

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA ÖZEL HUKUKU) ANA BİLİM DALI

ROMA VE TÜRK HUKUKUNDA İSTİSNA AKTI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman Öğretim Üyesi
Doç. Dr. Nadi GÜNAL

Hazırlayan
Mehmet Ali CANAVCI
03911932

ANKARA - 2006

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
BİBLİYOGRAFYA ve YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	IV
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1
§ 1. ROMA HUKUKUNDA AKİTLER SİSTEMİ VE BU AKİTLER SİSTEMİ İÇİNDE İSTİSNA AKDİ (LOCATIO CONDUCTIO OPERİS)' NİN YERİ	3
I. GENEL OLARAK.....	3
II. ROMA HUKUKUNDA AKİTLER SİSTEMİ	7
III. ROMA HUKUKUNDAKİ AKİTLER SİSTEMİ İÇİNDE LOCATIO CONDUCTIO OPERİS'İN YERİ	10
§ 2. LOCATIO CONDUCTIO OPERİS (İSTİSNA AKDİ) TANIMI VE UNSURLARI	16
I. TANIM.....	16
II. UNSURLARI	19
1. Tarafların Anlaşması,.....	20
2. Sözleşme Konusunun Bir Eser (Opus) Olması	20
A. İş Sahibi Tarafından Malzemenin Teminini.....	22
B. İşin (Eserin) Yapılması ve Sonuçlandırılmış Olan İşin (Eserin) Teslimi .	26
3. Ücret Unsuru	29

§ 3. LOCATIO CONDUCTIO OPERIS (İSTİSNA AKDİ) İLE DİĞER AKİTLERİN FARKLARI.....	36
I. HİZMET (LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM) AKDİNDEN FARKLARI.....	36
II. VEDİA (DEPOSITUM) AKDİNDEN FARKLARI	45
III. ALIM SATIM (EMPTIO VENDITIO) AKDİNDEN FARKLARI.....	47
IV. VEKALET (MANDATUM) AKDİNDEN FARKLARI	52
V. YAYIN SÖZLEŞMESİNDEN FARKLARI	56
 §4. LOCATIO CONDUCTIO OPERIS (İSTİSNA AKDİ)’İN TARAFLARI VE TARAFLARININ BORÇLARI	59
I. AKDİN TARAFLARI	59
II. AKDİN TARAFLARININ BORÇLARI.....	60
1. İş Sahibi (Locator)’nin Borçları.....	60
A. Malzemenin temin edilmesi	60
B. Ücretin ödenmesi borcu	62
2. Müteahhit (Conductor)’in Borçları.....	67
A. Eseri yapma borcu.....	69
B. Eseri teslim etme borcu.....	73
C. Türk hukukunda durum.....	74
 § 5. TARAFLARIN SORUMLULUĞU VE HASAR MESELESİ	78
I. GENEL OLARAK TARAFLARIN SORUMLULUĞU	78
II. HASAR MESELESİ	83
1. Klâsik Dönemde.....	84
2. Klâsik Donem Sonrasında	87
 § 6. LOCATIO CONDUCTIO OPERIS’DEN DOĞAN DAVALAR.....	89
I. ACTIO LOCATI.	89
II. ACTIO CONDUCTI.....	89

§ 7. LOCATIO CONDUCTIO OPERIS'İN SONA ERMESİ.....	90
I. GENEL OLARAK BORCUN SONA ERME SEBEPLERİ.....	90
1. İfa.....	90
2. Temerrüt veya İfa Etmeme Sebebiyle Fesih	91
3. Anlaşma ile Sona Erme.....	93
4. İmkansızlık.....	94
5. Müteahhidin Ölümü.....	96
II. LOCATIO CONDUCTIO OPERIS'E ÖZGÜ SONA ERME	
SEBEPLERİ	97
1. Haklı Sebeplerle Sona Erme	97
2. Aciz Dolayısıyla Sona Erme	98
A.İş sahibinin aczi	98
B.Müteahhidin aczi	99
3. Ücret Miktarı ile İlgili Sona Erme	100
SONUÇ.....	102
ÖZET.....	108

BİBLİYOGRAFYA

- AKYAZAN, S.**, İstisna Akitleri, AD. 1967.
- ANSAY, T.**, Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri, Ankara 1967.
- ARAL, F.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1997.
- ATABEK, R.**, İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938.
- AYAZLI, P.**, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları-Hukuki Özellikleri-Şekil Sorunu) HAD. 1987, c.2, S.1.
- AYGÜN, M. Z.**, Vekalet Akdi ve Bazı Akitlerden Farkı, AD. 1953.
- BAYGIN, C.**, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.
- BECKER, H.**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Md.184-551, Ankara 1993 (çev. DURA, S.).
- BERKİ, Ş.**, Roma Hukuku, Ankara 1949.
- BİLGE, N.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- BUCKLAND, W.W.**, Textbook of Roman Law, Chambridge 1963 .
- CENTEL, T.**, İş Hukuku, c.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.
- CİN, H. / AKGÜNDÜZ, A.**, Türk Hukuk Tarihi, c.2, İstanbul 1996.
- ÇELİK, N.**, İş Hukuku, İstanbul 2000.
- DAYINLARLI, K.**, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1988.
- DEMİRCİOĞLU, A. M. / CENTEL, T.**, İş Hukuku, İstanbul 1999.
- Di MARZO, S.**, Roma Hukuku, İstanbul 1959 (çev. UMUR, Z).
- DUFF, P.W.**, Personality in Roman Law, Chambridge 1938.
- ELBİR, H. K.**, İş Hukuku, İstanbul 1987.
- ERDOĞAN İ.**, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, SÜHFD, c.3, S.1, Ocak-Haziran 1990.
- ERDOĞMUŞ, B.**, Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2000.

- EREN, F.**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c.I, İstanbul 1998, c.II, İstanbul 1999.
- EREN F.**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, (I) İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996 (agmI).
- EREN, F.**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları (II), İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici- İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996 (agm II).
- EREN, F.**, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi (III), İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici- İşletmeci- Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996 (agm III),
- ERMAN, H.**, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2), İstanbul 1979.
- ESENER, T.**, İş Hukuku, Ankara 1974.
- FEYZİOĞLU, F. N.**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c.I, İstanbul 1976.
- FRANKO, N.**, Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara 1981.
- GÖKTÜRK, H. A.**, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951.
- GÜNAY, C. İ.**, Şerhli İş Kanunu, c.1 ve c.2, Ankara 1998.
- GÜZEL, A.**, Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997.
- HATEMİ, H./SEROZAN,R./ARPACI,A.,** Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 1992.
- HAUSMANINGER, H.**, Casebook zum römischen Vertragsrecht, Wien 1980.
- HAUSMANINGER H./ SELB, W.**, Römisches Privatrecht, Wien 1997.
- HONIG, R.**, Roma Hukuku, İstanbul 193 (çev. TALİP, Ş.).
- HONSELL, H. / MAYER-MALY, T. / SELB, W.**, Römisches Recht, Salzburg-Wien 1986.
- İNAN, A. N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.
- KARADENİZ, Ö.**, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara 1976,
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö** , Roma Hukuku, .Ankara 1997.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö**, Roma Eşya Hukuku, Ankara 2000 (Eşya).
- KARABASAN, M. R.**, İnşaat-İmar- İhale Hukuku, İstanbul 1979.
- KARAHASAN, M. R.**, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap, Sözleşmeler, İkinci

Kitap, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 1991.

KARAMAN, EL, Ana hatlarıyla İslam Hukuku, 3, Hususi Hukuk, İstanbul 1997.

KARAMAN, H., Mukayeseli İslam Hukuku, c.II, İstanbul 1987 (c.II).

KASER, M., Das Römische Privatrecht, Bd.1, München 1971, Bd. 2, München 1975 (RPRI,RPRII).

KILIÇOĞLU, A., Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AHFM, c.32, S. 1-4.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1985.

KOSCHAKER, P. / AYİTER, K., Roma Özel Hukuku, İzmir 1993.

KÖTELİ, A., Hizmet Akdini İstisna ve Vekalet Akitlerinden Ayırıcı Kistaslar Üzerine Bir İnceleme, İBD, c.59, S.1-2-3, 1985.

KRELLER, H., Römisches Recht, II, Grundlehren des Gemeinenrechts, Wien 1950.

MAYER-MALY, T., Locatio Conductio, Wien 1956.

NARMANLIOĞLU, Ü., İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, I, İzmir 1998.

OLGAÇ, S., İstisna Akdi, Ankara 1977.

OSER, H. / SCHÖNENBERGER, W., Borçlar Hukuku, Birinci Kısım Madde 1-40 (TBK: 1-40), Ankara 1947 (Çeviren.SEÇKİN, R.) (Borçlar Hukuku).

OSER,H. / SCHÖNENBERGER, W., İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Madde 110-183 (TBK.109-181), Ankara 1950, (Çev. AYİTER, F.) (Şerh).

ÖNEN, T., Borçlar Hukuku, Ankara 1981.

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

ÖZYÖRÜK, S., İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1988.

RADO, T., Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1997.

REİSOĞLU, S., Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968.

SAYMEN, F. H., Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.

SCHWARZ, A., Borçlar Hukuku Dersleri, c.I, İstanbul 1948 (çev. DAVRAN, B.).

SCHWIND, F., Römisches Recht, I, Geschichte, Rechtsgang System des Privatrechtes, Wien 1950,

SEIDL, E., Römisches Privatrecht, Köln 1963.

SELİÇİ, O., Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

SEROZAN, R., Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.

SOMER, P., Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul 1999.

SUNGURBEY İ., Medeni Hukuk Sorunları, c.IV, İstanbul 1980, c.V, İstanbul 1984.

TAHİROĞLU, B., Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000.

TAHİROĞLU, B. / ERDOĞMUŞ, B., Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Genel Kavramlar ve Usul Hukuku, İstanbul 2000 (Genel Kavramlar).

TAHİROĞLU, B. / ERDOĞMUŞ, B., Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 1999.

TAMER-GÜVEN D., Roma Hukukunda Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk (Culpa in Eligendo), İstanbul 1993 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c.II, İstisna ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 1989.

TANDOĞAN, H., İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzer Akitlerden Ayırdedilmesi, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970 (agm).

TANDOĞAN, H., Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet) Ankara 1961 (Mesuliyet).

TEKİNAY, S.S. / AKMAN, S. / BURCUOĞLU, H. / ALTOP, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993,

TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku, c.n, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.

UMUR, Z., Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999 (Ders Notları).

UMUR, Z., Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s. 143 (Lügat).

UMUR, Z., Roma Hukuku - Eşya Hukuku, İstanbul 1983.

URAL, İ. / ÖZCAN, S., Sadeleştirilmiş Mecelle, (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye) İstanbul 1995.

UYGUR T., Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, İstanbul 1993.

UYGUR, T., Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri c.3, Ankara 1991 (c.3).

UYGUR, T., Açıklamalı- İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, c.5, Ankara 1993 (c.5).

UYGUR, T., İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar - Yargılama, Ankara 1980 (Temel Kavramlar).

VELİDEDEOĞLU, H.V. / ÖZDEMİR, R., Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel) Ankara 1987.

VILLEY M., Roma Hukuku, Güncelliği, İstanbul 2000 (çev. TAHİROĞLU, B.).

WATSON, A., The Law of Obligations in the Later Roman Republic, London 1965.

YAVUZ, C , Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 1996.

ZEVLİLİLER, A., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1995.

ZİLELİOĞLU, H., Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Ankara 1985 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

ZİLELİOĞLU, H., Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AHFD34, 1982-1987, S.1-4.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

I. Corpus Iuris Civilis

- **Institutiones** : KRUGER, P., Berolini 1963 (çev. UMUR, Z., Iustinianus Institutiones, İstanbul 1955).
- **Digesta** ; MOMMSEN/KRUGER, Berolini 1965.
- **Codex** : KRUGER, P., Berolini 1965.

II. Gaius Institutiones : SECKEL/KÜBLER, Erlangen 1934 (çev. RADO, T., Gaius Institutiones, Borçlar Kısım. İstanbul 1993).

III.

UMUR, Z., Roma Hukuku Lugatı, İstanbul 1983.

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AD.	: Adalet Dergisi
agm.	: Adı geçen makale
AHFM.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
Bd.	:Band/Bânde
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
C.	: Codex
CC.	: Code Civil
çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
Gai. Inst.	: Gaius Institutiones
HAD	; Hukuk Araştırmaları Dergisi
HD.	; Hukuk Dairesi
HGB.	: Handels Gesetzbuch
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK.	: İcra İflas Kanunu
İtalyan MK.	: İtalyan Medeni Kanunu

Inst.	: Iustinianus Institutiones
karş.	; Karşılaştırınız
md.	: Madde
Nr.	: Nummer
OR.	: Obligationen Recht
pr.	: Principium
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sahife
S.	: Sayı
SDHI	: Studia et Documenta Historiae et Iuris
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
Tekstil İşv.D.	: Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
XII. L.K.	: Oniki Levha Kanunu
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Çağımızda, modern hukukların, özel hukuk alanında kullandığı ve yararlandığı kurum ve kavramların temeli, genellikle Roma Hukukuna dayanmaktadır. Nitekim borç (obligatio), borç ilişkisi kavramları başta olmak üzere, borç kaynaklarının akitler ve haksız fiiller olarak ayrılması, hata, hile, ikrah gibi iradeyi sakatlayan haller, borçlunun sorumluluğu, borcun parça/cins borcu olarak ayırt edilmesi, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin temel kurallar kaynağını hep Roma Hukukundan almaktadır.

Kara Avrupası ülkelerinde ortaya çıkan ve gelişerek uygulanan Roma Hukuku sistemi, bugün dünyanın başka coğrafyalarındaki ülkelerde de etkili olmuştur. Nitekim çağdaşlaşma hedefinin bir sonucu olarak, Japonya ve Türkiye, Kıta Avrupası Hukukunu örnek alarak kanunlarını buna uydurmuşlardır. Yine İspanya ve Portekiz egemenliğinin sonucu olarak Güney Amerika ülkeleri ve Güney Afrika ülkelerinin, belli ölçüde Roma Hukukunun etkisinde kaldıkları görülmektedir.

Roma Hukukunun, zaman içerisinde ortaya çıkan ihtiyaçlarla birlikte gelişmesi sonucunda, çağdaş Avrupa’da uygulanmaya başlayan bir “müşterek hukuk” ortaya çıkmıştır. Bu müşterek hukukun esasları da Pantekt ilmi adı altında gelişerek modern kanunlaştırmalara yön vermiştir.

Çalışma konusu olarak seçtiğimiz locatio conductio operis (istisna akdi), Roma hukukunda, iş görme sözleşmeleri (locatio conductio) arasında yer almış ve

müşterek hukuk çalışmaları sonucunda modern çağın ihtiyaçları ile birlikte bugünkü halini almıştır.

Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akdi başlığını taşıyan bu çalışmamız, esas itibari ile Roma Hukuku alanında yapıldığından, Roma Hukukunda akitler sistemi ve istisna akdinin Roma Hukukundaki akitler sistemi içindeki yeri, akdin tanımı ve unsurları, istisna akdinin diğer akitlerden farkları, akdin tarafları ve tarafların borçları , sorumluluk ve hasar meselesi, bu akitten doğan davalar ve akdin sona ermesi konuları bu yedi ana başlık altında, geniş olarak ele alınacaktır. Ancak tezin esas amacının, salt Roma Hukukunda istisna akdini incelemek olmayıp, Türk Hukuku ile benzerlik ve farklılıklarını ortaya koyarak, kavram ve kurumlar arasındaki bağlantının sağlanması olduğundan, konu bütünlüğü içerisinde yeri geldikçe karşılaştırmalar yapılacaktır. Böylece, istisna akdinin ne şekilde oluştuğu, ihtiyaçlar karışında hangi aşamalardan geçerek geliştiği ve Borçlar Kanunumuza nasıl yansıdığı araştırılacaktır.

Ancak, çalışmamıza yukarıda anlatılan amaç doğrultusunda sınırlama getirilerek, Türk Hukukunda istisna akdi konusu için ayrı bir bölümlene yapılmadan, yedi ana başlık altında genel olarak ele alınacak, fazla ayrıntıya yer verilmeden Roma Hukuku ile bağlantı kurularak istisna (eser) sözleşmesinin Türk Hukukunda geldiği nokta ortaya konmaya çalışılacaktır.

§ 1. ROMA HUKUKUNDA AKİTLER SİSTEMİ VE BU AKİTLER SİSTEMİ İÇİNDE İSTİSNA AKDİ (LOCATIO CONDUCTIO OPERIS) NİN YERİ

I. GENEL OLARAK

Roma Hukukunda akitler sistemi konusuna geçmeden önce, bu konu için temel teşkil eden “borç” (obligatio) ve “borcun kaynakları” kavramları üzerinde kısaca durmak yararlı olacaktır.

Bilindiği gibi, borç ilişkisi (obligatio) kavramı, modern hukukların Roma Hukukundan kazandığı bir kavramdır¹. Biri alacaklı diğeri borçlu olan iki taraf arasında, alacaklıya, borçlusundan bir şeyi ifa etmesini veya muayyen bir şekilde davranmasını isteme hakkını veren, borçluyu da, buna uygun davranmak, yani edimini ifa etmekle yükümlü kılan hukuki ilişkiye “borç ilişkisi” (obligatio) adı verilmektedir².

¹ TAHİROĞLU, B., Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000, s. 11; RADO, T., Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1997, s. 13 vd; Di MARZO, S., Roma Hukuku, İstanbul 1959, s.347 vd; KOSCHAKER, P. / AYİTER, K., Roma özel Hukuku, İzmir 1993, s. 183 vd; SCHWARZ, A., Borçlar Hukuku Dersleri, c.I, İstanbul 1948, s. 1 vd ve 65 vd.

² Borçlar Kanunu, borç ve borç ilişkisi kavramlarını tanımlamış değildir. Kanun koyucu bu kavramların bilindiği varsayımından hareket etmiştir. SCHWARZ, s.1.; UYGUR, T., Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri c.3, Ankara 1991, s.40. Bununla birlikte İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu’nda borç kavramı, ilke olarak Roma Hukuku ile Ortak Hukukta geliştirilen borç kavramına dayandır. Bkz. EREN, F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c.I, İstanbul 1998, s.21 ve s.21 dpn. 1’de bahsi geçen eserler.

“Borç münasebeti iki veya daha fazla şahıs arasındaki, bir şahsı diğerine veya her ikisini de birbirlerine karşı edada bulunmakla mükellef tutan bir hukuki bağıdır”, İNAN, A N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1979, s. 3 -4. “En geniş anlamıyla borç, en az iki kişi arasında mevcut bir hukuki ilişkidir ki, bununla borçlu denilen taraf, alacaklı denilen tarafa bir şey vermek, yapmak veya yapmamakla yani bir edimi ifa etmekle yükümlü olur”. KARAHASAN, M.R., Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap, Sözleşmeler, İkinci Kitap, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 1996, s.53-54; KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, N., Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1985, s.18 vd, VELİDEDEOĞLU, H.V. / ÖZDEMİR, R., Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Ozel) Ankara 1987,

Roma kaynaklarında yapılan tanımlamalar bugün borç kavramını açıklamak için yapılan tanımlardan çok büyük farklılık göstermez:

Inst. 3.13 pr: Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iuria.

“Şimdi borç münasebetlerine geçelim. Borç münasebeti (obligatio) öyle bir hukuki bağıdır ki onunla devletimizin hukuku mucibince, bir kimseye bir şeyin ifası hususunda mecburi olarak bağlanırsınız”³.

D.44.7.3 pr.: Paulus libro II. Institutionum. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

“Borç münasebetlerinin özü, bunların bize bir şey üzerinde bir mülkiyet veya irtifak hakkı temin etmelerinde değil, fakat bir kimseyi bize karşı bir şey vermeye veya yapmaya veya bir edayı ifaya mecbur edişlerinde görülür”⁴.

s.3; FEYZİOĞLU, F. Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.I, İstanbul 1976, s.16 vd.; BERKİ, Ş., Roma Hukuku, Ankara 1949, s.254; HONSELL, H. / MAYER-MALY, T. / SELB, W., Römisches Recht, Salzburg-Wien 1986, s.213 vd ; KASER, M., Das Römisches Privatrecht, Bd.1, München 1971, s.479 vd, Bd. 2, München 1975, s.329.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarının aksine, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 241’de “borç münasebeti gereğince alacaklı borçludan bir edimi istemek hakkına sahiptir” şeklinde bir hüküm getirilmektedir. Benzeri şekilde Polonya Borçlar Kanununun 2. maddesinde de “borcun esası borçlunun alacaklıya karşı bir edim ile mükellef olmasından ibarettir” denilmektedir, RADO, s. 16; SCHWARZ, s.13.

³ Iustinianus’a ait Institutiones’in çevrilerinin tamamı, UMUR, Z., Iustinianus Institutiones, İstanbul 1968’den alınmıştır. Buradaki “bir şeyin ifası” genel anlamdadır, “herhangi bir hareket tarzının yerine getirilmesi”, “verilmesi” veya “yapılması” demektir. UMUR, Z., Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s.294; SCHWIND, F., Römisches Recht, I, Geschichte, Rechtsgangsystem des Privatrechtes, Wien 1950, s.251; BUCKLAND, W.W., A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1963, s.405 vd.; KRELLER, H., Römisches Recht II, Grundlehren des Gemeinenrechts, Wien 1950, s.266.

Bu metin, borç münasebetini aynı haklarla karşılaştırmaktadır⁵. Her ne kadar tanımlar birbirinden farklılık arzemesine de (özellikle Inst. 3.13. pr. gözönünde tutulduğunda) modern hukuklarda, bireylerin yaptığı, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan her anlaşmanın borç doğurmasına rağmen, Roma’da devletin hukukuna göre kabul edilmiş belli “obligatio”lar oluşturan kalıplaşmış akitler borç doğurabilmektedir⁶.

Taraflar arasında bir borç ilişkisi doğuran hukuki olaylara “borcun kaynağı” denir. Borçları doğuş sebeplerine göre nitelendirme ve sınıflandırma yöntemi, Romalı hukukçulara dayanmaktadır⁷. Roma Hukukunda bu kavram “causae obligationem” olarak ifade edilmekte ve Roma tarihi içinde gelişerek nihayetinde Borçlar Kanunundaki borç kaynaklarını oluşturmaktadır.

Gai. Inst.3.88: Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

“Şimdi borçlara geçelim: Bunlar iki büyük nev’e ayrılırlar: Nitekim bütün borçlar ya akitten veya haksız fiilden doğar”⁸.

Kuşkusuz bu ayrım, doğal olarak, bir kimseyi başkasına karşı borçlandırabilecek bütün olay ve imkanları içermemektedir. Örneğin, hısımlar

⁴ RADO, s. 15; TAHİROĞLU, s. 13.

⁵ UMUR, Ders Notları, s.294.

⁶ UMUR, Z., Roma Hukuku Lugati, İstanbul 1983, s. 143.

⁷ Dİ MARZO, s.400 vd; SCHWARZ, s. 148; BERKİ, s.258.

⁸ RADO, T., Gaius Institutiones Borçlar Kısmı, İstanbul 1993, s.9.; KASER, RPR I, s.522.

arasında nafaka yükümlülüğü, vasi ile vesayet altındaki kişi arasındaki mükellefiyetler, vekaletsiz iş görme (BK.md.410 vd.), sebepsiz zenginleşme (BK.md.61 vd.) ve diğer bazı ilişkiler ne sözleşmeye ne de haksız fiile dayanmaktadır.

Zaten, kısa bir süre sonra bu ikili ayrıma, çok genel bir anlam taşıyan, “çeşitli sebepler” diye bir üçüncüsü eklenmiştir⁹.

D. 44.7.1 pr.: Gaius Libro II, Aureorum. Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.

“Borçlar ya akitten veya haksız fiilden veya diğer çeşitli sebeplerden doğarlar”¹⁰.

Iustinianus’un derlemesine bakıldığında, bu kez dörtlü borç kaynağı ile karşılaşılmalıdır:

Inst. 3.13.2: Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio...

“Müteakip bir tasnif borçları, dört nev’e ayırır: yani ya akitten, ya akit benzerinden, ya haksız fiilden ya haksız fiil benzerinden meydana gelirler”.

⁹ RADO, s.55 vd; SCHWARZ, s.148.

¹⁰ Res cottidianae veya libri aureorum adı altında Gaius’a atfedilen bu metnin, esasen Gaius’a ait olmayıp, interpolatio ile değiştirilmiş olduğu ve postklasik devire ait bir hukukçuya atfedilmesi gerektiği artık kabul edilmektedir. Di MARZO, s.401; RADO, s.56; HONIG, R., Roma Hukuku İstanbul 1938, s.201 vd.

Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümleri düzenleyen kısmında, Roma Hukukundan gelen ayırıma paralel olarak, önce akitlerden doğan borcun hükümleri ve sonra da haksız fiillerden doğan borcun hükümleri yer almaktadır. Bu günkü sistemimizde bunlara sebepsiz zenginleşmeden doğan borç olarak bir üçüncü grup ilave edilmiştir. Çeşitli sebeplerden doğan borçlar ise kanunun çeşitli yerlerine dağılmış bulunmaktadır¹¹.

II. ROMA HUKUKUNDA AKİTLER SİSTEMİ

Yukarıda açıklandığı gibi, Gaius’un Institutiones’inden itibaren Borçlar Kanunumuza kadar gelen, borç kaynaklarının başında akitler “contractus”¹² gelmektedir.

Contractus için, “ taraflar arasında belirli bir hukuki neticeye yönelen, irade uyuşması suretiyle meydana gelen anlaşmalardır” denilebilir. Bu hukuki netice, sadece bir tarafın iradesiyle değil, tarafların karşılıklı rızalarının uyuşması, başka bir anlatımla “consensus” ile ortaya çıkar¹³.

Çağdaş hukuklarda, özel hukukun bütün alanlarında çeşitli akitler (örneğin, aile hukukunda evlenme akdi, evlat edinme akdi, miras hukukunda miras

¹¹ RADO, s.58; OSER, H. / SCHÖNENBERGER, W., Borçlar Hukuku, Birinci Kısım Madde 1-40, Ankara 1947.

¹² Contractus: İki veya daha fazla tarafın, aynı maksatla birbiri ile mutabık olarak, ius civile ’nin tespit ettiği kalıplar içinde yaptıkları ve taraflar arasında hukuk düzeninin kabul ettiği bir borç ilişkisi (obligatio) doğurmaya yönelik bir irade beyanları; akit.

¹³ SCHWARZ, s. 167; UMUR, Ders Notları, s.334.

mukaveleleri) mevcuttur. Bütün akitler için geçerli genel kurallar da Borçlar Kanunu içinde toplanmıştır.

Contractus (akit) kavramı, Roma kökenli olmasına rağmen, Roma’da bunun kapsamı farklıdır. Zira, Romalılar contractus ile ius civile tarafından borçlandırıcılığı kabul edilen ve actio ile yaptırıma bağlanmış anlaşmaları anlıyorlardı. Nitekim, bu dönemlerde praetor hukuku tarafından veya imparatorların “constitutio”ları ile oluşturdukları hukuk tarafından yaratılan ve borçlandırıcı nitelik tanınan anlaşmalar, “pactum” lar, contractusun kapsamı dışında kalıyorlardı¹⁴.

Modern hukuklardan farklı olarak, Roma hukukunda belli akit tipleri belirlenmiştir ve bunlara giren anlaşmalar ve akitlerden borç doğacağı ve bunun bir dava ile korunacağı prensibi varolmuştur. Oysa günümüzde, hukuka, ahlâka ve adaba aykırı olmamak şartıyla, “her akdin içeriğinin dava edilebileceği”; diğer bir ifade ile “her anlaşmanın borçlandırdığı ve buna ilişkin bir dava açılabilceği”ne ilişkin genel ilke söz konusudur.

Roma Hukukunda kural olarak, anlaşmaların geçerli olabilmesi ve borç doğurabilmesi için ya belli şekilde yapılmalı ya da anlaşmayı müteakip bir malın verilmesi gerekirdi. Çağdaş hukuklarda, taraflarca istenen herhangi bir borç ilişkisinin kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, şekle bağlı olmayan bir anlaşma ile oluşturulabileceği, değiştirilebileceği veya ortadan kaldırılabilceği kabul

¹⁴ Pactum (pacta) : Anlaşma (anlaşmalar). Modern hukuklarda iki taraf arasında yapılan anlaşmaya akit (contractus) denilmektedir. Roma hukukunda ise contractus, borç doğurucu belli akit tiplerini gösteren teknik bir tabirdir. RADO, s. 59 vd; SCHWARZ, s. 167 vd; KASER, RPR I, s.527; UMUR, Ders Notları, s.334; TAHİROĞLU, s.211 vd; BUCKLAND, s.527 vd

edilmiştir. BK.md. 1'e göre, "iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur". Dolayısıyla özel olarak bir şekil şartı aranmadığı durumlarda akdin teşekkülü için tarafların rızası yeterlidir. BK.md. 1/I'e göre de "akdin sıhhati kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir".

Nihayet (modern hukuklardan farklı¹⁵ olarak), hem Gaius'un ve hem de Iustinianus'un Institutiones'inde akitlerin, kuruluşları bakımından, dört gruba ayrıldıkları anlaşılmaktadır.

Gai. Inst.3.89 = Inst.3.12.2. Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.

"Evvela akitten doğanları (borçlan) görelim. Bunların dört nevi vardır: Zira her borç münasebeti ya bir şeyle ya sözlerle ya yazılarla veyahut da rıza ile teşekkül eder".

Bu metne göre akitler:

1. ayni akitler (contractus realis),
2. sözlü akitler (contractus verbalis),
3. yazılı akitler (contractus litteris),
4. rızai akitler (contractus consensualis),

¹⁵ Borçlar Kanununun ikinci kısmında düzenlenen sözleşmeleri, şu şekilde bir ayırıma tabi tutmak mümkündür: Mülkiyetin devri taahhüdünü içeren sözleşmeler, kullandırma gayesi güden sözleşmeler, işgörme gayesi güden sözleşmeler, muhafaza gayesi güden sözleşmeler, teminat gayesi güden sözleşmeler, sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler ve ortaklık sözleşmeleri. UYGUR, c. 3, s.68-69, YAVUZ, C., Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İliksileri, Ankara 1995, s. 15 vd.

olmak üzere dört gruba ayrılmaktadır.

Aynı, sözlü ve yazılı akitlerin geçerliliği açısından, bir malın verilmesi, muayyen sözlerin söylenmesi, muayyen yazılı şekillerin mevcut olması aranırken¹⁶, rızai akitler¹⁷, karşılıklı anlaşma “consensus” ile teşekkül ederdi.

III. ROMA HUKUKUNDAKİ AKİTLER SİSTEMİ İÇİNDE LOCATIO CONDUCTIO OPERISİN YERİ

Günümüzde, genel kural olan “rıızailik” Roma Hukukunda sınırlı olarak, dört akit bakımından geçerlidir: emptio venditio, locatio conductio, societas ve mandatum¹⁸.

Nitekim locatio conductionun rızai akit olması ile ilgili açıklamaya D. 19. 2.1’ de de rastlıyoruz:

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

“Locatio ve conductio, mademki ius naturalis ve ius gentium herkese aittir, sözlerle değil, ama emptio ve venditio da olduğu gibi irade uyuşması ile kurulur”¹⁹.

¹⁶ TAHİROĞLU, s.87vd

¹⁷TAHİROĞLU, s.93vd

¹⁸ HAUSMANINGER, H., Casebook zum römischen Vertragsrecht, Wien 1980, s.75-76.

Bu dörtlü ayrımın yanında, locatio conductio operisin, Roma Hukukunda yapılan akitlerle ilgili diğr tasnifler içindeki yerini de belirlemek gerekmektedir. Bunlardan ilki, modern hukuklarda da geçerli bir ayrım olan “tek tarafa borç yükleyen akitler (contractus unilaterales) - iki tarafa borç yükleyen akitler (contractus bilaterales)” ayrımıdır²⁰. Diğri ise, Roma Hukukunda maddi hukuku usul hukukundan ayrı değrlendirmek genellikle mümkün olmadığı için, özellikle tarafların borçlarını yerine getiremediklerinde açılacak davaların kapsamı yönünden önemli olan “dar hukuk akdi - hüsnüniyet akdi” şeklindeki ayrımıdır²¹.

ekle tabi olmayan rızai sözleşmelerde sorumluluğun temelini ve davranışların ölçüsünü “bona fides” oluşturur. Söz konusu dava şekli “iudicia bonae fidei” olarak “iudicia stricti iuris” karşısında yeralır²². Rızai akitten doğan davalar iyiniyete dayanır ve ilk olarak klasik öncesi dönemde ius civile tarafından tanınmıřlardır²³.

Genel olarak, bir borç ilişkisinde borçlu, alacaklısına karşı bir edimi ifa etmek zorundadır. Ancak bazı durumlarda, ifası gereken edimin konusu açık ve net şekilde belirlendiği halde, diğr bazı durumlarda gayrı muayyen ve esnek, hakimın takdirine geniş yer bırakan şekilde ifade edilirdi. Birinci halde dar hukuk davası, ikinci halde ise hüsnüniyet davası söz konusudur.

¹⁹ Aynı ekilde: D. 19.2.20: “locatio ve conductio, alım ve satım ile aynı -hükümlere tabi- şekilde akdedilir.”

²⁰ SCHWARZ, s. 169; TAHİROğLU, B. / ERDOğMUş, B., Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Genel Kavramlar ve Usul Hukuku, İstanbül 2000, s. 125; SCHWIND, s.260.

²¹ UMUR, Ders Notları, s. 262; RADO, s.64. Geniş bilgi için bkz. KASER, RPR I, s.485 vd., RPR II, s.509; BUCKLAND, s.411.

²² HAUSMANINGER, s.75-76.

²³ KASER, RPR I, s.526; SCHWIND, s.261.

Bu ayırım içinde locatio conductio operisin yerini belirleyen metinler, Inst.4.6.28' de ve D.19.2.2 pr.'da yer almaktadır .

D. 19.2.2 pr.'da yer alan metne bakıldığında, Romalı hukukçular, locatio conductioyu, emptio venditio bağlamında ele almışlar ve “alım satıma yakın olduğunu ve aynı hukuk kuralları ile düzenlendiğini” ifade etmişlerdir. Bu durumda, locatio conductio da satım gibi bir “negotium bonae fidei” dir ²⁴.

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

“ locatio ve conductio, alım ve satıma yakındır ve aynı hukuk kurallarıyla düzenlenmiştir...”

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

²⁴ HAUSMANINGER, s. 170.

Negotia bonae fidei: hüsünüyet davası doğuran muameleleri ifade etmek için modern hukukçular tarafından kullanılan tabir, UMUR, Lügat, s. 140.

“Bundan başka bazı davalar hüsünüyet ve bazıları dar hukuk davalarıdır. Hüsünüyet davaları şunlardır: alım satım, locatio conducto, vekâletsiz iş idaresi, vekalet, vedia, şirket, vesayet, ariyet, rehin, tereke taksimi, müşterek mal taksimi, mirasa müteallik istihkak davaları ile aestimatum’dan ve trampadan doğan praescriptio verbis davası...”

Bu ayırımın neticesi olarak hüsünüyet davaları ile tarafların üzerinde anlaştıkları akitle ilgili bütün hususlar ve bu arada bütün munzam anlaşmalar (pacta adiecta)²⁵ takip edilebilir.

Bona fidesin sonucu esas alındığında, exceptio, formulaya ilave edilmemiş olsa bile göz önüne alınır, doğrudan doğruya ileri edilebilir.

İki tarafa borç yükleyen-tek tarafa borç yükleyen akit ayrımı bakımından değerlendirildiğinde, rızai bir akit olan locatio conductio operis için, tam iki tarafa borç yükleyen bir hüsünüyet akidir denilebilir. Her iki taraf da birbirlerine karşılıklı olarak borçlanırlar²⁶. Yanlardan biri, daima bir miktar para (merces) verecektir; diğer taraf ise buna karşılık ya bir işin yapılmasını veya bir eserin meydana getirilmesini üstlenecektir. Ancak, taraflardan biri kendi edimini ifa etmeden veya ifasını teklif etmeden karşı taraftan edimini ifa etmesini talep edemez (D.18.4.22; D.19.1.13.8;

²⁵ Pacta adiecta’lar, ortaçağda, özellikle iki gruba ayrılmışlardır: Borcu ağırlaştırmak amacıyla konan pactum’lar (pacta ad augendum obligationem) eğer hüsünüyet davası doğuran bir akitle birlikte yapılmışlarsa, akdin davası ile korunurlar, daha sonra yapılmışlarsa bir hüküm ifade etmezlerdi. Borcu hafifletme gayesi ile konan diğer pactum’lar ise (pacta ad minuendum obligationem) ister akit sırasında ona ilave edilmiş olsunlar ister daha sonra yapılmış olsunlar exceptio pacti ile korunurlardı, UMUR, Lügat, s. 149; SCHWIND, s.326.

²⁶ UMUR, Ders Notları, s.338.

D.21.1.31.8). Aksi halde, exceptio non adimpleti contractus (ödemezlik def'i) ile karşılaşır²⁷.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir akit olan locatio conductio operiste, taraflar her zamanla birbirlerine karşı borçlu olacağından, karşılıklı olarak davalar tanınmıştır: actio locati, actio conducti. Bu davalar hüsünüyet davalarıdır ve tarafların yükümlülükleri ex bona fide belirlenir; yani akitten menfaatleri olduğu için sorumlulukları ağırdır²⁸.

İstisna akdinin, Türk Hukuku açısından hukuki niteliği; ivazlı, kural olarak şekle tabi olmayan, rızai nitelikte tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²⁹. Kaynağını modern hukuktan alan, sürekli edimli borç ilişkisi ve ani edimli borç ilişkisi ayırımın önemi, sözleşmenin sona ermesine bağlanan sonuçlarda kendisini gösterir. Sürekli borç ilişkisi ve ani edimli borç ilişkisi ayırımının esası, sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkinin uzun ya da kısa sürmesi ya da borçlunun edime yönelik hareketlerinin (edim fiilinin) uzun veya kısa sürmesi değildir. Tersine, alacaklının edimdeki menfaatinin gerçekleşmesi, diğer bir ifadeyle “edim sonucu” önemlidir. Alacaklının edimdeki menfaatinin bir anda mı yoksa zaman içine yayılmış olarak mı gerçekleştiği dikkate alınmalıdır. Şayet, alacaklının menfaati bir anda

²⁷ Di MARZO, s.404. Exceptio non adimpleti contractus : Sinallagmatik akitlerde, taraflardan birisi edimini yerine getirmeden, diğer taraftan alacağım talep etmek üzere dava açtığı vakit kendisine karşı ileri sürülen def'ie orta çağ tarihçilerinin verdiği isim. Bu def'i ileri sürüldüğünde, davacı edimini yerine getirdiğini ispat etmek zorunda idi. UMUR, Lügat, s.67.

BK.md.81 : “Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkım haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lazımdır.” Ödemezlik def'i BK.md. 106'da hükme bağlanan temerrüdün sonuçları ile BK.md.117'ye göre kusursuz sonraki ifa imkansızlığı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur, EREN, c.1, s.201. Geniş bilgi için bkz. KARAHASAN, Sorumluluk, s.788 vd.

²⁸ RADO, s. 134; HONSELL / MAYER - MALLY / SELB, s. 323.

²⁹ UYGUR, T., Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, c.5 Ankara 1993, s.651 vd; EREN, c.1, s.200.

gerçekleşiyorsa ani edimli borç ilişkisinden; zamana yayılarak gerçekleşiyorsa sürekli edimli borç ilişkisinden bahsedilir³⁰.

İstisna akdi, bu ayırım içinde ele alındığında³¹, müteahhidin eseri imal etmesi için geçen süre, akde sürekli borç ilişkisi niteliğini kazandırmaz. Eserin tamamlanması ve iş sahibine teslimi ile edim sonucu (edim menfaati) bir anda gerçekleştiğinden, istisna akdi, ani borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir³².

³⁰ UYGUR, c.5, s.651 vd; SELİÇİ,Ö.,Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s.5-7; ÖZ, T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 13-14; BAYGIN, C., Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s.19 vd.

³¹ Karşı görüş için bkz. ÖZYÖRÜK, S., İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1988, s.51-59; ERMAN, H.,İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2), İstanbul 1979, s. 10-11. Doktrinde baskın görüşe göre ise, istisna sözleşmesinde edim sonucunun gerçekleşmesi, eserin tamamlanması ve teslimi ile bir anda gerçekleşir. Dolayısıyla istisna akdi ani edimli borç ilişkisi doğurur. SELİÇİ, s.26; ÖZ, s.20; ARAL, F., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1997, s. 190; YAVUZ, s.460; UYGUR T., Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, İstanbul 1993, s.35-36; AYAZLI, P., Arsa Payı Kat Karşılığı Yapım Sözleşmesi (Unsurları-Hukuki Özellikleri-Şekil Sorunu) HAD. 1987, c.2, S.1, s.45, 46. Bir diğer görüşü kabul eden yazarlar ise, BK.nda istisna akdinin düzenleyen kuralların hem sürekli borç ilişkisinin ve hem de ani edimli borç ilişkisinin özelliklerini birlikte yansıttığını, bu sebeple istisna akdinin her iki tipin bir bileşimi olduğunu ve bu konuda hakime geniş bir takdir yetkisinin verilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. SEROZAN R., Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 173 vd, 184 vd; SUNGURBEY İ., Medeni Hukuk Sorunları, c.IV, İstanbul 1980, s.466 ve 471 vd; c.V, İstanbul 1984, s.547 vd; EREN F., Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, (I) İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996, s.52 ; BAYGIN, s.21.

³² UYGUR, c. 5, S.561-562.AYAZLI, s.45,46; BAYGIN, s.21; ÖZ, s.21; YAVUZ, s.456.

§ 2. LOCATIO CONDUCTIO OPERIS (İSTİSNA³³ AKDİ)'İN TANIMI VE UNSURLARI

I. TANIM

Günümüzde farklı akit tipleri olarak ele alınan, “ekonomik olarak edimlerin değişimini” içeren üç akdi ilişki, Roma Hukukunda, locatio conductio³⁴ başlığı altında toplanmıştır. Bunlar: Bir malın para karşılığı kullandırılması veya o maldan yararlandırılması (kira- hasılat kirası: locatio conductio rei), belli sürede bir işin görülmesi (hizmet: locatio conductio operarum) ve belirli bir sonucun ortaya çıkarılmasının üstlenilmesi (istisna: locatio conductio operis)³⁵.

İstisna akdinde (locatio conductio operis) müteahhit (conductor), bir bedel karşılığında iş sahibine (locator), belli bir sonuca yönelik iş görmeyi taahhüt etmektedir. Bu sözleşme, klasik hukuk döneminde diğer iş görme sözleşmeleri ile aynı başlık altında görülmekteyse de³⁶ aşağıda inceleyeceğimiz özellikleri nedeniyle farklı bir sözleşme haline gelmiştir. Dolayısıyla bu sözleşmenin amacı “iş” ya da “hizmet” den ayrılmış, “sonuçlandırılmış bir iş veya eser” olmuştur³⁷.

³⁴ WATSON, A., The Law of Obligations in the Later Roman Republic, London 1965, s. 100; MAYER-MALY, T., Locatio Conductio, Wien 1956, s.17. Locatio conductioyu sadece Fransız Hukuku (CC. Art. 1708) tek tip olarak muhafaza etmiş ve ikiye bölmüştür: kira akdi ve istisna akdi. Bu akdin üçe ayrılması, müşterek hukuka dayanmaktadır, TAHİROĞLU, s. 180

³⁵ HAUSMANINGER, s. 170; KASER, RPR I. s.562; UMUR, Ders Notları, s.366; KARADENİZ, s. 122-123; RADO.

³⁶ Locatio conductio operisin ortaya çıkış tarihi kesin olarak belli değildir. Çeşitli yaşam gereksinimlerine göre, bir çok değişik köke dayandılmaktadır, geniş bilgi için bkz. KASER, RPR I., s.564-565; KARADENİZ, Ö., Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Ankara 1976, s. 165.

³⁷ BUCKLAND, s.505; SEIDL, E., Römisches Privatrecht, Köln 1963, s.173.

D. 19.2.22.1: Paulus libro XXXIV. ad Edictum. Quoties autem faciendum aliqoid datur, locatio est.

“Her ne zaman ki bir işin yapılması üstlenilir, burada locatio vardır” .

Kuşkusuz, bu sözleşme ile müteahhit, belli bir sonucu meydana getirme borcunu üstlenmiştir. Örneğin, bir elbisenin dikilmesi veya temizlenmesi, bir şeyin bir yerden diğer bir yere nakli, bir doktorun ameliyat yapması, şahısların veya eşyanın taşınması, kölenin veya çırağın eğitimi, bir evin inşaaı, bir saatin tamiri gibi³⁸. Diğer bir ifade ile, locatio conductio operisin konusu belli bir sonucun elde edilmesine yönelik olması koşuluyla, her türlü kol veya kafa çalışmasını gerektiren güç harcamalarıdır. Bu iş görme esnasında, işlenmesi veya üzerinde herhangi bir iş yapılması için müteahhide verilen malzemenin işlenme ya da üzerinde icra edilen faaliyet biçiminin önemi yoktur. Önemli olan, çeşitli faaliyet gerektiren ve çok değişik sosyo- ekonomik değeri olan sonucun üstlenilmiş olmasıdır³⁹. Nitekim kaynaklarda ev yapımı, bir eşyanın tamiri, malların bir yerden başka bir yere taşınması, hayvan otlatmak, yüzük yapmak, köleleri eğitmek, elbise örmek veya tamir etmek, hasta bir köleyi tedavi etmek, bir doktorun ameliyat yapması,⁴⁰ zeytin toplamak -genel olarak ürün hasadı- vb. konularda yapılmış locatio conductio operisden bahsedilmektedir. Doğal olarak, bütün bu sözleşmelerde amaçlanan

³⁸ RADO, s. 140; HONSELL / MAYER-MALY / SELB, s.328.

³⁹ KARADENİZ, s. 173.

⁴⁰ Modern hukukta, istisna akdi değil, bir tür vekalet oluşturabileceği konusunda bkz. TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c.2, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 1989, s.6; YAVUZ, s.451 ve 563. Ayrıca bkz. aşağıda vekalet akdinin istisna akdinden ayrılması.

görülebcek iş değil, “belli bir sonucun elde edilmesine yönelik olarak güç harcanması” dır⁴¹.

Locatio conductio operisinde, conductor (müteahhit), locatorun (iş sahibi) vereceği bir ücret⁴² karşılığında bir eseri meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlenir.

Nitekim, BK.md.355’de verilen tanım da farklı değildir.

BK.md.355 : “İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt ettiği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder”.

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında, öğretilerde yapılan daha geniş kapsamlı tanıma göre, istisna akdi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bir bedel karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, kural olarak şeyle bağlı olmayan, rızai, ani edimli, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁴³.

⁴¹ KARADENİZ, s. 165; KASER, RPR I, s.570. Locatio conductio operisin iki özel tipi mevcuttur: Locatio conductio irregularis ve deniz taşımacılığı.

Locatio conductio irregularis şu şekilde oluşur, conductor verilen malzemenin mülkiyetini elde eder, daha sonra locatörün bunun aynısını değil, eş değerdekini verir. Örn. Bir kuyumcu yüzük yapmak için locatör’den altın aldığında, bu altın değil, eş değerde / aynı nitelikte bir başka altın yüzüğün yapımı için kullandığında veya bir taşıyıcı gemisine balya/çuval ile buğday aldığında bunları değil, gemide olan aynı nitelikte ve miktarda başka balya verir.

İkinci tip olan deniz taşımasına gelince, D. 14.2’de “Lex Rhodia de lactu” başlığı altında düzenlenmiştir. Rodos deniz hukukundan çıkarılmış bir kurala dayanır : Tehlikeledeki gemiyi kurtarmak için mallar güverteden atıldığında ve gemi kurtulduğunda, meydana gelen zarar tüm ilgililerce paylaşılır. Gemi sahibi ve gemide yüklenmiş malları bulunan kişiler arasında bu kuralın uygulanmasını sağlayan davalar, actio locati ve actio conductidur. Bu davalar ile takip edilme en akla yatkın metoddur. Çünkü, başka bir davanın verildiğine ilişkin kanıt yoktur. BUCKLAND, s.506.

⁴²Roma hukukuna göre eser sözleşmesi mutlaka, ücret karşılığında yapılmak zorunda idi. Bir sonucun üstlenilmesi karşılığı, ücret kararlaştırılmamışsa ya da karşı edim olarak paradan başka bir şey kararlaştırılmışsa, artık locatio conductio operisden bahsedilemez. Bu akit ücret yoksa vekalet (mandatum), paradan başka bir şey verilecek ya da yapılacaksa isimsiz akit olurdu.

⁴³TANDOĞAN, s.2; ARAL, s.25; UYGUR, T., c.5, s. 651.

Modern hukuklar bakımından bu tanım, yeterli temel esasları içeriyorsa da⁴⁴, Roma Hukukunda müteahhidin işleyeceği veya üzerinde çalışacağı malzeme veya hammaddenin (örneğin terzinin dikeceği kumaşın, temizleyicinin temizleyeceği veya ütüleyeceği elbisenin, heykeltraşın oyacağı mermerin, kuyumcunun yapacağı yüzüğün altınının) iş sahibi tarafından verilmesi gerekir.

Yukarıdaki anlatımlar dikkate alındığında, Roma Hukukunda, locatio conductio operisi şu şekilde tanımlamak mümkündür:

İstisna akdi (locatio conductio operis), müteahhidin (conductor), iş sahibinin (locator) vereceği ücret karşılığında, yine iş sahibi tarafından verilen malzeme ile bir sonucu / eseri meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği bir akitir⁴⁵.

II. UNSURLARI

Roma Hukukunda, locatio conductio operisin unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Tarfların Anlaşması

2. Sözleme Konusunun Bir Eser (Opus) Olması

A. İş sahibi tarafından malzemenin temini

⁴⁴ YAVUZ, s.448; OLGAC, S., İstisna Akdi, Ankara 1977, s.1; TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku, c.II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s.952; BK.md.355’de kullanılan ifadeler ve tanımın eleştirisi için bkz. BAYGIN, s.3 vd.

⁴⁵ KASER, RPR I, s.570; TAHIROĞLU, s. 185; UMUR, Ders Notları, s.369.

B. İşin (eserin) Yapılması ve Sonuçlandırılmış Olan İşin (eserin) Teslimi

3. Ücret Unsuru

1. Tarafların Anlaşması

Roma Hukukunda (Türk - İsviçre Borçlar Hukuku'nda olduğu gibi)⁴⁶ istisna akdi, rızai akit kabul edildiğinden, müteahhit ile iş sahibi arasındaki anlaşma ile yani tarafların bu husustaki iradelerinin uyuşması (consensus) ile meydana gelir. Geçerlilik yönünden, herhangi bir şekle tabi değildir⁴⁷.

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların, akdin esaslı unsurları üzerinde, yani yapılacak iş / ortaya konulacak eser ve verilecek ücret üzerinde anlaşmış olmaları gerekir⁴⁸.

2. Sözleşme Konusunun Bir Eser (Opus) Olması

İstisna akdinde, müteahhidin, iş sahibinin vereceği bir ücret karşılığında, taahhüt etmiş olduğu iş görme ediminin sonucu, “eser” (opus) olarak ifade edilir.

⁴⁶ TANDOĞAN, s.28; YAVUZ, s.454; BAYGIN, s. 17; UYGUR, c.5, s.654.

⁴⁷ Ancak 2490 sayılı Kanuna tabi işlerin yapılmasında, sözleşme şekle bağlıdır. Kanunun 25. maddesine göre, istisna sözleşmesinin yazılı olması ve noter tarafından tasdik ve tescil edilmesi gereklidir. Ayrıca karma sözleşmelerde edimlerden birini öngören sözleşme şekle tabi ise, sözleşmenin bütününe aynı ekle uygun olarak yapılması şarttır. AYAZLI, s.47; YAVUZ, s.455.

⁴⁸ Bugün bu anlaşma açık (sarih) irade beyanı ile yapılabileceği gibi (örn. kumaşın terziye götürülerek, bir model üzerinde anlaşılması gibi); örtülü (zımni) bir irade beyanı ile de yapılabilir (örn. temizleyiciye bir elbisenin ütülenmek veya temizlenmek üzere bırakılmasında olduğu gibi). Eğer müteahhide, mesleğine ilişkin bir işin yapılması için icapta bulunulmuş ise, [BK.md.387](#) kıyas yoluyla uygulanmalı ve müteahhit icabı derhal reddetmedikçe, kabul etmiş sayılmalıdır. Bu durumda ücret, varsa tarife göre, tarife yoksa yapılan işin değerine göre ve müteahhidin masraflarına göre belirlenmelidir. YAVUZ, s.455; TANDOĞAN, s.28-29; BAYGIN, s. 17.

Opus, sözlük karşılığı ile “maddi ve artistik veya edebi herhangi bir eser, tamamlanmış olarak yapılan bir iş” anlamına gelmektedir⁴⁹.

D.50.16.5.1 : Paulus libro II. ad Edictum. Opere locato conducto, his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci “apotelesma” (effectum) vocant, non ergon (opus) id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.

“Labeo, Greklerin “apotelesma” diye adlandırdıkları bu işi, şu kelimelerle ifade eder : Locatio conductio operis. “Ergon” (Opus), -iş- değil, yapılmış bir işten tamamlanmış bir bütün / sonuç”

Bugün Modern hukuklarda ise⁵⁰ eserin (sonucun) mutlaka maddi bir şekilde kendini göstermesi gerekli değildir; insan emeği ürünü olup bir bütün görünüşü arzeden ve iktisadi değeri olan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun ya da olmasın bir eser sayılmaktadır; diğer bir ifade ile, istisna akdi çerçevesinde maddi olmayan sonuçların da dikkate alınması artık kabul edilmektedir⁵¹.

⁴⁹ Bu durum, daha Klasik Hukuk döneminde, locatio conductio operisden doğan borcun bir dare (verme borcu) değil, bir facere (yapma borcu) olarak kabul edilmesine yol açmıştır. UMUR, Lügat, s. 147; Ayrıca geniş bilgi için bkz. KARADENİZ, s.33 vd.

⁵⁰ Bugün hem İsviçre hem de Türk doktrini ve içtihatlarında baskın görüş bu olmakla beraber (ZEVKLİER, A., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1995, s.221; Göktürk, H.A., Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s.487; TUNÇOMAĞ, s.953; ERMAN, s.14; ERDOĞAN İ., İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, SÜHFD, c.3, S.I, Ocak - Haziran 1990, s. 136; YHGK. 23.2.1968 E. 12 K.76 : Belli bir gündelik karşılığı gazinoda solist olarak şarkı söylemeyi taahhüt eden bir ses sanatçısı ile gazino sahibi arasında yapılan sözleşmeyi istisna akdi olarak nitelendirmiştir, naklen TANDOĞAN, s. 17 vd.) konu hala tartışılmaktadır. Tartışmalar için bkz. BAYGIN, s.9 vd.; YAVUZ, s.449.

⁵¹ UYGUR, c. 5, s.653 vd.; Nitekim, İsviçre Mahkeme İçtihatları, şu hallerde istisna akdinin varlığını kabul etmektedir: Bir gazeteye ilân konulması, radyo televizyon reklâmları, ışıkla reklâm, bir mağaza vitrininin düzenlenmesi, ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisi veya yarış düzenlenmesi, bir yerin elektrikle ısıtılması veya aydınlatılmasının üstlenilmesi, bir yarış atının eğitilmesi, TANDOĞAN, s.5; Yargıtay da benzeri şekilde, an kovan yapımına, elektrik tesisatı yapımına, elbise

A. İş Sahibi Tarafından Malzemenin temini

Yukarıda anlatıldığı gibi, Roma Hukukunda, istisna akdinden söz edebilmek için, müteahhide (conductor), meydana getireceği eser için gerekli malzemeyi vermek gerekir. Malzeme, kendisinden eserin imal edildiği ve onun içinde kalan maddelerdir⁵². Örneğin, yıkanacak çamaşır, üzerinde çalışılarak heykel yapılacak mermer. Malzeme, bir hammadde olabileceği gibi, önceden imal edilmiş bir şey de olabilir⁵³.

Malzemenin iş sahibi tarafından verilip verilmediği Roma Hukukunda önemlidir⁵⁴.

Inst. 3.24.4'de de yer alan bir metinde, malzeme iş sahibi tarafından verilmiyorsa alım satım akdinin söz konusu olacağının kabul edildiği anlaşılmaktadır:

dikimine ve ütülenmesine, yetkili mercilerden onay almak koşulu ile avan projelerin etüd ve çizimini yapmaya ilişkin sözleşmeleri istisna akdi olarak nitelendirmiştir. "Nikah törenini video kaseti ile görüntülemek eser sözleşmesidir", Y. 15.HD. 20.6.1989 E. 1742 K.2970. Kararlar için bkz. UYGUR, c. 5, s.718 vd.

⁵² TANDOĞAN, s. 104; DAYINLARLI, K., İstisna Akdinde Müteahhidin ve İşsahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1985 s.35; BAYGIN, s.23.

⁵³ Çalışma araçlarını malzemeden ayırdetmek gerekir. Çalışma araçları, tamamlanmış eser teslim edildikten sonra, ondan ayrılabilen veya müteahhit tarafından kendi mülkiyetinde olduğu için geri alınabilen şeydir. Bu nedenle, ressamın kullandığı boya, çalışma aracı değil malzemedir. Çünkü, tablo yapıldıktan sonra teslimi ile, iş sahibinin mülkiyetinde kalacaktır. Çalışma araçlarının sadece teinini değil, masrafları da müteahhide aittir. TANDOĞAN, s.102. Ayrıca, müteahhidin araç gereç ve malzeme sağlama borcu ile ilgili olarak bkz. YAVUZ, s. 472-473.

⁵⁴ TAHİROĞLU, s. 186.

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

“Yine ihtilafı mucip olmuş bir meseleye göre, eğer Titius bir kuyumcu ile, altını kuyumcu vermek üzere, muayyen ağırlık ve biçimde yüzükler yapması ve mesela on altın alması hususunda anlaşılmış olsa, burada alım satım mı yoksa locatio ve conductio mu vardır ? Cassius’un dediğine göre, malzemenin alım satımı, işçiliğin ise locatio ve conductio’su vardır. Fakat sadece alım satım olduğu görüşü hakim oldu. Eğer altını Titius vermiş olsaydı, işçilik için muayyen bir ücret tesbit edilmişse bir locatio ve conductio olduğundan şüphe edilmezdi”.

Anlaşılabacağı üzere, malzemenin kimin tarafından temin edildiği akdın locatio conductio operis olup olmaması bakımından önemlidir. Eğer malzeme, yapılacak esere karşılık bir ücret belirlenerek, iş sahibi tarafından veriliyorsa tarafların arasındaki akit locatio conductio operisdir⁵⁵.

Öte yandan, arsa üzerine bina inşa edilmesi durumu, bu kurala bir istisna teşkil etmekteydi, çünkü aksi halde arsa eserin (opus) esasını teşkil etmiş olurdu ⁵⁶.

⁵⁵ Di MARZO, s.442; RADO, s.121; KARADENİZ, s. 165 vd.

⁵⁶ TAHİROĞLU, s. 186.

D. 18.1.20: Pomponius libro IX ad Sabinum. Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam, vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud, quam pecuniam daremus, emptionem videri; nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret, aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantis proficiscitur.

“Sabinus, paradan başka bir şey vermeyecek şekilde, heykel, kap/tabak veya elbise gibi bir eşyanın bizim olmasını istersek, kendisi için -iş- yapılan kişi tarafından maddenin verilmediği zaman locationun olmayacağı, alım satımın olduğu; eğer ev inşaa ettiğin alanı ben veriyorsam başka türlü olacağı cevabını verir. Çünkü o zaman mal varlığı benden çıkıyor”.

Dikkat edilirse metinde, bina yapımı için arsanın binayı yaptıracak kişi tarafından verilmesi halinde, malzeme müteahhit tarafından kullanılsa bile istisna akdini oluşturacağı kabul edilmiştir. Çünkü iş sahibine ait olan arsanın değeri, bina yapımı için gerekli malzemenin değerinden çok daha fazladır ve bu da iş sahibi ile müteahhidin arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini etkiler⁵⁷.

D.19.2.22.2: Paulus libro XXXIV ad Edictum. Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me

⁵⁷ KARADENİZ; s. 194; Karş. Toprağa inşaat malzemelerinin yanında özel önem verildiğine ilişkin olarak D.41.7.10. BUCKLAND’a göre, s.505, ev yapımının istisna olarak sayılması ve *locatio conductio operis* olarak kabul edilmesinin nedeni, belki de yapılan işin bir arazi üzerine yapılması, verilen bir şey olmamasıdır.

tranfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam sunt, id est faciendi necessitatem.

“Eğer ben bir evin yapımı işini, bütün masraflar ona ait olmak üzere, conductora, verirsem, o bu şeylerin mülkiyetini bana geçirir. Ancak bu hala bir locatio’dur. Bir zanaatkar kendi iş gücünü kiralar, bu da - bunun yapılması için - zorunludur”.

Türk - İsviçre Hukuk Sisteminde ise, sözleşmede bir hüküm veya bu konuda bir adet bulunmadığı takdirde, malzemeyi müteahhidin mi, iş sahibinin mi sağlayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır⁵⁸. BK.md.357/I ve II birlikte değerlendirildiğinde - her ne kadar md.357 müteahhidin malzeme bakımından sorumluluğunu düzenlemekte ise de - malzemenin iş sahibi tarafından temin edilebileceği gibi, müteahhit tarafından da temin edilebileceği sonucunu çıkartmak mümkündür⁵⁹.

Doktrinde, “olağan istisna sözleşmesi” ve “eser teslim sözleşmesi” olmak üzere iki tür istisna akdinin varlığı kabul edilmektedir. “Olağan istisna sözleşmesi”, eserin meydana getirilmesi için kullanılan malzemenin iş sahibi tarafından

⁵⁸ İtalyan MK.md.1358’de, şüphe halinde malzemeyi müteahhidin sağlayacağı hususunda bir karine kabul edilmiştir. TANDOĞAN, s. 104, dpn. 105.

⁵⁹ Bazı yazarlar BK.md.356/II’den hareket ederek, bu fıkrayı malzemeyi de kapsayacak şekilde yorumlamakta, dolayısıyla malzemenin müteahhit tarafından temin edileceği sonucunu çıkartmaktadırlar. BİLGE, N., Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s.217. Buna karşılık bazı yazarlar ise, aynı fıkranın mefhumu muhalifinden malzemeyi iş sahibinin sağlaması gerektiği sonucuna varmaktadırlar. EREN, F., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları (II), İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici- İşletmeci ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996 , s.69.

sağlandığı istisna sözleşmesidir⁶⁰. “Eser teslim sözleşmesi”nde ise müteahhit malzemeyi sağlama borcunu üstlenmiştir⁶¹.

B. İşin (eserin) Yapılması ve Sonuçlandırılmış Olan İşin (eserin) Teslimi

Roma Hukukunda istisna akdinde (locatio conductio operis), müteahhit (conductor), iş sahibinin (locator) taahhüt ettiği ücret ve verdiği malzeme mukabilinde, bir eser (opus) meydana getirmeyi⁶² ve teslim etmeyi taahhüt eder⁶³.

Daha önce de ifade edildiği gibi, opus tamamlanmış bir işi (sonucu) ifade eder. Dolayısıyla burada müteahhit bir sonucu taahhüt etmiş olmaktadır. Bu sonuç, iş sahibinin sözleşmeyi yapmaktaki arzu ve beklentisine göre belirlenir.

Klasik devirde locatio conductio operisden doğan borcun bir facere borcu olması nedeniyle müteahhidin üstlendiği eseri / işi şahsen yapması gerektiği kabul

⁶⁰ Malzemenin iş sahibi tarafından doğrudan doğruya müteahhide teslimi, iş sahibinin malzemeleri satın aldığı üçüncü kişinin bunları müteahhide teslimi ya da iş sahibi adına ve hesabına müteahhit tarafından malzemenin başkalarından satın alınması halleri, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması için de kabul edilir. ARAL, F., Borçlar Hukuku, özel Borç İlişkileri, Ankara 1997, s.201. Bu durumda BK.md.357/II uygulanacaktır.

⁶¹ ARAL, s.200; EREN, agm, II, s.69; BAYGIN, s.24.

⁶² Modern hukukta yer alan tanımlamaya göre, bir eser meydana getirme ve bu faaliyetin sonucunda istenilen eserin ortaya çıkartılmasına “imal” denir. Kullanılan malzemenin emek ile yeni bir hüviyet kazanması imal kavramını oluşturur. Eserin imalinde emek ile malzemenin dengeli olması gerekli değildir. Emegın esere katkısı az dahi olsa imal işi vardır. İmal ile ortaya çıkan eserin başlı başına varlığı olan yeni bir eser olması da şart değildir. Mevcut bir eserin - Roma Hukuku’nda olduğu gibi- tamir edilmesi, tadil edilmesi veya biçiminin değiştirilmesi, süslenmesi-güzelleştirilmesi hatta yok edilerek ortadan kaldırılmak suretiyle yeni bir iktisadi değer oluşturulması imal olarak nitelendirilir TUNÇOMAĞ, s.955; SELİÇİ,s.6; ÖNEN, T., Borçlar Hukuku, Ankara 1981, s.302 vd.; VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s.567; ERDOĞAN, s. 136.

⁶³ Her ne kadar BKmd.355 teslimden bahsetmiyorsa da, maddenin bu şekilde anlaşılması istisna akdinin amacına ve ondan beklenen sonuca uygundur. Ayrıca mehz İsviçre BK. nun bu maddeye karşılık gelen 363. maddesi şu şekildedir: İstisna akdi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği iki tarafa borç yükleyen bir akitir.

edilmekteydi. Bu itibarla müteahhitten başka birisinin bu borcu yerine getirmesi mümkün değildi. Aksine davranan müteahhide karşı *actio locati* açılabilirdi.⁶⁴ .

Iustinianus döneminde ise, aksi kararlaştırılmadıkça sözleşmeye konu bir işin yapılmasına ilişkin borcun müteahhitten başka bir kişi tarafından da yerine getirilebileceği kabul edilmişti.

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

“...Bu durumda da, eğer iş sahibi rıza gösterir ise yine iş bir başkası tarafından yapılabilir”⁶⁵ .

Nitekim akit, müteahhidin kişiliği dikkate alınarak yapılmışsa ya da müteahhit, işi şahsen ifa konusunda özellikle tahhütte bulunmuşsa bu durumda iş sahibi, işin müteahhit tarafından bizzat yapılmasını talep edebilir. Örneğin, bir sanatçının duvar boyaması işinde olduğu gibi. Diğer durumlarda ise, müteahhit istediği zaman yardımcıya müracaat edebilir. Örneğin bir nakliyatın yapılmasında olduğu gibi. Burada, yardımcının kusurundan şahsen kusuru varmış gibi sorumludur⁶⁶ .

D.19.2.25.7 : Gaius libro X. Ad Edictum provinciale. Qui columuam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus

⁶⁴ KARADENİZ, s. 165 vd.

⁶⁵ KARADENİZ, s. 176 vd.

⁶⁶ HONSELL / MAYER-MALY / SELB, s.329, dpn. 11.

fuisset. Idem scilicet intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad ceteras res transferri potest.

“Bir direğin taşınmasını üstlenmiş kişi, eğer bu direk taşınması esnasında, kırılmışsa, hasarı yüklenir; eğer bu kişinin kendi kusuru yok ama aksine yardımcı şahıslarının kusuru varsa aynı kural geçerlidir. Eğer bu kişi, çok özenli olarak gözetmek için herşeyi yapmışsa, kusuru yoktur. Ve eğer bir kimse testi veya kirişi taşımayı yüklenmişse tabii ki -burada da- aynısını anlıyoruz; aynı şekilde diğer eşyanın taşınmasında da mümkündür”⁶⁷.

Burada ifade edilen şudur; Gaius, conductorun yardımcı şahıslann fiillerinden sorumluluğunu kabul etmektedir.⁶⁸ Zarar, conductorun kendisinin veya hizmetinde bulunanın, yardımcı şahsın culpasından meydana gelirse, sorumlu olunacağı belirtilmektedir. “Conductor, dikkatli bir insanın yapacağı her şeyi yapmışsa sorumlu değildir” kuralından hareketle eğer direklerin naklini uygun olmayan kişilere bırakmışsa, culpadan sorumlu tutulacaktır.

Netice olarak, bugün Türk Hukukunda da olduğu gibi, sonucun meydana getirilmesi esnasında müteahhit bizzat çalışabileceği gibi, işi gerekirse bir başkasına da yaptırabilir.

⁶⁷ Karş. ABGB § 1313 a ve BGB § 278.

⁶⁸ Metin ile ilgili değerlendirme için bz. TAMER-GÜVEN D., Roma Hukukunda Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk (*Culpa in Eligendo*), İstanbul 1993 (yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 103 vd. Müsterek hukukta, sözleşmelerde, yardımcı şahsın kusurundan dolayı sorumluluk benimsenmiştir ve BK.md. 100. Geniş bilgi için bkz. EREN, s. 1059 vd; TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Ankara 1961, s.435 vd; KARAHASAN, Sorumluluk, s.1133 vd; TANDOĞAN, s.74 vd.

Locatio conductio operisinde conductor “bir sonuca yönelik faaliyeti” bakımından iş sahibine bağımlı değildir. Çünkü iş sahibini ilgilendiren husus, sözleşme ile kararlaştırılan sonucun, kararlaştırıldığı biçimde elde edilmesidir. Dolayısıyla iş sahibi, sadece sonuçlanmış olan iş kendisine sunulduğu zaman bir denetleme yetkisine sahiptir⁶⁹. Ancak, metinlerden, bazı hallerde, iş sahibinin veya üçüncü kişinin işin kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin takdir yetkisini kullanmasına izin verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, bu takdir yetkisi D. 19.2.24 pr.’a göre “adil bir kişinin vereceği karara uygun” kullanılmalıdır.

Eserin , sözleşme ile belirlenmiş güne (dies operis) kadar tamamlanması ve iş sahibine teslim edilmesi gerekir. Eğer taraflar işin bitimi için bir süre kararlaştırmamışlarsa böyle bir işin yapılması için gerekli normal süre gözönünde tutulur⁷⁰. D. 19.2.58.1’e göre, işin bitimi için bir sürenin belirlenmediği hallerde, işin bitmesi gereken normal süresinin tesbitinde “makul bir kişinin belirleyeceği süre” esas alınacaktır.

Eserin teslimi, tamamlanmış bir işin toptan (in aversione) verilmesi şeklinde olabileceği gibi, bölüm bölüm (in pedes mensurası) de yapılabilir⁷¹.

3. Ücret Unsuru

Hem Roma Hukuku’nda⁷² hem de modern hukuklarda istisna akdi tam iki tarafa borç yükleyen bir akittir.

⁶⁹ KARADENİZ, s. 174.

⁷⁰ RADO, s. 141; BUCKLAND, s.505.

⁷¹ KARADENİZ, S. 174.

Müteahhit (conductor) tarafından ortaya çıkarılacak sonuç için ödenecek ücret (merces), locatio conductio operisin temel unsurudur. Başka bir ifade ile ücret, yukarıda bahsi geçen D.50.16.5.1 çerçevesinde, yapılan işe değil, tamamlanmış esere verilecek karşılığı oluşturur⁷³. Nitekim, Inst.3.24 pr. ve D. 19.2.2 pr.’ da bunu açıkça görmekteyiz.

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

“Locatio conductio, alım satıma yakındır ve aynı hukuk kaideleri ile tanzim edilir. Filhakika, nasıl alım satım semen üzerinde mutabakat hasıl olduğu vakit inikat ederse, locatio ve conductio da ücret (merces) üzerinde mutabakat hasıl olduğu vakit akdedilmiş sayılır”.

Ücret, rızai akitlerde sözleşmenin esaslı bir unsuru sayıldığından, tarafların, borç konusu olan paranın miktarı üzerinde, tam bir mutabakata varmış olmaları gerekir. O halde, akit yapılırken eser kararlaştırıldığı sırada bir ücret saptanmamışsa bir locatio conductio operisden söz edilemez⁷⁴. Ancak ücretin belirlenmesinde

⁷² SCHWIND, s.262

⁷³ WATSON, s101 vd.

⁷⁴ MAYER-MALY, s.86; KARADENİZ; s.191.

-yine alım satım örneğine yollama yapılarak- (D. 4.4.16.4) gabin de yasaklanmıştır⁷⁵.

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

“Tabiidir ki, satımda olduğu gibi, yüksek değerli bir eşyayı düşük fiyata satın almak, düşük değerli eşyayı yüksek fiyata satmak ve bu suretle bir diğerini aldatmaya izin verilmediği gibi, bu locatio conductioda da haklı olarak vardır” .

Ücretin tesbitinin, üçüncü kişiye bırakılması halinde ise, Gaius’a göre, bu durumda locatio conductionun akdedilip edilmediği tartışmalıdır :

Gai.Inst.3.I43 : Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quantri Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur..

“Dolayısıyla, ücretin takdiri, örneğin Titius ne kadar takdir ederse gibi başkasının tayinine bırakılmış ise, locatio condutctionun akdedilip akdedilmediği tartışmalıdır...”

⁷⁵ SCHWIND, s.316 ve ayrıca s.316 dpn.1 de adı geçen yazarlar.

Inst. 3.24.1’de ise, yine alım satım akdi ile ilgili olarak yapılan açıklamalara yollama yapılmakta, o çözümün locatio conductio için de geçerli olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla Inst.3.24.1 ile birlikte Inst. 3.23.1’i de değerlendirmemiz gerekmektedir.

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

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

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

venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere,

“Üzerinde anlaşılmış bir semenin (pretium) mevcut olması lazımdır: çünkü semensiz alım satım olamaz. Ayrıca semen muayyen olmalıdır. Yoksa, taraflar arasında, o şey üzerinde Titius ne kıymet takdir ederse o kadara satın alınsın, şeklinde bir anlaşma olsa; eskiler arasında, burada alım satım var mıdır yok mudur hususunda sık sık tereddüt ve şüpheler doğmakta idi. Fakat bir emirnamemizde aldığımız karara göre: “Filancanın takdir ettiği kıymetle” şeklinde yapılan her alım satım, şu şartla akdedilmiş olacaktır; eğer o gösterilen kimse semeni tayin ederse, onun takdirine göre semeni ödemek malı teslim etmek böylece alım satımı neticelendirmek borcu doğacak ve alıcı actio empti satıcı actio venditiyi haiz olacaktır. Buna karşılık gösterilen kimse, ya istemediğinden veya yapamadığından, semeni tayin etmezse, semen mevcut olmamış gibi alım satım yapılmamış olacaktır. Tarafımızdan, alım satım için bu kural kabul edilmiş olduğuna göre, aynı kuralı locatio ve conductiolara da teşmil etmek bir manasızlık teşkil etmez”.

Metinde ifade edildiği gibi, bilhassa Iustinianus hukukunda, klasik hukukçular arasında tartışmalı olan konuya açıklık kazandırılarak, semenin miktarının tayininin 3. şahsa bırakılmış olması halinde, bu kimsenin bunu tayin ve takdir etmesi şartı ile alım satım akdinin geçerli olacağı kabul edilmiş⁷⁶ ve bunun locatio conductio içinde geçerli olacağı ifade edilmiştir. Bu durumda özellikle Iustinianus döneminde istisna akdinde ücretin takdirinin üçüncü kişiye bırakılması ve

⁷⁶ RADO, s. 122; KASER, RPR II, s.338.

onun da ücret miktarını belirlemesi koşuluyla⁷⁷, akdin geçerli olacağı kabul edilmelidir⁷⁸.

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

“Eğer ücretin belirlenmesi, belirsiz bir üçüncü kişinin takdirine bırakılmışsa, locatio ve conductio akdedilmiş olmaz. Fakat, Titius’un belirleyeceği şeklinde bir ifade kullanılmışsa locatio ve conductionun varlığı açıktır. Bu takdirde ücreti belirleyecek olan şahsın bu yetkisini kullanması ile ücret ödenebilir hale gelir ve locatio da hüküm doğurur. Ancak bu şahıs ücreti belirlemezse, belirlenmiş bir ücret olmadığı için akit de geçersiz olur”.

Bir başka konu da, ücretin ne şekilde ödeneceğidir. Kuşkusuz bu sorun taraflar arasındaki anlaşmayla giderilir. Böyle bir anlaşma yapılmamışsa,

⁷⁷ Bir nevi “askıda geçerlilik” durumu sözkonusudur denilebilir.

⁷⁸ Bu durum, Borçlar Hukuku açısından edimin özelliklerinden biri olan “edimin belirli veya en azından belirlenebilir olması” na da uygundur. Edim ile ilgili olarak aranılan diğer özelliklere gelince:
- edim mümkün olmalıdır (impossibilium nulla obligatio est: imkansız şey üzerinde borç doğmaz)
- D. 50. 17. 185; Gai. 3. 97. [BK.md.19](#) ve md.20.
- Edim hukuka ve ahlaka aykırı olmamalıdır.
-Para ile belirlenebilir bir değerinin olması gerekir. TAHİROĞLU, s. 19 vd; UMUR, Ders Notları, s.295; RADO, s.20; TEKİNAY, S.S./ AKMAN, S./ BURCUOĞLU, H./ ALTOP, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.9; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.50.

tamamlanmış eserin teslim edilmesi ve locator tarafından kabul edilmesi anında, merces tamamen ödenir⁷⁹. Eğer eser kısımlar halinde teslim edilecek ise, müteahhit her bir kısmın tesliminde, o kısım için ücrete hak kazanacaktır⁸⁰.

⁷⁹ Eser, iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle teslim edilemiyorsa, alacaklının temerrüdüne ilişkin genel esaslar uygulanır, KARADENİZ, s. 190, dpn.292; BUCKLAND, s.505.

⁸⁰ Ücretin, işin her bir kısmı için verileceğinin kararlaştırıldığı durumda, tüm iş tamamlandığında, eserin kötü / ayıplı yapılmış olması, locatoru parayı ödemekten alıkoyamazdı. Bunun istisnası her kısımda, işin locator tarafından kontrol edileceğinin kararlaştırılması halidir. BUCKLAND, s.505

§ 3. LOCATIO CONDUCTIO OPERIS (İSTİSNA AKDİ) İLE DİĞER AKİTLERİN FARKLARI

I. HİZMET (LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM) AKDİNDEN FARKLARI

İş görme sözleşmeleri olarak bilinen istisna ve hizmet akitleri, gerek Roma Hukukuna gerekse modern hukuklarda, bir emek harcamayı, iş görmeyi gerektiren sözleşmelerdir. Her iki akitte de iş görme, bir ücret karşılığında yapılır. Genellikle her iki akitte de bir zaman söz konusudur. Bu nedenle hizmet akdi ile istisna akdinin birbirinden ayırd edilmesi ayrı bir öneme sahiptir, ancak bazen zorluk arzeder. Hizmet akdi belirli veya belirsiz bir zaman için bir ücret karşılığında, başka birinin emrinde, hizmet görülmesini gerektirir. Buna karşılık istisna akdinde bir çalışmanın sonucunun ortaya konması, bir eserin imal edilmesi önemlidir⁸¹. Ayrıca, müteahhit, iş sahibinin emir ve talimatları ile değil, bağımsız olarak çalışır.

Klâsik hukuk döneminde locatio conductio operarum, bir kimsenin (locator), bir bedel (merces) karşılığında belli bir süre için (per tempora) başka bir kimseye (conductor), hizmet görmeyi vaad ettiği, hizmetlerini arzettiği, iş gücünü sunduğu bir sözleşmedir⁸². Bu dönem boyunca locatio conductio operarumdan doğan borç bir dare borcu olarak görülmüştür⁸³. Oysa tamamlanmış bir sonucu / eseri konu edinen

⁸¹ SCHWARZ, s. 28; GÖKTÜRK, s.498; UMUR, Ders Notları, s.369; REISOGLU, S., Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968, s.56; TANDOĞAN, R, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzer Akitlerden Ayırdedilmesi, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.311 vd; ERDOĞAN, s.164 vd; KASER, RPRI, s.570.

⁸² KARADENİZ s. 129.

⁸³ KARADENİZ, S. 166.

locatio conductio operisden doğan borç bir facere borcu şeklinde ortaya çıkar. Dolayısıyla bu dönemde, her iki sözleşme bakımından bu farktan söz etmek mümkündür. Ancak Iustinianus zamanında locatio conductio operarumdan doğan borç da bir facere borcu olarak kabul edilmeye başlanınca, bu iki tip sözleşme arasında sadece bu bakımdan görülen fark da ortadan kalkmış oldu. Klâsik dönem açısından söylenebilecek bir diğer fark da, bu dönemde locatio conductio operisde verilen malzemenin mülkiyetinin müteahhide geçmesi dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Locatio conductio operarumda işçinin kullandığı malzemenin mülkiyeti değişmezdi. Ancak bu fark da klâsik sonrası dönemde, locatio conductio operisde de verilen malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kalması sebebiyle sona ermiştir⁸⁴.

Hizmet akdinde (locatio conductio operarum) işi görecek olan locator, sadece iş gücünü “belli bir sonucu meydana getirme sözkonusu olmaksızın” işverenin (conductor) hizmetine tahsis eder⁸⁵. Oysa locatio conductio operisde conductor, “belli bir neticeyi” üstlenmektedir. Bu yüzden, istisna akdinde “ortaya çıkartılan sonuca”, hizmet akdinde ise “tahsis edilen hizmet karşılığı yapılan işe” ücret ödenmektedir.

Hizmet akinin (conductio operarumun) hukuki yapısı sonucu, işçi, işverene büyük ölçüde bağımlı şekilde çalışır⁸⁶. Bu bağımlılık, işçinin işin görülmesi ve işe

⁸⁴ DI MARZO s. 154 vd

⁸⁵ TAHIROĞLU, B. / ERDOĞMUŞ, B., Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 1999, sh. 193; HONIG, s.265; HONSELL / MAYER-MALY / SELB, s.327 vd; HAUSMANINGER H./ SELB, W., Römisches Privatrecht, Wien 1997, s.325.

⁸⁶ KARADENİZ, s. 125 vd

ilişkin davranışları konusunda işverenin bütün emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü altına girmesi anlamına gelmektedir⁸⁷.

Roma Hukukunda, toplumsal ve ekonomik bakımdan da bu iki akit arasında farklar vardır. Genellikle locatio conductio operisler belli mesleki bilgiyi, ustalığı gerektiren işlerin görülmesinin amaçlandığı durumlarda kullanılıyordu⁸⁸.

Paulus’a ait D. 7.7.1’de “opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit quo praestanda est” denilmektedir; “opera (iş), ifası gereken (praestanda) zamandan (dies) önce varolmayan bir faaliyetten (actus) ibarettir”⁸⁹. Bu metinden yola çıkarak, locatio conductio operarumun konusunu oluşturan işin, “faaliyet”, ”yükümlülük” ve “zaman” unsurlarının varlığını tespit etmek mümkündür.

Hizmet akdinde iş, somut ve bağımsız maddi varlığı olan şey değildir, belli bir amaçla belli bir zamanda harcanmış iş gücüdür. Bu nedenle operanın zamanla zorunlu bağlantısı bulunmaktadır. Zamandan bağımsız olarak işin varlığından bahsedilemez. Dolayısıyla hizmet akdindeki iş ilişkisinde zaman unsurunun bir kenara bırakılması hukuki bakımdan sadece üstlenilen işi görme yükümlülüğünü değil, “işin var olma” ihtimalini de ortadan kaldırır. Ayrıca iş-zaman bağlantısının bir başka yönü daha vardır: İşin yapılması için gereken zamandan farklı olarak işin yapılma zamanı da önemlidir ve bu taraflarca kesin olarak saptanır. Çünkü işin, işverenin ihtiyacını gidereceği zamanda yapılması gerekir, bu zamanda ifa edilmeyen

⁸⁷ KARADENİZ, s. 139 vd. ve s. 166.

⁸⁸ KARADENİZ, s.138 vd.

⁸⁹ KARADENİZ, s.41, dpn.44.

işin artık ifa edilme imkânı da çoğu kez kalmaz. Örneğin, hasad için akdedilen hizmet akdinin konusunu oluşturan işin, zamanında yapılmaması yani hasad zamanı geçtikten sonra yapılmaya kalkılması halinde iş verenin menfaati gerçekleşmemiş olur⁹⁰.

Yukarıdaki anlatımlardan hareketle, klâsik dönemde, özgür bir kişinin “işini” temel iki hukuki biçim içinde değerlendirdiği söylenebilir: Ya işe ihtiyaç duyan kişinin yanında, iş yerinde bir ücret karşılığı iş görür ki, bu durumda aradaki hukuki ilişki locatio conductio operarum niteliğindedir ve iş gören kişi (işçi) iş gördüğü belli süre için (per tempora) ücret alır, veya özgür kişi kendi evinde, kendi atölyesinde, kendi araç ve gereçleriyle, bedel karşılığında bir başkası için iş görür, bir eser yapar, bu durumda locatio conductio operis sözkonusu olur; müteahhit yarattığı eser karşılığı ücrete hak kazanır⁹¹.

Locatio conductio operarum ile locatio conductio operisin ortak tarafları ise, her iki biçimde de iş görenin, (işçi/müteahhit) başkasına ait malzeme üzerinde çalışmalarıdır⁹².

Türk Hukukuna baktığımızda⁹³, her iki akit açısından aynı noktaların ayırıcı olduğunu anlaşılmaktadır. Nitekim, bugün de istisna akdini hizmet akdinden ayıran

⁹⁰ KARADENİZ, s.44 -45.

⁹¹ Bu iki temel biçim, çağdaş hukuk doktrinde ortaya atılan işverene bağımlı çalışma ile iş görenin bağımsız çalışması ayınım ile paralellik gösterir.

⁹² Locatio conductio operis'de iş sahibi tarafından verilen malzemenin, başlangıçta, işi görececek kişinin mülkiyetine geçmesi (mutatio dominii), söz konusu sözleşmenin niteliği bakımından önem taşımaz, sadece malzemeyi işleyecek olanın sorumluluğunu belirler, KARADENİZ, s. 127, dpn.33.

⁹³ Türk hukukunda hizmet akdi bir taraftan Borçlar Kanunu ile diğer taraftan İş Kanunu ve ilgili özel kanunlarla düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin hükümlerinin uygulama alanı, bu

başlıca unsurlar, esas itibariyle bir bütün teşkil eden, sonuç ve bağımsızlık unsurlarıdır⁹⁴.

BK.md.313/I'e göre, "hizmet akdi bir mukaveledir ki, onunla işçi, muayyen veya gayrı muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder".

Hizmet akdinde işçi, belli bir işin görülmesi için çalışmasını borçlanırken, özenle çalışmak dışında, çalışması sonucu ortaya çıkacak ürünü veya bu ürünün sıhhatini garanti etmiş olmaz. Buna karşılık istisna akdi, müteahhidin iş sahibinin istediği eseri meydana getirme taahhüdünü içeren bir hukuki ilişkidir⁹⁵.

İstisna akdinde ise, müteahhidin bir sonuç borcu üstlenmiş olması, çalışması sonucu ortaya çıkacak ürünün sıhhatini garanti etmesi, onun özen borcunun bir sonucu olmayıp; ona yüklenen ayrı bir borçtur. Müteahhit çalışması sırasında, kendisinden beklenen özeni göstermiş olsa da, eserin ayıplı tesliminden sorumludur. Oysa hizmet akdinde, belli olan veya olmayan zaman içinde hizmet edimlerinde bulunması gerekir; işçi işinde gerekli özeni göstermiş olduğu takdirde, istenilen sonucun ortaya çıkmaması, mutlaka onun borcunu ifa etmemiş olduğu anlamını taşımaz⁹⁶. BK.md.321'de "işçinin taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecbur olduğu" ifade edilmektedir. Hizmet akdinde özenin derecesi, sözleşmeye göre tayin olunur. Burada,

şekilde oldukça daraltılmıştır, özel kanunların uygulama alanına girmeyen işyerlerinde çalışanlarla, süreksiz işlerde çalışanlara Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır, YAVUZ, s.412.

⁹⁴ TANDOĞAN, s.35 vd; Y. 9. HD. 8.11.1984 E.8455 K.9458 : "İş sözleşmesinin varlığından sözedebilmek için .ücret, bağımlılık ve devamlılık unsurlarının gerçekleşmesi gerekir", YKD.1985, c. 11, S. 11, s. 1162 vd.

⁹⁵ ÇELİK, N., İş Hukuku, İstanbul 2000, s.73; YAVUZ, s.403 vd.

⁹⁶ TANDOĞAN, s.36; KÖTELİ, A., Hizmet Akdini İstisna ve Vekalet Akitlerinden Ayırıcı Kısıtlar Üzerine Bir İnceleme, İBD, c.59, S. 1-2-3, 1985, s.83 vd.

özenin objektifleştirilmesi değil, subjektifleştirilmesi söz konusudur. Diğer bir ifade ile objektif olarak normal bir işçinin bu şartlar altındaki tutumu, elde edeceği sonuç değil ilgili işçinin bilgi derecesi, mesleki bilgisi, şahsi kabiliyeti dikkate alınacaktır⁹⁷.

Hizmet akdini, diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran ve bu akdin en önemli özelliği olan bağımlılık unsuru, ne İş Kanununda ne de Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiştir⁹⁸.

İşçi işverene tabi olduğu halde, müteahhit iş sahibine karşı daha bağımsız durumdadır⁹⁹. İşin düzenlenmesinde, iş aletlerinin seçiminde iş sahibinin talimatlarına göre hareket ediliyor ve iş sahibi de o işteki bilgisi nedeniyle işi idare ediyorsa hizmet sözleşmesinin varlığından bahsetmek gerekir. Diğer bir ifade ile işçi, bir ücret karşılığında belirli ya da belirsiz bir süre işverenin hizmetinde çalışmak yükümü altına girer. Ancak bu çalışma, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı

⁹⁷ UYGUR, c.5, s.566; REİSOĞLU, s. 153. İşçinin üstlendiği işler onun özen derecesini de belirler. Ev işlerini görem kadın, işini yaparken bir hastabakıcı kadar özen göstermek zorunda değildir. Bundan başka, işçinin mesleki yeteneği ve bilgi derecesi de gözetilir. Sorumluluk bunların kapsamına göre, orantılı olarak artar, VELİDEDEOĞLU/OZDEMİR, s. 534-535.

⁹⁸ Y. 9. HD. 8.11.1984, E.1984/8455 K. 1984/9548, YKD. Kasım 1985, s. 1642. Geniş bilgi için bkz. GÜZEL, A., Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.94-96. Yargıtay'a göre, "istisna akdi" başlıklı bir akitle çalışan kişi, ücret karşılığında bağımlı olarak çalışıyorsa hizmet akdinin varlığı kabul edilmelidir: Y. 21. HD. 13.10.1997, E.1997/6660 K. 1997/6343, YKD. Eylül 1998, s. 1363-1364; Y. 9. HD. 3.6.1996, E. 1995/37930 K. 1996/12278, GÜNEY, C. İ., Şerhli İş Kanunu, c.I ve c.2, Ankara 1998, (c.I, md.I) s.171.

⁹⁹ "Zaman ve bağımlılık unsurları, hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici unsurlarıdır. Çalışan iş gücünü belirli ya da belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın emrinde bulundurmakla yükümlü olmayarak işveren emrine bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirmek biçiminde edimini yerine getiriyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi istisna akdine dayanıyor demektir" Y. 10. HD. 27.2.1984 E. 1132 K. 166, UYGUR, c.5, s.726-727; Bu nedenle Yargıtay iş sahibinin, müteahhidin işini görürken verdiği zarardan BK.md55'e göre sorumlu tutulmayacağına karar vermiştir. Bkz. Y. 4. HD. 31.3.1975 E. 1489 K.4116, ABD, 1975, s.888-890; Y. 11. HD. 5. 7. 1989 E.3015 K.3580, UYGUR, c.5, s.729; KÖTELİ, s.80 vd.; ERDOĞAN, agm, s. 164; REİSOĞLU, s. 57.

olarak, bir hiyerarşi içinde işverene bağlı olarak yapılır¹⁰⁰. İşçinin, işin yapılması sırasında, işverenin talimatına bağlı olması ve işverence denetlenmesi gerekir¹⁰¹. Müteahhit ise işçiye göre daha bağımsız çalışır. Hizmet akdinde aksi kararlaştırılmamışsa veya örf adette hüküm yoksa taraflar işi başkasına devredemez. İstisna akdinde ise, aksi kararlaştırılmamışsa veya müteahhidin şahsı sözleşmenin yapılmasında önemli değilse iş bir başka kişiye devredilebilir¹⁰². Hizmet akdinde işin yürütümü ve yönetimi işverene aittir¹⁰³. Bizzat ifa başlığını taşıyan BK.md.320/I'e göre, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi taahhüt ettiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür¹⁰⁴.

Öte yandan, hizmet akdi, taraflar arasında devamlı bir ilişkinin varlığını zorunlu kılar. Bu devamlılık, işçinin bütün işgücünü aynı işverene tahsis etmesini gerektirmez.

Aksine adet veya anlaşma olmadığı takdirde, işçiye lazım olan araçları ve malzemeyi işveren sağlamakla yükümlüdür (BK.md.331)¹⁰⁵, İstisna akdinde ise

¹⁰⁰ ESENER, T., İş Hukuku, Ankara 1974, s. 127-128; ELBİR, H. K., İş Hukuku, İstanbul 1987, s.61; REİSOĞLU, s.38, 51 vd; DEMİRCİOĞLU, A. M. / CENTEL, T., İş Hukuku, İstanbul 1999, s.41; CENTEL, T., İş Hukuku, c.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s. 57-59.

¹⁰¹ YHGK. 25.12.1968 E.1966/3-964 K.844, İBD. c.XLIII, Kasım-Aralık 1969, s.637; Y. 21.HD. 12.10.1995 E. 1995/5310 K. 1995/5548, YKD. Ocak 1996, s.95-96.

¹⁰² AKYAZAN, S., İstisna Akitleri, AD.1967, s.877 vd.

¹⁰³ ÇELİK, s.73; ATABEK, R., İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938, s.22; REİSOĞLU, s. 57; ESENER, s. 129 vd; UYGUR, T., İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar - Yargılama, Ankara 1980, s. 13 vd.; NARMANLIOĞLU, Ü., İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, I, İzmir 1998, s. 138; HATEMİ/ SEROZAN / ARPACI, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 1992, s.351; SAYMEN, hizmet akdinde iş dolayısıyla “hukuki tabiyet”in, istisna akdinde ise bağımsızlığın bulunduğunu ve müteahhidin faaliyetinin risklerinin kendisine ait olduğunu belirtmektedir, SAYMEN, F. H., Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.412 vd.

¹⁰⁴ UYGUR’a göre, bu hüküm hiç kuşkusuz, işin gerektirdiği oranda yardımcı şahıs kullanılmasına engel değildir. Borçlar Kanununun 320. maddesi, Borçlar Kanununun 67. maddesinin istisnasını oluşturmaktadır. UYGUR, c.5, s.565.

¹⁰⁵ işverenin gerekli alet ve malzemeyi temin etmemesi yüzünden işçi çalışmıyorsa BK.md.325’e göre, işverenin temerrüdü dolayısıyla, ücret talep hakkı mevcut olacaktır. UYGUR, c.5, s.597; REİSOĞLU, s.211.

aksine adet veya sözleşme yoksa, imal olunacak eserin yapılması için gerekli araç ve gereçleri müteahhit temin etmekle yükümlüdür (BK.md.356/III).

Üzerinde durulması gereken bir konu da, iş yapılan parça başına ücret verilen akitlerde¹⁰⁶ hizmet mi yoksa istisna akdinin mi bulunduğu tespitidir. Kendi evinde çalışanlar hakkında, şüphe halinde, istisna akdi hükümleri uygulanmalıdır. Nitekim BK.md.322' ye göre, parça üzerine veya götürü çalışan işçi, iş sahibinin gözetimi altında bulunmazsa, işlenen madde ve işin akit gereğince icrası bakımından sorumluluk hakkında istisna akdine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır¹⁰⁷. O halde hizmet akdine ilişkin bu madde ile yollama yapılan BK.md.356, 357, 358 ve ayıba karşı hükümlerin -zaten- uygulanır olmasıyla çözüm yolu değişmeyecekse de bir hususa dikkat etmek gerekir: BK.md.322'deki iki hususun gerçekleşmesi ile istisna akdine ilişkin hükümlerin uygulanmasıyla işçinin sorumluluğu ağırlaşacaktır¹⁰⁸

Hizmet akdi işçinin ölümü ile sona erdiği halde (BK.md.347/I), istisna akdi müteahhidin ölümünde, şahsı akit konusu işin yapılması açısından önemli değilse, sona ermez (BK.md.371/I)¹⁰⁹. İşverenin şahsı özellikle dikkate alınarak yapılan hizmet akdi, BK.md.347/I gereğince son bulacaktır. Örneğin yaşlı ve hasta bir

¹⁰⁶ Ücretin saat üzerine verilmesi, istisna akdinin diğer tipik unsurları mevcutsa, sözleşmenin istisna akdi olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez. TANDOĞAN, s.38, d.pn.108.

¹⁰⁷ TANDOĞAN, s.38-39; ÇELİK'e göre, işin, işverene ait iş yerinde yapılması koşulu (ki Yargıtay'ın görüşü önce bu yöndeydi, sh.72, d.pn.10) tek başına bağımlılık ilişkisini göstermez; sadece bazı durumlarda, hizmet akdinin öteki iş görme sözleşmelerinden, özellikle istisna ve vekaletten ayırdedilmesine yardımcı olur, sh.72. Nitekim Yargıtay da artık bu görüştedir: Y. 9. HD. 18.5.1989 E. 1989/1685 K. 1989/4550, Tekstil İşv. D. Ekim 1989, s. 15.

¹⁰⁸ UYGUR, c.5, s.573.

¹⁰⁹ UYGUR, c.5, s.640; İşçinin ölümü ile hizmet akdinin sona ermesinde, işveren onun mirasçılarının tazminat isteme hakkına sahip değildir. Oysa işverenin ölümü sebebiyle hizmet akdi son bulmuşsa işçi, işverenin mirasçılarının hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebilir. (BK md 347/III)

adama ihtimam amacıyla yapılan hizmet akdi böyledir. Oysa iş sahibinin ölümü, kural olarak sözleşmeyi etkilemeyecektir, yaptırılan eserle ilgili haklar mirasçılara geçecektir.

Hizmet akdinde işçiye dinlenme için izin verilir, işçi resmi tatilleri ve yıllık izinleri kullanır, izinli olduğu günlerde ücreti kesilmez¹¹⁰. Oysa müteahhit için, bağımsızlık sözkonusu olduğundan, izinden bahsedilmez.

İşçi kusuru olmaksızın malzemeye ve iş aletlerine zarar verecek olursa sorumlu değildir; kazadan dolayı ve kaza sebebiyle boş kalmasından dolayı ücretinden kesinti yapılamaz. Müteahhit ise teslim kadar hasara katlanır.

Hizmet akdinde işçinin sosyal güvenliğinden, işyeri şartlarının sağlığa uygun olmamasından işveren sorumludur. İstisna akdinde ise, iş sahibinin müteahhide karşı böyle bir sorumluluğu sözkonusu değildir¹¹¹.

¹¹⁰ Hatta [BK.md.328](#) e göre, uzun süreli hizmet akitlerinde, hastalık, askerlik ve bu gibi sebeplerden dolayı, işçinin -kusursuz olarak- nispeten kısa süre işi ifa edemediği hallerde bile ücret isteme hakkı vardır.

¹¹¹ ERDOĞAN, s. 165.

II. VEDİA (DEPOSITUM) AKDİNDEN FARKLARI

Roma Hukukunda bu iki akdin ayırılması Türk Hukukundan farklıdır.

Roma Hukukunda vedia akdi, vedia verenin, menkul bir malı ücretsiz olarak saklanmak üzere vedia alana verdiği; vedia alanın da mal geri istendiği zaman iade etmek borcu altına girdiği “depositum” akdidir¹¹². Yani eksik iki taraflı bir akittir. vedia alan daima borçlu, vedia veren ise bazı hallerde borçludur. Vedia akdinin bir diğer özelliği “ayni akit” olması yani tarafların iradesinin uyuşmasının (consensus) akdin kurulmasına yetmeyip, detentionun naklinin de yapılması gerekir. Diğer bir deyişle, depositum, consensus + res ile kurulur. Oysa, istisna akdi (locatio conductio operis) tam iki tarafa borç yükleyen bir rızai akittir¹¹³.

Bu anlatımlara göre, Roma’da taraflar arasında ücret karşılığı bir malın saklanması kararlaştırılmışsa, yapılan akit “locatio conductio operis” olacaktır¹¹⁴. Bu konuda birisi Institutiones’de diğeri Digesta’da olmak üzere iki metin karşımıza çıkmaktadır.

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

¹¹² Di MARZO, s.416 vd.; UMUR, Ders Notları, s.344 vd.; TAHİROĞLU, s.140 vd.; KOSCHAKER/AYİTER, s.221 vd.; TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, Meseleler, s. 192; BERKİ, s.28; HONIG, s.251; KASER, RPR I, s.534 vd.

¹¹³ RADO, s.79 vd.; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Meseleler, s. 193.

¹¹⁴ KASER, RPR II, s.392; UMUR, Ders Notları, s.344; BUCKLAND, s.468..

“... Umumiyetle söylemek istersek: Bir işin ücretsiz yapılması deruhte edilen bütün vekalet ve vedia hallerinde, ücret ithal edilecek olursa, locatio ve conductio akdolunduğu anlaşılır...”

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

“ Hamamcıya muhafaza edilmek üzere verilmiş elbiseler kaybolmuşsa, benim fikrime göre, elbiselerin muhafazası için ücret almamışsa, kendisine vediadan doğan dava açılır ve sadece kasdından sorumlu tutulur, ücret almışsa, istisna akdinden doğan dava açılır.”

Doktrinde, depo sahipleri ile ücret karşılığı mallarının depoda saklanmasını isteyen kişi arasında bir locatio conductio operisin mi yoksa bir locatio conductio reinin mi yapıldığı konusu tartışılmıştır¹¹⁵. Öncelikle, yukarıda açıklanan genel yapı içinde, bir vediada ücretin kararlaştırılmış olması, vediaı istisna akdine dönüştürür. Diğer yandan, burada kira akdinin kabul edilmesi, tarafların o akitten beklentileri ve özellikle kiralayanın borcu bakımından fark yaratır. Depoya malını bırakan kişi için önemli olan, malının -geri alacağı zamana kadar-saklanmasıdır. Depo sahibi de, deposuna getirilen malları korumakla ve iade ile yükümlüdür. Oysa kira denilirse, depo sahibi deponun belli bölümünü kira akdine göre kullanmaya uygun durumda

¹¹⁵ KARADENİZ, s. 186, ve hukuki ilişkinin kira olduğuna ilişkin görüşler için aynı sayfa dñn.276 da adı geçen yazarlar.

bulunduracak ama, o mallan koruma gibi bir borç altına girmeyecektir, ki depoya malını veren kişinin amacının da bu olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla bu durumda bir locatio conductio reinin değil, locatio conductio operisin varlığını kabul etmek gerekir¹¹⁶.

Türk Hukukunda ise, BK.md.463'e göre vedia akdinin tarafları açık veya zımni şekilde bir ücret tayin edebilirler. Oysa Roma Hukukunda vedia akdinin ücretsiz olması şarttır. Çünkü saklanmak üzere verilen menkul mal için ücret alınır, bu sözleşme depositum olmaktan çıkar ve bir locatio conductio operis olur. Artık tarafların arasındaki akit tam iki tarafa borç yükleyen “sinallagmatik” bir rızai akit haline gelir.

IV. ALIM SATIM (EMPTIO VENDITIO) AKDİNDEN FARKLARI

Yukarıda anlatılanlardan da hatırlanacağı gibi, Roma Hukukunda malzemenin kimin tarafından temin edildiği önemlidir. Zira, malzemenin kimin tarafından verildiği akdin niteliğinde tereddütler doğurabilmektedir.

Örneğin, terziye bir elbise ısmarlanması halinde kumaşı bizim götürmemizle, terzinin vermesi hallerinde farklı hukuki durumlar ortaya çıkmaktadır. Veya bir kimse, kuyumcuya bir altın yüzük ısmarladığında, altını kuyumcunun temin etmesi veya sipariş verenin getirmesi, akdin niteliğini değiştirmektedir.

¹¹⁶ KARADENİZ, s. 186;

Gerek Gai.Inst.3.147'den gerekse bu metne paralel Inst.3.24.4'den başlangıçta konunun Romalı hukukçular arasında ihtilafı olduğu, malzeme bakımından alım satım ve yapılan iş bakımından da locatio conductionun kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Eğer malzeme müteahhit tarafından verilmişse, Roma Hukukunda çoğunluk tarafından, bunun bir alım satım akdi olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla bir istisna akdinden bahsetmek için mutlaka malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi gereklidir¹¹⁷.

D. 19.2.2.1: Gaius libro II. Rerum quotidianarum. Adeo autem familiaritatem aliquam habere videatur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri solent, utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio, ut ecce, si Cum aurifice mihi convenerit; ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae, et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium, et magis emptionem et venditionem esse. Quodsi ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

“...Kuyumcunun kendi altınıyla belli ağırlıkta ve belli şekilde bana yüzük yapması hususunda anlaşırsak ve örneğin ödeme olarak 300 alırsa, bu alım satım mı yoksa locatio conductio mudur? Burada genel görüş, tek taraflı bir geçiş olmasından

¹¹⁷ RADO, s. 142; TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, Meseleler, s. 193; KARADENİZ, s. 165 vd.; KOSCHAKER / AYİTER, s.237; Di MARZO, s.441 vd.; HONSELL / MAYER-MALY/SELB.s.329.

dolayı, bunu alım satım olduğu yönündedir. Fakat ben altınımı veririm, iş için ücreti ödersem, locatio ve conductio olduğuna şüphe yoktur”.

D. 19.2.22.2: Paulus libro XXXIV ad Edictum. Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, prorietaem quidem eorum ad me tranfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam sunt, id est faciendi necessitatem.

“Eğer ben bir evin yapımı işini, bütün masraflar sana ait olmak üzere, conductora veririm, o bu şeylerin mülkiyetini bana geçirir. Ancak bu hala bir locatiodur. Bir zanaatkar kendi iş gücünü kiralar, bu da -bu yapı içinde- zorunludur”.

Türk Hukukunda, kural olarak, malzemenin müteahhit tarafından temin edilmesi¹¹⁸ veya iş sahibi tarafından verilmiş olması akdin niteliği açısından - Roma Hukuku’nda olduğu kadar – önemli değildir. BK.md.357’ye göre: “Müteahhit imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta satıcı gibi mütekeffildir”.

¹¹⁸ Yukarıda da belirtildiği gibi, doktrinde malzemenin müteahhit tarafından sağlanmasının üstlenilmesi "eser teslim sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda müteahhit iyi cinsten mateme sağlamak zorundadır İyi cins malzeme, sözleşmede vaadedilen ya da belirtilen, dürüstlük kurallarına göre gerekli nitelikleri taşıyan, ayıpsız malzemedir ve müteahhit sağlamış oldu&u malzemenin ayıplı olmasından dolayı iş sahibine karşı satıcı gibi sorumludur. ARAL, s.200; EREN, agm, II, s. 69; BAYGIN, s.24

Aynı maddenin ikinci fıkrasında da, “malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise, müteahhit, onları layık olan bütün ihtimam ile kullanmak ve bundan dolayı hesap vermek ve artanı iade etmekle mükelleftir” hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü gibi, hükmün birinci fıkrasında “malzemenin müteahhit tarafından temin edilebileceği”; ikinci fıkrasında ise “malzemenin iş sahibi tarafından verilebileceği” ima ve ifade edilmektedir¹¹⁹. Ancak sözleşmede bir hüküm ve bu konuda bir adet bulunmadığı takdirde malzemeyi kimin temin edeceği konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, genellikle, sözleşmenin yapılması sırasında bu konuda açık veya zımni bir anlaşmaya varılır veya sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin işlemeye başlamasıyla malzemeyi kimin tedarik edeceği sorunu çözüme bağlanır.

Bununla birlikte, bazı münferit olaylarda problem çıkmakta ve bir istisna akdi mi yoksa bir satım sözleşmesi mi olduğu tereddüt uyandırmaktadır. Bir ücret karşılığında taahhüt edilen şey, sözleşmenin yapıldığı anda mevcut ise, bu sözleşmenin satış niteliği taşıdığı açıktır. Teslim edilen şey, henüz mevcut değil ve ısmarlayan kişinin vereceği malzeme ile yapılacaksa bu durumda da istisna akdinin varlığı kolayca kabul edilebilir. Buna karşılık, müteahhidin kendi malzemesi ile kendi yerinde hazırlayıp bitince teslim edeceği taşınır eserlere ilişkin istisna akitlerini, ileride imal edilecek eşyanın satımından ayırdetmek bazen zordur¹²⁰.

¹¹⁹ Bu husustaki tartışmalar için bkz. TANDOĞAN, s.104 vd.

¹²⁰ TANDOĞAN, s.42, UYGUR, c. 5, s.656.

Pratik olarak, bu türlü münferit sorunlarda, olayın özelliklerine ve tarafların konumuna bakmak gerekecektir¹²¹. Değerlendirmek gerekirse, iş sahibinin talimat vermek hakkını haiz bulunması veya belli nitelikte mal istenilmesi istisna akdine delalet eder¹²². Örneğin ısmarlama elbise veya belli bir yapı için hazırlanan ve başka yerde kullanılması güç veya imkânsız olan beton demirlerin taahhüdünde durum böyledir. Oysa genellikle çeşit / tür olarak belirtilen şeylerin teslimine ilişkin taahhütler satım olarak kabul edilmektedir¹²³.

İş sahibinin, görülen iş üzerinde belli bir etkinliği varsa veya ayıp halinde kendisine, tamir ve tadil ettirme hakkı tanınması söz konusu ise, tereddüt halinde istisna akdinin varlığı asıl sayılmalıdır¹²⁴.

Bunun gibi, teslim edilecek eserin monte edilmesi (takılması, bağlanması, yerleştirilmesi) sözkonusu olan hallerde, genellikle emek unsuru ağır basıyorsa, istisna akdinin; malzeme unsuru üstün ise, satım akdinin mevcudiyeti kabul edilmektedir¹²⁵.

¹²¹“İnşa edilecek veya edilmekte olan binalardaki topraktan, kat satışı denilen hukuki ilişki, bir istisna akdi değil satım akdidir”. Y. 15.HD. 12.3.1992 E.5118 K.1253; Y.15. HD. 30.6.1992 E.3563 K.3413 UYGUR, C.5.s.731.

¹²² “Nitelikleri belirtilmek suretiyle dokuma tezgahı imal ettirmek satım değil, istisna akdidir”. Y. 11.HD. 19.10.1982 E.3266 K.3998, UYGUR, c.5, s.731-732.

¹²³ TANDOĞAN, s.42.

¹²⁴ TANDOĞAN, s.45.

¹²⁵ UYGUR, c.5, s.657; TANDOĞAN, s.42.

IV. VEKALET (MANDATUM) AKDİNDEN FARKLARI

Vekalet akdi (mandatum) ile vekil, vekalet verenin (mandator veya dominus negotii) kendisine tevdi ettiği işi veya işleri ücretsiz olarak ifa etmeyi taahhüt eder¹²⁶.

Bu tanıma göre, mandatumun en temel özelliği, vekilin tevdi edilen işi¹²⁷ ücretsiz olarak yerine getirmesidir¹²⁸. Roma Hukukunda taraflar, aralarında bir ücret şart koşmuşlarsa, bu, akdi vekalet akdi olmaktan çıkarır, duruma göre sözleşmenin ya bir locatio conductio operis veya locatio conductio operarum dönüşmesine yol açar¹²⁹. Nitekim, bir kimse elbisesini bir terziye ücretsiz olarak temizletmek veya ütöletmek için gönderirse bir vekalet akdi söz konusudur; oysa bu iş bir ücret karşılığında yapılıyorsa, istisna akdi karşımıza çıkar. Ücretsiz olması, vekaletin esasını oluşturduğundan bu özelliğiyle akit, locatio conductio operisden ayrılır. Nitekim, Paulus’a ait D.17.1.1.4’ de bu husus açıkça vurgulanmıştır. Metne göre, vekalette yükümlülüğün kaynağını dostluk oluşturur ve ivazsızdır; karşı yükümlülük olarak para kararlaştırılmışa, para bu akdi, istisna akdine dönüştürecektir.

Türk Hukukuna bakıldığında, vekalet akdi, Borçlar Kanununun 386. maddesinde, “vekâlet bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler”

¹²⁶ HONSELL / MAYER-MALY / SELB, s.335 vd.; KASER, RPR I, s.577; UMUR, Ders Notları, s.372.

¹²⁷ Bilindiği gibi, genellikle fikri çalışmayı gerektiren operae liberales’lerin ücret karşılığında görülmeleri düşünülemeyeceğinden bunlar hizmet ve istisna akitlerinin konusu olamazlar, ancak Roma’da ücretsiz olması gereken vekalet akdinin içeriğini oluşturabilirler, KOSCHAKER / AYİTER, s.241; KARADENİZ, s.36.

¹²⁸ Di MARZO, s.449 vd.; KOSCHAKER / AYİTER, s.241; HONSELL/ MAYER-MALY / SELB, s.329.

¹²⁹ UMUR, Ders Notları, s.373.

şeklinde tanımlanmaktadır. Öğretide yapılan daha geniş bir tanıma göre vekâlet, “vekile, müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nisbeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmak üzere yükleyen bir sözleşmedir”. Dolayısıyla vekalet, belli bir sonuç taahhüt etmeksizin, başkasının iradesine ve menfaatine uygun olarak bir işin idaresini veya bir hizmetin ifası borcunu yükleyen bir sözleşme¹³⁰ olması nedeniyle bu sözleşmede vekil, kendine akitle yüklenilen işi yönetme veya kabul ettiği işi yapma borcu altındadır.

Akdin konusu ise, bir iş görmektir; bu iş bir hukuki işlemin yapılması olabileceği gibi, hukuken hiçbir özellik arz etmeyen bir iş de (örneğin, bir haberin diğerine ulaştırılması) olabilir. Vekaletin konusu, istisna akdine göre daha genel bir nitelik taşır. Vekil, bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacıyla değil, belli bir yönde çalışmak için taahhüt altına girer. Bu çalışma neticesinde, istenilen sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesi önemli değildir. Önemli olan, vekilin, müvekkil adına işi özenle ve sadakatle görmesidir¹³¹. Bu durumda denilebilir ki; vekalet akdi, bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, genel yapısı dolayısıyla, hale göre, diğer iş görme sözleşmelerini de içine alır. Yani bir sözleşme, özellikle vekalet olarak düzenlenmese dahi, eğer hizmet, istisna ya da yayın gibi diğer herhangi bir iş görme sözleşmesiniteliği taşımıyorsa (BK.md.386/II), vekalet akdi olarak kabul edilir ve vekaletle ilişkin kurallar uygulanır¹³².

¹³⁰ TANDOĞAN, s.356; ERDOĞAN, s. 167; YAVUZ, s.561 vd.; UYGUR, c.6, s.330.

¹³¹ ERDOĞAN, s.170.

¹³² AYGÜN, M. Z., Vekalet Akdi ve Bazı Akitlerden Farkı, AD. 1953, s.1; ERDOĞAN, s.170; Akit serbestisi prensibi sebebiyle, bütün iş görme sözleşmeleri tek tek düzenlenmemiş olduğundan, taraflar kanunda düzenlenenlerin dışında da bir iş görme sözleşmesi yapabilirler. Bu nedenle BK.md.386/II,

BK.md.386/III hükmüne göre, vekil icabında ücret alabilir. Nitekim söz konusu maddeye göre, “mukavele veya teamül varsa, vekil ücrete müstehak olur”. Ancak istisna akdinden farklı olarak, maddenin ifadesinden de anlaşıldığı üzere, vekalet akdinde ücret zorunlu bir unsur değildir. Oysa BK.’nın 355. maddesinde, istisna akdinin mutlaka ivazlı bir akit olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla taraflarca bir ivaz/ücret kararlaştırılmamışsa, istisna akdi değil, vekalet akdi söz konusudur¹³³.

Türk Hukuku’nda, bu iki akit arasında daha başka farklar da göze çarpmaktadır¹³⁴.

Her iki sözleşmede de aksi kararlaştırılmadıkça, işin niteliği veya örf-adet müsaade etmedikçe, iş bir başkasına devredilemez. İstisna akdinde işin alt müteahhide devri halinde alt müteahhit ile iş sahibi muhatap olmazken, vekilin başka birini vekil tayin etmesi halinde (ikame vekalet), tevkil olunan vekil ile müvekkil karşı karşıyadır¹³⁵. Ancak yine de şu söylenebilir: İş görme ediminin şahsen yerine getirilmesinin önem taşıması, akdin istisna akdinden ziyade vekalet akdi niteliğini taşıdığının belirtisidir.

kanunda öngörülen iş görme sözleşmesi tiplerinden birine girmeyen hallerde uygulanacaktır, UYGUR, c.6, s.332.

¹³³ DAYINLARLI, s.11; ERDOĞAN, s. 170; UYGUR, c.6, s.332-333.

¹³⁴ Bkz. TANDOĞAN, s.39 vd.

¹³⁵ ERDOĞAN, s.170-171. Doğal olarak, bu sonucun ortaya çıkması için, vekilin müvekkil adına bir sözleşme yaparak yerine başkasını koyma konusunda yetkisinin olması gerekir. Böyle bir yetki yoksa, müvekkil böyle bir sözleşmeye icazet vermedikçe, vekilin yerine geçirmek istediği kişiyle müvekkil arasında akdi bir ilişki vuku bulmaz; bu üçüncü kişi tevdi edilen işi yaparsa, vekaletsiz işgören sıfatını taşır; geniş bilgi için bkz. UYGUR, c.6, s.518 vd; TANDOĞAN, s.456 vd.

Vekalet akdinde haklı bir sebep olmaksızın her iki taraf da uygun zamanda hareket etmek koşuluyla (BK.md.396), sözleşmeyi feshedebilir¹³⁶. Oysa, istisna akdinde taraflar ancak haklı sebepler karşısında akdi feshedebilirler¹³⁷. Vekalet akdinde, hizmet veya istisna akdi gibi diğer sözleşmelerdekinin aksine, “mühim sebeplere istinat etmek ve feshi ihbar müddetine uymak” gibi bir zorunluluk getirilmediği görülmektedir¹³⁸.

İş görmenin gerektirdiği masraflar vekalette müvekkile (BK.md.394)¹³⁹, istisna akdinde ise müteahhide aittir. Müteahhit bu masrafları, aldığı ücretle karşılar¹⁴⁰.

Müteahhidin veya adamlarının uğradığı zarardan, iş sahibi vekalette olduğu gibi sorumlu olmaz¹⁴¹.

İstisna akdinde, eserin imal ve teslim zamanı ya kararlaştırılmıştır veya bu makul bir zamandır. Yani, istisna akdi süreli olup, eserin imali ile sözleşme sona erer. Oysa vekalet sözleşmesinde işin yapılması ile ilgili olarak çoğu kez bir zaman sözkonusu değildir¹⁴². Vekil de bir sonuca ulaşmak için belli bir yönde iş görür. Ancak sonucun onun gerekli özeni göstermesine rağmen elde edilememesinin

¹³⁶ BK.md 396/II'ye göre, uygun olmayan zamanda sözleşme feshedilmişse, karşı tarafın zarar tazmin edilecektir. Geniş bilgi için bkz. UYGUR, c.6, s.689 vd.; BİLGE, s.301.

¹³⁷ ERDOĞAN, s. 171; UYGUR, c.6, s.690; BİLGE, s.301.

¹³⁸ Ancak burada istifa veya azil yoluyla akdin feshi için haklı sebep aranmaması farklı, akdin feshinin, örneğin azilin haksız yere yapılması farklıdır. Dolayısıyla, Yargıtay'ın da pek çok kararında yer aldığı gibi, haksız surette bir azil sözkonusu ise ücret ödenecektir: “Vekalet görevinden haksız azledilen avukat, vekaletten hiçbir iş yapmasa dahi, tam vekalet ücretine hak kazanır”,Y. 13.HD., 20.4.1993 E. 1381 K.3362, UYGUR, c.6, s.702-703.

¹³⁹ Geniş bilgi için bkz. UYGUR, C. 6, s. 559 vd.

¹⁴⁰ ERDOĞAN, s. 171.

¹⁴¹ TANDOĞAN, s.40 vd.

¹⁴² ERDOĞAN, s. 170.

rizikosu, müteahhidin durumundan farklı olarak, vekile ait değildir. Bu rizikoya müvekkil katlanır¹⁴³.

V. YAYIN SÖZLEŞMESİNDEN FARKLARI

Roma Hukukunda yer almayan bu kurumun, ortaya çıkan ihtiyaçlar karşısında, modern hukuklara girdiği görülmektedir. Bu nedenle de, kaynağı Roma Hukuku olan istisna akdi ile arasındaki benzerlikler ve farklılıklar ele alınacaktır.

BK.md.372-385 arasında düzenlenen yayın sözleşmesi (neşir mukavelesi) bir iş görme sözleşmesi olup, aynı zamanda bir hakkın devrini öngören sözleşme niteliğini de taşımaktadır.¹⁴⁴

Hak devredilmekle, yayınlayan eseri yayınlama hakkının sahibi olur ve aynı zamanda yayınlama borcu altına da girer. Çoğaltılıp yayınlanacak bir fikir ve sanat eserinin ısmarlama üzerine hazırlanması veya zaten hazırlanmış bir eserin yayınlanmak üzere çoğaltılması durumunda, istisna sözleşmesinin mi yoksa yayın sözleşmesinin mi bulunduğu tespitini önem taşıyabilir. İsmarlanan bir senaryonun hazırlanması veya bir kitabın bastırılması, istisna akdinin de yayın sözleşmesinin de konusu olabilir¹⁴⁵

¹⁴³ TANDOĞAN, s.363-364; UYGUR, c.6, s.335.

¹⁴⁴ BİLGE, s.272; FRANKO, N., Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara 1981, s.7; YAVUZ, s.533 vd.

¹⁴⁵ Y.15. HD. 13.9.1973 E.21 K.32 : Bir derginin ücret karşılığı basılması istisna akdi niteliği taşır, TANDOĞAN, s.47, dpn.144.

Bu sözleşmelerden hangisinin sözkonusu olduğunun tespitinde ilk kıstas, eseri ısmarlayanın yayma yükümlülüğünün bulunup bulunmamasıdır. Yayınlayanın böyle bir yükümlülüğü bulunduğu halde, müteahhidin bu yükümlülüğü yoktur¹⁴⁶

Yayınlayan, eserin yayın hakkını devralmakla, yazara ücret ödeme borcu altına girer. Ücret nakden olabileceği gibi, basılan eserden bir miktar verilmesi şeklinde de olabilir.

Bir yazardan, ücret karşılığında edebi bir eser meydana getirmesi istenmişse, istisna akdi vardır.

İstisna akdi için genel olarak şekil şartı aranmadığı halde, yayın sözleşmesi için yazılı şekil, geçerlilik şartıdır.

İstisna akdinde, eser henüz teslim edilmeden hasara uğrarsa, malzemeyi temin eden taraf zarara kendisi katlanır ve bu durumda müteahhit, ücret talep edemez. Bir başka ifade ile, eser, teslimden önce beklenmeyen olay sebebiyle telef olmuşsa, müteahhit artık ücret talep edemeyeceği gibi, edim hasarına da katlanmak zorundadır¹⁴⁷. Yayın sözleşmesinde ise, eser yayıncıya teslim edildikten sonra yok olursa, yayınlatana kararlaştırılan ücreti vermek gerekir. Eseri yeniden yazmak nispeten kolaysa, muayyen bir tazminat karşılığında yazar yenisini yazmalıdır (BK.md.382/II-III).

¹⁴⁶ TANDOĞAN, s.47.

¹⁴⁷ ALTAŞ, H., Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002, s.112.

İstisna akdinde, eser teslimden sonra, zayi olursa buna iş sahibi katlanır. Yayın sözleşmesinde ise, basılıp çoğaltılan eserin ziyaına yayıncı katlanır. Eser tamamlanmadan yayınlatan ölür veya yeteneğini kaybederse, sözleşme sona erer (BK.md.384/1). İstisna akdinde ise bu gibi hallerde sözleşmenin sona ermesi, sözleşme yapılırken müteahhidin şahsi niteliklerinin önemli olmasına bağlıdır.

§ 4. LOCATIO CONDUCTIO OPERIS (İSTİSNA AKDİ)İN TARAFLARI VE TARAFLARIN BORÇLARI

I. AKDİN TARAFLARI

İstisna akdinde akdin tarafları “conductor” ve “locator” dur¹⁴⁸.

Conductor, işin yapılmasını, bir eserin meydana getirilmesini üstlenen, yapacağı işi beraberinde götüren kişidir. Esas itibariyle conductor, sözleşme ile kararlaştırılan sonuç elde edilmeden ifade bulunamayacağı gibi ücrete de hak kazanamaz. Locator ise iş sahibi, işi yaptıran ve diğer bir ifade ile, yapılmak üzere bir işi müteahhide tevdi eden ve Roma Hukukuna göre malzemeyi de temin eden kişidir. Örneğin, dikilmek üzere bir kumaş terziye, nakledilecek malları nakliyeciyeye bırakan kişidir¹⁴⁹.

Locator’un somut talimatına göre iş yapan conductor’un, eserdeki muhtemel eksiklikleri gidermesi, akdi yükümlülüğünün bir parçasını oluşturur (D.19.2.51.1 ve 19.2.60).

Modern hukuklarda, gerek iş sahibi gerek müteahhit gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir¹⁵⁰. Roma hukukunda ise tüzel kişi kavramı gelişmiş

¹⁴⁸ Conductor: Tam iki tarafa borç yükleyen bir akit olan locatio conductio’nun nevelerine göre, kiracı (conductor rei), iş sahibi (conductor operum) veya müteahhit (conductor operis faciendi) olan taraf, UMUR, Lügat, s.44.

Locator operarum : Locatio conductio operis’de başkasına ait bir işin tamamını üzerine alan müteahhide, toplu bir para miktarı (merces) vermekle mükellef olan iş sahibi, (Tezde kısaca locator olarak ifade edilmiştir) UMUR, Lügât, s. 129.

¹⁴⁹ RADO, s. 133,141; KARADENİZ, s. 165.

¹⁵⁰ BAYGIN, s.6 vd.

olmadığından¹⁵¹, iş sahibinin ve müteahhidin gerçek kişi olması gerektiğinden bahsetmek yanlış olmayacaktır. Nitekim, metinlerdeki örnekler de hep gerçek kişi üzerine verilmiştir.

II. AKDİN TARAFLARININ BORÇLARI

1. İş Sahibinin Borçları

A. Malzemenin temin edilmesi

Daha önce de ifade edildiği gibi, modern hukuklardan farklı olarak, Roma Hukukunda iş sahibinin (locator) temel borçlarından biri de, malzemeyi temin etmektir. Malzeme, kendisinden eserin imal edildiği ve onun içinde kalan maddedir. Taş, kum, çimento, kumaş, hazırlanmış pencere, monte edilecek tesisat gibi. Malzeme hammadde olabileceği gibi, önceden imal edilmiş bir şey de olabilir. Malzeme eserin imalinde kullanılmakla beraber, kendisi istisna akdinden doğan imal yükümlülüğünün konusunu oluşturmaz. Müteahhidin çalışma araçları malzeme kavramına girmez¹⁵².

¹⁵¹ Kişilerin gerçek kişi - tüzel kişi olarak ikiye ayrılması, Postglassatorların çalışmalarını takiben XIX. yüzyılda ortaya konmuş ve modern kanunlara girmiştir Romalılar kolektif iradesi olan, özel malvarlığı bulunan topluluklar (universitas) olabileceğini kabul etmişler ise de (D.3.4.7.1), DUFF, P.W., Personality in Roman Law, Chambridge 1938, s.35 vd; KOSCHAKER/ATİTER, s.94 vd; ANSAY, T., Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri, Ankara 1967, s. 13, bu topluluklarajugünkü hukukun verdiği anlam çerçevesinde bir tüzel kişilik tanımamışlardır, Geniş bilgi için bkz. TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, s. 106 vcl ; UMUR, Ders Notları, s. 179 vd; VILLEY M., Roma Hukuku, Güncelliği, İstanbul 2000, s.77; BUCKLAND, s.307 vd.

¹⁵² TANDOĞAN, s.104; YAVUZ, s. 472.

BK.md.356/II'ye göre, “aksine adet veya sözleşme olmadıkça, müteahhit, eserin yapılması için gerekli çalışma araçlarını kendisi sağlamak zorundadır”.

Yukarıda anlatıldığı gibi, malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi Roma Hukuku'nda çok önemlidir. Bugün Türk Hukuku'nda ise, BK.md.357'de, malzemeyi kimin temin edeceğine ilişkin bir açıklık yoktur. Dolayısıyla öncelikle sözleşme hükümleri gözönünde tutulmalıdır. Sözleşmede bu husus düzenlenmemişse BK.md.357'nin düzenlenme şekli açısından malzemenin iş sahibi tarafından temin edileceğinin kabulü daha uygundur¹⁵³. Malzemenin hangi tarafça temin edildiği esas itibariyle müteahhidin sorumluluk çerçevesini değiştirmektedir¹⁵⁴.

Roma Hukuku'nda malzemenin iş sahibi tarafından verileceği hususunda bir tereddüt olmamakla birlikte, “iş sahibi tarafından işlenmek üzere verilen malzemenin, işi görecek, malzemeyi işleyecek kişinin mülkiyetine geçmesi (mutatio dominii)” konusunda dönemlere göre değişiklikler ortaya çıkmıştır¹⁵⁵.

¹⁵³ TANDOĞAN, s. 105; UYGUR, c.5, s.770 vd.

¹⁵⁴ Malzeme, müteahhit tarafından temin edilmişse, BK.md. 357/I gereği “müteahhit, bu malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesuldür ve bu hususta satıcı gibi mütekeffildir”. Malzeme, iş sahibi tarafından verilmişse, müteahhit artanı iade ile mükelleftir (BK.md.357/II). Malzemenin, iş sahibi tarafından verildiği durumda BK.md.357/III, müteahhide ayrıca bir de genel ihbar yükümlülüğü getirmektedir. “İş devam ettiği sırada, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icraasını tehlikeye sokacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeye mecbur, aksi halde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir”. Müteahhit, böyle bir durumda ihbar yükümlülüğünü yerine getirmezse, bundan doğacak zararlardan BK.md.96 gereğince sorumlu olacaktır..UYGUR, c.5, s.772; TANDOĞAN, s. 112.

¹⁵⁵ Locatio conductio operis ile bir iş görme, eser meydana getirme yükümlülüğü altına giren kişinin, verilen malzemeyi işlemesi nedeniyle, hukuki taşıyır (specificatio) dolayısıyla işlenen malzemenin mülkiyetini kazandığı fikri ortaya atılmıştır. Oysa, hukuki taşıyırda, işlenen malzemenin mülkiyetinin işleyen kimseye geçmesi, klasik hukuk çağında, (Sabinianus mektebi taraftarları, hukuki taşıyır neticesi ortaya çıkan son üründeki mülkiyeti -malzeme olmadan hiçbir şey yapılamaz gerekçesi ile-kullanılan malzemenin malikine verirlerdi) Proculianus mektebine göre, (bu mektebin taraftarlarına göre mülkiyet, tamamlanmış malı hazırlayan kişiye bırakılmalıdır) ve “malzemeyi işleyen kişi ile malzemenin maliki arasında başka türlü bir anlaşmanın olmadığı” durumlarda sözkonusudur. KARADENİZ, s. 169, dñn.203. Ancak gerek Roma Hukukunda gerekse Türk Hukukunda geline nokta şudur: Bir malzemenin işlenmesi suretiyle yeni bir mal / eser yapılması halinde taraflar (işleyen

Klasik öncesi dönemde ve klasik dönemin başlarında, locatio conductio operisinde işlenecek malzemenin mülkiyetinin onu işleyecek kişiye geçmesi (mutatio dominii), genel kuraldır. Ancak, tarafların anlaşma yoluyla bu durumu değiştirebilecekleri sonucuna varılmaktadır. Zamanla bu anlaşmaların sayısı giderek artmıştır. Klasik hukuk döneminin ortalarına doğru, işlenecek malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kalması kural, müteahhide geçmesi istisna haline gelmiştir. Klasik sonrası dönemde ise, şayet taraflar arasında, malzemenin mülkiyetinin onu işleyene geçmesi konusunda bir anlaşma yapılmış ise, böyle bir anlaşmaya itibar edilirdi¹⁵⁶.

B. Ücretin Ödenmesi borcu

Merces, locatio conductio operisinde locatorun ödemekle yükümlü olduğu bir miktar paradır¹⁵⁷. Mercesin bir miktar para olması gerektiği, Inst.3.23.1’de yapılan açıklamaların, locatio conductiolara da uygulanacağına ilişkin, Inst.3.24.pr.’dan ve emptio venditioya yapılan atıftan net olarak ortaya çıkmaktadır. Inst. 3.24. pr.’da locatio conductio, alım satıma yakın olduğu için, aynı hukuk kurallarıyla düzenleneceğini ifade etmektedir. Alım satımın düzenlendiği Inst.3.23.1’de, mercese kıyasen semen (pretium) hakkında şu kurallar yer almaktadır :

ve malzemesi işlenen) arasında bir anlaşma varsa aradaki hukuki ilişki istisna akdidir; böyle bir anlaşma yoksa hukuki tağyire ilişkin kurallar uygulanır, KARADENİZ-ÇELEBİCAN, O., Roma Eşya Hukuku, Ankara 2000, s.52 vd; ERDOĞMUŞ, B., Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2000, s.93; UMUR, Z., Roma Hukuku - Eşya Hukuku, İstanbul 1983, s.46.

¹⁵⁶ KARADENİZ, s. 170.

¹⁵⁷ UMUR, Lügat, s. 135; KASER, RPR I, s.571.

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

“Üzerinde anlaşılmış bir semenin mevcut olması lazımdır: zira, semensiz satım olmaz... Tarafımızca alım satım için bu kaide kabul edilmiş olduğuna göre, aynı kaideyi locatio ve conductiolara da teşmil etmek bir manasızlık teşkil etmez”.

Dolayısıyla Inst.3.23.2'deki kuralı locatio conductio için kabul etmemek mümkün değildir.

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

“Keza, semen paradan ibaret olmalıdır...”

Taraflar arasında eğer locatorun borcu olarak bir miktar para değil de, başka bir şey kararlaştırılmış ise, veya işin ücret karşılığı görülmesi kararlaştırılmakla birlikte, ücretin belirlenmesi işin bitimine bırakılmışsa, bu, akdın niteliğini değiştirecektir¹⁵⁸. Artık bir locatio conductiodan bahsetmek mümkün olamayacak, bir isimsiz -ayni- akit (contractus innominati) ortaya çıkacaktır¹⁵⁹. Bu durumda

¹⁵⁸ Locatio conductio içinde, bedelin paradan başka bir şey olarak kararlaştırılmasına imkan veren tek durum hasılat kirasıdır. Bu tip kirada bedel, alınan semerenin bir kısmı olarak kararlaştırılabilir, bu durumda sözleşmenin niteliği değişmez, KARADENİZ, s. 121, dpn.16.

¹⁵⁹ Klasik dönem hukukçuları, bu durumda kendine özgü bir hukuki işlemin (quasi novum negotium) varlığını kabul etmek ve bu işlem dolayısıyla actio in factum tanımak zorunda kalmışlardır (D. 19.5.22). Klasik sonrası dönemde ise bu tip sözleşmeler “facio ut des” tipinde bir isimsiz akit olarak nitelendirilmiş ve actio in factum, “actio praescriptis verbis”e dönüştürülmüştür KARADENİZ, s.12.

sözleşmenin geçerli olabilmesi için, taraflardan birinin yüklendiği edimi ifa etmesi gerekir¹⁶⁰.

Türk hukukunda da, BK.md.355 vd.'nda yer alan istisna akdinde, benzeri şekilde, iş sahibinin edim borcunun bir miktar para olması gerektiği, aksi halde akdin niteliğinin değişeceği kabul edilmektedir¹⁶¹.

Ücretin niteliği ve miktarını taraflar sözleşme ile kararlaştırabilirler. Ücretin niteliği kararlaştırılmamışsa, aksine örf ve adette de bir hüküm yoksa, ücret para ile ödenmelidir¹⁶². BK.md.364'e göre, ücret teslim anında ödenecektir. Eğer yapılan eser kısım kısım teslim edilecekse, her bir kısmın bedelinin de o kısmın teslimi anında ödenmesi gerekir.

Ancak ücretin akdin inikadıyla birlikte tayin edilmesi, diğer bir ifade ile tespitinin ileriye bırakılmaması ya da tesbitinin ileriye bırakılması hususunda hukukumuzdaki düzenleme Roma Hukuku'ndakinden farklıdır (BK.md.365 vd.).

Hukukumuza göre, ücret ya sözleşme ile belirlenir ya da sözleşmede belirlenmeden bırakılır¹⁶³. Sözleşmede belirlenmesi iki şekilde olur : Götürü olarak ücretin belirlenmesi ve takribi (yaklaşık) olarak ücretin belirlenmesi.

¹⁶⁰ RADO, s.160.

¹⁶¹ Örneğin, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde, müteahhidin ücreti, üzerine inşaat yapacağı arsanın bir bölümüdür. Bir yandan müteahhit, belli arsa payına isabet eden daireleri yapıp iş sahibine - arsa sahibine- devrederken, diğer taraftan iş sahibi yapıp kendisine devredilen dairelerin bedeli olarak kendi payının dışındaki arsa payının mülkiyetini müteahhide devreder. Bu akit çift taraflı bir karma akittir. AYAZLI, s.45; YAVUZ, s.508 vd.

¹⁶² ERDOĞAN, s. 152.

¹⁶³ Ücretin sözleşmede hiç kararlaştırılmadan bırakılması sözleşmenin ücret unsurunu ortadan kaldırmaz. ERDOĞAN, s. 152.

İmal olunacak eserin bedeli önceden ve kesin olarak belirlenmişse, götürü ücret sözkonusudur. Ücretin götürü olarak tespiti, ücret miktarının kısmen veya tamamen müteahhidin işe başladıktan sonra fiilen yaptığı masraflara veya eserin ortaya çıkınca taşıdığı değere bağlı tutulmamasını gerektirir¹⁶⁴. Bu durumda, kural olarak eser önceden tahmin olunan miktardan daha az emek ve masrafla ortaya çıksa bile iş sahibi belirlenmiş ücretten indirim isteyemeyeceği gibi, eserin tahmin olunandan daha fazla emek ve masraf gerektirdiği hallerde de müteahhit ücretin arttırılmasını işleyemeyecektir.

Bununla birlikte, BK.md.365/II'ye göre, istisnai olarak “evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olup da iki tarafça nazarı itibara alınmayan haller işin yapılmasına mani olursa” bedel arttırılabilecek veya sözleşme fashedilebilecektir.

İşin değerine göre ücretin tayin edildiği hallerde (BK.md.366) bedel, sözleşmede ya hiç kararlaştırılmamıştır veya takribi bir surette kararlaştırılmıştır. Bu takdirde ücret, yapılan işin değeri ve müteahhidin masraflarına göre tayin olunacaktır. Ücretin masraflara göre tespit edilmesi, fakat azami bir sınırı aşmaması kararlaştırılmışsa, bu sınır, BK.md.365/II'deki şartlar varsa arttırılabilir.

Ücretin takribi (yaklaşık olarak) belirlenmesine gelince, BK.md.367/I'e göre: “yapılan şeyin masrafı, evvelce müteahhit ile takribi bir surette tespit edilen keşfi iş

¹⁶⁴ “Götürü pazarlıkta yüklenici yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla emek ve gideri gerektirse bile, yüklenici bedelin artmasını isteyemez”. Y. 15. HD. 7.5.1981 E.639 K.1055 (karar için bkz. YKD. c.VIII, S.2, s.233 vd. TANDOĞAN, s..235.

sahibinin sun'u olmaksızın çok fazla tecavüz ederse, gerek o şeyin imali esnasında gerek imalinden sonra, iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir".

Dolayısıyla, götürü ücrette, kural olarak işin kararlaştırılan bedelden daha pahalıya mal olmasının rizikosunu "müteahhit" taşıırken, takribi belirlemede ise bu rizikoyu "iş sahibi" üstlenir.

BK.md.81'e göre, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, taraflardan birisinin, karşı taraftan edimini ifa etmesini isteyebilmesi için, kendi edimini ifa etmesi veya ifa etmeyi teklif etmesi gereklidir. Dolayısıyla müteahhidin ücret isteyebilmesi için de imal ettiği eseri teslim etmesi veya teslime hazır olması gerekir¹⁶⁵.

Diğer taraftan Türk hukunda, iş sahibinin "eseri kabul borcu", Borçlar Kanununun 362.maddesinde "eserin kabulü" başlığı altında ayrıca hüküm altına alınmıştır. Kabul, tek yanlı bir irade açıklamasıdır ve açık yapılabileceği gibi, zımni (örtülü) de yapılabilir. Her iki halde de maddeye göre müteahhit, her türlü sorumluluktan kurtulacaktır. Müteahhidin kasden sakladığı ve normal surette gözden geçirmekle fark edilemeyecek durumlar için müteahhidin sorumluluğu devam edecektir. Bu durumda veya eserdeki kusur sonradan ortaya çıktığında, iş sahibi bunu öğrenir öğrenmez, derhal müteahhide bildirmelidir. Aksi halde işi kabul etmiş sayılır (BK.md.362/III).

¹⁶⁵ VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 199.

Eser sözleşmeye göre parçalar halinde teslim edilecekse, her parçanın tesliminden sonra o parçaya denk düşen ücretin ödenmesi gerekir (BK.md.364/II).

2. Müteahhidin Borçları

Locatio conductio operisde, conductor, belli bir sonucu yani eseri meydana getirmekle ve (bu sonuç maddi bir şeyde kendini gösteriyorsa), o şeyi teslim etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla conductorun, biri iş görmeye ve diğeri de teslime yönelik iki temel borcu vardır. Ancak bu iki temel borçtan doğan yan borçlardan da bahsetmek mümkündür. Örneğin, işi (bugünkü ifade ile) sadakat ve özenle görmedir, ki Inst.3.24.5’de bu, “hakkaniyete uyarak” şeklinde ifade edilmiştir.

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

“Conductor, daima akdin hükmüne uymak mecburiyetindedir. Eğer anlaşmada bir husus belirtilmemişse, bunu hakkaniyete uyarak eda eder...”

Türk Hukukunda müteahhidin sadakat ve özen borcu kanunda açıkça belirtilmemiştir¹⁶⁶. Bu borç istisna akdinin bir iş görme akdi niteliğini taşımasından doğar¹⁶⁷. İş görme, genellikle, başkasının menfaatine hareket gerektirir. Sadakat

¹⁶⁶ İstisna akdinde ayıba ilişkin BK.md. 359-362’nin yanında ayrıca bir özen sorumluluğuna gerek olup olmadığı düşünülebilir. Ancak kötü ifa, her zaman eserdeki ayıp şeklinde ortaya çıkmaz. Bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamaz. Ayrıca, ayıba karşı tekeffül hükümleri, işin teslimi aşamasında uygulanabileceğinden, sonuç sorumluluğu yanında özen sorumluluğunun da kabulü gereklidir, ÖZ, s.91; UYGUR, c.5, s.733.

¹⁶⁷ TANDOĞAN, s.49.

borcu iş görenin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu anlamını taşır. Özen borcu, daha akit kurulurken başlar ve akdin devamı sırasında da sürer¹⁶⁸. Sadakat borcu ve özen borcu, birbirine sıkı surette bağlıdır. Özen borcu, aynı zamanda sadakat borcunun bir sonucudur. Gerek sadakat, gerekse özen borcunun kaynağı, dürüstlük kuralıdır¹⁶⁹. Sadakat borcunun¹⁷⁰ iki özel görüntüsü BK.md.357’de düzenlenmiştir :

-Malzeme, iş sahibi tarafından verilmişse, müteahhit, malzemenin kullanılışı hakkında hesap vermekle ve artanı iade etmekle mükelleftir.

-İş sahibinin verdiği malzemede veya gösterdiği arsada işin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye koyacak ayıp varsa, müteahhit iş sahibini haberdar edecektir.

Esasen müteahhidin, maddede düzenlenen bu iki husustaki sorumluluğundan daha genel bir ihbar yükümlülüğü olduğu genellikle kabul edilmektedir. Müteahhit sadece malzeme ve arsaya ilişkin ayıplan değil, akdin gereği gibi ifasının tehlikeye sokacak diğer halleri de derhal iş sahibine haber vermekle yükümlü olmalıdır¹⁷¹.

¹⁶⁸ ÖZ, s.278; UYGUR, c.5, s.734.

¹⁶⁹ SELİÇİ, s.86; TANDOĞAN, s.49; UYGUR, c. 5, s.733.

¹⁷⁰ UYGUR, c. 5, s.770; TANDOĞAN, s. 49-50.

¹⁷¹ TANDOĞAN, s.49. Bu yükümlülüğe hiç uymayan ya da zamanında uymayan müteahhit, gecikmeden doğacak zarardan sorumlu olur. Onun, bildirim zamanında yapması durumunda, iş sahibinin sözleşmeyi onun zararını ödeyerek feshedebileceği gibi, ondan işe devamını da isteyebilir. Bildirime karşın, iş sahibi, onun işe devamını isterse, artık şeyin telef olmasına kendisi katlanır. Böyle bir durumda iş sahibi kusurluysa, müteahhidin zararını da gidermek zorunda kalır (BK.368/III).

Özen borcuna, yani müteahhidin göstereceği özenin tarzı ve derecesine, gelince¹⁷², BK.md.356/1, bu hususta hizmet akdine gönderme yapmaktadır. Buna göre, müteahhidin, işi sadakat ve özenle yapmaması halinde, hizmet akdindeki işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallar gereğince, iş sahibine karşı sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Oysa, müteahhit, işçiye oranla, iş sahibinden talimat alma hususunda daha bağımsızdır. Bu nedenle, müteahhidin sorumluluğu işçiden daha ağır olarak takdir edilmelidir. Müteahhidin üzerine aldığı iş için gerekli uzmanlığı olmadığı halde bu işi alması ya da işin ifasında uzmanlara danışmaması onun için bir kusur sayılmalıdır. Ancak, (BK.md.321/III çerçevesinde) hizmet akdinde, iş sahibi, işçinin yeterli uzmanlığı olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde onu çalıştırıyorsa, sonuçlarına kendisi katlanmalıdır¹⁷³.

A. Eseri yapma borcu

Locatio conductio operis ile saptanmış olan güne kadar (dies operis) iş tamamlanacak ve o gün conductor tarafından locatora arz ve teslim edilecektir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, işin teslimi bir bütün halinde (in aversione) veya bölümler halinde (in pedes mensuras) yapılabilir. Burada daha önemli olan ve üzerinde durulması gereken bir konu, bu eser yapma borcunun mutlaka müteahhit tarafından yerine getirilmesi zorunluluğunun olup olmadığıdır. Diğer bir ifade ile, müteahhidin borcu kişisel bir nitelik taşır mı ?

Bu konuyu da dönemlere göre ele almak gerekecektir.

¹⁷³ TANDOĞAN, s.54 vd; UYGUR, c. 5, s.733.

Klasik dönemde, locatio conductio operisden doğan borç bir “facere” borcu olduğu için, işi yüklenen kişiye sıkı sıkıya bağlı kabul ediliyordu¹⁷⁴. Dolayısıyla klasik dönemde müteahhitten başka bir kişinin bu borcu yerine getirmesi mümkün değildir; conductor işi bizzat yapmalıdır (D.45.1.38.21).

D.46.3.31’in ilk bölümünde¹⁷⁵, zanaatkarlar arasında yetenek, eğitim ve bilgi bakımından “büyük farklar” olduğu belirtilmekte ve bir geminin, bir evin yapımı ya da bir kanal açılması stipulatio ile vaadedilmişse, bu borcu kefilin ifa edemeyeceği ifade edilmektedir.

D. 46.3.31 : Ulpianus libro VII. Disputationum. inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum.¹⁷⁶.

“Sanatçılar arasında bilgi, mizaç / yapı, eğitim ve tecrübe bakımından büyük farklar vardır. Buna binaen, biri şahsen bir gemi veya ev inşa etme veya hendek / kanal kazmayı vaad ederse ve kendi emeğini kullanacağı özellikle şart edilmişse iş bizzat tamamlanır, fideiussorun bizzat inşa etmesi hendek kazması, stipulatorun rızası olmadıkça - sorumluluktan - kurtarmaz”.

¹⁷⁴ KARADENİZ, s. 176 vd.; KASER, RPR I, s.571.

¹⁷⁵ KARADENİZ, s. 176-177.

¹⁷⁶ Metnin Iustinianus döneminde interpolatio gördüğü, “opus”a ilişkin borcun kişisel niteliğini sadece, borcun borçlu tarafından yerine getirilmesinin özellikle kararlaştırıldığı durumlarla sınırlandıran kısmın interpolatio olduğu kabul edilmektedir. KARADENİZ, s. 177.

Iustinianus döneminde bu sözleşmeden doğan iş yapma borcu artık kişisel nitelik taşımamaktadır. Diğer bir ifade ile bu dönemde işin yapılmasına ilişkin borcun müteahhit dışında bir kişi tarafından da yerine getirilebileceği kabul edilmektedir. Ancak bu durumda, diğer bir ifade ile müteahhidin işi başka birisine yaptırması halinde, (ilk müteahhidin) ikinci müteahhide - modern literatürdeki kullanımı ile alt müteahhide - karşı actio locato açma hakkı mevcuttur:

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

“Eğer benim yapmayı üstlendiğim işi, bir başkasına yaptırırsam ona karşı locatiodan doğan davanın bana ait olduğu kabul edilir”.

Buna rağmen taraflar isterlerse, borcun doğrudan doğruya borçlu tarafından yerine getirilmesini kararlaştırabilirler, bu durumda borç kişisel nitelik kazanır. O halde, taraflar eserin bizzat müteahhit tarafından yapılmasını kararlaştırmışlarsa artık eseri yapma borcu kişisel nitelik kazanacaktır. Bu durumda bile, alacaklı razı olursa, eser müteahhit dışında bir kişi tarafından yapılabilir¹⁷⁷. Müteahhidin yardımcı şahıs kullanması halinde, müteahhit -onların davranışlarından- kural olarak kendi yapmış gibi sorumludur¹⁷⁸.

¹⁷⁷ KARADENİZ, s. 177.

¹⁷⁸ KASER, RPR I, s.571.

Müteahhidin borçları başlığını taşıyan BK.md.356/II'ye göre ise, bugün, müteahhit imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Yani bugün genel kural, bu borcun kişiselliğidir. Ancak sözkonusu maddeye göre, işin mahiyeti icabı şahsi maharetin bir önemi yoksa, taahhüt ettiği işi müteahhit bir başkasına da imal ettirebilecektir. O halde, hukukumuzda göre, eğer istisna akdinin o müteahhit ile yapılmasında müteahhidin bilgisi, becerisi ve kişiliği önem taşıyorsa, burada müteahhit eseri imal etme borcunu “bizzat” ifa etmelidir. Örneğin, eser, sanat eserlerinde olduğu gibi, müteahhidin maddi veya fikri yeteneklerinden -başkası onun kişisel yönetimi altında olsa bile, aynı eseri ortaya çıkaramayacak şekilde etkileniyorsa-, işin müteahhit tarafından “bizzat” yapılması zorunludur. Bu gibi hallerde eser, özgün yapısını ve değerini yapanın kişisinden alır ve yerine başkası konulamaz¹⁷⁹. Eğer iş sahibinin istisna akdini yapmaktaki amacını karşılayabilecek herhangi bir kişinin yapabileceği iş sözkonusu ise, burada müteahhit işi, kendi idaresi altında, bir başkasına da yaptırabilecektir. Çünkü, işin yapılması müteahhit bakımından da iş sahibi bakımından da kişisel bir nitelik arzetmemektedir.

Müteahhit, eserin yapılmasında kişisel niteliğin önemli olmadığını iddia ederse, bunu ispat etmek zorundadır¹⁸⁰.

Müteahhidin işi yaparken, kendine bağlı yardımcı şahıslar çalıştırmasına engel olunmazken, işin tamamını veya bir kısmını, “iş sahibinin rızası” olmadan veya BK.md.356/II'deki ifade ile “işin yapılması başkası tarafından yapılmaya elverişli”

¹⁷⁹ UYGUR, c.5, s.735; YAVUZ, s.466 vd.; TANDOĞAN, s.70 vd.

¹⁸⁰ YAVUZ, s.468 vd.

değilse, alt müteahhide¹⁸¹ devretmesi mümkün değildir. Diğer bir ifade ile müteahhit, eğer iş sahibi izin vermişse veya işin niteliği başkası tarafından yapılmaya elverişli ise işi, kendisine tabi olmayan bağımsız bir alt müteahhide bırakabilecektir¹⁸².

B. Eseri teslim etme borcu

Eserin teslim zamanı (dies operis), genellikle sözleşmede belirlenir. Eğer taraflar böyle bir belirleme yapmamışlarsa adil bir kişinin (bonus virus) saptayacağı zaman, teslim zamanı olarak kabul edilir.

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

¹⁸¹ Alt müteahhit (taşaron), eserin ifasının .kısmen veya tamamen kendisine devredildiği, bağımsız ve kendi hesabına çalışan bir yardımcı şahıstır; UYGUR,c.5, s.737.Alt müteahhit, müstakilen hareket eder ve asıl müteahhidin yerine kaim olan kimselerdir, KILIÇOĞLU, A., Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AHFM, c.32, S. 1-4, s.194 vd.; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.446. Yardımcı kişilerle müteahhit arasında genellikle hizmet akdi vardır ve müteahhidin gözetim ve idaresi altında bulunurlar. Alt müteahhit ile asıl müteahhit arasındaki sözleşme ise istisna akdi niteliği taşır ve aralarında bir altlık-üstlük ilişkisi mevcut değildir, TANDOĞAN, s.51. Ayrıca müteahhidin, eserin yapılması sırasında yararlandığı yardımcı kişilerin uzman olması gerekmediği halde, alt müteahhit o alanda asıl müteahhitten uzman olmalıdır. Bu nedenle, müteahhit işi devre yetkili olsa bile, uzman bir alt müteahhit seçmezse, gerekli özenle hareket etmemiş olur, TANDOĞAN, s. 51, dpn. 79; KARAHASAN, İnşaat-İmar- İhale Hukuku,İstanbul 1979, s. 101, dpn.27.

¹⁸² UYGUR, c.5, s.736; SELİÇİ, s.30; TANDOĞAN, s.78; YALÇINDURAN, T., Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s.24.

“İşin tamamen bitirileceği tarihin tespit edilmediği bir sözleşmede, müteahhit, işin, işe uygun bir zamanda tamamlanamaması halinde locatorun zararını karşılayacağını taahhüt etmişse, bu durumda bu taahhüt makul bir kişinin işin tamamlanması için belirleyeceği bir zaman birimi esas alınarak belirlenmelidir”.

Eğer işin, toptan (in aversione) yapılması ve teslimi kararlaştırılmışsa, müteahhidin tamamladığı işi bir defada teslimi ve bunun iş sahibi tarafından kabulü gerekir. İkinci durumda ise, kısım kısım teslimde (in pedes mensuras), yapılan her bölüm iş sahibine arzedilecek ve iş sahibi tarafından kabul edildiğinde müteahhidin sorumluluğu sona erecektir¹⁸³.

BK.md.355 vd.’nda ise, müteahhidin teslim borcunu açıkça düzenleyen bir hüküm olmamakla beraber, teslimden bahseden bir çok maddeden (BK.md.358/1; “...teslim için tayin edilen zamanı...”; BK.md.359/I : “...şeyin tesliminden sonra,..”, BK.md.363/II : “...tesellüm zamanından...” ; BK.md.364/I ; “...işin parası, teslim zamanında ödenir”) bu borcun kanun koyucu tarafından zımnen kabul edildiği sonucuna varılmaktadır¹⁸⁴.

C. Türk Hukukunda durum

Yukarıda, “müteahhidin borçları” başlığı altında Roma hukukundaki durum anlatılırken, konu bütünlüğü içerisinde karşılaştırma ve kıyaslamalar da yapılarak modern hukuk ve Türk hukukunda müteahhidin, iş sahibine karşı ne gibi

¹⁸³ KARADENİZ, s. 174.

¹⁸⁴ TANDOĞAN, s. 124; YAVUZ, s.466 vd.

yükümlülüklerinin olduğu konusuna da yer verilmiş, bu bağlamda, müteahhidin; eseri yapma ve teslim etme, sadakat ve özen, ihbar, kural olarak araç-gereç ve malzemeyi temin etme borçlarının olduğu görülmüştür.

Şüphesiz, borçlar hukukumuzda göre, istisna akdinde müteahhidin bir diğerk borcu da iş sahibine karşı, “ayıba karşı tekeffül” borcudur.

Müteahhit yarattığı eserde ortaya çıkacak bozukluk ve eksiklikleri üstlenmek (ayıba karşı tekeffül) borcuyla da yükümlüdür.

Eser sözleşmesinde de müteahhit, satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı sorumluluğundaki gibi eserde ortaya çıkan ve vaadolunan ayıplarla, eserin lüzumlu vasıflarına ilişkin ayıplardan sorumludur. Zaten Borçlar Kanunu, eser sözleşmesindeki ayıbı üstlenme borcunu. satım sözleşmesindekine benzer biçimde düzenlemiştir¹⁸⁵.

Ayıbı üstlenme borcunun doğabilmesi için, müteahhidin, eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmiş olması gerekir. Fakat bu koşul tek başına yeterli değildir. Müteahhidi sorumlu tutabilmek için iş sahibi, kendine teslim edilen eseri, işin olağan akışına göre fırsat bulur bulmaz incelemeli ve bulduğu ayıplan müteahhide bildirmelidir¹⁸⁶.

¹⁸⁵ ARAL, s.209.

¹⁸⁶ ARAL, s.209.

Eserde ortaya çıkan ayıp, iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı derecede büyükse, iş sahibi eseri kabulden kaçınabileceği gibi; bu konuda müteahhidin kusuru varsa, iş sahibi, doğan zararını da isteyebilir (BK.360/I)¹⁸⁷.

Fakat ayıp bu derece ağır değilse, iş sahibi, ayıbın büyüklüğü oranında ücretten indirim yapılmasını¹⁸⁸; veya büyük bir gideri gerektirmiyorsa, eserin onarımını ya da iyileştirilmesini isteyebilir. Eğer bu konuda müteahhit kusurluysa, ismarlayan zararının ödenmesini de isteyebilir (BK. 360/II).

Yapılan eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılan bir binaysa ve mahiyeti gereği sökülmesi ve kaldırılması önemli bir zarar doğuracaksa, iş sahibi artık ya ücretten indirim ya da eserin onarım ve iyileştirilmesini isteyebilir, buna karşılık eseri kabulden kaçınma yoluna gidemez (BK. 360/II).

Eserin, iş sahibi tarafından, açık ya da örtülü (sarih veya zımni) olarak kabulü durumunda artık müteahhit her türlü sorumluluktan kurtulur. Fakat kabule karşın, müteahhidin kasten sakladığı ve olağan bir araştırmayla anlaşılamayan ayıplar hakkındaki sorumluluğu devam eder (BK. 362/I). İş sahibi, araştırma ve ayıbı bildirme yükümlülüğünü hiç ya da zamanında yerine getirmezse, eseri örtülü (zımnen) kabul etmiş sayılır (BK. 362/II)¹⁸⁹.

¹⁸⁷ 15.HD. 8.12.1981, E.1754, K.2485 (YKD. 1982, C.8,s.689).

¹⁸⁸ 15.HD. 24.2.1983, E. 322, K. 347 (YKD.,1983, C.9,s.746).

¹⁸⁹ ARAL, s.210.

Eserdeki ayıp gizliyse ve sonradan ortaya çıkarsa, iş sahibi bunu öğrenir öğrenmez müteahhide bildirmek zorundadır. Bu yükümlülüğe uymayan iş sahibi, eseri kabul etmiş sayılır (BK. 362/III).

İş sahibinin, ayıptan doğan hakları, satımda ayıbı düzenleyen Borçlar Kanunu 207/I'deki gibi bir yılda zamanaşımına uğrar (BK. 363/I). Fakat eser taşınmaz üzerine yapılan inşaat niteliğindeyse, iş sahibinin, müteahhide ve işe katılan mimar ve mühendislerle karşı ileri sürebileceği hakları, beş yılda zamanaşımına uğrar (BK. 363/II).

§ 5. TARAFLARIN SORUMLULUĞU VE HASAR MESELESİ

I. GENEL OLARAK TARAFLARIN SORUMLULUĞU

Locatio conductio operisinde tarafların sorumluluğunu da yine dönemlere göre ele almak gerekmektedir.

Klâsik dönemde, conductorun ona teslim edilen malzemeden dolayı sorumluluğu custodia (nezaret) sorumluluğudur. Yani, mücbir sebepler (vis maior) dışında kalan bütün beklenmedik hadiseler (casus fortuitus) yüzünden meydana gelen zararlardan conductor sorumlu tutulurdu, sorumluluğu ağırdı. Örneğin, bir işi yapmak üzere malzemeyi alan müteahhit, kumaşı alan terzi, elbiseyi alan temizleyici, kusuru olmadan bunları çaldırması ise yine de sorumluydu. Bu ağır sorumluluk dolayısıyla malı çalan kişiye karşı conductorun actio furti açması imkanı tanınmıştır¹⁹⁰.

Aynı şekilde D.19.2.60.2'ye göre, temizleyiciye verilmiş elbisenin çalınması halinde, hırsızın değil akitten dolayı temizleyicinin takip edilmesi gerekmektedir.

D.19.2.13.6'da temizleyiciye bırakılan elbiselerin fareler tarafından kemirilmesi ve de yanlışlıkla elbiselerin karıştırılıp başka kişilere verilmesi halinde, conductorun sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

¹⁹⁰ KARADENİZ, s. 178 ve 189; RADO, s. 141; TAHİROĞLU, s. 185. KASER, RPR I, s.503 vd

Klasik dönemde bu ağır sorumluluğun nedenini, locatio conductio operisinde conductorun -locatio conductio operarumda işçiye göre- daha bağımsız olmasında aramak mümkündür. Özetle, klasik dönemde conductorun sorumluluğu “casus”u da içine alacak şekilde custodia sorumluluğudur. Ancak bu sorumluluğun içinde vis maior yoktur¹⁹¹.

Klâsik sonrası dönemde ise, her iki taraf da, menfaatleri olduğu için, omnis culpa (bütün kusurlarından)¹⁹² sorumludur. Ayrıca conductor, mesleki tecrübesizliği dolayısıyla verdiği zararlardan da, kusuru olmasa dahi, sorumlu tutulurdu. Bu dönemde artık conductorun (klâsik dönemde objektif nitelikte olan custodia sorumluluğunun yerine) gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinden dolayı sorumlu tutulması - sübjektif sorumluluk - sözkonusu olmaktadır. Ancak yine de burada sübjektif sorumluluk ölçüsü olarak – casus’u da (beklenmedik haller) kapsayan şekilde – “diligenta diligentissima patris familias: çok tedbirli bir aile babasından beklenebilecek tedbir ve özen” dikkate alınmaktadır¹⁹³. Yani çok dikkatli bir aile babasının göstereceği ihtimamı göstermemişse sorumlu tutulacaktır¹⁹⁴.

Bu dönem için denilebilir ki, borçlunun sorumluluğu objektif sorumluluktan sübjektif sorumluluğa doğru hafıflemiştir¹⁹⁵. Ancak meydana gelen zararda bilgisizlik ve deneyimsizlik (imperitia) yani işe ilişkin gerekli beceriden yoksun

¹⁹¹ KARADENİZ, s. 177 vel89.

¹⁹² KASER, RPR I, s. 503 vd; UMUR, Ders Notları, s.369.

¹⁹³ KARADENİZ, s. 178, dñn.240; ZİLELİOĞLU, H., Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AHFD 34, 1982-1987, S. 1-4, s.261. Geniş bilgi için bkz. SOMER, R., Roma Hukukunda .Mala Verilen Zarar, İstanbul 1999, s. 42 vd.

¹⁹⁴ KARADENİZ, s. 178, dñn. 240.

¹⁹⁵ ZİLELİOĞLU, s.33 vd.

olunması, işin eksik yapılması (vitium operis) da culpa kavramının içinde değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu değişimle birlikte, locatio conductio operisinde, müteahhidin sorumluluğunun ölçüsü, çok tedbirli aile babasından beklenen özene (diligentia diligentissimi patris familias) dönüşmüştür. Ancak bu durumda, bu özenin sınırlarını saptama zorunluluğu ortaya çıktığından, müteahhitten beklenmedik halleri de kapsayan şekilde özen bekleneceği, bununla birlikte, vis maiordan (ne kadar özen gösterirse gösterebilir hasarı önleyemeyeceği hallerden) sorumlu tutulamayacağı belirlenmiştir¹⁹⁶.

Buraya kadar açıkladıklarımız, akdin tarafı olarak, conductorun kendisinden kaynaklanan hususlardan doğan sorumluluğuna ilişkindir. Eğer üçüncü kişi zarar vermişse bundan conductor sorumlu olacak mıdır, olmayacak mıdır? Olacaksa ne ölçüde sorumlu olacaktır? Konu ile ilgili olarak biri D.13.6.19, diğeri D.19.2.41 olmak üzere iki metin çıkmaktadır. Bu iki metinde de ariyet ve istisna akdinde, sözleşmenin konusunu oluşturan mala, üçüncü kişinin zarar vermesi halinde ariyet alanın ve müteahhidin sorumluluğu tartışılmaktadır. Her iki metinde de ortak olan nokta, müteahhidin ve ariyet alanın, üçüncü kişilerin verdiği zarardan sorumlu tutulmamalarıdır¹⁹⁷.

Genel sorumluluk ölçüsü bakımından dönemlere göre bu şekilde değişiklik görülmekle beraber, klâsik dönemde malzemenin müteahhidin mülkiyetine geçişi ve Iustinianus döneminde iş sahibinin mülkiyetinde kalması dolayısıyla konuyu hasar

¹⁹⁶ Hem klâsik dönemde hem de Iustinianus döneminde vis maior, sorumluluğun dışında bırakılmıştır; KARADENİZ e göre, s. 190, klâsik hukuk döneminde objektif ölçü olarak alınan vis maior, Iustinianus döneminde subjektif bir nitelik kazanmış ve müteahhitten beklenebilecek özenin ölçüsü haline gelmiştir.

¹⁹⁷ TAMER-GÜVEN, s.42.

bakımından da ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Zira klasik dönemde, conductorun sorumluluğu, alım satım akinde henüz satılan malın mülkiyeti alıcıya devretmemiş satıcının sorumluluğuna göre belirlenmekteydi. Oysa Iustinianus hukukunda, kendisine malzeme verilmiş olan conductor, detentor olduğundan ortaya çıkan hasardan sorumluluğu farklı olmaktaydı¹⁹⁸.

Türk-İsviçre hukuk sisteminde müteahhidin sorumluluğuna gelince, şu hususların üzerinde durulması gerekir:

İstisna akdinde, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda “eser” denilen bir sonucun taahhüdü sözkonusudur. Sonuç gerçekleşmezse müteahhit bundan sorumlu olur.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, ayrıca müteahhit özen borcuna aykırı davranışlarından sorumludur. Bu sorumluluktan dolayı iş sahibinin sahip olduğu haklar şunlardır:

Eserin yapımı sırasında müteahhidin özen borcuna aykırı davranışı sebebiyle, eserde bir bozukluğa neden olmadan, zarara uğrayan iş sahibi bu zararını BK.md.96’ya dayanarak tazmin ettirebilir. Bu durumda müteahhit “gerekli özeni gösterdiğini, kendisine bir kusur isnat edilemeyeceğini” ispat ile sorumluluktan kurtulur¹⁹⁹. Ayrıca BK.md.358/II gereğince iş sahibi, müteahhide uygun bir süre vererek eseri düzelttirebilir veya masrafları müteahhide ait olmak şartıyla başkasına

¹⁹⁸ KARADENİZ, s. 178.

¹⁹⁹ TANDOĞAN, s.60 vd; SELİÇİ, s 110 vd; UYGUR, c. 5, s.734; YAVUZ, s.461 vd.

yaptırabilir. Ve nihayet kendisine verilen süre içinde müteahhit gerekeni yapmazsa veya yararsız olacağı için bu süre verilmemişse, işi başkasına yaptırma yerine iş sahibi, akdin feshi yoluna gidebilir²⁰⁰.

Sadakat borcuna aykırılık halinde doğan zararların tazmini, eser, sözleşmeye uygun olarak yapılmış ve teslim edilmiş olsa bile istenebilir. Ayrıca müteahhit, sadakat borcuna aykırılıktan dolayı bir kar elde etmişse BK.md.414'e kıyasen, iş sahibi bu karın kendisine devrini talep edebilir. Henüz iş devam ederken iş sahibi, müteahhidin sadakat borcunu ağır surette ihlal ettiğini görürse BK.md.369 veya BK.md 358/II ile birlikte BK.md. 106 gereği akitten dönebilir²⁰¹.

İkinci olarak asıl müteahhit, yüklendiği işi ancak iş sahibinin rızası²⁰² ile veya işin mahiyeti elverişli ise kısmen veya tamamen alt müteahhide bırakabileceğinden her iki durumda da müteahhit, kendi yerine başkasını ikame ettiğinde, bu kişiyi seçmekte ve ona talimat vermede kusuru varsa bu kusurundan dolayı iş sahibine karşı sorumludur²⁰³. Müteahhit, yetkisi olmaksızın işi kısmen veya tamamen alt müteahhide vermişse ve alt müteahhit de işi hiç veya gereği gibi yapmayarak iş sahibinin zararına sebep olmuşsa, asıl müteahhit sözleşmeye aykırı

²⁰⁰ Esasen BK.md.358/II'de bu hususta bir açıklık bulunmamakla birlikte, borçlunun temerrüdünde feshe ilişkin Borçlar Kanununun 106-108. maddelerinin, kıyas yoluyla, diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde ve bu arada BK.md.358/II'de yer alan hallerde uygulanacağı kabul edilmektedir, UYGUR, c. 5, s.735; TANDOĞAN, s.69.

²⁰¹ TANDOĞAN, s.50-51; UYGUR, c.5, s.770, 805.

²⁰² "Eser sözleşmesi niteliği itibariyle güven esasına dayanır. İş sahibi güven duymadığı bir müteahhit ile mevcut ilişkiyi sürdürmek zorunda değildir...Ayrıca, arsa sahiplerinin izni ve icazeti olmadan işin bir başka müteahhide devri, başlı başına, sözleşmenin ihlali niteliğinde olup, arsa sahiplerine tek başına sözleşmeden dönme hakkı verir". Y. 15. HD. 4.10.1999 T, E. 1999/2768 K. 1999/3466, YKD, c.26, S.3, s.406 vd.

²⁰³ TANDOĞAN, s.55; KILIÇOĞLU, s. 198; TUNÇOMAĞ s. TANDOĞAN, Mesuliyet, s.448; YALÇINDURAN, T., s.221.

kusurlu davranışından dolayı BK.md.96'ya göre sorumlu olur²⁰⁴. Müteahhit, işi kendi yönetimi altında yaptırma borcunu gereği gibi yerine getirmediğinde de kusuru olmadığını ispat etmedikçe, bu yüzden iş sahibinin uğradığı zararı BK.md.96'ya göre tazminle yükümlüdür²⁰⁵. İş sahibi, bu durumda BK.md.106'ya göre sözleşmeyi feshedebilecektir.

II. HASAR MESELESİ

Daha önce ifade edildiği gibi, locatio conductio operisinde iş sahibi tarafından verilen malzemenin mülkiyetinin müteahhide geçmesi ile başlayan aşamalar tarafların hasardan dolayı sorumluluğunu da etkilemiş ve farklı sonuçlara varılmasına yol açmıştır.

Romalı hukukçular arasında tartışmalı olan bir diğer konu da hasar meselesidir; yani, locatio conductio operisinde hasarın taraflardan hangisine ait olacağıdır. Diğer bir ifade ile locator, eseri alamamakla beraber vaadettiği ücreti ödeyecek midir ödemeyecek midir? İşin tesliminden önce, yapılan eser, üzerinde çalışılan iş / işlenen eşya, kısmen veya tamamen -kusur olmaksızın- yok olmuşsa, conductorun ücreti alıp alamayacağı hasar ile ilgili sorundur.

²⁰⁴ UYGUR, s.738.

²⁰⁵ TANDOĞAN, s.76, 92; UYGUR, c. 5, s.738.

1. Klasik Dönemde

Klasik dönem başlarında genellikle uygulanan bir esasa göre, yapılan eserin mücbir sebep ile zayi olması halinde, eser henüz iş sahibine teslim edilmemiş veya onun tararından kabul edilmemişse, hasar *conductor*a aittir. *Locator* bu durumda ücreti ödemek borcundan kurtulur²⁰⁶.

D. 19.2.62 : *Labeo libro Pithanorum. Si rivum, quem faciendum conduxeras, et antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accedit, tuum erit detrimentum.*

“Sen bir kanalın yapımını üstlenmişsen ve tamamlamışsan, -bu kanal- iş sahibi onu kabul etmeden evvel yıkılmışsa, hasar sana ait olur. Paulus : Eğer bu arazideki bir eksiklik - bozukluktan kaynaklanıyorsa iş sahibi hasara katlanır”.

Labeo, bu metinde işlenecek malzemenin mülkiyetinin *conductor*a geçmesinden hareket ederek bu kişinin malik olarak her türlü hasardan sorumlu olacağı sonucuna varmaktadır²⁰⁷. *Labeo*’ya göre, iş tesadüfen / kaza sebebiyle teslim edilemiyorsa, kusur olmaksızın yok olmuşsa müteahhit ücreti alamaz; hasara katlanır. Ancak, metnin ikinci kısmında yer alan ve Paulus’a ait olduğu belirtilen bölümünde klasik hukukçular bir ayırım üzerinde durmuşlardır: Arazideki bir

²⁰⁶ RADO, s.141; TAHİROĞLU, s.185-186; KASER, s.188.

²⁰⁷ KASER, RPR I, s.571.

eksiklikten (vitium soli) yapılan iş telef olmuşsa hasar iş sahibine; bütün diğer hallerde (vitium operis) müteahhide ait olacaktır²⁰⁸.

Metnin başında kanal yapımıyla yükümlü kişinin hasardan dolayı sorumluluğu saptanırken, hasar nedeni olarak toprak kayması gösterilmektedir. Son kısımda ise topraktaki bozukluktan kaynaklanan hasar durumunda iş sahibinin hasara katlanacağı belirtilmektedir. Bu cümleden çıkan anlam şudur: arazideki bozukluk dışında, işteki bozukluktan dolayı ortaya çıkan hasarlara müteahhit katlanacaktır. İki cümle arasında çelişki varmış gibi gözükse de aradaki farklılık, her iki kısımdaki çözüm yollarının -malzemenin mülkiyetinin conductor'a geçip geçmediği ile ilgili- farklı düşüncelere dayanmasından kaynaklanmaktadır²⁰⁹.

D.19.2.37' ye gelince, bu metinde de tamamlanmış işin locatora tesliminden önce hasara uğramasından bahsedilmektedir. Klasik dönemde metne göre, iş sahibinin eseri teslim alacağı kabul ediliyorsa conductorun bu sorumluluğu kalkacak, işlenmiş malzemenin tesliminden önce *vis maior* dolayısıyla uğrayacağı hasar locatora ait olacaktır.

Bu paralellik içinde D. 19.2.59'a bakıldığında ev yapımını konu alan bir locatio conductio operisinde, yarısı yapılmış bir evin yer sarsıntısı nedeniyle yıkılması halinde hasar locatora ait olacaktır. Çünkü, bu çözüm yolu, malzemenin mülkiyetinin onu işleyene geçmemesi esas alınarak oluşturulmuştur.

²⁰⁸ BUCKLAND, s.506.

²⁰⁹ KARADENİZ, s. 180.

Klasik dönemde tamamlanmış olan eserin teslimine ve locator tarafından kabulüne kadar geçen sürede hasarın conductora ait olduğunu belirten bir diğer metin Florentinus’a ait D. 19.2.36’ dır²¹⁰: Şimdiye kadar hasar ile ilgili olarak ele aldığımız bütün metinler bakımından ifade edilen gelişim, bu metinde net olarak üç aşamalı şekilde ortaya konmaktadır:

Florentinus, metinde (D.19.2.36’da), önce malzemenin mülkiyetinin onu işleyecek olana geçmesinden yola çıkarak, toptan (in aversione) iş tesliminin kararlaştırıldığı durumlarda, tamamlanmış olan işin teslimine kadar, hasarın conductora ait olduğunu belirtmiştir. Ancak işin bölüm bölüm teslimi kararlaştırılmışsa, işi gören kişinin her bir bölümü teslim ettiğinde sorumluluktan kurtulacağı ifade edilmiştir. Florentinus, kendi döneminde işlenecek malzemenin mülkiyetinin conductora geçmesinin kural olmaktan çıkması sebebiyle son kısımda²¹¹ çözüm yolunu değiştirmiştir. Yeni çözüm yolunda hasarı, “teslimin locatorun kusuru sonucu yapılamaması sırasında hasarın meydana gelmesi” ve “hasarın vis maiordan doğmuş olması” hali olarak iki ayrı biçimde değerlendirerek, bu hallerde hasarın locatora ait olacağını ifade etmiştir. Iustinianus zamanında ise malzemenin mülkiyetinin onu işleyen kişiye geçmesinin tamamen kural dışı bir nitelik kazanması dolayısıyla bu durumun ihmal edilerek, hasar sorununun malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kalması esasına dayanılarak çözüldüğü görülmektedir²¹².

²¹⁰ Metin interpolatio görmüştür. KARADENİZ, özellikle “nisi” den itibaren interpolatio olduğunu belirtmektedir. Bkz. KARADENİZ, s. 182.

²¹¹ KARADENİZ, s. 175.

²¹² KARADENİZ, s. 172 ve 175.

2. Klasik Dönem Sonrasında

Klasik dönemin ortalarına doğru giderek işlenecek malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kalması durumlarının artması ve klasik dönem sonrasında malzeme mülkiyetinin onu işleyene geçmesinin tümüyle kural dışı hale gelmesinden sonra, conductorun sorumluluğunun hafiflediğini görüyoruz. Çünkü artık conductor işleyeceği malzemenin sadece “dedentor” udur²¹³.

Bu dönemde artık, mücbir sebeplerden doğan hasar conductora değil iş sahibine aitti. Mücbir sebep halinde ve eserin tamamlanmasından önce, iş sahibi tarafından verilen malzemedeki eksiklik / bozukluktan hasarın meydana gelmesi halinde conductor’un eseri teslim borcu ortadan kalkmakta, buna karşılık locatorun ücreti ödeme borcu devam etmekteydi²¹⁴. Klasik sonrası dönemde kabul edilen genel kural gereğince iş, locator tarafından kabul edilmiş (adprobatis) veya ona teslim edilmiş ise, conductor hilesi olduğu durumlar dışında hasarı yüklenmez²¹⁵.

Labeonun kanal açma konusunda yapılan locatio conductio operisde hasarın conductora ait olacağı görüşü, Paulus tarafından “conductorun hasardan sadece operis vitio (işin eksik yapılması) halinde sorumlu tutulabileceği” şeklinde yumuşatılmıştır²¹⁶.

²¹³ KARADENİZ, s. 183.

²¹⁴TAHİROĞLU, s. 186; Müşterek hukuk da hasardan aynı Roma/Hukukundaki istisnalar çerçevesinde, teslim kadar müteahhidi sorumlu tutar, BUCKLAND, s.506.

²¹⁵ RADO, s. 141-142.

²¹⁶ KARADENİZ, s. 171.

Türk Hukukunda hasar sorununa gelince:

BK.md.368, “yapılan işin telefı” başlığı altında şu kuralı getirmektedir:

“Yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuşsa, iş sahibi onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masrafların tediyesini isteyemez. Bu takdirde telef olan malzeme kime ait idiyse hasarıda ona aittir”.

O halde, teslimden önce kural olarak hasar müteahhide aittir; buna ilaveten telef olan malzeme kime aitse hasara da o katlanır. Eser, müteahhit tarafından teslim edilince veya iş sahibinin temerrüdü halinde -BK.md.91 gereği- tevdi edilmişse hasar iş sahibine geçer²¹⁷.

Daha önce de ifade edildiği gibi, malzemeyi iş sahibinin verdiği durumda BK.md.357/III’e göre, müteahhidin genel bir ihbar yükümlülüğü vardır. Ancak bu yükümlülük alım satım akdinde alıcının yükümlülüğü kadar geniş değildir²¹⁸. Vaktinde ihbarda bulunursa iş sahibi, müteahhidin zararını tazmin ederek sözleşmeyi feshedebileceği gibi (BK.md.368), akde devam edilmesinde ısrar da edebilir. İsrar halinde yapılan şey telef olursa, BK.md.368/III uygulanır. Müteahhit, yaptığı işin bedelini ve bu bedelde olmayan diğer masrafları ve iş sahibinin kusurlu olması halinde fazla zararını da talep edebilecektir. Diğer bir ifade ile, iş sahibinin bu durumda işe devamda ısrarı, hasarı ona geçirir²¹⁹.

²¹⁷ VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s.584; Türk Hukukunda hasar ile ilgili geniş bilgi için bkz. YAVUZ, s.465 vd.

²¹⁸ VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s.571.

²¹⁹ TANDOĞAN, s. 112; UYGUR, c.5, s.772.

§ 6. LOCATIO CONDUCTIO OPERIS'DEN DOĞAN DAVALAR

I. ACTIO LOCATI

Conductorun borcu, taahhüt ettiği eseri yapmak ve kararlaştırılan tarihte locatora. teslim etmektir. Bu borcunu yerine getirmediği veya akde aykırı davranıldığı takdirde kendisine karşı, locator tarafından, actio locati açılacaktır²²⁰. Diğer bir ifade ile, iş sahibi, actio locati ile, imal edilen veya tamir edilenin teslimini, üstlenilen sonucun yerine getirilmesini talep edecektir²²¹.

II. ACTIO CONDUCTI

Locatorun akitten doğan borcu, vaad ettiği ücreti ödemek ve müteahhit, kendisine verilen malzeme yüzünden bir zarara uğramışsa bunu tazmin etmektir. Bu borcunu ifa etmezse conductor, actio conductiye açar²²².

²²⁰ RADO, s. 141; KASER, RPR I, s. 563.

²²¹ HONSELL / MAYER-MALY / SELB, s.328.

²²² Di MARZO, s.446; HONSELL / MAYER-MALY / SELB, s.329; RADO, s. 141; KASER, RPR I, s.563.

§ 7. LOCATIO CONDUCTIO OPERISİN SONA ERMESİ

Locatio conductio operisin, doğal olarak, sona erme biçimi conductorun eseri teslim etmesi; locatorun da buna karşılık kararlaştırılan ücreti ödemesi, yani tarafların akdi yapmaktaki amaçlarının gerçekleşmesi ile karşılıklı borçlarını ifa etmeleridir.

Ancak bunun dışında, bir kısmı genel olarak borcun sona ermesi hallerinden kaynaklanan istisna akdinin de sona ermesine sebep olan, bir kısmı da özel olarak locatio conductio operis'in yapısından kaynaklanan sona erme sebepleri mevcuttur. Önce genel olan sona erme sebepleri, sonra locatio conductio operisin özelliklerinden doğan sona erme sebepleri incelenecektir.

I. GENEL OLARAK BORCUN SONA ERME SEBEPLERİ

I. İfa

Borç ilişkisini ortadan kaldıran en önemli sebep “solutio : ifa”²²³ dır. Zira, her borç ilişkisinin amacı, edimin ifasıdır²²⁴.

Gai.Inst.3.168 : Toliitur autem obligatio praecipve solutione eius, quod debeat...

“Borç münasebeti bilhassa borç olanın ifası (solutio) ile ortadan kalkar...”

²²³ UMUR, Ders Notları, s.323 vd.

²²⁴ HONSELL / MAYER-MALY / SELB, s.263 vd.

Borcun ifa şekli, konusuna göre değişir. Konusu dare olan borçlarda, borçlu borcundan kurtulmak için bir şeyin mülkiyetini nakledecek, diğer bir ifade ile, mülkiyetin naklini sağlayan muameleleri yerine getirecektir. Borcun konusu facere ise, borçlu, alacaklı ile aralarında kararlaştırdıkları hususu yaparak borcunu ifa etmiş olacaktır²²⁵.

2. Temerrüt veya İfa Etmeme Sebebiyle Fesih

Borcun ne zaman ifa edileceği de, sona erme bakımından önem taşır. İfa zamanı taraflar arasında belirlenir, yani bir tarih veya vade tespit edilir. Bu takdirde ifa alacaklı bakımından bu tarihten önce istenemez (nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum neturam per solvi poterit). Ancak borçlu isterse bu tarihten önce ifa edebilir. Tarih veya vade kararlaştırılmışsa ve bu zamanda ifa yapılmıyorsa, ya da kararlaştırılmamakla birlikte işin niteliği gereği yapılması için gerekli zaman geçtiği ve alacaklı ifayı talep ettiği halde (interpellatio: alacaklının İhtarı) borçlunun kusuru sebebiyle ifa edilmiyorsa, “mora : temerrüt”²²⁶ söz konusu olur.

Temerrüde düşmek, borçlunun durumunu ağırlaştırır²²⁷. Artık borçlu, borcun konusuna gelen her türlü zarardan - bunlar casus : beklenmedik olaylardan meydana gelse bile - sorumlu tutulur (D.45.1.91.3 perpetuatio obligationis).

²²⁵ UMUR, Ders Notları, s.323.

²²⁶ Mora est iniusta dilatio in adimplenda obligatione : borcun ifasında haksız gecikme temerrüttür. RADO, s.229; UMUR, Ders Notları, s.324 vd; UMUR, Lügat, s. 138.

²²⁷ UMUR, Ders Notları, s.331; TAHİROĞLU, s. 73.

Borçlu ifayı teklif etmekle temerrütten kurtulur (purgatio morae). Ancak burada alacaklının ifayı reddetmesi için haklı bir sebebinin olmaması gereklidir²²⁸.

Bugün hukukumuzda olduğu gibi²²⁹ Roma'da da alacaklının temerrüdü halinde, borçlu, edimi resmi (magistra) veya hususi (mabed) bir yere tevdi ederek borcundan kurtulur. Edimin konusu bozulacak bir mal ise, bunu satabilir. Faiz kararlaştırılmışsa, alacaklının temerrüdünden itibaren faiz borcundan borçlu kurtulur (D. 17.1.37). Edimin saklanması için yaptığı masrafları alacaklıdan ister, bu masraflar ödenene kadar ifa etmez, ifa için alacaklı dava açtığında, ona karşı exceptio doli ileri sürer²³⁰.

Türk Hukukunda, temerrüt ve ifa etmeme halleri ve uygulanacak hükümler - özet olarak- şu şekildedir :

- müteahhidin eseri teslimde temerrüdü dolayısıyla BK.md.106 – 108'e göre fesih;
- teslim zamanı beklenmeksizin temerrüt dolayısıyla fesih, BK.md.358/1,
- iş sahibinin malzemeyi sağlamakta veya müteahhidin ücretini ödemekte temerrüt etmesi halinde BK.md.106-108'e göre fesih²³¹.

²²⁸ TAHİROĞLU, s.74.

²²⁹ BK.md.91. KARAHASAN, Sorumluluk, s.872 vd, 975 vd, özellikle- iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt ile ilgili olarak s. 1040 vd.

²³⁰ RADO, s.230; TAHİROĞLU, s.74.

²³¹ Geniş bilgi için bkz. TANDOĞAN, s. 112 vd., 124 vd., 334 vd.

3. Anlaşma ile Sona Erme

Rızai akitler consensus ile oluştukları gibi yine akdi bozmaya yönelik bir zıt irade ile “contrarius consensus” sona erdirilebilir. Ancak bu şekilde sona erdirebilme, akdin ifasına henüz başlanmamış olmayı gerekli kılar. Bu takdirde akit ipso iure sona ermiş olur : D. 18.5.3; D. 18.5.5.1.

Vekalet ve şirket akdinde olduğu gibi taraflardan birisinin tek taraflı olarak akitten vazgeçme imkanı alım satım ve locatio conductioda tanınmamıştır²³². Sözleşmenin taraflarının, contrarius consensus ile sözleşmeyi sona erdirebilmeleri imkanı önce alım satım akti içerisinde geçerli olmuş, daha sonra locatio conductioya uygulanmıştır²³³.

Türk Hukukunda da taraflar her zaman karşılıklı anlaşma ile istisna akdini sona erdirebilirler; bu takdirde iş sahibinin tek taraflı irade beyanı ile tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshetmesine ilişkin BK.md.369 uygulanmaz²³⁴. Sözleşmenin sona erdirilmesine kadar yapılmış işin bedelinin ve ayrıca tazminat ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse kapsamının ne olacağı taraflarca sözleşmede belirlenmiş olabilir. Belirlenmemiş ise, ortadan kaldırma anlaşmasının iyiniyet kurallarına göre yorumu veya tarafların varsayılan iradesine göre tamamlanması yoluna gidilmelidir.

²³² RADO, s.231; UMUR, Ders Notları, s.328.

²³³ SCHWIND, s.298.

²³⁴ BK.md.369’a göre, fesih beyanında bulunan iş sahibinin bu beyanını, müteahhidin açıkça veya zımni olarak kabul etmesi sözleşmeyi ortadan kaldıran bir anlaşmaya vücut vermez; müteahhidin böyle bir davranışı - başka belirtiler olmadıkça - BK.md.369’dan doğan haklarından vazgeçtiği anlamına gelmez. Aynı şekilde bu davranış, BK.md.44’e göre tazminatın indirilmesi sebebi de sayılamaz. TANDOĞAN, s.351; YAVUZ, s.499.

4.İmkansızlık

Borç ilişkisini ortadan kaldıran bir diğer sebep, borçluya isnadı mümkün olmayan bir sebepten dolayı borcun ifasının imkansız hale gelmesidir. Edimin vis maior (mücbir sebep) veya casus fortuitus (beklenmedik olay) sonucu imkansız hale gelmesiyle borcun/edimin konusunun parça borcu olması şartıyla, kusuru olmayan borçlu borcundan kurtulur²³⁵. Buradan anlaşılması gereken şudur: Eğer sözleşmenin yapılmasından önce bir imkansızlık varsa zaten borç ilişkisi doğmayacaktır.

Impossibilium nulla obligatio : İmkansız şey üzerinde borç münasebeti kurulamaz.

O halde burada söz konusu olan, sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan imkansızlık halidir.

Edimin, imkansızlık nedeniyle ifa edilememesinde, bazı durumlarda, borçlu bu sebeple elde ettiği hakları alacaklıya devretme gibi başka bir mükellefiyet altına girer. Conductorun elindeki mal, üçüncü kişinin haksız fiili neticesinde telef olmuşsa, imkansızlık sebebiyle ifa yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Buna karşılık o haksız fiilden dolayı üçüncü kişilere karşı sahip olduğu dava haklarını locatora devretme borcu altına girecektir (D. 19.1.13.12 ve D.47.2.14 pr).

²³⁵ RADO, s.241; UMUR, Ders Notları, s.299 ve 330.

Nitekim BK.md.20'ye göre de, “bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır”.

İfanın imkânsız hale gelmesi, borçlunun edimi yerine getirmesine engel olan ve bertaraf edilemeyecek bir engelin ortaya çıkmasıdır²³⁶.

Sonradan ortaya çıkan imkansızlık halinin tarafları nasıl etkileyeceği, BK.md. 117'de düzenlenmiştir:

“Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur.

Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfi kan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kandisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur.

Kanun veya akit ile, borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır”,

Görüldüğü gibi, Roma Hukukuna paralel olarak, Türk Hukuku açısından da imkansızlığın oluşmasında borçlunun kusurunun olmaması²³⁷ ve imkansızlığın sözleşmenin yapılmasından sonraki bir zamana ait olması gerekir²³⁸.

²³⁶ Geniş bilgi için bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, s.395 vd.

²³⁷ Borç, borçlunun kusuru yüzünden borçlu için devamlı ve kesin şekilde imkânsız hale gelmişse BK.md.96 uygulanacaktır, TANDOĞAN, Mesuliyet, s.395.

²³⁸ VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s.270.

Türk Hukukunda, istisna akdi bağlamında, ifanın kusursuz imkansızlığı;

- akit konusu olan şeye ilişkin ifa imkânsızlığı (ve hasar),
- iş sahibinin şahsını ve riziko alanını ilgilendiren imkansızlık (veya sözleşmeye devamın ondan beklenememesi),
- müteahhidin şahsını ilgilendiren imkansızlık, olarak üç başlık altında değerlendirilmektedir²³⁹.

Yine Roma Hukukuna paralel olarak, Türk-İsviçre Hukukunda da alacaklı, imkansız duruma gelmiş olan edimin yerine geçen şeyi, örn. sigortadan doğan hakları isteyebilir; haksız fiilden doğan dava hakkını kullanabilir; kamulaştırma halinde alınan tazminatı talep edebilir²⁴⁰.

5. Müteahhidin Ölümü

Konusu facere olan borçlarda, yapılacak iş borçlunun şahsına bağlı ise borçlunun ölümü ile ilişki sona erer²⁴¹. Örneğin tanınmış bir ressama bir tablonun sipariş edilmesi halinde ressamın ölümü halinde, borç ilişkisi ortadan kalkar.

Nitekim BK.md.371'e göre, müteahhidin ölümü, eğer sözleşme onun kişiliği dikkate alınarak yapılmış ise, sona erer. Aslında hemen şunu belirtmek gerekir ki, kural olarak istisna akdi ölüm ile son bulmaz. Maddede de belirtildiği gibi

²³⁹ Konuyla ilgili geniş bilgi ve bu hususlara bağlanan sonuçlar için bkz. TANDOĞAN, s.316 vd.

²⁴⁰ VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s.271.

²⁴¹ RADO, s.242; UMUR, Ders Notları, s.330; TAHİROĞLU, s.83.

müteahhidin bilgisi deneyimi doğruluğu vs. gibi sebeplerle yani onun kişiliği göz önüne alınarak sözleşmenin yapılması halinde, sözleşme son bulacaktır²⁴².

II. LOCATIO CONDUCTIO OPERISE ÖZGÜ SONA ERME SEBEPLERİ

Bu şekilde sona ermeyi üç başlık altında toplayabiliriz :

1. Haklı sebeplerle sona erme,
2. Aciz dolayısıyla sona erme,
3. Ücret miktarı ile ilgili sona erme.

1. Haklı Sebeplerle Sona Erme

İşin görülmesi için gereken masrafların, işi görecek kişinin -müteahhidin- önceden yaptığı tahminlerin çok üstüne çıkması durumunda iş sahibinin sözleşmeden vazgeçebileceği ve ödenen paranın harcanmamış kısmını geri isteyebileceği kaynaklarda (D. 19.2.60.4) belirtilmektedir²⁴³.

BK.'da haklı sebeple bir fesih hakkının olup olmadığı tartışmalıdır. BK.md.370/I'in karşılığı olan İBK.378/I'e dayanılarak şu değerlendirme yapılmaktadır:

²⁴² VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s.586.

²⁴³ KARADENİZ, s.171.

İBK.378/1 sadece objektif imkansızlık hallerinde değil, subjektif imkansızlık hallerinde de - haklı bir sebep mevcutsa, yani iş sahibinden akde devamı beklenemeyecekse veya bu onun için katlanılmaz olacaksa – uygulanır. İş sahibi, akde devam etmesini kendisinden beklenemez hale getiren önemli bir sebep ortaya çıktığı takdirde BK.md.370/I'e dayanarak sözleşmeyi ilerisi için feshedebilmelidir²⁴⁴. Bu fesih hakkının kullanılması, akde devama engel olan önemli bir sebebin ortaya çıkması ve sözleşmeyi feshetmek için BK.md.369'a göre, tam tazminatı ödemenin iş sahibinden beklenemeyecek aşırı bir külfet niteliği taşıması koşullarına bağlıdır. Örneğin, iş sahibinin belli bir yerde yaptırmakta olduğu evde oturmasına, başka bir yere tayininin çıkması veya hastalığı yüzünden artık imkan kalmaması, II. Dünya Savaşı sırasında mühimmat teslimi için yapılan ard arda teslimli eser sözleşmesine 1944 Haziranı'nda ateşkes yapılması üzerine iş sahibi tarafından devam edilmesinin beklenememesi gibi.²⁴⁵

2. Aciz Dolayısıyla Sona Erme

A. İş sahibinin aczi

İş sahibinin iflası halinde, iflasın açılması anında eser henüz tamamlanmamışsa, akitten dönüldüğü karine olarak kabul edilmelidir. Ancak iflas masası akde girmek hakkını kullandığını beyan ederse akit devam edebilecektir (İİK.md.198). Bu durumda müteahhit, BK.md.82'ye göre iflas masasından veya aleyhindeki takip semeresiz kalan iş sahibinden, ücret alacağı için teminat

²⁴⁴ TANDOĞAN, s.328.

²⁴⁵ TANDOĞAN, s.328.

göstermesini isteyebilecektir. Bu teminat uygun süre içinde verilmediği takdirde müteahhit akdi feshedebilecektir²⁴⁶.

İstisna akdinin müteahhit tarafından bu şekilde feshedilmesi halinde, eser tamamlanmamış veya - yapı işi sözkonusu ise - kanuni ipotek hakkı da tescil ettirilmemişse, müteahhit, BK.md.369 ve Bk.md.370/II'ye göre, ifade olan menfaatinin tamamından eserin tamamlanmamış olması dolayısıyla tasarruf ettiği miktar çıkartıldıktan sonra kalan kısmı masaya imtiyazsız alacak olarak yazdıracaktır. Bu alacaktan, daha önce verilmiş avanslar varsa, bunlar mahsup edilecektir²⁴⁷.

B. Müteahhidin aczi

Müteahhidin iflası, vekilin iflasından²⁴⁸ farklı olarak, kanunda sözleşmenin sona ermesi sebebi olarak öngörülmemiştir. Dolayısıyla, müteahhidin iflasına rağmen istisna akdine devam edip etmeyeceğini, alacaklılar toplantısının alacağı karara göre belirlemek uygundur²⁴⁹.

Alacaklılar toplantısı, müflis müteahhidin işletmesine devam etmemesine karar verirse BK.md.371/I'deki hallere (ölüm veya kusuru olmaksızın işi bitirmekten aciz kalma) benzer bir durum ortaya çıkar ve akit feshedilmiş sayılır.

²⁴⁶ TANDOĞAN, s.339.

²⁴⁷ TANDOĞAN, s.340.

²⁴⁸ BK.md.397.

²⁴⁹ İİK md. 224.

Müteahhit, kusuru yüzünden iflas etmiş olsa bile, eserin o zamana kadar yapılan kısmı kullanılabilir halde ise, iş sahibi zenginleşme oranında o kısmın bedelini masaya ödemekle yükümlüdür. Ancak iş sahibi müteahhide daha önce yarım kalmış eserin değerinden daha fazla avans vermişse, aradaki fark masaya alacak olarak kaydedilir²⁵⁰.

Alacaklılar toplantısı, müflisin sanat ve ticaretine iflas idaresinin denetiminde devam etmesine karar verirse, iflas idaresi, iflas eden müteahhidin kişisel nitelikleri önemli değilse, onun yerine akde girebilir²⁵¹.

Malzemesi iş sahibi tarafından verilen eser iflas anında tamamlanmışsa, iş sahibine ücreti ödeyerek eseri masadan ayırma hakkı, diğer bir ifade ile eserin aynen kendisine verilmesini isteme hakkı tanınmaktadır²⁵².

3. Ücret Miktarı ile İlgili Sona Erme

İşin görülmesi için gerekli masrafların, işi görecek kişinin önceden yaptığı tahminlerin çok üstüne çıkması durumunda, iş sahibinin, sözleşmeden vazgeçebileceği ve ödenen paranın harcanmamış kısmını geri alacağı, Roma Hukuku kaynaklarında (D.19.2.60.4) belirtilmektedir.

²⁵⁰ TANDOĞAN, s.341.

²⁵¹ Ancak bu takdirde, iş sahibi, özellikle ayıba karşı tekeffülden doğacak haklarını karşılamak için iflas idaresinden teminat göstermesini isteyebilir. Uygun süre içinde bu teminat gösterilmezse, iş sahibi BK.md.82'ye dayanarak akdi feshedebilir. TANDOĞAN, s.342.

²⁵² TANDOĞAN, s.342.

Bugün BK.md.365/II'ye göre, götürü ücretli işlerde, olağanüstü haller dolayısıyla işin tamamlanmasının aşırı derecede güçleşmiş olması dolayısıyla fesih imkanı tanınmaktadır. Götürü ücret daha önce de açıkladığımız gibi, imal olunacak eserin bedelinin önceden ve kesin surette tespitidir. Örneğin üç katlı bir binayı 30 bin YTL' yapmak ya da metrekaresini 10 YTL'den yapmak gibi. Götürü ücretin tespiti, ücret miktarının kısmen veya tamamen müteahhit işe başladıktan sonra fiilen yaptığı masraflara veya eserin ortaya çıkınca taşıdığı değere bağlı tutulmamasını şart kılar²⁵³. Ancak BK.md.365/II'ye göre önceden öngörülemez önemli veya öngörülüp de taraflarca dikkate alınmayan haller işin yapılmasına mani olursa ve bu yüzden edimler arasındaki denge aşın ölçüde bozulursa, elverişli olmayan hallerin ortaya çıkmasının müteahhide yüklenememesi şartıyla, müteahhide istisnai olarak, ücretin arttırılmasını isteme veya sözleşmeyi feshetme yetkisi tanınmıştır. Bu, iyiniyet kurallarına göre, hakim tarafından sözleşmenin değiştirilmesine imkan veren “clausula rebus sic stantibus” kuralının uygulanması demektir.

Yaklaşık ücretli işlerde ise, keşif bedelinin çok aşılması dolayısıyla BK.md.367/I'e göre fesih imkanı vardır.

Götürü ücretli işlerde, kural olarak, işin kararlaştırılan ücretten pahalıya mal olmasının rizikosunu müteahhit taşıırken, yaklaşık ücrette, bu riziko iş sahibindedir.

²⁵³ TANDOĞAN, s.235.

SONUÇ

Roma Hukukunda (Türk - İsviçre Borçlar Hukuku'nda olduğu gibi) istisna akdi, rızai akit kabul edildiğinden, müteahhit ile iş sahibi arasındaki anlaşma ile yani tarafların bu husustaki iradelerinin uyuşması (consensus) ile meydana gelir. Geçerlilik yönünden, herhangi bir şekle tabi değildir

Hem Roma Hukuku'nda hem de modern hukuklarda istisna akdi tam iki tarafa borç yükleyen bir akitir.

Roma Hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda da eser sözleşmesinin bir unsuru, Borçlar Kanununun 355'nci maddesinden anlaşılacağı üzere, müteahhidin iş sahibi adına ücret karşılığında bir eser (sonuç) yaratacağı konusunda anlaşmış olmalarıdır.

En önemli fark ise, Roma Hukukunda, istisna akdinden söz edebilmek için, müteahhide (conductor), meydana getireceği eser için gerekli malzemenin mutlaka iş sahibi tarafından verilmesi gerekir. Eğer malzeme iş sahibi tarafından verilmiyorsa alım satım akdinin söz konusu olacağının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Türk Hukukunda malzemenin hangi tarafça temin edildiği esas itibariyle müteahhidin sorumluluk çerçevesini değiştirmektedir. Malzeme, müteahhit tarafından temin edilmişse, BK.md. 357/I gereği "müteahhit, bu malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesuldür ve bu hususta satıcı gibi

mütekeffildir”. Malzeme, iş sahibi tarafından verilmişse, müteahhit artanı iade ile mükelleftir (BK.md.357/II). Malzemenin, iş sahibi tarafından verildiği durumda BK.md.357/III, müteahhide ayrıca bir de genel ihbar yükümlülüğü getirmektedir. “İş devam ettiği sırada, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye sokacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeye mecbur, aksi halde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir”. Müteahhit, böyle bir durumda ihbar yükümlülüğünü yerine getirmezse, bundan doğacak zararlardan BK.md.96 gereğince sorumlu olacaktır.

Yine Türk Hukukunda malzemenin temini bakımından, doktrinde “olağan istisna sözleşmesi” ve “eser teslim sözleşmesi” olmak üzere iki tür istisna akdinin varlığı kabul edilmektedir. “Olağan istisna sözleşmesi”, eserin meydana getirilmesi için kullanılan malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı istisna sözleşmesidir. “Eser teslim sözleşmesi”nde ise müteahhit malzemeyi sağlama borcunu üstlenmiştir.

Türk Hukukunda, gerek iş sahibi gerek müteahhit gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Roma hukukunda ise tüzel kişi kavramı gelişmiş olmadığından, iş sahibinin ve müteahhidin gerçek kişi olması gerektiğinden bahsetmek yanlış olmayacaktır. Nitekim, metinlerdeki örnekler de hep gerçek kişi üzerine verilmiştir.

Roma Hukukunda, klasik dönemde, locatio conductio operis’den doğan borç bir “facere” borcu olduğu için, işi yüklenen kişiye sıkı sıkıya bağlı kabul ediliyordu. Dolayısıyla Klasik dönemde müteahhitten başka bir kişinin bu borcu yerine getirmesi

mümkün değildir; conductor işi bizzat yapmalıdır. Iustinianus döneminde bu sözleşmeden doğan iş yapma borcu artık kişisel nitelik taşımamaktadır. Diğer bir ifade ile bu dönemde işin yapılmasına ilişkin borcun müteahhit dışında bir kişi tarafından da yerine getirilebileceği kabul edilmektedir. Ancak bu durumda, diğer bir ifade ile müteahhidin işi başka birisine yaptırması halinde, (ilk müteahhidin) ikinci müteahhide - modern literatürdeki kullanımı ile alt müteahhide - karşı actio locato açma hakkı mevcuttur.

Müteahhidin borçları başlığını taşıyan BK.md.356/II'ye göre ise, bugün, müteahhit imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Yani bugün genel kural, bu borcun kişiselliğidir. Hukukumuzda göre, eğer istisna akdinin o müteahhit ile yapılmasında müteahhidin bilgisi, becerisi ve kişiliği önem taşıyorsa ya da işin müteahhit tarafından yapılması kararlaştırılmışsa burada müteahhit eseri imal etme borcunu “bizzat” ifa etmelidir. Aksi halde şahsen ifa kuralı zorunlu değildir.

Taraflar arasında eğer locator'un borcu olarak bir miktar para değil de, başka bir şey kararlaştırılmış ise, veya işin ücret karşılığı görülmesi kararlaştırılmakla birlikte, ücretin belirlenmesi işin bitimine bırakılmışsa, bu, akdin niteliğini değiştirecektir. Artık bir locatio conductio'dan bahsetmek mümkün olamayacak, bir isimsiz -ayni- akit (contractus innominati) ortaya çıkacaktır. Bu durumda sözleşmenin geçerli olabilmesi için, taraflardan birinin yüklendiği edimi ifa etmesi gerekir.

Türk hukukunda da, BK.md.355 vd.'nda yer alan istisna akdi'nde, benzeri şekilde, iş sahibinin edim borcunun bir miktar para olması gerektiği, aksi halde akdin niteliğinin değişeceği kabul edilmektedir.

Edimin, imkansızlık nedeniyle ifa edilememesinde, bazı durumlarda, borçlu bu sebeple elde ettiği hakları alacaklıya devretme gibi başka bir mükellefiyet altına girer. Conductor'un elindeki mal, üçüncü kişinin haksız fiili neticesinde telef olmuşsa, imkansızlık sebebiyle ifa yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Buna karşılık o haksız fiilden dolayı üçüncü kişilere karşı sahip olduğu dava haklarını locatora devretme borcu altına girecektir.

Nitekim BK.md.20'ye göre de, "bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır."

Roma Hukukunda, tarafların sorumluluğunu da yine dönemlere göre ele almak gerekmektedir.

Klasik dönemde, conductor'un ona teslim edilen malzemeden dolayı sorumluluğu custodia (nezaret) sorumluluğudur. Yani, mücbir sebepler (vis maior) dışında kalan bütün beklenmedik hadiseler (casus fortuitus) yüzünden meydana gelen zararlardan conductor sorumlu tutulurdu, sorumluluğu ağırdı.

Klâsik sonrası dönemde ise, her iki taraf da, menfaatleri olduğu için, omnis culpa (bütün kusurlarından) sorumludur. Ayrıca conductor, mesleki tecrübesizliği

dolayısıyla verdiği zararlardan da, kusuru olmasa dahi, sorumlu tutulurdu. Bu dönemde artık conductorun (klâsik dönemde objektif nitelikte olan custodia sorumluluğunun yerine) gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinden dolayı sorumlu tutulması - sübjektif sorumluluk – söz konusu olmaktadır.

Oysa Iustinianus hukukunda, kendisine malzeme verilmiş olan conductor, detentor olduğundan ortaya çıkan hasardan sorumluluğu farklı olmaktaydı.

Türk-İsviçre hukuk sisteminde müteahhidin sorumluluğuna gelince, şu hususların üzerinde durulması gerekir:

İstisna akdinde, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda “eser” denilen bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse müteahhit bundan sorumlu olur.

Eserin yapımı sırasında müteahhidin özen borcuna aykırı davranışı sebebiyle, eserde bir bozukluğa neden olmadan, zarara uğrayan iş sahibi bu zararını BK.md.96’ya dayanarak tazmin ettirebilir . Ve nihayet kendisine verilen süre içinde müteahhit gerekeni yapmazsa veya yararsız olacağı için bu süre verilmemişse, işi başkasına yaptırma yerine iş sahibi, akdin feshi yoluna gidebilir.

Ayrıca müteahhit, sadakat borcuna aykırılıktan dolayı bir kar elde etmişse BK.md.414’e kıyasen, iş sahibi bu karın kendisine devrini talep edebilir. Henüz iş devam ederken iş sahibi, müteahhidin sadakat borcunu ağır surette ihlal ettiğini

görürse BK.md.369 veya BK.md 358/II ile birlikte BK.md. 106 gereği akitten dönebilir

Müteahhit, kendi yerine başkasını ikame ettiğinde, bu kişiyi seçmekte ve ona talimat vermede kusuru varsa bu kusurundan dolayı iş sahibine karşı sorumludur.

Öte yandan Roma Hukukunda, müteahhidin işe zamanında başlamaması halinde, iş sahibi, masraflar müteahhide ait olmak üzere bir başka müteahhit ile anlaşması mümkündür. Türk Hukukunda ise (BK.md.358/I), müteahhidin işe zamanında başlamaması veya sözleşmeye aykırı olarak erteleme veya iş sahibinin kusuru olmaksızın ortaya çıkan erteleme neticesi, bütün tahminlere göre müteahhidin işi zamanında bitirmesine imkan olmadığının görülmesi durumunda, iş sahibine teslim için belirlenen zamanı beklemeden sözleşmeyi feshetme imkanı tanınmıştır.

ÖZET

Roma Hukukunda (Türk - İsviçre Borçlar Hukuku'nda olduğu gibi) istisna akdi, rızai akit kabul edildiğinden, müteahhit ile iş sahibi arasındaki anlaşma ile yani tarafların bu husustaki iradelerinin uyuşması (consensus) ile meydana gelir. Geçerlilik yönünden, herhangi bir şekle tabi değildir

Hem Roma Hukuku'nda hem de modern hukuklarda istisna akdi tam iki tarafa borç yükleyen bir akittir.

Roma Hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda da eser sözleşmesinin bir unsuru, Borçlar Kanununun 355'nci maddesinden anlaşılacağı üzere, müteahhidin iş sahibi adına ücret karşılığında bir eser (sonuç) yaratacağı konusunda anlaşmış olmalarıdır.

En önemli fark ise, Roma Hukukunda, istisna akdinden söz edebilmek için, müteahhide (conductor), meydana getireceği eser için gerekli malzemenin mutlaka iş sahibi tarafından verilmesi gerekir.. Türk Hukukunda malzemenin hangi tarafça temin edildiği esas itibariyle müteahhidin sorumluluk çerçevesini değiştirmektedir.

Türk Hukukunda, gerek iş sahibi gerek müteahhit gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Roma hukukunda ise tüzel kişi kavramı gelişmiş olmadığından, iş sahibinin ve müteahhidin gerçek kişi olması gerektiğinden bahsetmek yanlış olmayacaktır.

Roma Hukukunda, klasik dönemde, locatio conductio operis'den doğan borç bir “facere” borcu olduğu için, işi yüklenen kişiye sıkı sıkıya bağlı kabul ediliyordu Dolayısıyla Klasik dönemde müteahhitten başka bir kişinin bu borcu yerine getirmesi mümkün değildir; conductor işi bizzat yapmalıdır. Iustinianus döneminde bu sözleşmeden doğan iş yapma borcu artık kişisel nitelik taşımamaktadır.

Müteahhidin borçları başlığını taşıyan BK.md.356/II'ye göre ise, bugün, müteahhit imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Yani bugün genel kural, bu borcun kişiselliğidir

ABSTRACT

Since independent contractor agreement is accepted as consensual contract in Roman Law (as in Turkish – Swiss Law of Contract), it is made upon an agreement between the contractor and the employer, i.e. upon the consensus between parties. From the aspect of validity, it does not a strict format.

Both in Roman Law and modern laws independent contractor agreement is an agreement that puts both parties under obligation.

In Turkish Law, as in Roman Law, a condition of the independent contractor agreement in Turkish Law, as can be understood from Article 355 of the Law of Obligations, is that the contractor and the employer come into an agreemnet requiring that the contractor shall produce a a work in return for a fee.

The most important difference is that in Roman Law, in order to make independent contractor agreement, the material needed by the contractor for producing the work he promises must be provided by the employer. In Turkish Law, the party by whom the material is provided changes the responsibilities of the contractor.

In Turkish Law both the employer and the contractor can both be an artificial person or a real person. Since the concept of artificial person is not developed in

Roman Law, it would not be wrong to say that both the employer and the contractor shall be real persons.

Since an obligation arising out of *locatio conductio operis* was a “*facere*” obligation in Roman Law in the classical period, it was accepted to be strictly under the obligation of the contractor. Therefore in the Classical period the fulfillment of the obligation by another person other than the contractor was not possible; the contractor must do the work personally. In Justinianus’ period, the obligation of work arising out of this agreement did not involve a personal aspect.

According to Article 356/II of the Law of Obligations having the title of “Obligations of the Contractor,” the contractor is obliged to do the work personally or have someone who is under his control do it.