

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ESER SÖZLEŞMELERİNDE HASARIN GEÇİŞİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Elif Merve SUBAŞI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. Turgut ÖZ

AĞUSTOS 2013

2013	ESER SÖZLEŞMELERİNDE HASARIN GEÇİŞİ	ELİF MERVE SUBAŞI
-------------	--	------------------------------

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında, birçok kişinin katkısı rol oynamıştır. Bu kişilerin en başında, tez danışmanım sayın Prof. Dr. M. Turgut Öz gelmektedir. Prof. Dr. Turgut Öz çalışmanın her aşamasında, içeriğinin ve kapsamının belirlenmesinde, kaynakların sağlanmasında, yazımında, düzeltilmesinde eleştirileriyle her zaman yol göstermiş ve katkıda bulunmuştur.

Çalışmanın özellikle kaynaklara, kaynaklarının taramasında ve kaynaklara ulaşmada bana yardımcı olan, kendi değerli zamanlarını benimle paylaşan Av. Selver Özışık ve İstanbul Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Volkan Aslan'a teşekkürlerimi sunmayı borç biliyorum.

Tezin düzeltme aşamasında her zaman yanımda olan yapılan düzeltmelerde katkısını ve manevi desteklerini esirgemeyen, iş yükümü üstlenerek bana bu süreçte zaman kazandıran başta Yeni Yüzyıl Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Selva Kaynak Koç ve Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Melisa Aydın olmak üzere olmak üzere tüm çalışma arkadaşlarıma teşekkür ediyorum.

Çalışmanın her aşamasında yanımda olan ve desteğini esirgemeyen annem Semra Subaşı ve babam Av. Gıyasettin Subaşı, ağabeyim Mustafa Subaşı, Özlem Subaşı, Av. Ecem Akgün, Av. Şura Bot, Av. Ceren Yakışır, Av. Efe Türkmen'e, Av. Uğur Çebi'ye ve kedim Kral'a teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	ix
RESUME.....	xi
ABSTRACT	xvi
ÖZET.....	xix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ TANIMI, SATIM, HİZMET VE VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDEN FARKLARI, ŞEKLİ, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI.....	3
II.ESER SÖZLEŞMESİNİN SATIM, HİZMET ve VEKALET SÖZLEŞMESİNDEN FARKLARI.....	7
III. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI.....	8
A. Bir Eser Meydana Getirme.....	8
1. Genel Olarak Eser Kavramı.....	8
a. Eser Kavramının Kapsamına Yönelik Getirilen Görüşler	9
(1) Eser Sözleşmesinin Konusunu Sadece Maddi Varlıklar İçin Kabul Eden Görüş	10
(2) Eser Sözleşmesinin Konusunu Maddi Varlıkların Yanı Sıra Gayri Maddi Varlıklar İçin De Kabul Eden Görüş.....	13
(3) Eser Sözleşmesinin Konusunun Maddi Varlıkların Yanı Sıra Ancak Belirli Şartlarda Gayri Maddi Malları Da Kapsadığı Yönündeki Görüş	16

2. Meydana Getirme Kavramı	19
B. Bedel Unsuru.....	20
C. Taraflar Arasında Anlaşma Unsuru.....	22
IV. ESER SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL	23
V. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	25
A. Eser Sözleşmesi İsimli Bir Sözleşmedir.....	25
B. Eser Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Doğuran Bir Sözleşmedir	26
C. Eser Sözleşmesi Rızai Bir Sözleşmedir	26
D. Eser Sözleşmesi İvazlı Bir Sözleşmedir.....	27
E. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Zaman Bakımından Nitelenirilmesi	27
1. Ani Edimli Sözleşme- Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Ayrımı.....	28
2. Eser Sözleşmesinin Ani Edimli Sözleşme Mi Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Mi Olduğu Meselesi	29
a. Eser Sözleşmesini Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Bir Sözleşme Olarak Gören Görüş	29
b. Eser Sözleşmesini Ani Edimli Sözleşme Olarak Gören Görüş.....	30
c. Karma Görüş	31

İKİNCİ BÖLÜM

HASAR (VE YARAR) KAVRAM(LAR)I

I. GENEL OLARAK YARAR KAVRAMI	33
II. GENEL OLARAK HASAR KAVRAMI	34
A. Geniş Anlamda Hasar (Aynı Hasar).....	34
B. Dar Anlamda Hasar	35
1. Edim Hasarı(Maddi Edim Hasarı).....	35
2. Karşı Edim Hasarı (Bedel Hasarı).....	36

III. HASARIN GEÇİŞİ KAVRAMI..... 37

A. Tek Tarafa Borç Doğuran Sözleşmelerde Hasarın Geçışı..... 38

B. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Hasarın Geçışı 38

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN TÜRK BORÇLAR KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER

I. GENEL OLARAK..... 40

II. BEKLENMEDİK OLAY SEBEBİ İLE HASARA HANGİ TARAFIN KATLANACAĞI SORUNU 40

A. TBK md. 483/I'ın Uygulanma Şartları 42

1.Eser Kısmen veya Tamamen Telef Olmalıdır 42

2.Eser Beklenmedik Olay Sonunda Telef Olmuş Olmalıdır 42

a. Genel olarak 42

b. TBK md 483. Maddede geçen Beklenmedik Olay Kavramı 43

3.Eser Teslim Edilmemiş Olmalıdır 46

a. Teslim Kavramı 46

(1) Taşınır Eserlerin Teslimi..... 48

(2) Bağımsız Maddi Varlığı Olmayan Eserlerde

Teslim 48

(3) Fikir Eserlerinin Teslimi 49

(4) Taşınmaz Eserlerinin Teslimi..... 50

i. Eserin Yüklenicinin Arasında Yapılması
Halinde 50

ii. Eserin İş Sahibinin Arasında Yapılması
Halinde 50

b. Teslim Zamanı 52

c. Teslim Borcunun İfa Yeri	52
d. Kullanma İzni Alınmasının Teslime Etkisi	53
4. İş Sahibi Mütemerrit Olmamalıdır	54
B. TBK md. 483/I kapsamında İfa İmkânsızlığı	55
1. Genel Olarak	55
a. Sözleşme Öncesi İmkânsızlık	56
b. Geçerli Şekilde Kurulan Sözleşmede Sonraki İmkânsızlık	57
2. Teslimden Önce Beklenmedik Olay Sonucu Oluşan İfa İmkânsızlığı	60
C. Beklenmedik Olay Sonucu İş Sahibinin Hasara Katlanması	62
D. TBK md. 483/I Kapsamında Hasara Kimin Katlanacağı Sorunu	64
III. BEKLENMEYEN OLAY SONUCUNDA TELEF OLAN ESERDE MALZEMEYE GELEN HASARA KİMİN KATLANACAĞI SORUNU	65
IV. ESERİN İŞ SAHİBİNİN RIZIKO OLANINDA GERÇEKLEŞEN SEBEPLERLE TELEF OLMASI HALİNDE HASARA KİMİN KATLANACAĞI SORUNU	67
A. TBK md. 483/II'in Uygulanma Şartları	67
1. Hasara Sebebiyet Veren Olaylar İş Sahibinin Riziko Alanında Meydana Gelmiş Olmalıdır	67
2. İş Sahibinin Kusurlu Olması Gerekir	68
3. Yüklenicinin İhtarda Bulunması Gerekir	68
B. TBK md. 483/II Kapsamında Hasara Kimin Katlanacağı Sorunu	69
V. YÜKLENİCİNİN ESER MEYDANA GETİRME BORCUNUN İŞ SAHİBİ İLE İLGİLİ SEBEPLER NEDENİYLE İMKÂNSIZLAŞMASI HALİNDE HASARIN GEÇİŞİ	70
A. TBK md. 485/I'in Uygulanma Şartları	71

1.Eserin Tamamlanması Bakımından Objektif İmkânsızlık Doğmalıdır.....	71
2. İmkânsızlık İş Sahibinin Şahsında veya Riziko Alanında Gerçekleşen Beklenmedik Olay Neticesinde Meydana Gelmiş Olmalıdır.....	72
B. Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcunun İş Sahibinin Riziko Alanında Gerçekleşen ve İş Sahibinin Sorumlu Olmadığı Sebeplerle İmkânsızlaşması Halinde Hasarın Geçişi.....	73
1.Genel Olarak.....	73
2.Sonuçları.....	74
a. Sözleşmenin İleriye Etkili Olarak Sona Ermesi.....	74
b. Yüklenicinin İleri Sürebileceği Talepler	74
C. Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcunun İş Sahibinin Sorumlu Olduğu Sebeplerle (Kusuruyla) İmkânsızlaşması Durumu.....	75
1.Genel Olarak.....	75
2. TBK md. 485/II'ın Uygulanma Şartları	76
a.Eserin Tamamlanması İmkansızlık Sebebi İle Mümkün	
Olmalıdır	76
b.İş Sahibinin İmkansızlığın Ortaya Çıkışında Kusuru Bulunmalıdır.....	76
3.Sonuçları	76
a. Sözleşmenin İleriye Etkili Olarak Sona Ermesi.....	76
b. Yüklenicinin İleri Sürebileceği Talepler	77
D. TBK md. 485 ile TBK md. 483 Hükümlerinin Uygulanabilirlik Tartışması	77
VI. YÜKLENİCİNİN ÖLÜMÜNÜN VEYA KUSURU OLMAKSIZIN ESERİ MEYDANA GETİRMEKTE YETERSİZ HALE GELMESİ DURUMUNDA HASARIN GEÇİŞİ	79
A. Genel Olarak	79
B. TBK md. 486'nın Uygulanma Şartları.....	80

1.Eser Sözleşmesi Yüklenicinin Kişisel Özellikleri Göz önünde Tutularak Yapılmış Olmalıdır	80
a. Yüklenicinin Eseri Şahsen veya Kendi Yönetimi Altında Meydana Getirme Borcu.....	81
(1) Eserin Yüklenici Tarafından Şahsen Meydana Getirilmesi.....	82
(2) Eserin Yüklenicinin Şahsi Denetimi Altında Meydana Getirilmesi.....	83
b. Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcunun TBK md. 486 Kapsamında Değerlendirilmesi	86
c. Yüklenicinin Tüzel Kişi Olması Durumunda TBK md. 486'nın Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu	86
2. İşin Tamamlanması, Yüklenicinin Ölümü veya Kusuru Olmaksızın İş Yapmaktan Aciz Kalması Dolayısıyla Mümkün Olmamalıdır.	88
C. TBK md. 486'nın Uygulanmasının Sonuçları.....	89
1.Eser Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	89
2.Eserin Kullanılabilecek Kısımlarının İş Sahibi Tarafından Kabulü ve Bedel Ödeme Zorunluluğu	90
3. Kural Olarak Yüklenicinin Tazminat Sorumluluğunun Doğmaması Durumu.....	90
D. TBK md. 486'nın TBK md. 136 Hükmü Bakımından Değerlendirilmesi	91
SONUÇ	93
KAYNAKÇA	95
ÖZGEÇMİŞ	100

KISALTMALAR

Abt.	: Abteilung (Kısım)
Art.	:Article
Aufl.	:Auflage (Bası, Baskı)
AÜHFM	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi
Bd.	:Band (Cilt)
BGE	:İsviçre Federal Mahkemesi Resmi Kararlar Dergisi
Bknz.	:Bakınız
C.	:Cilt
DEÜHFD	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	:Esas
EÜHFD	:Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	:Fıkra
FIDIC	:International Federation of Consulting Engineers (Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu)
HD	:Hukuk Dairesi
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	:Karar
md.	:Madde
N.	:Number (Numara)
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
SJZ	:Schwiezerische Juristenzeitung
T.	:Tarih

TBK :6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK :Türk Medeni Kanunu

vd. :ve devamı

RESUME

Dans les contrats d'entreprise, quand l'œuvre est mis en conformité avec le contrat et le prix est payé à l'échéance, le propriétaire et l'entrepreneur sont considérées comme satisfaites de cet accord. Toutefois, il s'agit des situations où une expression n'a pas été réalisée dans un contrat d'entreprise valide, le législateur a inclus dans ces cas des règlements pour la protection des parties dans les dispositions générales et privées. En ce sens, il nous paraît de ne jamais effectuer, de ne pas effectuer comme il faut et les états d'impossibilités.

En cas de ne jamais effectuer ou de ne pas effectuer comme il faut, par la condition d'être effectué, on pourra demander d'effectuer et de l'intérêt de retard de l'entrepreneur sur la base des dispositions générales du Code des dettes Turques. Ainsi que des intérêts de retard en dettes d'argent, dans les contrats qui donnent lieu à la dette totale aux deux côtés, l'entrepreneur pourra demander des demandes provenant du défaut par la diminution de défaut par avertissement ou sans avertissements dans les cas où l'avertissement ne nécessite pas. Ce sont pour l'indemnisation du retour de contrat, de la compensation négative et des pertes positives.

Dans les cas où l'exécution ne pourra pas être réalisée ou dans les cas où l'exécution est impossible, il faut discuter l'avenir du contrat et les demandes des parties.

L'impossibilité d'Exécution pourra étudier en deux façons comme l'impossibilité d'Exécution initiale et l'impossibilité d'Exécution plus tard. Le législateur a organisé l'impossibilité d'Exécution dans l'article 27 du Code des dettes Turques et on indiqué que les contrats seront sans jugement contre les dispositions impératives de la loi, la morale, l'ordre public, des droits humains ou les contrats dont leurs objets sont impossibles. Si l'objectif initial de l'impossibilité initiale et l'impossibilité subjective est la séparation initiale de l'impossibilité.

Par conséquent, il est impossible d'être objectif dès le début que le contrat sera nul et non avenue pour certains évidents. Toutefois, Bien qu'il soit impossible d'être réalisées par l'emprunteur, mais lorsqu'ils peuvent être effectués par un tiers, il y aura une impossibilité subjective dès le début, même s'il est impossible d'exécuter le contrat, mais l'emprunteur sera considérée comme établie obligation positive pour compenser les dommages à se produire.

Dans le deuxième type d'impossibilité de travail de performance et dans le cadre de thèse réalisée d'importance en termes d'impossibilité après que le contrat a été établi dans le courant, subjective ou il s'agit d'un manque de motivation, par la suite effectué de manière objective. Comme on a organisé dans l'article 136 du Code des dettes Turques, si l'exécution de la dette est impossible par les raisons où le débiteur ne peut être tenu responsable, la dette va finir. On discute que l'article 136 est seulement l'impossibilité objective en retard, et les deux impossibilités subjectives et objectives sont appliquées en suite. En raison de l'état de l'impossibilité, en raison de l'impossibilité d'accords mutuels sur la dette due aux survivants de la dette, prélevés sur le côté opposé à l'obligation d'agir en conformité avec les dispositions de l'enrichissement sans cause, et il a encore à perdre pour

demander un acte qui n'a pas été réalisée. Cette disposition constituant la 2^e blague de l'article 136 sera importante en termes de la prochaine version de l'impossibilité, en particulier, découlant de contrats d'entreprise. La dernière phrase du deuxième alinéa de l'article 136, le législateur a déclaré que cette disposition est à l'extérieur des dommages découlant du contrat avant l'exécution de la dette des créanciers où sont pré chargés. Enfin, Au dernier paragraphe, sans délai, Si le débiteur n'avise pas au créancier l'impossibilité de la performance et qu'il ne prend pas les précautions nécessaires pour éviter une augmentation du préjudice qu'il a été jugé responsable des pertes découlant fixation.

Dans l'article 136, l'impossibilité d'exécution des marchés de travaux, en termes de contrat comme le reflet dans les articles 483, 485 et 486 du Code des dettes Turques. Les dommages qui seront restés sur quelle partie sont le sujet principal de l'étude de thèse. À cet égard, nous pensons d'abord à la définition de la notion de dommage. Les dommages, généralement, peuvent être définis comme la réduction de l'actif d'une personne à la suite d'un événement aléatoire. Les dommages globalement divisés en dommages et dommages au sens étroit. Pour notre thèse dans la présente étude, nous allons étudier le dommage en sens étroit qui provenant de la relation des dettes, pas le dommage au sens large qui provenant de la nature des biens. Quand on a examiné le but de la loi, en tant que législateur adopte une prestation sous forme de dommages et de profit.

Le concept du Code des dettes Turques, les dommages sur les obligations sont considérés comme au sens étroit du concept des dégâts. Les dommages au sens étroit sont divisés en deux comme dommage d'acte (dommages matériels de la performance) et de contre-acte dommages (coût des dommages). Le dommage de performance, réalisée entre les parties, mais avant cela, et après la naissance d'une dette valide, le débiteur n'est pas responsable de la bonne exécution de l'acte impossible en raison de circonstance si la Loi du droit du créancier de demander de continuer ou d'arrêter le problème.

Les dommages de performance contre , dans les contrats qui donnent des dettes à deux parties, lorsque l'état de l'impossibilité se produit sur la base de défaut, dans le cas où les dettes finissent comme dans l'article 136 du code des dettes Turques, c'est la question si le droit de performance est connu contre le débiteur de performance. Dans l'étude de thèse a également évalué dans le cadre de marchés de travaux, la notion de dommage affirme dans le concept de sens étroit.

Dans les marchés des entreprises, on a traité la notion de dommage dans les articles 483, 485, 486 du Code des dettes Turques.

Le premier alinéa de l'article 483 du Code des dettes Turques, si l'œuvre a péri, avant la livraison, à la suite d'un événement imprévu, est en train d'organiser par quelle partie l'entreprise sera chargé. En conséquence, avant la livraison de l'ouvrage en cas de perte imprévue, à condition que le propriétaire de l'entreprise ne fera pas défaut à prendre livraison des travaux, est indiqué que l'entrepreneur ne pourra pas demander le paiement des travaux exécutés et des frais. Conforme au premier alinéa de l'article 483, le concept de livraison en termes, le concept de

l'événement inattendu et le concept de propriétaire de l'entreprise doivent être évalués.

Dans les contrats d'entreprise, le concept de livraison a été mis en place pour offrir des contrats, immobilier, propriété intellectuelle, et différent en termes de non-crée l'immobilisation indépendant. D'après cela, la possession des entreprises mobiles et les œuvres intellectuelles auront lieu avec le transfert de la propriété au propriétaire de l'entreprise, Dans les entreprises indépendants qui n'ont pas d'une existence matérielle comme peindre un mur, mettre à la place du verre cassé, on a indiqué que le concept de livraison ne pourra pas être en conformité complètement. La cause de cela est que l'entreprise est déjà né dans le domaine légal du propriétaire. La livraison des entreprises immeubles sera lié au fait si le terrain appartient au propriétaire de l'entreprise ou à l'entrepreneur. D'après cela, la livraison dans un œuvre immobilier réalisé dans le terrain de l'entrepreneur sera effectuée pour le compte du propriétaire de l'entreprise. Il faut remarquer ici, si le transfert de la propriété n'est pas réalisée au propriétaire de la propriété, il ne s'agit pas de livraison. Dans les cas où le travail a été effectué dans le domaine de propriétaire, la livraison sera réalisée par une notification ouverte ou fermée à notifier au propriétaire d'entreprise.

Le concept d'un événement inattendu peut être identifié comme les dettes à ne pas piéter par la personne responsable par les facteurs qui peuvent être chargés par le propriétaire ou par l'entrepreneur. Dans l'article 483 du Code des dettes Turques, le concept d'événement inattendu est réputé pour couvrir des événements inattendus au-delà de la notion de force majeure, au sens technique.

Dans le cas où le propriétaire d'entreprise est en défaut, on a discuté si le débiteur ou le créancier tombent en défaut dans la doctrine. En conséquence, dans la doctrine, en général, le droit en cas de défaut de prendre livraison des travaux de l'entreprise propriétaire, par l'organe législatif en raison de l'absence de toute charge, pas le défaut de l'emprunteur, mais sont considérés comme possible défaut du créancier. Bien que cela soit généralement admis, l'acceptation de défaut de créancier est critiquée absolument dans la doctrine.

Après ces explications, conforme au premier alinéa de l'article 483 du Code des dettes Turques, on va accepter que l'entrepreneur doive supporter aux dommages de performance et de contre-performance survenant à la suite d'événements imprévus. L'exception de cette situation, c'est-à-dire, le support du propriétaire de travail aux dommages de performance et de contre-performance s'agit seulement quand le propriétaire de travail tombe au défaut du créancier.

On a essayé de résoudre le problème de la quelle partie supportera aux dommages de matériel dans la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 483. D'après cela, la partie qui a apporté du matériel nécessaire pour former l'œuvre, supportera aussi au dommage survenant à la suite d'un événement imprévu.

Dans le 2^e alinéa de l'article 483, on a organisé que le propriétaire supportera aux dommages dans certaines circonstances. En conséquence, l'exception à la règle énoncée au premier alinéa de l'entreprise, quand les matériaux ou le propriétaire de la terre ont péri à cause de la honte ou propriétaire d'entreprise en conformité avec les instructions à l'entrepreneur de faire rapport sur l'état de la situation à l'heure, le propriétaire de travail supportera au dommage et c'est pourquoi

il devra couvrir les pertes encourues par le contractant . Mais dans ce cas, pas le prix convenu dans le contrat, le contractant n'a le droit de demander la valeur du travail exécuté et les dépenses hors de cette valeur. Il ya aussi la responsabilité de l'indemnisation en cas de faute du propriétaire d'entreprise. L'information de l'entrepreneur en temps utile peut expliquer en conformité avec bonne foi comme la déclaration au propriétaire de l'entreprise.

La notion de dommage aux marchés de travaux dans l'article 485 du code de banque Turque a été examinée dans le cadre d'impossibilité de performances à cause de raisons réalisées par la raison du propriétaire de l'entreprise. À cet égard, en règle générale, il s'agit que le propriétaire de l'entreprise supporte aux dommages. C'est-à-dire avant la livraison de l'ouvrage, au cas où l'achèvement des travaux est impossible pour des raisons survenant du propriétaire de travail, l'entrepreneur peut demander la valeur du travail effectué les frais conforme à l'article 485 du code des dettes Turques. Dans ce contexte, si le propriétaire de travail a de la faute n'a pas d'importance selon l'article 485 du code des dettes Turques. Cependant, s'il ya un défaut du propriétaire d'entreprise, il y aura de l'obligation d'indemnisation également.

Au cas où les conditions se trouvent réalisées dans l'article 485, on accepte que le contrat est considéré extrémités avant-efficace. Dans ce contexte, il y a une discussion dans la doctrine concernant que le contrat se terminera de l'auto-emploi ou par l'utilisation de droit de résiliation du propriétaire de travail ou les héritiers légaux.

La discussion le quel sera appliqué des articles 483 et 485 du Code des dettes Turques, il s'agit que l'entreprise a péri en raison d'événements inattendus dans le domaine des risques de propriétaire de travail et en même temps dans les situations de l'introduction de l'ouvrage était impossible. Dans ce cas, la première idée dans la doctrine a défendu que l'article 485 du code des dettes Turques est un article qui se ramollit l'article 483. Le second point de vue a indiqué que les articles 483 et 485 étaient les différents arrangements et que l'article 483 du code des dettes Turques sera appliqué dans les situations d'être péri à la suite d'un événement inattendu, et en même tems dans les situations impossibles de recréer.

Enfin, dans l'article 486 du code des banques Turques, on a organisé que le contrat finira si l'entrepreneur est mort ou dans les cas où l'entrepreneur perd ses capacités sans défaut de l'entrepreneur. En conséquence, le propriétaire d'entreprise doit supporter le dommage, et si le travail a été réalisé comme le propriétaire de travail sera utilisé, il va l'accepter et il va payer le prix à l'entrepreneur. D'après cela, au contraire des dispositions générales organisées dans l'article 83 et de la règle générale que le débiteur personnellement était responsable de l'exécution de l'article, la règle dans les contrats des œuvres, l'entrepreneur est sous la responsabilité de personne ou réalisée sous sa gestion doit être envisagée. Dans ce contexte, si l'entrepreneur est une personne morale, il est important que l'article 486 soit appliqué. Lorsque l'entrepreneur est un partenariat et au cas d'organiser une relation des dettes en ayant de la confiance en une des partenaires, si le partenaire mentionné est mort ou s'il quitte, on accepte que l'article 486 sera appliqué dans la

doctrine. Toutefois, le 2 e point de vue dans la doctrine défend que ça ne doive pas être appliqué.

Mots-Clés : Contrats d'entreprise, non-exécution, exécution imparfaite, impossibilité, Code des Obligations Turc.

ABSTRACT

At work contracts, it could be considered that work owner and the parties will be satisfied if the work is fulfilled as the contract regulates and the price is paid. On the other hand in case that the circumstances occur in a way of the contracts which are not completed properly in valid work contracts, the legislator regulates some general and optional rules in behalf of protection of parties. At this sense, it will be faced with non-performance, unproperly performance and impossibility.

In cases of non-performance and unproperly performance, and if the work can still be performed, specific performance and damages arising from that delay could be claimable rely on the general regulations of The Turkish Obligation Code. Besides, default interest in terms of pecuniary debt and also in synallagmatic contracts other demands arising the default with notice, could be claimed. These demands are avoidance of contract with compensation of negative damage and renunciation of fulfillment with compensation of positive damage.

The future the contract and the requests that might be put forth by the parties need to be discussed when it is impossible to perform the contract or in other words when the impossibility has occurred.

Impossibility of performance could be examined in two parts as initial impossibility of performance and latter impossibility of performance. The initial impossibility of performance had been regulated in the Article 27 of the Turkish Code of Obligations and it had been stated that the contracts which are against the imperative provisions of the code, moral values, public order, personal rights or the contracts that has impossibility on the subject would be void. The initial impossibility of performance shall be divided as objective initial impossibility of performance and subjective initial impossibility of performance. Accordingly, it is obvious that the contract will be void if the contract is objectively impossible from the beginning. None the less, subjective initial impossibility would occur if performing the contract is possible for the third party while the debtor not able to perform it, in this case contract would be accepted as if it is valid and the debtor who is not able to perform the contract would be responsible to compensate the positive damage.

As to latter impossibility of performance, that is the second type of impossibility of performance and vital part of our thesis subject, in a valid contract, obligor is not able to perform on the ground of subjective or objective reasons. According to the Turkish Code of Obligation Article 136, an obligation is deemed extinguished where its performance is made impossible by circumstances not attributable to the obligor. There is a question about Article 136 whether this article applies to objective or subjective latter impossibility of performance either both of them. As a consequence of impossibility of performance, in a bilateral contract, the obligor thus released is liable for the consideration already received pursuant to the provisions on unjust enrichment and loses his counter-claim to the extent it has not yet been satisfied. This provision, that constitutes the second paragraph of Article 136, specifically have an importance for latter impossibility of performance in the contracts of construction. As to the last phrase of second paragraph of Article 136,

the legislator established that this article does not apply to cases in which, by law or contractual agreement, the risk passes to the obligor prior to performance. Finally in the last paragraph of the article, it is established that obligor is responsible for recover creditor's damage in cases which obligator does not notify the impossibility of performance without a delay and does not make necessary measures against increase of the damage.

In the impossibility in the valid contract that is regulated in the Article 136 of the Turkish Obligation Code finds its own reflection at the Article 483, 485 and 486 of the Turkish Obligation Code. Which party that undertakes the damage arising from the contract constitutively determinates the subject of our thesis. In this respect, first of all we consider that the definition of damage must be given in the concept of the thesis.

In generally, damage can be defined as diminution of wealth of someone in consequence of an estray event. The damage divides into two categories which are the broad and the strict one. In the point of thesis, strict sence of damage, that is mean of the damage arising from the contract, is the main subject instead of the broad sence of damage which is mean of the damage arising from the nature of the property. If the aim of the code is analysed, it could be seen that, the legislator prefers to stick the damage and the benefit together.

Due to The Turkish Obligation Code, the concept of damage is understood with its strict sense. With it's strict sense, the concept of damage splits into two other concepts: the damages arising from performance, and the damages arising from the counter performances. Damage rising from performance is, the issue of whether creditor could demand the performance or not, though the performance became impossible without fault of debtor after the a valid debt relation occurs but before of debts discharge.

On the other hand, damage rising from counter performance is the issue of whether the other side has to fulfill it's duty or not in a synallagmatic contract, if there is a objective impossibility for one of the sides' debt, after ending the debt according to Article 136 of the Turkish Obligation Code In our thesis subject, the concept of damage rising in contract of constraction, will evaluated as the concept of damage as strict sense.

The Legislator regulates the damage arising from the work contracts in extent of the Article 483, 485 and 486 of The Turkish Obligation Code.

The Paragraph one of the Article 483 of the Turkish Obligation Code regulates which party undertakes the damage arising form the contract in case of the unpredictable event occurs. According that article, it is regulated that whan the unpredictable event occurs, the contractor can not claim the price that recompences the work that is done and the other expences unless the work owner fails on default.in terms of the Article 483 of the Turkish Obligation Code the term of deliver, the term of unpredictable event and the term of the default of the work owner should be considered.

In terms of the delivery in work contracts, would be different at each the movable worsk, immovable Works, the Works with dependent property and literary

works. According that fact, movable works and literary works will be delivered if only the tenure and ownership of the work is transferred to the work owner. Submitted that, the work with dependent property such as wall painting and repair of broken glass, can not be delivered. The reason of that fact relies on the consequences of the nature of that work which already has born in the work owner's legal area. The delivery of immovable works will be connected with the fact that the land, that the work which is created on, is whether belongs to the contractor or the work owner. According to this fact, the delivery of the work which is created on the land belongs to the work owner will become by registration on behalf of the work owner's benefit. The point here is, even the creating is completed, if the passing of the ownership has not occurred, the delivery would not be completed at all. In position, the immovable property, where the work was carried out in work owner's legal area, it shall be deemed that delivery will be completed by the express or implicit notify.

The fact of unpredictable event is defined the event which causes infringement of debt because of an inevitable reason and can't take upon to employer or contractor. In Article 483 of the Turkish Obligation Code, it includes not only unpredictable event in its technical meaning but also the concept of force majeure.

In case work owner fails into the default in the receiving of work, it is a controversial issue in doctrine that if the default of creditor's or the default of debtor's is occurred. In common, because of there is no obligation regulated by law, if work owner fail into default in the receiving of the work, it won't be a default of debtor but default of creditor. It's the common reput but in doctrine there is different opinions that criticizes the acceptance of creditor's default as absolute.

After these explanations, pursuant to Turkish Code of Obligations Article 483 paragraph 1, contractor shall be stands all damages of performance and counter performance which rises from contingency . Exception of this situation in other words possibility of work owner's responsibility from performance and counter performance only will be possible if the work owner fails into the default of creditor.

In case Article 483 paragraph 1 sentence 2, in occasion which mentioned in first paragraph, it is aimed to come up with a solution to the which party will be responsible in case of damage to the material. Accordingly, the party who brings essential material for the completion of the work shall be responsible damage occurred in unpredictable event.

In some situations, damage indemnity is stand by work owner. This is regulated in second paragraph of 483. Article. Accordingly, as a exception of the first paragraph, if the work gets destroyed, because of the kit or the land of the work owner, because of the material that is given by the work owner, because of the direction of the work owner, work owner will stand of the damage, if the contractor has not notified on time. Therefore, the employer will pay the positive damage of the contractor. But, in this situation, the contractor's right that can be claimed is not the price which is implied at the contract, It is the worth which is created by contractor and the debits which are not included by this worth. If the employer has a fault, it is also can be claimed that contractor can demand the positive damages. To announcing of contractor timely can be explain in aspect of good faith.

Article 485 of the Law of Obligation analyses the fact of the damage in respect to the impossibility of performing contractual obligation due to behaviour of a work owner. Therefore, as a rule, work owner shall stand the damage. But, in this situation, the contractor's right that can be the worth which is created by contractor and the debits which are not included by this worth according to the Article 485 of The Turkish Obligation Code. Under the light of this provision fault of the work owner is not being considered. In other words employer will be obliged to compensate damages of contractor in the event of his default.

As a result of Article 485, it is accepted that the agreement will be terminated proactively. However doctrine widely discusses whether the agreement will be terminated automatically or it will be terminated by employer itself or his legal inheritor.

The discussion about Article 483 and 485 of the Turkish Obligation Code will be the subject when the work is destroyed because of unpredictable event arising at the work owner's legal area but also caused the impossibility to create the work. In this case, the first opinion of doctrine, 485. Code of Obligation is absorbing the effect of the 483 Code Of Obligation. The second opinion is, the code of obligation 485 is different from the code of obligation 483, the code of obligation 483. will be applied when the destroy of the work has occurred and also the impossibility.

Finally, According to the Article 486 of the Turkish Obligation Code if there is a work that the contractor is obliged to fulfill by personal performance, the contract terminates in case of the Contractors death or the loss of the ability. In this case If the work owner can use the part of the work completed, shall accept the work and pay the price. According to the article 83 of the Turkish Obligation Code that regulates that the parties has no liability of performing personally unless the circumstances are required, the Contractor has the obligation to perform personally at the works contract. However, if the contractor is a legal entity whether to apply the article 486 of Turkish Obligation Code or not is important. Doctrine agree that if a work contract signed relying on one of the partners of the legal entity and then the partner dies or is separated from the partnership, the article 486 of turkish code of obligation is still applied. But another view in Doctrine assert that the article 486 does not apply absolutely in that situation described above.

Key Words

:Work Contracts, Contractor, Work Owner, Turkish Obligation Code, Non-performance, Impossibility.

ÖZET

Eser sözleşmelerinde, eser sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirildiğinde ve bedel vadesinde ödendiğinde, iş sahibinin ve yüklenicinin bu sözleşmeden tatmin oldukları kabul edilir. Ancak geçerli olarak kurulmuş bir eser sözleşmesinde tam bir ifanın gerçekleşmediği durumlar da söz konusu olup, kanun koyucu bu hallerde tarafların korunması için genel ve özel hükümlerde düzenlemelere yer vermiştir. İşte bu anlamda karşımıza hiç ifa etmeme, gereği gibi ifa etmeme ve imkânsızlık halleri çıkmaktadır.

Hiç veya gereği gibi ifa etmeme hallerinde, ifa edilebilirlik durumunun bulunması koşulu ile, yükleniciden Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine dayanılarak aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edilebilecektir. Bu durumun yanı sıra, para borçları bakımından temerrüt faizi, tam iki tarafa borç doğuran sözleşmelerde, yüklenici ihtar ile veya ihtara gerek duyulmayan hallerde ihtar olmaksızın, temerrüde düşürülerek temerrütten kaynaklanan diğer talepler de ileri sürülebilecektir. Bunlar sözleşmeden dönme ve menfi tazminat ile ifadan vazgeçme ve müspet zararın tazminidir.

İfanın gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı, diğer bir ifade ile ifanın imkânsızlaştığı hallerde ise sözleşmenin akıbeti ve tarafların ileri sürebilecekleri talepleri tartışmak gerekmektedir.

İfa imkânsızlığı, baştaki ifa imkânsızlığı ve sonraki ifa imkânsızlığı olarak iki şekilde incelenebilecektir. Kanun koyucu, baştaki ifa imkânsızlığını Türk Borçlar Kanunu md. 27. maddesinde düzenlemiş, buna göre kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Baştaki imkânsızlık halinde objektif baştaki imkânsızlık ve sübjektif baştaki imkânsızlık ayrımı yapılır. Buna göre, baştan objektif olarak imkânsız olan sözleşmenin kesin olarak hükümsüz olacağı aşikârdır. Ancak borçlu tarafından ifa edilmenin imkânsız olmasına karşın, üçüncü bir kişi tarafından ifa edilebilmenin mümkün olduğu durumlarda sübjektif baştan imkânsızlık söz konusu olacak, bu halde sözleşme kurulmuş kabul edilecek ancak ifa etmesi imkânsız olan borçlunun müspet zarar tazmin yükümlülüğü doğacaktır.

İfa imkânsızlığının ikinci türü olan ve tez çalışmamız açısından da önem arz eden sonraki ifa imkânsızlığında ise, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmede, sübjektif veya objektif sebeplerle sonradan ifa edilememe durumu söz konusudur. Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinde düzenlendiği üzere borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erecektir. 136. maddenin sadece objektif sonradan imkânsızlık halinde mi yoksa hem sübjektif sonradan imkânsızlık ve hem de objektif sonradan imkânsızlık hallerinde uygulanacağı yönünde tartışmalıdır. İmkânsızlık halinin sonucu olarak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık 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 kaybedecektir. 136. Maddenin ikinci fıkrasını oluşturan bu hüküm, özellikle eser sözleşmelerinde doğan sonraki imkânsızlık hali açısından önem arz edecektir. Kanun koyucu 136. Maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde ise kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu

hükümün dışında olduğunu belirtmiştir. Son olarak maddenin son fıkrasında ise, borçlunun ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmemesi ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almaması halinde bundan doğan zararları gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

136. maddede düzenlenen geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmede ifa imkânsızlığı halinin eser sözleşmeleri bakımından yansması Türk Borçlar Kanunu md. 483, 485 ve 486'da görülmektedir. İş bu maddelerde hasarın hangi taraf üzerinde kalacağı ise tez çalışmamızın temel konusunu oluşturmaktadır. Bu bakımdan öncelikle hasar kavramının tanımının yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Hasar, genel olarak tesadüfi bir olay sonucunda bir kişinin malvarlığında azalma olarak tanımlanabilir. Hasar, geniş anlamda hasar ve dar anlamda hasar olarak ikiye ayrılmıştır. Tez çalışmamız bakımından, eşyanın tabiatından doğan geniş anlamda hasar kavramı değil, borç ilişkisinden doğan hasar kavramını karşılayan dar anlamda hasar ele alınacaktır. Kanun amacı incelendiğinde, kanun koyucunun genel olarak hasar ve yararın bir olarak geçtiği şekilde düzenleme yoluna gittiği görülmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nda geçen hasar kavramının dar anlamda hasar kavramı olduğu kabul edilmektedir. Dar anlamda hasar, edim yarası (maddi edim hasarı) ve karşı edim hasarı (bedel hasarı) olmak üzere ikiye ayrılır. Edim hasarı, taraflar arasında geçerli bir borcun doğumundan sonra ve fakat ifa gerçekleşmeden önce, borçlunun sorumlu olmadığı haller dolayısıyla edimin gereği gibi ifasının imkânsızlaşması halinde, alacaklının edimi talep hakkının devam edip etmeyeceği sorundur.

Karşı edim hasarı ise, tam iki tarafa borç doğuran sözleşmelerde, kusura dayanmayan imkânsızlık halinin gerçekleştiği hallerde Türk Borçlar Kanunu md. 136'daki gibi borcun sonra ermesi durumunda borcundan kurtulan edim borçlusuna karşı edim hakkının tanınıp tanınmayacağı sorundur. Tez çalışmamızda da eser sözleşmelerinde hasar kavramı dar anlamda hasar kavramı kapsamında değerlendirilecektir.

Kanun koyucu eser sözleşmelerinde hasar kavramını Türk Borçlar Kanunu'nun 483, 485, 486. Maddelerinde ele almıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 483. Maddenin birinci fıkrası, eserin teslim edilmeden önce beklenmedik bir olay neticesinde telef olması halinde, hasarın hangi tarafça yüklenileceğini düzenlemektedir. Buna göre eserin teslimden önce beklenmedik telef olması halinde, iş sahibinin eseri teslim almada temerrüde düşmemesi şartı ile, yüklenicinin, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemeyeceği belirtilmiştir. 483. maddenin birinci fıkrası bakımından teslim kavramı, beklenmedik olay kavramı ve iş sahibinin temerrüdü kavramının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Eser sözleşmelerinde teslim kavramı taşınmaz, bağımsız maddi varlığı olmayan ve fikir eserleri bakımından farklılık doğurmaktadır. Buna göre taşınır eserler ve fikir eserleri sözleşmede taahhüt edilen eserin zilyetliğinin ve mülkiyetinin iş sahibine devri ile gerçekleşecektir. Bir duvarın boyanması, kırılan camın yerine takılması gibi bağımsız maddi varlığı olmayan eserlerde ise teslim kavramının tam olarak uyum sağlamayacağı belirtilmiştir. Bunun sebebinin, eserin hali hazırda iş

sahibinin hukuki alanında doğmuş olmasıdır. Taşınmaz eserlerin teslimi ise, eserin meydana getirildiği arsanın yükleniciye mi yoksa iş sahibine mi ait olduğu hususu ile bağlantılı olacaktır. Buna göre, yüklenicinin arsasında gerçekleştirilen bir taşınmaz eserde teslim, eserin iş sahibi adına tescil edilmesi ile gerçekleştirilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, meydana getirme gerçekleşse dahi, eğer iş sahibine mülkiyet geçişi gerçekleşmemiş ise, teslimin söz konusu olmadığıdır. Taşınmaz eserin iş sahibinin hukuki alanında gerçekleştirildiği durumlarda ise, iş sahibine gerçekleştirilecek açık veya örtülü bir bildirim ile teslimin gerçekleşmiş olacak kabul edilecektir.

Beklenmedik olay kavramı, ne iş sahibine ne de yükleniciye yüklenebilecek olan sebepler ile borcun mesul kişi tarafınca kaçınılmayacak suretle ihlal edilmemesine neden olan hadise olarak tanımlanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 483. maddesinde geçen beklenmedik olay kavramının teknik anlamda beklenmedik olay kavramının ötesinde mücbir sebepleri de kapsadığı kabul edilmektedir.

İş sahibinin eseri teslim almada temerrüde düşmesi halinde alacaklı mı yoksa borçlu temerrüdüne mi düştüğü doktrinde tartışılmıştır. Buna göre, doktrinde genel olarak, kanunda iş sahibinin eseri teslim almada temerrüde düşmesi halinde, kanun koyucu tarafından herhangi bir teslim alma yükü olmaması sebebi ile, borçlu temerrüdünün söz konusu olmayacağı, ancak alacaklı temerrüdünün mümkün olacağı kabul edilmektedir. Genel kabul bu olmakla birlikte, mutlak şekilde alacaklı temerrüdü durumunun kabul edilmesi de doktrinde eleştirilmiştir.

Bu açıklamalardan sonra, Türk Borçlar Kanunu'nun 483. maddesinin birinci fıkrası açısından, beklenmedik olay neticesinde doğan edim ve karşı edim hasarına yüklenicinin katlanması gerektiği kabul edilecektir. Bu durumun istisnası yani iş sahibinin edim ve karşı edim hasarına iş sahibinin katlanması durumu ancak iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmüş olması halinde söz konusu olabilecektir.

483. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde ise birinci fıkrada gerçekleşen hallerde malzemeye gelen hasara hangi tarafın katlanacağı sorunu çözüme kavuşturulmak istenmiştir. Buna göre, eserin meydana getirilmesi için gerekli olan malzemeyi getiren taraf, beklenmedik olay neticesinde malzemede meydana gelen hasara da katlanacaktır.

483. maddenin ikinci fıkrasında belli şartlar altında hasara iş sahibinin katlanacağı hususu düzenlemiştir. Buna göre birinci fıkrada belirtilen kuralın istisnası olarak, eserin iş sahibinde verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden telef olması halinde, yüklenicinin durumu zamanında bildirmesi koşulu ile, hasara iş sahibi katlanacak, bu sebeple yüklenici tarafında doğan zararları karşılamak durumunda kalacaktır. Ancak bu durumda yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan bedeli değil, yaptığı işin değeri ve bu değere girmeyen giderleri isteme hakkı söz konusu olacaktır. İş sahibinin kusuru bulunması halinde ayrıca tazminat sorumluluğu mevcuttur. Yüklenicinin zamanında bildirimde bulunması, dürüstlük kuralı gereğince gecikmeden iş sahibine bildirimde bulunması olarak açıklanabilecektir.

TBK md. 485 eser sözleşmelerinde hasar kavramı, iş sahibi sebebi ile gerçekleşen sebeplerden dolayı ifanın imkânsızlaşması açısından incelemiştir. Bu bakımdan, hasara iş sahibinin katlanması kural olarak söz konusu olacaktır. Şöyle ki,

eserin tesliminden önce, iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle eserin tamamlanmasının imkânsızlaşması halinde yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen masraflarını talep edebileceği Türk Borçlar Kanunu m. 485 kapsamında düzenlenmiştir. Bu bağlamda iş sahibinin kusuru olup olmadığı Türk Borçlar Kanunu md. 485 bakımından önem arz etmez. Ancak iş sahibinin kusuru mevcut ise ayrıca tazminat yükümlülüğü doğacaktır.

485. maddede gerçekleşen şartların varlığı halinde, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda sözleşmenin kendiliğinden mi yoksa iş sahibinin veya yasal mirasçılarının fesih hakkını kullanması ile mi sona ereceği konusunda doktrinde tartışma mevcuttur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 483 ve 485. maddelerinin hangisinin uygulanacağı tartışması, eserin iş sahibinin riziko alanında gerçekleşen bir beklenmedik olay nedeniyle telef olduğu ve aynı zamanda eserin meydana getirilmesinin imkânsızlaştığı durumlarda söz konusu olacaktır. Bu halde doktrinde birinci görüş, Türk Borçlar Kanunu'nun 485. maddesinin, 483. maddeyi yumuşatan bir madde olduğunu savunmuştur. İkinci görüş ise 483 ve 485. Maddelerin farklı düzenlemeler olduğunu, beklenmedik bir olay neticesinde telef olma ve aynı zamanda yeniden meydana getirilmenin imkansızlaşması durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun 483. maddesinin uygulanacağını belirtmiştir.

Son olarak TBK md. 486'da ise yüklenicinin şahsını ilgilendiren bir eserin meydana getirilmesinin taahhüt edildiği eser sözleşmelerinde yüklenicinin kusuru bulunmaksızın yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi halinde sözleşmenin sona erdiği düzenlenmiştir. Buna göre, iş sahibi hasara katlanacak ve eserin tamamlandığı kısım iş sahibinin kullanabileceği şekilde ise bunu kabul edecek ve bedelini yükleniciye verecektir. Buna göre genel hükümlerde 83. maddede düzenlenen ve kural olarak borçlunun şahsen ifa ile yükümlü bulunmadığı kuralının aksine, eser sözleşmelerinde kural, yüklenicinin şahsen veya kendi yönetimi altında ifa etme borcu altında olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda yüklenicinin tüzel kişi olması halinde 486. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı önem arz etmektedir. Yüklenicinin bir ortaklık olması ve sözleşmenin yapılırken ortaklardan birine güvenilerek bu borç ilişkisinin kurulması halinde, söz konusu ortak ölür veya ayrılır ise, 486. maddenin uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir. Ancak doktrinde ikinci görüş bu durumun mutlak olarak uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

:Eser Sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu, Yüklenici, İş Sahibi, İfa Etmeme, Gereği Gibi İfa Etmeme, İmkansızlık

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen "Eser Sözleşmesi", hayatımızın her alanında karşımıza çıkan yapma ediminin bir yansımasıdır. En basit örneği sayılabilecek bir elbise dikiminden, en karmaşık ve aylar alacak inşaat işlerine kadar her alanda söz konusu olabilecek bu sözleşme tipi, kanunun 470. maddesinde "*Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin ise bunun karşılığında bir bedel ödeme taahhüt ettiği*" sözleşme olarak tanımlanmıştır.

818 sayılı Borçlar Kanunundaki eser sözleşmesi tanımına doktrinde getirilen eleştiriler ışığında eser unsuru, bedel unsuru ve meydana getirme unsuru bakımından yeniden düzenlenen bu tanım, teslim edilme kavramını içinde barındırmadığı gerekçesi ile halen eleştirilere maruz kalmaktadır. Gerçekten de bir eserin meydana getirilmesi eser sözleşmesinden doğan borcu sona erdirmemekte, bunun yanı sıra eserin iş sahibine teslimi gerekmektedir zira iş sahibinin bu sözleşmeden doğan menfaati eserin teslimi ile tamam olacaktır.

Eser sözleşmesinin tanımı kapsamında, tez çalışmamızın birinci bölümünde eser sözleşmesinin tanımı üzerinde doktrinde getirilen eleştirilere, eser sözleşmesinin satım, hizmet ve vekalet sözleşmesinden farklarına, eser sözleşmesinin şekline, unsurlarına ve hukuki niteliğine yer verilecektir. Hemen burada şunu belirtmek gerekir ki, eser sözleşmesinin unsurları arasında anlatacağımız eser kavramının maddi varlıkların yanı sıra maddi olmayan varlıklara da hasredilip hasredilmeyeceği tartışması, eser sözleşmesinin benzer sözleşmelerden farkının ortaya konulmasında büyük önem arz etmekte olup, özellikle vekalet sözleşmesi bakımından doktrinsel tartışmalara neden olmuştur. Bundan başka, kural olarak şekil serbestisi kapsamında değerlendirilen eser sözleşmeleri hakkında, özel kanunlarda öngörülen şekil şartlarına da tez çalışmamızda yer verilecektir.

Tez çalışmamızın eser sözleşmelerinde hasar kavramının değerlendirilmesi üzerine olduğundan bahisle, ikinci kısımda hasar kavramının açıklanmasının daha yerine olacağı açıktır. Bu bağlamda, geniş anlamda hasar, dar anlamda hasar, edim hasarı ve karşı edim hasarı kavramlarının açıklanması amaç edinilmiştir.

Son bölümde ise, Türk Borçlar Kanununda yer alan eser sözleşmesinde hasarın geçişinin düzenlendiği maddeler olan 483, 485, 486. maddeleri hakkında bilgi verilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 483. maddesinde düzenlendiği üzere, eserin teslimden önce beklenmedik bir olay neticesinde telef olması halinde, edim ve karşı edim hasarına hangi tarafın katlanacağı, bu halde imkânsızlık halinin doğup doğmadığının ifaya olan etkisi, malzemeye gelen hasarın akıbeti tez çalışmamızda ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu bağlamda beklenmedik olay kavramı da açıklanmaya çalışılacaktır.

Aynı Kanununun 485. maddesinde iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle ifanın imkânsızlaşması hali düzenlenmiştir. Bu durumda, iş sahibinin kusuru olup olmamasına göre tazminat sorumluluğunun doğup doğmadığı önem arz etmektedir.

486. maddede ise, yüklenicinin şahsıyla ilgili olarak gerçekleştirilen eser sözleşmelerinde, yüklenicinin kusuru olmaksızın ölümü veya yeteneğini kaybetmesi halinde, eser sözleşmesinin akıbeti tartışılacaktır. Bu madde kapsamında, tez çalışmamızda, öncelikle yüklenicinin şahsının önem arz etmesi kavramı ele alınacak, bu bağlamda yüklenicinin eseri şahsen ifa etme borcu açıklanacak, akabinde yüklenicinin kusuru olmaksızın ölümü veya yeteneğini kaybetmesi halinde sözleşmede hasarın hangi taraf üzerinde kalacağı üzerinde çalışılacaktır. Bu bakımdan, yüklenicinin gerçek veya tüzel kişi olup olmamasının madde 486'nın uygulanma alanı bakımından önem arz edip etmediği hususuna da değinilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ TANIMI, SATIM, HİZMET VE VEKÂLET SÖZLEŞMELERİNDEN FARKLARI, ŞEKLİ, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. ESER SÖZLEŞMESİ TANIMI

Esas itibariyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470. ve 486. Maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmesi, mevzuattaki diğer temel düzenleme alanlarını 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanununa tabi belirli bir tutarı aşan yapım ve hizmet işlerinde Bakanlar Kurulu'nun 29.04.1984 gün ve 84/8520 sayılı kararının eki olarak 09.10.1984 tarih, 18540 sayılı Resmi Gazetede yürürlüğe girmiş olan "Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi" ile 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu'nda, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda ve alt mevzuatı Yapım İşleri Genel Şartnamesinde bulmaktadır.

Uluslararası inşaat sözleşmeleri bakımından ise Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu (FIDIC) tarafından hazırlanmış "kırmızı kitap" olarak da bilinen "İnşaat İşleri Sözleşme Şartları" önem arz etmektedir. Bu kuralların uygulanması tamamen tarafların anlaşması ile söz konusu olup, amaç uluslararası standartların uygulanmasıdır¹.

Tezimizde konu itibari ile hasar kavramı genel olarak Türk Borçlar Kanunu kapsamında değerlendirilecek yeri geldiği noktalarda diğer mevzuat hükümlerine değinilecektir.

¹ "FIDIC, özel hukuk kurallarına tabi dernek statüsünde, federasyon niteliğinde bir meslek kuruluşudur. Müşavir mühendislik konusunda uzman üyelerin bulunduğu bu federasyonun yetki kurulları, taraflarca kabul edilmiş uluslararası inşaat ilişkilerinde uygulanacak sözleşme kurallarını önceden tek taraflı olarak hazırladığı standart- formular sözleşme niteliğinde belirlemektedirler. Standart, önceden hazırlanmış bu maktu sözleşme metinlerinin taraflar arasında geçerli olabilmesi için, taraflarca açıkça kabul edilmiş ve imzaları ile ilave değişikliklerle uygulanmasını istedikleri sözleşme şartlarıdır. FIDIC şartlarını taraflar aynen kabul etmek veya değiştirerek kabul etmek veya hiç kabul etmemekte tamamen serbesttirler. Sözleşmeler hukukunda genel işlem koşullarının, sözleşme metnine dahil sayılmasında, bu metinleri açıkça kabul etmedi durumuyla FIDIC İnşaat Sözleşmesinin taraflarca kabulü arasında bir paralellik mevcuttur." İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, 2013, s. 387, (Endüstri).

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 355. Maddesinde eser sözleşmesi aşağıdaki şekliyle tanımlanmıştır²:

“İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeğe taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.”³

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 355. Maddesi, maddede kullanılan terimler itibariyle üç yönden eleştirilmiştir⁴. Öncelikle eser sözleşmesinde müteahhidin yüklediği sonucun mutlaka maddi varlıkta kendisini göstermesi yönünde bir anlam yükleyeceği sebebi ile “şey” kelimesi yerine “eser” kelimesinin kullanılması doktrinde daha uygun görülmüştür⁵. İkinci olarak, eser sözleşmelerinde edim olarak sarf “yaratmak” değil, “değiştirmek, geliştirmek” eylemlerinin de girebileceği sebebi ile “imal” kelimesinin yanlış olarak kullanıldığı belirtilmiştir⁶. Son olarak ise tanımda geçen “semen” teriminin satım sözleşmesinde geçmesi ve “satım parasını” ifade etmesi sebebi ile eser sözleşmesine uymadığı, bunun yerine daha geniş anlamdaki “bedel” kelimesinin kullanılması gerektiği doktrinde⁷ savunulmuştur.

Doktrindeki bu görüşlerin ışığında Türk Borçlar Kanunu'nun 470. Maddesinde yeni bir eser sözleşmesi⁸ tanımı yapılmıştır. TBK md. 470'de belirtildiği üzere eser

² İlhan Helvacı, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**, İstanbul, 2011, s. 828, (Kanun); Hasan Erman, **İstisna Sözleşmesinde Beklenmedik Haller**, İstanbul, 1979, s. 9, (Beklenmedik Haller).

³ Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte)**, İstanbul, 1989, s. 1, (Dönme).

⁴ Eleştiriler için bkz. Cevdet İlhan Günay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, 2012, s. 1423 vd.

⁵ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt 2, İstanbul, 2010, s. 1, (Özel); eser kavramının geniş yorumlanması bakımından bkz. Bilge Necip, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1971, s. 244; Eser, kelime anlamı olarak, emek sonucu ortaya konan ürün, yapıt olarak tanımlanmaktadır. Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Ankara, 2011, s. 815.

⁶ Doktrinde Tandoğan “imal” deyimini yerine, imalden başka değişiklikleri ve sonuçları da içine alabilecek olan “husule getirmek” veya “ortaya çıkarmak” deyiminin konulmasının daha isabetli olacağını ileri sürmüştür. Haluk Tandoğan, *Özel*, s. 2.

⁷ Hüseyin Altaş, **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**, Ankara, 2002, s. 43; Emre Gökyayla, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, Ankara, 2011, s. 578, (Sempozyum); Gökyayla, başka bir tebliğinde eser sözleşmesindeki düzenlemelerin zaman zaman kapsamlı inşaat sözleşmeleri bakımından yeterli kalmadığını, bu sebeple 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu konuda da kanuni düzenleme yapılsaydı daha doğru olacağını belirtmiştir. Emre Gökyayla, **Eser ve Vekalet Sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, İstanbul, 2012, s. 293, (I).

⁸ Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun (*Obligationrecht*) Almanca metninde, “Eser Sözleşmesi” olarak tercüme edilebilecek “*Werkvertrag*”; Fransızca metninde ise “Taahhüt ve Girişim

sözleşmesi “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği” sözleşmedir.

Buna göre eser sözleşmesinde yüklenici, sadece bir iş görme faaliyetinde bulunmayı değil, aynı zamanda iş görme faaliyetinin sonucunu, yani sözleşmede kararlaştırılan eseri meydana getirmeyi taahhüt etmektedir⁹.

818 Sayılı Borçlar Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu’nda ortak olarak yüklenicinin asli edim yükümü¹⁰ olan “meydana getirilen eserin teslim edilmesi borcunun” yer almaması doktrince eleştirilmiştir, eksik bulunmuştur¹¹. Buna göre yasal sözleşme tanımından hareketle eser sözleşmesi, “Yüklenicinin iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında bir eseri meydana getirerek teslim etmeyi borçlandığı sözleşme” olarak tanımlanmıştır¹². Bu bağlamda eser, yüklenicinin sözleşme ile meydana getirmeyi taahhüt ettiği ve riskini üzerine aldığı edimdir¹³.

Eser sözleşmesi doktrinde¹⁴ ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Buna göre eseri meydana getirecek malzemeyi tedarik eden taraf açısından eser sözleşmeleri “basit eser sözleşmeleri” ve “eser teslim sözleşmeleri” olmak üzere iki grupta incelenebilir. Basit eser sözleşmesinde yüklenici sadece edimi yani kendisine ait olmayan malzeme ile eser meydana getirmeyi ve bu eseri teslim etmeyi taahhüt etmektedir. Buna karşılık, eser teslim sözleşmelerinde yüklenici sözleşme konusu eseri, tamamı veya bir kısmı bizzat kendisi tarafından sağlanacak malzeme ile meydana getirerek teslim

Sözleşmesi” olarak tercüme edilebilecek “*Contrat D’enterprise*” terimine yer verilmiştir. Yusuf Büyükkay, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, 2013, s. 27.

⁹ Leyla Müjde Kurt, **(6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, 2012, s. 27.

¹⁰ “Asli edim yükümleri, sözleşmelerin esaslı unsurunu oluşturan ve bu nedenle de sözleşmenin türü ve niteliğiyle yakından ilgili olan edimlerdir. Sözleşmenin esaslı unsurlarına göre asli edimin ne olduğu tayin edilir.” Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış)**, Ankara, 2012, s. 26, (Genel).

¹¹ Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul, 2012, s. 1, (Özel Cilt 2); “İstisna sözleşmesinin kanunda yapılan tanımından, müteahhidin bir eseri meydana getirme borcunun varlığı açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, müteahhidin meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etme borcunun varlığı hükme bağlanmış değildir. Oysa sözleşmede, müteahhidin eseri meydana getirmesi kadar, meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmedi de onun asli bir borcudur.” Hüseyin Altaş, s. 43.

¹² Alper Gümüş, **Özel Cilt 2**, s. 1; Doktrinde bir başka görüş eser sözleşmesini, “İstisna sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği iki tarafa tam borç yükleyen rızai bir sözleşme” olarak tanımlamıştır. Hüseyin Altaş, s. 43; İbrahim Kaplan, **Endüstri**, s. 43.

¹³ Nihat Yavuz, **Türk Borçlar Kanunu’na göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri**, Ankara, 2011, s. 3.

¹⁴ Alper Gümüş, **Özel Cilt 2**, s. 1.

etmeyi taahhüt etmektedir. Bu iki eser sözleşmesi arasındaki fark kanaatimizce sözleşmenin sona ermesi halinde malzemeyi sağlayan tarafın hasara katlanması kuralı açısından önem arz edecektir.

Eser sözleşmelerinde eserin taşınır veya taşınmaz olması taraflar arasındaki sözleşmenin türünün belirlenmesi bakımından önem arz etmez; ancak, bu niteliğinin sonucunda arsanın bütünleyici parçası olup olmaması sözleşmenin sona ermesi halindeki ve arsaya yüklenen bazı hakların bu esere de yüklenip yüklenemeyeceği tartışmalarını doğurur. Buna göre taşınır bir eserin mülkiyeti ancak zilyetliğin devri ile devredilebileceğinden teslim anına kadar eserin maliki yüklenicidir. Bu bağlamda eser teslim edilmeden önce sözleşmeden dönülmesi halinde malik olan yüklenici, eseri serbestçe götürebilecektir. Öte yandan, taşınmaz eserlerde, eserin arsanın bütünleyici parçası olması dolayısıyla, aynı durumdaki yüklenici ancak sebepsiz zenginleşme davası ile mülkiyetini kaybettiği malzemelerin değerini talep edebilecektir.

Taşınmaz olup olmamasına göre eserler bakımından doğan bir başka sonuç olan arsaya yüklenen bazı hakların esere geçip geçmeyeceği yönündedir. Buna göre örneğin arsaya konulan ipotek, taşınmaz eserler bakımından, arsa ile bütünleyici parça teşkil eden taşınmaz eseri de etkileyecek olup bu durumda ipoteğin paraya çevrilmesi talep edildiğinde, yüklenici malzemeyi talep edemeyeceği gibi, satış sonucunda elde edilecek bedelden kendisine pay verilmesini de isteyemeyecektir. Taşınır yapılarda ise ipotek konulurken, eserin halen yüklenicinin mülkiyetinde olması halinde, eser ipotek kapsamına girmez¹⁵. Bu bağlamda ipoteğin paraya çevrilmesi halinde satımdan önce de maliki olan yüklenici tarafından sökülüp alınabilir¹⁶.

Eser sözleşmelerinde eserin taşınır veya taşınmaz olmasının bir sonucu da eserdeki ayıp sebebi bile açılacak davanın tabii olduğu zamanaşımı süresindeki farklılıkta görülür. Buna göre TBK md. 478'de düzenlendiği üzere, taşınmaz eserler dışındaki eserlerde iki, taşınmaz eserlerde beş yıllık zamanaşımı süresi teslimden itibaren işlemeye başlayacaktır.

¹⁵ Taşınır yapıların ipotek kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususundaki tartışma için bkz. Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 2013, s. 2, (İnşaat).

¹⁶ Turgut Öz, İnşaat, s. 2.

II. ESER SÖZLEŞMESİNİN SATIM, HİZMET VE VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDEN FARKLARI

- Satım Sözleşmesinden Farkı:

Satım sözleşmesinde, satılan malın meydana getirilme aşaması önem arz etmez iken, eser sözleşmesinde kanun koyucu, eserin meydana getirilmesi sırasında da tarafların korunmasını amaçlamıştır. Bu çerçevede ivaz karşılığı mevcut bir şeyin mülkiyetinin sağlanmasının amaçlandığı sözleşmeler satım sözleşmesi olarak nitelendirileceklerdir. Sözleşme yapıldığı sırada sözleşme konusu olan çalışmanın mevcut olmaması ve yüklenicinin meydana getirme faaliyetini gerçekleştirecek olması halinde kural olarak eser sözleşmesinden bahsetmek gereklidir¹⁷.

Sözleşmeye konu eser, yüklenicinin temin ettiği malzeme ile meydana getiriliyor ise ve bir seri üretim mevcut ise, burada iş sahibinin bu üretim sürecine müdahale edebilme imkânının var olup olmadığına göre eser veya satım sözleşmesi farkının ortaya konulması söz konusudur¹⁸. Buna göre, eğer iş sahibi meydana getirme edimine müdahale edebiliyor ise eser sözleşmesinden, aksi halde satım sözleşmesinden bahsedilecektir. Buna karşılık eserin malzemesini iş sahibi vermişse, eser sözleşmesi söz konusudur¹⁹.

- Hizmet Sözleşmesinden Farkı:

Eser sözleşmesinde yüklenicinin bir edim sonucu taahhüt etmesine binaen, hizmet sözleşmesinde işçinin bir edim fiili borçlandığı görülmektedir. İkinci fark ise bağımlılık unsuru bakımındandır. Buna göre işçi ile işveren arasında bir tabiiyet ilişkisi söz konusu iken, yüklenici kural olarak daha bağımsız çalışmaktadır²⁰

¹⁷ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 8.

¹⁸ Haluk Tandoğan, Özel, s. 43.

¹⁹ Haluk Tandoğan, Özel, s. 42.

²⁰ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 9; Hizmet Sözleşmesi ile ilgili bkzn. Kübra Doğan Yenisey, **Hizmet Sözleşmesi**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 297 vd.

- Vekalet Sözleşmesinden Farkı:

Vekilin borcu, belirli bir sonucu değil, belirli bir sonuca yönelik özenli faaliyette bulunmaktır²¹. Bu bakımdan vekilin borcu da, işçinin borcunda olduğu gibi bir edim sonucu değil, edim fiilidir.

Vekalet sözleşmesinden ayıracak bir diğer fark, eser sözleşmesinde taahhüt edilen sonucun niteliği gereği “taahhüt edilebilir” olduğudur.

Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki tartışmanın temelinde, doktrinde mevcut olan, sanat ve fikri çalışmaların eser sözleşmesine mi yoksa vekalet sözleşmesine mi tabi olduğu sorunu yatmaktadır. Bu tartışmaya aşağıda²² yer verilmiştir.

III. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Tanımdan da anlaşılacağı üzere eser sözleşmesinin unsurları: bir eser meydana getirme, eser meydana getirmeye karşılık bedel ödenmesi veya bedel ödemenin vaad edilmesi ile eser sözleşmesinin tarafları arasında anlaşmanın mevcut olmasıdır.

A. Bir Eser Meydana Getirme

1. Genel Olarak Eser Kavramı

Eser sözleşmesi anlamında eser, genel olarak, yüklenicinin gerçekleştireceği ve objektif olarak belirlenmesi mümkün olan sonuçtur²³.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin iş görme sonucu olan eser kavramına maddi varlığı bulunan iş görme sonuçlarının dahil olduğu ihtilafsızdır²⁴. Ancak bunun

²¹ Zekeriya Kürşat, **Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü**, İÜHF.M., C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 146-147.

²² Bknz. tez çalışmamızın s. 9 vd. yer alan “Eser Kavramının Kapsamına Yönelik Getirilen Görüşler” kısmı.

²³ Turgut Öz, *Dönme*, s. 3.

²⁴ Leyla Müjde Kurt, s. 27.

haricinde doktrinde özellikle maddi varlığı bulunmayan çalışmalar bakımından, bu çalışmaların eser olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışılmıştır.

Eser kavramı bakımından doktrinde²⁵ önem arz ettiği ileri sürülen ikinci husus Türk Borçlar Kanunu'nun 470. Maddesinde belirtilen eser kavramı ile aynı kanunun 69. Maddesinde geçen eser kavramı arasındaki farktır. Bu fark eser sözleşmesi başlığı altında düzenlenmiş hükümlerin açıklanması açısından önem arz etmektedir.

Buna göre, TBK md. 69 da geçen "diğer yapı eserleri" sabit, toprakla (arzla) doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağıllık arz eden ve suni olarak (yani insan eliyle) imal, inşa ve tanzim edilmiş olan şeylerdir²⁶. Halbuki eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eserin taşınır malları da kapsadığı aşikardır. Bu bağlamda aşağıda²⁷ da belirtileceği üzere eser sözleşmesinin kapsamına maddi varlıkların yanı sıra gayri maddi varlıkların da girebileceği görüşü doktrinde kabul edilmektedir.

a. Eser Kavramının Kapsamına Yönelik Getirilen Görüşler

Eser sözleşmesinin konusu olan eserin kapsamı hakkındaki doktrinde özellikle eser kavramının maddi varlıkların yanı sıra gayri maddi varlıklar açısından da hasredilebilip hasredilemeyeceği yönünde tartışma söz konusu olmuştur. Eser unsurunun bu bakımdan belirlenmesinin önemi, özellikle eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki ayrımın ortaya konmasının sağlanmasındandır.

Buna göre, eser sözleşmesinin konusunun sadece maddi varlıklara hasreden görüş ve eser sözleşmesinin konusunu maddi varlıklarının yanı sıra gayri maddi varlıklara da hasreden görüş ile eser sözleşmesinin konusunun belli şartlarda gayri maddi varlıklara hasreden görüş olmak üzere doktrinde 3 farklı görüş doğmuştur. Tez çalışmamızda öncelikle bu görüşler ile ilgili bilgi verilecek, akabinde Türk Hukukundaki durum değerlendirilecektir.

²⁵ Haluk Tandoğan, Özel, s. 3.

²⁶ Nevzat Koç, **Bina ve Yapı Eserlerinin Sorumluluğu**, Ankara, 1990, s. 57; Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, İstanbul, 2010, s. 186, (Mesuliyet). Yazar, Eski Borçlar Kanunu'nda geçen "imal olunan şey" kavramında sabitlik ve arza bağıllık vasfının en mühim unsurlardan biri olduğunu, nispi bir sabitliğin yeterli olacağını belirtmiştir. Bu bakımdan sonradan kaldırılmak üzere kurulan bir inşaat iskelesi, inşaat barakası, icabında kaldırılabilen bir su borusu, sabit karman makinesi inşa eseri sayılabilecektir. Yazar inşa eserlerin diğer unsuru olarak insan eliyle tesis, imal veya tanzim olunması gerektiğini saymıştır. Haluk Tandoğan, Mesuliyet, s. 186-189.

²⁷ Dipnot 43 vd.'na ait metin.

(1) Eser Sözleşmesinin Konusunu Sadece Maddi Varlıklar İçin Kabul Eden Görüş

Tarihsel açıdan önce maddi çalışmaların ancak eser sözleşmesinin konusu olabileceği görüşü yaygındır. Buna göre, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu zamanı ve 1912 tarihli değişikliğin yürürlüğe girmesini izleyen ilk yıllarda hakim olan²⁸, ve daha sonra 1960'larda *Gautschi* tarafından da ileri sürülen bu görüş uyarınca, yüklenici ancak devri ve teslimi mümkün maddi bir varlığın meydana getirilmesini taahhüt edebilir.

Doktrindeki bir görüşe göre²⁹ ancak cismani varlığı olan şeyler üzerindeki emek sonucu, eser sözleşmesinin konusunu teşkil eden bir eser olarak kabul edilmesi mümkün olabilir. Nitekim avukat, doktor, öğretmen veya özel öğretim kurumu, besteci, heykeltıraş ve senaryo yazarı eserini maddi ayıpların muayenesi için teslim edemez.

Fikri ve sanatsal iş görme sonuçları belirli bir maddi varlık üzerinde cisimlenmiş olsalar dahi eser sözleşmesinin konusunu oluşturamaz³⁰. Bu bağlamda örneğin bestelenen bir şarkının notaları kağıda aktarılmış olsalar dahi, ortaya çıkan şeyin maddi varlık değil, fikri ve sanatsal yaratı olması nedeniyle eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi beklenemez³¹. Zira bilimsel ve tıbbi çalışmaların ve sanat eserlerinin kıymetli veya ayıp olması çoğu zaman objektif olarak tayin edilemez; bunlar uzmanlara göre dahi değişebilen subjektif değer yargılarına tabidirler³².

Maddi eserlerin ancak eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini savunan görüş, maddi olmayan çalışmaların da eser sözleşmesinin konusunu

²⁸ Haluk Tandoğan, Özel, s. 3.

²⁹ Georg Gautschi, Berner Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI. 2. Abteilung, 3. Teilband, **Der Werkvertrag**, Bern, 1966, Vorbemerkungen zu Art. 363- 379, Art. 363, N 2a-c, s. 39, (Werkvertrag)

³⁰ *Gautschi*, bir tiyatro oyununun, sinema gösterisinin, sirk gösterisinin, orkestra konserinin, festival veya spor gösterisinin maddi eser kapsamında olmadıkları gerekçesi ile çalışma sonucu olarak kabul etmekte ancak eser olarak görmemektedir. Georg Gautschi, Werkvertrag, N. 2, s. 10.

³¹ Georg Gautschi, Werkvertrag, Vorbemerkungen zu Art. 363-379, N. 1,2,4,5, s. 9 vd.

³² Haluk Tandoğan, Özel, s. 8.

oluşturabileceğini savunan görüşü, Alman Hukukundan esinlenen bu görüşün temeli olan Alman Medeni Kanunu'nda ivazlı iş görme sözleşmeleri olarak sadece hizmet ve eser sözleşmeleri mevcut olması, vekâlet sözleşmesi ise ivazsız ve sadece hukuki işlemlerin ifası için kullanılması sebebi ile Alman hukukunda eser sözleşmesinin kapsamının geniş tutulmasının doğal olduğu ancak bu durumun İsviçre Borçlar Kanunu'nda vekalet akdinin hem hukuki işlemler hem de hukuki fiillere ilişkin ve ivazlı olabileceğinden, İsviçre Hukuku bakımından eser sözleşmesinin kapsamının geniş tutulmasına gerek olmadığından bahisle spor ve sanat çalışmalarının eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesinin yanlış olacağı şeklinde eleştirmiştir. Bu bakımdan, Alman Hukukunun aksine İsviçre Hukukunda gayri maddi eserlerin ancak vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir³³.

Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin eser sözleşmesinde iş sahibini koruduğu düşünülürse de, maddi eserlerin ancak eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebileceğini savunan görüş uyarınca vekâlet sözleşmesi hükümlerinde geçen vekaleti iyi bir suretle ifa yükümlülüğü fikir ve sanat çalışmaları açısından ayıba karşı tekeffül hükümlerinden daha uygun olacaktır, nitekim maddi varlığı olmayan iş görme sonuçlarının muayeneyi sağlamak üzere teslim edilmeleri söz konusu olmadığından, ayrıca bu tür sonuçlarının değerinin objektif olarak belirlenmesi zorluk arz ettiğinden, bu çalışma sonuçları bakımından ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması yerinde olmayacaktır³⁴.

Aynı görüşe göre bir tiyatrodaki bir eserin oynanmasını, bir spor yarışmasını belli bir hukuki varlık olarak nitelendirmek güçtür zira bunlar seyirciler tarafından önceden ısmarlanmaz. Bunları tertipleyen, gösterinin iyi nitelikte veya ayıpsız olmasını düşünmez ve kendisinden gösteri beğenilmediği takdirde gösteriye giriş parasının Borçlar Kanunu hükümlerine göre indirilmesi ve fazla alınmış kısmın geri verilmesi istenemez. Bu sebeplerden ötürü adı geçen gayri maddi varlıkların vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerekmektedir³⁵. Nitekim ivazsız olarak bu gösterileri izleyenlerin durumu bakımından da, eser sözleşmesinin esaslı

³³ Haluk Tandoğan, Özel, s. 8-9.

³⁴ Georg Gautschi, Werkvertrag, Vorbemerkungen zu Art. 363-379, N. 1, 2, s. 9,10; Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara 2002, s. 18-19, (Ayıp).

³⁵ Haluk Tandoğan, Özel, s. 9.

unsurlarından birinin “ücret” olduğu göz önünde bulundurulur ise vekâlet sözleşmesinin hükümlerini uygulamak daha yerinde olacaktır³⁶.

Maddi olmayan çalışmaların maddi bir sonuçta kendilerini göstermeleri halinde eser sözleşmesine konu olacağını savunan ve bu bakımdan avukat ile doktorun çalışmasından farklı olarak bir mimarın projesini eser sözleşmesine katan Jäggi’yi eleştiren *Gautschi*, bir mimarın projesinin de tıpkı bir profesörün mütalaası gibi, bir takım fikirlerin yansıtması olduğunu, yanlışların da bu bakımdan fikri yanlışlar olacağını, bu bakımdan burada sonuç sorumluluğundan çok özen yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan sorumluluk halinin doğacağını belirtmiştir³⁷.

Türk doktrininde *Tandoğan*, Yargıtay Genel Kurulu’nun 1968 tarihli ses sanatçısının bir zaman diliminde gazinoda şarkı söylemesini eser sözleşmesi kapsamında değerlendiren kararını³⁸ eleştirmiş, söz konusu sözleşmenin hizmet veya vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunu belirtmiştir³⁹. Yazar, maddi bir varlıkta kendisini gösteremeyen fikir, sanat veya spor çalışmalarına veya gösterilere ilişkin sözleşmelere, eser sözleşmesinin değil, vekâlet sözleşmesine dair hükümlerin uygulanacağını ileri sürmüştür⁴⁰. Nitekim bu tarz sözleşmelerde ayıba karşı tekeffül hükümlerine gidilmesi mümkün değildir, sözleşmede tek taraflı caymada, vekâlet hükümleri bu çeşit sözleşmelerin yapısına daha da uymaktadır.

Tandoğan, maddi bir varlıkta kendisini gösteren fikir ve sanat çalışmaları bakımından da, bu çalışmaların maddi bir şeyde kendisini gösterip göstermemesine göre istisna mı vekâlet sözleşmesi mi olup olmadığının değerlendirilmesinin hukuki bir kararsızlık ve güvensizliğe yol açacağını savunmaktadır. Bu nedenle yazara göre, Jäggi’nin “fikri istisna akdi” kavramının Türk hukuku açısından kabul edilebilirliği yoktur⁴¹.

³⁶ Haluk Tandoğan, Özel, s. 9, 10.

³⁷ Georg Gautschi, **Zur Qualifikation des Architektenvertrages in BGE 98 II 305 ff.**, SJZ, 1974, s. 21 vd. (Haluk Tandoğan, Özel, s. 12 – 13’den naklen)

³⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23.02.1968 T., 1968/12 E., 1968/76 K. sayılı kararı için bkz. Haluk Tandoğan, Özel, s. 17-18.

³⁹ Haluk Tandoğan, Özel, s. 18.

⁴⁰ Haluk Tandoğan, Özel, s. 19.

⁴¹ Haluk Tandoğan, Özel, s. 21.

Doktrinde bir görüş⁴², eser sözleşmesinin kapsamında sadece maddi varlığı olan şeyleri kabul etmiştir. Buna göre, eser sözleşmesinin konusu olan eser, somut bir görünümü olabilen, tecessüm edebilen bir eser olmalıdır.

(2) Eser Sözleşmesinin Konusunu Maddi Varlıkların Yanı Sıra Gayri Maddi Varlıklar İçin de Kabul Eden Görüş

Doktrindeki ikinci görüş, maddi nitelik taşımayan, fikri iş görme sonuçlarını da eser kavramına dahil etmekte, bu bakımdan sadece maddi varlık teşkil eden eserlerin eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini savunan görüşün aksine eser kavramını genişletmektedirler. Bu bağlamda “maddi eser sözleşmesi” ve “fikri eser sözleşmesi” olmak üzere iki tür eser sözleşmesinden söz edilebilir⁴³.

İsviçre’de Federal Mahkemece de kabul edilen bu görüşe göre eser sözleşmesinin konusunu bir şeyin meydana getirilmesi olduğu kadar bir çalışma veya hizmet ediminden ortaya çıkan diğer bir sonuç da teşkil edebilir⁴⁴. Objektif olarak tespiti mümkün olan⁴⁵, belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun husule getirilmesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir⁴⁶. İnsan emeği ürünü olup bir bütün görünüşü arzeden ve iktisadi değeri bulunan her *hukuki* varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, bir eser sayılacaktır⁴⁷. İktisadi değerden kasıt, bu taahhüt edilen edimin para karşılığı elde edilir olmasıdır. Yoksa ortaya konacak eserin bir başına mübadele değerine sahip olunması aranmaz. Bu bakımdan bir kimsenin kendi ölçülerine göre bir elbise diktirmesi durumunda bu eser iş sahibinden başkası için ekonomik bir değere sahip olmasa dahi, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilecektir.

⁴² Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdurrahman Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 1992, s. 353.

⁴³ Leyla Müjde Kurt, s. 30; Jäggi fikri bir çalışma sonucu borçlanılan sözleşmeleri, maddi eserlere ilişkin eser sözleşmesi karşıtı olarak “fikri eser sözleşmesi” diye adlandırmaktadır. Haluk Tandoğan, Özel, s. 10,11.

⁴⁴ Federal Mahkeme kararları için bkz. Haluk Tandoğan, Özel, s. 4-5.

⁴⁵ Turgut Öz, Dönme, s. 7; Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, İstanbul, 2012, s. 436.

⁴⁶ Peter Gauch, **Der Werkvertrag**, 5. Auflage, Zürich- Basel- Genf, 2011, N. 24,43, s. 9; Leyla Müjde Kurt, s. 28.

⁴⁷ Haluk Tandoğan, Özel, s. 4.

Bundan başka örneğin bir yapı projesi⁴⁸, bir gazeteye ilan konulması, radyo televizyon reklamları, ışıkla reklam, bir mağaza vitrininin düzenlenmesi, bir şarkıcının radyoda bir tek konser vermesi⁴⁹, bir bisiklet yarışının düzenlenmesi de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği İsviçre Federal Mahkemesince kabul edilmiştir⁵⁰.

Bu görüşü savunan yazarlara göre eser sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin sadece maddi varlığı olan eserlere uygulanabileceği iddiası bu bağlamda yerinde olmayacaktır. Şöyle ki İsviçre Federal Mahkemesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerini fikri eserlere uyguladığı kararlar da mevcuttur⁵¹. Ayrıca kanun koyucunun eser kavramını yalnız cismani varlığı bulunan şeylerle sınırlandırmak yönünde tespit edilebilir bir iradesi de bulunmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁵² topografin arazide ölçüm yaparak bunu bir plan üzerinde göstermesini eser sözleşmesinin konusu olarak değerlendirmiştir. Yargıtay da bir çalışma sonucunun maddi varlığa sahip olsun veya olmasın eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın görüşlerine, konunun Türk Hukuku bakımından değerlendirildiği kısımda yer verilecektir.

Gayri maddi varlığı olan fikri ve beden çalışmaların eser sözleşmesi değil vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi yönünde daha sonra *Gautschi* tarafından getirilen eleştirilere karşılık, *Jäggi*⁵³ maddi bir varlıkta kendisini gösteren, örneğin kağıtta kendisini gösteren proje çizimi gibi, gayri maddi çalışmalar bakımından, vekalet sözleşmelerinde düzenlenen vekilin özenli olma borcundan daha çok, eser sözleşmelerinde düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerinin daha taraflar yararına olacağını belirtmiştir. *Jäggi*'ye göre, bir mühendisin, mimarın veya çevircinin kişisel nitelikleri yapılacak iş bakımından önemli olsa bile, vekâlet sözleşmesinden farklı olarak, taahhüt edilen iş görme neticesi sebebi ile sözleşmeden

⁴⁸ BGE 64 II 12 = JdT 1938 I 280, Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2012, s. 316.

⁴⁹ Türk Doktrininde Serozan, eser sözleşmesine konu olan konser verme, bilirkişi raporu yazma gibi manevi eserlerin eser sözleşmesine konu olabileceğini savunmaktadır. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 2002, s. 19.

⁵⁰ Haluk Tandoğan, *Özel*, s. 4-5'teki Federal Mahkeme Kararları.

⁵¹ Peter Gauch, *Werkvertrag*, N.39'daki kararlar.

⁵² BGE 109 II 34= JdT 1983 I 266, Leyla Müjde Kurt, s. 29.

⁵³ *Jäggi*'ye göre mimarın, projenin düzenlenmesinde sadece gayret gösterilmesi yeterli değildir. İbrahim Kaplan, **Türk- İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu**, Ankara, 1988, s. 38, (Mimar).

cayma halinde, karşı tarafın uğradığı ve ifaya olan menfaatten az olan zarardan başka kar mahrumiyetini de ödemek durumunda kalacaktır⁵⁴.

Erman, objektif olarak saptanma olanağı olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesini eser sözleşmesinin içeriği olduğu görüşüne katılmıştır. Zira bu görüş benimsenmediği takdirde, yazara göre, fikri ürünler de vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilecek, ve iş sahibi herhangi bir neden göstermeksizin sözleşmeden dönebilecektir. Bu sakıncanın önlenmesi için eser kavramının maddi olmayan ürünleri de kapsamı gerekmektedir⁵⁵.

Şenocak, iş görme sonucunun maddi veya gayri maddi nitelik taşımasının, maddi bir şey üzerinde tecessüm etmiş olmasının veya geçicilik arz etmesinin önem arz etmediğini belirtmiştir. Yazara göre, kendi içinde bir bütünlüğe sahip, belli ölçüde belirlenebilir nitelik taşıyan her iş görme sonucu eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir⁵⁶.

Erzurumluoğlu, eser sözleşmesinde asıl olanın yüklenicinin eser diye nitelendirilecek hukuki bütünlüğü ve ekonomik değeri bulunan maddi veya maddi olmayan bir sonucu ortaya koyması olduğunu belirtmiştir. Yazara göre hukuken mal olarak kabul edilmeyen şeylerin ortaya konması için sarf edilen çabalar, örneğin bir hastayı tedavi etmek, bir davayı takip, eğitim ve öğretim, imal ya da üretim eser kavramına girmez. Bu gibi durumlarda olayı bağımlılık ilişkisi olup olmadığına göre hizmet veya vekalet sözleşmesince değerlendirmek gerekir⁵⁷.

Gümüş, maddi olmayan iş görme sonuçlarının meydana getirilmesini konu alan sözleşmelerin bir eser sözleşmesi değil, sui generis sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁸.

⁵⁴ Jäggi, **Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag**, SJZ, 1973, s. 301-305, (Haluk Tandoğan, Özel, s. 10'dan naklen).

⁵⁵ Hasan Erman, Beklenmedik Haller, s. 14.

⁵⁶ Zarife Şenocak, Ayıp, s. 17.

⁵⁷ Erzan Erzurumluoğlu, Özel, s. 131; Yazar ile aynı görüşte Cevdet Yavuz, Özel, s. 436.

⁵⁸ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 6.

(3) Eser Sözleşmesinin Konusunun Maddi Varlıkların Yanı Sıra Ancak Belirli Şartlarda Gayri Maddi Malları Da Kapsadığı Yönündeki Görüş

“Fikri eser sözleşmesi”, “maddi eser sözleşmesi” ayrımı yapıldıktan sonra belirtilmesi gereken husus, bir fikir çalışmasının her durumda mı yoksa belli şartlar altında mı eser kabul edilip edilmeyeceği sorunudur. Zira her iş görme sonucu aynı zamanda fikri bir çabanın ürünü olduğundan, maddi ve fikri eser arasında oldukça hassas bir sınır olduğu belirtilmelidir⁵⁹.

Eser sözleşmesinin konusunun maddi olmayan varlıkları da kapsadığını düşünen bir diğer görüş sahibi *Gauch*, gayri maddi varlıkların “eser” olarak nitelendirilmesini iki temel şarta bağlamıştır. Birincisi eser olarak kabul edilecek varlığın, iş görme sonucu vaad edilebilmeye elverişli olması gerekir⁶⁰. Bu çerçevede bir doktorun cerrahi bir ameliyat ile kalp damarlarını açmayı taahhüt etmesi, vaat edilebilmeye elverişli olmadığı için eser sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesi teşkil edecektir. İkincisi ise, eser sözleşmesine konu gayri maddi varlığın, maddi bir varlıkta vücut bulmalıdır, yani belirlenebilir olması gerekir⁶¹. Zira kanundaki bazı hükümlerin uygulanabilmesi eserin somutlaşmış olmasını gerekli kılmaktadır⁶². Bu bakımdan, ücret karşılığı spor ve sanat gösterilerini seyretme veya dinlenmeye ilişkin sözleşmeleri istisna sözleşmesi olarak nitelendirmenin yanlış olacağını belirtmiştir⁶³.

Gauch'un maddi olmayan varlıklar bakımından ancak maddi bir varlıkta tecessüm etmeleri halinde eser kabul edilebilecekleri görüşüne karşılık, doktrinde bir diğer görüş, bütünlüğe sahip belirlenebilir bir çalışma sonucunun maddi bir varlıkta tecessüm etmese de ve geçici nitelikte olsa dahi eser sözleşmesinin kapsamına girebileceğini kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, eser sözleşmesinin varlığı için, çalışma sonucunun maddi bir formda kendisini göstermesi gerekmez; borçlunun taahhüdünün tarafların sözleşmeden bekledikleri sonuca ilişkin olması yeterlidir⁶⁴.

⁵⁹ Peter Gauch, Wertverkrag, N. 24.

⁶⁰ Peter Gauch, Wertverkrag, N. 43.

⁶¹ Peter Gauch, Wertverkrag, N. 45; Türk Doktrininde Öz, eserin bütünüyle objektif bir değerlendirmeye konu olabilecek bir şey, başka bir deyişle, “teknik bakımdan da nesnel bir varlık” olmasının aranması gerektiğini bu bağlamda belirtmiştir. Turgut Öz, Dönme, s. 7.

⁶² Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 474 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinde meydana gelen ayıba karşı iş sahibinin haklarını kullanabilmesi, eserin teslim edilmiş olması ve muayenenin gerçekleşmiş olması şartlarına bağlıdır.

⁶³ Haluk Tandoğan, Özel, s. 22.

⁶⁴ Leyla Müjde Kurt, s. 32.

Tandoğan, Federal Mahkeme'nin görüş değiştirmesi neticesinde ve doktrindeki baskın görüşün gayri maddi varlıkların da eser sözleşmesine konu olabileceği görüşüne katıldığı durumunu da göz önünde bulundurarak Gauch'un da savunduğu belli şartlar dahilinde gayri maddi varlıkların eser sözleşmesine konu teşkil edebileceği görüşüne katıldığını belirtmiřtir⁶⁵.

Buna göre doktrindeki bir diğer görüş, eser sözleşmesi ile taahhüt edilen edime konu varlığın "teknik bakımdan nesnel (objektif) bir varlık olmasını" gerekli görmektedir⁶⁶. Bu bağlamda bir mimarın hazırladığı proje, bir mühendisin yapacağı plan eser olarak kabul edilmelidir. Ancak aynı görüş, sanatçının ediminin her ne kadar günlük kullanımda "eser" olarak nitelendirildiği savunulsa da hukuki açıdan eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmemek gerektiğini, spor faaliyetleri açısından da aynı sonuca varılması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşe göre spor faaliyetleri ve sanatçının edimi vekâlet sözleşmesi kapsamında deęerlendirilmelidir⁶⁷.

Aynı görüşe göre, sözleşmenin ifası sonucunda TBK md 470 kapsamında bir eser ortaya çıksa bile, tarafların bu sözleşmeyi kuran iradeleri, sonuçtan çok, yapılacak faaliyete yönelikse, gene bir eser sözleşmesinden söz edilemez. Zira yüklenicinin belli bir sonucu baştan taahhüt etmesi eser sözleşmesinin olmazsa olmaz koşuludur. Burada sözleşmeyi kuran ortak iradeler dikkate alınıp, tarafların sözleşme içeriğine girmeyen özel amaçları göz önünde tutulmaz. Bu bağlamda, fabrikada demir kalıbı çıkaran işçinin her gün yeni bir eser meydana getirmesine rağmen, taraflar arasında mevcut olan sözleşme gereğince ortada bir hizmet sözleşmesinin söz konusu olacaktır⁶⁸.

⁶⁵ Haluk Tandoğan, Özel, s. 21; *Tandoğan* gibi Gauch ile aynı görüşte Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 317.

⁶⁶ Turgut Öz, Dönme, s. 7.

⁶⁷ "Fakat ne olacağı önceden objektif ve net bir şekilde ortaya konulmayan ve tamamlandıktan sonra da önceki tasarıya uygunluğu tam olarak kontrol edilemeyen sonuçlar eser sayılmamalıdır. Örneğin bütün sanat etkinlikleri böyledir. Bunların önceden kesin olarak belirli ve teknik bakımdan saptanılabilir bir biçimleri olmadığı gibi, hangi durumda eksik veya ayıplı olduklarını da eser sözleşmesi sistemi içinde çözümlenmek pek mümkün değildir. Ressam ve ses sanatçılarında film yıldızı ve edebi eser yazarlarına kadar bütün sanatçılar, belli bir sonucu borçlanmış görünmelerine rağmen aslında kesin şekilde belirlenmiş bir sonuçtan çok, sanat yeteneklerini özenli bir şekilde yaptıkları işe seferber etmekten ibaret bir borç altına girmiş sayılmalıdırlar." Turgut Öz, Dönme, s. 7.

⁶⁸ Turgut Öz, Dönme, s. 8.

Kurt'a göre eser sözleşmesinin konusu olan eser, maddi veya maddi olmayan varlıklardan oluşturulabilir. Buna göre maddi olmayan varlıklar bakımından dahi, söz konusu eserin maddi bir varlıkta tecessüm etmesi şart değildir. Fikri eserlerin maddi bir varlık aracılığı ile dış dünyasına açıklanması koşulunun aranmasının, özellikle çalışma sonucunun ne zaman gerçekleştiğinin tespitine ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasında kolaylık sağlayacağı doğrudur. Ancak bu durum, maddi bir varlık üzerinde somutlaşmayan fikri çalışmaların eser sözleşmelerinin konusu dışında tutulmasını gerektirmez. Esasen fikri eser cismani bir varlık üzerinde süreklilik kazanmadığı takdirde ayıplı olup olmadığının incelenmesinin yaratacağı zorluk, daha ziyade maddi hukuka değil, ispat hukukuna ilişkin bir meseledir. Kurt'un katıldığı görüşte önemli olan, maddi varlığı olmayan çalışma sonucunun maddi bir varlıkta somutlaşarak dışa yansımaları değil, iş görme sonucunun kendi içinde bir bütün teşkil eden ve objektif olarak taahhüt edilebilir ve belli ölçüde belirlenebilir nitelikte olup olmadığıdır⁶⁹.

Yargıtay'ın verdiği kararlarda da maddi olmayan bir varlığın eser olarak kabul edildiği gözlemlenmektedir. Yargıtay bir kararında⁷⁰ fikri çalışmanın maddi bir varlıkta somutlaşmasını zorunlu görmediğini aktarmıştır.

Hasta ile doktor arasındaki tedavi sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olarak görüldüğü aşikar olmakla birlikte estetik amaçla yapılan ameliyatların hukuki niteliği bakımından doktrinde tartışma mevcuttur. Buna göre, doktrinde birinci görüş⁷¹, bu tür ameliyatlarda ortaya çıkan durum tümüyle göz önünde bulundurulduğunda öncelikle iyileştirmeye yönelik hareketlerin söz konusu olduğundan bahisle burada

⁶⁹ Leyla Müjde Kurt, s. 32-33.

⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2009 T., 2009/15-459 E., 2009/541 K. sayılı kararı, (www.kazanci.com.tr). Söz konusu karara göre: "*Bugün için artık söz konusu sonucun mutlaka maddi bir şeyde kendisini göstermesi gerekmeyeceği görüşü gerek öğretide, gerekse uygulamada baskın bulunmaktadır. İnsan emeği ürünü olmak ve maddi bir varlıkta devamlı olarak kendini göstermek kaydıyla, maddi olmayan şeylerin, örneğin fikri çalışma ürünlerinin dahi eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. (...) Ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisi, kızak yarışı, bisiklet yarışı düzenlenmesi, sinemada film gösterilmesi, şefi ile sözleşme yapılarak tutulan ve akdide kimlikleri belirtilmeyen diğer çalgıcıların ücretleri şef tarafından verilen bir dans orkestrasının bir lokalde çalışması, bir yarış atının eğitilmesi, bütün bu hallerde maddi bir şey imalini veya böyle bir şeyin değiştirilmesini gerektirmeyen, fakat bir insan emeğinin tek bir bütün görüntüsünü taşıyan sonuçları karşısında bulunmaktadır.*" Bu kararda her ne kadar "maddi bir varlıkta devamlı olarak kendisini gösteren" maddi olmayan varlıkların eser sözleşmesi kapsamında değerlendirileceğini belirtmişse de verilen örnekler değerlendirildiğinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun maddi olmayan çalışmaları, maddi varlıkta kendilerini göstermeseler dahi eser sözleşmesi kapsamında değerlendirdiği doktrinde ileri sürülmüştür. Leyla Müjde Kurt, s. 33.

⁷¹ Haluk Tandoğan, Özel, s. 21.

vekalet sözleşmesinin söz konusu olacağını belirtmiştir. Doktrindeki, Yargıtay'ın da katıldığı, ikinci görüş ise, bu durumda eser sözleşmesinden söz edilmesi gerektiği şeklindedir⁷².

Sonuç olarak, maddi olmayan bir çalışma sonucunun eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi için, yüklenici tarafından objektif olarak taahhüt edilebilir olması ve objektif esaslara göre belirlenebilir olması aranmalıdır⁷³. Buna karşılık bir fikri çalışmanın cismani varlığı olan bir şey üzerinde kendisini göstererek belli ölçüde maddileşip maddileşmediğinin eser niteliğinde belirleyici olup olmadığı tartışmalıdır. Buna göre doktrindeki birinci görüş⁷⁴, maddi olmayan çalışmaların eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi için bu çalışmaların maddi bir şey üzerinde kendisini göstererek süreklilik kazanması gerektiğini savunurken, doktrindeki ikinci görüş⁷⁵, maddi olmayan çalışmalar bakımından da maddi bir varlıkta kendilerini tecessüm etmeseler dahi eser sözleşmesinin söz konusu olabileceğini savunmaktadır.

2. Meydana Getirme Kavramı

Eser sözleşmesi iş görme faaliyeti taşıyan sözleşmelerden olup, bu sözleşmelerde karakteristik edim, eserin meydana getirilmesidir. Bu bağlamda eser sözleşmesini iş görme sözleşmesi yapan aslında bu meydana getirme unsurudur⁷⁶.

Yüklenici, zaten hazır olan ya da kendi faaliyeti olmaksızın gerçekleşecek bir eseri taahhüt etmemekte, bu eseri hazırlama veya hazırlatma edimini yüklenmektedir. Her şeyden önce daha önce var olmayan yeni bir eserin bu iş görmeye dayalı olarak ortaya çıkarılması, bir eser meydana getirmek olarak kabul edilir. Bu bağlamda meydana getirme, emek sonucu bir eserin ortaya çıkarılmasıdır⁷⁷. Bu duruma bir duvar yapımı, elbise dikimi, bina inşası⁷⁸ örnek olarak sayılabilir. Ancak meydana

⁷² “Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve karşılaştırılan 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 karşılaştırıldığı kuskusuz ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O halde, bu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabulü gerekir.” Yargıtay 13. HD. 05.04.1993 T, 1993/131 E., 1993/ 2741 K. sayılı kararı için bkz. Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 318.

⁷³ Leyla Müjde Kurt, s. 33.

⁷⁴ Peter Gauch, Werkvertrag, N. 45.

⁷⁵ Leyla Müjde Kurt, s. 35.

⁷⁶ Turgut Öz, Dönme, s. 8.

⁷⁷ Hüseyin Altaş, s. 45.

⁷⁸ Leyla Müjde Kurt, s. 36.

getire kavramı doktrinde daha geniş yorumlanmıştır. Buna göre sadece yeni bir eserin ortaya çıkmasını kapsamaz; bir eserin değiştirilmesine, esere yeni eklemeler yapılmasına, eserin onarımına, montajına, bakımına veya yok edilmesine yönelik iş görmeler de bir eser meydana getirme olarak nitelendirilir⁷⁹, sonuçta bir eser meydana getirmeden bahsetmek için tarafların iradesine göre yüklenicinin iş görmesi sonucunda eskisinden farklı bir sonucun ortaya çıkması yeterlidir⁸⁰.

Burada yüklenicinin esere kendinden bir şey kattığı aşıkardır. Bu açıdan bakıldığında yüklenicinin iş sahibine karşı, diğer iş görme sözleşmelerinden daha bağımsız olduğu görülmektedir⁸¹. Alanında uzman bir kişi ve serbest meslek sahibi olan yüklenici, faaliyetlerini iş sahibinin belirleyeceği yoldan değil, kendi meslek bilgisiyle yürütecektir. Zira iş sahibini bu faaliyetlerden çok, ortaya çıkacak olan sonuç ilgilendirmektedir⁸².

B. Bedel Unsuru

Eser sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından olan⁸³ bedel, eser sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır, bu bakımdan bu sözleşmenin asli yükümlerindedir⁸⁴. Mülga 818 sayılı kanunda geçen ve satım sözleşmelerinin bir unsuru olması dolayısıyla eleştirilen “ücret” kelimesi yerine “bedel” kelimesinin kullanılması doktrinde daha yerine bulunmuştur⁸⁵.

Bedel taraflarca açıkça veya zımnem kararlaştırılmış olabilir, bu nedenle sözleşmede bedelin miktarının açıkça belirtilmemiş olması, sözleşmenin doğumunu ya da geçerliliğini etkilemez. Alışagelmiş olarak bedel karşılığında meydana getirilen eserler için bedel ödeneceği hususunda zımnem uyuşulduğu kural olarak kabul edilebilir. Bununla beraber, bu hususta eserin çeşidine ve tarafların amacına bakılması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür⁸⁶.

⁷⁹ Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Özel, s. 313.

⁸⁰ Haluk Tandoğan, Özel, s. 23; Alper Gümüş, Özel, s. 4; Nihat Yavuz, s. 4; Erzan Erzurumluoğlu, s. 131.

⁸¹ Hasan Erman, Beklenmedik Haller, s. 17.

⁸² Turgut Öz, Dönme, s. 9.

⁸³ Alper Gümüş, Özel, s. 6.

⁸⁴ Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Özel, s. 320.

⁸⁵ Hüseyin Altaş, s. 42.

⁸⁶ Haluk Tandoğan, Özel, s. 24.

Eser sözleşmesinde tarafların yükleniciye bir bedel ödeyeceği hususunda önceden açıkça anlaşmış olmalarına gerek olmadığı gibi, bedel miktarının da önceden belirlenmiş olmasına gerek yoktur⁸⁷. Nitekim TBK md. 481'e göre tarafların bedel miktarını belirleyememeleri durumunda hakimin işin mahiyeti ve yüklenicinin masraflarına göre bedel belirleme yetkisi söz konusudur. Nitekim iş sahibinin karşı ediminin para olduğu bir kez saptandıktan sonra, bunun tutarının sonradan belirlenmesi hatta daha sonra bu para edimi yerine "ifa yerine edim" veya "ifa uğruna edim" verilmesinin kararlaştırılması başlangıçtaki borç ilişkisini eser sözleşmesi olmaktan çıkarmaz. Örneğin iş sahibinin bedel borcunu bono vererek ifa etmesi böyledir⁸⁸. Uyuşmazlık halinde bedelin kararlaştırılmış olduğunu ispat yükü yükleniciye geçer⁸⁹.

Bedelin hesaplanış tarzı da sözleşmenin sözleşme niteliğini etkilemez. Buna göre, bütün eser için tek bir rakam olarak veya çeşitli işler ve masraflar için çalışma günlerine ve saatlerine, ölçü ve ağırlığa göre veya parça başına birim fiyat üzerinden tayininin yapılması onun eser sözleşmesi olma özelliğini yitirmesine sebep olmaz⁹⁰. Bunun gibi taraflar iş sahibinin bedel borcunu TBK md. 480 gereğince götürü biçimde belirleyebilirler.

Sözleşmede bedelsiz olarak edimin ifası kararlaştırılmış ise ortada bir eser sözleşmesi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde birinci görüş, belirli bir emek harcanarak sonuç ortaya çıkarılması taahhüt edilen eser sözleşmelerinin ivazsız olmaları halinde ortada bir vekalet sözleşmesinin olduğunu ileri sürmektedir⁹¹. İkinci görüş ise, bu durumda eser sözleşmesi benzeri kendine özgü isimsiz bir sözleşmenin bulunduğunu savunmaktadır⁹².

⁸⁷ Haluk Tandoğan, Özel, s. 26.

⁸⁸ Turgut Öz, Dönme, s. 2.

⁸⁹ Fikret Eren, **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici – İşletmeci - Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, Ankara, 18-29 Mart 1996, s. 52, (inşaat).

⁹⁰ Haluk Tandoğan, Özel, s. 27.

⁹¹ Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich, 1988, s. 211; Hugo Oser/ Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184-413, 2. Aufl., Zürich, 1936, s. 1384, (Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 6'dan naklen)

⁹² "Yüklenicinin ivazsız olarak bir eser meydana getirerek teslim etmeyi borçlandığı sözleşme, "eksik sözleşme" şeklinde bir isimsiz sözleşme oluşturur." Alper Gümüş, Özel, s. 2; "Bir eser meydana getirmenin ücretsiz olarak taahhüt edilmesi halinde, eser sözleşmesi söz konusu olmaz. Bu takdirde vekalet sözleşmesinin söz konusu olacağı ileri sürülmekte ise de, burada eser

Eser sözleşmesi ile ilgili hükümlerde karşı edim için bedel gibi daha ziyade para edimini ifade eden deyimler kullanılmakta ise de, karşı edimin mutlaka para olması şart değildir, başka bir eserden de ibaret olabilir⁹³. Bundan başka karşı edim, eser sözleşmesinden başka bir iş görme sözleşmesine ait bir edim de olabilir⁹⁴. Meydana getirilecek eserin başka bir eser ile değişimi halinde doktrinde bir görüş⁹⁵ trampa hükümleri değil eser sözleşmesi hükümleri uygulanacağını savunurken; doktrindeki ikinci görüş⁹⁶ burada iki ayrı eser sözleşmesine ait unsurların bulunması dolayısıyla çifte tipli bir karma sözleşmenin varlığını kabul etmektedir. Eserin bir şeyle veya eserden başka bir iş görme sözleşmesine ait edimle değiştirilmesi halinde ise çift tipli bir karma sözleşme teşkil eder⁹⁷.

Eser sözleşmesinde bedel, götürü olarak belirlenebileceği gibi, çalışma saatlerine veya günlerine, ölçü veya ağırlığına göre ya da parça başına birim fiyat üzerinden de belirlenebilir. Ayrıca bu sözleşmede bedel yapılan işin kıymetine ve yüklenicinin masrafına göre sonradan da tespit edilebilir⁹⁸.

C. Taraflar Arasında Anlaşma Unsuru

Eser sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Tarafların yüklenici tarafından yapılacak olan ve eser niteliği taşıyan bir sonucu taahhüdü üzerinde anlaşmaları halinde eser sözleşmesi tamamlanır⁹⁹. Diğer bir ifade ile eser sözleşmesi, tarafların sözleşmenin objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktaları üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları ile kurulur. Yüklenicinin teslim borcu gibi asli edim yükleri eser sözleşmesinin doğal bir sonucudur. Sözleşmeye konu olan eserin ana hatları ile belirlenmiş olması veya belirlenebilir olması yeterli olup, tam olarak belirlenmiş olması zorunlu değildir. Satım sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesinde tarafların bedeli tam olarak belirlemelerine gerek yoktur, bedel ödeneceği hususunda anlaşmaları yeterlidir.

sözleşmesi benzeri isimsiz (karma) sözleşme bulunduğunu kabul etmek gerekir.” Fahrettin Aral, Özel, s. 320; Fikret Eren, İnşaat, 52.

⁹³ Leyla Müjde Kurt, s. 37.

⁹⁴ İş sahibinin karşı edim olarak bir taşınırın veya taşınmazın mülkiyetini nakletmeyi veya eser meydana getirme dışında bir iş görme edimini yerine getirmeyi taahhüt etmesi bu duruma örnek olarak verilebilecektir.

⁹⁵ Haluk Tandoğan, Özel, s. 28.

⁹⁶ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 6; Turgut Öz, Dönme, s. 2.

⁹⁷ Haluk Tandoğan, Özel, s. 28; Cevdet Yavuz, Özel, s. 437.

⁹⁸ Hüseyin Altaş, s. 44.

⁹⁹ Haluk Tandoğan, Özel, s. 28.

IV. ESER SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL

Sözleşme Hukuku bakımından kural, tarafların şekil serbestisi ile akitlerini tamamlamaları yönündedir. Konu ile ilgili TBK md. 12'ye göre “ Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir.” ibaresi mevcuttur. Buna göre, taraflar sözleşmeyi açık veya zımnî şekilde veya sözlü yapabilecekleri gibi yazılı şekilde ya da resmi şekilde de yapabilirler¹⁰⁰. Ancak tarafların sözleşmenin kurulmasını iradi olarak bir şekle tabi kılmaları halinde, bu şekil karine olarak geçerlilik koşuludur ve TBK md. 17 uyarınca eser sözleşmesi bu şekle uyulmadıkça geçerli olarak kurulmuş sayılmaz.

Kanun koyucu eser sözleşmeleri bakımından da TBK'da herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir¹⁰¹. Bu bakımdan tarafların eser sözleşmesinin açık hatta zımnî dahi gerçekleştirebilecekleri kabul edilmelidir¹⁰². Ancak HMK md. 200'e göre ispat şartı hali saklı tutulmalıdır¹⁰³.

Yüklenicinin aynı zamanda taşınmaz mülkiyetini devir borcu altına girdiği eser sözleşmelerinin geçerliliği de Türk Medeni Kanunu 706. Madde ve Tapu kanunu 26. Maddesi gereğince sözleşmenin resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu durumun tipik örneğini yüklenicinin kendi malik olduğu arsa üzerinde inşaat yapıp iş sahibine teslim etmeyi taahhüt ettiği eser sözleşmeleri oluşturur¹⁰⁴. Bu bakımdan sözleşmenin “hangi arsanın hangi orandaki payının ne zaman kime devredileceğine” ilişkin hükümlerin, resmi şekilde gösterilmesi tüm sözleşme için geçerlilik şartı olacaktır¹⁰⁵.

Öte yandan çift tipli karma sözleşme¹⁰⁶ olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, eser sözleşmesinin eser meydana getirme unsurunun

¹⁰⁰ Ahmet Kılıçoğlu, Genel, s. 104;

¹⁰¹ Peter Gauch, Werkvertrag, N. 406, s. 167; Turgut Öz, İnşaat, s. 3; Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, 1978, s. 14, (Müteahhit).

¹⁰² “Örneğin, arsasına depo yapılmasına ses çıkarmamış olan malikin bu tavrını önerdiği bedel karşılığı inşaat yapılması kabul olarak anlayan yükleniciye karşı, iş bittikten sonra malikin ortada geçerli bir sözleşme bulunmadığı itirazı dinlenmemelidir.” Turgut Öz, İnşaat, s. 3.

¹⁰³ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 7; Öte yandan Öz, burada ispat şartına tabi olanın inşaat sözleşmesinin yapılmış olmasının değil, sözleşme bedeli olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, bedel ne kadar yüksek olursa olsun, sözlü yapılmış bir inşaat sözleşmesinin varlığını her türlü delille ispat etmek mümkün olmalıdır. Turgut Öz, İnşaat, s. 4.

¹⁰⁴ Leyla Müjde Kurt, s. 43.

¹⁰⁵ Turgut Öz, İnşaat, s. 6.

¹⁰⁶ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir yandan satım sözleşmesine, öte yandan eser sözleşmesine ilişkin hükümler içermesi sebebi ile doktrinde karma sözleşme olduğu kabul edilmektedir. Zira karma sözleşmelerde kanunda düzenlenen birden fazla sözleşmenin

diğer bir sözleşmeye ait unsurla bir araya getirilmesiyle oluşturulan karma sözleşmelere, diğer sözleşme için aranan geçerlilik şartı, karma sözleşme için de geçerlilik şartının oluşturur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taşınmaz devrinin söz konusu olması dolayısıyla Türk Medeni Kanunu md. 706 ve Tapu Kanunu md. 26 gereğince devrin tapu sicilinde devir ile söz konusu olacağı açıktır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun hakkın kötüye kullanılması suretiyle şekle aykırılık dolayısıyla geçersizlik iddia edilmesi¹⁰⁷ Yargıtay'ca kabul edilmemiştir. Yargıtay şekle aykırılığı hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi için, tarafların edimlerini ifa etmiş olmaları veya eserin kullanılabilir ölçüde tamamlanmış olması şartlarını taşıması gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından resmi şekli gerçekleştirecek makam kural olarak tapu sicil müdürleri olmakla birlikte Noterlik Kanunu md. 60 ile noterlere de taşınmaz vaadi sözleşmesi düzenleme yetkisi verilmiştir. Buna göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri noterde düzenleme biçiminde de akdedilebilir¹⁰⁹.

Şekil unsuru bakımından belirtilmesi gereken bir diğer mevzuat hükmü, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 53. maddesidir. Bu madde uyarınca genel bütçeye

unsurlarının kanunda öngörülmediği şekilde bir araya getirilmesi ile meydana gelir. Bu bakımdan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini çift tipli karma sözleşme olarak kabul etmek gerekir.

¹⁰⁷ Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği haller bakımından bkz. Demet Çeliktaş, **Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırlı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, DEÜHFD, Prof. Dr. Kunter Ayiter Armağanı, C. III, S. 1-4, Ankara, 1988, s. 603 vd..

¹⁰⁸ Yargıtay 15. HD. 01/07/2008 T., 2008/3136 E., 2008/4431 K. sayılı kararına göre: “*Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi taşınmazdaki bir bölüm mülkiyeti yükleniciye geçirmek vaadinde bulunduğu sözleşmenin resmi şekilde yapılması TBK md. 213, TMK'nın 706, Noterlik Kanunu'nun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. Maddesi gereğince geçerlilik koşuludur. Ancak sözleşme adi şekilde yapılmış olsa bile yüklenici edimini tamamen veya red olunmayacak oranda yerine getirmiş ise sözleşmenin geçerliliğinin ileri sürülmesi TMK'nın 2. Maddesinde ifadesini bulan “bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” kuralına göre dinlenmez.*”. Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul, 2011. s. 83; Yargıtay 15. HD. 06/04/1995 T., 1994/5402 E., 1995/2075 K. Sayılı kararı: “*Adi şekilde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaatın %80'ni yapmış olan müteahhit hakkında, akdin şekil yönünden geçersizliği iddiası iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz.*” Cengiz Kostaklıoğlu, s. 105-106.

¹⁰⁹ Yargıtay'ın birçok kararı da bu yöndedir. Şöyle ki, Yargıtay 15. HD., 14.04.2008 T., 2007/1276 E., 2008/2431 K. sayılı kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu da içerdiğinden Medeni Kanunu'nun 706. Maddesi, Noterlik Kanunu'nun 60. Maddesi ve Tapu Kanunu'nun 26. Maddesi uyarınca resmi şekle tabi olduğunu, başka bir anlatımla bu sözleşmelerin geçerliliğinin noterde “düzenleme” şeklinde yapılmasına bağlı olduğu işaret edilmiştir (www.kazanci.com). Aynı yönde verilmiş kararlara örnek olarak Yargıtay 15. HD., 20.06.2005 T., 2004/5863 E. 2005/3676, (www.kazanci.com).

dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin yapım işlerine ait ihaleler kural olarak bir sözleşmeye bağlanır; sözleşme idare adına ita amiri tarafından imzalanır. Müteahhit 31. Madde uyarınca onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığı'nın vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçice teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi 57. Madde uyarınca idareye vermek zorundadır¹¹⁰. Sözleşmenin noterlikçe tescili geçerlilik şartıdır ancak bu tescil sözleşmenin noterce düzenleme şeklinde yapılmasını gerektirmez, imzaların tasdiki yeterlidir¹¹¹.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu bakımından da yazılı sözleşmenin yapılması aranmıştır. Buna göre Kanunun 46. Maddesi uyarınca, yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanarak notere onaylattırılır, tescil ettirilir. Kamu İhale Kanunu bakımından belirtilmesi gereken diğer bir düzenleme ise md. 46'da düzenlenen, ortak girişim olması halinde, sözleşmenin ortak girişimin tüm ortakları tarafından imzalanması şartıdır¹¹². Bu hüküm nedeniyle, ortak girişimin lider ortağının diğerlerinden geçerli şekilde aldığı temsil yetkisine dayanarak ve bunu beyan ederek de olsa, onları temsilen sözleşmeyi imzalaması geçerli sayılmayacaktır¹¹³.

V. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Eser sözleşmesinin hukuki niteliği açıklanırken kanunda düzenlenmiş olup olmaması bakımından, edimler arasındaki ilişki bakımından, ivazlı olup olmaması bakımından, rızai olup olmaması bakımından, zaman bakımından değerlendirme yapılması gerekir.

A. Eser Sözleşmesi İsimli Bir Sözleşmedir

İsimli sözleşmeler kanunda düzenlenmiş sözleşmelerdir. Buna göre Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkilerini düzenleyen ikinci kısmında isimli borç

¹¹⁰ Mehmet Karaca, **Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi**, Ankara, 2009, s. 43.

¹¹¹ Haluk Tandoğan, Özel, s. 33; Turgut Öz, İnşaat, s. 5.

¹¹² Mehmet Karaca, s. 43.

¹¹³ Turgut Öz, İnşaat, s. 5,6.

sözleşmelerine yer verilmiştir¹¹⁴. Bundan başka, İş Kanunu'nda düzenlenen iş sözleşmesi ve Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen miras sözleşmesi isimli sözleşmelere örnek gösterilebilir.¹¹⁵

TBK md. 470 ile 486. Maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmeleri bu bağlamda isimli sözleşme olarak nitelendirilecektir. Bu sözleşmeler, belirli bir isme ve tipe sahip oldukları için bunlara tipik sözleşme de denilmektedir¹¹⁶.

B. Eser Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Doğuran Bir Sözleşmedir

Edim ilişkisine göre borç sözleşmeleri bir tarafa borç doğuran sözleşmeler, iki tarafa borç doğuran sözleşmeler ve çok tarafa borç doğuran sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılırlar. İki tarafa borç doğuran sözleşmeler ise taraflardan birinin ediminin karşı tarafın ediminin sebep ve karşılığının oluşturup oluşturmadığına göre tam iki tarafa borç doğuran sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç doğuran sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılır¹¹⁷.

Eser sözleşmesinin kurulmasıyla taraflardan yüklenici bir eser meydana getirme, iş sahibi bedel ödeme edimlerini borçlanmış olurlar; bu sözleşmenin amacı, söz konusu asli edim yüklerinin değişimidir¹¹⁸. Eser meydana getirme ve teslim borçları birlikte yüklenicinin edim yükümünü teşkil ederler. Bu bağlamda eser sözleşmeleri tam iki tarafa borç doğuran sözleşmelerdendir.

C. Eser Sözleşmeleri Rızai Bir Sözleşmedir

Bir sözleşmenin kurulması, sonuçlarını meydana getirmesi için sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olduğu sözleşmelere rızai sözleşme, taraf iradelerinin yetmediği bunu yanında ek bir unsurun, maddi bir fiilin gerçekleşmesi gerektiği sözleşmelere real sözleşmeler denir¹¹⁹.

¹¹⁴ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2012, s. 207, (Genel).

¹¹⁵ İş sözleşmesi İş Kanunu'nun 2. Maddesine göre bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlanabilir. Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2012, s. 83; TMK md. 527 gereğinde, miras sözleşmesi ile mirasçı atamanın veya mal vasiyeti yapmanın mümkün olduğu hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Zahit İmre/ Hasan Erman, **Miras Hukuku**, İstanbul, 2011, s. 172.

¹¹⁶ Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul, 2012, s. 4, (Özel Cilt 1).

¹¹⁷ Fikret Eren, Genel, s. 211.

¹¹⁸ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 313.

¹¹⁹ Fikret Eren, Genel, s. 222-223.

Eser sözleşmesinin kurulması ve hüküm doğurması için, yüklenicinin ve iş sahibinin sözleşmenin kurulması yönünde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli olup bunun yanında eserin teslimi gerekmediğinden eser sözleşmesinin rızai bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir¹²⁰.

D. Eser Sözleşmesi İvazlı Bir Sözleşmedir

Eser sözleşmesinin kanuni tanımında da belirtildiği üzere yüklenici, ivaz karşılığı eser meydana getiren gerçek veya tüzel kişidir. Eser sözleşmesinde bedelin taraflarca tam olarak tespiti şart olmadığı halde, bedelin varlığı konusunda anlaşmaları gerekmektedir.

Eser sözleşmelerinin ivazsız olarak ifa edilmesi kararlaştırılmış olması halinde doktrinde taraflar arasındaki akdedilmiş sözleşmenin hukuki niteliği bakımından tartışma söz konusudur. Buna göre doktrinde birinci görüşe göre¹²¹, bu durumda eser sözleşmesinden bahsedilemez, vekalet sözleşmesi vardır. Doktrindeki ikinci görüş eser sözleşmesi benzeri kendisine özgü yapısı olan (adsız) bir sözleşme olduğunu tarafından ileri sürmüştür¹²².

E. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Zaman Bakımından Nitelendirilmesi

Eser sözleşmesi bakımından ani edimli sözleşme, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ayrımı yapmadan önce, geniş anlamda borç ilişkisi, dar anlamda borç ilişkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre dar anlamda borç ilişkisi, taraflardan birinin belli bir edim yükümü altına girmesini, diğerinin de bunu istemek hakkında sahip olmasını ifade eden basit ilişkidir¹²³. Geniş anlamda eser sözleşmesi ise bir borç ilişkisinin tarafları arasında aynı hukuki sebepten doğan pek çok dar anlamda borç ilişkisini ve yenilik doğran hakları kapsayan bir hukuki kavramdır. Sözleşme ilişkisi bunun tipik bir örneğidir. Bir sözleşmeden birden fazla dar anlamda

¹²⁰ Leyla Müjde Kurt, s. 45.

¹²¹ Dipnot 91'deki yazarlar.

¹²² "Eser meydana getirme borcunun ivazsız olarak veya ücret ödmeden başka bir edim karşılığında taahhüt edilmesi halinde, eser sözleşmesinden söz edilemez, bu taktirde vekalet sözleşmesinin söz konusu olacağı ileri sürülmekte ise de, burada eser sözleşmesi benzeri bir isimli (karma) sözleşme bulunduğunu kabul etmek gerekir." **Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 320**; Tandoğan, Özel, s. 24.

¹²³ İpek Yücel Aktürk, **Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri**, Ankara, 2012, s. 64.

borç ilişkisi doğabileceği gibi, fesih ve dönme hakları gibi yenilik doğuran haklar da doğabilir¹²⁴.

İşte sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ile ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşme ayrımı geniş anlamda borç ilişkisi bakımından önem arz etmektedir. Kural olarak edimin ifası ile (dar anlamda borç) sona erer ve alacaklının tatmin olması sağlanır. Alacaklının işte bu tatminin tek bir hareketle bir anda mı gerçekleştiği yoksa devamlılık arz eden sürekli hareketlerle mi gerçekleştiği, sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme mi olduğunun nitelendirilmesi bakımından önem taşımaktadır. Çalışmanın bu kısmında öncelikle ani edimli sözleşmeler ile sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler hakkında bilgi verilecek, akabinde eser sözleşmelerinin zaman bakımından hukuki nitelendirilmesi gerçekleştirilecektir.

1. Ani Edimli Sözleşme- Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Ayrımı

Ani edimli sözleşmeler, edim sonucunun zaman içinde bir defada yerine getirildiği, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ise asli edimin sözleşme sona erinceye kadar zaman içinde devamlı olarak ifa edildiği sözleşmelerdir. Süreklilik unsuru sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından belirli veya belirli olmayan bir zamanı kapsar. Örneğin hizmet sözleşmesinde işçinin veya kira sözleşmesinde kiralayanın asli edim yüklerinde bu süreklilik mevcuttur.

Ani edimli sözleşme ile sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ayrımında edim fiilinden, yani borçlunun ifaya yönelik faaliyetlerinden yola çıkılarak bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Zira ani edimli bir sözleşme türü olarak kabul edilen satım sözleşmelerinde dahi bazı durumlarda¹²⁵ satımın bir anda gerçekleştirilmediği görülmektedir. Öyleyse ani edimli- sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ayrımında kıstas, edim sonucu, yani alacaklının ifaya olan menfaatinin gerçekleşmesi olmalı; bu itibarla edim sonucunun bir anda mı yoksa bir sürece yayılarak mı gerçekleştiği dikkate alınmalıdır¹²⁶. Diğer bir ifade ile bir edimi ani

¹²⁴ Turgut Öz, Dönme, s. 12.

¹²⁵ Bu duruma örnek olarak, satılan malın, satım anında henüz satıcının mülkiyetinde olmadığı veya satılan malın henüz mevcut olmadığı durumlarda, satıcının öncelikle satılan malın mülkiyetini kazanmak için birden çok ve bazen zaman alıcı davranışlarda bulunması verilebilir.

¹²⁶ Turgut Öz, Dönme, s. 13; Leyla Müjde Kurt, s. 46.

veya sürekli kılan alacaklının ifa ile amaçladığı çıkarının bir anda gerçekleşip gerçekleşmediğidir¹²⁷.

2. Eser Sözleşmesinin Ani Edimli Sözleşme mi, Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme mi Olduğu Meselesi

Eser sözleşmesinin ani edimli sözleşme mi, yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bu ayrım özellikle eser sözleşmesinin sona ermesi durumunda çıkacak sonuçlar ve özellikle tarafların sona erme anına karar gerçekleştirdikleri edimlerin akıbeti bakımından önem arz etmektedir. Şöyle ki, ani edimli borç ilişkileri kural olarak geçmişe etkili olarak sona erdiği halde, sürekli borç ilişkileri doğuran sözleşmeler bakımından ileriye etkili olarak sona erme söz konusu olacaktır.

Eser sözleşmelerinin zaman bakımından hukuki niteliği hakkında, doktrinde, sürekli edimli sözleşme olarak gören görüş, ani edimli sözleşme olarak gören görüş ve karma görüş olmak üzere üç görüş mevcuttur.

a. Eser Sözleşmesini Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Bir Sözleşme Olarak Gören Görüş

Eser sözleşmesini sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak gören görüşe göre, eserin meydana getirilmesi için ihtiyaç duyulan zamanın ve yüklenicinin sarf ettiği emeğin kanun koyucu tarafından korunması bu tür sözleşmelerin sürekli borç doğuran sözleşme olduklarının göstergesidir. Nitekim yüklenicinin taahhüt ettiği iş görme ediminin bir anda değil de bir süre dahilinde gerçekleştirilmesi de sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmeyi işaret etmektedir¹²⁸.

Yüklenicinin eseri hazırlama faaliyetlerine ilişkin bazı hükümlerin ilk bakışta sürekli borç ilişkisi doğran sözleşme görüşünü destekler gibi gözüktüğü söylenebilir¹²⁹. Örneğin eserde bazı önemli olmayan ayıplarda sözleşmeden dönme yerine onarım istenmesine veya bedelin ayıp oranında indirilmesi imkanı veren TBK md. 475, iş sahibinin yüklenicinin tam zararını karşılamak şartı ile her zaman

¹²⁷ Turgut Öz, Dönme, s. 14.

¹²⁸ Hasan Erman, Beklenmedik Haller, s. 10-11; Yazar daha sonra yazdığı eserinde karma görüşe katılmıştır. Yazarın görüşü için bkz. Dipnot 137'a ait metin.

¹²⁹ Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010, s. 9, (Arsa Payı).

sözleşmeyi feshedebilmesi imkanını veren TBK md. 484 bu duruma örnek olabilecektir.

b. Eser Sözleşmesini Ani Edimli Sözleşme Olarak Gören Görüş

Eser sözleşmesini ani edimli sözleşme olarak gören doktrindeki hakim görüş ise eser sözleşmesinin bir “iş görme” sözleşmesi olması dolayısıyla ani edimli sözleşme olarak nitelendirmiş¹³⁰, burada önemli olanın yüklenicinin taahhüt ettiği edimi yerine getirmesi ve teslim etmesi olduğunu¹³¹, bu bakımdan yüklenicinin eseri meydana getirmek için geçen zamanın bir işlevi olmadığını¹³², esas itibari ile ifanın teslim anında gerçekleştiğini, nitekim kanun koyucunun ne zamanın geçmesini ne de fesih hakkını olağan bir sona erme olarak saymadığını ileri sürmüşlerdir¹³³. Bu görüş yüklenicinin eseri meydana getirirken geçen süreyi “hazırlık faaliyeti” olarak görmektedir¹³⁴. Bu görüşü savunan yazarlara göre, kanun koyucu eser sözleşmesini ani edimli bir sözleşme olarak kabul etmiş, ancak yüklenicinin eseri meydana getirmek amacıyla yürüttüğü faaliyetleri de göz ardı etmeyerek, eser sözleşmesini düzenlerken, gerekli hallerde sürekli edimli sözleşmelere özgü özel hükümler öngörmüştür¹³⁵.

Eser sözleşmesini kural olarak ani edimli bir sözleşme olarak kabul eden Öz, istisnai olarak eser sözleşmesinin de sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğinde olabileceğini savunmaktadır¹³⁶. Yazara göre ard arda eser teslimi borcunu

¹³⁰ Selahattin Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. 758; Özer Seliçi, **Borçlar Kanunu'na göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977, s. 26, (Sürekli); Mehmet Karaca, s. 41.

¹³¹ Bu görüşe göre, meydana getirme unsuru bağımsız bir edim borcu olmadığı gibi sonuç borcuna eklenen bir yan edim yükümü olarak da kabul edilemez. Turgut Öz, Dönme, s. 20.

¹³² Turgut Öz, Dönme, s. 20.

¹³³ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 314; Fikret Eren, İnşaat, s. 52; Eser sözleşmelerinin ani edimli sözleşme olduğunu savunan yazarlardan Gümüş, her ne kadar eserin meydana getirilmesinin belirli bir sürenin geçmesini gerekli kılsa da, yüklenicinin asli edim yükümü bakımından önemli olan eserin meydana getirilmesi süreci değil, meydana getirilen eserin teslimidir. Ancak yazar eser sözleşmelerindeki meydana getirme kavramını diğer görüşlerden farklı olarak, edim sonucunun gerçekleştirilmesine yönelik nitelikli bir ifaya hazırlık fiili olmasının ötesinde “bir edim yükümü ve asli yüküm olarak teslim yükümünü” tamamlayan ve bu çerçevede “edim yükümü niteliği taşımayan, synallagma ilişkisine dahil olmayan asli yüküm” olarak nitelendirmiştir. Alper Gümüş, Özel, s. 3.

¹³⁴ Turgut Öz, Dönme, s. 20; Cevdet Yavuz, Özel, s. 439; Zekeriya Kürşat, s. 143.

¹³⁵ Turgut Öz, Dönme, s. 21.

¹³⁶ Turgut Öz, Dönme, s. 21.

içeren sözleşmeleri¹³⁷ ile eserin varlığının zaman içinde genişlediği eser sözleşmeleri¹³⁸ istisnai olarak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olarak kabul etmek gerekir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus eğer yüklenicinin yaptığı kısım tarafların sözleşmeyi kurarken üzerinde anlaştığı edim sonucu olarak o anki haliyle iş sahibinin ifaya olan çıkarını henüz gerçekleştirmemişse, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeden bahsedilemeyeceğidir. Bu doğrultuda, edim sonucu zamana yayılma özelliğine sahip olsa bile, iş sahibinin sözleşme ile elde edeceği çıkarın ancak eserin belirli bir aşamaya gelmesi ile mümkün olduğu anlaşılıyorsa sözleşme yine ani edimli kabul edilecektir.

c. Karma Görüş

Eser sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından ileri sürülen bir görüş¹³⁹ de, eser sözleşmelerin, ne tam olarak ani edimli, ne de tam olarak sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak nitelendirmiştir. Zira yüklenici tarafından gerçekleştirilen iş görme faaliyetinin sadece hazırlık faaliyeti olarak görülmesi kadar, belli bir süre boyunca iş görme faaliyetinde bulunulması sebebi ile sürekli borç ilişkisi doğduğunun iddia edilmesi de yanlış olacaktır. Bu bağlamda eser sözleşmeleri ani edimli sözleşmelerinden farklı olduğu, öte yandan yüklenici sözleşmeye uygun olarak meydana getirdiği eseri teslim etmedikçe asli edim borcundan kurtulamayacağı için tam anlamıyla sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme de olmadığı kabul edilmelidir. Yargıtay da kararlarında¹⁴⁰ eser sözleşmelerini “geçici-sürekli karmaşığı” olarak nitelendirmiştir.

¹³⁷ Bu sözleşmelere örnek olarak eser tedariki sözleşmeleri verilebilir. Bir iş yerinde çalışan işçilere bir zaman süresi boyunca ihtiyaç oldukça elbise dikmeyi üstlenen terzi ile gerçekleştirilen sözleşme bu duruma örnek olarak sayılmıştır. Turgut Öz, Dönme, s. 22; Özer Seliçi, Sürekli, s.14.

¹³⁸ Yazar eserin zaman içinde genişlediği sözleşmelere örnek olarak metre başına bedel tespit edilerek arsa üzerinde belirli bir doğrultuda duvar örülmesini vermiştir. Turgut Öz, Dönme, s. 22; Doktrinde bundan başka eserin kapsamının zamana bağlı olarak genişleme göstermesi haline örnek olarak budanan ağaç başına bedel tayin edilerek ağaç budama işleminin ifa edileceği eser sözleşmesi verilmektedir. Esasen ilk ağaç budandığına edim sonucunun ortaya çıkmış olması ile birlikte, budanan her ağaçta iş sahibinin menfaatinin artması doktrine bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden sayılması yönünde değerlendirilmiştir. Leyla Müjde Kurt, s. 54.

¹³⁹ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, 2007, s. 166, 174, (Dönme); Hasan Erman, Arsa Payı, s. 8-9; Zariife Şenocak, Ayıp, s.11-12; Damla Gürpınar, **Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi**, İzmir, 2006, s. 21.

¹⁴⁰ Yargıtay İBGK, 25/11/1984 T., 1983/3 E., 1984/1K.: Karara göre “İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe

Bu görüşe göre özellikle TBK md 483, 484 ve 485 hükümlerinden hareketle yüklenicinin eser meydana getirme faaliyetine basit bir ifaya hazırlık fiilinden daha fazla anlam yükleyip, synallagma ilişkisine dahil ederek, eser sözleşmesinin ani edimli olduğu kadar, sürekli borç ilişkisi niteliğini de vurguladığını ileri sürer.

Doktrindeki bir görüşe göre çalışma borcu niteliği gereği bir iş görme edimidir ve bu edimi dolayısıyla süreklilik gösterir. İnşaat (eser) sözleşmesi bu yönüyle, sürekli edimli borç ilişkisi niteliğini taşır. Teslim borcunun ifası yönünden ise, inşaat (eser) sözleşmesi ani edimli borç ilişkisidir. Bu bakımdan bu sözleşmeler sürekli ve ani edimli sözleşmelerden oluşan bir karma nitelikli sözleşmedir¹⁴¹.

Eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu kabul edilirse sözleşme ancak ileriye yönelik feshedilebilir. Buna karşılık ani edimli bir sözleşme olduğunun kabulü halinde tarafların geriye etkili olarak fesih (dönme) hakları söz konusu olabilecektir.

ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verdiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir." (www.kazancı.com); Yargıtay 23. HD., 11/07/2012 T., 2012/2501 E.,2012/4840 K.: "Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshiyle kira kaybı ve eksik imalat bedelinin tahsili istemine ilişkindir. B.K.nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" uygulamadaki adıyla Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 25.1.1984 tarih ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı gibi: iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, geçerliliği resmi şekle bağlı kural olarak ani edimli, geçici-sürekli karmaşığı, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir. Bu sözleşmede yüklenici bina yapım işini üstlenmekte, yüklenicinin finansını karşılayarak yapacağı binaya karşılık arsa sahibi de ona arsa payı mülkiyeti geçirmektedir. Görüldüğü gibi kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibi belirli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girmektedir. Burada, arsa paylarının mülkiyetinin devri, yüklenici tarafından inşa edilecek binadaki belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine tesliminin karşılığını ve sebebini teşkil etmektedir."(www.kazancı.com).

¹⁴¹ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 54.

İKİNCİ BÖLÜM

HASAR (VE YARAR) KAVRAM(LAR)I

Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hasarın geçişi maddeleri genel olarak değerlendirildiğinde doktrinde de kabul edildiği üzere¹⁴² hasar ve yarar kavramlarının bir arada hükme bağlandıkları görülmektedir. Tez konumuz bağlamında genel olarak hasar kavramından bahsedilecek ise de burada yarar kavramına da değinmek gerektiği kanaatindeyiz.

I. GENEL OLARAK YARAR KAVRAMI

Yarar, kendiliğinden veya her malikin normal olarak yapacağı faaliyetler sonucu eserde meydana gelen her türlü fazlalıklar veya fazla değerdir¹⁴³. Bu bağlamda yarar teknik anlamda doğal ve hukuki ürünleri kapsar¹⁴⁴. Buna göre eser sözleşmelerinde eserin malikine katacağı her türlü gelir, esere malik olması nedeniyle malikin üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği her türlü hak Türk Borçlar Kanunu kapsamında yarar olarak değerlendirilmelidir.

Bu bağlamda eserin hasara uğraması sebebi ile sigortacıya veya üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilecek talepleri de yarar olarak kabul etmek gerekir.

Yararın intikalini kanaatimizce taşınır veya taşınmaz mallar bakımından ayrı değerlendirmek gerekir. Buna göre taşınır bir eserin meydana getirilmesini taahhüt eden yüklenici bakımından teslim etmeden önce halen o eserin maliki olması dolayısıyla, o eser üzerindeki yararın yüklenici üzerinde olduğu ve bu yararı ancak zilyetliğin devri ile iş sahibine devredebileceğini söylemek mümkündür.

Taşınmaz eserler üzerindeki yarar bakımından ise, üzerine eser meydana getirilen arsanın malikinin yüklenici mi yoksa iş sahibi mi olduğu önem arz etmektedir. Bu bağlamda yüklenicinin arsasında meydana getirilen eserde, mülkiyetinin tapuda devrine kadar, arsanın maliki kim ise ona ait olacağı düşünülür ise, esere ait yararların da malik olanca ancak kullanılabilmesi, bu bakımdan eserin

¹⁴² Turgut Akıntürk, **Satım Akdinde Hasarın İntikali**, Ankara, 1966, s. 7.

¹⁴³ Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, *Özel*, s. 77.

¹⁴⁴ Alper Gümüş, *Özel Cilt 1*, s. 49

mülkiyetinin tapuda devredilinceye kadar yüklenicide olması dolayısıyla yararın da yüklenicide kalacağı söylenebilir.

II. GENEL OLARAK HASAR KAVRAMI

Türk Borçlar Kanunu'nun birçok maddesinde¹⁴⁵ yer bulan hasar kavramı kanun koyucu tarafından tam olarak açıklanmasa da, doktrinde genel olarak tesadüfi bir olay sonucunda bir kişinin malvarlığında azalma meydana gelmesi şeklinde ifade edilmiştir¹⁴⁶.

Doktrinde hasar kavramı geniş ve dar anlamda hasar olarak değerlendirilmiş, bu bağlamda geniş anlamda hasar için aynı hasar, dar anlamda hasar için ise borca ilişkin hasar kavramları kullanılmıştır.

A. Geniş Anlamda Hasar (Aynı Hasar)

Geniş anlamda hasar kavramı bir malın herhangi bir sözleşmesel borç ilişkisine konu olmaksızın doğrudan doğruya üzerinde aynı hak sahibi olunan eşyanın maddi anlamda, somut olarak uğradığı yok olma, bozulma, kırılma, parçalanma gibi olumsuz sonuçları ve hak sahibinin de doğrudan doğruya uğradığı zararı ifade ettiği için doktrinde eşyaya ilişkin hasar (aynı hasar) olarak ifade edilmiştir¹⁴⁷.

Eşya hasarı, bir eşyanın doğal ve insan iradesine dayalı bir olay sonucunda maddi olarak kırılması, bozulması, yanması veya parçalanmasını ifade eder ve temelde hukuk dışı bir kavram olarak ortaya çıkar¹⁴⁸.

Eşyaya ilişkin yani aynı hasar eşya ile sıkı sıkıya bağlı olduğundan, eşyaya gelen zarara malik katlanacaktır. Roma hukukunda “casum sentit deminus” veya “hasara malik katlanır” ilkesi olarak ifade edilen bu durumda göre, bir kişiye hukuk düzeni tarafından bir hak tanındığında, üzerinde söz konusu hakkın mevcut bulunduğu şey yok olduğu veya zarar gördüğü zaman, buna ancak hak sahibi olan

¹⁴⁵ TBK md. 183, 204, 216, 358, 368, 468, 472, 478, 481, 521, 527.

¹⁴⁶ Sabah Altay, **Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişİ**, İstanbul, 2008, s. 3.

¹⁴⁷ Sabah Altay, s. 5; Turgut Akıntürk, s. 22.

¹⁴⁸ Alper Gümüş, Özel Cilt 1, s. 34.

kişinin katlanması düşüncesi esas olacaktır¹⁴⁹. Sigorta hukuku anlamında hasar, teknik olarak, eşyaya ilişkin hasardır¹⁵⁰.

B. Dar Anlamda Hasar

Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen hasar deyiminden, geniş anlamda hasar değil, dar anlamda hasar anlaşılması gerektiği doktrinde¹⁵¹ kabul edilmiştir. Buna göre eser sözleşmesinde hasar kavramı incelenmeden önce dar anlamda hasar kavramı açıklanacak akabinde Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesini düzenleyen maddeler dahilinde hasar kavramı değerlendirilecektir.

Dar anlamda hasar, geniş anlamda hasarın aksine eşya üzerindeki aynı hakka değil, alacaklı ve borçlu arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin varlığına dayanır. Bu sebeple dar anlamda hasara “ borca ilişkin hasar” da denir¹⁵². Diğer bir anlatıyla borca ilişkin hasar, sözleşmesel ve benzeri bir borç ilişkisinde sözleşmenin kurulması ile sözleşmenin ifasının tamamlanması arasındaki zaman diliminde umulmayan hale dayalı olarak ortaya çıkan imkansızlığın olumsuz sonuçlarının kime ait olduğu sorunu ile ilgilidir. Bu çerçevede borca ilişkin hasar sözleşme tarafları arasındaki riziko dağılımını ifade eder.

Borca ilişkin hasar, bir yandan geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisinin varlığını, diğer yandan borçlu tarafından ifanın henüz gerçekleştirilmemiş olmasını gerektirmektedir¹⁵³.

Borca ilişkin hasar kavramı, taraflar arasındaki borç ilişkisinin hukuki niteliğine edim ve karşı edim hasarı olmak üzere iki anlamı barındırmaktadır.

1. Edim Hasarı (Maddi Edim Hasarı)

Edim hasarı, taraflar arasında geçerli bir borcun doğumundan sonra ve fakat ifa gerçekleşmeden önce, borçlunun sorumlu olmadığı haller dolayısıyla yani borçlunun kusuru bulunmaksızın, edimin gereği gibi ifasının imkansızlaşması halinde,

¹⁴⁹ Sabah Altay, s. 6.

¹⁵⁰ Alper Gümüş, Özel Cilt 1, s. 34.

¹⁵¹ Turgut Akıntürk, s. 24.

¹⁵² Sabah Altay, s. 6.

¹⁵³ Sabah Altay, s. 7.

borçlunun halen ifa ile yükümlü tutulup tutulmayacağı, diğer bir deyişle alacaklının edimi talep hakkının devam edip etmeyeceği sorundur¹⁵⁴.

Edimin, borcun doğumundan sonra meydana gelen ve borçluya isnadı edilemeyecek sebeplerle imkansızlaşması halinde, borçlunun ifa yükümlülüğünün devam edip etmediği önem arz etmektedir. Buna göre ifa etme borcu devam eden borçlu bakımından edim hasarının borçlu tarafından üstlendiği kabul edilmelidir. Aksine borçlunun ifayı objektif olarak imkansız hale getiren sebeplerle borcundan kurtulduğu kabul edilirse, alacaklı artık sözleşmeden doğan alacağın konusu olan edimi borçludan talep edemeyecektir ve bu durumda edim hasarına alacaklı katlanmış olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu madde 136'da düzenlenen kusura dayanmayan imkansızlık hali sebebi ile borcun sona ermesi hükmü gereğince, borçlu, meydana gelmesinde hiçbir sorumluluğun bulunmadığı sonraki imkansızlık halinde borcundan tamamen kurtulur. Bu durum, borçlunun edimi yerine getirme yükümlülüğünün ve aynı şekilde alacaklının edimin ifasına yönelik alacak hakkının kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurmaktadır. İşte alacaklının bu şekilde alacak hakkını yitirmesi, onun edim hasarına katlanması anlamına gelmektedir¹⁵⁵.

2. Karşı Edim Hasarı (Bedel Hasarı)

Tam iki tarafa borç doğuran sözleşmelerde, sonradan kusursuz ifa imkansızlığı neticesinde borcun sona ermesi halinde, borçlunun karşı edim hakkı da sona erecektir. Karşı edim hasarı kavramı bu bağlamda, borcundan kurtulan edim borçlusuna karşı edimi talep hakkının tanınıp tanınmayacağı sorundur¹⁵⁶.

Bu bağlamda karşılıklı edimlere ilişkin yatırım riskleri de, hasara katlanan tarafın üzerinde olmaktadır. Sonraki imkansızlık sebebi ile alacak hakkı sona eren ve bu sebeple edim hasarına katlanan alacaklı, edimi elde etmeyen ve sonrasında onu değerlendirmeye ilişkin yapmış olduğu tüm masraflara, varsa buna ilişkin üstlendiği

¹⁵⁴ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 74.

¹⁵⁵ Sabah Altay, s.11.

¹⁵⁶ "Unutulmamalıdır ki, bedel hasarı ancak kusursuz imkansızlık hallerinde söz konusu olabilir." İrem Çakırca, **Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi**, İÜHF.M., C. LXV, S.1, 2007, s.181.

yükümlülükleri yerine getirmemenin hukuki sonuçlarına katlanacaktır. Aynı durum karşı edim hasarına katlanan edim borçlusu için de geçerlidir.

Karşı edim hasarı tam iki tarafa borç doğuran sözleşmelerde ortaya çıkar ve borçlunun ifası, bir beklenmedik olay sebebi ile imkansızlaşan borçlunun sözleşmesel borç ilişkisinin diğer tarafından karşı edimini talep edip edemeyeceği, diğer bir deyişle borçlunun alacaklısının kendi edimini ifa etmek zorunda olup olmadığı ile ilgilidir. Alacaklının, borçlandığı edim beklenmedik olay nedeniyle imkansızlaşan borçluya karşı, kendi edimini yerine getirmekle yükümlü olması, karşı edim hasarının alacaklıya ait olması; alacaklının kendi borcunun da ortadan kalkması, karşı edim hasarının borçluya ait olması anlamına gelir.

Karşı edim hasarının kime ait olacağı sorunu, öncelikle edimin sonradan, borçluya yüklenemeyecek sebeplerle imkansızlaşmasının sonucu olan edim hasarına alacaklının katlanmasını gerektirir. Çünkü edim hasarı alacaklıya ait olmadığı sürece, borçlunun sonraki imkansızlık sonucunda borcundan kurtulması söz konusu olmayacak ve borcunu ifa etme yükümlülüğü devam edecektir. Diğer bir deyişle edim hasarı borçluda ise, yani borçlunun ifa etme borcu devam etmekte ise, karşı edim hasarına kimin katlanacağı sorunu değerlendirilir. Bu sebeple Doktrinde TBK md. 208/I, 245, 483 ve 621/III'teki hasar kavramlarının hep "karşı edim hasarı" olarak okunması gerektiği kabul edilmiştir¹⁵⁷.

III. HASARIN GEÇİŞİ KAVRAMI

Bir borç ilişkisinde edim ve karşı edim hasarlarına alacaklının mı yoksa borçlunun mu katlanacak olması sorununun çözümü ancak söz konusu hasarın hangi andan itibaren, kime geçtiğinin açığa kavuşturulması ile mümkün olabilecektir.

Bu bağlamda hasarın geçişi kavramının tek tarafa borç yükleyen ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi kanaatindeyiz.

¹⁵⁷ Alper Gümüş, Özel Cilt I, s. 35.

A. Tek Tarafa Borç Doğuran Sözleşmelerde Hasarın Geçişi

Tek tarafa borç doğuran sözleşmelere, hasar sorunu sadece edim hasarına kimin katlanacağından ibarettir. Zira bağışlama sözleşmelerinde olduğu gibi, tek tarafa borca doğuran sözleşmelere sadece bir taraf diğerine karşı borç altına girmektedir.

Bu bakımdan tek tarafa borç doğuran sözleşmelerde hasarın geçişi sorunu edim hasarına sözleşmenin hangi tarafının katlanacağı sorununun çözümüne yöneliktir.

Tek tarafa borç doğuran sözleşmelerde edim hasarının geçişi bakımın yapılan açıklamalar eksik iki tarafa borç doğan sözleşmeler için de geçerlidir. Buna göre TBK md. 386 ve devamında düzenlenen karz (tüketim ödücü) akitleri ile TBK 379. md. ve devamında düzenlenen ariyet (kullanım ödücü) sözleşmelerinde karz ve ariyet alanın iade yükümlülükleri, karz ve ariyet verenin ediminin karşılığını teşkil etmezleri tarafların karşılıklı olarak değiş- tokuş edecekleri edimlerin varlığından bahsedilemez. Bu sebeple eksik iki tarafa borç doğuran sözleşmelerde de ancak edim hasarının geçişi probleminden bahsedilebilir¹⁵⁸.

B. Tam İki Tarafa Borç Doğuran Sözleşmelerde Hasarın Geçişi

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme kavramı, bir sözleşmede her iki tarafın da birbirlerine asli bir edimi ifa ile yükümlü buldukları; bu edimlerin birbirlerinin sebep ve karşılığını oluşturduğu, edimlerin değiş-tokuş ilişkisi ve karşılıklı bağımlılık içinde oldukları sözleşmeleri ifade eder¹⁵⁹. Bu tür sözleşmelerde hem edim hasarı hem de karşı edim hasarı söz konusu olabilmektedir.

Borçlunun borcu parça borcu ise TBK md. 136/I'e göre bir sözleşme kurulduktan sonra, fakat ifası tamamlanmadan önce borçlunun borcunu ifası bir beklenmedik olay nedeniyle imkansızlaşır, borçlu borcundan kurtulur. Bu nedenle Borçlar Hukuku sistemimizde kural olarak edim hasarı, TBK md 136/I uyarınca alacaklıya aittir. TBK md 136/II'ye göre ise, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borçlunun ifası imkansızlaşan borçlu borcundan kurtulurken,

¹⁵⁸ Sabah Altay, s. 14.

¹⁵⁹ Fikret Eren, Genel, s.201.

sözleşmenin diğer tarafından yani alacaklıdan karşı edimi talep etme hakkı da sona erer ve daha önceden aldığı karşı edimi alacaklıya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı bir yasal tasfiye ilişkisi çerçevesinde iade etmekle yükümlü olur. Bu sonuç TBK md. 136/II uyarında karşı edim hasarını borçlunun taşıması anlamına gelir¹⁶⁰.

Borçlunun borcu bir cins borcu ise, “tür yok olmaz” kuralı gereğince borçlunun tür üzerinden belirlenmiş borcunun imkansızlığından bahsedilemez¹⁶¹. Bu nedenle cins borçlarında borçlu borcunu ifa edene kadar edim hasarını kural olarak borçlu taşır, edim hasarı borçluya ait olduğu sürece de karşı edim hasarının geçişi diye bir sorundan bahsolunamaz.

Karşı edim hasarı; borcun ifasının sorumlu olmadığı sebeplerle sonradan imkansızlaşması halinde, edimi elde edemeyen edim alacaklısının, bir de karşı edimi ifa etmekte yükümlü tutulma riskini ifade ettiğinden, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı, karşı edim hasarı kavramının zorunlu bir unsuru niteliğindedir. Buna göre edim hasarının geçişi, karşı edim hasarının geçişi anıyla eş anlamlı olarak veya ondan önce gerçekleşebilir, fakat karşı edim hasarından sonra geçmesi düşünülemez. Zira belirttiğimiz gibi edim hasarı alacaklıya geçmeden, karşı edim hasarı sorunu ortaya çıkmaz¹⁶².

Tezimizin konusunu oluşturan eser sözleşmelerinin tam iki tarafa borç doğuran sözleşme olmaları sebebi ile özellikle edim hasarının yanı sıra karşı edim hasarı bakımından da değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Buna göre eser sözleşmesinde edim ve karşı edim hasarını ile ilgili örnek olarak, TBK md 483’te düzenlenen hasar kuralı gösterilebilir. Buna göre, TBK md 483 bağlamında hasarın müteahhide geçmesi, eserin beklenmedik olay sonucu telef olması sebebi ile teslim borcunun imkansızlaşması sonucunda, müteahhidin karşı edimi yani ücretini elde edememesi demektir. Buna karşılık hasarın iş sahibine geçmesi, eserin hiç veya sözleşmeye uygun elde edilememesine rağmen, yükleniciye ücret ödemek zorunda kalması anlamına gelmektedir¹⁶³.

¹⁶⁰ Alper Gümüş, Özel Cilt I, s. 36.

¹⁶¹ Cevdet Yavuz, Özel, s. 440.

¹⁶² Sabah Altay, s. 15.

¹⁶³ Turgut Akıntürk, s. 66.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN TÜRK BORÇLAR KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER

I. GENEL OLARAK

Eser sözleşmelerinde yüklenici ile iş sahibi arasındaki edim, karşı edim ilişkisinin bir sonucu olarak hasarın geçişi Türk Borçlar Kanunu'nun 483,485 ve 486. maddelerinde düzenlenmiştir.

Söz edilen maddelerde genel olarak eser sözleşmesinde teslimden önce eserde meydana gelen zararın hangi taraf üzerinde bırakılacağını diğer bir ifade ile hasarın hangi taraf üzerinde kalacağını düzenlemektedir.

Buna göre kanun koyucunun da izlediği yol uyarınca, öncelikle TBK md. 483'te birinci fıkrada düzenlenen beklenmedik haller nedeniyle eserin telef olması dolayısıyla kural olarak yüklenicinin hasardan sorumluluğu, md 483/II'de düzenlenen eserin iş sahibinin riziko alanında gerçekleşen sebeplerle telef olması halinde kural olarak yüklenicinin hasara katlanması, akabinde TBK md. 485'te düzenlenen iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle ifa imkansızlaştığında iş sahibinin bedel ödeme yükümlülüğü, son olarak da TBK md. 486'da düzenlenen yüklenicinin kendi şahsını ilgilendiren sebeplerle sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi halinde hasar kimin katlanacağı sorunu tez konusu dahilinde incelenecektir.

II. BEKLENMEDİK OLAY SEBEBİ İLE HASARA HANGİ TARAFIN KATLANACAĞI SORUNU

TBK md 483, eserin ve/veya eseri oluşturan malzemenin beklenmedik olay ile tamamen veya kısmen telef olması durumunda edim hasarı ve karşı edim hasarını kimin taşıyacağı sorusuna cevap vermektedir.

Eser sözleşmelerinin sona ermesi konusu altında düzenlendiği üzere, kanun koyucu tarafından eserin beklenmedik hal sonucu yok olmasının sözleşmeyi sona erdirdiği ileri sürülebilse de, her zaman bu sonuca varılamayacağı, aynı maddede sunulan şartlara uygunluk arandığı söylenebilir.

Buna göre TBK md. 483 f. 1 şu şekilde düzenlenmiştir¹⁶⁴:

“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.

Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.”

Türk Borçlar Kanununun 483. Maddesinin ilk fıkrasında teslimden önce beklenmedik olay neticesinde eserin yok olması nedeniyle kusursuz imkansızlık halinin doğması neticesinde sözleşmenin sona ermesi düzenlenmiştir. 483. Maddenin uygulanmasında eserin tamamlanınca ferdi ile belli olması veya çeşidi ile belli olması, beklenmedik olay kavramı ve beklenmedik olayın teslimden önce veya teslimden sonra oluşup oluşmadığı, teslimin ne zaman gerçekleşeceği, bu bakımdan sonradan oluşan ifa imkansızlığının teşkil edip etmeyeceği önem taşımaktadır. Zira hasarın intikalini de düzenleyen TBK md. 483/I kusursuz ifa imkansızlığının bir yansıması olarak da değerlendirilebilir. TBK md. 483/II’de ise, eserin, iş sahibinde verilen malzeme, gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatı neticesinde telef olması halinde hasarın intikali meselesini düzenlemektedir.

TBK md 483 gereğince eserin teslim alınmasından önce beklenmedik olay nedeniyle telef olduğu durumlarda, iş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşmemişse, esere ilişkin karşı edim hasarını yüklenici taşıyacak ve ne işin

¹⁶⁴ TBK’nın 483. Maddesi, Mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 368. Maddesinde şu şekilde düzenlenmekte idi: “Yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise iş sahibi, onu tesellüden temerrüt etmiş bulunmadıkça, müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyasını isteyemez.

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

Eğer yapılan şey, iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın kusurundan yahut iş sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında verilen emirden dolayı telef olmuş ise; müteahhit, bu tehlikeleri zamanında ihbar etmiş bulunduğu takdirde yaptığı işin kıymetini ve bu kıymette dâhil olmayan masrafın tesviyesini talep edebilir. İş sahibinin taksiri olduğu takdirde müteahhidin, fazla olarak zarar ve ziyan istemeğe hakkı vardır.” İlhan Helvacı, Kanun, 854; Söz konusu maddenin gerekçesinde metinde yapılan düzetme ve arılaştırma dışında bir değişiklik yapılmadığı belirtilmiştir. Gerekçe için bkz. Cevdet İlhan Günay, s. 1466.

(emeğinin) değerini ne de yaptığı giderler için iş sahibinden karşılık isteyebilecektir, yani bu madde ile hasarın yükleniciye geçeceği kanun hükmü ile belirlenmiştir¹⁶⁵.

A. TBK md. 483/I'in Uygulanma Şartları

1. Eser Kısmen Veya Tamamen Telef Olmalıdır

TBK md 483/I uyarınca karşı edim hasarının yükleniciye yüklenebilmesi için öncelikle eserin telef olması gerekir. Hükmün uygulanabilmesi için eserin bütünüyle telef olması şart değildir; kısmi telef olma dahi yeterlidir¹⁶⁶. TBK md. 483'ün uygulanması açısından, telef olma anında eserin tamamlanmış olup olmaması önem arz etmez¹⁶⁷.

Telef olma kavramı bakımından belirtilmesi gereken husus çeşit ve parça borçları bakımından telef olma durumunda fark doğacağıdır. Buna göre Roma hukukundan günümüze kadar gelen “nevi telef olmaz” kuralınca, taraflar arasında meydana getirilmesi kararlaştırılan eserin nevi (çeşit) borcu olması halinde telefin gerçekleşmeyeceği doktrinde savunulmuştur¹⁶⁸.

Çeşit borcunun telef olmayacağı görüşünün sonucu özellikle ifa imkânsızlığı konusunda önem arz etmektedir. Buna göre, aşağıda¹⁶⁹ ifa imkânsızlığı konusunda da açıklanacağı üzere, doktrinde genel görüş çeşit borçlarının telef olmaması dolayısıyla sonradan kusura dayanmayan imkansızlığın söz konusu olmayacağını bu sebeple TBK md. 483'ün uygulanamayacağını savunmaktadır.

2. Eser Beklenmedik Olay Sonunda Telef Olmuş Olmalıdır

a. Genel Olarak

İkinci olarak, eserin telef olmasında beklenmedik olayın (umulmadık hal) varlığı gereklidir. Buna göre eser ne iş sahibine ne de yükleniciye yüklenemeyen bir

¹⁶⁵ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 232; Yargıtay da bir kararında, yapılan şeyin teslimden evvel hasara uğraması halinde, iş sahibi temerrüde düşmüş olmadıkça yüklenicinin ne yaptığı işin ücretini, ne de masrafların ödenmesini talep edebileceğini belirtmiştir. Yargıtay 15. HD. 25/09/1979 T., 1979/1225 E., 1979/1855 K. Sayılı kararı için bkz. Cevdet İlhan Günay, s. 1466.

¹⁶⁶ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s.91; İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 234.

¹⁶⁷ Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Özel, s. 380; İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 234.

¹⁶⁸ Haluk Tandoğan, Özel, s. 319; Cevdet Yavuz, Özel, s. 440.

¹⁶⁹ Aşağıda 232. Dipnota ait metin ve devamı.

sebep ten dolayı telef olmuş sa, telef olmanın beklenmedik olaya dayandığı kabul edilir¹⁷⁰. Diğer bir ifade ile, ne iş sahibinin ne de yüklenicinin sebebiyet verdiği, bir sebep sonucu eserin tahrip veya telef olması, eserin kaza sonucu yok olması olarak değerlendirilecektir¹⁷¹. TBK md 483'teki beklenmedik olay kavramının teknik anlamının ötesinde mücbir sebepleri¹⁷² de kapsadığı doktrinde ifade edilmiştir¹⁷³.

b. 483. Maddede Düzenlenen Beklenmedik Olay¹⁷⁴ Kavramı

TBK md 483'te yüklenicinin hasara katlanması ile ilgili olarak mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 368. maddesinden farklı olarak beklenmedik olay kavramından söz edilmiştir.

Maddenin gerekçesinde, 483. Madde ile ilgili Türkçeleştirme hareketinden başka değişiklik yapılmadığı belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda geçen kazara telef olmak ile Türk Borçlar Kanunu'nda geçen beklenmedik olay kavramlarının değerlendirilmesi şarttır.

Genel olarak, beklenmedik olay, bir borcun (veya herkese vazife yükleyen bir hareket tarzı kaidelerinin) borçlu (veya mesul kişi) tarafından kaçınılamayacak surette ihlaline sebep olan hadisedir¹⁷⁵.

Doktrinde¹⁷⁶ beklenmedik olayın varlığı için söz konusu olayın genel nitelikte olması gerektiği ileri sürülmüştür. Yani ferdi niteliği aşan, bir memleketin, bir yörenin bütün fertlerini kapsayan, genel nitelikte bir şey olmalıdır. Beklenmedik olayın sözleşmenin her iki tarafını da etkilemesi gerekmez. Öte yandan bu beklenmedik olayın doğumunda tarafların yabancı kalmış olmaları gerekmektedir. Son olarak olay, beklenmeyen olay sürekli olmalıdır. Özellikle 5-10 sene gibi uzun

¹⁷⁰ Alper Gümüş, Özel, s. 91; Yargıtay 15. HD. 04/07/1989 T., 1989/199 E., 1989/3232 K. sayılı kararına göre: "İnşaat alanı sit bölgesi kapsamına girdiği takdirde müteahhide kusur yükletilemez." Nazif Kaçak, **Emsal İçtihatlarla Borçlar Kanunu**, Ankara, 2011, s. 1077.

¹⁷¹ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 235.

¹⁷² "Mücbir sebepler başlıca üç vasfa maliktirler: 1) Mücbir sebebin yenilmezliği, 2) Mücbir sebebin önceden sezilemezliği ve 3) Mücbir sebebin kusurdan doğmamış olması.", Polat Gözübüyük, **Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller**, Ankara, 1977, s. 26.

¹⁷³ Alper Gümüş, Özel, s. 91; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 380.

¹⁷⁴ Tandoğan beklenmedik olayı "fevkalade hal" olarak tabirlemiştir. Haluk Tandoğan, Mesuliyet, s.461.

¹⁷⁵ Haluk Tandoğan, Mesuliyet, s. 461.

¹⁷⁶ Hasan Erman, Beklenmedik Haller, s. 74.

bir devre içinde meydana getirilecek bir sözleşmede birkaç aylık zorluk hesaba katılmamalıdır.

Burada önemli olan, beklenmedik olayın kaçınılmaz olması değil, olay neticesinde borcun hiç veya gereği gibi yerine, getirilememesinin kaçınılmaz, önlenemez olmasıdır. Mesela, bir nehrin taşması halinde, bu olaydan kaçınmaya imkan yoktur; fakat yüklenicinin inşa ettiği evin yıkılmasını önlemek için, tedbirler alması mümkün olabilir; ancak böyle bir imkan yoksa beklenmedik halden söz edilebilir¹⁷⁷.

Doktrinde mücbir sebep halleri, eser sözleşmelerinde bir halin beklenmedik olay sayılabilmesi için en temel durum olarak kabul edilmiştir¹⁷⁸. Mücbir sebep sayılmamasına karşın, hakkında öngörüle bulunulmayan teknik, ekonomik, sosyal ve doğal olaylar da beklenmedik hal kavramı içinde sayılabilecektir¹⁷⁹. Bu kapsamda beklenmedik olay kavramı ile mücbir sebep kavramlarını birbirlerine karıştırmamak gerekir, nitekim mücbir sebep teşkil eden olaylar her zaman bir beklenmedik olay olmalarına rağmen¹⁸⁰, her beklenmedik olayın mutlaka mücbir sebep olduğu kabul edilemeyecektir.

Doktrinde 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda 368. Maddede geçen "kazara telef olma" deyimini taraflara isnadı kabil olmayan sebep olarak değerlendirilmiştir¹⁸¹. Buna göre taraflardan her birinin zarara yol açan kusuru ona isnadı kabil bir sebep olduğu gibi, bazen kanun kusur olmaksızın da zarar verici bir olaydan birinin sorumlu olacağını kabul etmektedir. Böylece iş sahibinin sağladığı malzeme onun kusuru olmaksızın bozuk ise ve eser bu sebeplerden yok olursa iş sahibine isnadı kabil kusurlu olmayan sebepler söz konusu olur. Aynı şekilde yüklenicinin sağladığı

¹⁷⁷ Haluk Tandoğan, Mesuliyet, s. 462.

¹⁷⁸ Hasan Erman, Beklenmedik Haller, s. 71; Alper Gümüş, Özel, s. 92.

¹⁷⁹ Hasan Erman, Beklenmedik Haller, s. 75.; "Beklenmedik hallerin başında doğal olaylar gelmektedir. Örneğin anormal bir zamanda meydana gelen bir don, geniş bir kuraklık gibi. Ayrıca sosyal olaylar da beklenmedik bir durum yaratabilirler. Sosyal olayların başında savaş gelir. Ancak savaşın beklenmedik olay sayılması için bunun borçlu için büyük bir etki doğurması gerekir. Bundan başka ekonomik olaylar da vardır. Ekonomik krizler, para değerinde meydana gelen değişiklikler bunlardandır. Uygulamada ifayı aşırı derecede güçleştiren artışları doğuran beklenmedik olaylar, yapım için gerekli malzeme ve işçilik ücretlerinde meydana gelebilecek değişikliklerdir. Gerçekten de bunlar, yüklenici bakımından göz önünde alınan ana unsurlardandır ve bunlarda meydana gelebilecek değişiklikler önemli dengesizlikler yaratabilir." Hasan Erman, Beklenmedik Haller, s. 74- 75.

¹⁸⁰ Hasan Erman, Beklenmedik Haller, s. 74.

¹⁸¹ Haluk Tandoğan, Özel, s. 317; Cevdet Yavuz, Özel, s. 439.

malzeme de ayıplı bulunsa, onun tekeffülü altındaki ayıplar da, kusurlu olmasa bile ona isnat edilebilen, onun sorumluluğunu doğuran, zarar verici sebeplerdendir¹⁸². Aynı şekilde eser sözleşmesinin taraflarından biri, kendi organ veya yardımcı kişilerin, kasıtlı veya kendisinden beklenen gerekli özeni göstermemesinin sebebiyet verdiği eserin telef olmasından kendi kusurlu davranışıyla sebebiyet vermiş gibi sorumlu tutulacaktır¹⁸³.

Doktrinde taraflardan hiç birinin sorumlu olmadığı üçüncü bir kişinin eylemi (kusuru) ve evleviyetle mücbir sebepler de “kaza” kapsamında değerlendirilmiş, özellikle yüklenicinin eserini bir başka yan yüklenicin tahrip etmiş ise bunun hasarının yükleniciye ait olduğu belirtilmiştir¹⁸⁴.

Doktrinde¹⁸⁵ 818 Sayılı Borçlar Kanununda geçen kazara telef olma kavramı beklenmeyen olay sonucunda telef olma olarak değerlendirilmiştir. Buna göre, kanun koyucu, bir eser tesliminden önce beklenmeyen bir olay sonucunda (kazara) telef olmuşsa, yüklenicinin, yaptığı işlerin ve masrafların bedelini talep edemeyeceğini düzenlemiştir. Aynı görüş uyarınca, yüklenicinin borçlandığı eserin iş sahibine teslimden önce kaza nedeniyle telef olmasından doğan ücret ve malzeme hasar riskine yüklenicinin katlanması eser sözleşmesinin hukuki niteliğinin bir gereğidir. Çünkü eser sözleşmesinde yüklenici sadece eserin meydana gelmesi için gerekli çabayı göstermesi değil, onun yapılması ve teslim edilmesi borcunu da borçlanmaktadır.

Buna karşılık eserin beklenmedik olay nedeniyle telef olması iş sahibinin eseri teslim almakta temerrüde düştüğü sırada gerçekleşmiş ise karşı edim hasarını iş sahibi taşır, ve yüklenici karşılık olarak eserin telef olduğu işin bedelini ve bedelin içinde yer almayan ve eserin meydana getirilmesine yönelik yaptığı giderleri iş sahibinden isteyebilir.

¹⁸² Georg Gautschi, Werkvertrag, 3a. (Haluk Tandoğan, Özel s. 317’den naklen).

¹⁸³ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 235.

¹⁸⁴ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 235.

¹⁸⁵ Hüseyin Altaş, s. 57

Doktrinde TBK md. 483/I’te geçen “işin ücreti” ifadesinin TBK md. 483/II deki gibi “işin (emeğin) değeri” olarak okunması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁶.

TBK md. 483 f.1’de beklenmedik olay bakımından dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu maddenin uygulanmasının beklenmedik olay neticesinde eserin telef olmuş olmasına bağlı olmasıdır. Buna göre sadece beklenmedik olayın gerçekleşmiş olması¹⁸⁷ sebebi ile ifa imkansızlığının doğması neticesinde sözleşmenin sona erdirilmesi Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerine tabi iken md. 483 ile kanun koyucu yüklenici ve iş sahibi açısından özel bir durum sağlamaktadır.

3. Eser Teslim Edilmemiş Olmalıdır

TBK md 483/I’in uygulanması için gerekli olan üçüncü şart, eserin “teslimden önce” telef olmuş olmasıdır. Buna göre teslimden sonra beklenmeyen bir olayın gerçekleşmesi halinde hasar ve yarara iş sahibi katlanacaktır¹⁸⁸.

Bu bağlamda öncelikle teslim kavramından bahsetmek yerinde olacaktır.

a. Teslim Kavramı

Eser sözleşmeleri bakımından yüklenicinin asli edim yüklerinden biri olan teslim borcu, özellikle teslimden önce kusursuz ifa imkansızlığı sebebi ile sözleşmenin sona ermesi, teslimden sonra ise ayıba karşı tekeffül hükümleri bakımından önem arz etmektedir¹⁸⁹. Eser sözleşmesinin tanımını açıklar iken de bahsettiğimiz üzere, eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri tamamlaması sözleşmeden doğan edimlerini tamamlamış olduğu anlamına gelmeyip, bunun yanı sıra yüklenicinin eseri teslim etmesi gerekmektedir. Sözleşmeye uygun şekilde teslim edilen eser ile sözleşme tamam olur.

¹⁸⁶ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 92.

¹⁸⁷ Yavuz, beklenmedik hali taraflara isnadı kabil olmayan bir sebep olarak nitelendirmiştir. Cevdet Yavuz, Özel, s. 439.

¹⁸⁸ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 381.

¹⁸⁹ “Eser sözleşmesinde eserin teslim anı şu hususlarda pratik sonuçlar doğurur: 1) Yarar ve Hasar iş sahibine geçer (TBK md 483), 2) Ayıba karşı tekeffülde inceleme ve bildirim süreleri işlemeye başlar (TBK md 474/I), 3) Ayıba karşı tekeffülden doğan davaların tabi olduğu zamanaşımı süreleri işlemeye başlar (TBK md. 478), 4) Yüklenicinin ücret alacağı muaccel olur (TBK md. 479).” Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 347; Ayhan Uçar, **İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları**, EÜHFD, C.V, S.1-4, 2001, s. 514, (Teslim).

Eser sözleşmesinin Borçlar Kanunu'ndaki tanımına getirilen eleştirilerden bir tanesi de, yukarıda da belirttiğimiz üzere tanımda yüklenicinin eseri teslim borcundan söz edilmiyor oluşudur¹⁹⁰. Oysa Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri açıkça yüklenicinin bir teslim borcunun varlığından bahsetmemektedir. Ancak TBK md. 473/I, 474/I, 478, 479/I ve 483/I'de "teslimden" bahsedilmesi, teslimi yükleniciye yükleyen bir borç olarak kabul edilmiştir. Hatta teslim, yüklenicinin asli edim yükünü oluşturur. Ancak iş sahibi bakımından bu tarz bir borç söz konusu değildir. Nitekim aşağıda¹⁹¹ da daha ayrıntılı açıklanacağı üzere, doktrinde eseri teslim almaktan imtina eden iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşeceği kabul edilmektedir¹⁹².

Eserin teslimi, yüklenicinin tamamladığı eseri sözleşmeyi ifa etmek niyeti ile iş sahibinin fiili hâkimiyetine geçirmesi olarak tarif edilmektedir¹⁹³. Eser sözleşmesindeki teslim kavramı, eşya hukuku açısından teslim kavramından daha geniş olup, en geniş anlamda "tamamlanmış bir eserin yüklenici tarafından eser sözleşmesinden doğan asli edim yükününün ifasına yönelik olarak iş sahibinin hakimiyet alanına sokulmasını ve münhasıran iş sahibinin hakimiyet alanına terkini" ifade eder¹⁹⁴.

Eserin teslim edilmesi ve teslim alınması kavramları, iş sahibinin fiili hakimiyet alanını eseri de kapsayacak şekilde genişletmesidir. Bu bakımdan önem arz eden konu, iş sahibinin eseri teslim alması ile onun eseri kabul etmesinin farklı kavramlar olduğudur. Buna göre, iş sahibinin eseri kabul etmesi, onu teslim aldıktan sonra, eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğuna ilişkin açık ve zımni irade beyanında bulunmasıdır¹⁹⁵. Dolayısıyla teslim kavramının doktrinde eserin kabul edilmesinin ön şartını oluşturduğu ileri sürülmüştür¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Bknz. dipnot 11 vd'da belirtilen eser sözleşmesinin tanımına getirilen eleştiriler.

¹⁹¹ Bknz. dipnot 228 vd'na ait metin.

¹⁹² Ayhan Uçar, Teslim, s. 516.

¹⁹³ Haluk Tandoğan, Özel, s.125; Peter Gauch, Werkvertrag, N.87; Özer Seliçi, Müteahhit, s. 35.

¹⁹⁴ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 28.

¹⁹⁵ Leyla Müjde Kurt, s. 69.

¹⁹⁶ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 28.

Eserin tamamlanması ve eserin teslimi de farklı kavramlardır¹⁹⁷. Buna göre teslim, genellikle tamamlanmış eserler bakımından söz konusu olup, sözleşmenin yerine getirilmesi amacıyla eserin iş sahibine verilmesi anlamına gelmektedir.

Edimin ifası bakımından teslim kavramı taşınır eserler, bağımsız maddi varlığı olmayan eserler, fikri eserler ve taşınmaz eserler açısından farklı değerlendirilmelidir. Çeşitli eser sözleşmelerinde teslim şu şekilde gerçekleşecektir:

(1) Taşınır Eserlerin Teslimi

Taşınır eserler açısından teslim Medeni Kanun'un 977. Maddesi gereğince zilyetliğin devri ile söz konusu olacaktır¹⁹⁸.

Zilyetliğin hükmen teslimi veya havale yolu ile geçirilmesi suretiyle mülkiyet nakli de mümkündür. Fakat iş sahibi bu tür bir zilyetlik devrini kabul etmek zorunda değildir¹⁹⁹. Bu bakımdan elden teslim veya iş sahibinin temsilcisine teslim yerine hükmen teslim ya da havale öneren yüklenicinin bu önerisini kabul etmeyen iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmez²⁰⁰.

Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı taşınır eserin meydana getirilmesine yönelik sözleşmelerde, yüklenici esere hiçbir zaman malik olmadığından mülkiyeti iş sahibine geçirmesi de söz konusu olamaz. Bu ihtimalde teslim, iş sahibinin yüklenici tarafından taşınır esere zilyet kılınması ile gerçekleşecektir²⁰¹.

(2) Bağımsız Maddi Varlığı Olmayan Eserlerde Teslim

Bir duvarın boyanması, kırılan cam yerine yeni camın takılması, bir evin elektrik tesisatının yapılması gibi eser borçlarında bağımsız bir eserin iş sahibine nakli söz konusu olmayacaktır²⁰². Doktrinde bir görüş²⁰³, bazı bağımsız maddi

¹⁹⁷ Hasan Erman, Arsa Payı, s. 33-34.

¹⁹⁸ Leyla Müjde Kurt, s. 80.

¹⁹⁹ Ayhan Uçar, Teslim, s. 535.

²⁰⁰ Turgut Öz, Dönme, s. 167.

²⁰¹ Turgut Öz, Dönme, s. 166.

²⁰² Leyla Müjde Kurt, s. 68; Bu tür hallerde yüklenicinin iş sahibine işin tamamlandığına ilişkin yapacağı açık veya örtülü bildirim ile teslimin gerçekleşeceği görüşünde, Haluk Tandoğan, Özel, s. 125; Leyla Müjde Kurt, s. 68.

²⁰³ Turgut Öz, Dönme, s. 167; Leyla Müjde Kurt, s. 81.

varlığı olmayan eser borçlarında, teslimden söz etmenin duruma tam olarak uymayacağını belirtmiştir. Zira bu iş görülürken yüklenici herhangi bir şeye zilyet olmadığı gibi, iş bittikten sonra da iş sahibinin zilyetliğini rahatsız etmemektedir. Örneğin iş sahibinin evini boyayan boyacının durumunda boyacı herhangi bir şeye zilyet olmadan iş sahibinin hukuki alanında eder sözleşmesinden doyan borcunu ifa etmektedir. Diğer bir örnek ile, bozulan musluğun tamiri için iş sahibinin evine gelen tamirci, tamiratı tamamladığını iş sahibine bildirdiğinde veya açıkça böyle bir bildirimde bulunmamakla birlikte işi tamamlayıp araç gereçlerini toplayarak iş sahibinin evinden ayrıldığında, eserin teslimi gerçekleşmiş olacaktır²⁰⁴.

(3) Fikir Eserlerinin Teslimi

Fikir çalışmalarının eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışması akabinde, belirli şartlarla eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi görüşüne katılarak, bu çalışmaların teslimi hakkında da bilgi vermek gerektiği kanaatindeyiz.

Bugün doktrinde genel olarak da kabul edildiği üzere, objektif olarak tespitinin mümkün olduğu, vaat edilebilir fikir çalışmalarının eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği düşünülür ise, bu tür eserin meydana getirilmesinin taahhüt edildiği edimler bakımından ifanın, nitelikleri gereği, proje, plan veya raporları içeren belge ve dokümanların iş sahibine teslimi ile gerçekleşeceği söylenebilecektir²⁰⁵. Bu belge ve dokümanların teslimi bakımından taşınır eserlerin teslimi için gerçekleştirilen açıklamalar geçerli olacaktır. Yani fikri bir çalışmanın bir cisim üzerinde sabit hale getirildiği durumlarda teslim, bu maddi varlığın zilyetliğinin iş sahibine aktarılmasıyla²⁰⁶ gerçekleşir²⁰⁷.

Buna karşılık, cismani bir şey üzerinde somutlaşmış olmayan fikri eserler bakımından, iş görme ediminden ayrı bir fiili teslim söz konusu değildir. Bu tür fikri eserlerde, iş sahibi, fikri eserin meydana getirilmesi tamamlandığı anda iş görme sonucunu elde etmiş olur. Örneğin, bir konserin icrası, konferans verilmesi, tiyatro

²⁰⁴ Leyla Müjde Kurt, s. 81.

²⁰⁵ Turgut Öz, Dönme, s. 171; Haluk Tandoğan, Özel, s. 125; Leyla Müjde Kurt, s. 83.

²⁰⁶ Örneğin bir oyun metninin yazıldığı kağıdın zilyetliğinin iş sahibine devriyle maddi olmayan iş görme sonuçları bakımından da teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir.

²⁰⁷ Haluk Tandoğan, Özel, s.125; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 347.

eserinin sergilenmesi hallerinde, taahhüt edilen sonucun tiyatro oyununun tamamlandığında elde edildiği kabul edilmektedir.²⁰⁸

(4) Taşınmaz Eserlerin Teslimi

Taşınmaz eserler bakımından eserin müteahhidin arsasında mı yoksa iş sahibinin arsasında mı yapıldığı teslim bakımından önem arz etmektedir.

i. Eserin Yüklenicinin Arsasında Yapılması Halinde

Eserin yüklenici arsasında yapılması halinde eser sözleşmesinden doğan borcun ifası, tamamlanmış eserin iş sahibi adına tescil edilmesi ile gerçekleşecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, meydana getirme eylemi tamamlansa dahi mülkiyet iş sahibine geçirilmedikçe veya tersine, eserin mülkiyeti iş sahibine geçirilme bile eser tam olarak meydana getirilmedikçe eser sözleşmesinden doğan borç ifa edilmiş sayılmayacaktır²⁰⁹.

ii. Eserin İş Sahibinin Arsasında Yapılması Halinde

Eserin iş sahibinin hâkimiyet alanında meydana getirildiği durumlarda, yüklenicinin eserin mülkiyetini iş sahibine devretmesi söz konusu değildir zira arsanın bütünleyici parçası olan eserin mülkiyeti de iş sahibine aittir.

Eserin iş sahibinin hâkimiyet alanında gerçekleştirilmiş olması halinde belirtilmesi gereken bir diğer husus, teslimin gerçekleşmesi için iş sahibinin katılımına yani teslim alma iradesine ihtiyaç olmadığı konusudur. Doktrinde bir görüşe göre söz konusu yüklenicinin kural olarak gerçekleştirmesi gereken bildirim iş sahibine veya yetkili temsilcisine ulaşması yeterlidir²¹⁰. Buna karşılık diğer bir görüş, teslim için iş sahibinin eseri ifa olarak kabul ettiğine ilişkin iradesinin varlığını da aramaktadır²¹¹. Bu görüşe göre, yüklenicinin yaptığı bildirim öğrenilmesinden

²⁰⁸ Zarife Şenocak, Ayıp, s. 27; Leyla Müjde Kurt, s. 84.

²⁰⁹ Turgut Öz, Dönme, s. 168.

²¹⁰ Haluk Tandoğan, Özel, s. 125; Şafak Güleç, **Eser Sözleşmesinin Beklenmedik Haller Nedeniyle Feshi**, Ankara, 2009, s. 39.

²¹¹ Zarife Şenocak, Ayıp, s. 86.

itibaren uygun bir süre içerisinde iş sahibince itiraz edilmediği (eserin reddedilmediği) durumda teslim gerçekleşmiş sayılacaktır²¹².

Yüklenicinin meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmesi bakımından, yüklenicinin eseri tamamladıktan sonra, bu iş için kurduğu barakaların, şantiyelerin vb. temizlemesi gerekmektedir, aksi halde ifa gerçekleşmiş sayılmaz²¹³. Ancak eğer önemsiz ve yapıyı kullanmayı engellemeyen malzeme ve atıklar kalmışsa, ifa edilmediği iddiası dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir²¹⁴.

Henüz tamamlanmamış bir eserin iş sahibi tarafından kullanılmaya başlanması, karine olarak iş sahibinin bunu ifa diye kabul ettiği anlamına gelir²¹⁵, ancak mutlak bir kıstas sayılmaz. İş sahibinin içinde bulunduğu zorunluluk hali istisna tutulmalıdır²¹⁶. Örneğin arsa sahibinin taşınmak veya kiracısını yerleştirmek şeklinde tamamlanmış bağımsız bölümü kullanmaya başlaması bu duruma örnek olarak verilecektir²¹⁷. Bununla birlikte, eserin bitmiş sayılması, açısından önemsiz ve ikincil işler eksik kalmış ise ve bunların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyor ise, eser tamamlanmış sayılmalıdır²¹⁸.

İş sahibinin arsasına yapılan eserlerde ise ifa, yüklenicinin eseri eksiksiz olarak tamamladıktan sonra eserden çekilmesi, onu iş sahibinin yararlanmasına bırakması ve her bakımdan terk etmesi ile gerçekleşecektir. Gerekliyse bu durumun yüklenici tarafından iş sahibine bildirilmesi de aranmaktadır. Yapının bittiğini anlayacak durumda olmayan iş sahibine yüklenici bildirimde bulunmamışsa, henüz ifanın gerçekleştirmediği doktrinde ileri sürülmüştür²¹⁹. Ancak eğer iş sahibi eserin tamamlandığını iş sahibinin anlayacağı tarzda yapıyı onun tasarrufuna bırakmışsa, bu durumda ayrıca bildirimde bulunmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir.

²¹² Zarife Şenocak, Ayıp, s. 86.

²¹³ Turgut Öz, Dönme, s. 169; Haluk Tandoğan, Özel, s. 126.

²¹⁴ Turgut Öz, İnşaat, s. 146.

²¹⁵ Turgut Öz, İnşaat, s. 147.

²¹⁶ Turgut Öz, İnşaat, s. 147.

²¹⁷ Hasan Erman, Arsa Payı, s. 34.

²¹⁸ Haluk Tandoğan, Özel, s.126.

²¹⁹ Turgut Öz, İnşaat, s. 146; Leyla Müjde Kurt, s. 82; Haluk Tandoğan, Özel, s.125; Hasan Erman, Arsa Payı, s. 34; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 347.

b. Teslim Zamanı

Teslim borcunun ifa zamanı bakımından ise, genellikle tarafların bu tarihi, belirli bir takvim günü seçme şeklinde veya belirli bir süre verme şeklinde belirledikleri görülmektedir. Bu şekilde teslim tarihinin yanlış anlaşılmaya meydan vermeyecek şekilde tespit edilmesi halinde TBK md. 117/II anlamında borcun ifa edileceği günün “birlikte belirlenmiş” olması söz konusu olacaktır²²⁰. Teslim tarihi anlaşma ile belirlenmemiş ise, TBK md 90 gereğince işin niteliği ve tarafların iradesine dayanılarak bu boşluğun doldurulması gerekmektedir.

Yüklenicinin bedel alacağı aksine bir anlaşma yoksa TBK md. 479/I gereğince teslim anında muaccel olur ve yukarıda da belirttiğimiz üzere esere ilişkin karşı edim hasarı teslim anından itibaren TBK md. 483/I gereğince iş sahibine geçer.

c. Teslim Borcunun İfa Yeri

Tamamlanan eserin teslimi borcunun ifa yeri tespitinde TBK md. 89’dan faydalanılabilir. Buna göre ifa yerini taraflar kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydı ile serbestçe kararlaştırabilirler.

Sözleşmede ifa yerine ilişkin bir hükme yer verilmiş olması durumunda, sorun TMK md. 2 çerçevesinde tarafların bu konuya ilişkin örtülü iradeleri ve nihayet yapılan eser sözleşmesinin türüne göre bu hususta uygulanan bir adet olup olmadığı tespitine göre çözümlenecektir²²¹.

Eser bu şekilde teslimi götürülecek, gönderilecek veya aranılacak bir borcun konusunu teşkil edebilir. Eseri teslim borcunun ifa edileceği yer, tarafların açık veya zımni irade beyanları ile belirlenmemiş ise, eserin aranılacak borç olduğu doktrinde kabul edilmiştir²²². Buna göre, taraf iradelerinin tespiti yapılmadığı durumlarda, yüklenicinin yani borçlunun ikametgâhı, sözleşmede öneride bulunan ve sözleşmenin yapılmasında daha fazla menfaati olan iş sahibinin ikametgahına üstün tutulmalıdır.

²²⁰ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 348.

²²¹ Ayhan Uçar, Teslim, s. 539.

²²² Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 347.

Taşınmaz eserler bakımından bir sorun olmadığı kabul edilebilir. Zira taşınmaz eserlerin teslimi taşınmazın bulunduğu yerde söz konusu olabilecektir.

Malzemesi iş sahibi tarafından getirilen, tamir ya da işlemek için yükleniciye bırakılan eserler bakımından, tamamlanma halinde, sözleşmede yüklenicinin eseri iş is sahibine göndereceği yolunda bir hükme yer verilmiş olmadıkça, tamamlanan eser iş sahibi tarafından aranmalıdır. Buna karşılık, yüklenicinin kendi malzemesiyle yeniden meydana getirdiği taşınır eserlerin, yüklenici tarafından genellikle iş sahibine götürülmesi veya hasar ve masrafı kendisine ait olmak üzere göndermesi gerekir²²³.

d. Kullanma İzni Alınmasının Teslime Etkisi

Yargıtay'ın son yıllarda aldığı kararlara göre, teslimin yapı kullanma (iskân) izni alınması ile gerçekleşeceğinin karşılaştırılacağı hallerde, fiili teslim gerçekleşse bile, bu yükümün gerçekleştirilmemesi halinde teknik anlamda teslim gerçekleşmemiş sayılır²²⁴. Yapıdan yararlanmak için gerekli olan yapı kullanma izni almak her ne kadar İmar Kanunu md 30. gereğince²²⁵ iş sahibine yüklenmişse de uygulamada hemen hemen daima yüklenicinin sorumluluğuna verilmektedir²²⁶. Şu halde bütün işler bitmiş olsa dahi, yüklenici kullanma izni almamış ise temerrüde düşürülebilinecektir. Ancak bu durumun istisnasını, kullanma yüklenicinin kullanma izni almamış olmasına rağmen taşınmaz yapıda oturmaya başlayan iş sahibinin durumu oluşturur. Buna göre, yüklenicinin kullanma izni almamasına rağmen yapıyı kullanmaya başlayan iş sahibi, ifanın hiç yapılmadığını ileri sürerek yükleniciyi temerrüde düşüremeyecek, buna karşılık bu şartın yerine getirilmemesi, hukuki ayıp şeklinde bir kötü ifa sayılacaktır. Yüklenici tarafından kullanma izni alınmamış yapıda henüz yapıyı kullanmamış iş sahibinin iddia edebileceği talepler ise dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Buna göre, TBK md. 475 kapsamında

²²³ Ayhan Uçar, Teslim, s. 539.

²²⁴ Y. 15. H.D. 28.02.2005 T., 4417/1075, www.kazanci.com; 15. H.D. 08/06/2004 T., 6242/3206, www.kazanci.com

²²⁵ İmar Kanununun 30. Maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik (veya yeminli serbest mimarlık veya mühendislik bürolarından), 27. maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir.” (www.kazanci.com).

²²⁶ Turgut Öz, Dönme, s. 170.

önemli sayılmayan ayıplar sebebi ile alınamayan bir kullanma ruhsatı söz konusu ise, iş sahibinin yükleniciyi temerrüde düşürmek suretiyle sözleşmeden dönmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir. Bu durumda TBK md. 475'in kıyasen uygulanıp, önemsiz ayıpları yükleniciye onarttıktan sonra veya bu oranda bedel indirimi yapıldıktan sonra oturma iznini şahsen alarak bu yüzden doğan zararlarını tazmin ettirme yoluna gitmesi daha uygun düşecektir²²⁷.

4. İş Sahibi Mütemerit Olmamalıdır

Son olarak da iş sahibinin temerrüde düşmemiş olması gerekmektedir²²⁸. İş sahibinin teslim almada temerrüde düşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışılmıştır. Birinci görüş²²⁹, borçlunun teslim almadan imtina etmesini alacaklının temerrüdü olarak nitelendirirken, ikinci görüş teslimden imtina etmenin alacaklı temerrüdüne yol açacağı kuralının mutlak şekilde uygulanmasının her zaman doğru olmayacağını belirtmiştir²³⁰.

Yukarıda açıklanan şartların oluşması halinde TBK md. 483'ün uygulanabilirliği doğacaktır. Meydana getirilmekte olan eserin TBK md. 483 gereği telef olması kural olarak imkânsızlık halini oluşturmaz. Yani, yüklenicinin tekrar eseri meydana getirme yükü mevcuttur. Ancak eserin meydana getirilmiş kısmının bu sebeple telef olması neticesinde objektif veya sübjektif şekilde inşaatı yapamayacak hale geldiği kabul edilir ise, ancak o zaman imkânsızlıktan söz etmek gerekecektir²³¹. Bu bağlamda TBK'nın 485 ve 486. Maddeleri bakımından da önem arz ettiği üzere öncelikle genel olarak ifa imkânsızlığından bahsedilecek, akabinde TBK md. 483 açısından iş sahibinin temerrüdü ve temerrüt halinde hasara kimin katlanacağı sorunu değerlendirilecektir.

²²⁷ Kullanma izni alınımı ve sonuçları ile ilgili olarak bkz. Turgut Öz, Dönme, s. 170-171.

²²⁸ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 92.

²²⁹ Cevdet Yavuz, Özel, s. 440.

²³⁰ Turgut Öz, İnşaat, s. 146.

²³¹ Turgut Öz, İnşaat, s. 227.

B. TBK md 483/I Kapsamında İfa İmkânsızlığı

1. Genel Olarak

Borcun ifa edilmemesi kavramı borcun ifasının borçlunun kusuruyla imkânsızlaşması halini ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumunu kapsar. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının açabileceği “ifa davası”, imkânsızlık durumunda mümkün değildir²³².

Bu bağlamda imkânsızlık hali ile ifanın güçleşmesi kavramlarının birbirinden ayırmak da gerekmektedir. Gerçekten de imkânsızlık edimin ifasının hiçbir şekilde mümkün olmaması halinde söz konusu iken, ifanın güçleşmesinde edim halen ifa edilebilir durumda olması mümkün olduğu ancak ifanın oldukça güçlükler doğuracak nitelikte olduğu söylenebilecektir²³³.

İfa imkânsızlığı bakımından TBK md. 27 ve TBK md. 136'nın değerlendirilmesi gerekir. Buna göre TBK md. 27 sözleşme öncesi imkânsızlığı, TBK md. 136 ise geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonraki imkânsızlığı düzenlemektedir. Sonuç olarak borçlunun kusuru olup olmamasına göre ya tazminat borcu doğar ya da borç sona erecektir.

TBK md. 27, sözleşmenin kurulmasından önceki imkânsızlığı düzenlemektedir. Buna göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Öte yandan TBK md. 136 ise borcun ifasının, borçlunun sorumlu olmayacağı sebeplerle imkânsızlaşması halinde borcun sona ereceğini düzenlemektedir. Bunun neticesinde, tam iki tarafa borç doğuran sözleşmeler bakımından, taraflar edim iadesi ile yükümlü kılınmışlardır. Öte yandan henüz ifa edilmemiş edimleri talep etme hakları da sona ermektedir. Yüklenicinin ediminin ifası sözleşme kurulduktan sonra objektif ve sürekli olarak imkânsız hale geldiğinde temerrüt hükümleri uygulanmaz.

²³² Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Konya, 2012, s. 329.

²³³ Ahmet Kılıçoğlu, Genel, s. 649; İlker Hasan Duman, **İnşaat Hukuku**, Ankara, 2013, s. 1308.

İfa imkânsızlığı öncelikle sözleşmenin yapılmasından önceki imkansızlık ve sözleşmenin kurulmasından sonraki imkansızlık olarak iki kısımda incelenebilir.

a. Sözleşme Öncesi İmkânsızlık

Sözleşme kurulmasından önceki imkânsızlık, imkansızlık halinin objektif veya subjektif olmasına göre farklı sonuç doğurur. Buna göre sözleşme kurulmadan önce objektif olarak yani herkes için imkânsız olan bir sözleşme geçersizdir. Bu imkansızlık hali hukukun dayanağını TBK md. 27'den alır²³⁴.

TBK md. 27 kesin hükümsüzlük halini düzenlemektedir. Buna göre kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya “konusu imkânsız olan sözleşmeler” kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşme öncesi objektif imkânsızlık fiili bir imkânsızlık olabileceği gibi hukuki bir imkânsızlık da olabilir. Buna göre satılan bir tablonun sözleşme yapıldığı sırada yanmış olması fiili bir imkânsızlığa, özel mülkiyete konu olmayan bir kamu malının satımı hukuki imkânsızlığa örnek olarak gösterilebilir²³⁵.

Sözleşme yapılırken mevcut imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğine etki edebilmesi için bunun objektif bir imkânsızlık olması gerekir. Yani sözleşmenin konusu herkes için imkânsız olmalıdır. Şayet herkes için değil de, yalnız borçlu için bir imkânsızlık söz konusu ise, bu subjektif imkânsızlık sözleşmenin geçerliliğine etki etmez²³⁶.

Sözleşme kurulmasından önceki subjektif imkânsızlıkta, imkansızlık halinin sadece borçlu bakımından söz konusu olduğu hallerde, geçerli olarak sözleşme kurulmuştur. Örneğin borçlunun herhangi bir bilgi sahibi olmamasına rağmen bir bina projesi çizmeyi taahhüt etmesi halinde borçlu bakımından subjektif imkansızlık hali söz konusu olacaktır. Taahhüt ettiği projeyi çizemeyen borçlu, yerine

²³⁴ Haluk Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2012, s. 63.

²³⁵ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1**, İstanbul, 2011, s. 93.

²³⁶ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, I, s. 589; Erzan Erzurumluoğlu, **Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi**, Ankara, 1970, s. 10, (Yüklenemeyen Nedenler).

getiremediği edimi sebebi ile TBK 112 gereğinde sözleşmeye aykırılıktan doğan müspet zararı ödemekle yükümlüdür²³⁷.

Buna karşılık, edimin objektif olarak imkansız olduğunu bilmesine rağmen karşı tarafa bunu söylemeyip sözleşme yapan kimse, bu davranışı yüzünden karşı tarafın uğradığı zararı tazminle yükümlüdür. Bu yüküm Culpa in Contrahendo sorumluluğundan doğar²³⁸.

b. Geçerli Şekilde Kurulan Sözleşmede Sonraki İmkansızlık

Geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ifa imkânsızlığı bakımından doktrinde ancak objektif imkânsızlık halinde borcun sonra ereceği yönünde ve objektif veya subjektif fark etmeksizin her iki açıdan da sözleşmenin sona ereceği yönünde görüşler mevcuttur. Buna göre doktrindeki birinci görüş, Borçlar Hukukunda sözleşme geçerli şekilde kurulduktan sonra ifa aşamasında ortaya çıkan ifa imkânsızlıkta TBK md. 136 hükmüne ancak objektif imkânsızlık halinde başvurulabileceğini savunmaktadır²³⁹. Aynı görüş, şahsına sıkı sıkıya bağlı edimlerde imkansızlık halinin doğması halinde subjektif değil objektif imkansızlık halinin doğduğunu kabul etmiştir²⁴⁰.

Doktrindeki ikinci görüş²⁴¹, objektif imkansızlık hallerinin yanı sıra subjektif imkansızlık halinde de TBK md. 136'nın uygulanacağını savunmaktadır. Buna göre, her türlü imkansızlık borcu sona erdirecektir. Bu bakımdan borçlunun sorumlu olduğu ve sorumlu olmadığı imkansızlık arasında fark yoktur. Fark kusurlu imkansızlık yüzünden borcun sona ermesi halinde alacaklının uğradığı zararı borçlunun TBK md 112 gereğince tazminle yükümlü olmasına karşılık, kusursuz imkansızlıkta kural olarak böyle bir tazmin yükümlülüğünün söz konusu olmamasında görülür²⁴².

İmkansızlık kavramı bir başka açıdan tam imkansızlık ve kısmi imkansızlık şeklinde değerlendirilebilecektir. Edimin tamamı yerine getirilemiyorsa tam

²³⁷ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, I, s. 95.

²³⁸ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, I, s. 96.

²³⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2012, s. 1299.

²⁴⁰ Fikret Eren, Genel, s. 1300; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonradan İmkansızlık**, İstanbul, 1976, s. 88.

²⁴¹ Selahattin Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, s. 179.

²⁴² Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, I, s. 591.

imkansızlık, bir kısmı yerine getirilemiyorsa kısmi imkansızlık söz konusu olacaktır. Alacaklı kural olarak kısmi ifayı kabul etmek durumunda değildir. Ancak, alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi halinde imkansızlık, sadece ifa edilmeyen, yani geride kalan kısım için söz konusu olur²⁴³. Kısmi ifa ve imkansızlığın söz konusu olması, her şeyden önce borçlanılan edimin doğal yapısına ve arz ettiği değere, sonra da özgülendiği amaca yani taraf iradelerine bağlıdır. Örneğin belirli bir parça olan bir tablo parçalara ayrılamaz. Dolayısıyla tablo örneği bakımından kısmi ifa veya kısmi imkansızlık söz konusu olamayacaktır. Buna karşılık çeşidi ile belirli edimler, nitelikleri gereği bölünebildikleri için, bunlarda kısmi imkansızlık söz konusu olabilir.

Borçlanılan edim parça borcu olup da bu mal, ifa sırasında yok olmuş veya borçlunun elinden kesin olarak çıkmış ise, ifa imkansız hale gelir. Zira parça mal, yeryüzünde bir tane olup, bir ikincisini bulmak mümkün değildir. Bu durumda artık temerrüt ve sözleşmeden dönme söz konusu olmayacaktır²⁴⁴. Şöyle ki, yüklenicinin kusurunun bulunup bulunmamasında göre iş sahibinin tazminat talebi saklı olup, müteahhit bakımından kusursuz olsa dahi, hasar onun üzerinde kalacağından bedel isteyemeyeceği gibi, yaptığı giderleri de talep edemeyecektir. Buna karşılık çeşit borçlarında, ifa imkansızlığı kural olarak söz konusu olmaz. Zira borçlu, borç konusu çeşitten bir malı kendi stokundaki tamamı yok olsa başkasından her zaman temin edebilir. Burada “tür yok olmaz” ilkesi geçerlidir.

Doktrinde kural olarak para borçlarının da çeşit borcu olduğu kabul edilmektedir²⁴⁵. Çeşit borcu olarak para borçlarının yok olmayacağı düşünülemez. Bu sebeple ifa imkansızlığı da söz konusu olmayacaktır. Borçlunun para bulmakta güçlük çekmesi, ifa imkansızlığı yönünden göz önünde tutulmaz. Şartları varsa bu gibi durumlarda ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin uyarlanması talep edilebilecektir.

İfa imkansızlığı ile ilgili klasik görüş, ifa imkansızlığının ancak borçlunun istese de ifa edemeyecek duruma gelmesi halinde söz konusu olabileceği yönündedir. Ancak doktrinde karşı görüş²⁴⁶ yüklenici fiilen ifayı gerçekleştirebilecek gücü olsa bile, kesinlikle ifada bulunmayacağını beyan etmesini imkansızlık saymıştır. Buna

²⁴³ Fikret Eren, Genel Hükümler, s. 1041.

²⁴⁴ Turgut Öz, Dönme, s. 161.

²⁴⁵ Fikret Eren, Genel Hükümler, s. 1042.

²⁴⁶ Turgut öz, İnşaat, s. 182- 183.

göre, bu tarz beyan halinde vade dahi beklenmeden derhal iş sahibinin olumlu zararı tazmin edilmelidir.

İfa imkansızlığı borçlunun kusuru ile meydana gelmiş ise, doktrinde bir görüşe göre²⁴⁷ edimin niteliği değişir ve “aynen ifa”nın yerini “tazminat borcu” alır. Bu tazminat borcu da hukuki dayanağını TBK md. 112’den alır. Aynı görüş, sözleşmenin yapılmasından sonra borçlunun kusuruyla meydana gelen ifa imkansızlığının objektif veya sübjektif nitelikte olması hukuki sonucu değiştirmeyeceğini, her iki halde de borçlu tazminat ödeme yükümlülüğünün devam ettiğini savunmaktadır.

Bu bağlamda borcun ifasında imkansızlık ile borcun ifasında ortaya çıkan güçlükleri hukuki açıdan ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Borcun ifası mümkünse, borçlu, düşünülenenden fazla emek ve gideri gerektirse ve bu yüzden zarar etme durumunda kalsa dahi, kural olarak, borcunu kararlaştırılan bedel karşılığında ifa ile yükümlüdür. Ancak, önceden tahmin olunamayan haller²⁴⁸ için yapılmasını aşırı derecede güçleştirirse; borçludan borcun sözleşmeye göre ifasını isteme Medeni Kanununun 2. Maddesi gereğince hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde, borçlu, duruma göre sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.

Ancak burada belirtilmesi gereken bir husus, ifa güçlüğü’nün taraflardan birinin ihmal ve tedbirsizliği ya da temerrüdü yüzünden meydana gelmemiş olması gerektiğidir. Bu husus özellikle yüklenici bakımından söz konusu olmaktadır. Gerçekten, uzman durumunda olan yüklenicinin herhangi bir şekilde kusurlu olmaması gerekir²⁴⁹. Burada özellikle TBK md. 471’de düzenlenen ve yüklenicinin sorumluluğunu 818 Sayılı Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin sorumluluğu olarak belirten sorumluluk hali göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda tedbirli bir tacir gibi hareket etmeyen kimsenin, tedbirsizliği sonunda meydana gelen aşırı güçlük de beklenmedik olay sayılmayacaktır²⁵⁰. Örneğin tedbirli bir tacirin inşaat işinin, inşaat işini taahhüdüne girdiği tarihte, taahhüdün yerine getirilmesi için zorunlu olan araç ve gereçleri

²⁴⁷ Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, 2012, s.347.

²⁴⁸ Örneğin para değerinde büyük değişimler, fiyatlarda anormal artışlar.

²⁴⁹ Hasan Erman, Beklenmedik Haller, s. 86.

²⁵⁰ Hasan Erman, Beklenmedik Haller, s. 86.

sağlamaya elverişli bütün imkanları kesin olarak el altında bulundurması gerekir. Malzemeyi ve diğer araçları kesin olarak elde etmek imkanlarını hazırlamaksızın yükümlülük altına giren bir tacir yüklenici, ileride doğacak aksaklıkların sonuçlarını da kabul etmiş sayılacaktır.

Eser sözleşmeleri bakımından da ifa imkansızlığından söz edebilmek için, yüklenicinin hiçbir zaman için işi bitiremeyecek veya bitirmeyecek olduğu kesin olarak anlaşılmalıdır. Yoksa yüklenicinin sadece işi vadesinde yetiştiremeyeceği anlaşılıyorsa iş ne kadar uzun süre gecikecek gibi görünürse görünsün imkansızlık hükümleri uygulanmaz²⁵¹.

Yüklenicinin mali gücü yetmediği için eser sözleşmesinin ifa edilememesi durumunda uygulanacak hükümler bakımından yüklenicinin kusuru olup olmadığı değerlendirilmelidir. Buna göre şayet yüklenici inşaatı yapmasını imkansız kılan mali yetersizliğe kusuru ile düşmüş ise veya esasen sözleşmeyi yaparken mali durumunun inşaatı tamamlamaya yetmeyeceğini bilmesi gerekiyor idi ise, TBK md. 112 uyarınca kusurlu imkansızlık sebebi ile derhal tazminat borcu doğmalı; şayet bu duruma düşmekte kusursuz ise (örneğin beklenmedik mali bir kriz sebebi ile düşmüşse), TBK md 486 uyarınca “kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi” sayılarak kusursuz imkansızlık sebebi ile sözleşme sona erdirilmelidir.

2. Teslimden Önce Beklenmedik Olay Sonucu Oluşan İfa İmkansızlığı

TBK md. 483 her ne kadar “ C) Sözleşmenin sona ermesi” bölüm başlığı altında toplanan ve iki fesih hükmü olan 482 ve 484. Maddeleri arasında yer alan madde ise de; aslında sözleşmenin sona ermesini gerektiren veya sadece sözleşmenin sona erdiği durumlarda uygulanacak bir hüküm değil, hasarın intikaline yönelik düzenlemeyi içeren bir hükümdür.

Buna göre doktrinde öncelikle tamamlandığında ferdi ile mi yoksa çeşidi ile belli olacak eserler bakımından TBK md 483’ün uygulanacağı tartışılmıştır. Bir görüş²⁵², TBK md. 483’ün uygulama alanının tamamlanınca ferdi olarak belli olan bir eserle sınırlı olacağını belirtmektedir. Bu görüş temelde çeşit borçlarının telef

²⁵¹ Turgut Öz, İnşaat, s.182.

²⁵² Cevdet Yavuz, Özel, s. 439.

olmayacağını bu bakımdan ifa imkansızlığının doğmayacağını ileri sürerek TBK md. 483'ün uygulanmasında ferdi ile belli olan borçların ancak uygulanabileceği sonucuna ulaşmıştır. Doktrinde diğer görüş ise TBK md. 483'ü sadece tamamlanınca ferdi olarak belli olacak eserler açısından değerlendirilmesi eleştirmiştir²⁵³.

Birinci görüşü savunan görüşe göre TBK md 483 uyarınca, tamamlanınca ferdi olarak belli olan bir eser bitirilip de teslim edilmeden önce ya da tamir veya işlenmek için verilen ferdi olarak belli bir şey geri verilmeden önce taraflara isnadı kabul olmayan bir sebep yüzünden yok olursa, yüklenici için kusursuz ifa imkânsızlığı ortaya çıkar ve onun borcu, TBK md. 136 f.1 gereğince sona erer; hasar da TBK md. 136 f.2 ve TBK md. 483 f. 1 gereğince yükleniciye ait olur; yani yüklenici, sözleşmenin kendisine yüklediği borçlardan kurtulduğu gibi ücret alacağını ve gidere ilişkin alacağını kaybeder²⁵⁴. Fakat tamamlanması durumunda çeşidi ile belli olacak eser sözleşmelerinde eser tamamlanmadan önce veya tamamlanıp da teslim edilmeden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa, kusursuz imkansızlık ve buna ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olmaz; çünkü aynı çeşitten şeyleri teslim etme imkanı, yüklenicinin o çeşidi yeniden meydana getirmesi mümkün olduğu sürece mevcut olacaktır²⁵⁵.

Beklenmedik olay durumunda, yüklenici kusurlu olmasa dahi, yüklenicinin eseri tekrar yapmaya imkanı oldukça ifa imkansızlığında doğrudan söz edilemez. Fakat bu telef üzerine yüklenici artık işe sıfırdan başlayıp gecikmeli de olsa bitirme güç ve yeteneğine sahip değilse, sözleşme kusursuz ifa imkansızlığı sebebi ile sona ermiş sayılmalıdır. Yani ifa imkansızlığından bahsetmek için yüklenicinin eseri meydana getirmesinin kendisinden beklenemeyecek durumda olması aynı zamanda işin yapılamayacak olması gerekir. Bunun sonucunda yüklenici telef olan kısım oranında bedel talep edemeyeceği gibi, işçilik ve varsa malzeme masrafı bakımında hasar da yükleniciye aittir²⁵⁶. Yüklenici işi baştan yapma gücüne ve imkanına sahip olsa bile, söz konusu kaza sözleşme yapılırken öngörülemeyecek bir sebeple gerçekleşmiş ise ve aynı bedelle yüklenicinin işe baştan başlayıp tamamlaması dürüstlük kuralına göre ondan beklenemeyecek kadar ağır bir yük oluşturuyorsa;

²⁵³ Alper Gümüş, Özel, s. 91.

²⁵⁴ Cevdet yavuz, Özel, s. 440.

²⁵⁵ Cevdet yavuz, Özel. S.440

²⁵⁶ Turgut öz, İnşaat, s. 188.

yüklenicinin işin niteliği gereği telef olan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel artırımını isteyebilmesi gerekir. Bu imkan hukuki dayanağını, götürü bedelli işlerde öngörülmeyen ifa güçlüklerinde yükleniciye götürü bedelin artırımını talep etme imkanı veren TBK md. 480 f. 2'den almaktadır.

Malzemesi yüklenici tarafından sağlanan bir eserde ifa imkansızlığının olmadığı durumlarda işin yükleniciye aşırı derecede pahalıya mal olacağı düşünülür ise, yüklenicinin TBK md. 480 f.2 veya TBK md. 482 gereğince bir tazminat ödemeksizin işe devamdan kaçınabileceği düşünülebilir ancak böyle bir durumda yüklenici bir ücret talebinde bulunamayacak ve kendisine ödenmiş avanslar varsa bunları geri vermek durumunda kalacaktır²⁵⁷.

C. Beklenmedik Olay Sonucu İş Sahibinin Hasara Katlanması

TBK md. 483 f.1'de belirtilen ve beklenmedik olay sonucu hasara yüklenicinin katlanması kuralının istisnası, aynı fıkrafta geçen “iş sahibinin temerrüde düşmüş olması” durumu ile açıklanabilecektir.

Buna göre, iş sahibinin teslim almada temerrüde düşmüş olması halinde hasar ve yarar iş sahibine ait olacaktır. Bu bağlamda iş sahibinin teslim alma borcunun bulunup bulunmadığı ile iş sahibinin hangi hallerde temerrüde düşeceğinin irdelenmesi gerekmektedir.

Yüklenicinin eseri teslim borcunun karşısında yer alan eseri teslim alma borcu bulunup bulunmadığı, iş sahibinin bir takım haklarını kullanabilmesi bakımından önem arz etmektedir²⁵⁸. Bu bağlamda eğer eser tamamlanmış olmasına rağmen iş sahibi teslim almıyorsa alacaklı temerrüdünün oluşup oluşmadığını tartışmak gerekmektedir.

TBK md. 470 vd.'da düzenlenen eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu olarak sadece bedel ödeme borcundan bahsedilmiştir. Buna göre sözleşmede özellikle taraflarca yan veya bağlı borçlar kararlaştırılmadıkça iş sahibinin bedel ödemek

²⁵⁷ Cevdet Yavuz, Özel, s. 440.

²⁵⁸ Örneğin iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanması için öncelikle eserin teslim edilmiş olması, eserin iş sahibi tarafından muayene edilmiş olması gerekir.

dışında bir borcu doğmayacaktır. Dolayısıyla, iş sahibinin eserin meydana getirilmesinde yükleniciye herhangi bir yardımda bulunmak gibi bir borcu yoktur.

Aynı şekilde, iş sahibinin yüklenicinin yaptığı eseri kabul etme borcu da yoktur. Ancak doktrinde bir görüş yüklenicinin teslim borcunun karşısını, iş sahibinin teslim alma borcunu teşkil edeceğini vurgulamıştır²⁵⁹. Öte yandan bizim de katıldığımız görüşe göre iş sahibi bakımından eserin teslim alınması sadece bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan eser sözleşmesinde, satım sözleşmesinde satım konusunu teslim almayı alıcı için sadece bir hak değil aynı zamanda bir borç olarak da düzenleyen TBK md 232 gibi bir hüküm bulunmadığından, yüklenicinin eseri meydana getirmesine engel olan iş sahibi borçlu temerrüdüne değil, sadece alacaklı temerrüdüne düşürülebilir²⁶⁰.

Doktrinde iş sahibinin tamamlanan eseri teslim almamasına binaen alacaklı temerrüdünün gerçekleştiği ileri süren görüşün karşısında²⁶¹ doktrindeki ikinci görüş, her zaman alacaklı temerrüdünün oluşmayacağını belirtmiştir²⁶². Buna göre, eserin taraflar arasında akdedilmiş sözleşmeye uygun şekilde tamamlanması, varsa diğer taahhütlerin yerine getirilmesi²⁶³ ve yüklenicinin durumu iş sahibine bildirerek taşınmazdan çekilmesi üzerine, artık ifanın gerçekleşmiş sayılması gerekmektedir ve bu durumda alacaklı temerrüdünden söz edilemez. Bu görüşe göre yapıyı tasarrufuna alıp almamak, kullanıp kullanmamak iş sahibinin bileceği işidir. Zira ifasına alacaklının katılması gerekmeyen ve ifası alacaklı tarafından da önlenemeyen borçlarda alacaklı temerrüdü olmaz. Aynı görüş inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi, kendi taşınmazında yapılan inşaatlarda yüklenicinin çalışmasına, taşınmaza girmesine izin vermemesi; sonradan kendisine devredilecek taşınmazlardaki inşaatlarda da tapuya gidip taşınmazı devralmaması şekilde gerçekleşebileceğini savunmuştur²⁶⁴.

²⁵⁹ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 347.

²⁶⁰ Turgut Öz, İnşaat, s. 112.

²⁶¹ Alper Gümüş, Özel, s. 92-93, Leyla Müjde Kurt, s. 157 vd..

²⁶² Turgut Öz, Dönme, s. 169.

²⁶³ Örneğin inşaat sözleşmelerinde iş sahibi lehine kat mülkiyeti kurulması, yüklenici yüklenmişse ve iş sahibi tarafından temsil belgesi verilmişse oturma izni alınması gibi.

²⁶⁴ Turgut Öz, İnşaat, s.146.

Belirtmek gerekir ki, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi için kusurlu olması gerekmez²⁶⁵. Ancak onun eseri kabul etmemesinin veya kendisine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmemesinin objektif olarak haklı bir sebebe dayanmaması gerekir. İş sahibi, yükleniciye isnad edilen bir sebepten dolayı ifayı kabulden veya gerekli hazırlık fiillerine katılmaktan kaçınır ise, bu kaçınma haklı bir sebebe dayandığı için, alacaklı temerrüdü söz konusu olmayacaktır²⁶⁶.

D. TBK md. 483/I Kapsamında Hasara Kimin Katlanacağı Sorunu

TBK md. 483/I eserin teslimden önce beklenmedik olay sebebiyle telef olması durumunda “edim hasarını” kimin taşıyacağı konusunda açık bir hüküm içermediği doktrinde ileri sürülmüştür²⁶⁷. Buna göre eserin yeniden meydana getirilmesinin objektif olarak mümkün olduğu ölçüde, telef olan eser yerine yeni bir eser meydana getirilmesi gerektiği aşikâr olup, TBK md. 483/I’deki şartların bulunması halinde, yüklenici, eserin meydana getirilmesi objektif olarak mümkün oldukça, bunu yerine getirmekle yükümlüdür, (objektif imkânsızlık yoksa) kısmen veya tamamen telef olan eseri tekrar meydana getiren yüklenici bedel talep edebilecektir. Ancak yüklenici bu durumda ek masrafları isteyemeyecektir.

Eseri yeniden meydana getirme veya sözleşmeye devam, dürüstlük kuralları gereği yükleniciden beklenemeyecek düzeyde ise, yüklenici yine TBK md. 480/II’de öngörülen kriterlerden yararlanmak suretiyle, şartları da varsa, sözleşmeyi feshetme hakkını kullanabilmelidir.

Dolayısıyla karşı edim hasarı kadar edim hasarını da kural olarak yüklenici taşır. Buna göre telef olan eser için bedel talebinde bulunamayan yüklenici, ayrıca telef olan eserin yerine yeni bir tanesini meydana getirmekle yükümlü olmaktadır.

²⁶⁵ Kusurun, zarar tazmini talep edilen “dönme” bakımından önem arz ettiği görüşü hakkında bkz. Hüseyin Hatemi/ Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2012, s. 241.

²⁶⁶ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, I, s. 377; Yargıtay 15. HD. 22.4.2008 T., 2007/3118 E., 2008/2682 K., sayılı kararında da alacaklı temerrüdüne dikkat çekilmiştir: “*Yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaata başlanabilmesi için öncelikle arsanın inşaata elverişli bir şekilde ve ayıpsız olarak yükleniciye teslimi gerekir. Davalı yüklenici plan ve projeleri tasdik ettirmesi ne ve noterden keşide ettiği ihtarnamesi ile talep etmesine rağmen, elektrik ve su aboneliklerini iptal ettirip geçekonduyu yıkmayarak ya da yıkıma hazır hale getirmeyerek davacı arsa sahibi arsayı inşaata elverişli ve boş olarak teslim şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmediğinden, BK’nın 90. maddesi uyarınca temerrüde düştüğü ve bu suretle ruhsat alınıp inşaata başlanamamasında arsa sahibi kusurlu olduğundan birleşen fesih davasının reddi gerekir.*” (www.kazanci.com).

²⁶⁷ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 93.

Yüklenici, üstlendiği inşaatı yapmak ve teslim etmekle borçlanmıştır. Bunun sonucu olarak, iş sahibinin, yükleniciye telef olan eser kısmı için giderleri ödemek yükümlülüğü yoktur. Eser kısmen telef olmuş ise, telef olan kısma tekabül eden ücret talep edilemeyecektir.

III. BEKLENMEDİK OLAY SONUCU TELEF OLAN ESERDE MALZEMEYE GELEN HASARA KİMİN KATLANACAĞI SORUNU

Eserin meydana getirilmesine yarayan ve esere vücut verip onunla birleşip bütünleşen tüm maddeler malzeme olarak tanımlanmıştır²⁶⁸. Taş, tuğla, kum, hazır beton, inşaat demirleri, kapı, pencere, lavabo, küvet, binaya monte edilecek tesisat, borular vs. malzemeye örnek olarak sayılabilir. Malzeme ham madde şekilde olabileceği gibi, önceden imal edilmiş de olabilir²⁶⁹.

Eserin meydana getirilmesinde kullanılacak olan malzemeyi hangi tarafın sağlayacağı TBK'da açıkça düzenlenmemiştir. Bu bakımdan doktrinde iki farklı görüş söz konusudur. Doktrindeki birinci görüş²⁷⁰, aksi kararlaştırılmıı olmadıkça, yasa karine olarak iş sahibinin eseri oluşturan malzemeyi sağlamakla yükümlü olduğu kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna karşılık aksi görüşte Tandoğan'a göre, TBK md. 472'de geçen "malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı satıcı gibi sorumludur" ibaresinin, bu malzemenin iş sahibi tarafından verilmesine ilişkin ikinci fıkradan önce yer almasının sonucu olarak, kural olarak malzemenin yüklenici tarafından tedarik edilmesi gerekmektedir²⁷¹.

Malzemenin iş sahibi tarafından tedarik edilmesi halinde ise, onun malzemeleri doğrudan yükleniciye teslimi, iş sahibinin kendisinden malzemeleri satın aldığı üçüncü kişinin teslimi veya iş sahibinin ad ve hesabına yüklenici tarafından başkalarından satın alma şekillerinde gerçekleşebilir²⁷².

²⁶⁸ Peter Gauch, *Werkvertrag*, N. 66, s. 27; Haluk Tandoğan, *Özel*, s. 104.

²⁶⁹ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, *Özel*, s. 331.

²⁷⁰ Alper Gümüş, *Özel Cilt I*, s. 16; Fikret Eren, *İnşaat*, S. 69; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, *Özel*, s. 331.

²⁷¹ Haluk Tandoğan, *Özel*, s. 105.

²⁷² Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, *Özel*, s. 333.

Her durumda yüklenicinin kanundan doğan, TBK md. 472/II'de düzenlendiği üzere, malzemeleri özenle kullanma, hesap verme ve artan kısımları iade borcu bulunmaktadır. Özenle kullanma borcunun kapsamına, malzemelerin gerekli şekilde muhafaza edilmesi, üçüncü kişilerin çarpma, tahrip etme gibi olumsuz etkilerinden korunmasını sağlama gibi borçlar girmektedir²⁷³.

Nitekim, TBK md. 472/III gereğince, işin devamı sırasında iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın ayıplı olduğu anlaşılır yahut eserin gereği gibi ve zamanında meydana getirilmesini tehlikeye sokacak durumlar ortaya çıkarsa, yüklenicinin iş sahibine bunları bildirmek zorunluluğu mevcuttur.

TBK md. 483/I, c. 2, eserin teslimden önce beklenmedik olay neticesinde telef olması dolayısıyla kural olarak iş sahibi tarafından temin edilen ancak uygulamada daha çok yüklenici tarafından tedarik edilen malzemeye gelen hasarın hangi tarafça katlanılacağını düzenlemektedir. Bu hükme göre, "Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur."

TBK md. 483/I, c. son gereğince, yok olan malzemenin hasarı, onu sağlayan tarafa aittir. Bu hüküm malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı takdirde bir değer taşır . Zira malzemeyi yükleniciden malzeme karşılığı bir satış bedeli elde etmeksizin iş sahibi sağlamışsa ve eser beklenmedik olay sebebiyle telef olmuşsa, iş sahibi karşı edim hasarını taşır ve telef olan malzeme yerine yenisini sağlamakla yükümlüdür .

Uygulamada malzemenin mülkiyeti genel olarak yükleniciye ait olduğundan, birinci fıkranın son cümlesinin hasar ve karşı edim hasarı bakımından bir farklılık yaratmayacağı düşünülebilir. Ancak istisnaen bazı malzemeler iş sahibi tarafından temin edilmiş ise, hasar üzerine iş sahibi, her ne kadar yükleniciye hiçbir şey ödemek zorunda kalmayacaksa da, vermiş olduğu malzemenin kaybı için yükleniciden bir şey talep edemeyecek veya sözleşmedeki bedelde bu gerekçe ile indirim yapılmayacaktır.

²⁷³ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 333.

IV. ESERİN İŞ SAHİBİNİN RİZİKO ALANINDA GERÇEKLEŞEN SEBEPLERLE TELEF OLMASI HALİNDE HASARA KİMİN KATLANACAĞI SORUNU

TBK md. 483/II eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması sebebi ile yok olması halinde hasar ve yarara hangi tarafın katlanacağını düzenlemiştir²⁷⁴.

Bu durumda kural olarak hasara iş sahibi katlanır. Ancak bu durumun istisnasını yüklenicinin, maddede belirtilen durumlardan doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmiş olması hali oluşturur.

TBK md. 483/II'nin son cümlesinde iş sahibinin kusuru halinde, yüklenicinin ayrıca zararın giderilmesini isteme hakkının da olduğu düzenlenmiştir.

A. TBK md. 483/II'nin Uygulama Şartları

1. Hasara Sebebiyet Veren Olaylar İş Sahibinin Rizikosu Alanında Meydana Gelmiş Olmalıdır

TBK md. 483/II'nin uygulanabilmesi için öncelikle eserin iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın ayıplı olmasından dolayı veya iş sahibinin talimatı nedeniyle telef olması gerekmektedir. Burada yapı malzemesi kavramı, eseri meydana getiren malzemeler ile eseri meydana getirmede araç olarak kullanılan aletler ile yardımcı aletleri de kapsamaktadır²⁷⁵.

İşverenin verdiği talimatlardan kasıt, inşaatın nasıl icra olunacağına dair yükleniciyi bağlayıcı talimatlardır. Söz konusu talimatların sözleşmenin kuruluşunda veya daha sonra mı verildiğinin bir önemi bu bağlamda bulunmamaktadır²⁷⁶. İş sahibi talimatını, sözlü veya yazılı biçimde kendisi veya yetkili temsilcisi aracılığı ile bildirebilir. Sorumluluğun iş sahibine ait olabilmesi için ayrıca verdiği talimatın hatalı olduğu hususunda, sözleşmenin uzman tarafı olan yüklenici tarafından açıkça uyarılmış olmasına rağmen verdiği talimatın uygulanmasında ısrarcı olması

²⁷⁴ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 232.

²⁷⁵ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 237.

²⁷⁶ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 237.

gerekir²⁷⁷. İş sahibinin sorumluluğu çerçevesinde doğarak bozukluğa yol açan olgular tek başına yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaya yeterli değildir. Ayrıca yüklenici, kontrol, bildirim veya ikaz yükümünü yerine getirmiş olmalıdır²⁷⁸.

Hasarın iş sahibine geçmesini sağlayan bu sebeplerin, kanunda sınırlı bir şekilde sayıldığı kabul edilmesi gerektiği doktrinde²⁷⁹ ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre Türk hukukunda prensip, sorumluluğun kusura dayanması yönünde bulunduğu göre, bu şekilde kusursuz sorumluluk hali öngören kanun hükümlerinin dar yorumlanması gerekmektedir.

TBK md. 483 f.2’de geçen durumlardan kaynaklı olarak yüklenicinin talepte bulunması, iş sahibinin verdiği malzeme ve gösterdiği arsadaki ayıbın ve verdiği talimatın, günümüz teknik kurallarına göre eserin telef olmasına neden olmaya elverişli olması ve ayıp veya talimatlar ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir²⁸⁰.

2. İş Sahibinin Kusurlu Olması Gerekir

İş sahibinin ve varsa ifa yardımcılarının eserin telef olmasında kusurlu olması gerekmektedir²⁸¹. İş sahibi veya yardımcı kişiler, yapının telef olmasına, kasıtlı veya objektif ihmalkâr davranışları ile sebebiyet vermişlerse, ortada iş sahibinin kusurlu davranışı söz konusudur²⁸².

3. Yüklenicinin, Zamanında, Durumun Gereklere Göre İhtarda Bulunmuş Olması Gerekir

Bunun yanı sıra yüklenicinin derhal bildirimde bulunması gerekmektedir. TBK md. 483/II de geçen “zamanında bildirimden” ne anlaşılması gerektiği doktrinde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, yüklenici eserin telefine yol açacak malzeme

²⁷⁷ Ayhan Uçar, *İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 235, (Tekeffül).

²⁷⁸ Özer Seliçi, *Müteahhit*, s. 194.

²⁷⁹ Cevdet Yavuz, Özel, s. 440; İbrahim Kaplan, *Endüstri*, s. 237.

²⁸⁰ İbrahim Kaplan, *Endüstri*, s. 237.

²⁸¹ Alper Gümüş, Özel, s. 94.

²⁸² İbrahim Kaplan, *Endüstri*, s. 238.

veya araziden kaynaklı ayıp ile talimatın varlığının doğurabileceği sonuçları “derhal” bildirmek durumundadır²⁸³.

Yüklenici, iş sahibinin verdiği malzemedeki veya gösterdiği arsadaki ayıp veya iş sahibinin talimatı eserin telef olması tehlikesi yaratıyorsa hemen iş sahibine ihbar ettiği taktirde, karşı edim hasarının iş sahibi taşıyacaktır. Yüklenicinin aynı zamanda borcunu oluşturan ihbar yükümünü zamanında yerine getirmemesi durumunda telef olan esere veya eser kısmına ilişkin bedel ve tazminat olanağını yitirir.

Yüklenici, ihtarin dikkate alınmayacağını veya faydasız kalacağını ispatlarsa, ihtarin gecikmesi veya ihtarda bulunulmaması, yüklenici aleyhine hukuki sonuç doğurmayacaktır²⁸⁴.

B. TBK Md. 483/II Kapsamında Hasara Kimin Katlanacağı Sorunu

Bedel hasarının yükleniciye ait olması kuralının iki istisnası vardır. Bunlardan birincisi iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi, diğeri ise TBK md. 483/II’de öngörülen durumdur.

Bedel hasarının iş sahibinde olduğu bu durumlarda, edim hasarı da ona ait olur. Edim hasarı ve bedel hasarı farklı kavramlar olup, edim hasarı kavramı eserin beklenmedik olay sebebi ile telef olması durumunda, yüklenicinin eser meydana getirme edimini yerine getirmekle yükümlü olup olmadığına ilişkindir.

TBK md. 483/II’e göre karşı edim hasarını iş sahibinin taşıdığı durumlarda, yüklenici, eserin telef olduğu tarihe kadar²⁸⁵ yaptığı işin değerini ve bedelin içinde yer almayan ve eserin meydana gelmesine yönelik yaptığı giderleri iş sahibinden isteyebilecektir. Bu durumda eserin telef olması ile birlikte sözleşme kendiliğinden sona erer. Dolayısıyla, karşı edim hasarını taşıyan iş sahibi edim hasarının da kural olarak taşır. Bunun sonucu olarak yükleniciye telef olan eser için karşılık ve/veya

²⁸³ Alper Gümüş, Özel, s. 95.

²⁸⁴ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 239.

²⁸⁵ Alper Gümüş, Özel, s. 95.

tazminat ödemek zorunda kalan iş sahibi, yükleniciden eseri yeniden meydana getirmesini, dürüstlük kuralı haklı kılmadıkça isteyemeyecektir²⁸⁶.

TBK md. 483/II ayrıca iş sahibinin kusurunun bulunması halinde yüklenicinin tazminat da talep edeceğini düzenlemiştir. Doktrinde bir görüş²⁸⁷, bu hüküm açısından sadece TBK md 483 ile sınırlı kalmaması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, söz konusu hüküm her ne kadar bulunduğu yer itibari ile TBK md. 483/II c. 1'in uygulama alanına giren durumlarda uygulanması imkanı olan bir hüküm niteliğinde görülüyorsa da, teslimden önce eserin kısmen veya tamamen zarar gördüğü bütün durumlarda uygulanabilmelidir. Zira burada TBK md. 112'nin uygulama alanına giren bir durumun varlığı söz konusudur. Böylece teslimden önce eserin hasarında iş sahibinin kusurlu olduğu her durumda, hasara iş sahibi katlanacak ve iş sahibi, yüklenicinin ifaya olan menfaatinin tamamını yani müspet zararını tazminle mükellef olacaktır.

V. YÜKLENİCİNİN ESER MEYDANA GETİRME BORCUNUN İŞ SAHİBİ İLE İLGİLİ SEBEPLER NEDENİYLE İMKÂNSIZLAŞMASI HALİNDE HASARIN GEÇİŞİ

TBK md. 112 de düzenlenen geçerli akdedilmiş bir sözleşmede kusura dayalı imkansızlık ve borçlunun sorumlu olmadığı yani tarafsız etki alanında veya borçlunun etki alanında elde olmayan nedenlerle gerçekleşen TBK md. 136-137'de düzenlenen imkansızlık hali yüklenicinin asli edim yükümü olan teslim etme yükümü bakımından da uygulanır. Ancak kanun koyucu TBK md. 485 ile iş sahibine dayalı imkansızlık hali ile ilgili olarak özel hükümler düzenlemeyi tercih etmiştir.

TBK 485. Maddesinde iş sahibinin kusuruna dayanan ve dayanmayan hallerde doğan imkansızlık halinde uygulanacak iki kural getirilmektedir.

TBK md 485 şu şekilde düzenlenmiştir²⁸⁸:

²⁸⁶ Alper Gümüş, Özel, s. 95.

²⁸⁷ Cevdet Yavuz, Özel, s. 441.

²⁸⁸ TBK md. 485'te düzenlenen iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay neticesinde imkansızlık durumu 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nda 370. Maddede şu şekilde düzenlenmekte idi: "*Taahhüt olunan şeyin yapılması iş sahibi nezdinde zuhur eden bir kaza yüzünden mümkün olamıyorsa müteahhit yaptığı işin kıymetini ve bu kıymette dâhil olmayan masrafını alır. Bu hususta iş*

“Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkansızlaşırorsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.

İfa imkansızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.”

TBK md. 485, TBK md. 136’da olduğu gibi, eser sözleşmelerinden doğan edim açısından borçlu sıfatına haiz yükleniciyi, ifanın imkansızlaşması durumunda, daha fazla sözleşme ile bağlı kalmanın sakıncalarından korumayı amaçlamaktadır²⁸⁹.

A. TBK md. 485/I’in Uygulanması Şartları

1. Eserin Tamamlanması Bakımından Objektif İmkansız Doğmalıdır

TBK md 485’in uygulanabilmesi bakımından önem arz eden birinci unsur, eserin tamamlanmasının imkansız hale gelmesidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu imkansızlığın objektif imkansızlık olması gerektiğidir. Buna göre eserin meydana getirilmesi herhangi bir yüklenici bakımından mümkün olmamalıdır²⁹⁰.

Objektif imkansızlık halinin teslimden önce oluşması yeterli olup, bu bağlamda yapımına henüz başlanmamış veya başlanmış olmakla tamamlanmamış eserler bakımından bu maddenin uygulanacağı açık olduğu gibi, tamamlanmakla birlikte henüz teslim edilmemiş ve iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay ile birlikte teslimi imkansızlaşan eserler bakımından da TBK md 485 uygulanacaktır.

Şayet eserin meydana getirilmesi, yüklenici için, sadece ondan beklenemeyen bir nitelikte ise, ortada bir imkansızlık söz konusu değildir. Bu durumda TBK md. 480/II hükmünün, eğer şartları da varsa, uygulanabilirliği mevcuttur²⁹¹.

sahibinin taksiri varsa müteahhidin başkaca zarar ve ziyan istemeğe hakkı olur.” İlhan Helvacı, Kanun, s. 857.

²⁸⁹ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 249.

²⁹⁰ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 383; İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 253.

²⁹¹ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 253.

TBK md. 485 hükmü, bunlara ek olarak, sürekli sonradan objektif olan, yani yüklenicinin kusursuzluğu ile ortaya çıkan, ifa imkansızlığı durumunu da kapsamaktadır²⁹². İmkansızlık hali, tam veya kısmi imkansızlıktan, fiili veya hukuki imkansızlıktan doğabilir.

TBK md. 485 kapsamında imkansızlık hallerine örnek olarak, inşaat yapılacak arsada yapı yasağının konması, inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan yapı konstrüksiyon, inşaat yapılacak taşınmazın kamulaştırılması veya taşınmazın kayarak arsa niteliğini kaybetmesi örnek olarak gösterilebilir²⁹³.

2. İmkânsızlık İş Sahibinin Şahsında veya Riziko Alanında Gerçekleşen Beklenmedik Olay Neticesinde Meydana Gelmiş Olmalıdır

TBK md 485’te belirtilen “beklenmedik olay” kavramının geniş anlamda değerlendirilmesi gerektiği doktrinde belirtilmiştir²⁹⁴. Beklenmedik olay, ne iş sahibinin ne de yüklenicinin sebebiyet verdiği zarar verici olaydır²⁹⁵. Buna göre eserin tamamlanmasına engel olan imkansızlık, iş sahibinin şahsında veya onun riziko alanında gerçekleşen bir beklenmedik olaydan meydana gelmelidir.

Sözleşme taraflarından biri veya yardımcı kişisi, zarar verici olayın meydana gelmesinde, kusurlu yani kasıtlı veya kendisinden beklenen özen borcunu yerine getirmemiş ise, bundan doğan zarardan sorumlu olacaktır²⁹⁶.

İş sahibinin şahsını ilgilendiren sebeplere örnek olarak doktrinde ölçü üzerine bir elbise veya takma diş ısmarlayan iş sahibinin ölmesi sebebi ile gerekli provaların yapılamaması durumu belirtilmektedir²⁹⁷.

²⁹² İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 253; Leyla Müjde Kurt, s. 134.

²⁹³ Örnekler için bkz. İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 254.

²⁹⁴ Fahrettin Aral /Hasan Ayrancı, Özel, s. 383.

²⁹⁵ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 254.

²⁹⁶ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 254.

²⁹⁷ Haluk Tandoğan, Özel, s. 327.

B. Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcunun İş Sahibinin Riziko Alanında Gerçekleşen Ve İş Sahibinin Sorumlu Olmadığı Sebeplerle İmkânsızlaşması Halinde Hasarın Geçışı

1. Genel Olarak

TBK md. 485'te iş sahibinin riziko alanında gerçekleşen beklenmedik haller sebebi ile imkansızlık hali doğduğunda yüklenicinin talep edebileceği kalemler düzenlenirken birinci fıkrada söz konusu beklenmedik olayın iş sahibinin sorumlu olmadığı hallerden kaynaklanması hali anlatılmıştır.

TBK md. 485/I'in uygulanabilmesi için eserin meydana getirilmesinin imkansızlığına yol açan beklenmedik olayların, eserin meydana getirilmesinin tipik rizikosunun dışında yer aldığı ölçüde, iş sahibinin kişiliğinden ya da tehlike alanından kaynaklanması yeterlidir²⁹⁸.

TBK md. 485/I'i uygulanabilir kılan beklenmedik olaylara, eserin meydana getirileceği arsanın kamulaştırılması; arsanın deprem, toprak kayması gibi nedenlerle üzerinde bir daha eser meydana getirilemeyecek duruma gelmesi, iş sahibinin kusuru olmaksızın ölümü örnek verilebilir²⁹⁹.

Yüklenicinin TBK md 485/I'deki taleplerde bulunabilmesi için TBK md. 471/I'den kaynaklanan özen yükümlülüğünü ihlal etmemiş olması gerekir. Buna göre yüklenicinin iş sahibinin sorumlu olmadığı sebeplerden doğan ve iş sahibinin riziko alanında meydana gelen beklenmedik olayları özen yükümünün bir sonucu olarak iş sahibine hemen bildirmek durumundadır. Aksi halde TBK md. 485'e dayanan taleplerde bulunamayacağı gibi, TBK md. 112 gereğince iş sahibine karşı da sorumlu olacaktır³⁰⁰.

Beklenmedik olay, teslim süresi bakımından da etkili olacaktır. Buna göre iş sahibinin şahsında veya faaliyet alanında gerçekleşmişse, gecikmenin riskine iş sahibi katlanacaktır. Örneğin, iş sahibi tarafından sağlanan arsaya konulan geçici inşaat yasağı sebebi ile iş geçici olarak durmuş ve eserin teslimi gecikmiş ise, iş

²⁹⁸ Alper Gümüş, Özel, s. 103.

²⁹⁹ Alper Gümüş, Özel, s. 103; Vedat Buz, İmkansızlaşma, s. 27-28; Fikret Eren, İnşaat, s.99.

³⁰⁰ Alper Gümüş, Özel, S.104; Vedat Buz, İmkansızlaşma, s. 31.

sahibinin faaliyet alanında meydana gelen beklenmedik olay söz konusu olduğundan, bu gecikme de haklı bir gecikmedir ve teslim süresi iş sahibinin onayı gerekmeksizin kendiliğinden uzar³⁰¹.

2. Sonuçları

a. Sözleşmenin İleriye Etkili Olarak Sona Ermesi

TBK md. 485/I'in hukuki sonuçları bakımından, eser sözleşmesinin kendiliğinden ileriye yönelik sona erdiği doktrinde belirtilmiştir³⁰². Böylece tarafların, daha ifa edilmemiş eser sözleşmesinden doğan edimleri ile ilgili hakları ve borçları sona erecektir. Bu hukuki sonuç, kanun hükmü gereği imkansızlığın ortaya çıkması ile aynı anda doğar.

Doktrinde tartışmalı olan konu sözleşmenin kanun gereği kendiliğinden ileriye etkili olarak mı yoksa iş sahibinin veya mirasçılarının fesih hakkını kullanması ile mi sona erdiğidir³⁰³. Buna göre doktrinde bir görüş³⁰⁴, TBK md. 485'te belirtilen durumun doğduğu anda ifa imkansızlığı neticesinde, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceğini belirtirken, doktrindeki bir diğer görüş ise³⁰⁵, iş sahibinin veya mirasçılarının fesih hakkını kullanması ile ancak sözleşmenin sona ereceğini kabul etmektedir.

b. Yüklenicinin İleri Sürebileceği Talepler

Eserin meydana gelmesi iş sahibinin riziko alanında ve iş sahibinin sorumluluğu olmadan gerçekleşen sebeplerle imkansız hale gelmişse, yüklenici sözleşmenin imkansızlık nedeniyle sona erdiği tarihe kadar yaptığı işin değerini ve bedelin içinde yer almayan ve eserin meydana getirilmesine yönelik yaptığı masrafların kendisine ödenmesini iş sahibinden isteyebilir. Bu durumda iş sahibi kural olarak kısmi bedel ödeme yükümü altındadır. Ancak imkansızlık eser meydana

³⁰¹ Leyla Müjde Kurt, s. 106, 107.

³⁰² İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 255.

³⁰³ Vedat Buz, İmkânsızlaşma, 36.

³⁰⁴ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 255.

³⁰⁵ Georg Gautschi, Bd. VI, 2. Abt., 3. Teilband, DerWerkvertrag (Art. 363-379), Bem 1967, (Vedat Buz, İmkânsızlaşma, s. 29'dan naklen.)

getirildikten fakat teslimden önce ortaya çıkmışsa, iş sahibi kararlaştırılan bedelin tamamını ödemek zorundadır³⁰⁶.

Yüklenicinin bu ücret talebi hesaplanırken, bir taraftan halihazırda yapılmış eser kısımlarının bedeli ve aynı şekilde ücrete dahil olmayıp yapılmış olan masraflar, tarafların önceden kararlaştırdıkları ücret esas alınır. Sözleşmede ücret kararlaştırılmamış ise, ücret TBK md. 481 hükmüne göre, yapılmış işin değeri ve masrafları dikkate alınarak belirlenir³⁰⁷. Mesela, sözleşmeyle götürü bir ücret kararlaştırılmış ise, yükleniciye bu ücretin onun fiilinden yaptığı işlere tekabül eden kısmı ödenecektir³⁰⁸.

Yüklenicinin talep edebileceği eserin değeri ve değere giremeyen diğer kalemlere karşılık iş sahibinin de ortaya çıkmış eser kısmını talep etme hakkı mevcuttur³⁰⁹. Tandoğan'a göre, iş sahibi, yapılmış olan kısmın kullanılması kendisi için mümkün değilse, kabul etmekten imtina edebilir ve onun için bedel ödemekten kaçınabilir³¹⁰.

C. Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcunun İş Sahibinin Riziko Alanında Gerçekleşen ve İş Sahibinin Sorumlu Olduğu Sebeplerle (Kusuruyla) İmkânsızlaşması Durumu

1. Genel Olarak

TBK md 485'in birinci fıkrasında anlatılan iş sahibinin riziko alanında iş sahibinin kusuru olmaksızın meydana gelmiş beklenmeyen olaylar neticesinde yüklenicinin talep edebileceği kalemlerden sonra ikinci fıkrada aynı koşullarda ancak bu sefer iş sahibinin kusuruyla meydana gelen beklenmeyen olaylar bakımından yüklenicinin talep edebileceği kalemler düzenlenmiştir.

³⁰⁶ Alper Gümüş, Özel, s. 103; İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 255.

³⁰⁷ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 255.

³⁰⁸ Fahrettin Aral /Hasan Ayrancı, Özel, s. 384; Vedat Buz, İmkânsızlaşma, s. 37.

³⁰⁹ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 255.

³¹⁰ Alper Gümüş, Özel, s. 104; Haluk Tandoğan, Özel, s. 331.

2. TBK md. 485/II'nin Uygulanması Şartları

a. Eserin Tamamlanması İmkânsızlık Sebebi İle Mükün Olmamalıdır

Buna göre, TBK md 485/II'nin uygulanabilmesi için yukarıda TBK md 485'in birinci fıkrasında da sayılmış şartlardan biri olan yüklenicinin eser meydana getirme borcunun objektif olarak imkânsızlaşması gerekmektedir. Ancak buradaki imkansızlık, birinci fıkradaki gibi beklenmedik olaydan değil, iş sahibinin kusurundan kaynaklanmış olmalıdır. Kusura dayanan imkansızlık hali ile ilgili yukarıda³¹¹ gerçekleştirdiğimiz açıklamalar bu madde bakımından da geçerlidir.

b. İş Sahibinin İmkânsızlığın Ortaya Çıkışında Kusuru Bulunmalıdır

İmkânsızlığın sebebinin, iş sahibinin riziko alanına dahil olması şartı da bu fıkra hükmüne göre yeterli değildir. Bu durum 1. Fıkroda düzenlenmiştir³¹². İkinci fıkrada özellikle aranan durum iş sahibinin kusurlu davranışdır. Buradaki kusur kavramını teknik anlamda değil, geniş anlamda anlamak gerekmektedir. Kusur, TBK md. 112'deki esaslara göre değerlendirilmesi yanlış olacaktır. Zira TBK md. 112'de kursu borçlunun davranışı bakımından değerlendirilir iken TBK md. 485'te kusur alacaklının davranışı üzerinden değerlendirilmektedir³¹³.

İş sahibinin ölümü bakımından kural olarak TBK md 485/II'nin uygulanabilirliği kabul edilmemektedir. Ancak iş sahibinin eserin meydana getirilmesini engellemek için intihar etmesi halinde mümkün olabilir³¹⁴. Buna karşılık iş sahibinin, eserin meydana getirilmesi ile bağlantısı tespit edilemeyen intiharı, kusurlu davranış olarak kabul edilmemelidir³¹⁵.

3. Sonuçları

a. Sözleşmenin İleriye Etkili Olarak Sona Ermesi

TBK md. 485/II'e dayalı olarak gerçekleşen imkansızlıkta, eser sözleşmesi kendiliğinden ileriye yönelik olarak sona erer. Ancak yine burada doktrinde TBK

³¹¹ Dipnot 239 ve devamına ait metin.

³¹² İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 256.

³¹³ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 256.

³¹⁴ Alper Gümüş, Özel, s. 104.

³¹⁵ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 256.

md. 485/I'deki gibi sözleşmenin kendiliğinden yasa gereği mi yoksa iş sahibi veya yasal temsilcilerinin fesih bildirimini ile mi sona erdiği tartışması mevcuttur³¹⁶.

b. Yüklenicinin İleri Sürebileceği Talepler

Eserin meydana gelmesi iş sahibinin kusuruyla yani sorumlu olacağı şekilde imkansız hale gelmişse, yüklenici sadece sözleşmenin imkansızlık nedeniyle sona erdiği tarihe kadar gördüğü işin değerini ve (bedelin içinde yer almayan) masrafları değil, diğer olumlu sözleşme ihlali nedeniyle uğradığı tüm zararların tazminini iş sahibinden talep edilebilir.

Bu bağlamda talep edilecek zarar müspet zarar olacaktır³¹⁷. Talep edilecek tazminattan yüklenicinin edim yükümünden kurtulma sonucu yaptığı başka işlerden elde ettiği veya dürüstlük kuralına aykırı olarak, kasten, elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar indirilecektir³¹⁸. İmkânsızlığın, iş sahibinin yardımcılarının davranışlarından kaynaklanması halinde, TBK md. 116 ve TBK md. 485/II gereğince iş sahibi de sorumlu olacaktır³¹⁹.

Yüklenicinin ifa yükümlülüğünden kurtulması sebebi ile başka eser sözleşmelerinden kazandıkları ve dürüstlük kuralına aykırı olarak kazanç sağlamamışsa, bu tutarları, iş sahibinden talep edilecek müspet zarardan indirilecektir³²⁰.

D. TBK md. 483 ile TBK md. 485 Hükümlerinin Uygulanabilirlik Tartışması

TBK md. 483 hükmünde, eserin beklenmedik olay sonucunda telef olması, TBK md. 485'te ise ifa imkansızlığı düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak beklenmedik olay sebebi ile eser telef olursa ve fakat tekrar meydana getirme imkânsızlaşmazsa TBK md. 483 hükmü, eserin meydana getirilmesi iş sahibinden

³¹⁶ Tartışmalar için bkz. Vedat Buz, İmkansızlaşma, s.29 vd.

³¹⁷ Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, Özel, s. 384; Vedat Buz, İmkansızlaşma, s. 32; İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 257.

³¹⁸ Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, Özel, s. 385; Vedat Buz, İmkansızlaşma, s. 32.

³¹⁹ Vedat Buz, İmkansızlaşma, s. 32.

³²⁰ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 257.

kaynaklanan bir sebeple imkansızlığa uğrarsa TBK md. 485 hükmünün uygulanacağı açıktır.

Doktrinde eserin iş sahibinin riziko alanında gerçekleşen bir beklenmedik olay nedeniyle yok olduğu ve aynı zamanda eserin yeniden meydana getirilmesinin imkansızlaştığı durumda TBK md. 485'in mi yoksa TBK md 483'ün mü uygulanacağı tartışılmıştır.

Buna göre doktrinde de kabul edildiği üzere, gerek TBK md. 483'te düzenlenen konular ile gerek TBK md. 485'te düzenlenen konular aralarında kesişen bağlantı noktaları bulunsa dahi, farklı niteliktedirler.

TBK md. 485 hükmü, iş sahibinin riziko alanında bulunan eser meydana getirme ediminin ifa imkânsızlığı durumunda, yüklenicinin önceden yapılan inşaat işlerinin bedelleri ile sözleşmede kararlaştırılan masrafların ödenmesi talebini teminat altına alırken; TBK md. 483 ise eserin telef olması durumunda, yüklenicinin yapmış olduğu kısımların bedellerinin ve giderlerinin ancak iş sahibinin temerrüde düşmüş olması veya iş sahibince verilen malzemenin ayıbı, iş sahibince gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun eser meydana getirilmiş olması sebebi ile eserin yok olması durumunda ve iş sahibinin kusurunun bulunmaması halinde talep edilebileceğini öngörmüştür.

Bu farklılığın önemi, TBK md. 485'te düzenlenen duruma göre, iş sahibinin, bedelini ödediği kısımları iade etmesi söz konusu iken, buna karşılık TBK md. 483'te eserin telef olması sebebi ile karşı edimin ifa edilemez olmasından kaynaklanmaktadır.

Doktrindeki birinci görüş³²¹, bu durumda TBK md. 483 hükmünü yumuşatan bir kuralın mevcut olduğunu ve bu sebeple TBK md. 485'in uygulanması gerektiğini ve yüklenicinin işin değerini ve yaptığı masrafları talep edebileceğini belirtmiştir .

Doktrindeki ikinci görüş³²² ise, TBK md 483 ile 485'in farklı iki durumu düzenlediklerinden bahisle bir eserin iş sahibinin riziko alanında gerçekleşen beklenmedik bir olay neticesinde yok olması ve aynı zamanda eserin yeniden

³²¹ Vedat Buz, İmkansızlaşma, s. 34.

³²² Haluk Tandoğan, Özel, s. 325,326.

meydana getirilmesinin imkânsızlaşması durumunda yine TBK md. 483'ün uygulama alanı bulacağını ifade etmiştir. Bu görüşe göre böyle bir durumda yüklenici işin değerini ve yaptığı giderleri isteyemez.

VI. YÜKLENİCİNİN ÖLÜMÜNÜN VEYA KUSURLU OLMAKSIZIN ESERİ MEYDANA GETİRMEDE YETERSİZ HALE GELMESİ DURUMUNDA HASARIN GEÇİŞİ

A. Genel Olarak

TBK md. 486 eserin meydana getirilmesinin yüklenicinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle sonraki objektif imkânsızlık halini düzenlemektedir. Söz konusu maddede belirtilen durumun gerçekleşmiş olması halinde artık temerrüt ve ona ilişkin hükümler uygulanmayacaktır³²³.

Buna göre TBK md. 486'da şu şekilde düzenlenmiştir³²⁴:

“Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda işsahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.”

Söz konusu hüküm Türk Borçlar Kanunu'nda genel hükümlerde imkansızlık hallerinin düzenlendiği TBK md. 112, 136 ve 137'i karşısında “lex specialis” yani özel hüküm teşkil eder³²⁵. TBK'nın 136. ve 485. maddelerinde olduğu gibi, bu hüküm, yükleniciyi eserin meydana getirilmesinin imkansız olması durumunda, sözleşmeye bağlı kalmakla onun zararlı sonuçlarından korumayı amaçlamaktadır.

³²³ Turgut Öz, Dönme, s. 162.

³²⁴ TBK md. 486, Mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda md. 371'de şu şekilde düzenlenmekte idi: *“Mütaahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten âciz kaldığı takdirde, mukavele mütaahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesih olur. Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur.”*; Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere, iki madde arasında bir değişikliğe gidilmemiş, yeni kanun ile Mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 371. Maddesi Türkçeleştirilmiştir. Gerekçe için bkz. İlhan Helvacı, Kanun, s. 858.

³²⁵ Alper Gümüş, Özel, s. 105; *“Bu hüküm TBK md. 485 hükmünü takip eden bir hükümdür. TBK md. 485 hükmünün şartlarını taşıyan olay varsa, bu hükme başvurulamaz. Buna karşılık, TBK md. 486 hükmü TBK md. 136 hükmüne göre, özel norm olup bu normdan önce uygulanır.”* İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 258.

Ayrıca hükmün ikinci fıkrası da, yükleniciyi, önceden ifa edilmiş kısmi eser bakımından, bu kısımların iş sahibinin kullanımına uygunsa, bedelsiz olmasının sakıncalarından korumak istemektedir³²⁶.

Yüklenicinin ölümüne ilişkin bir kural da Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 49. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, yüklenicinin ölümü halinde tasfiye işlemi gerçekleştirilecektir. Yapılmış olan işlerin aynı Şartnamenin 47. maddesinde yer alan esaslara göre kesin hesabı çıkarılarak müteahhidin kesin teminatı ve varsa diğer alacakları mirasçılara verilecektir³²⁷.

Bu hüküm hem gerçek hem de tüzel kişi yükleniciler hakkında uygulanabilecektir³²⁸.

TBK md. 486, yüklenicinin ölümüne veya eseri meydana getirmede yeteneksiz hale gelmesine, eser sözleşmesinin sona ermesi ve belirli şartlarda iş sahibinin kendisine kalan eser kısmı için yükleniciye ödeme sonucunu bağlamıştır.

B. TBK md. 486'nın Uygulanma Şartları

1. Eser Sözleşmesi Yüklenicinin Kişisel Özellikleri Gözönünde Tutularak Yapılmış Olmalıdır

Buna göre TBK md. 486'nın uygulanması için öncelikle eser sözleşmesinin akdedilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem arz etmiş olmalıdır³²⁹. Yüklenicinin kişisel özellikleri, onun bilgi ve uzmanlığı veya sanat gücü şeklinde kendisini gösterebilir³³⁰. Buna dayanarak eserin üçüncü bir kişi tarafından meydana getirilmesi mümkün ise, yüklenicinin ölümü veya eseri meydana getirmede aciz kalması durumunda TBK md. 486 uygulanmaz.

Şu halde, yapılan iş için özel bir uzmanlık veya kişisel yetenek gerekmiyorsa, yüklenicinin ölümü üzerine sözleşme son bulmayacak, külli halefiyet yolu ile mirasçuları bu eseri tamamlama borcu altına gireceklerdir. Böylece işin vaktinde

³²⁶ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 258.

³²⁷ Vedat Buz, İmkansızlaşma, s. 38.

³²⁸ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 258.

³²⁹ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 105; Cevdet Yavuz, Özel, s. 442.

³³⁰ Haluk Tandoğan, Özel, s. 332.

bitirilememesi üzerine mirasçılar (ki artık sözleşmenin tarafı ve yükleniciler) temerrüde düşürülebilinecek ve iş sahibi diğer koşulları gerçekleştirip sözleşmeden dönebilecektir³³¹.

Hangi durumlarda sözleşmenin yüklenicinin kişisel yetenekleri dikkate alınarak yapılmış olacağıın genel olarak belirlenemeyeceği aşıkardır, bu bakımdan her somut olayda ayrıca araştırılması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür³³². Öz'e göre eğer yüklenicinin mirasçuları onunla birlikte aynı işi yapıyor olup, uzmanlık ve yetenek bakımından tercih edilmemelerini haklı gösterecek bir durum da yoksa, artık borç ilişkisi son bulmayıp, sözleşmenin mirasçılarla yani yeni yüklenicilerle devam edeceği kabul edilmelidir³³³.

Yüklenicinin kişisel özelliklerinin TBK md. 486 bakımından önem arz etmesi durumunun yüklenicinin eseri şahsen veya kendi yönetimi altında meydana getirme borcu ile bağlantılı olması ve bu iki durumun karıştırılması olasılığının bulunmasına binaen eseri şahsen veya kendi yönetimi altında meydana getirme borcu hakkına bilgi vermek gerektiği kanaatindeyiz.

a. Yüklenicinin Eseri Şahsen Veya Kendi Yönetimi Altında Meydana Getirme Borcu

TBK'nın genel hükümlerinde, md 83'te düzenlenen ve kural olarak borçlunun şahsen ifa ile yükümlü olmadığını belirten düzenlemenin aksine eser sözleşmelerinde kural olarak yüklenicinin şahsen ifa borcu mevcuttur³³⁴. Buna göre TBK md 471/III de düzenlendiği şekliyle yüklenici, asli borcu olan meydana getirilecek eseri doğrudan kendisi yapmak veya kendisi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Bu hükümle eserin meydana getirilmesi ediminin kişisel nitelikte bir edim olduğu karinesi getirilmiştir. Bunun sebebi ise, eser sözleşmesinde maddi (ayni) edimlerin yanında yer alan hizmet edimleri dolayısıyla, yüklenicinin şahsının veya şahsi yeteneklerinin, sözleşmenin kurulmasında önem taşıdığı düşüncesidir³³⁵. Kural bu

³³¹ Turgut Öz, Dönme, s. 162.

³³² Özer Seliçi, Müteahhit, s. 48.

³³³ Turgut Öz, Dönme, s. 162.

³³⁴ Ahmet Kılıçoğlu, **Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu**, AÜHFĐ, 1976, S.1-4, C.32, s. 186, (Şahsen İfa); İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 61.

³³⁵ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 324.

olmakla birlikte bu kuralın istisnasını eserin meydana gelmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıması durumu oluşturur³³⁶.

Yüklenicinin bizzat ifa borcunun mevzuattaki diğer yansımalarından biri de Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 17. Maddesinde geçmektedir. Bu madde müteahhidin iş başında bulunması zorunluluğunu getirmektedir. Bundan başka aynı şartnamenin 46. Maddesinde işin kısmen başkasına devri için idarenin yazılı izni şart koşulmuştur.

Bundan başka, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun, Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin devrini düzenleyen 16. Maddesi sözleşmenin, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebileceğini düzenlemiştir. Ancak devri alacak olan yeni yüklenicilerde de ilk ihaledeki şartların taşınması zorunlu tutulmuştur. Ayrıca sözleşme devrinden sonra yeni devir yapılmasına sınırlama getirilmiş, buna göre devir tarihini takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemeyeceği düzenlenmiştir. Aynı hüküm Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 47. Maddesinde de yer almaktadır.

Tarafların anlaşması ile yüklenicinin bizzat ifada bulunma borcu bertaraf edilebilir. Buna göre, başkaları ile tamamen aynı nitelikte bir eser meydana getirilecek olursa bile sözleşmede yüklenicinin işi bizzat yapması şart kılınabilir yahut, işin özellikleri yüklenicinin yönetiminde işin tamamlanmasını gerektirmese dahi, taraflar anlaşarak işin ancak yüklenicinin denetiminde yürütülmesine karar verebilirler. Aynı şekilde kişisel nitelikleri önem arz eden bir eser bakımından da tarafların anlaşarak eserin üçüncü bir kişi tarafından meydana getirilmesi mümkün olabilecektir. Bu bağlamda iş sahibince verilen icazet de geçerli olacaktır³³⁷.

(1) Eserin Yüklenici Tarafından Şahsen Meydana Getirilmesi

Yüklenicinin kişisel nitelikleri eserin meydana getirilmesi için önem taşıyorsa ve yüklenicinin iş görme edimi aynı zamanda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edim ise, yani eser özgün yapısını ve değerini yüklenicinin bireysel nitelik ve yeteneklerine

³³⁶ Cem Baygın, **Türk Hukukuna Göre Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul, 1999, s. 22.

³³⁷ Haluk Tandoğan, Özel, s. 73.

dayalı kişisel iş görmesinden alacaksa kısaca teslim edilecek eseri yüklenici dışında bir kişi meydana getiremeyecekse yüklenici iş görme fiilini bizzat kendisi görerek eseri kendisi meydana getirmek zorundadır³³⁸. Bu tespitte yüklenicinin edim borcunun niteliğine göre değerlendirme yapılmalıdır³³⁹. Eser sözleşmesinde yüklenicinin bizzat ifa veya kendi yönetimi altında ifa borcunun temelinde yatan düşünde eserin yapılmasının belirli bir yükleniciye verilmesinin güven işi olduğundandır³⁴⁰.

Buna göre örneğin bir sanat eserinin meydana getirilmesi gibi durumlarda yüklenicinin eseri şahsen ifa borcu söz konusu olacaktır. Aynı eseri üçüncü bir kişinin meydana getirmesinin mümkün olmadığı bu tür durumlarda, eserin bizzat yüklenici tarafından meydana getirilmesi önemli olup, onun eseri şahsi denetimi altında yaptırması dahi yeterli değildir.

Kural olarak yüklenicinin bizzat kendisinin meydana getirme borcunun bulunması ve alt müteahhit gibi üçüncü kişilerin ifasının ancak istisnai bir durum teşkil etmesi sebebi ile, yüklenici eserin yapılmasında kişisel özelliklerinin önem arz etmediğini iddia eder ise bu durumu kanıtlamak durumundadır³⁴¹.

Eserin bizzat yüklenici tarafından yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda ön ve başlangıç çalışmalarının üçüncü şahısa yaptırılması doktrinde bir görüşçe kabul edilebilir bulunmuştur³⁴².

(2) Eserin Yüklenicinin Şahsi Denetimi Altında Meydana Getirilmesi

Yüklenicinin kişisel niteliklerinin eserin meydana getirmesi için önemli olmadığı yani kişiye sıkı sıkıya bağlı bir özellik arz etmediği durumlarda yüklenici

³³⁸ Alper Gümüş, Özel, s. 11; Gümüş ile aynı görüşte İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 61; Ahmet Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 188.

³³⁹ Mustafa Reşit Karahasan, **İnşaat- İmar- İhale Hukuku**, C. 1, İstanbul, 1997, s. 211.

³⁴⁰ Özer Seliçi, Müteahhit, s. 25.

³⁴¹ Haluk Tandoğan, Özel, s. 72.

³⁴² İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 61. Kanaatimizce inşaat sözleşmeleri bakımından söz konusu durum uygulanabilir olsa da, her eser sözleşmesinde uygulanabilir sayılmaması gerekir. Buna göre, örneğin bir ressamın yapacağı tablo bakımından, boyaların hazırlanması, tuvalin yerleştirilmesi üçüncü kişi tarafından yapılabilecek ise de, her boyanın tonunun ayrı bir önem arz etmesi sebebi ile bizzat ressam tarafından farklı renklerin karıştırılarak elde edilecek renklere üçüncü kişi tarafından karıştırılma işleminin yapılması sözleşmeye aykırılık teşkil edebilecektir.

eseri bizzat kendisi meydana getirmek zorunda olmayıp, yönetim ve sorumluluğu altında üçüncü bir kişiye yaptırabilir³⁴³.

FIDIC Tip sözleşmeleri ve Şartnameleri'nde de yüklenicinin şahsen ifa veya yönetimi altında yaptırma borcunun bulunduğu durumlarda, müteahhidin sözleşmenin belirli bölümlerinin yerine getirilmesini alt müteahhide devredebileceğini kabul edilmektedir³⁴⁴.

Sözleşmede açık hüküm bulunmasa bile, işin niteliğine göre, yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan edimini şahsen ifa etmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁴⁵. Buna göre, yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borcunu şahsen icra etmesi yükümü yoksa onun ölümü veya yeteneğini kaybetmiş olmasıyla, eser sözleşmesi sona ermeyecektir. Bu durumda kanun hükmü gereği sözleşmede taraf değişikliği söz konusu olduğundan, külli halef olarak mirasçılar, yüklenici olarak, eser sözleşmesinden doğan borcu ifa etmeleri gerekir.

Kısaca meydana getirilecek eserin seçilen yüklenicinin ferdi yani fikri ve bedeni yeteneklerinin damgasını taşıyacak türden olduğu ve başkalarının aynı eseri onun iradesi altında dahi meydana getirmesinin mümkün olmadığı hallerde, örneğin yukarıda da belirttiğimiz üzere bir sanat eserinde şahsen ifa yükümü söz konusu olur. Bu ihtimal genel olarak el işçiliğine dayanan işletmelerde gerçekleşir; büyük çaptaki inşaat ve makine tesislerinin yapımında şahsi yeteneklere dayanmayan çalışmalar hakimdir. Bunun dışında kalan ve çoğunluğu teşkil eden hallerde eser, yüklenicinin idaresi altında meydana getirilir, işi kendi idaresi altında yaptıracak olan yüklenicinin, işi yapacak olanların seçiminde özenli davranmak, gerekli talimatları vermek ve işin icrasını denetlemek yükümü mevcuttur³⁴⁶. Yargıtay da bir kararında yüklenicinin işi başkasına yaptırması halinde sorumluluğunun tamamen kalkmadığını belirtmiştir³⁴⁷.

³⁴³ Leyla Müjde Kurt, s. 57.

³⁴⁴ Tunay Köksal, **Uluslararası İnşaat Hukuku**, Ankara, 2011, s. 66.

³⁴⁵ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 260.

³⁴⁶ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 324;

³⁴⁷ Yargıtay 15. HD. 19.06.2003 T., 2002/5769 E., 2003/3338 K, sayılı kararı şu şekildedir: "Yüklenicinin imal olunacak şeyi bir başkasına yaptırması olanaklı ise de bu durum yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Yüklenicinin işte iyi cins malzeme kullanarak yapımını yüklediği işi amacına, fen ve sanat kurallarına uygun imal ile teslim etmesi Yasanın 357. maddesi gereğidir." (www.kazanci.com).

Yüklenicinin kendi talimatı altında eseri üçüncü bir kişiye yaptırması halinde, TBK md. 116 bağlamında ifa yardımcılarında söz edilir³⁴⁸. Yüklenici bu kişileri seçmede, talimat vermede ve denetlemede özenli davranmakla yükümlüdür. Yüklenici bir tüzel kişiye, şahsen idare görevi tüzel kişi yüklenicinin yetkili organları tarafından yerine getirilir.

Yüklenicinin eseri şahsen meydana getirme veya şahsi yönetimi altında meydana getirme borcunu ihlali halinde TBK 112 gereğince sözleşmeye aykırılığın oluşacağı aşıkardır. Ancak bunun yanı sıra iş sahibinin TBK md 116 gereğine ifa yardımcısı çalıştırmanın sorumluluğuna da gidebilme hakkı da mevcuttur. İş sahibinin caiz olmayan biçimde ifa yardımcısı kullanan kişiye karşı TBK md. 112'den ve TBK md. 116'dan doğan talep haklarının bu bağlamda yarışacağı doktrinde kabul edilmiştir³⁴⁹. Doktrinindeki bir diğer görüş³⁵⁰ bu durumda yardımcı adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilmesine gerek olmadığını, sözleşmeye aykırılık halinde doğrudan TBK md. 112'ye başvurulacağını belirtmiştir.

Buna karşılık, eseri şahsen meydana getirme borcuna haiz olan yüklenicini, bu borcunu ihlal etmiş, bu neticede ayıplı bir eser doğmuş ise, iş sahibinin muayene ve ihbar görevini ifa etmiş olması halinde ancak ayba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilir³⁵¹.

Yüklenicinin borçlandığı edim, çeşitli işleri kapsıyor ve bunların yalnız bir bölümü açısından kişisel nitelikleri önem taşıyor ise, kalan bölümü kendi yöntemine tabi olmayan başka bir kişiye yaptırabilecektir³⁵².

TBK md. 486'nın öncü şartlarından biri olan, eser sözleşmesinin konusu olan eserin, yüklenicinin kişisel yetenekleri ile gerçekleştirilebilecek olan eserlerden olması gerektiği olgusunun açıklanması, TBK md. 486'nın uygulama alanının ve bu madde neticesinde gerçekleşen objektif imkansızlık hali neticesinde sözleşmede hasarın intikalinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Bu bakımdan yüklenicinin

³⁴⁸ Turgut Öz, İnşaat, s. 185.

³⁴⁹ Peter Gauch, Werkvertrag, N. 610.

³⁵⁰ Ahmet Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 192.

³⁵¹ Ahmet Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 197.

³⁵² Haluk Tandoğan, Özel, s. 72.

edim borçlarından biri olan kural olarak eseri şahsen veya kendi yönetimi altında meydana getirme borcunun açıklanması gerektiği kanaatindeyiz.

b. Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcunun Tbk Md. 486 Bakımından Değerlendirilmesi

Buna göre, özellikle TBK md. 486 açısından yüklenicinin eseri şahsen veya kendi yönetimi altında ifa etmesi, yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz ettiği konusundaki karineyi güçlendirmesi açısından önemlidir. Nitekim TBK md. 486'nın uygulanabilirliği ancak üçüncü kişinin söz konusu eseri meydana getiremeyecek durumlarda uygulanabilir. Şahsen ifa borcunun bulunması, TBK md. 486 da belirtilen yüklenicinin şahsından doğan sorumluluk halleri açısından önem arz etmektedir³⁵³.

TBK md 471'de düzenlenen yüklenicinin eseri bizzat meydana getirme veya gözetimi altında meydana getirilmesini sağlama borcu bakımından doktrinde bir görüş, bu kuralın tüzel kişiler bakımından da geçerli olduğunu ifade etmektedir. Zira iş sahibi, tüzel kişi yükleniciyi de tanınmışlığını ve organizasyonunu göz önünde tutarak seçmiş olabilir³⁵⁴.

Yargıtay da yüklenicinin ölümünün genelde eser sözleşmesini sona erdirmediğini, ancak yüklenicinin kişiliği nazara alınarak yapılmış olan sözleşmelerin bu kuralın istisnasını teşkil ettiğini belirtmiştir³⁵⁵.

c. Yüklenicinin Tüzel Kişi Olması Halinde TBK md. 486'nın Uygulama Alanı Sorunu

Eserin meydana getirilmesini üstlenen yüklenicinin bir tüzel kişi örneğin anonim şirket veya limited şirket veya hukuki ehliyete sahip kolektif veya komandit şirket olması halinde, eserin ancak yüklenicinin eseri "kendi yönetimi altında" yaptırma borcu olacağını aşikâr olup, bu durum doktrinde de kabul edilmiştir³⁵⁶.

³⁵³ Haluk Tandoğan, Özel, s. 73.

³⁵⁴ Pierre Tercier, Les Contracts Spéciaux, 4e éd, Zurich, 2009, N. 4381. (Leyla Müjde Kurt, s. 57'den naklen)

³⁵⁵ Yargıtay 15. HD. 26/06/1989 T. 1989/3773 E., 1989/3082 K. Ve Yargıtay 15. HD. 17/10/1985 T., 1975/3149 E., 1975/3436 K. Sayılı kararları için bkz. Nazif Kaçak, s. 1079-1081.

³⁵⁶ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 62.

Aynı şekilde yüklenicinin joint venture müşterek iş ortaklığı olması halinde de aynı kural geçerli olacaktır.

Tüzel kişilerde zaten daima bizzat yapma değil, yetkili organların veya gerçek kişilerin kişisel yönetimi altında yaptırma söz konusu olacaktır³⁵⁷.

Eserin meydana getirilmesini üstlenen tüzel kişiliğe haiz yüklenicinin gözetimi altında gerçekleştirilen bir eserde, çalışan personelin, bireysel beceri ve kabiliyetleri, eğitim- öğretim durumları, yöneticilerin tecrübeleri gibi kriterler, kendi yönetimi altında yaptırmasının tespitinde önemle göz önünde bulundurulacaktır³⁵⁸. Yüklenicinin eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcunun kapsamında, eseri yapanları özenle seçme, onlara gerekli talimatları verme ve eserin meydana getirilirken kontrol etme eylemleri dahildir.

Tüzel kişiliği bulunan bir firma, örneğin inşaat edimini belli bir gerçek kişi vasıtası ile ifa etmeyi üstlenmiş ise, bu durumda onun ölümü veya yeteneğini kaybetmesi halinde TBK md. 486 hükmünün uygulanmasının mümkün olduğu doktrinde kabul edilmiştir³⁵⁹.

Yüklenicinin bir ortaklık olması ve sözleşme yapılırken ortaklardan birine güvenilerek bu borç ilişkisinin kurulması halinde, söz konusu ortak ölür veya ayrılırsa da, durumun TBK md. 486'ya gireceği kabul edilmektedir³⁶⁰. Ancak doktrinde bir görüş³⁶¹ bu durumun mutlak bir şekilde uygulanması gerektiği düşüncesini eleştirmiştir. Buna göre iş sahibi, yüklenici olarak ortaklık tüzel kişisi ile eser sözleşmesini yapmıştır. Bu yüzden, onun borç ilişkisinin tarafı olmayan bir kişiye güvenerek sözleşmeyi yaptığını ileri sürmesine, bu ilişkinin tarafı bir gerçek kişiye duyulan güvenle aynı sonucu bağlamak yerinde olmaz. Şu halde bu kıyas her zaman yapılmayıp, sadece iş sahibinin ölen ortak olmaksızın bu sözleşmeyi ortaklıkla yapmayacak olduğunu gösteren inandırıcı nedenler bulunması halinde

³⁵⁷ Haluk Tandoğan, Özel, s. 71.

³⁵⁸ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 62; Yüklenicinin bir tüzel kişi olması durumunda eserin meydana getirilmesinin onun kişisel yeteneklerine sıkı sıkıya bağlı olup olmadığı, bu tüzel kişinin sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi ile ilgili o güne kadarki tecrübesi, sahip olduğu know-how ve personelin eğitim derecesi gibi unsurlar dikkate alınarak belirleneceği konusunda bkz. Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 324.

³⁵⁹ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 260.

³⁶⁰ Haluk Tandoğan, Özel, s. 333.

³⁶¹ Turgut Öz, Dönme, s. 163.

kabul edilmelidir. Aynı görüşe göre bu sınırlar içinde kalmak koşulu ile güvenilen ortağın ortaklıktan ayrılması halinde de bu hüküm kıyasen uygulanabilecektir.

Yüklenicinin iflası ise TBK md. 486 hükmü anlamında ifa imkansızlığı sebebi olarak kabul edilmemiştir³⁶².

2. İşin Tamamlanması, Yüklenicinin Ölümü Veya Kusuru Olmaksızın İşin Yapmaktan Aciz Kalması Dolayısıyla Mümkün Olmamalıdır

TBK md. 486'nin uygulanması için gerekli olan ikinci koşul, yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi sebebi ile objektif imkansızlık halinin doğmuş olmasıdır. TBK md. 486 bağlamında imkansızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve sürekli olan imkansızlıktır³⁶³.

TBK md. 485'in aksine TBK md. 486 hükmünde belirli bir yüklenicinin eser sözleşmesi meydana getirmesi edimini yerine getirememesi yeterlidir. Zira TBK md. 486 hükmünün şartları açısından, yüklenicinin şahsi nitelikleri de dikkate alınarak yapılan sözleşmede, diğer şahısların ifa edebilme imkanları dikkate alınmayacaktır³⁶⁴.

Yüklenicinin eseri meydana getirmesi için gerekli parasal kaynağı sağlamada güçlük yaşadığı durumlarda TBK md. 486'nın uygulama alanı yoktur. Nitekim eserin meydana getirilmesinin yükleniciden beklenemeyeceği veya yüklenici için katlanılmaz olduğu hallerde, TBK md 486 değil, TBK md. 480/II uygulanacaktır³⁶⁵.

TBK md. 486'da belirtilen hallerde yüklenicinin kişisel özelliklerini yitirmesi halinde ifa imkansızlığının objektif mi subjektif mi olduğu da tartışılmalıdır. Buna göre TBK md. 136'da düzenlenen sonradan ifa imkansızlığı ile ilgili olarak, doktrinde ancak objektif ifa imkansızlıkları bakımından TBK md. 486'nın uygulanabileceği düşüncesine³⁶⁶ karşılık aynı maddenin uygulanmasında objektif veya subjektif ifa imkansızlığı ayrımı yapmaksızın sözleşmenin imkansızlık halinde sona erdiği düşüncesi bulunmaktadır. Ancak subjektif ifa imkansızlığının da

³⁶² İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 260.

³⁶³ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 386.

³⁶⁴ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 259.

³⁶⁵ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 106.

³⁶⁶ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 259.

uygulanması gerektiği düşüncesinde olan görüş dahi, yüklenicinin şahsıyla sıkı sıkıya meydana getirdiği eserler bakımından imkansızlık hali söz konusu olduğunda burada subjektif değil, objektif ifa imkansızlığının bulunduğunu kabul etmiştir³⁶⁷.

Federal Mahkemenin 103 II 58 sayılı kararına göre, TBK md. 486 hükmü, yüklenicinin eseri meydana getirme yeteneğini kusuru ile kaybetmesi ile de uygulanacaktır. Buna göre kusur, yalnızca ikinci fıkradaki özel tazminat düzenlemesi bakımından önemlidir³⁶⁸.

Kanun koyucunun TBK md. 486'da genel olarak yükleniciye kusur isnadı edilmeyen haller bakımından hasarı düzenlediği göz önüne alındığında, yüklenicinin kusuru ile yüklenicinin ölümü veya eseri meydana getirmesi için gerekli olan yeteneğini kaybetmesi halinde genel hükümlere başvurmak gerekir. Buna göre yüklenicinin kusuru ile TBK md. 486'daki durumun oluşması halinde TBK md. 112 uygulama alanı bulacaktır.

Kanun ifa imkansızlığı sebebi olarak, yüklenicinin ölümünü de saymıştır. Buna göre yüklenicinin ölümü, eser sözleşmesinin, şahsi edim niteliğinde olduğu durumlarda, ifa imkansızlığı doğacak ve inşaat sözleşmesini sona erdirebilecektir. Eser sözleşmesinden kaynaklanan edim maddi edim ise, yüklenici, gerçek kişi ve mirasçıları külli halefiyet gereği, sözleşmeyi yani eserin meydana getirilmesi edimini devam ettirmekle yükümlüdürler. Miras reddolunmuşsa, tasfiye memuru, iş sahibi ile karşı karşıya gelecektir. İş sahibi de, inşaatın gecikmesi ve yüklenicinin temerrüde düşme durumu nedeniyle, TBK md. 473 uyarınca sözleşmeden dönecektir³⁶⁹.

C. TBK md. 486'nın Uygulanmasının Sonuçları

1. Eser Sözleşmesinin Sona Ermesi

TBK md 486'da belirtilen durum neticesinde eser sözleşmesi kendiliğinden ileriye etkili olarak sona erecektir³⁷⁰. Buna göre sözleşme ilişkisi, iş sahibinin herhangi bir işlem yapmasına gerek olmaksızın sona erecektir. Ancak burada da

³⁶⁷ Fikret Eren, Genel, s. 1039.

³⁶⁸ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 258-259.

³⁶⁹ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 260.

³⁷⁰ Alper Gümüş, Özel Cilt 2, s. 106; İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 261.

TBK md. 485'te olduğu gibi, sözleşmenin sona ermesinin gerçekleşmesi için, yüklenicinin yasal mirasçılarının irade beyanlarına ihtiyaç duyulduğu görüşü ileri sürülmüştür.

2. Eserin Kullanılabilecek Kısımlarının İş Sahibi Tarafından Kabulü Ve Bedel Ödeme Zorunluluğu

İş sahibi TBK md. 486/II gereğince, kendisi için kullanılabilir nitelikteki eser kısmını kabul ve bu eser kısmı için bedel ödemekle yükümlüdür.

Kısmi bedel ödeme yükümlülüğünde ödenecek bedel tutarı sözleşmede kararlaştırılmış ücrete göre belirlenecektir. Sözleşmede bedelin tam olarak belirli olamaması halinde, TBK md. 481'e göre objektif değer belirlenecektir.

Yüklenici, yukarıda belirtilen bedel ödemenin karşılığı olarak, bedeli ödenen eser kısmını iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Burada kullanabilme ifadesi geniş yorumlanmalıdır. Özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından bu önem taşımaktadır. Zira bitirilmemiş bir inşaatla oturma izni alınamayacağından, bu anlamda daima kullanılma olacaktır. Kullanılma teriminin bu bağlamda, sözlük anlamıyla değil, yasanın amacına uygun olarak, "iş sahibinin işine yaramak" olarak anlamak gerektiği doktrinde haklı olarak savunulmuştur³⁷¹.

İş sahibinin malzemeyi tedarik ettiği durumlarda, eserin yapılan kısmını, işine yaramayacağı gerekçesi ile kabul etmez ise, eğer emek malzemededen daha pahalı ise, bu kısım yükleniciye ait olacaktır. Aksi durumda iş sahibine verilir³⁷².

3. Kural Olarak Yüklenicinin Tazminat Sorumluluğunun Doğmaması Durumu

TBK md. 486'da kural olarak yükleniciye tazminat ödeme yükümlülüğü vermemiştir. Bu durumun iki istisnası yüklenicinin temerrüdü hali ve yüklenicinin kusuru ile eseri meydana getirmesi için gerekli olan yeteneğini kaybetmesi veya ölmesi hallerinde söz konusu olacaktır.

³⁷¹ Turgut Öz, İnşaat, s. 185.

³⁷² İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 262.

Buna göre TBK md. 119 gereğince, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düştüğü durumda TBK md 486'daki durumların gerçekleşmesi halinde kurtuluş kanıtı getirilmedikçe tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Zira tazminat ödeme durumu TBK md. 119 hükmünün birinci fıkrası gereğince ifa imkansızlığı sırasında yüklenici temerrüde düşmüşse, ikinci fıkradaki kurtuluş beyyinesi getirilmemiş ise ortaya çıkacaktır³⁷³. Yüklenicinin tazminat ödeyeceği ikinci durum ise yüklenicinin kusuru ile ölümü veya eserin meydana getirilmesi için gerekli olan yeteneğini kaybetmesi halidir. Bu durumda TBK md. 112 gereğince olumlu zararı karşılamak durumundadır. Yüklenici intihar etmiş veya kusuruyla bedensel veya fikri iş görme yeteneğinin kaybına yol açmışsa, kusurlu sayılır³⁷⁴.

Yüklenicinin ölümünden önce veya eseri meydana getirmesi için şart olan yeteneğinin onun kusuru neticesinde kaybetmesinden önce, yüklenicinin temerrüde düşmüş olması halinde, TBK'nın hangi maddesinin uygulanması gerektiğinin de bu bağlamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, doktrinde TBK md. 118 gereğince iş sahibinin müspet zararının ödenmesi yönünde bir görüş ileri sürülmüştür³⁷⁵.

D. TBK Md 486'nın TBK Md. 136 Hükmü Bakımından Değerlendirilmesi

Kusursuz ifa imkânsızlığı üzerine sözleşmenin içerdiği tüm borçlarla sona ermesi bakımından TBK md. 136 ile TBK md. 486 hükümlerinin düzenlenmesi aynı ise de, bu sona ermenin sonuçları bakımından farklılık söz konusudur³⁷⁶. TBK md. 136/II böyle bir durumda tarafların ifa imkânsızlığı durumunun ortaya çıkmasından önce almış oldukları şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermelerini düzenlerken, TBK md. 486 bu takdirde iş sahibi eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek durumda ise, iş sahibinin bunu kabul edip bu oranda yükleniciye bedel ödemesi gerektiğini belirtmiştir³⁷⁷. Diğer bir deyişle TBK md. 136/II sözleşmeyi mutlak şekilde tasfiye etmek üzere sona erdirirken TBK md. 486 şayet yapılan kısım işe yarayacaksa sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirecektir.

³⁷³ İbrahim Kaplan, Endüstri, s. 263.

³⁷⁴ Alper Gümüş, Özel, s. 107.

³⁷⁵ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Özel, s. 386.

³⁷⁶ Turgut Öz, İnşaat, s. 227.

³⁷⁷ Yusuf Büyükay, s. 229.

Buna göre, belirtilmesi gereken birinci durum, yüklenicinin hiç işe başlamadan imkansızlık halinin doğması ile ilgilidir. Böyle bir durumda taraflar hiçbir borç altında olmayacak, şayet yükleniciye ödeme yapılmış ise bu iş sahibine iade edilecektir.

İkinci durum, yüklenicinin kısmi olarak eseri meydana getirdiği sırada imkansızlık halinin doğması halinde değerlendirilecektir. Buna göre, bu durumda yapılan kısım iş sahibinin işine yaramayacak ve yapılanın da yıkılması gerekecekse yine burada da iş sahibi hiçbir şey vermeyecek ve vermişse de geri alacak iken, yüklenici de malzemeyi şayet kendisi temin etmiş ise, eserin meydana getirilmiş kısmının yıkılarak malzemenin kendisine verilmesini talep edebilecektir.

Son durum, eserin meydana getirilmiş kısmının iş sahibince kullanılmasının mümkün olduğu hali yansıtır. Buna göre, iş sahibi bu durumda eserin, yapının sökülmesini isteyemeyecek, yapılan kısım oranında bedel ödemek zorunda kalacaktır.

İnşaat sözleşmeleri bakımından iş sahibinin kullanabilir olduğu eserler hakkında söylenmesi gereken, bu tabirden eserin iş sahibi tarafından fiilen ve hukuken kullanılması veya böyle değilse de inşaata devam edip yapıyı bitirmesinin mümkün olması ve iş sahibinden beklenir olması anlaşılması gerektiğidir³⁷⁸. Doktrinde³⁷⁹ bu durumun büyük çoğunlukla sübjektif imkânsızlık durumlarında söz konusu olduğu belirtilmiştir. Sonraki objektif imkânsızlık durumlarında, imkânsızlık sürdükçe esasen iş sahibi de dâhil olmak üzere hiç kimsenin eseri tamamlayamayacağı söylenecektir.

³⁷⁸ Turgut Öz, İnşaat, s. 228.

³⁷⁹ Turgut Öz, İnşaat, s. 228.

SONUÇ

Eser sözleşmelerine hasar kavramı, genel hükümlerin yanı sıra kanun koyucu tarafından TBK md. 483, 485 ve 486. maddelerinde düzenlenmiş olup, tez çalışmamızda öncelikle eser sözleşmesinin tanımına, hukuki niteliğine ve diğer sözleşmeler ile olan ilişkisine yer verilmiş, akabinde hasar ve hasar kavramı ile bağlantılı olduğunu düşündüğümüz yarar kavramı açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise, ilk iki bölümün sentezinin amaçlanmış, kanun koyucunun eserin meydana getirilmesinde teslimden önce meydana gelen kusura dayanmayan sebeplerde ortaya çıkan hasarın hangi taraf üzerinde bırakılacağı konusundaki düzenlemelerine yer verilmiştir.

Buna göre eser sözleşmesinde hasarın geçişi kavramı öncelikle TBK md. 483 kapsamında değerlendirilmelidir. TBK md. 483'e göre, eserin teslimden önce beklenmedik olay neticesinde telef olması halinde, kural olarak hasara yüklenici katlanacaktır. Bu bakımdan yüklenici meydana getirdiği eser kısmının bedelini talep edemeyeceği gibi, eserin tekrar meydana getirilmesi mümkün ise, bu bakımdan ayrıca bedel talep edemeyecektir. Bu bağlamda ifa imkansızlığının da değerlendirilmesi gerekir. Zira eserin beklenmedik olay, yani taraflara isnad edilemeyecek bir hal neticesinde telef olması halinde, ifa imkansızlığının söz konusu olduğu görülür ise, bu durumda sözleşmenin sona erdiği kabul edilecektir. Taraflar TBK md. 136 gereğince edindikleri edimleri iade etmekle yükümlü olacaklardır.

TBK md. 483'ün ilk fıkrasının son cümlesi beklenmedik olay neticesinde malzemeye gelen hasarı düzenlemekte olup, buna göre malzemeyi getiren taraf, beklenmedik olay neticesinde doğan malzeme hasarına da katlanacaktır.

TBK md. 483/II belli şartlar altında hasara iş sahibinin katlanacağını düzenlemektedir. Buna göre birinci fıkrada belirtilen kuralın istisnası olarak, eserin iş sahibinde verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması halinde, yüklenicinin durumu zamanında bildirmesi koşulu ile, hasara iş sahibi katlanacak, bu sebeple yüklenici tarafında doğan zararları karşılamak durumunda kalacaktır. Ancak bu durumda yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan bedeli değil, yaptığı işin değeri ve bu değere girmeyen

giderleri isteme hakkı söz konusu olacaktır. İş sahibinin kusuru bulunması halinde ayrıca tazminat sorumluluğu mevcuttur.

TBK md. 485 eser sözleşmelerinde hasar kavramının, iş sahibi sebebi ile gerçekleşen sebeplerden dolayı ifanın imkânsızlaşması açısından incelemiştir. Bu bakımdan, hasara iş sahibinin katlanması kurak olarak söz konusu olacaktır. Şöyle ki, eserin tesliminden önce, iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle eserin tamamlanmasının imkânsızlaşması halinde yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen masraflarını talep edebileceği TBK m. 485 kapsamında düzenlenmiştir. Bu bağlamda iş sahibinin kusuru olup olmadığı TBK md. 485 bakımından önem arz etmez. Ancak iş sahibinin kusuru mevcut ise ayrıca tazminat yükümlülüğü doğacaktır.

Son olarak TBK md. 486'da ise yüklenicinin şahsını ilgilendiren bir eserin meydana getirilmesinin taahhüt edildiği eser sözleşmelerinde yüklenicinin kusuru bulunmaksızın yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi halinde sözleşmenin sona erdiği düzenlenmiştir. Buna göre, iş sahibi hasara katlanacak ve eserin tamamlandığı kısım iş sahibinin kullanabileceği şekilde ise bunu kabul edecek ve bedelini yükleniciye verecektir. Tez çalışmamızda bu madde kapsamında yüklenicinin kural olarak eseri şahsen veya kendi gözetimi altında ifa etmesi borcu, yüklenicinin tüzel kişi olması halinde 486. maddenin uygulanabilirliği tartışılmış, konuya açıklık getirilmesi amaçlanmıştır.

KAYNAKÇA

1. Akıntürk, Turgut, **Satım Akdinde Hasarın İntikali**, Ankara, 1966.
2. Altaş, Hüseyin, **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**, Ankara, 2002.
3. Altay, Saba, **Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi**, İstanbul, 2008.
4. Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2012, (Özel).
5. Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Ankara, 2011.
6. Ayan, Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Konya, 2012.
7. Baygın, Cem, **Türk Hukukuna Göre Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul, 1999.
8. Baysal, Başak, **Aşırı İfa Güçlüğü**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 113-143.
9. Bucher, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Besonderer Teil, 3. Aufl.,Zürich, 1988.
10. Buz, Vedat, **Müteahhitin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması**, AÜSBFD., C. 49, Ocak- Haziran 1994, s. 23-40, (İmkansızlaşma).
11. Büyükay, Yusuf, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, 2013.
12. Çakırca, İrem, **Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi**, İÜHFM., C. LXV, S.1, Y. 2007, s.177-206.
13. Çeliktaş, Demet, **Şekle Aykılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırlı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, DEÜHFD, Prof. Dr. Kunter Ayiter Armağanı, C. III, S. 1-4, Ankara, 1988, s. 593-641.
14. Doğan Yenisey, Kübra, **Hizmet Sözleşmesi**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 297- 336.
15. Duman, İlker Hasan, **İnşaat Hukuku**, Ankara, 2013.
16. Dural, Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonradan İmkansızlık**, İstanbul, 1976.
17. Eren, Fikret , **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2012, (Genel).
18. Eren, Fikret, **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri**, Yönetici- İşletmeci- Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996, (inşaat).
19. Erman, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2010, (Arsa Payı).

20. Erman, Hasan, **İstisna Sözleşmesinde Beklenmedik Haller**, İstanbul, 1979, (Beklenmedik Haller).
21. Erzurumluoğlu, Erzan, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Ankara, 2011, (Özel).
22. Erzurumluoğlu, Erzan, **Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi**, Ankara, 1970, (Yüklenemeyen Nedenler).
23. Gauch, Peter, **Der Werkvertrag**, 5. Auflage, Zürich- Basel- Genf, 2011, (Werkvertrag).
24. Gautschi, Georg, **Der Werkvertrag (Art. 363-379)**, Bd. VI, 2. Abt., 3. Teilband, Bern, 1967.
25. Gautschi, Georg, Berner Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI. 2. Abteilung, 3. Teilband, **Der Werkvertrag**, Bern, 1966, (Werkvertrag).
26. Gautschi, Georg, **Zur Qualifikation des Architektenvertrages in BGE 98 II 305 ff.**, SJZ, 1974.
27. Gökyayla, Emre, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011, s. 577-593, (Sempozyum).
28. Gökyayla, Emre, **Eser ve Vekalet Sözleşmeleri**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 289-295, (I).
29. Gözübüyük, Polat, **Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller**, Ankara, 1977.
30. Güleç, Şafak, **Eser Sözleşmesinin Beklenmedik Haller Nedeniyle Feshi**, Ankara, 2009.
31. Gümüş, Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul, 2012, (Özel Cilt 2).
32. Gümüş, Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul, 2012, (Özel Cilt 1).
33. Günay, Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, 2012.

34. Gürpınar, Damla, **Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi**, İzmir, 2006.
35. Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2012.
36. Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdurrahman, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 1992.
37. Helvacı, İlhan, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**, İstanbul, 2011, (Kanun)
38. Jäggi, **Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag**, SJZ, 1973.
39. Kaçak, Nazif, **Emsal İçtihatlarla Borçlar Kanunu**, Ankara, 2011
40. Kaplan, İbrahim, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, 2013, (Endüstri)
41. Kaplan, İbrahim, **Türk- İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu**, Ankara, 1988, (Mimar).
42. Karaca, Mehmet, **Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi**, Ankara, 2009.
43. Karahasan, Mustafa Reşit, **İnşaat- İmar- İhale Hukuku**, C. 1, İstanbul, 1997.
44. Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış)**, Ankara, 2012, (Genel).
45. Kılıçoğlu, Ahmet, **Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu**, AÜHFD 1976 s.1-4 c.32 sh.185-199, (Şahsen İfa).
46. Koç, Nevzat, **Bina ve Yapı Eserlerinin Sorumluluğu**, Ankara, 1990.
47. Kostakoğlu, Cengiz, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul, 2011.
48. Köksal, Tunay, **Uluslararası İnşaat Hukuku**, Ankara, 2010.
49. Kurt, Leyla Müjde , **(6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, 2012.
50. Kürşat, Zekeriya, **Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü**, İÜHFM., C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 143-166.

51. Necip, Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1971.
52. Nomer, Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2012.
53. Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul, 2011.
54. Oser, Hugo/ Schönerberger, Wilhelm, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, V. Band Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184-413, 2. Aufl., Zürich, 1936.
55. Öz, Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 2013, (İnşaat).
56. Öz, Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte)**, İstanbul, 1989, (Dönme).
57. Reisoğlu, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2012.
58. Seliçi, Özer, **Borçlar Kanunu'na göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977, (Sürekli).
59. Seliçi, Özer, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, 1978. (Müteahhit).
60. Serozan, Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 2002.
61. Serozan, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, 2007, (Dönme).
62. Şenocak, Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002, (Ayıp).
63. Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt 2, İstanbul, 2010, (Özel).
64. Tandoğan, Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, İstanbul, 2010, (Mesuliyet).
65. Tekinay, Selahattin / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993.
66. Tercier, Pierre, **Les Contracts Spéciaux**, 4e éd, Zurich, 2009
67. Uçar, Ayhan, **İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, 2003, Tekeffül).
68. Uçar, Ayhan, **İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları**, EÜHFD, C.V, S.1-4, 2001, s. 514-555, (Teslim).
69. Yavuz, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, İstanbul, 2012.
70. Yavuz, Nihat, **Türk Borçlar Kanunu'na göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri**, Ankara, 2011.

71. Yücel Aktürk, İpek, **Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri**, Ankara, 2012.
72. www.kazanci.com

ÖZGEÇMİŞ

1988 yılında İstanbul'da doğdum. 2006 yılında Yeşilköy Anadolu Lisesi'ni bitirdikten sonra, aynı yıl girdiğim İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden, 2010 yılında mezun oldum. Avukatlık Stajını takiben yaklaşık bir yıl süreyle avukatlık yaptım. 2011 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Anabilim Dalı'nda Yüksek Lisans öğrenimime başladım ve 2013 yılında "Eser Sözleşmelerinde Hasarın Geçişi" başlıklı tezimle öğrenimimi tamamladım. Aynı zamanda 2013 yılından bu yana Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktayım.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı	Elif Merve Subaşı
Tez Başlığı	Eser Sözleşmelerinde Hasarın Geçişi
Savunma Tarihi	28/08/2013
Danışmanı	Prof. Dr. M. Turgut Öz

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ

Doç. Dr. Emrehan İNAL

Doç. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Sibel YAMAK