

ESER VE VEKÂLET SÖZLEŞMELERİNİN NİTELENDİRİLMESİ SORUNU VE NİTELENDİRMENİN HÜKMÜ

Yard. Doç. Dr. Zekeriya Kurşat*

I. Giriş

Eser ve vekâlet sözleşmelerinin her ikisi de iş görme edimi içeren sözleşmelerdendir. Her ne kadar eser sözleşmesinde temel edim, “*meydana getirilen sonucun iş sahibine teslim edilmesi*” olsa da, “*sonucun hazırlık aşaması*” da bu sözleşme bakımından önemlidir. Eser sözleşmesi, bünyesinde eserin meydana getirilmesi aşamasını da barındırması sebebiyle, devir borcu doğuran sözleşmeler arasında değil, iş görme borcu doğuran sözleşmeler grubunda sayılır¹.

Eser sözleşmesi bu yönüyle iş görme sözleşmesi olarak kabul edilse ve vekâlet sözleşmesine yaklaşırsa da, vekâlet sözleşmesine göre farklı özellikleri olan bir sözleşmedir. Her iki sözleşmenin farklılıklarının tespiti hem teorik hem de pratik öneme sahiptir. Zira Borçlar Kanunumuzda bu sözleşmelerin her birine ilişkin ayrı hükümler öngörülmüştür. Somut olayda sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi, bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti açısından önemlidir.

Bir sözleşmenin vekâlet yahut eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ve bu niteliğinin bilinmesi, sözleşmeyi kuran taraflardan, ihtilaf halinde sözleşmeyi uygulayacak olan hâkime kadar, bütün süreç boyunca ilgili olabilecek, noter, avukat veya sözleşme ile ilgili herhangi bir şahıs bakımından önem arz eder. Özellikle hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, taraf edimlerinin hangi sözleşmenin unsurlarını taşıdığını tespit etmesi oldukça önemlidir. Zira farklı hükümleri olan iki sözleşmeden birine yönlendirecek yorum, taraflar arasındaki hukuki ihtilafın çözümünde farklı sonuçlara götürebilecektir.

Hâkimin, ısmarlanmış fakat tuvalin tamamı boyanmamış resmin, bir sanat eseri mi yoksa bitmemiş adi bir iş mi olduğunu tespit etmesi oldukça güç,

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

¹ Aynı yönde bkz. **M. Turgut Öz**, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989, s. 8 vd.

fakat bir o kadar da önemlidir². Bu anlamda yapılacak tespite göre, söz konusu olaya vekâlet yahut eser sözleşmesi hükümleri uygulanabilecektir.

Bu noktada elbette taraf irade beyanlarının yorumlanması ile bir sonuca ulaşılabilecektir. Fakat bu metot her zaman doğru sonucu vermeyebilir. Bu yüzden taraf iradelerini aşan bazı olguların da değerlendirilmesi zorunludur. Örneğin eser sözleşmesinin aşağıda göreceğimiz üzere karakteristik özelliği olan “*sonuç taahhüdü*”, taraf irade beyanlarında yer bulmuş olsa bile, bazı hallerde sözleşme konusu şeyin niteliği sonuç garantisine elverişli olmadığından, eser sözleşmesi nitelendirmesi yapılamayacaktır.

İleride belirteceğimiz gibi, sözleşme tiplerine ilişkin sınıflandırmanın katı olmaması gereğine ve duruma göre tiplere ilişkin hükümlerin uygulanmasından vazgeçilebileceği düşüncesine rağmen tiplerin belirlenmesi önemlidir. Zira her halükarda tipler bakımından kendi aralarında belli bir bütünlük ve düzen söz konusudur. Bu düzen, uygulanacak hükümlerin saptanmasında büyük bir kolaylık sağlar. Sözleşme tipleri arasındaki ilişki bakımından ileride vurgulanan husus, sözleşme tiplerine yönelik hükümlerin somut durumun özellikleri göz ardı edilerek mutlak bir şekilde uygulanmasının tehlikeli olabileceği esasına dayanır. Yoksa tiplerin tespiti ve kural olarak o tiplere yönelik hükümlerin uygulanması yine de somut durum aksini gerektirmediği müddetçe geçerli bir düşünce olarak kabul edilmelidir. Çalışmamızda bu çerçevede sözleşmelerin nitelendirilmesine verdiğimiz önemin bir sonucu olarak her iki sözleşme bakımından bir takım kıstaslar belirleyeceğiz. Fakat daha sonra bu kıstasların sözleşme tipleri arasında bir sınır değil geçişe dayalı bir ilişki yarattığını, kıstasların sözleşmeleri birbirlerine kesin olarak kapatan duvarlar anlamına gelmediğini ortaya koyacağız.

Eser ve vekâlet sözleşmelerinin birbirinden ayırt edilmesi her zaman kolay olmaz. Özellikle artık fiziki olmayan sonuçların da eser sözleşmesinin konusu olabileceğinin kabul edildiği ve günümüzde neredeyse bütün vekâlet sözleşmesi tiplerinin tam iki taraflı sözleşme olarak akdedildiği düşünüldüğünde, iki sözleşme arasındaki sınırın iyice inceldiği rahatlıkla fark edilir. Bu bakımdan bir taşınmazın değerinin tespiti edimi, her ne kadar sonucu belli bir şeye yansıtılabiliyorsa da temelde fiziki olmayan bir edime işaret eder. Bunun sırf fiziki olmaması nedenine dayanarak, eser sözleşmesi ihtimalinin değerlendirme dışı tutulması mümkün değildir³. Yine aynı şekilde bu işlemin belli bir ücret karşılığında yapılmış olması da konu ile ilgili olarak vekâlet sözleşmesini ihtimal dışı tutulması nedeni olamaz.

² Örnek için bkz. **Felix Dasser**, *Vertragstypenrecht im Wandel*, Schultess Zürich 2000, N. 32. Bu mesele ile ilgili olarak elbette teknik bilirkişilere başvurulabilecektir. Fakat bundan önce söz konusu resmin, teknik incelemeye tabi tutulabilip tutulamayacağı hususunda dahi karar verilmelidir. Aynı şekilde hâkimin, bilirkişiye başvurmadan karar vermesinin gerekli olduğu hallerde, bir nitelendirmenin yapılması gerekliliğinden kaçınılmazdır.

³ Konunun tartışıldığı İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 127 III 328.

II. Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Tanımı

Hem eser sözleşmesi hem de vekâlet sözleşmesi, taraflardan birinin belirli bir işi görmesi edimini üstlenmesi özellikleri ile bilinen sözleşmelerdir. Ne var ki, farklı özellikleri nedeniyle sözleşmeler birbirinden farklı tanımlanırlar.

Eser sözleşmesi, taraflardan birinin eser meydana getirip teslim etmeyi, diğer tarafın ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir⁴.

Vekâlet sözleşmesi, taraflardan birinin diğer tarafın yararına ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcunu, bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak üstlendiği fakat sonuç rizikosunu üstlenmediği, buna karşılık diğer tarafın ise belli bir bedel üstlenme zorunluluğunun bulunmadığı sözleşme olarak tanımlanabilir⁵.

III. Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Birbirinden Ayrılmasına Yarayacak Ölçütler

A. Genel Olarak

818 sayılı Borçlar Kanunu eser sözleşmesini “*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermediği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder*” şeklinde tarif etmiştir (m. 355). 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu da paralel bir şekilde şöyle bir tanıma yer vermiştir: “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” (m. 470).

Her iki madde metni içerisinden anlaşılmalıdır ki, bir eser sözleşmesinden söz edebilmek için, taraflardan birinin eser meydana getirmeye, diğerinin ise bedel ödemeye yönelik taahhüt altına girmesi gerekir. “*Eser meydana getirme*”⁶ ve “*bedel*” unsurları bu anlamda eser sözleşmesinin belirleyici (karakteristik) unsurlarıdır. “*Eser meydana getirme*” unsuru, “*yüklenici*”ye,

⁴ **Peter Gauch**, *Der Werkvertrag*, 5. Auflage, Schultess, Zürich Basel Genf, 2011, N. 6 vd.; **Senai Olgaç**, *Borçlar Hukuku Aklın Muhtelif Nevileri -VI- İstisna Akdi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 445; **H.Becker**, (Çeviren: Dura Suat), “*Eser (İstisna) Sözleşmesi (II)*”, *Yargıtay Dergisi*, 1983/3, s. 308-328, özellikle s. 308 vd.; **Haluk Tandoğan**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, Ankara 1987, s. 1 vd.

⁵ Karş. **Walter Fellmann**, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1992, Art. 394, N. 14 vd.; **Necip Bilge**, *Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1971, s. 285; **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 355 vd.; **Şebnem Akipek**, *Alt Vekâlet*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 33 vd.; **Veysel Başpınar**, *Vekilin Özen Borcunun Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 70; **Suat Sarı**, *Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitapevi, İstanbul 2004, s. 36; **Türker Yalçınduran**, *Vekâlet Sözleşmesinde Ücret*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 25 vd.

⁶ 818 sayılı kanundaki ifade olan “*bir şey imal etmek*” terimi, imal dışındaki değişiklik ve sonuçları kapsamaması nedeniyle eleştirilmektedir. 6098 sayılı kanun bu eleştirilere cevap vererek daha kapsamlı bir ifade olan “*eser meydana getirmek*” ifadesini tercih etmiştir. Sözünü ettiğimiz eleştiriler için bkz. **Tandoğan Haluk**, “*İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırılması*”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 311-332, özellikle s. 312.

“*bedel*” unsuru ise “*iş sahibi*”ne işaret eder. Böylece yüklenici belirli bir eser meydana getirir; iş sahibi ise bunun karşılığında bir bedel öder.

Vekâlet sözleşmesi ise 818 sayılı Borçlar Kanununun 386. maddesinde “*vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eder*” şeklinde tarif edilmiştir. Eser sözleşmesinde olduğu gibi vekâlet sözleşmesi bakımından da 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu eski metne paralel bir düzenleme benimsemiş ve vekâlet sözleşmesini “*vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlamıştır. Görüldüğü gibi, vekâlet sözleşmesinde “*iş görme borcu*” vurgulanmasına rağmen, gerek “*sonuç*” unsuruna gerekse de “*bedel*” unsuruna bir vurgu yapılmamıştır. Böylece eser sözleşmesinden farklı olarak her iki unsurun da, vekâlet sözleşmesi bakımından “*zorunlu unsur*” olmadığı rahatlıkla söylenebilir⁷.

B. Sonuç Taahhüdü Unsuru ve Eser Kavramı

1. Sonuç Taahhüdü

Yüklenicinin eseri, iş sahibi için meydana getireceği ve ona teslim edeceği hususu, hem kendiliğinden anlaşılır hem de eser sözleşmesinin genel hükümlerinin bir gereğidir. Bu yüzden eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu, “*belirli bir eseri meydana getirme ve iş sahibine teslim etme*” şeklinde belirtilmelidir⁸. Sözleşmelerin niteliğini belirlerken bu anlamdaki taraf iradelerinin yorumlanması önem arz eder. İleride göreceğimiz diğer unsurların tamamı bulunmasına rağmen, tarafların hukuk sistemimize uygun olarak anlam verilmiş iradelerinin sonuç taahhüdü içermemesi halinde, yapılan işin sonunda bir

⁷ “*Sonuç*” ve “*bedel*” unsurları arasında ise şöyle bir fark olduğu söylenebilir: Bedel unsuru zorunlu unsur değilken aynı maddenin son fıkrasında, sözleşme veya teamül varsa vekilin bedele hak kazanabileceği düzenlenmiştir. Böylece sözleşmede “*bedel*”in kararlaştırılmış olması mümkündür ve bu, sözleşmeyi vekâlet olmaktan çıkarmaz. Fakat bir sonucun kararlaştırılmış olması halinde, sonraki açıklamalarımızda “*eser meydana getirme*” unsuru ile ilgili tespitler çerçevesinde “*sonuç*” unsurunun sözleşmeyi vekâlet sözleşmesi olmaktan çıkarabileceği söylenebilir.

⁸ Bu iki unsurun, yani “*meydana getirme unsuru*” ile “*eser*” unsurunun birbirinden ayrırt edilerek incelenmesi ile ilgili olarak bkz. **Öz**, s. 3 vd.

“*Eser meydana getirme*” ediminin ağırlığı ve bununla “*çalışma*” yahut “*iş görme*” ediminin ön plana çıkması nedeniyle eser sözleşmesi, “*eşya*” edimi ile ön plana çıkan gelecekteki nesnenin satımı da olsa, satım sözleşmesinden ayrılır. İlgili açıklamalar için bkz. **Becker**, *Eser Sözleşmesi*, s. 309; **Damla Gürpınar**, *Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi*, Güncel Yayınevi, İzmir 2006, s. 21 vd.; **Hasan Erman**, *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1979, s. 18. Fakat belirtmek gerekir ki, eser sözleşmesinin satımdan daha kesin ayrılabilmesi için başka ölçütler de kabul edilmektedir. Örneğin eşyanın tek ve kendine özgü bir şekilde imal edilmesi halinde eser sözleşmesinin, seri halinde imal edilmesi halinde ise satım sözleşmesinin gündeme geleceği kabul edilmektedir. Bkz. **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 42 vd.; **Gürpınar**, s. 22; **Karl Dürr**, *Der Werkvertrag*, 2. Auflage, Schrit Verlag, Bern 1966, s. 6. Bununla birlikte eser sözleşmesinde sadece çalışma ediminin değil, sonuç veya eser ediminin de ağırlıkta olduğu ve bunun özellikle bu çalışmada ele aldığımız vekâlet sözleşmesinden ayrılmasını sağladığı göz ardı edilmemelidir.

sonuç meydana gelmiş olsa bile eser sözleşmesinden söz etmek mümkün olmaz⁹.

Yüklenicinin borcunun bu şekilde nitelendirilmesinden açıkça anlaşılması gereken husus, yüklenicinin bir “iş gördüğü”, bu işin neticesinde “eser meydana getirdiği” ve meydana gelen eseri “iş sahibine teslim” ettiği. Bu husus nedeniyle eser sözleşmesinin temelde bir iş görme sözleşmesi olduğu, fakat diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak burada işin görülmesi neticesinde ortaya bir sonucun çıkması gerektiği, sonucun bu anlamda sözleşmenin esaslı unsuru haline geldiği belirtilmelidir. Bir başka ifadeyle yeni kanunda “eser” olarak adlandırılan “iş görme neticesi” veya “sonuç”, karşımıza, “işin görülmesi unsurunun” yanında ve onun bir parçası şeklinde ayırt edici bir unsur olarak çıkar¹⁰.

Vekâlet sözleşmesinde ise eser sözleşmesinden farklı olarak işin görülmesinin bizatihi kendisi, yani işin görülmesi süreci belirleyici olmakta; sonucun, borcun ifa edilmiş olması bakımından etkisi bulunmamaktadır. Bu yüzden vekâlet sözleşmesinde vekil, eser sözleşmesindeki yükleniciden farklı olarak iş görmesinin sonucunda başarı elde etme taahhüdünde bulunmuş olmaz¹¹. Bazı hallerde vekilin yaptığı işin bir sonuç meydana getirmesi, vekâlet sözleşmesinin bu niteliğini değiştirmez¹².

2. Eser Kavramı

Yukarıda da görüldüğü gibi işi görecektir olan kişinin sonuç taahhüdünün konusunu yahut içeriğini “eser” kavramı oluşturur. Bu yüzden “eser” kavramının neyi ifade ettiğinin belirlenmesi, her iki sözleşme arasındaki farkın tespiti

⁹ Öz, s. 8.

¹⁰ Eser sözleşmesinin bu özelliği ile ön plana çıktığına ilişkin açıklamalar için bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 21, N. 24 vd.; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 312 vd.; **Olgaç**, s. 450; **M. Argun Köteli**, “Hizmet Aktini İstisna ve Vekâlet Akitlerinden Ayrıncı Kistaslar Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1985/1-3, s. 80-88, s. 81; **Selimoğlu Yaşar Ergin**, *İstisna (Eser) Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 14 vd., özellikle 18; **Aydemir Efrail**, *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 3; **Perivin Somer**, *Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis) Türk Hukuku ile Karşılaştırma*, Derin Yayınları, İstanbul 2008, s. 21 vd.; **Honsell**, s. 272.

¹¹ İlgili açıklamalar için bkz. **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 39 vd.; **Gürpınar**, s. 25; **Selimoğlu**, s. 19; **Aydemir**, s. 13; **Honsell**, s. 272. Pratikte sözleşme kurulurken, tarafların çoğunlukla bir sonuç üzerinde de anlaşmış oldukları belirtilmek gerekir. Fakat işin niteliği gereği vekâlet sözleşmesinden söz edildiği hallerde tarafların sonuca yönelik anlaşmaları olsa bile, söz konusu işlemin BK. m. 110 (Yeni BK. m. 128) anlamında üçüncü kişinin fiilini üstlenme anlamına gelmediği müddetçe, sonuç sorumluluğu söz konusu olmaz. Zira vekâlet sözleşmesi nitelemesi, temelde ve kural olarak yine taraf iradeleri ve amaçlarının bir bütün olarak yorumlanması ile yapılmakta ve bu yorumun gereği olarak bazı ifadelerin lafızları yerine amaca göre anlamları dikkate alınmaktadır.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin sonuçtan sorumlu olması nedeniyle, sonuca götüren yolu seçme bakımından vekâlet sözleşmesindeki vekilden göreceli olarak daha bağımsız kabul edilebileceği tespiti için bkz. **Erman**, *Beklenmeyen Hal*, s. 17.

¹² **Akipek**, s. 51-52.

bakımından büyük önem arz eder¹³. Bu sayede “eser”in söz konusu olmadığı hallerde eser sözleşmesi yerine vekâlet sözleşmesi nitelemesi tercih edilecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, eser sözleşmesinin konusu olan bir edimden söz edebilmek için bunun bir insana yükletilebilmesi ve meydana gelen sonucun bir insan emeğinin ürünü olması şarttır. Böylece insan emeğinin ürünü olmayan, kendiliğinden gerçekleşen yahut doğal bir takım oluşumların sonuçları, pek tabii olarak anlaşılacağı üzere eser sözleşmesinin konusu olmaz¹⁴.

¹³ Hemen belirtelim ki Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) uyarınca “eser” kavramı ile eser sözleşmesinin konusu olabilen şeyin karşılığı olarak “eser” kavramı birbirinden farklı hususlara işaret eder. “*Tanımlar*” yan başlığını taşıyan FSEK m. 1/B’nin “a” bendinde eser “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” şeklinde tanımlanmıştır. Böylece FSEK anlamında eserden söz edebilmek için, “*sahibinin hususiyetini taşıması*”, “*sahibinin hususiyetini yansıtacak şekilde şekillenmiş olması*”, “*FSEK’te öngörülen eser türlerinden birine dâhil olması*” ve “*fikri çabanın ürünü olması*” şeklinde özetlenebilecek zorunlu unsurların bulunması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. İlgili açıklamalar için bkz. **İlhan Öztrak**, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara 1971, s. 15 vd.; **Ünal Tekinalp**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 97 vd.; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s. 113 vd.; **Fırat Öztan**, *Fikir ve Sanat Eserleri*, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, s. 81 vd.; **Azra Arkan**, *Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 20-21; **Şirin Aydıncık**, *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri*, Arıkan, İstanbul 2006, s. 3 vd. “*Mahsul*” ile “eser” kavramlarının birbirinden ayrılarak incelenmesi ve her mahsulün fikri hukuk anlamında eser sayılamayacağı ile ilgili olarak bkz. **E. Hirsch**, *Fikri ve Sınai Haklar*, Ar Basımevi, Ankara 1948, s. 130 vd.

FSEK anlamında eserden söz edebilmek için bu koşullar yahut sınırlamaların aranmasına karşılık, Borçlar Hukuku anlamında eser kavramı ve sözleşmesinden söz edebilmek için bu koşulların bulunması zorunluluğu yoktur. Her iki kavramın birbiriyle ilgili yahut bağlantılı düşünülmesi doğru değildir. Karş. **Kılıçoğlu**, *Fikri Haklar*, s. 111-112; **Öz**, s. 7. FSEK, kendine özgü bir yapı içerisinde eser kavramını teknik bir kavram olarak değerlendirilmekte ve buna bir koruma sağlamaktadır. Bu kavramın düzenleme alanı ve amacı farklı olan Borçlar Kanununda düzenlenmiş başka bir kurumun açıklayıcı unsuru olarak düşünülmesi doğru olmaz. Bu yüzden eser sözleşmesi anlamında eser kavramı değerlendirilirken, düşünce yapısının FSEK ile sınırlandırılmaması, FSEK anlamında eser sayılma ile sayılmamanın Borçlar Hukuku anlamında eser bakımından otomatik bir sonucunun bulunmadığının bilinmesi gerekir. Böylece bir inşaat projesi çizilmesi, bir kitap yazılması, tablo yapılması FSEK anlamında eser sayılsa bile bunların eser sözleşmesinin konusu olabilip olamayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Bu bakımdan iki kanundaki eser kavramlarının birbiriyle “daha geniş” yahut “daha dar” şeklinde karşılaştırılması dahi doğru değildir. Karş. **Kenan Tunçomağ**, *Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri*, Sermet Matbaası, İstanbul 1977, s. 952. FSEK anlamındaki “eser kavramı”nın bazı yönlerden daha dar bir kavram olduğu saptaması ile ilgili olarak bkz. **Kılıçoğlu**, *Fikri Haklar*, s. 111-112.

FSEK ve Borçlar Kanunu çerçevesindeki eser sözleşmelerinin birbirinden farkını vurgulayan Yargıtay kararı için bkz. YHGK., 18.11.2009, E. 15-459, K. 541 (*Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası*).

¹⁴ Karş. **Senai Olgaç**, *Borçlar Hukuku Akdın Muhtelif Nevileri -VI- İstisna Akdi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 446; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 313-314; **Aydemir**, s. 5.

Yeni Borçlar Kanunu, eser sözleşmesinin konusunu ve yüklenicinin edimini belirlerken “*imal*” kavramına yer vermeyip bunun yerine az önce ifade ettiğimiz gibi “*eser*” kavramına yer verdiğinden artık, bu kavramın içeriğini tespit için imal olunabilen şey kıstası yahut sınırlamasına başvurulmayacağı tereddütsüzdür¹⁵. Böylece “*eser*”, arza bağlı olup olmadığına bakılmaksızın meydana getirilebilen bir sonuç olarak değerlendirilmelidir¹⁶.

Eser olarak değerlendirilecek sonucun mutlaka fiziki bir varlığının bulunması şart değildir. Artık maddi varlığı bulunmayan edim sonuçlarının da eser sözleşmesinin konusu olabileceği kabul edilmektedir¹⁷. Fakat bunun için maddi olmasa da sonucun belirli bir şekilde ortaya çıkabilmesi, bir bütünlük arz edebilmesi, objektif olarak tespit edilmesi imkânının sağlanması¹⁸ ve bunun için de belirli bir ölçüde sabit bir cisme yansıtılabilmesi gerekir¹⁹. Gazete ilanı hazırlamak ve onu gazeteye koymak, satılan ürün için kullanım kılavuzu hazırlamak veya ona biçim vermek, herhangi bir yayın organında reklam yayınlamak, belirli bir amaçla örneğin maaş bordrolarının hazırlanmasını sağlamak üzere bilgisayar programı hazırlamak ve onu bilgisayara kurmak, bazı maçları yahut yarışları organize etmek, taşınmazın rayiç değerini belirlemek, bir yerin

Bu gibi meseleler, duruma göre “hukuki olay” olarak nitelendirilir ve daha çok Eşya Hukuku’nun konusunu oluşturur. Karş. MK. m. 708, 709, 717, 776.

- ¹⁵ Değişiklikten önce dahi, aynı sonuca varılmaktaydı. Bkz. **Tunçomağ**, s. 952; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 312-313; **Erman**, *Beklenmeyen Hal*, s. 16-17, 19; **Öz**, s. 8-9.
- ¹⁶ Böylece burada eser sözleşmesini belirlerken değerlendirilen “*eser*” kavramının 6098 sayılı kanunun yapı malikinin sorumluluğunun düzenlendiği 69. maddesindeki “*yapı eseri*” kavramından farklı ve bağımsız olduğu kendiliğinden anlaşılmış olur. Aynı yönde bkz. **Tandoğan**, *İstisna*, s. 312-313; **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 2 vd.
- ¹⁷ **Tandoğan**, *İstisna*, s. 313-314; **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 5 vd.; **Olgaç**, s. 448; **Tunçomağ**, s. 953; **Bilge**, s. 245; **Erman**, *Beklenmeyen Hal*, s. 14; **Öz**, s. 7-8; **Emre Gökyayla**, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 5-7; **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 33 vd.; **Honsell**, s. 269; **Selimoğlu**, s. 15; **Somer**, s. 15. YHGK., 18.11.2009, E. 15-459, K. 541 (*Kazanıcı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası*). İsviçre Federal Mahkemesi de uzun yıllar bu görüşte iken, bir kararında farklı sonuca varmış ve eser kavramının mutlaka fiziki varlığa işaret etmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır (BGE 98 II 311). Fakat Mahkeme daha sonra vermiş olduğu bir kararında, jeoloji mühendisinin yüklediği edimi, eser sözleşmesi olarak nitelendirmek suretiyle eski görüşüne dönmüştür (BGE 109 II 37 vd.). Aynı yönde bkz. BGE 127 III 328.
- ¹⁸ Bu özelliğe yönelik çekince için bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 46a.
- ¹⁹ Karş. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 43 vd.; BGE 127 III 330; BGE 130 III 461-462; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 314-315; **Olgaç**, s. 446; **Bilge**, s. 245; **Erman**, *Beklenmeyen Hal*, s. 14; **Gökyayla**, s. 7; **Somer**, s. 15; **Sendi Yakuppur**, *Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları*, XII Levha, İstanbul 2009, s. 8-9. **Tandoğan**, bu unsurları, “*muayyen bir şekilde ortaya çıkma*” ve “*emek sonucunun tek bir bütün arz etmesi*” şeklinde nitelendirmektedir. Böylece ortak ve tek bir sonuç meydana getirmeyen parça, hareket yahut faaliyetlerin eser sözleşmesine konu olmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. **Tandoğan**, *İstisna*, s. 314-315. Aynı yönde bkz. **Olgaç**, s. 448. Karş. **Öz**, s. 7.

ısıtılmasını yahut aydınlatılmasını sağlamak gibi sonuçlar, “eser” kavramına dâhil olabilecektir²⁰.

Bu şekilde ortaya çıkmayan yahut belirttiğimiz gibi bir cisme yansıtılmayan sonuçların ise eser olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz. Bu yüzden belirli bir topluluğun yönetilmesi, belirli bir topluluğa yahut kişiye²¹ eğitim verilmesi²², hastanın tedavi edilmesi gibi edimler, eser sözleşmesinin konusu olmaz²³.

Meydana gelen sonucun mutlaka yeni bir şeyin imal edilmesi şeklinde olması şart değildir. Mevcut bir eserin değiştirilmesi de eser niteliğinde bir sonuç olarak kabul edilmelidir. Bu çerçevede belirli bir şeye bir parça eklenmesi, yine bir şeyin tamir edilmesi veya şeklinin değiştirilmesi gibi hususlar eser meydana getirmek olarak kabul edilebilecektir²⁴. Önemli olan meydana gelen sonucun, eskisinden farklı bir hukuki varlık olarak kabul edilebilmesidir²⁵. Böylece bir şeyin boyanması, cilalanması, yıkanması, ütülenmesi, kitabın ciltlenmesi veya basılması, binanın yıkılması, odunun kırılması, kilitli kalmış kapının açılması gibi durumlar hep eser sözleşmesinin konusu olabilecektir²⁶. Buna karşılık, sözleşme konusu şeyin kendisinde bir değişiklik meydana getirmeyen, sadece yerinin değişmesini sağlayan taşıma edimleri, eser olarak nitelendirilemez²⁷.

C. Edimin Niteliği Gereği Sonuç Taahhüdüne Elverişli Olması

Belirli bir edimin eser sözleşmesine konu edilebilmesi ve böylece taahhüdün eser sözleşmesi edimi olarak kabul edilebilmesi için, onun bir sonuç olarak

²⁰ Örnekler için bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 34; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 314. Tandoğan, bunlar dışında reklam kampanyasının planlanması, bir mağaza vitrininin düzenlenmesi, müzikli yahut havai fişekli bir temsil verilmesi, buz hokeyi maçı, kızak yahut bisiklet yarışı düzenlenmesi, sinemada film gösterilmesi gibi örnekler de vermektedir. Yazarın göre, bütün bu hallerde insan emeği, tek bütün teşkil eden bir sonuç meydana getirmektedir. Bu yüzden söz konusu sonuçların eser olarak nitelendirilmesi gerekir. Aynı yönde bkz. **Olgaç**, s. 446.

Belirtmek gerekir ki, bütün bu edimler ve yol açtıkları sonuçların eser sözleşmesine konu olması prensip olarak elbette mümkündür. Fakat bütün bunların bu çalışmada yer alan diğer kıstaslar bakımından da ve her somut durumda ayrıca değerlendirilmeleri ve bu şekilde sonuca varılması şarttır.

²¹ Hatta belli bir hayvanın belirli bir amaç için, örneğin köpeklerin sahiplerini korumak veya onlara yol göstermek için eğitilmeleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Karş. **Dürr**, s. 14.

²² Örneğin özel ders verilmesine yönelik yahut özel eğitim kuruluşları ile yapılan sözleşmeler bu çerçevede değerlendirilmelidir. Bkz. **Dürr**, s. 14.

²³ Benzer örnekler için bkz. **Dürr**, s. 13-14; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 315.

²⁴ **Tunçomağ**, s. 955; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 320; **Olgaç**, s. 446; **Erman**, *Beklenmeyen Hal*, s. 16-17; **Selimoğlu**, s. 15; **Aydemir**, s. 4-5.

²⁵ **Bilge**, s. 246; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 320; **Yakuppur**, s. 9-10.

²⁶ Örnekler için bkz. **Olgaç**, s. 446-447; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 320; **Bilge**, s. 245; **Erman**, *Beklenmeyen Hal*, s. 16-17 ve eserlerde atıf yapılan Yargıtay kararları. Ayrıca karşı. **Öz**, s. 8.

²⁷ Aynı yönde bkz. **Honsell**, s. 309; **Öz**, s. 7-8; **Dasser**, N. 31; BGE 126 III 113, 115.

ortaya çıkabilecek nitelikte olması, bir başka ifadeyle edimin niteliği gereği sonucu taahhüt edilebilecek bir edim olması gerekir²⁸.

Yüklenilen işin önceden belirlenebilir ve bu anlamda önceden taahhüdü mümkün, sonuç vermeye elverişli bir iş olması şarttır. “Sonuç” yahut “eser”in önceden objektif ve net olarak ortaya konulabilmesi ve tamamlandıktan sonra, daha önce ortaya konulan sonuç tasarısı ile uygunluğunun denetlenebilmesi gerekir²⁹.

Bu özelliğin bulunmamasına rağmen somut durumda, işi görececek kişinin sonucu taahhüt etmiş olması, taraflar arasında kurulacak sözleşmenin niteliğini belirlemede etkili olmayacaktır³⁰.

Eser sözleşmesine konu edilen şey, bir insan emeği olduğundan kanaatimizce sonucun da sadece insan emeği ile belirlenebilir bir niteliği bulunması gerekir. İnsan emeği dışında yahut yüklenicinin yapabileceğinin ötesinde³¹ başka koşullara³² bağlı sonuç taahhütlerinin eser sözleşmesine konu edilmesi mümkün değildir. Yüklenicinin yapabileceği bütün işleri yapmasına rağmen sonucun salt bu emek neticesine bağlı olmaması, bir başka ifadeyle sonucun yine de kesin olmaması ihtimalinde artık eser sözleşmesine konu edilebilecek bir edimden söz etmemek gerekir. Bu çerçevede, kaybolan bir şeyin bulunması, bir kimsenin alacağına tahsil edilmesi, bir kimsenin işe yerleştirilmesi, ithalat

²⁸ Karş. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 43; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 328; **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 41; **Gökyayla**, s. 7; **Yakuppur**, s. 10.

²⁹ **Öz**, s. 7. Öze göre, sanat etkinliklerin hiçbiri bu kritere uyacak nitelikte değildir. Bir başka ifadeyle sanat eserleri, önceden kesin olarak belirli ve teknik bakımdan saptanabilir değildirler. Yine bunların hangi durumda eksik yahut ayıplı olduklarının da belirlenmesi, en azından eser sözleşmesi sistemi içerisinde mümkün değildir. Bu nedenle, sanat eserlerinin eser sözleşmesinin konusunu teşkil ettiğini söylemek doğru değildir. Bu saptamaya katıldığımızı belirtmek isteriz. Gerçekten de, işi yapanın şahsiyeti yahut kişisel yeteneklerinin sonucu belirlediği iş görme edimlerinde eser sözleşmesi yerine vekâlet sözleşmesinden söz edilmesi daha doğru olur. Ayrıca bkz. **Dasser**, N. 31.

Bilirkişilik bakımından, bilirkişiye yüklenen edimin doğruluğunun objektif olarak tespit edilebilmesine göre farklı sonuçlara varılabileceği, hukuki görüş yahut belirli bir taşınmazın rayiç değerine ilişkin görüş bakımından vekâlet sözleşmesinin uygulanması gerektiği ile ilgili olarak bkz. **Honsell**, s. 272; BGE 127 III 328. Ayrıca bkz. **Dürr**, s. 11.

³⁰ Karş. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 43, 44; **Köteli**, s. 83-84. Yargıtay eski bir kararında isabetli olarak doktorun ameliyatın sonucunu taahhüt etmesinin durumu değiştirmeyeceği ve onunla kurulan sözleşmenin sırf bu sebeple eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Karar için bkz. Yargıtay Başkanlar Kurulu, 6.7.1964, E. 964-37, K. 40 (**Olgaç**, C. I, s. 450-451). Sünnetçi bakımından varılan aynı sonuç için bkz. Yargıtay Başkanlar Kurulu, 10.5.1966, E. 966-161, K. 165 (**Ankara Barosu Dergisi**, 1967, S. 2, s. 1050).

³¹ İnsan emeğinin sınırları değerlendirilirken, bilim ve teknolojinin geldiği nokta çerçevesinde bir saptama yapılması gerektiği göz ardı edilmemelidir.

³² İnsan emeğinin doğa güçlerini bir sonuç teşkil edecek şekilde yönlendirmesi ve bunlardan bir sonuç meydana getirmesi elbette eser sözleşmesine konu teşkil edebilir. Rüzgâr yahut su enerjisinden elektrik üretimi taahhüdü bu anlamda değerlendirilebilir. Metinde kastettiğimiz şey, meydana gelen sonucun insan dışındaki faktörlerin eseri olması ve insan emeğinin sonucu belirleyemeyecek nitelikte olması halinde eser sözleşmesinin bir konusundan söz edilemeyeceğidir. Karş. **Aydemir**, s. 5.

yahut ihracat izninin sağlanması gibi edimler eser sözleşmesinin konusu olamazlar³³.

Bu unsur nedeniyle özellikle insan vücudunun veya insan zihni yahut duygusal yapısının sözleşmenin konusunu teşkil ettiği hallerde bir eser sözleşmesinden söz edilmesi oldukça zorlaşır. Örneğin, sonuca ilişkin garanti verilse bile, tedavinin sonucu, hastanın durumuna ve hastalığın niteliğine; keza verilen bir eğitimin sonucu ise, öğrencinin yeteneğine ve çalışmasına bağlı olduğundan tedaviye yahut eğitime yönelik taahhütler eser sözleşmesinin konusu olamaz³⁴. Bunların çoğunda sözleşmenin diğer tarafı, sonuç üzerinde işin tevdi edildiği kişi ile “birlikte etken” niteliğindedir³⁵. Bu yüzden sonucun önceden taahhüdü yahut garantisi mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki, saç yahut sakal kesme veya boyama, takma saç hazırlama, manikür veya pedikür yapma gibi edimlerin eser sözleşmesine konu olabileceği; bunların insan vücudu üzerinde icra edilseler bile hayati önem taşımamaları ve vücudun dış kısmında sınırlı sonuçlar doğurmalarının, bu sonucu kolaylaştırdığı kabul edilebilir³⁶.

Kanaatimizce insan vücudunun dış bölümünü veya dış yüzeyini konu edinen sözleşmeler, bir başka ifadeyle insan vücudunun sadece “özelliği olan bir yüzey” olarak kullanıldığı edimler bakımından, bunların sağlığa ilişkin müda-

³³ Örnekler için bkz. **Tandoğan**, *İstisna*, s. 329.

³⁴ Bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 44; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 328, dn. 95; **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 40, dn. 119. Karş. **Dürr**, s. 111-12.

Tandoğan, diş dolgusu yaptırmak ve takma diş takmak şeklindeki edimlerin de vekâlet sözleşmesinin konusunu teşkil edebileceğini belirtmektedir. Bkz. **Tandoğan**, *İstisna*, s. 328; **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 40-41. Aynı yönde bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 44; **Fellmann**, OR Art. 394, N. 185 vd; **Honsell**, s. 309; **Dasser**, N. 29, 31; BGE 110 II 375. Yazara göre, dişini doldurtan şahıs, dilediği zaman diş hekimini değiştirebilmelidir. Kişi, bu eylemi nedeniyle o zamana kadar yapılan masrafları ödemeli (BK. m. 394; YBK. m. 510), fakat ayrıca BK. m. 369 (YBK. m. 484) uyarınca tazminat vermemelidir (**Tandoğan**, *İstisna*, s. 328). Yargıtay da bir kararında diş tedavisinde vekâlet sözleşmesi; diş protezinde ise eser sözleşmesi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Y.15.HD., 3.10.2007, E. 2006/4800, K. 2007/5945 (*Kazanıcı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası*). Diş hekiminin protez takmasının eser sözleşmesinin konusu olduğu saptaması için bkz. **Dürr**, s. 12; **Olgaç**, s. 447; **Aydemir**, s. 4; Y. 15. HD. 20.12.1977, E. 2167, K. 2307 (**Mustafa Reşit Karahasan**, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C. 4, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 828); Yargıtay Başkanlar Kurulu, 1.12.1977, E. 555, K. 2307 (**Karahasan**, s. 828).

Federal mahkeme, diş hekimi ile yapılan sözleşmenin, hekimlerin sonucu gerçekleştirme değil sadece mesleklerinin gerektirdiği özeni gösterme borcu altına girmeleri nedeniyle, protez takılması söz konusu olduğu hallerde dahi vekâlet sözleşmesinin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır (BGE 110 II 376). Aynı sonucu, röntgen resminin çekilmesi ve yorumlanmasında da geçerli olduğu düşüncesi için bkz. **Honsell**, s. 172.

³⁵ Karş. **Dürr**, s. 13.

³⁶ Karş. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 31; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 329. **Tandoğan**, buna karşılık saç dökülmesine karşı tedavinin vekâlet sözleşmesinin konusunu teşkil edebileceğini haklı olarak kabul etmektedir. **Tandoğan**, *İstisna*, s. 329, dn. 103. Zira burada artık, sonuç garantisi verilemeyecek bir tedavi teşebbüsü söz konusudur.

hale olmamaları nedeniyle, yukarıda belirtilen sonuç kabul edilmelidir. Örneğin bir kimseye makyaj yapılması, manikür, pedikür yapılması, saç kesilmesi, saçın yahut insan vücudunun boyanması, insan vücuduna dövme yapılması gibi müdahaleler³⁷, insan vücuduna etkileri bakımından değil taahhüt edilen edimin sonucu bakımından ön plandadırlar³⁸. Bunlar, insan vücudunda belli bir sonucun oluşturulmasını hedefler ve vücudu sadece bir yüzey olarak kullanırlar.

Buradaki kıstas, sonucun insan vücudunun neresinde ve ne kadar etkide meydana gelmiş olduğudur. İnsan vücudunun dış kısmında, diğer organları veya insan teninin yapısını yahut iç düzenini etkilemeyen müdahaleler bu çerçevede sonuç garantisine elverişli kabul edilebilecek; fakat bu kapsamı aşan müdahaleler ise sonuç garantisine elverişli olarak kabul edilemeyecektir.

Bu noktada insana yapılan estetik müdahalelerin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Burada her ne kadar insan vücudunun çoğunlukla dış yüzeyini ilgilendiren müdahaleler söz konusu olsa da, bunların insan vücudunun sadece belirli bir yüzey olarak kullanılmasını sağlayan müdahaleler olmadığı, insan vücudunun genel organizmasını etkilediği, bunlardaki başarının kişi bünyesinin genel tepkisine bağlı olduğu bir gerçektir. Bu yüzden kanaatimizce estetik cerrahların müdahalesi ve cerrahi nitelikteki estetik müdahaleler, eser sözleşmesinin konusunu teşkil edemezler³⁹.

³⁷ Dövme yapma edimi ile insan vücudunun dış yüzeyinde belirli bir şekil meydana getirilmesi hedeflenir. Fakat belirtmek gerekir ki, özellikle kalıcı dövmelelerde insan derisinin sadece yüzeyi değil alt tabakalarına bir müdahale de söz konusu olur. Bu takdirde, şeklin meydana gelmesinin, insan derisinin tepkisine bağlı olduğu oranda eser sözleşmesinden söz edilememesi gerekir. Yine sıradan bir şeklin değil de dövme yapmanın sanatçı kişiliğinin yansımaları olan bir şeklin yapılması halinde, bunun özellikle ayıp denetimi bakımından elverişli olmayacağı ve bu sebepten de eser sözleşmesinden söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Aynı muhakemenin dövme silinmesi edimi bakımından da geçerli olması gerekir. Fakat Yargıtay dövme silme ediminin eser sözleşmesine konu olacağını kabul etmektedir. Bkz. Y.15.HD., 3.11.1999, E. 4007, K. 3868 (*Kazanıcı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası*).

³⁸ *Gauch*, insan vücuduna bu tarzdaki müdahaleleri eser sözleşmesinin konusu olarak kabul etmektedir. Bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 31. Aynı yönde bkz. **Dürr**, s. 12; **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 40-42; **Yakuppur**, s. 18.

Fakat bütün bu hallerde, eser sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasındaki diğer ayrımlara da dikkat etmek gerekir. Örneğin makyaj yapmak, duruma göre bir sanat icrasını anlamına gelecektirse, bu sefer sanat yönü nedeniyle vekâlet sözleşmesi olarak sayılması gerekir.

Hayvanlara yapılan müdahaleler bakımından da paralel sonuca ulaşmak gerekir. Bu bakımdan hayvanın veteriner tarafından tedavisi, vekâlet sözleşmesi; hayvanın nalbant tarafından nallanması ise eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Aynı yönde bkz. **Dürr**, s. 12; **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 40, dn. 118. Karş. **Fellmann**, OR Art. 394, N. 187.

³⁹ *Gauch*, cerrahların estetik ameliyat yapmaları durumunda, örneğin sadece saç nakli halinde dahi, aradaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 44. Konu ile ilgili tartışma için bkz. **Petek Hasan**, *Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1, s. 177-239, özellikle s. 188 vd. Ayrıca bkz. **Aydemir**, s. 4.

D. Bedel Unsuru

Eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesinden farklı olarak mutlaka ivazlı olması gereken bir sözleşmedir. Yapılan sözleşmede bir bedelin ödenmeyeceğinin kararlaştırılmış olması, bir başka ifadeyle işin bedelsiz olması halinde artık bir eser sözleşmesinden söz edilemez. Bu yüzden tarafların iradelerinin bu anlamda tespiti, sözleşmenin niteliğinin belirlenebilmesi bakımından önemlidir⁴⁰. Ne var ki bu önem, tek başına bedel unsurunun sözleşmeye niteliğini verdiği anlamına gelmez. Zira vekâlet sözleşmesi günümüzde artık neredeyse sürekli olarak bedel kararlaştırılmak suretiyle kurulmakta⁴¹ ve eser sözleşmesindeki bedel unsuru, satım, hizmet, duruma göre vekâlet sözleşmelerindeki bedel ile büyük oranda benzerlik göstermektedir. Bu bakımdan hatırlatmak gerekir ki, asıl ayırt edici ve belirleyici unsur, iş sahibinin değil, iş görenin edimidir⁴².

Burada belirtelim ki, tarafların sözleşmede yapılacak iş için bedel kararlaştırmamış olmaları, tek başına işin bedelsiz olduğu anlamına gelmez. Zira BK. m. 366 (YBK. m. 481) uyarınca bedelin önceden kararlaştırılmamış olması halinde bedel, yapılan şeyin değerine ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenir. Bedelsizlik, ancak tarafların irade beyanlarının yorumlanması ile varılabilecek bir sonuçtur. İrade beyanlarından bu sonuç anlaşılmalıdır. İrade beyanı ise, açıkça yahut hal ve şartların yorumlanması ile anlaşılabilir.

Bu ölçüt değerlendirilirken, somut durumdaki sözleşmede ücretin kararlaştırılmış olması halinde, vekâlet ve eser sözleşmesi tespiti bakımından başka ölçütlere başvurulması gerektiği göz ardı edilmemelidir. Zira hukuk sistemimizde, yukarıda da belirttiğimiz gibi vekâlet ücretli olabilmektedir⁴³.

Yargıtay ise, estetik müdahalelerinin eser sözleşmesinin konusunu teşkil edeceği görüşündedir. Bkz. Y. 13. HD., 5.4.1993, E. 131, K. 2741 (**Karahasan**, s. 808-811); Y.15.HD., 3.11.1999, E. 4007, K. 3868; Y. 13.HD., 5.4.1993, E. 131, K. 2741 (*Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası*).

⁴⁰ **Dürr**, s. 10. Eser sözleşmesinde bedel unsurunun önemi için bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N: 898 vd.; **Becker**, *Eser Sözleşmesi* s. 312-313; **Tunçomağ**, s. 956 vd.; **Olgaç**, s. 448-449; **Öz**, s. 1; **Bilge**, s. 245; **Ermann**, *Beklenmeyen Hal*, s. 19 vd.; **Selimoğlu**, s. 16-17; **Aydemir**, s. 8; **Yakuppur**, s. 12 vd. ; **Honsell**, s. 270, 293 vd. Vekâlet sözleşmesinde bedele ilişkin açıklamalar için bkz. **Akipek**, s. 41 vd.; **Yalçınduran**, s. 97 vd.

⁴¹ Hekimlik, avukatlık vb. sözleşmeler bu anlamda değerlendirilebilir. Karş. **Dürr**, s. 10.

⁴² Aynı yönde bkz. **Öz**, s. 1-3. Eser sözleşmesindeki bedel unsuruna kanun koyucu tarafından tanınan bir takım özellikler için bkz. **Öz**, s. 2, dn. 2.

⁴³ Roma hukukunda vekâletin ücretsiz bir sözleşme olduğu kabul edilirdi. Bkz. **Haluk Emiroğlu**, *Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 1, s.102-11.

Alman Hukuku'ndaki paralel durum için bkz. **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 4, *Schuldrecht Besonderer Teil II*, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2009, (**MünchKommBGB/Seeler**), § 662, N. 25 vd.

Eser sözleşmesine vekâlet sözleşmesi aleyhine daha geniş bir uygulama alanı geliştirme çabasının, Alman hukukundaki bu kuraldan kaynaklandığı kabul edilir. Buna göre, Alman hukukunda saf vekâlet sözleşmesinin ivazlı olamaması, ivazlı iş görme sözleşmeleri olarak sadece hizmet ve eser sözleşmelerine yer verilmiş olması bu sonucu doğurmuştur. Almanya'da vekâlet sözleşmesi ivazsız olarak ve sadece hukuki işlemlerin ifası için kurulabilmektedir. İsviçre ve Türk hukukunda ise vekâlet akdi hem ivazlı ola-

Ücret unsuru ile bağlantılı olarak şunu da belirtelim ki, yapılan eylemin veya sonucun *ekonomik bir değerinin* bulunup bulunmadığı da her iki sözleşme bakımından ayrırt edici bir unsur olarak kabul edilebilir. Zira belirli bir iş görmenin neticesinde bir sonucun ortaya çıkması tek başına eser sözleşmesinin konusu olan “eser”in bulunduğu anlamına gelmez. Ortaya çıkan sonucun, maddi yarar sağlayacak nitelikte olması, bir başka ifadeyle ekonomik değer taşınması gerekir⁴⁴. Vekâlet sözleşmesinde ise böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Vekilin yaptığı işin bir sonuç vermesi zorunlu olmadığı gibi maddi bir değerinin bulunması da şart değildir⁴⁵. Bu anlamda sırf onur veya dostluğa hizmet eden edimler ancak, vekâlet sözleşmesine konu olabilecektir. Bunların eser sözleşmesine konu olmaları söz konusu değildir⁴⁶.

E. Sözleşmelere İlişkin Hükümlerden Yararlanılması

1. Genel Olarak

Sözleşmelere ilişkin hükümler, somut edimin neye ilişkin olduğunun belirlenmesi bakımından belirleyici olabilir. Fakat belirtmek gerekir ki uygulanacak hükümler kural olarak sözleşmenin niteliği belirlendikten sonra devreye girerler; yoksa edimin niteliğini belirlemeye yönelik değildirler. Yine de somut durumda hükümlerin uygulanabilirliğinin önceden değerlendirilmesi kurulan sözleşmenin niteliği bakımından önemli yorum imkânları verir⁴⁷.

2. Edimin Ayıp Hükümlerinin Uygulanmasına Elverişli Olması

Belirli bir edimin eser sözleşmesine konu edilebilip edilemeyeceğinin bir kıstası da, eser sözleşmesinin hükümlerinin edime uygulanabilirliğidir. Eser sözleşmesinin en önemli unsurlarından birisi, yüklenicinin yaptığı eserdeki ayıplardan sorumlu olmasıdır (BK. m. 359-361; TBK. m. 474-476). Bu yüzden ortaya çıkan sonuç bakımından ayıp hükümlerinin uygulanabilir olmasının önemli bir kıstas olduğu düşüncesindeyiz.

Somut durumda ayıp söz konusu olsun olmasın, nitelendirme bakımından ayıp hükümleri açısından bir değerlendirme yapılmalıdır. Üstelik bu kıstas, yukarıda belirttiğimiz “*sonuç taahhüdü*” ve “*edimin sonuç taahhüdüne elverişli olması*” kıstaslarıyla doğal olarak yakından ilgilidir. Zira ayıp değerlendirmesi ancak bir sonuç üzerinde gerçekleştirilebilir.

bilmektedir hem de fiillerin icrası maksadıyla da kurulabilmektedir. Bkz. **Tandoğan**, *İstisna*, s. 317-318. Belirtelim ki BGB § 662’de bu özellikler açıkça vurgulanmıştır. Alman hukuku ile ilgili açıklamalar için bkz. **MünchKommBGB/Seeler**, § 662, N. 9 vd.

⁴⁴ **Olgaç**, s. 446; **Aydemir**, s. 6. Fakat bu tespit, işin yükleniciye teslim edilen belli bir malzemenin kullanılması ile yapılması halinde, meydana gelen sonucun mutlaka malzemenin daha değerli olması gerektiği sonucuna götürmemelidir. Bu noktada meydana gelen sonucun hammadeden daha değerli olması değil, öncekinden farklı olması önemlidir. Aynı yönde bkz. **Tunçomağ**, s. 955.

⁴⁵ Ortaya çıkan sonucun ekonomik değeri olan bir varlık olması gerektiği ile ilgili olarak bkz. **Bilge**, s. 245-246; **Erman**, *Beklenmeyen Hal*, s. 14.

⁴⁶ Roma hukukunda, vekâlet nedeniyle bir para verilse bile bu, sadece onur parası olarak değerlendirilirdi. Bkz. **Yalçındıran**, s. 99.

⁴⁷ Benzer yaklaşım için bkz. **Tandoğan**, *İstisna*, s. 328.

Kanaatimizce vekâlet ve eser sözleşmesi arasındaki en önemli sınırlardan birisi, “*ayıp kavramı*”nın gündeme gelebilmesi ile çizilebilecektir. Zira eser sözleşmesinde yüklenicinin kötü ifası büyük oranda “*ayıp*” kavramı ile açıklanabilirken; vekâlet sözleşmesinde bu durum, “*özen yükümlülüğüne aykırılık*” ile açıklanabilecektir⁴⁸.

Bu bakımdan söz konusu ayırımın her iki sözleşmenin karakteristik özellikleri ile yakından bağlantılı olduğu dahi söylenebilir. Hemen yukarıda vurguladığımız gibi eser sözleşmesinin bir sonuç taahhüdünü içermesi, sonucun ayıp hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilmesini sağlarken; vekâlet sözleşmesinde böyle bir sonuç taahhüdünün bulunmaması, ayıp hükümlerinin değerlendirme kıstası olabileceği bir sonucun ortaya çıkmamasına⁴⁹ ve edimin sadece “*özen yükümlüne aykırılık*” bakımından değerlendirilmesine yol açar^{50/51}.

⁴⁸ Özen borcu ile ilgili açıklamalar için bkz. **Başpınar**, s. 121 vd. Vekâlet sözleşmesinde vekilin genel olarak dürüstlükle hareket etme borcu ile ilgili açıklamalar için bkz. **Süheyl Donay**, “*Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlükle Hareket Etme Borcu*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. V, Aralık 1970, s. 728-749.

Bu noktada belirtelim ki, açıklamalarımızdan eser sözleşmesinde yüklenicinin işi özenle yapma yükümlülüğünün bulunmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Burada kastettiğimiz şey, eser sözleşmesine karakterini, işin özenle yapılması unsurunun vermediğidir. Eser sözleşmesinde, yüklenicinin özen yükümü ile ilgili açıklamalar için bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 811 vd.

⁴⁹ Kanaatimizce “*sonucun önceden taahhüde uygun olması*” kıstasının yanında “*ayıp hükümlerinin uygulanabilirliği*” kıstası, bir sonuç taahhüdünün bulunduğu somut durumda, sözleşmenin niteliğini belirlemek için ortaya çıkan sonucun objektif bir şekilde denetlenmesinin de şart olması nedeniyle gereklidir. Örneğin bir hukuk profesörünün bilimsel mütalaasında, bir sonuç elbette ortaya çıkmakta ve bu sonuç bizatihi mütalananın kendisinin içinde olmaktadır. Fakat ortaya çıkan yahut varılan sonucun, objektif bir şekilde doğru olup olmadığının değerlendirilmesi ayrıca incelenmelidir.

⁵⁰ Bu çerçevede tiyatro temsili yahut spor karşılaşmalarının düzenlenmesi edimlerinin eser olarak nitelendirilmesi oldukça zordur. Bunlar seyirciler tarafından önceden ismarlanmadığı gibi, bunları ortaya koyanların da gösterinin doğru yahut iyi niteliklerde ve ayıpsız olacağını tekeffül etmeleri söz konusu değildir. Bu yüzden söz konusu gösterilerin vekâlet sözleşmesinin konusu olduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan örneğin gösterinin beğenilmemesi halinde, giriş parasının BK. m. 360/f. 2 (TBK. m. 475/f. 1/b. 2) uyarınca indirilmesi talep edilemez. Bkz. **Tandoğan**, *İstisna*, s. 317-318. Yazara göre, bilimsel veya tıbbi çalışmaların yahut sanat eserlerinin ayıplı olması çoğu zaman objektif olarak belirlenemez ve bunların karşılığı doğrudan doğruya para ile ifade edilemez. Bu hususlar uzmanlara göre dahi değişken olabilen unsurlardır. Bu çerçevede avukat, doktor, öğretmen veya özel öğretim müessesesi, bestekâr, heykeltıraş veya senaryo yazarı, eserini BK. m. 359 (TBK. m. 474) gereğince maddi ayıplarının muayenesi için teslim edemez. Karş. **Honsell**, s. 272. Kanaatimizce bu tür edimler bakımından kişisel yorumun önplana çıktığı hallerde, bu kişilerin edimlerinin ayıp hükümleri yerine “*özenle ifa*” hükümlerine tabi tutulmaları daha doğrudur.

Yargıtay bir kararında nikâh töreninin görüntülenmesi için bedel karşılığında bir video kaseti doldurulması taahhüdünü eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Bkz. 15. HD. 20.06.1989, E. 1742, K. 2970 (**Karahasan**, s. 812-816).

⁵¹ Pek tabiidir ki, temelde vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilen bir ilişkide sonuca elverişli bazı yan edimler söz konusu olabilir. Örneğin, avukat bazı belgelerin kopyalarını hazırlamakla, gösteri düzenlemeyi üstlenen kişi gösteride havai fişek patlatmakla

Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, bir mimarın yahut mühendisin plan, proje veya hesap yapmasının eser sözleşmesine konu olabileceğidir. Özellikle bunların hazırlanmasının, bir inşaatın hazırlık hareketi dışında bağımsız olarak üstlenildiği hallerde tereddüt edilebilir. Bunların her birinin bir sonuç olarak ortaya çıktığı, objektif olarak tespit edilebildiği, somut bir şeye yansıtılabildiği aşikârdır. Bu özelliklerinden dolayı şimdiye kadar aktardığımız unsurları barındırdıklarını belirtmek gerekir. Fakat acaba bunların objektif olarak tespiti, bunların doğruluğunun, bir başka ifadeyle ayıpsız olduklarının da belirlenebilmesi anlamına gelir mi? Bir inşaat projesi, uygulanmadığı müddetçe eksik yahut ayıplı olup olmadığı anlaşılabilir mi?

Belirtmek gerekir ki, ifade ettiğimiz bu soruların cevaplarından bağımsız olarak söz konusu plan ve proje hazırlanması işinin eser sözleşmesinin konusu olabileceği genel olarak kabul edilmektedir⁵². Fakat kanaatimizce bunların eser olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, bu sorulara verilecek cevaplarla bağlantılıdır. Çünkü aslında ortaya çıkan sonucun ayıp denetimine elverişliliği, eser sözleşmesinin diğer unsurlarının da bulunduğu göstergesidir. Zira ancak bu takdirde, sonucun objektif olarak tespiti bir anlam taşıyabilir. Aksi takdirde ortaya çıkan sonuç, onu meydana getirenin hususiyetini taşıyan ve aslında uzmanından uzmanına değişiklik gösterebilen bir duruma işaret edecektir. Böylece “sonuç” denilen şeyin aslında denetim ölçütünün olmadığı bir durum ile karşı karşıya kalınır. Bu ihtimalde sadece bir fikri ürün yahut tasarımdan söz edilir ki, bu ihtimalde işi yapanın ancak özen borcundan söz edilebilecek ve bu ise vekâlet sözleşmesine işaret edecektir. Ayrıca unutulmamalıdır ki mimari proje, mimara ait estetik anlayışı yansıtır. Mimarın bu estetik anlayışının yansımaları olacak mimari proje ayıplı olmasa dahi, iş sahibi sadece bu

yükümlü kılınmış olabilir. Fakat bunlar, asli edimler değildir. Bu yüzden yapılan işin eser sözleşmesi olmasını ve vekâlet olarak nitelendirilmemesini sağlamazlar. Aynı yönde bkz. **Tandoğan**, *İstisna*, s. 317-318. Benzer şekilde satım ve kira sözleşmelerinde bazen eser sözleşmesinin konusu yan edimlerin bulunmasına rağmen, sözleşmelerin yine de satım ve kira olarak nitelendirildiği ile ilgili olarak bkz. **Dürr**, s. 16-17

⁵² **Dürr**, s. 15; **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 49; **Becker**, *Eser Sözleşmesi* s. 311; **Olgaç**, s. 447; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 321-323; **Selimoğlu**, s. 15; **Aydemir**, s. 12.

Yargıtay bir kararında, avan projelerin etüd ve çizimini yapmak ve yetkili mercilerden onayını almak koşuluyla kurulan ilişkinin eser sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Y.15.HD., 11.2.1991, E. 2751, K. 526 (**Karahasan**, s. 811). Kararda iş, sadece proje çizimi ile sınırlandırılmamış fakat konu ile ilgili olarak yetkili mercilerden onay alınması da taahhüt edilmiştir. Burada temelde üstlenilen edim, projenin onaylanmasını sağlamaktır. Kanaatimizce konu ile ilgili olarak idari bir makamın takdirinden söz edildiği oranda, Yargıtay'ın vardığı sonuç isabetsizdir. Zira bu şekilde başka bir makamın takdirine bağlı sonuçların taahhüde konu olmaları mümkün değildir.

Yargıtay başka bir kararında fizibilite raporu hazırlanması için yapılan sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Bkz. Y. 15. HD., 27.3.1978, E. 644, K. 60 (**Karahasan**, s. 826).

Konu ile ilgili tartışmaların geniş değerlendirilmesi için bkz. **İbrahim Kaplan**, *Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1983, s. 33 vd.; **Göktürk Uyan**, *İsviçre – Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*, Beta, İstanbul 2006, s. 84 vd.

estetik anlayıştan hoşlanmamak gibi, bütünüyle kişisel bir takım sebeplere dayalı olarak bu ilişkiyi sonlandırabilmelidir⁵³.

Belirtelim ki, uygulamada tek tip mimarlık sözleşmesi yerine çeşitli tiplerde hatta bazen içinde birçok edimi barındıran genel şekilde mimarlık sözleşmeleri ile karşılaşılmaktadır. Örneğin bazen sadece tasarım özelliklerinin temel alındığı proje gündeme gelebilirken, bazen de işin uygulamasını da kapsayan veya yapı ruhsatı alınabilmesi koşullarını da içeren projeler gündeme gelebilmektedir⁵⁴. Kanaatimizce mimarlık sözleşmesinin sadece proje sözleşmesi anlamına geldiği ve yapılan işin fikri veya sanatsal özelliklerinin temel olduğu hallerde, projenin herhangi bir bilimsel mütalaadan ayrılmasını gerektirecek bir durum yoktur⁵⁵. Bu takdirde, böyle bir edime ayıp hükümlerinden ziyade özen yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin uygulanması doğru olur. Fakat günümüzde artık yaygınlaştığı gibi, mimarın tasarım dışında bir takım teknik detayları ve işin uygulanmasını da planladığı hallerde, bunlardan kaynaklanan sonuçların objektif olarak denetlenebileceği kabul edilmelidir. Son ihtimalde, eser sözleşmesi özelliğinin, fikir edimi bakımından değil fakat belirttiğimiz teknik sonuçlar bakımından uygulanması düşünülebilir^{56/57}.

⁵³ Mimarlık sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda iş sahibi ancak BK m. 369 hükmüne göre “tam tazminat” ödemek suretiyle bu ilişkiyi sona erdirebilir. Oysa ilişkinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda iş sahibi BK m. 396 hükmüne göre “mimarın o zamana kadar yaptığı masraflar”ı ödemek suretiyle ilişkiyi sonlandırabilir.

⁵⁴ Mimarlık sözleşmesinin konusu ile ilgili çeşitli ihtimaller için bkz. **Özer Seliçi**, “Mimarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyum, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1977, s. 261-280, özellikle s. 262 vd.

⁵⁵ Özellikle mimarlık yahut proje sözleşmesinin sadece şehirlerde veya imar planlarının bulunduğu yerlerde yapılması zorunluluğunun bulunmadığı, herhangi bir köyde yahut ıssız bir yere ilişkin olarak dahi bu tarz bir sözleşmenin mümkün olduğu göz önüne alındığında, proje sözleşmesinin tipik özelliğinin, aslında fikri çalışma ve ürün olduğu sonucuna ulaşmanın daha doğru olduğunu düşünmekteyiz. Zira bu hallerde imara elverişlilik vb. hususların gözetilmesi yahut bunun bir edim olarak belirlenmesi söz konusu olmaz.

⁵⁶ Yargıtay bir kararında, mühendisin yapı projesini çizmesini eser sözleşmesi olarak nitelendirdikten sonra, aynı mühendisin bunun uygulanmasını da sağlaması ve denetlenmesini üstlenmesi yani kontrol mühendisi olarak edim yüklenmesi halinde bu edimin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Yargıtay bu yüzden sözleşmenin birleşik sözleşme olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Y. 10. HD., 22.1.1976, E. 4935, K. 1294 (**Karahasan**, s. 829-830). Bir başka kararında Yargıtay, yapılan işin projeye uygunluğunun denetlenmesi edimini, eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Bkz. 9. HD., 13.4.1973, E. 39758, K. 10909 (**Karahasan**, s. 833).

⁵⁷ Konu ile ilgili olarak özel bir araştırma ve farklı sonuçlar için bkz. **Seliçi**, s. 262 vd.

İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarında mimarlık sözleşmesi bakımından mimarın edimlerinden yola çıkarak çeşitli ayırımlar yaptığı gözlemlenmektedir. Buna göre mahkeme, plan hazırlama, maliyet hesabı çıkarma, bilirkişilik incelemesi yapma, protokol hazırlama, yapı maliyet hesabını tutma ve yürütme, sonuç hesap bilançosu hazırlama şeklindeki münferit edimler mimara bağımsız olarak yüklediği hallerde eser sözleşmesi niteliğini kabul ederken; iş ilerleyişinin yönetimi, yapı denetimi, binanın kontrolü gibi hallerde vekâlet sözleşmesi özelliği olduğunu kabul etmektedir. Konu ile ilgili ola-

Bunun dışında ayıp hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı yahut ayıp bakımından denetimin söz konusu olmadığı başka sözleşme tiplerinin de eser sözleşmesi olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir. Örneğin avukatın dava dilekçesi yazması, bir hukuk profesörünün bilimsel mütalaa vermesi, oyuncunun belirli bir rolde oynamak, ses sanatçısının şarkı söylemek⁵⁸ üzere sözleşme yapması, yine bir kimsenin televizyon programında sunuculuk yapması⁵⁹ gibi edimlerin “ayıp” denetiminden ziyade “özenli davranma” denetimine elverişli oldukları kanaatindeyiz⁶⁰.

3. Güven Unsurunun Ağırlığından Yararlanılması

İş görme sözleşmelerinin geneline hâkim özellik, güven unsurunun ön plana çıkmasıdır. Bu özelliğin en önemli yansıması veya sonucu, iş görme edimini yüklenen kişinin kural olarak işi bizzat yapmasının gerekli olmasıdır⁶¹.

rak bkz. **Dürr**, s. 12, 14-15; **Fellmann**, OR Art. 394, N: 179 vd.; **Honsell Heinrich /Vogt Nedim Pater / Wiegand Wolfgang** (Herausgeber); *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1-529, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007(**BSK OR I-Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver**), Art. 363, N. 17; **Honsell**, s. 272. İçinde plan yapma, hesap maliyeti çıkarma, inşaat yönetimi gibi birden çok edimin olduğu mimarlık sözleşmesini ise Federal Mahkeme karma bir sözleşme olarak değerlendirmekte ve buna duruma göre eser ile vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir(BGE 127 III 545; BGE 114 II 56; BGE 110 II 380, BGE 109 II 462; ayrıca bkz. **Honsell Heinrich /Vogt Nedim Pater / Wiegand Wolfgang** (Herausgeber); *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1-529, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007 (**BSK OR I-Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver**), Art. 363, N. 18; **Honsell**, s. 273). Bu ihtimalde plandan kaynaklanan hususlarda eser sözleşmesi, inşaat yönetimi ile ilgili hususlarda ise vekâlet sözleşmesini uygulamaktadır.

İsviçre doktrini ise genel mimarlık sözleşmesi bakımından bölünmüş durumdadır. Bir kısım yazarlar eser ve vekâletin karma bir şekilde uygulanması gerektiğini kabul ederken; başını Gauch'un çektiği bir kısım yazarlar ise münhasır olarak vekâlet sözleşmesinin uygulanmasından yanadırlar. Tartışmaları için bkz. **Dürr**, s. 14-15; **Fellmann**, OR Art. 394, N. 179 vd.; **BSK OR I-Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver**, Art. 363, N. 18; **Honsell**, 273, ayrıca bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 58 vd.

⁵⁸ Yargıtay bir kararında gazino sahibi ile şarkı söylenmesine yönelik yapılan sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Yargıtay Başkanlar Kurulu, 23.12.1968, E. 12, K. 76 (**Karahasan**, s. 834).

⁵⁹ Televizyonda sunuculuk yahut oyunculuk edimlerinin eser sözleşmesinin konusu olduğu yönünde Yargıtay kararı için bkz. YHGK., 18.11.2009, E. 15-459, K. 541 (*Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası*). Yargıtay bu sonuca, söz konusu edimler neticesinde maddi olsun olmasın bir sonucun meydana gelmesinden yola çıkarak ulaşmaktadır. Oysa aslında bir sonucun tespit edilebilmesi, her zaman için bunun eser sözleşmesi anlamında yahut eser anlamında bir sonuç olduğu anlamına gelmez. Karara konu olan edimler bakımından kanaatimizce, “kötü sunuculuk” yahut “kötü oyunculuk” söz konusu olsa bile bir ayıptan değil, özen eksikliğinden söz etmek gerekir. Zira herhangi bir sunum yahut oyun, sunucu veya oyuncusuna göre farklılık arz edebilir. Burada ayıp bakımından belli bir standart getirmek yerine, özen yükümlülüğü bakımından meselenin ele alınması daha doğru olur.

⁶⁰ Karş. **Honsell**, s. 272.

⁶¹ BK. m. 67'de “Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu, borcunu şahsen ifaya mecbur değildir” ifadeleriyle bütün borç

Hem vekâlet sözleşmesi hem eser sözleşmesi bakımından BK. m. 390/f. 3 (TBK. m. 506/f. 1) ve BK. m. 356/f. 2'te (TBK. m. 471/f. 3), işin bizzat yapılması gerektiği yönünde ilkeler öngörülmüştür⁶².

Bütün iş görme sözleşmelerinin ortak özelliği gibi görünmesine rağmen yapılması gereken işin şahsen ifasının ve ilişkideki güven unsurunun önem ağırlığının değerlendirme kıstası olabileceği kabul edilmektedir⁶³. Buna göre işi görecek kişinin şahsının önem taşıması ve böylece güven unsurunun ön plana çıkması, somut durumdaki sözleşmenin vekâlet olma olasılığını artırır⁶⁴. Bu çerçevede örneğin bilimsel mütalaa vermek, hasta hakkında rapor vermek gibi hallerde vekâlet sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmelidir⁶⁵.

Güven unsurunun bir diğer yansıması, karşımıza, artık güven unsurunun kalmadığı hallerde sözleşmeyi serbestçe sona erdirmeye imkânının tanınmış

ilişkileri bakımından temel ilkeyi ortaya koymaktadır. Belirtelim ki, yeni Borçlar Kanunu m. 83, buna paralel bir düzenlemeyi korumuştur. Bu genel ilke çerçevesinde hizmet sözleşmesi bakımından BK. m. 320/f. 1'de (YBK. m. 395); eser sözleşmesi bakımından BK. m. 356/f. 2'de (YBK. m. 471/f. 3) ve vekâlet sözleşmesi bakımından BK. m. 390/f. 3'te (YBK. m. 506/f. 1) bizzat ifa yönünde kurallar getirilerek, alacaklının menfaatinin gerektirdiği bizzat ifa hallerine bir anlamda örnekler verilmektedir. Konu ile ilgili açıklamalar için bkz. **Ahmet M. Kılıçoğlu**, *Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*, AÜHF, C. 32, S. 1-4, s. s. 185-199, özellikle s. 185 vd.

⁶² Belirtelim ki, her iki sözleşme bakımından da bu temel ilkeye bazı koşullarla istisnalar tanınmaktadır. BK. m. 390/f. 3 uyarınca, "*Vekil başkasını tevkiile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya âdet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbibi kendisi yapmağa mecburdur*". Metnin karşılığı olan yeni kanun m. 506/f. 1 de paralel bir şekilde "*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir*" ifadelerine yer vermiştir. Yine BK. m. 356/f. 2 uyarınca "*Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptıрмаğa mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir*". Aynı şekilde TBK. m. 471/f. 3 uyarınca "*Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir*".

⁶³ Vekâlet sözleşmesinde daha nitelikli bir güven unsurunun bulunduğu saptaması için bkz. **BSK OR I-Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver**, Art. 363-379, N. 8.

Yine de bu unsurların değerlendirme için tek başına yeterli olmadığı, her somut duruma ayrıca ve diğer kıstasların da göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiği bilinmelidir. Aynı yönde bkz. BGE 115 II 464.

⁶⁴ **Tandoğan**, *İstisna*, s. 327. Karş. **Gauch**, *Werkvertrag*, N. 22. Sözleşmeler arasındaki bu fark nedeniyle eser sözleşmesinde yüklenicinin kural olarak işi başkasına gördürebilirken; vekâlet sözleşmesinde vekilin, edimini kural olarak şahsen yerine getirmesi gerektiğini kabul eden görüş için bkz. **Akipek**, s. 52. Karş. **Kılıçoğlu**, *Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu*, s. 187 vd.

⁶⁵ Aradaki güven unsurunun ağırlığı nedeniyle hekimlik sözleşmesinin her zaman vekâlet sözleşmesi sayılması gerektiği ile ilgili olarak bkz **Dasser**, N. 104.

olup olmadığı yönüyle çıkar⁶⁶. Somut durumda vekâlet sözleşmesine ilişkin bir özellik olan, taraflara sebep göstermeksizin sözleşmeden her zaman cayabilme hakkının tanınmasının mı⁶⁷ yoksa sözleşmeyi tam tazminat karşılığında ve belli sebeplerle sona erdirebilme hakkının tanınmasının mı daha doğru ve uygun olacağı önemli bir yol işaret olacaktır. Tarafların irade beyanlarının bu çerçevede yorumu ile kurulmak istenen sözleşmenin niteliği ile ilgili olarak önemli ipuçları elde edilebilir^{68/69}.

4. Masraflara Kimin Katlanması Gerekliğine İlişkin Hükümlerden Yararlanılması

Yapılan işin masraflarının somut durumda kime yüklenmiş olduğunun tespiti de yardımcı unsurlardan biri olacaktır. Bu çerçevede masraflara iş sahibinin katlanmasının gerekli olması halinde vekâlet; işi görececek olanın katlanması halinde ise eser sözleşmesi söz konusu olabilecektir⁷⁰.

⁶⁶ Vekâlet sözleşmesi bakımından sözleşmeyi serbestçe sona erdirmeye hakkına ilişkin düzenlemenin altına yatan güven unsuru ve bunun dışındaki çeşitli düşüncelere ilişkin açıklamalar için bkz. **Sarı**, s. 69 vd.

⁶⁷ Her iki tarafın sözleşmeyi sona erdirebilmesinin vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru olduğu; bu hakkın sözleşmeyle kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz nitelikte olduğu görüşü ile ilgili olarak bkz. BGE 115 II 464. Konu ile ilgili tartışmalar ve ayrıntılı tespitler için bkz. **Sarı**, s. 92 vd.

Vekâlet sözleşmesinde böyle bir imkânının tanınmış olması vekâlette güven unsurunun önemli olması ve vekilin bir sonucu taahhüt etmemiş olması ile yakından ilgilidir. Bkz. **BSK OR I-Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver**, Art. 363-379, N. 8; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 328.

⁶⁸ Aynı yönde bkz. **Olgaç**, s. 451; **Tandoğan**, *İstisna*, s. 327; **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s.40; **Akipek**, s. 52.

Belirtelim ki, eser sözleşmesinde iş sahibinin aslında her zaman için sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vardır. BK. m. 369 (YBK. m. 484 de paralel düzenlemeyi içermektedir) uyarınca “*Yapılan şey; bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını baliğın mabelağ tazmin etmek şartıyla mukaveleyi feshedebilir*”. Fakat burada, vekâlet sözleşmesinden farklı olarak bu hak sadece bir tarafa tanınmış ve hakkın kullanılması, karşı tarafın bütün zararlarının ödenmesi şartına bağlanmıştır. Oysa vekâlet sözleşmesinde, müvekkil, böyle bir ihtimalde sadece o zamana kadar yapılan masrafları ödemekle yükümlü olur (BK. m. 394; YBK. m. 510). Üstelik vekâlet sözleşmesini her iki taraf dilediği zaman sona erdirebilmektedir (BK. m. 396; YBK. m. 512). Karş. **BSK OR I-Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver**, Art. 363-379, N. 8; BGE 115 II 464.

⁶⁹ Günümüzde vekâlet sözleşmelerinin özellikle ücretli olabilmesi ve bunun dışında çeşitli nedenlerle serbestçe sona erdirmeye bakımından bazı sınırlamaların söz konusu olduğunu belirtmek gerekir. Yapılacak değerlendirmede somut olayda vekâlet tespitine rağmen, serbestçe sona erdirmeye bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmalıdır. Ne var ki buna rağmen, sözleşmenin serbestçe sona erdirilmesinin vekâlet sözleşmesinin genel bir özelliği olduğu hususu geçerliliğini korumaktadır. Bu yüzden eser ve vekâlet sözleşmeleri ayrımı bakımından bu hususu belirtme ihtiyacı hissettik. Vekâlet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesi sınırlamaları için bkz. **Sarı**, s. 92 vd., 129 vd.

⁷⁰ **Tandoğan**, *İstisna*, s. 327; **Akipek**, s. 52. Eser sözleşmesinde, işin masraflarına kural olarak yüklenicinin katlanmasının nedeni, onun ücret alması ve temelde masrafları alacağı bu ücretle karşılmasının beklenmesidir.

IV. Sözleşmeye İlişkin Nitelendirmenin Hükmü: Sözleşme Tipleri Arasında Sınır Yerine Geçiş

Görölmüştür ki, sözleşmeler arasında sınır çizmek, hukuk uygulamasını zorlaştırmakta ve çoğunlukla şekilci ve yapay sınırlara yol açmaktadır. Sınırlar çizmek, günümüzde somut sözleşmeler bakımından gittikçe işlevselliğini kaybetmektedir. Zira sözleşmelerde günümüzde artık, tek bir nitelermeye yol açacak edimlerden ziyade birden fazla nitelermeye yol açacak edimlere yer verilmektedir. Artık neredeyse hiçbir satım saf satım değil, hiçbir kira saf kira değil, hiçbir vekâlet yahut eser veya hizmet saf değildir. Vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilen sözleşmede öyle hükümler yer alabilmektedir ki, sözleşmeyi eser sözleşmesine veya hizmete yaklaştırmaktadır. Eser sözleşmesinde öyle hükümler yer alabilmektedir ki, sözleşmeyi satım veya eser olarak nitelendirmek oldukça zorlaşmaktadır. Bu yüzden uygulama, bazen aslında teorik temelleri olmayan ara çözümler bulmak zorunda kalmaktadır. Aslında ani edimli sözleşmelere örnek olarak verilen eser sözleşmesinin tipik bir türü olan inşaat sözleşmesi, Yargıtay uygulamasında ani-sürekli karmaşığı bir sözleşme olarak nitelendirilebilmektedir⁷¹. Satıcılar, çoğunlukla alıcı için ve onun yararına bazı edimler yüklenirler ki, bu edimler ayrı bir sözleşme olarak düzenlendiğinde vekâlet olarak nitelendirilebilmektedir. Hizmet sözleşmesi, bazı hallerde öyle sınır genişlemesine yol açmaktadır ki, aslında vekil olarak nitelendirilebilecek, çalışma alanında uzman ve bu yüzden de nisbeten özerk olabilen bir kişinin işi olarak nitelenmesine yol açabilmektedir. Bir kimsenin iş hukuku, sosyal güvenlik ve korunması gereken taraf olarak belirli bir hukuki koruma ihtiyacı içinde olması, somut durumlarda meselenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır.

Bütün bunlar yapılırken, asli edim yan edim ayrımı temel alınmakta ve nitelendirmenin asli edimlere göre yapıldığı savunulmaktadır. Ne var ki, günümüzde edimlerin bu şekilde nitelendirilmesi bile tartışılabilir. Edimlerin, taraflar bakımından önem ve ağırlıkları somut bazı hallerde birbirlerine yaklaşabilmektedir.

Günümüz sisteminde elbette asli edim seviyesine yükselen edimler bakımından duruma göre karma sözleşme yahut birleşik sözleşme nitelendirmesi yapılmaktadır. Fakat bunların gün geçtikçe çoğaldığı gerçeği bir yana, kanaatimizce yan edimlerin de artık taraflar arasındaki ihtilaf bakımından bir katkısı, uygulanacak hükmü belirlemede etkili olması gerektiği kabul edilmelidir. Bu yüzden hâkim önce nitelendirmelerle sınırlamak veya kendisini önce sözleşmenin niteliğini belirlemesi gerektiği çerçevesine zorlamak doğru değildir. Hâkim her somut durumda, taraflar arasındaki bütün edimleri değerlendirilmeli ve uygulanması gereken hükümleri buna göre belirleyebilmelidir. Böylece aslında kanundaki bütün hükümlerin somut ihtilafa sadece kıyasen uygulanması görüşü dikkate değer addedilmelidir⁷².

⁷¹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 (*Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası*).

⁷² Sözleşmelerde tip meselesi ile ilgili tartışmalar ve tipolojik düşünce için bkz. **Erdem Kuntalp**, *Karışık Muhtevalı Akıt*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971, s. 30 vd., 55 vd. Sözleşmelerin önceden belirli tiplere yerleştirilmesi zorunluluğu yönündeki tipolojik düşüncenin gittikçe değiştiği, tersi yönde bir eğilimin güç

Belirtmek gerekir ki, bütün bu nitelermeler ve ölçüt belirleme çabası, aslında bir ihtilaf çıkması halinde, temelde borca aykırılığın bulunup bulunmadığının belirlenebilmesine yardımcı olmaya yöneliktir. Yoksa ne sözleşme kurulurken taraflar vekâlet yahut eser sözleşmesi kurmak iradesiyle yola çıkmaktadırlar; ne de uygulama boyunca bu nitelendirmenin bir önemi vardır. Zira herhangi bir sözleşme kurulması zamanında taraflar, aralarındaki hukuki ilişkinin amacına hizmet etmeye yönelik birçok hükme yer verirler. Bu hükümlerin vekâlet, eser, satım yahut hizmet sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı çoğunlukla taraflarca önceden düşünülmez. Taraflar sadece, amaçlarını gerçekleştirmek isterler. Nitelendirmeye biz hukukçular, ihtilaf halinde ihtilafa uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından ihtiyaç duyarız. Fakat bilinmelidir ki, günümüzde sözleşmelerde sadece bir sözleşmenin niteliğine götürmekten ziyade birçok sözleşmenin niteliğine uygun edimler taahhüt edilmekte ve bu yönde hükümlere sözleşmelerde yer verilmektedir. Bu yüzden nitelendirmeler bakımından da katı sınırlar çizmek yerine, sözleşmeler arasında somut durumun değerlendirilmesini ön plana çıkaracak ve geçişleri kolaylaştıracak yorum tarzları tercih edilmelidir⁷³. Zira katı sınırlar, sözleşmeyi belirli bir sınırın içine koymak fakat bazı hükümleri sınırın dışına ait olmalarına rağmen o sınır içinde değerlendirmek anlamına gelebilir.

Bu yüzden sözleşme tiplerinin aslında değer yargularından çok sadece tarihsel nedenlerle kanunlarda yer aldığı gerçeğinin göz önünde bulundurulması gerekir⁷⁴. Böylece sözleşme tiplerinin, genel bazı sınıflandırmalar oluşturmak, hükümlerin uygulanması bakımından bir sistematik meydana getirmek fonksiyonlarını korudukları kabul edilmeli, fakat uygulanacak hükümler bakımından her halükarda kesin sınır çizdikleri sonucundan kaçınılmalıdır⁷⁵.

Bu bakımdan sözleşmeyi eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesi olarak bir kere nitelendirdikten sonra artık, somut sözleşmeyi diğer tipin hükümlerine tamamen kapatmak yerine somut sözleşme içeriğine uygun geçişlere açmak daha doğru olur. Zira soyut kurallar, her zaman somut sözleşmenin içeriğinin tam karşılığını teşkil etmeyebilir. Bu yönde tam bir eşleşme olsa bile, kanundaki düzenlemelerin uygulanması somut duruma uygun olmayabilir⁷⁶.

kazandığı saptaması ve konu ile ilgili diğer belirlemeler için bkz. **Emrehan İnal**, *Sonuca Katılımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi*, XII Levha, İstanbul 2011, s. 35 vd. Ayrıca konu ile ilgili özel bir çalışma için bkz. **Felix Dasser**, *Vertragstypenrecht im Wandel*, Schultes, Zürich, 2000.

⁷³ Aynı yönde bkz. **İnal**, s. 37.

⁷⁴ **Tandoğan**, C. I/1, s. 8.

⁷⁵ Tipik sözleşmelerin tamamlanmasında, yedek hukuk kuralların o tip için öngörülmüş olmasına rağmen sözleşmenin içeriğine uygun düşmeyebileceği ve uygulanmasının söz konusu olmayacağı saptaması için bkz. **Sanem Aksoy Dursun**, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, XII Levha, İstanbul 2008, s. 94-96, 101 vd. Ayrıca bkz. **Saibe Oktay**, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İÜHF.M., 1995-1996, C. LV, S. 1-2, s. 288 vd.

⁷⁶ Bu noktada “gizli ortaklık” sözleşmesinin tip olarak “adi ortaklık” sözleşmesi olmasına rağmen adi ortaklığa ilişkin bütün hükümlerin doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı kabulü bir örnek teşkil eder. Konu ile ilgili olarak bkz. **Nami Barlas**, *Adi Or-*

V. Sonuç

Bu çalışmada ikisi de iş görme sözleşmesi olarak kabul edilen eser ve vekâlet sözleşmeleri nitelendirmeleri bakımından bazı kıstaslar geliştirilmeye çalışılmıştır.

Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. İş görme edimini üstlenmiş kişinin somut durumda belirli bir sonuç taahhüt etmiş olması, tek başına eser yahut vekâlet sözleşmesi nitelendirmesi yapmak için yeterli değildir.

2. Somut durumdaki sonuç taahhüdünün eser sözleşmesi nitelenmesine yol açabilmesi için, sonucun önceden taahhüde elverişli olması gerekir. Bu bakımdan sonucun önceden tasarısının objektif olarak belirlenebilmesi ve daha sonra söz konusu tasarımı ile ve objektif bir şekilde denetlenebilmesi gerekir. Böylece sonucun borçlar hukuku anlamında “eser” olarak nitelendirilebilmesi şarttır.

3. Somut durumda sonuç taahhüdünün bulunması tek başına nitelene için yeterli olmasa da, tersi durumda, yani iş görme edimini üstlenen kişinin sonuç taahhüt etmediği hallerde, sonuç önceden taahhüde elverişli olsa bile bir eser sözleşmesi nitelenmesi yapılamaz. Zira iş görme edimini üstlenen kişinin iradesinin eser sözleşmesine yönelik olmadığı kabul edilmelidir.

4. Temelde sözleşmeye niteliğini veren edim, iş görmeyi taahhüt eden kişinin edimidir. Fakat buna rağmen somut durumda karşı tarafın herhangi bir bedel üstlenmediği ve işin bedelsiz olduğunun saptanabildiği hallerde, eser sözleşmesi nitelenmesi yapılamayacaktır. Zira hukuk sistemimizde eser sözleşmesi tam iki taraflı bir sözleşme olarak düzenlenmiştir.

5. Ortaya bir sonuç çıkmasının yanında eser sözleşmesi nitelenmesi yapabilmek için sonucun ayıp denetimine tabi olabilmesi şarttır. Bu yüzden bir ayıp denetiminin yapılamayacağı hallerde, iş görme edimini üstlenen kişinin özen yükümlülüğünden söz edilmelidir. Bu ise, somut sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gerektirir.

6. Her iki sözleşmede de güven unsuru önemli rol oynarken, vekâlet sözleşmesindeki güvenin daha nitelikli olduğunun kabulü nedeniyle, somut sözleşmede her iki tarafın da sözleşmeyi serbestçe sona erdirebildiği hallerde vekâlet nitelendirmesi daha ön plana çıkar. Fakat bu ihtimalde eser sözleşmesi nitelenmesi de diğer unsurların yardımı ile yapılabilecektir. Ne var ki aksi durumda yani tarafların sözleşmeyi serbestçe sona erdirmeye hakkının kaldırıldığı hallerde vekâlet nitelendirmesi oldukça zor olacaktır.

7. Yine somut durumda, yapılan işin masraflarına kimin katlanması gerektiğine göre de bir değerlendirme yapılabilir. İşin masraflarına iş sahibinin katlanacağını kararlaştırıldığı hallerde vekâlet nitelenmesi yine ön plana çıkacaktır.

Son olarak belirtelim ki bu çalışmada vardığımız sonuç uyarınca, bütün bu kıstaslar sözleşmelerin nitelendirilmesine yaramakta ve sözleşmelerin niteliğinin tespiti çeşitli açılardan önem arz etmektedir. Fakat bunların bu nitelene bir sınır çizme yahut sözleşmeleri birbirine kapatma anlamına gelmez. Bu anlamda sözleşmeleri arasında ilişki ve duruma göre geçiş somut sözleşme içeri-

ğine göre her zaman mümkündür. Bu yüzden uygulanacak hükümler bakımından da somut sözleşme içeriği ve tarafların amacına göre bir değerlendirme yapılması ve gerekirse belirli bir tipe ilişkin hükümlerin uygulanmasından vazgeçilmesi mümkün olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akipek Şebnem**, *Alt Vekâlet*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Aksoy-Dursun Sanem**, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, XII Levha, İstanbul 2008
- Arkan Azra**, *Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Aydemir Efrail**, *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Barlas Nami**, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Başpınar Veysel**, *Vekilin Özen Borcunun Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Becker, H.** (Çeviren: Dura Suat), “*Eser (İstisna) Sözleşmesi (I)*”, Yargıtay Dergisi, 1983/3, s. 308-328.
- Bilge Necip**, *Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1971.
- Dasser Felix**, *Vertragstypenrecht im Wandel*, Schultess, Zürich 2000.
- Dürr Karl**, *Der Werkvertrag*, 2. Auflage, Schrittl Verlag, Bern 1966.
- Erman Hasan**, *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1979. (**Erman**, *Beklenmeyen Hal*)
- Fellmann Walter**, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1992.
- Gauch Peter**, *Der Werkvertrag*, 5. Auflage, Schultess, Zürich Basel Genf, 2011. (**Gauch**, *Werkvertrag*)
- Gökyayla Emre**, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Gürpınar Damla**, *Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi*, Güncel Yayınevi, İzmir 2006.
- Hirsch E.**, *Fikri ve Sınai Haklar*, Ar Basımevi, Ankara 1948.
- Honsell Heinrich /Vogt Nedim Pater / Wiegand Wolfgang** (Herausgeber); *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1-529, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007. (**BSK OR I-Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver**)
- İnal Emrehan**, *Sonuca Katılmı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi*, XII Levha, İstanbul 2011.
- Kaplan İbrahim**, *Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1983.
- Karahasan Mustafa Reşit**, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C. 4, Beta Yayınları, İstanbul 2004.

Kılıçoğlu Ahmet M., *Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*, AÜHFMD, C. 32, S. 1-4, s. s. 185-199. (**Kılıçoğlu**, *Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu*)

Kılıçoğlu Ahmet M., *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhan Kitapevi, Ankara 2006. (**Kılıçoğlu**, *Fikri Haklar*)

Köteli M. Argun, “*Hizmet Aktini İstisna ve Vekâlet Akitlerinden Ayırıcı Kıstaslar Üzerine Bir İnceleme*”, İstanbul Barosu Dergisi, 1985/1-3, s. 80-88.

Kuntalp Erdem, *Karışık Muhtevalı Akit*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil II, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2009. (**MünchKommBGB/Seeler**)

Olgaç Senai, *Borçlar Hukuku Akdın Muhtelif Nevileri -I-*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1967.

Olgaç Senai, *Borçlar Hukuku Akdın Muhtelif Nevileri -VI- İstisna Akdi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

Öz M. Turgut, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989.

Öztan Fırat, *Fikir ve Sanat Eserleri*, Turhan Kitapevi, Ankara 2008.

Öztrak İlhan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara 1971.

Petek Hasan, *Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1, s. 177-239.

Sarı Suat, *Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitapevi, İstanbul 2004.

Seliçi Özer, “*Mimarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*”, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyum, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1977, s. 261-280.

Selimoğlu Yaşar Ergin, *İstisna (Eser) Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Somer Pervin, *Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis) Türk Hukuku ile Karşılaştırma*, Derin Yayınları, İstanbul 2008.

Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, Ankara 1987. (**Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*)

Tandoğan Haluk, “*İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırılması*”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 311-332. (**Tandoğan**, *İstisna*)

Tekinalp Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2005.

Tunçomağ Kenan, *Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri*, Sermet Matbaası, İstanbul 1977.

Uyan Göktürk, *İsviçre – Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*, Beta, İstanbul 2006.

Yakuppur Sendi, *Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları*, XII Levha, İstanbul 2009.

Yalçınduran Türker, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.