada ifa edilirler⁶⁶⁶.

Borcun ne zaman ifa edileceği sorunu da değinilmesi gereken ayrı bir noktadır. Eser sözleşmesinde ifa zamanı ile ilgili olarak taraflar bir vade belirlemişlerse, bu vadenin gelmesiyle beraber borç ifa edilmelidir. Vade ile ilgili kural, vadenin ihtar yerine geçtiği, ayrıca ihtarda bulunmaya gerek olmadığıdır⁶⁶⁷. Alacaklı bu süreden önce ifayı talep edemezken, borçlu borcunu vade gelmeden de ifa edebilir⁶⁶⁸. Taraflar, aralarında bir vade belirlememişlerse, kural, alacaklının istediği zaman ifayı talep edebileceği olmakla beraber, eser sözleşmelerinde, eserin yapılması şeklinde borç üstlenildiğinden, makul bir sürenin geçmesi gerekecektir. Bu tür vadesiz alacaklarda, alacağın muaccel olması için borçluya bir ihtarda bulunmak gerekecek; hatta

⁶⁶² RADO, Borçlar Hukuku, s. 226.

⁶⁶³ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Meseleler, s. 193. Bkz. Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu.

⁶⁶⁴ SOMER, s. 131.

⁶⁶⁵ RADO, Borçlar Hukuku, s. 227.

⁶⁶⁶ UMUR, Ders Notları, s. 324.

⁶⁶⁷ “*Dies interpellat pro homine*” (Vade, alacaklı yerine ihtarda bulunur.), UMUR, Ders Notları, s. 324.

⁶⁶⁸ SOMER, s. 131.

ihardan sonra dahi, hakkaniyet gerektiriyorsa, hakim bir süre verebilecektir⁶⁶⁹.

Görüldüğü üzere ifa, borcu *ipso iure* sona erdiren bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁷⁰.

B) Temerrüt veya İfa Etmeme Sebebiyle Fesih

İfa, alacaklı bakımından, tarafların aralarında kararlaştırdıkları tarih veya vadeden önce istenemeyecektir⁶⁷¹. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, borçlu, bu tarihten önce de borcunu ifa edebilecektir. Tarih veya vade kararlaştırılmışsa, ve bu zamanda ifa yapılamıyorsa; yahut bir vade kararlaştırılmamış olmakla beraber işin niteliği gereği yapılması için gerekli zaman geçtiği ve alacaklı ifayı talep etmesine karşın (ki bu durum alacaklının ihtarını ifade etmektedir), borçlunun kusuru sebebiyle ifa edilemiyorsa, *mora*, yani temerrüt söz konusu olacaktır⁶⁷². Temerrüt ile ilgili Roma hukukundaki genel tanım şu şekildedir:

“Mora est iniusta dilatio in adimplenda obligatione”; yani “Borcun ifasında haksız gecikme temerrüttür”⁶⁷³.

Temerrüde düşen borçlunun durumu ağırlaşacaktır⁶⁷⁴. Borçlu, temerrüde düştüğü andan itibaren, borcun konusuna gelen her türlü zarardan, hatta bunlar beklenmedik hallerden kaynaklansa dahi sorumlu tutulacaktır⁶⁷⁵. Borçlu, ifayı teklif etmekle temerrütten kurtulur; burada dikkat edilmesi gereken husus, alacaklının ifayı reddetmesi için haklı bir sebebinin mevcut olmaması gerekliliğidir⁶⁷⁶.

⁶⁶⁹ SOMER, s. 131.

⁶⁷⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 395.

⁶⁷¹ *“Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum neturam per solvi poterit”*.

⁶⁷² SOMER, s. 132.

⁶⁷³ UMUR, Ders Notları, s. 324.

⁶⁷⁴ TAHİROĞLU, s. 73.

⁶⁷⁵ D. 45.1.91.3.

⁶⁷⁶ TAHİROĞLU, s. 74.

Roma hukukundaki temerrüt halini incelediğimizde, genellikle, iş sahipleri, işin belirlenen zamanda tamamlanamaması durumunda, aynı işe ilişkin olarak bir başka kişi ile yeni bir eser sözleşmesi yapma hakkını saklı tutuyorlardı⁶⁷⁷. Bu şekilde, iş sahiplerinin, işin kararlaştırılan zamanda tamamlanamaması durumunda, ilk akdedilen eser sözleşmesini bozma ve eğer ki peşin ödeme yapılmışsa, ücreti geri alma, bir başka yüklenici ile sözleşme yapma hakkı doğuyordu⁶⁷⁸.

D. 19.2.13.10: *Ulpianus libro XXXII ad Edictum. Si lege operis locandi comprehensum esset, ut, si ad diem effectum non esset, relocare id liceret, non alias prior conductor ex locato tenebitur, quam si eadem lege relocatum esset; nec ante relocari id potest, quam dies efficiendi praeteriisset.*

“Bir *locatio conductio* sözleşmesinde işin zamanında bitirilmemesi halinde, işin bir başkasına verilebileceği hükmü mevcuttur. İlk yüklenici, ikinci yüklenicinin bu hükme göre tutulması halinde sorumlu olacaktır. İkinci yüklenici ile yapılan sözleşme, ilk sözleşmede öngörülen süre geçmeden yapılamaz⁶⁷⁹”.

Görüldüğü üzere yüklenici, işi zamanında bitirmek zorundadır; zamanında bitiremiyorsa, yani temerrüde düşerse, iş sahibi, sorumluluğu yükleniciye ait olmak üzere, bir başka yüklenici sözleşme yapabilecektir. Ancak bu ihtimal, işin tamamen bitirileceği tarihin belirlenmiş olması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Tarafların herhangi bir tarih belirlememiş olmaları halinde, işin tamamlanmasına uygun zamanda bitirilip bitirilmemiş olması göz önüne alınacaktır. Bu süre tayin edilirken, makul bir insanın belirleyeceği süre göz önüne alınır. Bu makul insanın, “işin tamamlanabilmesi için gerekli süreyi” belirlemesiyle, bu süre geçirilmişse ve eser teslim edilmemişse sorumluluk doğacak, geçirilmemişse, henüz sorumluluk

⁶⁷⁷ D. 19.2.13.10 ve D. 19.2.58.1.

⁶⁷⁸ KARADENİZ, s. 191.

⁶⁷⁹ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; *The Digest of Justinian*, Vol. 2: “*A contract clause for the lease of a job had stated that should the work not be completed on time, the lease could be given to a substitute. The earlier contractor will be liable on the lease [of a job] only if the substitute lease was due to this clause; a substitute lease cannot be made before the day for completion had passed*”, s. 103.

doğmayacaktır⁶⁸⁰.

D. 19.2.58.1⁶⁸¹'e benzer olarak borcun ifasının gecikmesi, alacaklıdan kaynaklanan bir sebepten de olabilir. Borçlu, borcun ifasını teklif etmesine karşın alacaklı, haklı sebep sunmadan ifayı reddederse, alacaklının temerrüdü söz konusu olacaktır. Bu durumda da, yukarıda borçlunun temerrüdü hakkında söylenenlerin aksine borçlunun sorumluluğu hafifleyecek ve sadece kasdından sorumlu tutulabilecektir ve hasar da alacaklıya geçecektir⁶⁸².

Roma döneminde, alacaklının temerrüdü halinde, günümüz hukuklarının da etkilendiği üzere⁶⁸³, borçlu, edimi resmi makam olan *magistra*'ya yahut özel bir yere tevdi ederek borcundan kurtulabiliyordu⁶⁸⁴. Edimin konusu bozulacak bir mal ise, bunu satma imkanı da tanınmış olup; faizin kararlaştırılmış olması halinde, alacaklının temerrüdünden itibaren faiz borcundan kurtulacaktır⁶⁸⁵. Edimin saklanması için borçlu bir masraf yapmışsa, bu masrafları alacaklıdan isteyecek, bu masraflar ödenene kadar da borcunu ifa etmeme hakkını saklı tutacaktır; bu, ödemezlik def'idir, alacaklı ifa için dava açarsa, kendisine karşı bu hususu *exceptio doli* olarak ileri sürebilecektir⁶⁸⁶.

Borçlu temerrüdüne ilişkin ne tür yaptırımların uygulandığını veya alacaklıya ne tür hakların tanındığını, dönemlere göre incelemek gerekecektir. Yüklenici tarafından tamamlanan işin, iş sahibine teslim edilmemesi halinde, yani borçlunun temerrüdünde, klasik dönemin başlarında, malzemenin mülkiyetinin yükleniciye geçmemesi sebebiyle, teslim etmeyen yükleniciye karşı ancak bir *actio locati* söz konusu olabiliyordu⁶⁸⁷. Klasik dönem ortalarına ve *Iustinianus* dönemine gelindiğindeyse, mülkiyet iş sahibinde kaldığından, iş sahibinin, yüklenicinin

⁶⁸⁰ SOMER, s. 133.

⁶⁸¹ Bkz. Birinci Bölüm, "4- Sonucun Üstlenilmesi ve Teslimi" alt başlığı.

⁶⁸² SOMER, s. 134.

⁶⁸³ EREN, II, s. 1000.

⁶⁸⁴ SOMER, s. 134.

⁶⁸⁵ D. 17.1.37.

⁶⁸⁶ RADO, Borçlar Hukuku, s. 230.

⁶⁸⁷ D. 19.2.31.

temerrüdü halinde, *actio locati* yanında *rei vindicatio*⁶⁸⁸ imkanı da olacaktır⁶⁸⁹. Bu ihtimalde, iş sahibinin, malik sıfatıyla yükleniciye karşı *actio furti*⁶⁹⁰ açabileceği de bazı yazarlarca ifade edilmektedir⁶⁹¹.

Türk hukukundaki uygulamaya bakacak olursak, TBK'daki temerrüt ve ifa etmeme hallerinde uygulanacak olan hükümler, yüklenicinin eseri teslimde temerrüdünde TBK m. 123-125 gereği fesih; teslim zamanı beklenmeksizin temerrüt dolayısıyla fesih (TBK m. 473/1); iş sahibinin malzemeyi sağlamakta veya yüklenicinin ücretini ödemekte temerrüt etmesi halinde TBK m. 123-125 uyarınca fesih şeklinde özetlenebilir.

Bu hallerin yanında ayrıca, işin ayıplı olması sebebiyle onu kabulden kaçınmak suretiyle akdin feshi ve menfî zararın tazminini istemek (TBK m. 475/2, 123); imal sırasında işin yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılacağı kesinlikle tahmini ve üçüncü kişiye tevdiinin mümkün olmaması sebebiyle fesih gibi haller de sayılabilir.

Yüklenici, borçlandığı eserin tesliminde temerrüde düştüğü takdirde, temerrüdün şartlarına ve sonuçlarına, TBK m. 117-125 hükümleri uygulanacaktır⁶⁹². Teslim tarihi gelmesine rağmen, yüklenici, eseri yükümlülüğüne objektif olarak aykırı şekilde

⁶⁸⁸ UMUR, Lügat: “*Ius civile mülkiyetini koruyan, zilyet olmayan Quirites hukuku malikinin, malik olmayan zilyede açtığı aynı dava: istihkak davası. Legis actio'lar usulünde, legis actio sacramentum yatırılarak, hakim, kimin sacramentum'unun doğru olduğunu tetkik eder ve kararını verir. Formula usulünde davacı, malının iadesini ister, fakat bu usulde mahkumiyet daima bir para miktarı olduğundan, hakim malın iadesini davalıya emredebilir, ancak davalı bu emre uymazsa, davacının yemin tahtında yaptığı kıymet takdirine göre, para ödemeye mahkum edilir; mal in bonis rem habere olarak davalıda kalırdı (clausula arbitraria). Nizam harici usulde (cognitio extra ordinem) malın maliki, yalnız zilyede karşı değil, malı elinde bulunduran herkese karşı (detentor) davasını açarak istihkak talebinde bulunur ve hakim, tazminat olduğu gibi, malın bizzat iadesine de karar verebilir, bu hususta manu militari icraya geçilmesini emredebilirdi. Postklasik devirde ius civile mülkiyeti, praetor mülkiyeti ve eyalet mülkiyeti gibi çeşitli mülkiyet şekilleri bir tek mülkiyet haline geldiğinden, herhangi bir malın istihkaki, bu dava ile talep olunmakta idi*”, s. 181-182.

⁶⁸⁹ KARADENİZ, s. 192.

⁶⁹⁰ UMUR, Lügat: “*Furtum haksız fiilinden doğan ve fur'a karşı açılan ceza davası. Mahkumiyet şerefsizliği (infamia) mucip olan bu dava, hırsızlara, suç ortaklarına, çalınmış malı saklayanlara karşı; malikler veya furtum neticesinde menfaatleri ihlal edilmiş olan zilyetlere (possessor) elinde bulunduranlar (detentor) lehine verilirdi. Tazminat davası ile (rei vindicatio; condictio furtiva) içtima edebilirdi*”, s. 7-8.

⁶⁹¹ KARADENİZ, s. 192, dñn. 299.

⁶⁹² ARAL/AYRANCI, s. 348; SELİMOĞLU, s. 225; EREN, Borçlar Özel, s. 629.

henüz tamamlamamış veya tamamlanmış eseri henüz teslim etmemişse, temerrüde düşmüş olur⁶⁹³. Temerrüdün söz konusu olması için, yüklenicinin gecikmede kusurlu olması gerekmez; gecikmenin, yüklenicinin objektif olarak yükümlülüğüne aykırı olması gerekir. Yüklenicinin geciktirici def'ileri ileri sürmesi (TBK m. 97, 98), iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi veya gecikmenin iş sahibine yüklenilebilen sebeplerden ileri gelmesi hallerinde yükümlülüğe aykırı bir gecikme söz konusu olmayacaktır⁶⁹⁴. Bu şekildeki gecikme halinde, eserin meydana getirilmesi henüz mümkünse, teslim süresi tarafların varsayılan iradesine dayanarak haklı gecikme süresi kadar uzatılmış olur; meğer ki sözleşmede aksine bir hüküm mevcut olsun⁶⁹⁵. Yüklenicinin temerrüde düşmesi için, iş sahibinin, ona teslim borcunu ifa etmesi için ihtarda bulunması gerekir; teslim tarihi, sözleşmede taraflarca "birlikte belirlenmiş" nitelikteyse (TBK m. 117/2 yahut ihtarın faydasız olacağı önceden anlaşılıyorsa (TBK m. 124/b. 1'e kıyasen), yüklenici, ihtarla gerek olmadan temerrüde düşer⁶⁹⁶.

Temerrüdün sonuçlarına baktığımızda, temerrüde düşen yüklenicinin, TBK m. 119/1 uyarınca, gecikmeden dolayı tazminat ödemek zorunda olduğu gibi, edimin umulmayan halden dolayı imkansız hale gelmesinden de sorumlu olacaktır⁶⁹⁷. Buradaki umulmayan halden sorumluluk esası, TBK m. 480/2 anlamında olağanüstü durumların ortaya çıkması, teslimden önce eserin kaza sonucu telef olması veya ayıplı duruma gelmesi hallerinde de uygulanır⁶⁹⁸.

Temerrüt durumunda ödenecek gecikme tazminatının kapsamına, fiili zarar ve yoksun kalınan kar kalemleri de dahildir⁶⁹⁹. İş sahibi, uygun bir süre verip, bu sürenin sonunda teslim borcu yerine getirilmezse, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep edebilecektir⁷⁰⁰. Bu talebi olan iş sahibi, TBK m. 486/son c. hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, eserin kullanılması kabil kısmını kabul etmek ve bu kısmın bedelini ödemek zorundadır⁷⁰¹. Yüklenicinin, teslim borcunu

⁶⁹³ TANDOĞAN, II, s. 130; SELİMOĞLU, s. 225; EREN, Borçlar Özel, s. 629.

⁶⁹⁴ TANDOĞAN, II, s. 131.

⁶⁹⁵ TANDOĞAN, II, s. 131; SELİMOĞLU, s. 236; EREN, Borçlar Özel, s. 630.

⁶⁹⁶ TANDOĞAN, II, s. 131-132.

⁶⁹⁷ ARAL/AYRANCI, s. 349.; SELİMOĞLU, s. 239; EREN, Borçlar Özel, s. 631.

⁶⁹⁸ TANDOĞAN, II, s. 132.

⁶⁹⁹ ARAL/AYRANCI, s. 349; SELİMOĞLU, s. 239 vd.

⁷⁰⁰ ARAL/AYRANCI, s. 350; SELİMOĞLU, s. 246.

⁷⁰¹ ARAL/AYRANCI, s. 350; SELİMOĞLU, s. 227-248.

yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde, iş sahibi, verilen sürenin sonunda derhal bildirmek suretiyle, TBK m. 123-125 hükümleri uyarınca sözleşmeden dönebilir ve menfi zararının tazminini isteyebilir⁷⁰².

Bu durumda, daha önce tartışmalı olduğunu belirttiğimiz şekilde, iş sahibinin dönme beyanı üzerine, sözleşme, kural olarak, geçmişe etkili şekilde (*ex tunc*) sona erer⁷⁰³; ancak bunun istisnai hallerle sınırlandırılması ihtiyacı doğmuştur. Zira dönme anında işin bir kısmı yapılmış bulunuyorsa, ve iş sahibi, işin yapılan kısmını alıkoymak ve bu kısmın bedelini ödemek suretiyle, sözleşmeyi ileriye etkili olarak (*ex nunc*) sona erdirebilecektir⁷⁰⁴. Böylelikle yüklenici, eserin yapılmayan kısmını tamamlamak, iş sahibi de bu kısmın ücretini ödemek yükümlerinden kurtulurlar. Böylelikle sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi halinde, eserin yapılan kısmı iş sahibi için kullanılabilir ise, iş sahibi, yüklenicinin eseri teslimde temerrüde düşmesinden zarar görmeyebilir⁷⁰⁵. Aynı şekilde, eser, iş sahibinin arsası üzerinde veya onun malzemesiyle yapılmışsa veyahut eser önemli ölçüde tamamlanmışsa, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi, yüklenicinin de yararına olacaktır⁷⁰⁶.

Eserin teslim tarihinin, iş sahibi açısından büyük önem arz etmesi mümkündür. Bu

⁷⁰² ARAL/AYRANCI, s. 350.

⁷⁰³ ARAL/AYRANCI, s. 350.

⁷⁰⁴ ARAL/AYRANCI, s. 350.

⁷⁰⁵ ARAL/AYRANCI, s. 350.

⁷⁰⁶ SUNGURBEY, İ.; Medeni Hukuk Sorunları, C. 4, s. 466 vd; Yargıtay da, İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda şu kararı almıştır:

“Şayet olayın niteliği (yüklenicinin yapının tamamladığı kısmının kapsamı ve özelliği) uyuşmazlığın yalnızca BK m. 106-108 maddeleri uyarınca çözümlenmesini gerektiriyorsa, sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumda, inşaat sözleşmesinin yüklenicinin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, MK m. 2 hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde borçlu olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit yüklenici, kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de, yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararlarını yükleniciden talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

Sonuç: İstisna sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi belirli zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi sebebiyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, MK m. 2 hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına... çoğunlukla karar verildi” (ARAL/AYRANCI, s. 351).

türden durumlarda, genellikle ifa zamanına uyulmaması halinde ödenmek üzere, TBK m. 179/2 kapsamında cezai şart kararlaştırılır⁷⁰⁷. Bu takdirde yüklenici, edimi öngörülen tarihte ifa etmediği takdirde, iş sahibine belirli bir para ödemeyi yahut başka bir edimde bulunmayı taahhüt etmektedir⁷⁰⁸. Taraflar, aksini kararlaştırmamışlarsa, TBK m. 182/2'nin kıyasen uygulanması sonucu, yüklenici gecikmede kusurunun bulunmadığını ispat ederse, cezai şart ödemekten kurtulabilecektir⁷⁰⁹. TBK m. 179/2 gereği, iş sahibi, ifada geciken yükleniciden hem sözleşmenin ifasını, hem de cezai şartın ödenmesini talep edebilecektir. İş sahibi cezai şart isteme hakkını saklı tutmadan eseri teslim alırsa, bu durumda cezai şartı talep hakkını TBK m. 179/2 uyarınca kaybeder⁷¹⁰. İş sahibi, sözleşmeden dönme yolunu seçerse, bu durumda artık cezai şartın ödenmesini talep edemeyecek⁷¹¹; buna karşın fesih halinde, fesih anına kadar gerçekleşen cezai şartı talep edebilecektir⁷¹².

C) Anlaşma ile Sona Erme

Rızai akitler, nasıl tarafların iradelerinin uyuşması, yani *consensus* ile meydana geliyorsa, aynı şekilde tarafların akdi bozmaya yönelik iradeleri ile (zıt irade), *contrarius consensus* ile sona erdirilebilir⁷¹³. Burada önemli olan husus, tarafların akdi bozmaya ilişkin iradesinin, akdin ifasına henüz başlanmamışken ortaya çıkmasıdır⁷¹⁴. Bu itibarla, tarafların rızaları ile sonlandırılan sözleşme *ipso iure* sona ermiş olacaktır⁷¹⁵.

Tarafların ortak iradeleriyle eser sözleşmesini sona erdirmelerine olanak tanınmış olmakla beraber, vekalet ve şirket sözleşmelerinde olduğu gibi, taraflardan birisinin tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden vazgeçme imkanı, satış ve *locatio conductio* sözleşmelerinde tanınmamıştır⁷¹⁶.

⁷⁰⁷ ARAL/AYRANCI, s. 351.

⁷⁰⁸ TANDOĞAN, II, s. 135.

⁷⁰⁹ TANDOĞAN, II, s. 135.

⁷¹⁰ ARAL/AYRANCI, s. 353.

⁷¹¹ UYGUR, İnşaat, C 2, s. 393.

⁷¹² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARAL/AYRANCI, s. 348- 353.

⁷¹³ SOMER, s. 135.

⁷¹⁴ SOMER, s. 135.

⁷¹⁵ D. 18.5.3; D. 18.5.5.1.

⁷¹⁶ UMUR, Ders Notları, s. 328.

Türk hukukuna baktığımızda, taraflara her zaman sözleşmeyi karşılıklı ortak irade beyanı ile sonlandırabilme yetkisi verilmiştir. Bu takdirde iş sahibinin tek taraflı irade beyanı ile tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshetmesine ilişkin olarak TBK m. 484 uygulanmayacaktır. TBK m. 484, fesih beyanında bulunan iş sahibinin bu beyanını, yüklenicinin açıkça veya zımnî olarak kabul etmesi, sözleşmeyi ortadan kaldıran bir anlaşmaya vücut vermeyecek; yüklenicinin, bu yöndeki davranışı, aksine emareler olmadıkça, TBK m. 484'den kaynaklanan haklarından vazgeçtiği anlamına gelmeyecektir. Aynı şekilde bu davranış, TBK m. 52'ye göre tazminatın indirilmesi sebebi de sayılamaz⁷¹⁷. Sözleşmenin sona erdirilmesine kadar yapılmış olan işin bedelinin ve buna ek olarak tazminat ödenip ödenmeyeceği, ödenecek ise kapsamının ne olacağı taraflarca sözleşmede belirlenmiş olabilir. Belirlenmemişse, ortadan kaldırma anlaşmasının iyiniyet kurallarına göre yorumu veya tarafların varsayılan iradesine göre tamamlanması yoluna gidilmesi gerekir⁷¹⁸.

D) İş Sahibinin Tazminat Karşılığı Sözleşmeyi Feshetmesi

Bu şekilde sona ermeye Roma hukukunda yer verilmediğinden, güncel hukuklarda ve özellikle Türk hukukundaki düzenlemeyi göstermek açısından değinme ihtiyacı hissettik. Taraflardan biri, kural olarak haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönemeyecektir. Dönerse, diğer tarafın bu yüzden uğradığı müspet zararın tamamını tazmin etmek zorundadır⁷¹⁹. Ancak kanun yahut taraflar, sözleşmede bu kuralın aksini kararlaştırabilirler. TBK'da bu konuda tanına en tipik istisnayı TBK m. 512'de görmekteyiz. Bu maddeye göre, taraflardan her biri, vekaleti her zaman geri alabilir veya bozacağını bildirebilir⁷²⁰. Kanun koyucu, TBK m. 512'de yer alan hüküm kadar kapsamlı olmasa da, TBK m. 484'te, eser sözleşmesinde, iş sahibine bu şekilde istisnai bir hak tanımıştır. Ancak TBK m. 484, iş sahibine, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi tek taraflı olarak

⁷¹⁷ TANDOĞAN, s. 351.

⁷¹⁸ SOMER, s. 135.

⁷¹⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 676; SELİMOĞLU, s. 433.

⁷²⁰ EREN, Borçlar Özel, s. 677.

feshetme hakkı tanımıştır⁷²¹. Bu madde, esasen, özellikle uzun süreli yapılan eser sözleşmelerinin niteliğine, tarafların, özellikle de durum ve şartlarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle iş sahibinin menfaatine uymaktadır. Dolayısıyla, iş sahibi, kanunun bu hükmüne dayanarak haklı bir sebep ileri sürmesine gerek kalmaksızın sözleşmeyi feshedebilecektir⁷²².

Bu madde uyarınca iş sahibi, her türlü eser sözleşmesini feshedebilir. Bu sözleşme, olağan eser sözleşmesi olabileceği gibi, eser teslim sözleşmesi de olabilir. Buna karşın doktrinde, bu maddenin sürekli isimsiz sözleşme niteliğindeki sürekli eser sözleşmesine uygulanması mümkün değildir⁷²³.

TBK'daki iş sahibinin sözleşmeden dönmesine ilişkin hükmün niteliği, öğretilerde tartışmalıdır. Kimileri bunun emredici bir hüküm olduğunu ve tarafların aksini kararlaştıramayacaklarını ileri sürerlerken; karşıt görüş, düzenleyici bir hükmün söz konusu olduğunu, tarafların aksini kararlaştırabileceklerini savunmaktadır⁷²⁴. Taraflar sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne sahip olup, kamu düzenine, hukuk ve ahlaka kural olarak aykırı olmayacaktır; sınırlaması yalnızca TBK m. 27 ve TMK m. 23/2'de düzenlenen kişilik haklarını koruyucu hükümler söz konusu olabilir⁷²⁵. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, sözleşmeyi fesih hakkı sadece iş sahibine tanınmıştır; yükleniciye bu yönde tanınan bir hak mevcut değildir. Eğer yüklenici eseri meydana getirmek istemezse, temerrüde düşecek ve hakkında TBK m. 112 vd. hükümleri uygulanacaktır⁷²⁶.

Sözleşmeyi feshetmenin sonuçlarına kısaca değinecek olursak, fesih sonucu sözleşme ve borç sona erecek, eserin yapılmış olan kısmı tasfiye edilecek, yüklenicinin tüm müspet zararları tazmin edilecektir⁷²⁷.

⁷²¹ EREN, Borçlar Özel, s. 677; SELİMOĞLU, s. 433.

⁷²² EREN, Borçlar Özel, s. 677.

⁷²³ EREN, Borçlar Özel, s. 677; SELİMOĞLU, s. 433.

⁷²⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 677.

⁷²⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 677- 678.

⁷²⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 678.

⁷²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Borçlar Özel, s.680- 683.

E) İmkansızlık

1- İmkansızlık Kavramı

Borç ilişkisini ortadan kaldıran bir diğer sebep, borçluya yüklenemeyen bir sebepten, borcun ifasının imkansız hale gelmesidir⁷²⁸. Roma döneminden günümüze etki etmiş bir ilke olan “*impossibilium nulla obligatio est*” gereği imkansızlığın borç doğurmayacağı kabul edilir. İmkansızlık kavramı, mantıki imkansızlık ve hukuki imkansızlık olarak iki ana başlık altında incelenebilir⁷²⁹.

İmkansızlık, sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıktıysa, “Başlangıçtaki İmkansızlık”, edimin sözleşmenin kurulduğu anda mümkün, fakat sonradan imkansız hale gelmesi halinde “Sonraki İmkansızlık” gündeme gelecektir⁷³⁰. Edimin, mücbir sebep veya beklenmedik hal sebebiyle imkansız hale gelmesi sonucu, edim bir parça borcuysa, kusuru olmayan borçlu, borcundan kurtulur⁷³¹. Borçlar hukuku genel hükümler bilgilerinden de bilindiği üzere, burada söz konusu olan imkansızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmiş olmalıdır; zira sözleşme kurulduğu esnada bir imkansızlık söz konusuysa, “*impossibilium nulla obligatio est*”, kuralı gereği zaten bir borç ilişkisinin doğumu söz konusu olmayacaktır⁷³².

Edimin bu şekilde imkansızlık sebebiyle ifa edilememesinde, bazı durumlarda borçlu, bu sebeple elde ettiği hakları alacaklıya devretme gibi başka mükellefiyetler altına girecektir. Yüklenicinin elindeki şey, üçüncü kişinin haksız fiili sonucunda telef olmuşsa, imkansızlık sebebiyle ifa yükümlülüğü ortadan kalkmakla beraber, o haksız fiil sebebiyle üçüncü kişilere karşı sahip olduğu dava haklarını iş sahibine devretme borcu altına girecektir⁷³³.

⁷²⁸ SOMER, s. 135.

⁷²⁹ DURAL, M.; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul, 1976, s. 8 vd.

⁷³⁰ BUZ, V.; Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması; Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 49, S. 1, s. 23-40; s. 23.

⁷³¹ RADO, Borçlar Hukuku, s. 241.

⁷³² SOMER, s. 136.

⁷³³ D. 19.1.13.12, D. 47.2.14 pr.

2- Hasar Meselesi⁷³⁴

Eserin tesliminden önce telef olması halinde karşımıza hasara kimin katlanması gerektiği sorusu çıkar⁷³⁵. Eser sözleşmelerinde hasarın taraflardan hangisine ait olacağı hususu, Roma hukukçuları arasında tartışmalı olan bir konu halini almıştır. Günümüzde de tartışmalara yol açan bir konudur.

Edimin ifa edilmemesi borçluya yüklenilebilen bir olguysa, bu durumda söz konusu borç ilişkisini düzenleyen kurallar uygulanarak, tam karşılığı olmamasına rağmen sözleşmesel sorumluluk mevcut olacaktır⁷³⁶. Elbette hasar konusunda bizi ilgilendiren, sorumluluğun borçluya isnad edilemediği durumdur⁷³⁷. Bu konuda Roma dönemindeki metinler incelendiğinde, sonuç olarak, hasara hangi tarafın katlanacağını belirlemesi ile ilgili değerlendirmede malzemenin mülkiyetinin *conductor*'a geçip geçmemesi önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. *Locatio conductio operis*'de, *locator* tarafından işlenmek üzere verilen malzemenin işi görecek *conductor*'un mülkiyetine geçtiği klasik devir zamanında ve mülkiyetin *locator*'da kaldığı klasik sonrası devirde, farklı esaslara dayandırıldığını farketmekteyiz. Klasik dönemdeki kural icabı, malzemenin mülkiyeti kendisine geçen *conductor*, hasara katlanması sebebiyle, satış sözleşmesinde, satılan malın mülkiyetini alıcıya devretmemiş satıcının durumuna benzetebiliriz. Buna karşın klasik sonrası dönemdeki durumda *conductor*, malzemenin sadece *detentor*'u olduğundan, hasara katlanması noktası daha farklı atfedilir⁷³⁸. Şimdi aşağıda, dönemlere göre hasar meselesini inceleyeceğiz.

⁷³⁴ Hasar konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. SÖĞÜTLÜ-ERİŞGİN, Ö.; *Periculum Est Emptoris*, Ankara, 2010.

⁷³⁵ Konu hakkında kapsamlı bilgi için bkz. ALTAŞ, H.; *Eserin Tesliminden Önce Telef Olması*, Ankara, 2002.

⁷³⁶ BETTI, E.; *Her İki Tarafa Borç Yükleyen Akitlerde Hasarın Kime Ait Olacağı Meselesi* (Çev.: ERDOĞMUŞ, B.), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmalar Dergisi, Yen Seri- Yıl: 1, No:3, Ayı Bası, İstanbul, 1968, s. 3.

⁷³⁷ BETTI, s. 4.

⁷³⁸ SOMER, s. 114.

a. Klasik Dönemde

İlkin, klasik devrin başlarında uygulana gelmekte olan genel ilkedden bahsetmek gerekmektedir. Buna göre, eserin mücbir sebep ile zayı olması halinde, eser, henüz iş sahibine teslim edilmemiş veya onun tarafından kabul edilmemişse, hasar, *conductor*'a aittir ve *locator* bu durumda ücreti ödemek borcundan kurtulur⁷³⁹. Ancak unutulmamalıdır ki eser sözleşmesinde sadece eserin tamamlanması yetmez, aynı zamanda eserin kabulü ve teslim alınması da önem arz edecektir; dolayısıyla eserin telef olmasına sebep olan olay, iş sahibinin hakimiyet alanında ortaya çıkmışsa, burada *locator*'un hasara katlanması anı daha öne çekilebilecektir⁷⁴⁰

D. 19.2.62: *Labeo libro Pithanorum. Si rivum, quem faciendum conduxeras, et antequam eum probares, labeo corrumpit, tuum periculum est. Paulus: imo si soli vitio id accedit, locatoris erit periculum, si operis vitio accedit, tuum erit detrimentum.*

“Bir kanalın yapımını üstlenmişsen ve sonradan tamamlamana karşın, teslimden önce zarar görür veya yıkılırsa, onay almandan öncesine kadar hasar sana aittir. Paulus'a göre, bunun tersi bir durumda, eğer bu sonuç topraktaki bir bozukluktan meydana gelmişse, iş sahibi hasara katlanır. Ancak yapımdaki bir kusurdan kaynaklanıyorsa, hasar sana ait olacaktır⁷⁴¹”.

Labeo, bu metinde işlenecek malzemenin mülkiyetinin *conductor*'a geçmesinden hareket ederek bu kişinin malik olarak her türlü hasara katlanacağı sonucuna varmaktadır⁷⁴². *Labeo*'ya göre, iş tesadüf sonucu veya kaza sebebiyle teslim

⁷³⁹ RADO, Borçlar Hukuku, s. 141.

⁷⁴⁰ BETTI, s. 6.

⁷⁴¹ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “If you undertook on hire the creation of a channel and then made it, but subsidence ruined it before you had it approved, the risk is yours. PAUL: On the contrary; if this occurred due to a fault in the earth, the lessor will bear the risk. But if it happened due to a fault in the construction, the loss will be yours”, s. 115.

⁷⁴² SOMER, s. 115.

edilemiyorsa ve taraflara atfedilebilen bir kusur olmaksızın yok olmuşsa, yüklenici ücreti alamayacak ve hasara katlanacaktır. Ancak metnin ikinci kısmında, Paulus'a ait olduğu belirtilen bölümde klasik hukukçular, yapılan işin telef olmasının sebebinin arazideki bir aksaklıktan kaynaklanması halinde, hasarın iş sahibine; diğer bütün hallerde yükleniciye ait olduğunu belirtmişlerdir⁷⁴³. D. 19.2.37'de, tamamlanmış işin *locator*'a tesliminden önce hasara uğramasından söz edilmektedir:

D. 19.2.37: *Iavolenus libro VIII. Ex Cassio. Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.*

“Eğer bir iş, iş sahibi tarafından onaylanmadan bir güç tarafından zarar görürse, hasar, eğer önceden onaylanmış olması gerekiyorsa iş sahibine aittir⁷⁴⁴”.

Metinden, klasik hukuk döneminde işlenecek malzemenin mülkiyetinin işi görecektir olana geçtiği durumlarda tamamlanmış bir işte meydana gelen her türlü hasarın, malik olması sebebiyle, yükleniciye ait olacağını kabul edildiğini, buna karşılık malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kaldığı durumlarda ise mücbir sebep sonucu oluşan hasarın iş sahibine ait olacağı düşüncesinin egemen olduğu sonucuna varılabileceği belirtilmektedir⁷⁴⁵.

D. 19.2.59⁷⁴⁶'da, yarısı yapılmış bir evin deprem sonucunda yıkılması halinde hasarın *locator*'a ait olduğu belirtilmiştir. Zira bu çözüm yolu, malzemenin mülkiyetinin onu işleyene geçmemesi esas alınarak oluşturulmuştur. Burada, *Sabinus*'un çözüm yolu değiştirilmiş, ev yapımını konu edinen eser sözleşmesinde, yer sarsıntısı sebebiyle meydana gelen hasarın, hem malzemenin hem de evin maliki olması sebebiyle

⁷⁴³ BUCKLAND, Textbook, s. 506.

⁷⁴⁴ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “If a job is destroyed by some force before being approved by the lessor, the loss falls on the [job's] lessor if the job was such that it should be approved”, s. 111.

⁷⁴⁵ KARADENİZ, s.181.

⁷⁴⁶ Bkz. İkinci Bölüm, “B) Malzemenin Temin Edilmesi ile Araç ve Alet Sağlama” alt başlığı.

locator'a ait olması hususu belirtilmiştir⁷⁴⁷.

D. 19.2.36⁷⁴⁸'ya ve hasarla ilgili metinlere göre, *Florentinus*, iş tesliminin bir kül halinde, toptan tesliminin kararlaştırıldığı durumlarda, tamamlanmış olan işin teslimine kadar, hasarın *conductor*'a ait olduğunu belirtmiştir. Ancak işin kısım kısım teslimi kararlaştırılmışsa, bu ihtimalde işi gören kimsenin, her bir bölümü teslim ettiğinde, o kısım açısından hasara katlanmaktan kurtulacağını ifade etmiştir⁷⁴⁹. *Florentinus*, kendi döneminde işlenecek malzemenin mülkiyetinin *conductor*'a geçmesinin kural olmaktan çıkması sebebiyle son kısımda çözüm yolunu değiştirerek, hasarın, “teslimin *locator*'un kusuru sonucu yapılamaması” veya “*vis maior*'dan” kaynaklanması halinde iki ayrı şekilde değerlendirerek, bu ihtimallerde, hasarın *locator*'a ait olacağını ifade etmiştir. *Iustinianus* zamanında ise, malzemenin mülkiyetinin onu işleyen kişiye geçmesinin tamamen kural dışı bir nitelik kazanması dolayısıyla bu durumun ihmal edilerek hasar sorununun malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kalması esasına dayanılarak çözüldüğü görülmektedir⁷⁵⁰.

Özetle, klasik dönemdeki anlayışı, bir örnekle şu şekilde ifade edebiliriz: A, bir evi bir yıllığına kiralar ve altı ayın sonunda ev yanarsa, sadece kiranın altı aylık kısmını ödemekle yükümlü olur; böylece hasarın *locator*'da olduğunu söyleyebiliriz. Eğer A, bir işçiyi bir yıllığına kiralar ve işçi yarım yılın sonunda ölürse; mirasçıları, ücretin yarısını talep edebilir. Eğer A, kuyumcuya yüzük yapması için altın verir, ve altın, kuyumcudan çalınırsa; kuyumcu, *custodia*'dan sorumlu olacak ve işe başlamış, hatta neredeyse tamamlamış olsa dahi bir ücret talep edemeyecektir⁷⁵¹.

b. Klasik Sonrası Dönemde

İşlenecek malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kalması ilkesinin benimsenmesi, klasik dönemin ortalarına doğru giderek arttı; ve klasik sonrası dönemde malzeme

⁷⁴⁷ KARADENİZ, s. 182.

⁷⁴⁸ Bkz. İkinci Bölüm, “III. Tarafların Sorumluluğu” alt başlığı.

⁷⁴⁹ KARADENİZ, s. 175.

⁷⁵⁰ SOMER, s. 118.

⁷⁵¹ SCHULZ, s. 548.

mülkiyetinin onu işleyecek olana geçmesi ilkesi tamamen uygulamadan çıkarıldı. Böylece *conductor* işleyeceği malzemenin sadece vazüyeti (*detentor*) olması sebebiyle sorumluluğu hafifledi⁷⁵².

Klasik sonrası döneme gelindiğinde artık mücbir sebeplerden doğan hasar, yükleniciye değil, iş sahibine aitti. Mücbir sebep halinde ve eserin tamamlanmasından önce, iş sahibi tarafından verilen malzemedeki eksiklik yahut bozukluktan hasarın meydana gelmesi ihtimalinde, yüklenicinin eseri teslim borcu ortadan kalkmaktadır. Ancak buna karşın iş sahibinin ücret ödeme borcu devam etmekteydi⁷⁵³. İş, iş sahibi tarafından kabul edilmiş veya ona teslim edilmişse, yüklenici, hilesi olduğu durumlar dışında hasarı yüklenmeyecektir⁷⁵⁴.

Hasarla ilgili bir diğer mesele de gemi ile taşıma sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde, bu tipteki taşıma sözleşmelerinin, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sebebiyle; müşterek avarya ihtimalinde nasıl bir çözüm yoluna gidileceği meselesi karşımıza çıkar. Bu konu, kapsam itibarıyla çalışmamızın sınırlarını aştığından sadece değinmekle yetiniyoruz⁷⁵⁵.

Labeo'nun, hasarı yükleniciye yüklediği ağır hükmü, *Paulus* tarafından, yüklenicinin, hasardan sadece işin eksik yapılması halinde sorumlu tutulabileceği biçiminde yumuşatılmıştır⁷⁵⁶. Yukarıda değerlendirilen D. 19.2.62'nin ikinci kısmında *Paulus*, malzemenin mülkiyeti yüklenicide kaldığından hareketle bu sonuca ulaşmıştır. Bu metinde hasar, *periculum*⁷⁵⁷ ve *detrimentum* olarak ikiye ayrılmış, işin kusurlu yapılması halinde meydana gelen hasar yükleniciye yüklenip; hasarın toprağa ait bir bozukluktan kaynaklanması halinde hasarın iş sahibine ait olması gerektiği ifade edilmekteydi⁷⁵⁸. Yukarıda incelen bir diğer metin olan D. 19.2.9.5'te, *Celsus*,

⁷⁵² KARADENİZ, s. 183.

⁷⁵³ BUCKLAND, Textbook, s. 506.

⁷⁵⁴ RADO, Borçlar Hukuku, s. 141.

⁷⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ROBY, s. 177-178.

⁷⁵⁶ KARADENİZ, s. 171.

⁷⁵⁷ UMUR, Lügat: “*Periculum: Hasar, riziko. Bir malın bozulması, telef olması veya bir davanın kaybedilmesi, bir işin fena idare edilmesi gibi bir vaziyetten bir kimse aleyhine doğan mesuliyet. Bazen, borçlu olunan malın, kimsenin kusuru olmadan telef olması dolayısı ile zararın kime ait olacağı meselesi*”, s. 155.

⁷⁵⁸ SOMER, s. 119.

imperitia'yı *culpa* kapsamında nitelendirmektedir. Buna paralel şekilde D. 9.2.27. 29'da da, *imperitia* kusur kavramı içerisinde değerlendirilmiş ve cam bardağı yontan kimsenin sorumluluğu sonucuna varılmıştır⁷⁵⁹.

Tarafların hasara dair sorumluluğuna ilişkin metinler bunlarla sınırlı olmamakla beraber, kıyas yoluyla sorumluluğu ilişkin kurallar da uygulanabilecektir. Zira *Gaius*, D. 4.9.5 pr.'da, gemi işletenlerin, hancıların ve ahır sahiplerinin hasar sebebiyle sorumluluklarını, temizleyici ve terzilerin sorumluluklarına eş tutarak bunların *custodia* sorumluluğu altına girdiklerini ifade etmektedir; ve bu kimselere karşı *actio locati* açılabilirdi⁷⁶⁰.

Klasik dönemde mevcut olan *custodia* sorumluluğu neticesinde açılan *actio locati*, iş sahibinin, sözleşme sebebiyle yükleniciyi sorumlu tutması için yeterli olduğundan, *actio de recepto*'ya⁷⁶¹ gerek kalmamıştır. Oysa klasik sonrası döneme gelindiğinde, *actio locati* sebebiyle sorumluluk, *custodia* değil, *omnis culpa* olarak benimsendiğinden, taraflar, *casus*'un⁷⁶² da dahil olduğu bir sorumluluk istiyorlarsa, bir *receptum* yaparak, bunun sonucunda *actio de recepto*'ya da başvurabileceklerdi⁷⁶³.

Klasik dönem hukukçuları *Labeo* ve *Cassius*'un da işlenmek üzere verilen malzemenin telef olması durumunda, hasara kimin katlanacağı ile ilgili düşüncelerinden hareketle, bu husustaki görüşlerinin işlenecek malzemenin yüklenicinin mülkiyetine geçtiğinin kabulü olduğunu anlıyoruz⁷⁶⁴. Daha önce de incelemiş olduğumuz *Labeo*'nun kanal açmaya ilişkin metninde, eser sözleşmesi

⁷⁵⁹ SOMER, s. 119.

⁷⁶⁰ SOMER, s. 120.

⁷⁶¹ UMUR, Lügat; “*Actio de recepto*:Klasik hukukta bir *receptum*'a dayanarak, *Iustinianus* hukukunda kanunen, gemicilerin, hancıların ve ahır işletenlerin müesseselerine gelen müşterilerin beraberlerinde getirdikleri eşyanın kaybolması yüzünden mesul olmalarını gerektiren praetor davasına bazı müellifler tarafından verilen isim. *Receptum*'a dayanan bu tevdi halinde müessese sahipleri, kusurları olmasa dahi, malların çalınmasından sorumlu idiler”, s. 6.

⁷⁶² UMUR, Lügat; “*Casus Fortuitus*: Borçlunun iradesi dışında, binaenaleyh onun bir kusuru (*culpa*) olmaksızın, tabii olarak meydana gelen, önceden kestirilemeyen ve borçlunun ifada bulunmasına engel olan herhangi bir hadise. Beklenmedik hal. Borçlunun mesuliyeti bakımından nazari itibara alınan *casus* mefhumu hakkında değişik tabirler ve görüşler vardır. Kaynaklarda *casus*, bazen, *vis maior* ve *damnum fatale* yerine de kullanılmaktadır”, s. 33.

⁷⁶³ SOMER, s. 120.

⁷⁶⁴ SOMER, s. 120.

akdedilerek başlanan bu kanal açma işlenminde, açılan kanalın, teslimden önce toprak kayması sonucunda bozulması halinde, hasarın kanal açma yükümlülüğünde bulunan kimseye ait olacağını belirtmiştir⁷⁶⁵. Bu sonuca *Labeo*, kanal açma yükümlülüğü altına girmiş olan kişinin, kanal açması için kendisine verilen toprağın mülkiyetini de kazandığı fikrinden yola çıkarak varmaktadır. *Labeo*'nun bu görüşü, *Paulus* tarafından, işi görecek olan yüklenicinin, hasardan dolayı sadece işteki kusurundan ileri gelmiş olması halinde sorumlu tutulacağı şeklinde yumuşatılmış, bu noktaya da malzemenin mülkiyetinin, iş sahibinde kalmasının genel kural oluşu ile açıklanır⁷⁶⁶.

Iavolenus, D.19.2.37'de ise, işlenmiş malzemenin, işleyen kişi tarafından iş sahibine tesliminden önce hasara uğraması durumundan bahsetmiştir⁷⁶⁷. Buna karşın bazı yazarlar, buradaki çözüm yolunun, *Cassius*'a ait olan kısmın anlaşılmadığını, buna karşın, metnin ifadesinden, malzemeyi işleyecek kişinin sorumluluğunun genellikle *vis maior* kapsayacak şekilde geniş tutulduğu; ancak malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kalmasının amaçlandığı durumlarda bu sorumluluğun ortadan kalktığı ve işlenmiş malzemenin tesliminden önce *vis maior* sebebiyle uğrayacağı hasarın iş sahine ait olacağını kabul edildiği sonucuna varılması gerektiği görüşünü kabul ettiklerini belirtirler⁷⁶⁸.

Sabinus'un görüşünü yansıtan *Iavolenus*'a ait D.19.2.60, yukarıda aktardığımız görüşe paraleldir. Burada, eser sözleşmesi ile yarısı inşa edilmiş olan evin yarısının deprem sebebiyle yıkılması söz konusudur. Bu hususta *Sabinus*, hasarın, malzemenin mülkiyetinin, onu işleyene geçmediği durumda, iş sahibine ait olacağını belirtmektedir⁷⁶⁹.

Günümüzdeki Türk hukukunu incelediğimizde, TBK m. 483'de, “eserin yok olması” başlığında şu şekilde ifade etmektedir:

⁷⁶⁵ SOMER, s.120.

⁷⁶⁶ SOMER, s. 121.

⁷⁶⁷ SOMER, s. 121.

⁷⁶⁸ KARADENİZ, s.170.

⁷⁶⁹ SOMER, s. 121.

“Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur”.

Görüldüğü üzere hasar, yükleniciye aittir. Ayrıca, buna ek olarak, telef olan malzeme kime aitse hasara da o katlanacaktır. Eser, yüklenici, tarafından teslim edilinceye veya iş sahibinin temerrüdü halinde, TBK m. 112 gereği, tevdi edilmişse, hasar, iş sahibine geçecektir⁷⁷⁰.

Malzemeyi iş sahibinin vermesi durumunda, TBK m. 472/3'e göre, yüklenicinin genel bir ihbar yükümlülüğü mevcuttu. Elbette bu yükümlülük, satış sözleşmesinde alıcının yükümlülüğü kadar ağır nitelikte değildir⁷⁷¹. Zira iş sahibi, zamanında ihbarda bulunursa, yüklenicinin zararını tazmin ederek sözleşmeyi TBK m. 483 gereği feshedebileceği gibi, sözleşmeye devam edilmesini isteyebilir. Bu ihtimalde, yapılan şey telef olursa, TBK m. 483/2 uygulanacaktır. Yüklenici, yaptığı işin bedelini ve bu bedelde olmayan diğer masrafları ve iş sahibinin kusurlu olması halinde fazla zararını da talep edebilecektir; yani iş sahibinin bu durumda işe devamında ısrarı, hasarın kendisine geçmesine sebep olacaktır⁷⁷².

Eser sözleşmesinde hasarın geçmesi, TBK'ya göre, çeşitli şekillerde kendisini gösterebilmektedir. Nitekim, her şeyden önce hasarın geçmesi sorununa yol açan husus, yüklenicinin eseri teslim borcunu ifa etmesini engelleyecek nitelikte bir olgu olarak karşımıza çıkabilir. Zira TBK m. 483/1, “*eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olabilir*” demektedir. Bu durumda, yüklenicinin, işin ücretini ve giderlerini iş sahibinden isteyip isteyemeyeceği, ve eserin yapımında kullanılan malzemenin hasarının kime ait olacağı sorunu karşımıza çıkacaktır; ki buna ilişkin kural ve istisnaları TBK m. 483'te görüyoruz⁷⁷³. Nitekim kural, maddenin birinci

⁷⁷⁰ SOMER, s. 121.

⁷⁷¹ VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 571; SELİMOĞLU, s. 123.

⁷⁷² TANDOĞAN, s. 112.

⁷⁷³ YAVUZ, 9. Bası, s. 964.

fıkrasında Şu Şekilde belirtilmiştir: “*Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur*”. Bu Şekilde, parça borcunun söz konusu olduğu bir eser bitirilip de teslim edilmeden önce yahut tamir veya işlenmek için verilen ferdi olarak belirli bir Şey geri verilmeden önce, taraflara isnad edilemeyen bir sebepten yok olursa yüklenici için kusursuz ifa imkansızlığı ortaya çıkar ve onun borcu, TBK m. 136/1 uyarınca sona eren; hasar da TBK m. 137/2 ve TBK 483/1 uyarınca yükleniciye ait olur; dolayısıyla yüklenici, sözleşmenin kendisine yüklediği borçlardan kurtulduğu gibi, ücret alacağına ve giderlere ilişkin alacağını da kaybeder⁷⁷⁴.

Malzeme yüklenici tarafından sağlanırsa, ve eser tamamlanmadan önce beklenmedik bir olay sonucu yok olursa, genellikle bir ifa imkansızlığı söz konusu olmaz, ancak o zamana kadar yapılan malzeme giderleri ve harcanan emek söz konusudur⁷⁷⁵. Bu durumda, TBK m. 480/2'ye veya TBK m. 482'ye dayanarak, bir tazminat ödemeksizin işe devamdan kaınılabilecektir; ancak yüklenici, artık bir ücret talebinde bulunamayacak ve kendisine denmiŐ avanslar varsa da bunları iade etmek zorunda kalacaktır⁷⁷⁶.

Bu Şekilde, genel kural gereği hasarın yükleniciye ait olduğunu görmüş olduk. Bunun istisnaları, iş sahibinin eseri teslim almakta temerrüt etmesi hali (temerrüdün başladığı andan itibaren hasar, iş sahibine geçecektir); malzemeyi iş sahibinin sağladığı durumlarda malzemeye gelen hasara iş sahibi katlanacak; ve son olarak TBK m. 483/2 gereği, “*eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmiŐse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerin ödenmesini isteyebilecektir*”⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ YAVUZ, 9. Bası, s. 965.

⁷⁷⁵ YAVUZ, 9. Bası, s. 965; ALTAŞ, Eserin Teslimden nce Telef Olması, s. 117 vd.

⁷⁷⁶ TANDOğAN, 2. s. 318.

⁷⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ALTAŞ, Eserin Teslimden nce Telef Olması, s. 97.

TBK m. 27'ye göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” demektedir. Borçlunun ifasının imkansız hale gelmesi, borçlunun edimi yerine getirmesine engel olan ve önlenemeyecek bir engelin ortaya çıkmasını ifade eder⁷⁷⁸. Sonradan ortaya çıkan bu türden imkansızlığın tarafları nasıl etkileyeceği, TBK m. 136'da şu şekilde ifade edilmiştir:

“Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşır, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkansızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür”.

Bu şekilde, günümüz Türk hukukunda da Roma hukukunda geçerli olan ilkeye paralel olarak imkansızlığın oluşmasında borçlunun kusurunun olmaması ve imkansızlığın, sözleşmenin akdedildiğinden sonraki bir tarihe ait olması gerekmektedir⁷⁷⁹.

Türk hukukunda, eser akdindeki kusursuz imkansızlık, sözleşme konusu olan şeye ilişkin imkansızlık ve hasar; iş sahibinin şahsını ve riziko alanını ilgilendiren imkansızlık (veya sözleşmeye devamının ondan beklenememesi); ve yüklenicinin şahsını ilgilendiren imkansızlık şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutularak

⁷⁷⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 395.

⁷⁷⁹ VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 270.

incelenmiştir⁷⁸⁰.

Edimin tamamen imkansızlaşması yanında, eğer edim, kısmen telef olmuşsa yahut kısmen ifası mümkünse ve edim bölünebilen bir edimse, borçlu, geri kalan kısmı ifa ile yükümlü olacaktır. Bu durumda karşı edim de, ona paralel olarak, imkansız hale gelen kısım ile orantılı olarak indirilecektir. Ancak genel kural burada da geçerli olacak ve tarafların, imkansızlaşan bölümün daha başlangıçta mevcut olması durumunda, sözleşmeyi yapmayacakları kabul ediliyorsa, sözleşme baştan doğmamış olacaktır⁷⁸¹.

Roma hukukundakine benzer olarak, modern Türk ve İsviçre hukuklarında, alacaklı, ifası imkansızlaşmış bir edimin yerine geçen şeyi isteyebilecek; haksız fiilden doğan dava hakkını kullanabilecek; ve kamulaştırma halinde alınan tazminatı talep edebilecektir⁷⁸².

Türk hukuku ve öğretide, imkansızlık sebebiyle sona ermenin, imkansızlığın kaynağına göre üçe ayrılır. İmkansızlık, beklenmedik bir olaydan, yükleniciden veya iş sahibinden kaynaklanabilir⁷⁸³.

Eserin beklenmedik olay sonucu yok olması sonucu imkansızlığın söz konusu olması halinde, “eserin yok olması” bağlığını taşıyan TBK m. 483, sözleşmeyi sona erdiren sebep olarak düzenleyen hükme bakılacaktır. Bu maddede, bir yandan sözleşmenin sona ermesi düzenlenirken, diğer yandan da eser sözleşmesinde hasarın geçmesi düzenlenmektedir⁷⁸⁴. Maddenin birinci fıkrasında, eserin teslim anına kadar bedel hasarının, kural olarak yükleniciye ait olduğunu bildirmektedir. Eserin meydana getirilmesi için kullanılacak malzemeyi yüklenici sağlamış olsa dahi durum bu şekilde olacaktır⁷⁸⁵. Bu hüküm, yüklenici eser sözleşmesinde sonucu

⁷⁸⁰ TANDOĞAN, s. 316.

⁷⁸¹ SOMER, s. 137.

⁷⁸² VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s.271.

⁷⁸³ EREN, Borçlar Özel, s. 683; SELİMOĞLU, s. 419.

⁷⁸⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 683; SELİMOĞLU, s. 421.

⁷⁸⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 684; SELİMOĞLU, s. 421-422.

borçlandığından aslında gerçeğe de uygundur⁷⁸⁶. TBK m. 483/1, “Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa, iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez” hükmünü içerir. İkinci fıkrasında ise, meydana gelen hasarın, malzemeyi sağlamış olan tarafa ait olduğu düzenlenmiştir. 483/1'in son cümlesi, “Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.” ifadesini içerir. Dolayısıyla beklenmedik halden imkansızlığın mevzu bahis olabilmesi için, her şeyden önce eser, kısmen de olsa yok olmalıdır; bu yok olmanın sebebi beklenmedik olay olmalıdır⁷⁸⁷; eser teslim edilmemiş olmalıdır⁷⁸⁸ ve son olarak da iş sahibi temerrüde düşmemiş olmalıdır.

Bu şekildeki imkansızlığın sonuçları incelenirse, eserin, iş sahibine teslim edinceye kadar bedel hasarının yükleniciye ait olması sebebiyle, yüklenicinin iş sahibinden hiçbir talepte bulunamayacağı, bilhassa işin bedelini ve yaptığı giderlerin ödenmesini talep edemeyeceği anlaşılacaktır⁷⁸⁹. Buna ek olarak, iş sahibi, işin yapılması sırasında yükleniciye bazı avans ve ödemelerde bulunmuş veya bedeli kısmen veya tamamen ödemişse, bunların TBK m. 136/2'ye göre geri verilmesini talep edebilecektir⁷⁹⁰.

Yüklenici, eseri sözleşmede kararlaştırdıkları tarz ve şekilde iş sahibine teslim etmek zorundadır. Eserin, kararlaştırılan şekilde teslim edildiği anda hasar yükleniciden iş sahibine geçer, ve bu andan itibaren de eser yok olursa buna iş sahibi katlanır. Görülüyor ki, bedel hasarı teslimle veya iş sahibinin temerrüdüyle birlikte iş sahibine geçmektedir⁷⁹¹. İş sahibi, alacaklı temerrüdüne düşerse, beklenmedik olay sonucu eser tamamen veya kısmen yokolsa; ve bu sebeple de eseri kısmen veya tamamen teslim alamasa dahi, yükleniciye üstlenmiş olduğu bedeli ödemek zorundadır⁷⁹²; daha önce de değindiğimiz üzere temerrütle beraber hasar iş sahibine geçer.

⁷⁸⁶ ARAL/AYRANCI, s. 381.

⁷⁸⁷ Burada beklenmedik olay ile kastedilen, iş sahibi ve yükleniciye yükletilemeyen her olaydır, EREN, Borçlar Özel, s. 685.

⁷⁸⁸ Teslim edilmekten amaç, eserin yüklenicinin zilyetliğinden, fiili hakimiyet alanından çıkarıp, iş sahibinin hakimiyet alanına geçirilmesi demektir; zilyetliğin teslimi devri söz konusudur. EREN, Borçlar Özel, s. 686.

⁷⁸⁹ ALTAŞ H.; Eserin Tesliminden Önce Telef Olması, Ankara, 2002, s. 109 vd.

⁷⁹⁰ ARAL/AYRANCI, s. 381.

⁷⁹¹ ALTAŞ, Eserin Telef Olması, s. 112 vd.

⁷⁹² EREN, Borçlar Özel, s. 687.

Taraflar, eserin kısım kısım teslimi yönünde anlaşmışlarsa, hasar, her kısmın teslimine kadar yüklenicide olup, ancak bu kısmın teslimiyle beraber iş sahibine geçer⁷⁹³.

TBK m. 483/2'de, ayrıca, malzemenin yok olması haline ilişkin olarak düzenleme yapılmıştır. Buna göre, beklenmedik olay neticesinde, eserin meydana getirilmesinde kullanılan malzemenin yok olmasının riskine, malzeme kime ait idiye o katlanacaktır. Bu hüküm, malzemeyi iş sahibinin sağlaması halinde önem kazanacaktır; zira malzemeyi yüklenicinin sağlaması halinde, TBK m. 483/2 değil; genel hüküm niteliğindeki 483/1 uygulanır ve hasar zaten yükleniciye ait olur⁷⁹⁴.

Bu açıklamalar dışında, eserin ifasının imkansızlığı, iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın ayıbından, veya iş sahibinin yanlış talimatlarından veya iş sahibinin şahsında meydana gelen beklenmedik bir olaydan da kaynaklanabilir. Bu durumda yükleniciye bazı haklar tanınmıştır. Yüklenici, her şeyden önce yaptığı işin değerini isteyebilecek; bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilecek ve uğradığı zararın giderilmesini isteyebilecektir⁷⁹⁵.

Bunun dışında imkansızlık, iş sahibi ile ilgili beklenmedik bir olaydan da kaynaklanabilir. TBK m. 485'e göre, eserin tamalanması iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay sebebiyle imkansızlaşır ve yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilecektir. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay, yüklenici tarafından eserin ifasını sürekli ve objektif olarak imkansızlaştırmıştır⁷⁹⁶. TBK m. 485, genel hüküm niteliğindeki kusursuz imkansızlığa ilişkin TBK m. 136'ya oranla özel hüküm niteliğindedir⁷⁹⁷.

⁷⁹³ EREN, Borçlar Özel, s. 687.

⁷⁹⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 687

⁷⁹⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 690.

⁷⁹⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 690-691; SELİMOĞLU, s. 422-423.

⁷⁹⁷ EREN, Borçlar Özel, s. 691.

Bu şekilde, iş sahibiyle ilgili beklenmedik hal sebebiyle ortaya çıkan ifa imkansızlığında, sözleşmenin sona ermesine neden olacak; sözleşme, ileriye etkili olarak sona erecektir⁷⁹⁸. Bu sonuç, herhangi bir irade açıklamasına gerek olmaksızın imkansızlıkla birlikte kendiliğinden meydana gelir⁷⁹⁹.

F) Yüklenicinin Ölümü

Bazı borç ilişkilerinde, borçlunun şahsının özel bir önemi olabilir. Bu takdirde, borçlunun ölümü, borç ilişkisini sona erdirir⁸⁰⁰. Konusu *facere*, yani bir yapma borcunu içeren sözleşmelerde, yapılacak olan iş, borçlunun şahsına bağlıysa, borçlunun ölümü ile taraflar arasındaki ilişki sona erecektir⁸⁰¹. Bu sebeple, eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ölümü, onun şahsı dikkate alınarak sözleşme yapılmışsa ve ifayı ondan başkasının yapmayacağı kararlaştırılmış; veya işin niteliği gereği böyleyse, bu, tarafların arasındaki sözleşmeyi sona erdirecek, borç ilişkisi ortadan kalkacaktır⁸⁰². Ancak bu tür işler genellikle yüklenici tarafından bizzat yapılmadığından, tarafların ölümü, akdi etkilemezdi⁸⁰³.

Türk hukuku açısından incelediğimizde, EBK m. 371, yüklenicinin ölümünün, sözleşme, onun kişiliği dikkate alınarak yapılmışsa sona ereceğini belirtmiştir. Dolayısıyla kural olarak, eser sözleşmesi, ölüm ile son bulmayacaktır. Yüklenicinin bilgisi, deneyimi, doğruluğu gibi sebeplerle, yüklenicinin kişiliği göz önünde tutularak sözleşme akdedildiyse, sözleşmenin sona ermesi söz konusu olacaktır⁸⁰⁴.

TBK'ya bakıldığında, m. 486, şu şekilde tesis edilmiştir: “*Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu*

⁷⁹⁸ ARAL/AYRANCI, s. 384.

⁷⁹⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 692.

⁸⁰⁰ SOMER, s. 138.

⁸⁰¹ UMUR, Ders Notları, s. 330.

⁸⁰² SOMER, s. 138.

⁸⁰³ BUCKLAND, Textbook, s. 505.

⁸⁰⁴ VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 586.

Kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür” . Görüldüğü üzere kanun koyucu, buradaki sonraki ifa imkansızlığını, aynı zamanda eser sözleşmesini sona erdiren bir sebep saymıştır⁸⁰⁵ .

Yargıtay, EBK m. 371'deki yüklenicinin ölümüne ilişkin verdiği kararlarda, yüklenicinin ölümü sonucunda kural olarak sözleşmenin sona ermeyeceğini, ancak yüklenicinin şahsı dikkate alınarak sözleşme yapılmışsa sona ereceğini belirtmiştir: “ *BK'nun 371. hükmü gereğince, yüklenicinin ölümü kural olarak sözleşmeyi sona erdirmez. Bu kuralın istisnası, maddenin ilk fıkrasında belirtildiği üzere yüklenicinin kişiliği nazara alınarak yapılmış olan sözleşmelerde görülür. Daha açık bir deyimle, yüklenicinin özel meslek bilgisi, kişiliğinin kuvvetle güven vermesi, üne kavuşmuş bir kişi olması gibi özellikler gözetilmek suretiyle yapılmış olan sözleşmeler, ölüm halinde amaca uygun olarak gerçekleşmesi beklenemeyeceğinden, ölümle son bulacağı kabul edilmiştir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları bu yöndedir⁸⁰⁶” .*

Belirtilen şekilde, yüklenicinin kusuru olmaksızın, beklenmedik hal sebebiyle imkansızlığın hasıl olması halinde, eser sözleşmesi, TBK m. 486 icabı kendiliğinden ileriye etkili olarak sonra erer, yüklenici borcundan kurtulur ve iş sahibine karşı da onun, sözleşme yüzünden uğramış olduğu zararları tazmin zorunda kalmaz⁸⁰⁷ . Ancak eserin bir kısmı tamamlanmış, ve yüklenici veya mirasçıları da bunu iş sahibine

⁸⁰⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 693. Bu hususla ilgili olarak yüklenicinin kusuru ile ölümü veya yeteneğini kaybetmesine yol açmasına ilişkin öğretideki ilginç bir tartışmaya kısaca değineceğiz. Yüklenicinin, eseri kendi kusuru sebebiyle tamamlayamaması halinde, olaya TBK m. 486'nın mı yoksa m. 112'nin mi uygulanacağı, tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, özellikle Federal Mahkeme'nin kabul ettiği görüşe göre, böyle bir halde de TBK m. 486 uygulanmalıdır. Buna karşılık, karşıt görüş, bu durumda yüklenicinin TBK m. 112'ye göre sorumlu olması gerektiğini, iş sahibinin uğradığı müspet zararı tazmin etmek zorunda olduğunu belirtir; zira imkansızlığa neden olan ölüm ve yetenek kaybı, yüklenicinin kendi kusuru sonucu (örneğin intihar) ortaya çıkmışsa, **Eren**'in de katıldığı görüşe göre, bu madde değil, kusurlu sonraki ifa imkansızlığını düzenleyen TBK m. 112 uygulanmalıdır; çünkü böyle bir halde imkansızlığa sebep olan olay beklenmedik olay değil, yüklenicinin kusurlu davranışdır, biz de bu görüşe katılıyoruz (EREN, Borçlar Özel, s. 695-696). Müteahhidin intiharının kusur sayılmasının ancak sözleşmede öngörülen yükümlülüklerinden kurtulmak için yapılması halinde kusur sayılacağı görüşü de mevcuttur (BUZ, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, s. 37). İntiharın kusur olup olmadığı tartışması iş sahibinin intiharı açısından da tartışma konusu olmuştur. Kimi yazarlar, iş sahibinin intihar etmesini kusur sayarken; diğer bir takım yazarlar, iş sahibinin, sadece eserin tamamlanmasına engel olmak için intihar ermesi halinin kusur sayılabileceği kanısındadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, s. 32).

⁸⁰⁶ HGK 14.04.1973; 405/559; YAVUZ, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, s. 2536.

⁸⁰⁷ ARAL/AYRANCI, s. 386.

sunmuşlarsa, iş sahibi, bu kısmın kullanılması mümkün olduğu takdirde, bunu kabule ve bedelini de sözleşmeye göre ödemeye mecbur olacaktır. İş sahibinin ödeyeceği kısmi bedel, sözleşmedeki hükümlere, sözleşmede bir hüküm yoksa, TBK m. 481'e göre hesaplanacaktır⁸⁰⁸.

İş sahibi, TBK m. 486'ya göre yüklenicinin ifa imkansızlığından dolayı ondan tazminat isteyemez⁸⁰⁹; buna karşılık ifa imkansızlığı, yüklenicinin temerrüdü esnasında veya kusurlu davranışıyla meydana gelmişse, iş sahibi, ona karşı TBK m. 118 ve 112'ye göre hareket ederek tazminat davası açabilir; ki bu ihtimalde yüklenici, TBK m. 112 gereği iş sahibinin uğramış olduğu müspet zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır⁸¹⁰.

II. *Locatio Conductio Operis*'e Özgü Sona Erme Sebepleri

Eser sözleşmelerine has bazı özel sona erme halleri de mevcuttur; bunlar, haklı sebeple sona erme, acz dolayısıyla sona erme, ve ücret miktarı ile ilgili sona erme şeklinde üçe ayrılabilir⁸¹¹. Esasen hemen belirtmek gerekir ki, Roma dönemindeki metinlerden bu ayrımlarla ilgili olarak kesin çizgiler mevcut olmamakla beraber, acz dolayısıyla sona erme hali dışında, Roma hukuku mantık silsilesi içerisinde yer bulabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak bu ayırım, esasen günümüzdeki modern şekli ve maddelerin yorumlanmasıyla varılmış sonuçlardır⁸¹².

⁸⁰⁸ EREN, Borçlar Özel, s. 697.

⁸⁰⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 697; İmkansızlık sonucu talep edilebilecek tazminat ve Borçlar Kanunu hükümlerinin eleştirisi için bkz. BUZ, V.; Borçların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, İstanbul, 2012, s. 91-111, s. 108 vd.

⁸¹⁰ EREN, Borçlar Özel, s. 697.

⁸¹¹ SOMER, s. 138.

⁸¹² SOMER, s. 138.

A) Haklı Sebep Sona Erme

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Roma hukukunda bu hususla ilgili olarak net bir bilgi mevcut değildir; ancak kaynaklara baktığımızda, işin görülmesi için gereken masrafların, işi görecek olan kimsenin önceden yaptığı tahminlerin çok üzerinde çıkması durumunda, iş sahibinin sözleşmeden vazgeçebileceği ve ödenen paranın, harcanmamış kısmını geri isteyebileceğini görmekteyiz⁸¹³.

Türk hukukunda, TBK'da, haklı sebeple fesih hakkının olup olmadığı tartışmalıdır. TBK m. 485/1'in karşılığı olan İsviçre BK m. 378/1'e dayanarak, bu maddenin sadece objektif imkansızlık⁸¹⁴ hallerinde değil, sübjektif imkansızlık hallerinde de, haklı bir sebebin mevcudiyeti söz konusuysa ve iş sahibinin akde devam etmesi beklenemez hale getiren önemli bir sebep varsa, TBK m. 485/1'e dayanarak sözleşmeyi feshedebilecektir⁸¹⁵. Görüldüğü üzere, burada fesih hakkının kullanılması, sözleşmeye devam etmeye engel önemli bir sebebin ortaya çıkması ve sözleşmeyi feshetmek için TBK m. 484'e göre tam tazminatı ödemenin iş sahibinden beklenemeyecek aşırı bir külfet niteliği taşıması koşullarına bağlıdır⁸¹⁶.

Fesih, elbette ileriye etkili bir beyandır ve iş sahibi, fesih anına kadar yapılmış işin değerini ve masraflarını ödemek zorundadır; ancak TBK m. 484'de olduğu gibi, yüklenicinin mahrum kaldığı karın tamamını tazmin etmesi söz konusu olmayacaktır⁸¹⁷. Buna karşın bir kısım yazarlar, bu görüşe karşı çıkarak, bunun İsviçre BK m. 378/1'in (TBK m. 485/1) lafzına ve ruhuna aykırı olduğunu ileri sürerek, tam tazminatı ödeyerek feshin, tamamıyla iş sahibinin isteğine bağlı olduğundan, haklı sebepler dolayısıyla feshi de kapsayacağını, ancak bu durumda,

⁸¹³ D. 19.2.60.4.

⁸¹⁴ Objektif imkansızlıkla ilgili olarak Yargıtay, bir kararında şu şekilde hükmetmiştir: “*Arsaya inşaat ruhsatının verilmeyeceğinin taraflarca bilindiği veya bilinmeyerek yetkili mercilerce inşaatın mühürlendiği durumlarda, eser sözleşmesindeki inşaat süresi kamu düzeni ile bağdaşmadığından geçersizdir. Daha sonra imar yasağı kaldırılrsa da, durdurulan inşaat, ek projeyle devam imkanı da yoksa; oluşan bu objektif imkansızlıklardan dolayı, arsa sahibinin kira mahrumiyeti talep hakkı olmadığı gibi, akdi ilişkiye yüklenicinin temerrüdü sebebiyle değil, imkansızlık nedeniyle son verilmelidir*”, Yarg. 15. HD., 15.02.1994, 93/2577-797 (YKD. 1995, s. 249).

⁸¹⁵ TANDOĞAN, s. 328.

⁸¹⁶ SOMER, s. 139.

⁸¹⁷ SOMER, s. 139.

fesih haklı sebebe dayandığından, tazminatın kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabileceğini belirtmişlerdir⁸¹⁸. Özellikle haklı sebebin yüklenicinin davranışına dayanması halinde, yüklenicinin tam tazminat istemesinin TMK m. 2/2 anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağını ifade ederler; hatta bu halde, eserin yapılan kısmı, iş sahibi için kullanılabilir değilse, iş sahibinin, bu kısım için bir bedel ödemek mecburiyeti olmadığını; ancak yüklenicinin davranışının, TBK m. 473 vd. veya TBK m. 482 gibi bir başka hükmün uygulanma alanına girmesi halinde, ve iş sahibinin buna rağmen TBK m. 484'e dayanması halinde, iş sahibinin artık TBK m. 484'e dayanarak tazminat ödemekten kurtulamayacağını belirtmiştir⁸¹⁹.

TBK'da, yüklenicinin, haklı sebebe dayanarak sözleşmeyi feshetmesi ayrıca düzenleme konusu yapılmamıştır. Yüklenicinin, eser tamamlanmadan haklı sebebe dayanarak sözleşmeyi sona erdirmesi, TBK m. 484'ün hakkında kıyasen uygulanması mümkün olmayacaktır⁸²⁰. Buna karşın yükleniciye, sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmaması halinde, TBK m. 123 vd. ve 480/2 hükümlerine dayanarak, iş bitmeden sözleşmeyi feshedebilme imkanı tanınmıştır⁸²¹.

B) Acz Dolayısıyla Sona Erme

1- İş Sahibinin Aczi

Bazı hallerde, iş sahibinin acze düştüğü kabul edilmektedir. Örneğin iş sahibinin aczi halinde, iflasın açılması anında eser henüz tamamlanmamışsa, sözleşmeden döndüğü karine olarak kabul edilmelidir; velev ki iflas masası sözleşmeye gitmek hakkını kullandığını beyan etmemiş olsun⁸²². Böyle bir durumda yüklenici, TBK m. 98'e göre iflas masasından veya aleyhindeki takip semeresiz kalan iş sahibinden alacağı

⁸¹⁸ SOMER, s. 139.

⁸¹⁹ TANDOĞAN, s. 352.

⁸²⁰ TANDOĞAN, s. 353.

⁸²¹ SOMER, s. 140.

⁸²² İİK m. 198.

olan ücret için teminat göstermesini isteyebilecektir⁸²³. Söz konusu teminat, uygun süre içinde verilmediği takdirde yüklenici, sözleşmeyi feshedebilecektir⁸²⁴.

Eser sözleşmesinin, yüklenici tarafından bu şekilde sonlandırılması halinde, eser tamamlanmamış veya söz konusu olan bir yapı ise ve bu yapının kanuni ipotek hakkı da tescil edilmemişse, yüklenici, TBK m. 484 ve TBK m. 485/2 gereğince ifadaki menfaatin tamamından eserin tamamlanmamış olması sebebiyle tasarruf ettiği miktar düşürülerek kalan kısım masaya imtiyazsız alacak olarak yazdırılacak; bu alacaktan önce verilmiş avanslar ise bu miktardan mahsup edilecektir⁸²⁵.

2- Yüklenicinin Aczi

TBK'da, yüklenicinin iflası, sözleşmenin sona erme sebebi olarak öngörülmemiştir. Bu sebeple yüklenicinin iflasına rağmen eser sözleşmesine devam edilip edilmeyeceği hususunun, alacaklılar toplantısının alacağı karara göre belirlemek gerekecektir⁸²⁶. Alacaklıların toplanması, müflis durumdaki yüklenicinin işletmesine devam etmemesi yönünde karar alırsa, TBK m. 486/1'deki haller olan ölüm veya kusuru olmaksızın işi bitirmekten aciz kalmaya benzer olarak akit feshedilmiş sayılır⁸²⁷.

Yüklenici kusuru sebebiyle iflas etmiş olsa dahi, o eserin o zamana kadar yapılan kısmı kullanılabilir haldeyse, iş sahibi, zenginleşme oranında, o kısmın bedelini masaya ödemekle yükümlüdür. Ancak iş sahibi, yükleniciye, daha önce yarım kalmış eserin değerinden daha fazla avans vermişse, aradaki fark masaya alacak olarak kaydedilecektir⁸²⁸. Alacaklıların toplanması, müflisin sanat ve ticaretine iflas dairesinin denetiminde devam etmesine karar verirse, iflas idaresinin denetiminde devam etmesine karar verirse, iflas idaresi, iflas eden yüklenicinin kişisel nitelikleri önemli değilse, onun yerine akde girebilecektir. Ancak bu ihtimalde, iş sahibi,

⁸²³ SOMER, s. 140.

⁸²⁴ TANDOĞAN, s. 339; SELİMOĞLU, s. 418.

⁸²⁵ TANDOĞAN, s. 340.

⁸²⁶ İİK. m. 224.

⁸²⁷ SOMER, s. 141; SELİMOĞLU, s. 419.

⁸²⁸ TANDOĞAN, s. 341.

özellikle ayıptan sorumluluk hükümlerinden doğacak haklarını karşılamak için iflas idaresinden teminat göstermesini isteyebilecektir. Uygun süre içerisinde bu teminat gösterilmezse, iş sahibi TBK m. 98 gereği akdi feshedebilecektir⁸²⁹.

Malzemesi iş sahibi tarafından verilen eser, iflas anında tamamlanmışsa, iş sahibine ücreti ödeyerek eseri masadan ayırma hakkı, yani eserin aynen kendisine verilmesini isteme hakkı tanınacaktır⁸³⁰.

C) Ücret Miktarı ile İlgili Sona Erme

Roma hukuku metinlerinde, işin görülmesi için gereken masrafların, işi görecek kişinin önceden yaptığı tahminlerin çok üzerine çıkması ihtimalinde, iş sahibinin sözleşmeden vazgeçebileceği, ve ödenen paranın, harcanmamış kısmını geri alabileceği belirtilmiştir⁸³¹. Daha önce değindiğimiz D. 19.2.60.4⁸³² metni, bir eserin meydana getirilmesi için sabit ücretle anlaşılan taraflardan, iş sahibinin, sonradan yükleniciyi o işi görmekten men etmesi halinde, yüklenici kullandığı miktar dışında kalan miktarı iade ile yükümlü olmasına ilişkindir.

3. *Locatio Conductio Operis*'den Doğan Davalar

Locatio conductio'dan doğan davalar, *locator* lehine *actio ex locato* veya *actio locati*; ve *conductor* lehine *actio ex conducto* veya *actio conducti* idi. Bu davalar sayesinde Roma hukuku, deniz nakliyatına ilişkin *lex Rhodia de iactu*⁸³³'yu uyguladı ki; bu, iş görme sözleşmelerinin özel bir şeklini temsil ediyordu⁸³⁴. Yani tehlikede olan gemiyi

⁸²⁹ TANDOĞAN, s. 342.

⁸³⁰ TANDOĞAN, s. 342.

⁸³¹ SOMER, s. 142.

⁸³² Bkz. Birinci Bölüm, “5- Bedel” alt başlığı.

⁸³³ UMUR, Lügat: “*Lex Rhodia De Iactu: Rodos adasında çıkarılmış ve bütün Akdeniz havzasında kabul edilmiş bu deniz kanununa göre, şayet fırtına dolayısı ile batma tehlikesi arz eden bir gemiyi kurtarmak için, malların bir kısmını denize atmak icap ederse, gemide yükü bulunan herkes, malları denize atılanların uğradığı zarara iştirak etmek mecburiyetindeydi. Nakliye mukaveleleri, locatio conductio operis hükümlerine tabi olduğundan malları telef olanlar, gemi kaptanına bir actio locati açarak zararlarının tazminini isterler; gemi kaptanı ise, malları kurtulanlara karşı bir actio conducti açarak, aynı nispette zarara iştirak etmelerini talep ederdi. Kaptanın, kurtulan mallar üzerinde, hapis hakkı vardı. Korsan baskınlarında bu kanun uygulanmamakta idi*”, s.123.

⁸³⁴ LEE, s. 325.

kurtarmak için, mevcut malın bir kısmı denize atılmışsa, zararı, kurtarılan malların sahipleri arasında aynı oranda bölüştürmek gerekirdi. Denize dökülen malların maliki, gemi sahibine karşı *actio locati*'yi, gemi sahibi de zararın, kurtarılan mallar hesabına paylaşılmasını sağlamak için, malları kurtulan kimselere karşı *actio conducti*'yi ikame etmek hakkına sahiptirler⁸³⁵.

A) *Actio Locati*

Daha önce de değindiğimiz üzere, yüklenicinin borcu, taahhüt ettiği eseri meydana getirmek ve kararlaştırılan tarihe kadar iş sahibine teslim etmektir. Bu borcunu yerine getirmediği veya sözleşmeye aykırı davrandığı takdirde, kendisine karşı, iş sahibi tarafından *actio locati* açılacaktır⁸³⁶.

D. 19.2.13.3: Ulpianus libro XXXII ad Edictum. Si quis servum docendum cunduxerit, eumque duxerit peregere, et aut ab hostibus captus sit, aut perierit, ex locato esse actionem placuit, si modo non sic conduxit, ut et peregre duceret

“Eğer bir kimse, bir kölenin eğitilmesi için sözleşme yapar, ve sonrasında köleyi ülke dışına götürür ve köle düşman tarafından yakalanır veya öldürülürse, hakim olan görüş, kendisiyle köleyi ülke dışına çıkarma için sözleşme yapılmadığından, *locatio conductio*'dan doğan davanın açılacağı yönündedir⁸³⁷”.

Digesta'nın bu metninde, bir kölenin eğitilmesi için yapılan eser sözleşmesine aykırı olarak kölenin ülke dışına götürülmesi ve kölenin zarar görmesi halinde, yüklenicinin kendisine karşı bir dava açılacağı belirtilmiştir. Bu olaya benzer

⁸³⁵ DI MARZO, s. 446.

⁸³⁶ RADO, Borçlar Hukuku, s.141; LEE, s. 325; KOSCHAKER, s. 238.

⁸³⁷ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “If someone contracts to train a slave and then takes him abroad where he [the slave] either is captured by the enemy or is killed, the prevailing view is that there is an action on lease [of a job], provided that he had not contracted to take him abroad as well”, s. 103.

olarak *Iulianus*'un D.19.2.13.4'de bir metni bulunmaktadır:

D. 19.2.13.4: *Ulpianus libro XXXII. ad Edictum. Item Iulianus libro octogesimo sexto Digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ie oculus effunderetur, ex locato esse actionem parti eius; quamvis enim magistris castigatio consensa sit, tamen hunc modum non tenuisse, id et de Aquilia supra diximus. Iniuriarum autem actionem competere. Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit praecipendi.*

“*Iulianus Digesta*’sının 86. kitabında, bir çırağın, işini iyi yapmaması halinde, ustasının ensesine ayakkabıyla kuvvetlice vurması sonucu gözü çıkmışsa; çırağın babası, *locatio conductio*’dan doğan dava açabilir. Her ne kadar eğitimcilerin yumuşakça cezalandırmasına müsaade edilse de, söz konusu usta, bu sınırı göz aşmıştır. *Aquilian* davasından yukarıda da bahsettim. *Iulianus*, bu olaya ilişkin olarak hakarete yönelik davanın varlığını reddeder; zira eylemi hakaret etmek için değil, eğitmek amacıyla yapılmıştır⁸³⁸”.

Bu metinden, *Iulianus*’un, *actio ex locato*’nun uygulanabilir oluşu bakımından bir sakınca görmediği anlaşılmaktadır. *Iulianus*, öğretim amacıyla ustanın çırağına hafif ceza vermesini kabul edilebilir bulurken; burada ustanın bu hakkın sınırını aştığını belirtmiştir⁸³⁹. Burada usta-çirak arasında *locatio conductio operis*’in varlığı kabul edildiğinden açılacak olan dava da eser sözleşmesinden doğan dava olacaktır.

⁸³⁸ Metin İngilizce’den çevirilmiştir. WATSON, A.; *The Digest of Justinian*, Vol. 2: “*Julian wrote further in the eighty-sixth book of his Digest that if an apprentice is doing poor work and a cobbler strikes his neck with a shoe lase so forcefully that his eye is knocked out, his father has an action on lease [of a job]; for although teachers are allowed to punish mildly, this one did not observe the limits. I spoke above about the Aquilian action. Julian denies that the action for insult lies, because he did this not to insult but to instruct*”, s. 103.

⁸³⁹ SOMER, s. 125.

Şu hususa da değinmek gerekir ki, klasik hukuk döneminde, sanatkar, zanaatkar ve nitelikli işçilerin mesleki eğitim ve öğrenimini konu edinen borç ilişkilerinin genellikle *locatio conductio* içerisinde düzenlendikleri anlaşılmaktadır. Buna ilişkin olarak üç ihtimalin mevcut olduğu belirtilebilir: Usta, öğretim ve eğitim için bir ücret alıyorsa, bu halinde *locatio conductio operis*; usta, eğitim ve öğretim için yanına verilen kimseye hizmeti karşılığında bir ücret veriyorsa, *locatio conductio operarum* söz konusu olacaktır; ve son olarak, eğitim ve öğretim için görülen hizmetlerin birbirini karşıladığı kabul edilerek herhangi bir ücret ödenmesi söz konusu olmuyorsa, bu halde isimsiz sözleşme olarak nitelendirilecektir⁸⁴⁰. **Karadeniz**, yapılan bu ayrıma teorik olarak katılmakla beraber, son ihtimalin söz konusu olamayacağını belirtmektedir. Gerekçe olarak da ilk metinde “*actio ex locato*” ifadesinin mevcudiyetini göstererek, bunun her halükarda ücretin varlığını gerekli kılacağını açıklamıştır⁸⁴¹.

Eser sözleşmesinden doğan genel dava bu olmakla beraber, klasik sonrası dönemde malzemenin mülkiyeti *conductor*'a geçmediğinden, tamamlanmış ama teslim edilmemiş eserin teslimi için iş sahibi *rei vindicatio* açabilecektir⁸⁴².

B) *Actio Conducti*

İş veren, eser sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmezse, yüklenici, kendisine karşı *actio conducti* açabilme imkanına sahipti⁸⁴³. Bu konuda *Digesta*'da yer alan metin aşağıdaki gibidir:

D. 19.2.61.1: Scaevola libro VII. Digestorum. Navem conduxit, ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret, olei metretis tribus millibus impositis, et frumenti modiis octo millibus, certa mercede; sed evenit, ut onerata navis in ipsa provincia novem mensibus retineretur, et onus impositum

⁸⁴⁰ KARADENİZ, s.195.

⁸⁴¹ KARADENİZ, s. 196.

⁸⁴² KARADENİZ, s. 192; LEE, s. 325.

⁸⁴³ DI MARZO, s. 446.

commisso tolleretur; quaesitum est, an vecturas, quas convenit, a conductore sedundum locationem navis exigere possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, posse.

“Bir kimse, bir gemiyi sabit ücretle *Cyrene*'den *Aquileia*'ya üç bin *metreta*⁸⁴⁴ zeytinyağı ve sekiz bin *modii*⁸⁴⁵ buğday taşınması için kiralyor. Ancak sonradan yüklü geminin dokuz ay boyunca *provincia*'da⁸⁴⁶ tutulması ve yükün boşaltılarak el konulduğu ortaya çıkmıştır. Yüklenici, iş sahibinden aralarındaki sözleşmede kararlaştırdıkları ücretin ifasını talep edebilecek midir? *Scaevola* böylesi bir durumda talep edebileceğini belirtir⁸⁴⁷”.

Bu metinde, zeytinyağı ve buğday taşınması için yapılan sözleşme sonucunda taşımayı yapan geminin el konulması ve mallarının boşaltılması olayı yaşanmış, bunun sonucunda yüklenicinin bir ücret talebinde bulunamayacağı belirtilmiştir. Bu metnin olumlu yanıtlanmasına karşın, buna benzer konuda bir başka metin mevcuttur:

D. 19.2.60.8: *Vehiculum conduxisti, et onus tuum portaret, et tecum iter faceret, id quum pontem transiret, redemptor eius pontis portorium ab eo exigebat; quarebatur, an etiam pro ipsa sola reda portorium daturus fuerit? Puto, si mulio non*

⁸⁴⁴ Sıvılar için kullanılan bir ölçü birimi, bkz. SOMER, s. 126, dpn. 367.

⁸⁴⁵ Roma'da tahıllar için kullanılan ölçü birimi, bkz. SOMER, s. 126, dpn. 368.

⁸⁴⁶ UMUR, Lügat: “*Provincia: İtalya yarımadasının dışında kalan, fethedilmiş arazilerin idare edilmesi için tesbit edilmiş muntikalara verilen isim: Eyalet. Cumhuriyet ve principatus devirlerinde bir lex data ile nasıl idare edileceği tesbit edilir ve başlarına, imperium'a sahip bir vali gönderilirdi. İlk eyaletler Sicilya ve Sardanya (MÖ. 241-238) ile, iki İspanya eyaleti (MÖ. 97) olmuştur. MÖ. 81 senesinde Sylla, lex Cornelia de provinciis ordinandis ile imparatorluğu 10 eyalete ayırmış, her birisine bir proconsul veya propraetor göndermişti. Son imparatorluk devrinde, arazi dört büyük muntıkaya (praefectura), bu muntikalar diocesis'lere bölündükten sonra, provincia, diocesis'lerden sonra gelen, eskisine nisbetle daha küçük bölümlere verilen isimdir*”, s. 173.

⁸⁴⁷ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*A man hired a ship to sail, for a fixed fee, from the province of Cyrene to Aquileia; the cargo was three thousand metretae of olive oil and eight thousand modii of grain. It turned out, however, that the loaded ship was detained in that province for nine months and the cargo was unloaded and confiscated. Can the ship collect from the lessee the passage money agreed on in the lease? He [Scaevola] responded that in a situation like this one he can*”, s. 115.

ignoravit ea se transiturum, quum vehiculum locaret, mulionem praestare debere.

“Yükünü taşıması ve sonra geri dönmesi üzerine taşıması üzerine taşımacıyla anlaşın. Taşıyıcı köprüyü geçerken, köprüdeki vergi toplayıcı kendisinden gümrük vergisi aldı. Taşıyıcı, yüklerin vergisini de kendisi mi üstlenecektir? Bence, eğer taşıyıcı yük taşırken bu noktadan geçebileceğinden habersiz değilse bu durumda arabacı kendisi ödemelidir⁸⁴⁸”.

Bu metinde yüklenici ile yine bir malın taşınması için sözleşme yapılmıştır. Yüklenici, geçeceği güzergah ve buradan doğacak ek masrafları biliyorsa, bu durumda bu masraflara ilişkin ek bir talepte bulunamayacağı açıklanmıştır.

⁸⁴⁸ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “You hired a carriage to transport your freight and then to return. When it crossed a bridge, the tax-farmer of the bridge collected a customs of duty from him. Will he also pay the duty for the carriage alone? I think that if the muleteer was not unaware that he would cross by this point when he leased out the carriage, then the muleteer should pay it”, s. 115.

SONUÇ

Roma hukukunda eser sözleşmesi, yüklenicinin, iş sahibinin vereceği ücret karşılığında ve iş sahibi tarafından verilen bir malzeme ile bir sonucu, eseri meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir. Birinci bölümde incelediğimiz akitler sistemine göre, Roma hukukunda da günümüz Türk hukukunda da *locatio conductio* sözleşmeleri, rızai sözleşmeler grubu içerisinde incelenir; dolayısıyla salt tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde uyuşması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir.

Tez çalışmamızda incelediğimiz üzere, Roma hukukunun klasik devrinde ele geçirilen hiçbir kaynakta eser sözleşmesinin tanımı mevcut değildir. Esasen bunun mevcut olmayışı, Roma döneminde yadırganacak bir husus teşkil etmezdi; zira Romalı hukukçular genellikle unsurları belirtmekle yetinmişler ve tanım yapmaktan kaçınmışlardır. Bu, *locatio conductio* sözleşmeleri açısından da geçerliydi. Bu tip akitlerde genel olarak, sözleşmenin taraflarından birisinin kendisine sunulan hizmet, kullanılan eşya veya inceleme konumuzda olduğu gibi, bir eser için ücret ödeme borcu altına girdiği görülmektedir. *Locatio conductio* sözleşmeleri açısından oldukça kısıtlı olan Roma hukuku kaynakları, bize, *locatio conductio* sözleşmelerinin esasen bir çatı altında toplandığını; ancak günümüzdeki üçlü ayrımın (kira, hizmet, eser) Roma dönemindeki uygulamalara ve sonradan da müşterek hukuk (*common law*) çalışmaları ile tanımlandığını ve günümüzdeki halini aldığını göstermektedir. Eser sözleşmeleri, hem Roma hem de günümüz hukukunda borç doğuran, ivazlı, sinallagmatik ve rızai akitler olup; öğretide tartışmalı olmasına karşın, bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca ani edimli sözleşmelerdendir.

Eser, yani *opus* kelimesinden neyin anlaşılması gerektiği günümüzde de tartışma konusu olmakla beraber, Roma hukukçuları, bunu “maddi ve artistik veya edebi herhangi bir eser, tamamlanmış olarak yapılan iş” şeklinde algılamaktadırlar. Sözleşme tarafların iradelerinin uyuşması ile meydana geleceğinden, tarafların

iradelerinin uyuşması gereken ilk nokta bedelin varlığıdır. Zira eserin bedelsiz veya para dışında bir şey karşılığında yapılması kararlaştırılmışsa, artık eser sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Bir diğer önemli nokta sözleşmeye konu eserdir. Eser sözleşmelerinin en tipik unsuru olan eser ile, bir sonuç taahhüt edilmektedir. Günümüz hukukunda eserin niteliği, muhakkak maddi bir varlık bulması veya maddi olmayan bir sonuç olarak ortaya çıksa da eser olarak kabul edilmesine ilişkin tartışmalar olmasına karşın; özellikle günümüzdeki teknolojik gelişmeler sonucunda maddi varlık olarak yansımayan sonuçları eser sözleşmesi olarak nitelendirmemek, sözleşmenin temeline aykırı olacaktır. Roma döneminde, eser sözleşmesinin kurulması için *sine quo non* olan unsur, malzemenin iş sahibi tarafından verilmesidir. Günümüzde yüklenici veya iş sahibi tarafından temin edilmesi herhangi bir önem taşımamaktadır. Oysa Roma hukukunda, malzemeyi yüklenicinin sağlaması halinde artık eser sözleşmesi değil, satış sözleşmesi gündeme gelirdi. Bunun yanında sonucun yüklenici tarafından üstlenilmesi ve eser meydana getirildikten sonra teslim edilmesi de sözleşmenin tamamlanması için gereken bir unsurdur. Günümüzde de tarafların bu yükümlülüğü devam etmektedir.

Türk hukukunda eser sözleşmesinin diğer sözleşmelerden ayırt edilmesi oldukça önemli ve zaman zaman karışıklıklara neden olan, tartışmalı bir alandır. Özellikle vekalet ve hizmet sözleşmelerinden eser sözleşmesinin ayrılmasının önemi, pratikteki örneklerle pekiştirilmiştir. Günümüzde özellikle sağlık sektöründe ve bilhassa doktorların faaliyetlerinde eser sözleşmesi mi vekalet sözleşmesinin mi söz konusu olduğu hiddetli tartışmalara yol açmıştır. Taraflar arasında akdedilen sözleşme ve tarafların iradesi yorumlanmalıdır. Sözleşmede bir sonuç taahhüt ediliyorsa (kalbe stent takılması, protez diş, diş çekimi, estetik operasyonlar, vb.) eser sözleşmesi vücut bulacaktır; aksi takdirde vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.

Tarafların borçları incelendiğinde, eser sözleşmesi sinallagmatik bir sözleşme olduğundan her iki tarafın da birbirine karşı borcu mevcuttu. İş sahibinin en karakteristik borcu, günümüzdeki gibi Roma hukukuna paralel olarak bedel ödeme borcuydu; ve bu bedel her zaman bir semene ilişkin olmalıydı (istisnası hasılat kirasıdır). Buna ek olarak Roma hukukunda, iş sahibine malzemeyi temin etme borcu

getirilmişti. Günümüz Türk hukukunda bu unsur tarafların iradesine bırakılmış olup emredici nitelik taşımaz.

Eser sözleşmesinin günümüzdeki modern hali ve Roma hukukundaki durumu arasında büyük benzerlikler olmasına karşın; en büyük farklılığın, Roma hukukunda malzemenin muhakkak iş sahibi tarafından karşılanması gerektiği olduğunu görüyoruz.

Yüklenicinin borcu eseri meydana getirmek ve teslim etmektir. Yüklenici, bu borcunu ifa ederken özen ve sadakat borcuna da uygun hareket etmeliydi. Günümüzde, teslim konusunda kanun tarafların iradesine öncelik vermiş olmakla beraber, tarafların buna ilişkin belirleme yapmamış olmaları halinde yüklenicinin teslim etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. İş bizzat yapma, yüklenici açısından kural olmakla beraber, yardımcı şahıslardan yararlanabileceği de kabul edilmiştir. Yardımcı şahıs kullanması halinde, bu kimsenin kusurundan kaynaklanacak zararlardan, asıl yüklenici, yardımcı şahsı seçmede kusuru varsa sorumlu olacaktır. Eser sözleşmelerinin niteliği gereği yüklenicinin iş sahibine bağımlı bir ilişkisi yoktur. İş sahibinin, sadece iş kendisine sunulduğu vakit denetleme yetkisi söz konusu olacaktır; iş sahibine veya üçüncü bir şahsa, eser kendisine sunulduğu vakit, eserin kabul edilebilir olup olmadığına dair bir takdir yetkisi verilmişse, bu takdir yetkisi kullanılırken, “adil bir kişinin vereceği karara” uygun hareket edilmelidir.

Eserin tamamlanma ve teslim tarihi, taraflar arasında bir sözleşme ile belirlenmiş olabilir. Tarafların herhangi bir süre belirlememiş olmaları halinde, sözleşmenin konusu edim türünden işin yapılması için gereken makul süre dikkate alınır. Teslim kül olarak veya kısım kısım da yapılabilecektir. Ücret de kısım kısım ödenebileceği gibi, bir defada da ödenebilir.

Sorumluluk konusu, eser sözleşmelerindeki en can alıcı noktalardan birisidir. Klasik dönemde, teknik anlamda sorumluluk kriterleri henüz mevcut olmadığından, her borç ilişkisi için ayrı ayrı “*dolus*”, “*culpa*”, “*custodia*” halleri saptanmıştır. Bu sebeple, klasik dönemde, yüklenicinin, kendisine teslim edilen malzemenin

sorumluluğu, *custodia* sorumluluğudur. Buna göre, mücbir sebepler dışında kalan tüm beklenmedik olaylar sebebiyle meydana gelen zararlardan yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olurdu. Dolayısıyla sorumluluğu ağırdı; hatta tecrübesizlikten doğan sorumluluk da *custodia* sorumluluğu içerisinde yer alırdı; zira yüklenicinin en ağır şekilde sorumluluğunun söz konusu olduğu bu dönemde, kendi deneyimsizliği ve bilgisizliği sebebiyle doğan zarardan sorumlu olmaması düşünülemez. Klasik sonrası dönemde ise objektif sorumluluğun yerini subjektif sorumluluk aldığından, *imperitia*, *culpa* kavramı kapsamına girmiş; *custodia* sorumluluğunun yerini “çok tedbirli bir aile babasından beklenen tedbir ve özen” almıştır; ve her iki tarafın da menfaati olduğundan taraflar bütün kusurlarından sorumlu tutulurdu.

Eser sözleşmelerinde tarafların sorumluluğu ve hasar meselesi bir diğer önemli noktayı teşkil eder. Yüklenicinin sorumluluğu, klasik devirde ağırdı, *custodia* sorumluluğu tayin edilmişti. Klasik sonrası dönemde ise bu sorumluluk hali hafifletilerek, tedbirli aile babası kadar dikkatli olması beklenir hale gelmişti. Bu değişikliğin sebebi, özellikle Klasik dönemde malzemenin mülkiyetinin yükleniciye geçmesinden; ancak *Iustinianus* döneminde sadece *detentor* olmasından kaynaklanır. Aynı gerekçeyle hasarın intikali konusunda da ilk dönemde mülkiyetin kendisine geçmesi sebebiyle hasar yüklenicide olmuş; Klasik sonrası dönemde ise mülkiyetin kendisine geçmemesi sebebiyle hasarın iş sahibinde kalmıştır. Günümüz Türk hukukunda, hasar yüklenicide olacaktır; ancak malzemedeki hasara katlanacak olan malzemeyi temin eden kimsedir. Mülkiyetin iş sahibinde kaldığı klasik sonrası dönemde ise, meydana getirilen eser, iş sahibi tarafından kabul edilmişse, veya kendisine teslim edilmişse, artık yüklenici, hilesi olduğu durumlar haricinde sorumlu tutulmayacaktır. Elbette işin kusurlu yapılması sebebiyle ortaya çıkan hasardan yüklenici sorumlu olacaktır.

Yüklenici, akdi yükümlülüklerini yerine getirmez, veya akde aykırı davranırsa, iş sahibi, kendisine karşı *actio locati* açabiliyordu. İş sahibinin sözleşmeden doğan borcuysa, vaadettiği ücreti ödemek ve yükleniciye kendisi tarafından verilen malzeme sebebiyle yüklenici bir zarar uğrarsa, bunu tazmin etmektir. İş sahibinin bu

yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, yüklenici, kendisine karşı bir *actio conducti* açabilecekti.

Son olarak eser sözleşmesinin sona ermesi açısından ifa gibi borçlar hukukundaki genel sona erme sebepleri uygulama alanı bulacaktır. İfade gecikilmesi, borçlunun temerrüdüne sebebiyet verecek, iş sahibi de aynı işe ilişkin başka kimseyle yeni bir eser sözleşmesi akdetme hakkını saklı tutarlardı. Yukarıda açıkladığımız üzere bunun söz konusu olabilmesi için, taraflar arasında bir vadenin, ifa zamanının belirlenmiş olması gerekirdi. Bu türden bir tarih belirlenmemişse, dikkate alınacak olan kriter, makul bir insanın belirleyeceği süre dikkate alınarak saptanırdır.

Akdin sona ermesine dair bir başka ihtimal de, akdin henüz ifasına başlanmamış olması şartıyla, sözleşmeyi sonlandırmaya yönelik zıt irade beyanıyla sözleşmeyi sonlandırma imkanı getirilmiştir.

Buna ek olarak, doğal bir sona erme sebebi olarak yüklenicinin ölümü sayılabilir, elbette bu ihtimalde, yüklenicinin şahsı dikkate alınarak sözleşme yapılmış olmalı ve ifayı yükleniciden başka bir şahsın yapamayacağı taraflarca kararlaştırılmış olmalı veya işin niteliği bunu gerektirmelidir. Özetle, eser sözleşmelerinin sona ermesi, diğer sözleşme tiplerinde de genel olarak belirtildiği gibi ifa, temerrüt veya ifa etmeme sebebiyle fesih, tarafların anlaşmasıyla, imkansızlık sonucu, yüklenicinin ölümü ile veya Türk hukukuna göre iş sahibinin tazminat karşılığı sözleşmeyi feshetmesiyle sona erebilir. Bunun yanında eser sözleşmesine özgü bazı haller de söz konusu olabilir, ki bu haller haklı sebeple sona erme, iş sahibi veya yüklenicinin aczi sebebiyle sona etme, ücret miktarı ile ilgili sona erme gibi hallerde söz konusu olabilir.

KAYNAKÇA

AKYAZAN, S.; İstisna Akitleri, AD. 1967.

ALTAŞ, H.; Eserin Tesliminden Önce Telef Olması, Ankara, 2002

ALTAŞ, H.; İstisna Sözleşmesinde İş sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.

ARAL/ AYRANCI, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, 2012.

BAYGIN, C.; Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999.

BECK, A.; Zur Entstehung des römischen Mietvertrages, Festschrift Hans Lewald (Basel 1953).

BETTI, E.; Her İki Tarafa Borç Yükleyen Akitlerde Hasarın Kime Ait Olacağı Meselesi (Çev.: ERDOĞMUŞ, B.), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmalar Dergisi, Yen Seri- Yıl: 1, No:3, Ayrı Bası, İstanbul, 1968.

BİLGE, N.; Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

BUCKLAND, W. W.; A Textbook of Roman Law (Textbook), Cambridge 1963.

BUCKLAND, W.W.; A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian (Augustus to Justinian), Second Edition, Cambridge, 1950.

BUCKLAND, W.W./ McNAIR, A. D.; Roman Law and Common Law, Cambridge, 2008.

BUZ, V.; Borçların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, İstanbul, 2012, s. 91-111.

BUZ, V.; Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması; Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 49, S. 1, s. 23-40; s. 23.

BUZ, V.; İş Sahibinin TBK m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, Y. 2001, C. XXI, S. 2, s.209-265.

BUZ, Vedat; Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2007.

CİN, H./AKGÜNDÜZ, A.; Türk Hukuk Tarihi, C.II, İstanbul 1996.

CARCOPINO, J.; Daily Life in Ancient Rome, London, 1956.

ÇELİK, N.; İş Hukuku, İstanbul, 2000.

COSTA, E.; La Locazione di Cose nel Diritto Romano, Torino, 1915.

DE LIGT, L.; Studies in Legal and Agrarian History II: Tenancy under the Republic, Athenaeum, S. 88, 2008, s. 377-391.

DESCHENAUX, H./ TERCIER, P.; Sorumluluk Hukuku (Çev.: ÖZDEMİR, S.); Ankara, 1983.

DI MARZO, S., (Çev.: UMUR, Z.), Roma Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul 1959.

DU PLESSIS, P. J.; Textbook on Roman Law, Fourth Edition, Oxford, 2010.

DU PLESSIS, P. J.; Letting and Hiring in Roman Legal Thought 27 BCE- 284 CE (Letting and

- Hiring), Edinburgh, 2012.
- DURAL, M.; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul, 1976.
- EMİROĞLU, H.; Ius Gentium, Ankara, 2007.
- EMİROĞLU, H.; Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:2, S.:2, 2011, s. 99-119.
- EMİROĞLU, H.; Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde *Laesio Enormis* (Gabin), AÜHFD, C. 53, S. 1, 2004.
- EMİROĞLU, H.; Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatium) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, AÜHFD, C. 52, S. 1, s. 102-111, Ankara, 2003.
- ERDOĞAN, İ.; İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD, c.3, S.1, Ocak- Haziran 1990.
- EREN, F.; Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Özel), 2. Baskı, Ankara, 2015.
- EREN, F.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Genel), 18. Baskı, Ankara 2015.
- EREN, F.; Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (I), İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara 18-29 Mart 1998), s.45-103 (a.g.m.I)
- EREN, F.; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları (II), İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996, (a.g.m.II).
- SÖĞÜTLÜ-ERİŞGİN, Ö.; Periculum Est Emptoris, Ankara, 2010.
- ERMAN, H.; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2007.
- ERMAN, H.; İstisna Sözleşmelerinde Beklenilmeyen Haller; İstanbul, 1979.
- FRIER, B. W.; Landlords and Tenants in Imperial Rome, 1980.
- GÖKTÜRK, H. A.; Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951.
- GÖKYAYLA, E.; Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009.
- GÜMÜŞ, M. A.; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, İstanbul, 2014.
- GÜMÜŞ, M. A.; Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2002.
- HONIG, R.; Roma Hukuku, (Çev.: Şemseddin TALİP). İstanbul, 1938.
- JOHNSON, A. C./ COLEMAN-NORTON, P. R./ BOURNE, F. C.; Ancient Roma Statutes, University of Texas Press, Austin, 2012.
- KAPLAN, İ.; İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, Ankara, 1996.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.; Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri; Ankara 1976.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.; Roma Eşya Hukuku (Eşya Hukuku), Ankara 2000.

- KARAGÖZ, H.; Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı, İstanbul, 2010.
- KARAHASAN, M. R.; İnşaat- İmar-İhale Hukuku, Üç Cilt, Ankara, 1979; C.2, İstanbul 1997.
- KARAHASAN, M. R.; Türk Borçlar Hukuku, C. 1-6, İstanbul 1992.
- KASER, M., Das Römische Rechtsgeschichte, c I-II, Leipzig, 1901, (RPR I, RPR II).
- KASER, M.; Roman Private Law, Hamburg, 1964.
- KAUFMANN, H.; Die altrömische Miete: Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung, Cologne/Graz, 1964.
- KILIÇOĞLU, A.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Beşinci Tıpkı Bası, İstanbul, 2010.
- KOSCHAKER, P.; Roma Özel Hukukunun Ana Hatları (Ank.), Ankara, 1977.
- KRÜCKMANN, P.; Custodia, SZ 64, 1944, s. 24.
- KURAL, O.C./KILIÇBAY, E./İZMİR, H.; İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara, 1988.
- KÜRŞAT, Z.; Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İÜHFM, C. 67, S.1-2, s. 143-166, 2009.
- LEE, R. W.; The Elements of Roman Law, 4th edition, London, 1956.
- LIVIUS, T., The History of Rome, Books 1-8, 2008
- MARTIN, S. D., A Reconsideration of Probatio Operis, 1986, s.321.
- MOMMSEN, T.; “Die römischen Anfänge von Kauf und Miethen”; Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, S.6, 1885, s. 260-275, 264, 267-268.
- MOREY, W. C.; Outlines of Roman Law, Second Edition, New York and London, 1914.
- NICHOLAS, B.; An Introduction to Roman Law, Oxford, 2010.
- OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1 Ankara, 2015.
- OSER, H./SCHÖNENBERGER, W.; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V.: Das Obligationenrecht, 1. Teil, Zürich 1929, 2. Teil, Zürich 1936.
- ÖZ, T. M.; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989.
- PRICHARD, A. M.; Sale and Hire, in Studies in the Roman Law of Sale, Oxford, 1959.
- RADO, T.; Gaius Institutiones Borçlar Kısmı (Institutiones), Ankara, 1953.
- RADO, T.; Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, (Borçlar Hukuku) İstanbul 1997.
- RADO, T.; Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti, İÜHFM, C. 10, S. 3-4, İstanbul 1945.
- REİSOĞLU, S. ; Hizmet Akdi, Mahiyet,i- Unsurları- Hükümleri, Ankara 1968.
- ROBY, H. J.; Roman Private Law, Volume II, Cambridge, 1902.
- SAYIN, B. S.; Roma Hukuku'nda Pactum'lar, 2008.
- SCHULZ, F.; Classical Roman Law, Oxford, 1992.

- SELİMOĞLU, Y. E.; Eser Sözleşmesi, Ankara, 2015.
- SOMER, P.; Roma Hukukunda İstisna Akdi (*Locatio Conductio Operis*); Derin Yayınevi, İstanbul 2008.
- SÖĞÜTLÜ-ERİŞGİN, Ö.; Periculum Est Emptoris, Ankara, 2010.
- SUNGURBEY, İ.; Medeni Hukuk Sorunları, C. 4, 2003;
- TAHİROĞLU, B.; Roma Borçlar Hukuku; İstanbul 2000.
- TALAMANCA, M.; Istituzioni di Diritto Romano, Milano, 1990.
- TAMER-GÜVEN, D.; Roma Hukukunda Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk (*Culpa in Eligendo*), İstanbul 1993, s. 103.
- TANDOĞAN, H.; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c.II, İstisna ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 1989.
- TANDOĞAN, H.; İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzer Akitlerde Ayırılması, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970.
- TUNÇOMAĞ, K.; Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.
- TÜREGÜN, N.; FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996), s.249-285.
- UMUR, Z.; Iustinianus Institutiones; İstanbul, 1968.
- UMUR, Z.; Roma Hukuku Ders Notları (Ders Notları), Beta Yayınları, Tıpkı 3. Basım; İstanbul, 2010.
- UMUR, Z.; Roma Hukuku Lugatı (Lugat), İstanbul 1983.
- URAL, İ./ ÖZCAN, S.; Sadeleştirilmiş Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye); İstanbul 1995.
- UYAN, G.; İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul, 2006.
- UYGUR, T.; Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C.5, Ankara 1993.
- VELİDEDEOĞLU, H.V. /ÖZDEMİR, R.; Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel) Ankara 1987,
- TUHR, A.; Borçlar Hukuku, Umumi Kısım, c.1, İstanbul, 1953, (EDEGE, C.).
- VON TUHR, A.; Borçlar Hukuku, Umumi Kısım, C. 2, İstanbul, 1953, (EDEGE, C.).
- WATSON, A., Roman Law & Comparative Law (Comparative), Athens, 1991.
- WATSON, A.; Studies in Roman Private Law, London, 1991.
- WATSON, A.; The Law of Obligations in the Later Roman Republic; Oxford, 1995.
- YAKUPPUR, S.; Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, 2009.
- YAVUZ, C.; Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, 1996.
- YAVUZ, C.; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (9. Bası), İstanbul, 2014
- YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, (BH Özel Hükümler) 9. Bası,

İstanbul, 2014.

YAVUZ, N.; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.2, Ankara, 2013.

ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, 2013.

ZİLELİOĞLU, H.; Roma Hukukunda Gözetim (*Custodia*) Sorumluluğu, Ankara, 1985.

ZİLELİOĞLU, H.; Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD, 1987, C. 39, S. 1, s. 241-264.

ZIMMERMANN, R.; The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996.

