

Hakemli

LOCATIO CONDUCTIO OPERIS'TE İŐ SAHİBİNİN MALZEMEYİ TEMİN ETME BORCU

*The Duty of Conductor to Supply Material in Locatio Conductio
Operis*

Ceren SOYDAN*

ÖZET

Roma hukukundaki kökenleri tartışmalı olan *locatio conductio*, Gaius'un *Institutiones*'inde rızai sözleşmeler kapsamında değerlendirilir. Eser sözleşmelerinde yüklenici, iş sahibinin vereceği ücret karşılığında ve iş sahibi tarafından verilen bir malzeme ile bir sonucu, eseri meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlenir. Roma döneminde, eser sözleşmesinin kurulması için malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi şarttı. Günümüzde yüklenici veya iş sahibi tarafından temin edilmesi herhangi bir önem taşımamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Roma hukuku, *locatio conductio operis*, eser sözleşmesi, *locator*, malzeme.

ABSTRACT

Although not much is known about the origins of *locatio conductio*, it is classified as one of the consensual contracts by Gaius' Institutes. In *locatio conductio operis*, *conductor* is obliged to complete and deliver the work with the materials given by the *locator* in return for the price to be paid. In Roman law, it was the duty of *locator* to supply the material. It was a *sine qua non* element to establish *locatio conductio operis*. In modern laws, it is not an essential element whether the material is supplied by *locator* or *conductor*. Contract of work is a contract, in which *locator*.

Keywords: Roman law, *locatio conductio operis*, contract for work, *locator*, supply.

Makalenin Geliş Tarihi: 17.08.2020, **Makalenin Kabul Tarihi:** 19.08.2020

* Araştırma Görevlisi, İnönü Üniversitesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, soydanceren@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2056-6680

I. *Locatio Conductio* Kavramı

Locatio conductio sözleşmeleri açısından oldukça kısıtlı olan Roma hukuku kaynakları, bize, bu sözleşmelerin esasen bir çatı altında toplandığını; ancak günümüzdeki üçlü ayırımın (kira, eser, hizmet) Roma hukukundaki uygulamalar ve sonradan da müşterek hukuk (*common law*) çalışmaları ile tamamlandığını ve günümüzdeki halini aldığını göstermektedir. *Locatio conductio*, Roma hukukunda kira, eser ve hizmet sözleşmelerini kapsayan ve günümüzedekine göre daha geniş bir forma sahiptir. Roma hukukunda, günümüzedekinin aksine bu sözleşme tipleri arasındaki ayırımın çok net olmadığı görülür.

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

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

² KOSCHAKER/ AYİTER, s. 238.

³ ZIMMERMANN, R.; The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996, s.

339; SCHULZ, F.; Classical Roman Law, Oxford, 1992, s. 543; NICHOLAS, B.; An Introduction to Roman Law, Oxford, 2010, s. 182.

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

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

⁶ SCHULZ, s. 543.

yerleştirebilirim; (c) sizin ellerinizde görülmesi üzere bir şeyi size teslim edebilirim⁷.

Locatio conductio'nun kökenleri çok net olmasa da, buna ilişkin en etkili görüşlerden birine göre bu sözleşmelerin kaynağı Roma kamu hukukunda bulunmaktadır⁸. Bu görüşe göre *locatio conductio rei*'nin doğumu, devlet arazisini kiraya veren *ensor*'ların faaliyetleri sonucunda, *locatio conductio operis* kamu işlerinin icrası için bu işlerin bir kimseye verilmesinde ve *locatio conductio operarum* ise *magistra*'ların kendi güvenliklerini sağlamak üzere *lictors*⁹ ve görevliler tutmasıyla ortaya çıkmıştır¹⁰. Bir diğer görüş, alternatif bir hipotez sunarak patron-müşteri ilişkisi çerçevesinde eski efendinin özgürleştirdiği kölesine kendi mülkiyeti üzerinde işgal hakkı vermesiyle doğduğunu öne sürer¹¹. İkinci görüşü desteklemekle beraber bir diğer görüş, mülkiyet hakkından ziyade köleye birtakım görevler, işler verilmesi suretiyle *locatio conductio*'nun yine patron-müşteri ilişkisi içerisinde doğduğunu savunur. *Locatio conductio*'nun tarihi araştırmasını yapmış olan bir yayına göre, *locatio conductio*'nun kaynağı MÖ. beşinci yüzyıldaki 12 Levha Kanunları zamanı ile MÖ. ikinci yüzyılda *locatio conductio* sözleşmesinin rızai sözleşme olarak tanınmasına kadar Roma toplumundaki sosyo-ekonomik koşullara dayanmaktadır¹². *Locatio conductio* akitlerinde, karşımıza her zaman ekonomik ve sosyal açıdan eşit olmayan iki taraf çıkmaktadır¹³. Bu görüş ayrıca, *locatio conductio*'nun farklı tarihi kökleri olduğunu ve bunların bir kısmının yine sözleşmelerden doğan gayri resmi formda olduğunu ekler. Öğretide en çok kabul gören görüş bu olmuştur. *Locatio conductio*'nun doğuşuna ilişkin son dönemde ortaya çıkan bir görüş ise, o dönemde bu sözleşmelere “geçici satış” niteliğiyle bakıldığı yönündedir¹⁴. Bir diğer varsayıma göre, Roma hukuku kaynaklarının bu alandaki nadirliği sebebiyle, esasen, kaynaklarda, MÖ. ikinci yüzyıla kadar *locatio conductio* sözleşmelerine ilişkin eser bulmak mümkün değildir; ancak günlük hayatta bu sözleşmelerin muhakkak yer bulduğu, haklı olarak savunulmuştur¹⁵. Özellikle

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

⁸ DU PLESSIS, Letting and Hiring, s. 10.

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

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

¹¹ DU PLESSIS, Letting and Hiring, s. 10-11.

¹² DU PLESSIS, Letting and Hiring, s. 11.

¹³ ZIMMERMANN, R.; The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996, s. 339.

¹⁴ ZIMMERMANN, s. 340.

¹⁵ ZIMMERMANN, s. 340.

kira sözleşmeleri açısından *locatio conductio*'ların yaygın olduğunu görmekteyiz. Başlarda bu sözleşmeler, tek başına uygulama alanı bulamıyor ve *stipulatio* olarak nitelendiriliyordu. Bu sözlü anlaşma, sözleşmeyi değiştirmek için yeterince esnekti. Ancak Cumhuriyet döneminde, *praetor*, “saf bir rızai sözleşme”¹⁶ olarak tanımlayarak *locati conducti* davası tanımıştır¹⁷. Dönemin koşulları incelendiğinde, kira sözleşmelerinin, mevcut durum gereği oldukça yaygın olduğunu görüyoruz¹⁸. Sonuç olarak bu teorilerin hepsinin de hemfikir olduğu nokta *locatio conductio*'nun köklerinin kesin olarak bilinmeyişi ve bu konunun muallakta oluşudur.

Locatio conductio'nun yapısı ve ayrımları konusu, *locatio conductio*'nun doğumundan daha da karışık bir konudur. Roma yargıçlarının *locatio conductio*'yu günümüz Romanist sistemi benimseyen modern hukuklar gibi üçe ayırıp ayırmadığı konusu tartışmalıdır. Romalı hukukçular hiçbir zaman üçlü ayrımı açıkça öngörmemiş ve buna ilişkin ulaşılabilir bir kaynak da bulunamamıştır¹⁹. Roma hukukunda *locatio conductio* sözleşmeleri, yeknesak olarak düzenlenmiştir. Ancak esasen uygulamada sınıflandırıldığını görüyoruz. Bu sınıflandırma, modern kıta Avrupası hukukları ve anglo sakson müşterek hukuku (*common law*)²⁰ ile tamamlanmıştır.

Locatio conductio, daima bir ücret karşılığında olmak şartı ile, ya bir şeyden yararlanma, ya belirli bir amacın veya eserin meydana getirilmesine ilişkin bir faaliyet veya bazı hizmetlerin icrasından ibaret olabilir. Bunların her birine uygun olarak, Roma hukukunun, belirttiğimiz üzere, bir tek kavram

¹⁶ Birçok aksi yöndeki görüşe karşın, *locatio conductio*'nun kira akdinden doğmadığı ileri sürülür, MAYER-MELY, T.; *Locatio Conductio*, Viyana, 1956, s. 81 vd.

¹⁷ ZIMMERMANN, s. 341.

¹⁸ Zira, Roma'da ikamet etmek için olan yerler oldukça sınırlıydı. Toplu ulaşım araçlarının yoksunluğu sebebiyle, merkezde işi olanların taşrada yaşamaları oldukça zordu. Bu durumda, sadece en zenginlerin kendilerine ait evleri olabiliyordu. Bu sebeple halk, bloklar halindeki, ufak odacık tarzı yerlerde kalıyorlardı (Bu konuda Augustus, sonradan sınırlama getirmiş ve özel binaların yirmi metreden uzun olmamasını emretmiştir; ZIMMERMANN, s. 345, dpn. 32). Bu binalardaki yaşam kalitesi oldukça kötü, hijyenden yoksun, ışığı, suyu dahi olmayan, nüfusu yoğun, gürültülü olan bu yerler oldukça pahalıydı (ZIMMERMANN, s. 345 vd). Hatta binaların üst katlarına çıkıldıkça nefes almanın dahi zorlaştığı, rutubet içinde olduğu, tüm ailelerin istif gibi bir arada oldukları, kir, pislik içerisinde ve bu yerlerde sıçanların kol gezdiği belirtiliyordu (CARCOPINO, J.; *Daily Life in Ancient Rome*, Pelican, 1956). İşçi sınıfı ile soylu aileler arasındaki bu sosyal ve sınıfsal ayrım, günlük hayatta büyük sıkıntılara yol açıyordu. Bilhassa yargıçlar da hep “üst sınıflara” tabi olmalarına karşın, işçi sınıfının bu sorunlarını önlerine geldiğinde çözmeye çalışmışlardı (FRIER, B., W.; *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, 1980, s. 3 vd.).

¹⁹ DU PLESSIS, *Letting and Hiring*, s. 12.

²⁰ BUCKLAND, W.W./ McNAIR, A. D; *Roman Law and Common Law*, Cambridge, 1963, s. 295.

altında topladığı üç tip *locatio conductio* şu şekilde sınıflandırılmaktadır: *Locatio conductio rei* (adi kira veya hasılat kirası), *locatio conductio operis* (eser sözleşmesi), *locatio conductio operarum* (hizmet akdi)²¹. Roma hukukundaki bu tekli yapının, günümüzde yalnızca Fransız hukuk düzeninde korunduğunu²² görmekteyiz. Buna göre *locatio conductio* söz konusu hukuk düzeninde kira ile eser sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır. *Locatio conductio*'nun üçe ayrılmasının müşterek hukuka (*common law*) dayandığını anlamaktayız²³.

Bu şekilde yapılan ayrımlar edimin konusuna ilişkindir. Edim konusu, bir şey, köle, arazi türünden bir şeyin kullanımına ilişkinse kira (*locatio conductio rei*), bir kimsenin hizmetine ilişkinse hizmet (*locatio conductio operarum*); ve bir işin yapılmasına ilişkinse eser sözleşmesinin (*locatio conductio operis faciendi*) söz konusu olacağına dair farklılıklar öngörülmüştür²⁴.

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

“Keza bu akitlerde bir taraf, diğerine karşı hakkaniyet gereğince birbirlerine vermeleri gereken hususlarda borç altındadırlar; hâlbuki sözlerle yapılan akitlerde bir taraf sadece bir şey talebinde bulunur, diğer taraf ise vaat eder²⁵.”

Bu metin neticesinde diyebiliriz ki, *locatio conductio*, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir iyiniyet akdidir. taraflardan biri her zaman bir miktar para (*merces*) vermekle yükümlüyken, diğer taraf, bunun karşılığında bir işin yapılmasını veya bir eserin meydana getirilmesini üstlenecektir²⁶. Bu akitten tarafların menfaati olduğundan, yükümlülükleri de daha ağır tayin edilmiştir, yükümlülüklerini belirlerken *ex bona fide* kriteri göz önünde tutulur²⁷.

²¹ DI MARZO, S., Roma Hukuku (Çev.: UMUR, Z.), İkinci Baskı, İstanbul, 1959, s. 443.

²² Code Civil art. 1708 “**Art. 1708:** “There are two kinds of contracts of hiring: One for things, And one for work.” www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/.../Code_22.pdf (Erişim Tarihi: 11.02.2020).

²³ TAHİROĞLU, B.; Roma Borçlar Hukuku; İstanbul 2000, s 180.

²⁴ ROBY, H. J.; Roman Private Law, Volume II, Cambridge, 1902, s. 171. Buna karşın, bir arazi üzerinde, arsa sahibi ile çiftçi arasındaki paylaşım anlaşmaları genellikle ortaklık sözleşmesi olarak addediliyordu (ROBY, s. 176).

²⁵ UMUR, Iustinianus Institutiones (*Institutiones*), İstanbul, 1983, s. 262-263.

²⁶ SOMER, P.; Roma Hukukunda İstisna Akdi (*Locatio Conductio Operis*), Derin Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 46.

²⁷ RADO, T.; Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku (Borçlar Hukuku), İstanbul, 1997, s. 134.

Roma hukukunda *locatio conductio operis*'in hangi dönemde ortaya çıktığı tam olarak bilinmemekteyse de, klasik hukuk döneminde diğer *locatio conductio* sözleşmeleri ile aynı başlık altında incelendiği bilgileri elimize ulaştırmıştır²⁸. *Locatio conductio operis* ile yüklenici (*conductor*), bir ücret karşılığında iş sahibine (*locator*) belli bir sonuca yönelik iş görmeyi taahhüt etmektedir²⁹. Sonraları, bu sözleşmenin amacı diğerlerinden ayrılarak sonuçlandırılmış bir iş veya eser olarak son halini almıştır³⁰. Anlaşıldığı üzere, bu sözleşmenin amacı, belirli bir sonucun meydana getirilmesidir: bir elbisenin dikilmesi veya temizlenmesi, bir şeyin veya bir kimsenin bir yerden bir yere nakli, bir doktorun ameliyat yapması, kölenin veya çırağın eğitimi, bir binanın inşası, bir eşyanın tamiri gibi örnekler verilebilir³¹. Roma döneminden verilen örnekler baktığımızda, bir evin inşası, bir kölenin eğitimi ve talimi, büyükbaş hayvanların gözetimi ve beslenmesi, malların taşınması, altın yüzük, mücevher yapımı, giysi yapımı ve temizlenmesi gibidir³². Özetle, şunu söyleyebiliriz ki, *locatio conductio operis*'in, belirli bir sonucun elde edilmesine yönelik olması koşulu ile gerek fiziki gerekse fikri çaba gerektirdiği açıktır. Bunun neticesinde, bütün bu sözleşmelerde amaçlanan “belli bir sonucun elde edilmesine yönelik olarak güç harcanması”dır³³.

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

“Bir işin yapılması üstlenildiğinde, *locatio conductio* söz konusu olur³⁴.”

D. 19. 2. 22. 2: Paulus libro XXXIV. ad Edictum. Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatemquidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.

“Bir binanın inşası işini, tüm masraflar kendisine ait olmak üzere yükleniciye verirsem, yüklenici, hepsinin mülkiyetini bana devredecektir ve

²⁸ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.; Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara, 1976, s. 165.

²⁹ SOMER, s. 10; KASER, M.; Roman Private Law, Hamburg, 1964, s. 186.

³⁰ BUCKLAND, W.W.; A Textbook of Roman Law (Textbook), Cambridge, 2008, s. 505.

³¹ RADO, Borçlar Hukuku, s. 140; SOMER, s.10.

³² ROBY, s. 175.

³³ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 165.

³⁴ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2, University of Pennsylvania Press, 1998: “*There is a lease [of a job] whenever the doing of job is given out*”, s. 106.

bu sözleşme hala *locatio conductio*'dur. Zira yüklenicinin kendi iş gücünü tahsis etmesi, sözleşmenin gereğidir³⁵.”

D. 19.2.22'de *locatio conductio*'nun konusu belirtilmiş, D. 19.2.22.2'de ise bir eserin meydana getirilmesinde *locatio conductio*'nun söz konusu olacağına tereddüt olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur. Roma hukukunu incelediğimizde, günümüzden farklı olarak ek bir koşulun varlığının arandığını ve özellikle malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi gerektiğini, aksi takdirde satış sözleşmesinin söz konusu olacağından hareketle, *locatio conductio operis* olarak nitelendirilmediğini görüyoruz. Sonuç olarak Roma hukukunda *locatio conductio operis*, yüklenicinin (*conductor*), iş sahibinin (*locator*) vereceği ücret karşılığında, yine iş sahibi tarafından verilen malzeme ile bir sonucu veya eseri meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği bir akit³⁶. Türk hukuk sistemimizdeki niteliklerine baktığımızda eser sözleşmesinin, Roma hukukuna göre yapılan tanımdan farklı olmadığını görmekteyiz. TBK'nın 7. bölümünde 470-486. maddeler arasında düzenlenmiştir³⁷. Eser sözleşmesi, şu şekilde tanımlanmıştır:

TBK m. 470: “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

Yasal tanımından hareket edersek, eser sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında bir eseri meydana getirerek teslim etmeyi borçlandığı bir sözleşmedir. Daha güzel bir ifade ile, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirip teslim etmeyi üstlendiği sözleşmeye, eser sözleşmesi denir³⁸. Eser meydana getirme deyimini, geniş yorumlanmalı, eseri oluşturmanın yanında, eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı veya ortadan kaldırılmasının da bu kapsama gireceği unutulmamalıdır³⁹.

³⁵ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “When I lease out the construction of an apartment building with the proviso that the contractor undertake everything at his own expense, he transfers ownership of these things to me, but it is still a lease; for the craftsman leases out his own labor, that is, the duty to construct”, s. 106.

³⁶ UMUR, Z.; Roma Hukuku Ders Notları (Ders Notları), Beta Yayınları, Tıpkı 3. Basım, İstanbul, 2010, s. 369; ROBY, s. 169; KOSCHAKER/ AYİTER, s. 238; BAYGIN, C., Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999.

³⁷ YAVUZ, C.; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, İstanbul, 2014, s. 953.

³⁸ EREN, F.; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Borçlar Özel), 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 621; “Görüldüğü üzere, yeni düzenlenen madde, eskisinde olduğu gibi “meydana getirdiği eseri teslim borcunu” içermemesi açısından eksik tanımdır” (GÜMÜŞ, M. A.; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 1).

³⁹ ARAL, F./AYRANCI, H.; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, 2012, s. 313; YAVUZ, s. 961; Eser sözleşmesinin, TBK m. 470-486 arasındaki bu şekildeki düzenlenişinin yanında kamu kökenli başka kanun ve düzenlemelerde de eser sözleşmesine

Eser sözleşmesi ikili bir ayırımı tabi tutulur: “basit (olağan) eser sözleşmesi” ve “eser teslim sözleşmesi”⁴⁰. Bu hususun ayrıntılarına ileride değineceğiz. Öğretideki daha kapsamlı tanıma göre, eser sözleşmesi, yüklenicinin, bir bedel karşılığında, bir eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği, kural olarak şekli şartı olmayan, rızai, ani edimli ve sinallagmatik bir sözleşmedir⁴¹.

II. *Locatio Conductio Operis*'de Tarafların Borçları

Eser sözleşmesi, borç doğuran, sinallagmatik, ivazlı, ani edimli ve rızai sözleşmedir. Eser sözleşmesinin borç doğuran bir sözleşme olması, eser sözleşmelerinde, tarafların, iş sahibi ve yüklenici, bir eser meydana getirme borcu karşılığında bir bedel ödeme borcunu içermesi, anlamına gelmektedir⁴².

Eser sözleşmesinin bir diğer özelliği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasıdır⁴³. Roma hukukunda iyiniyet sözleşmelerinden olan eser sözleşmeleri, bu niteliği itibarıyla her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. İyiniyet sözleşmelerinde, her iki taraf da birbirine karşı borç altına girer. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, “tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler” ve “eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler” olmak üzere ikiye ayrılır⁴⁴. *Locatio conductio operis* ise tam iki tarafa borç yükleyen, yani sinallagmatik sözleşmeler grubunun içerisinde yer almaktadır. Bu sebeple taraflara ödemezlik def'i (*exceptio non adimpleti contractus*) gibi birtakım haklar tanımlanmıştır. Bu def'i, taraflardan birisi borcunu ödemediği halde diğer taraftan edimi ifa etmesini talep ettiği durumlarda karşı tarafın bunu kabul etmeme

ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu kanunlar, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (Bu Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KURAL, O.C./KILIÇBAY, E./İZMİR, H.; İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1988, s. 747 vd.), 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin (b) fıkrasına dayanarak hazırlanmış olan Yapım İşleri Genel Şartnamesi ile Bakanlar Kurulu'nun 29.08.1984 tarih ve 08/08/8520 sayılı Kararı ile yürürlüğe giren Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, Devlet İhale Kanunu'na tabi eser sözleşmeleri yönünden büyük önem arz etmektedir (EREN, Borçlar Özel, s. 588-595).

⁴⁰ GÜMÜŞ, s.1; EREN, Borçlar Özel, s. 618.

⁴¹ UYGUR, T. ; Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C.5, Ankara 1993, s. 651.

⁴² EREN, Borçlar Özel, s. 584; SELİMOĞLU, Y. E.; Eser Sözleşmesi, Ankara, 2015, s. 17; YAVUZ, s. 961; ARAL/AYRANCI, s. 313, ZEVKLİLER, A./ GÖKYAYLA, E.; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, 2013, s. 470.

⁴³ TÜREGÜN, N.; FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetimi-İşletmecisi Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996), s.249-285; s. 249; SELİMOĞLU, s. 17; YAVUZ, s. 961; EREN, Borçlar Özel, s. 585; SELİMOĞLU, s. 16; ARAL/AYRANCI, s. 313; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 470.

⁴⁴ DI MARZO, s.403.

hakkını içerir. Bu tipten rızai akitlerin, iyiniyete dayanmasının sebebi, burada, tarafların sorumluluklarının, önceden görülüp tespit edilemeyişinde; bu sorumluluğun daha çok, belirli bazı hallerin doğumuna bağlı oluşundadır⁴⁵.

Eser sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması, taraflardan birisinin (yüklenici, *conductor*), eseri meydana getirerek teslim borcu ile yükümlü olması; iş sahibinin (*locator*), o eser karşılığında bir bedel ödeme borcu ile yükümlü olmasını ifade eder. Bu sözleşmede tarafların borçlandıkları asli edimler, sözleşmenin esaslı noktalarını meydana getirmekte olup; günümüzde bunlar, yüklenicinin meydana getirmeyi borçlandığı eser ile iş sahibinin üstlendiği bedeldir⁴⁶. Roma hukukunda, iş sahibinin bedel ödeme borcuna ek olarak malzemeyi temin etme borcu da bulunmaktaydı. Yüklenicinin eser meydana getirme borcu, eserin teslimi ile tamamlanmaktadır⁴⁷. Güncel hukukumuzda, eser sözleşmesinin konusu, asli edimlerin değişimidir⁴⁸.

Eser sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Eser sözleşmesi ile iş sahibi, kararlaştırılan bedeli ödemeyi, yüklenici de buna karşılık bir eser meydana getirip bunu teslim etmeyi borçlanır. Bu bakımdan yüklenici, her şeyden önce belirli bir işi görme edimini üstlenmektedir; bu niteliğiyle eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesini andırmaktadır. Buna ek olarak yüklenici, eser sözleşmesi ile bir sonucu, bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Sonucun borçlanması, eser sözleşmesinin en tipik ve ayırt edici özelliğini teşkil etmekte olup, onu diğer *locatio conductio* sözleşmelerinden hizmet ile vekâlet sözleşmelerinden ayırmaktadır⁴⁹. Türk hukuku bakımından yüklenicinin bir diğer borcu, eseri iş sahibine teslim etmek olacaktır. Bu borç, her ne kadar TBK m. 470'de belirtilen sözleşme tanımında açık bir şekilde yer almasa da, sözleşmenin doğasından çıkar⁵⁰. Bu şekilde, sadece bedel unsurunun taraflarca kararlaştırılması yeterli olup, ayrıca miktarının sözleşmenin kurulduğu esnada belirlenmiş olması şart değildir⁵¹. Bunu, TBK m. 481'den de açıkça çıkarabiliyoruz. Bu itibarla, açık olmayan, yani örtülü olarak belirlenen bedelin varlığı, eser sözleşmesinin kurulması için yeterli olacaktır; uyumsuzluk halinde bedelin kararlaştırılmış olduğunun ispat yükü,

⁴⁵ HONIG, Richard; Roma Hukuku, (Çev.: Şemseddin TALİP). İstanbul, 1938. s. 264.

⁴⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 584-585; SELİMOĞLU, s. 85 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 476.

⁴⁷ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 468; EREN, Borçlar Özel, s. 622; SELİMOĞLU, s. 109.

⁴⁸ARAL/ AYRANCI, s. 313.

⁴⁹ EREN, Borçlar Özel, s. 600; SELİMOĞLU, s. 17; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 473.

⁵⁰ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 468; EREN, Borçlar Özel, s. 621; SELİMOĞLU, s. 109.

⁵¹ EREN, Borçlar Özel, s. 581; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 528; SELİMOĞLU, s. 168.

yükleniciye düşecektir⁵². Dolayısıyla çok açıktır ki, herhangi bir ivaz, bedel olmadan eserin yapılmasını üstlenen yüklenici ile iş sahibi arasında eser sözleşmesi söz konusu olamaz. Bu unsur, eser sözleşmesinin zorunlu bir unsurunu oluşturmaktadır⁵³, eser meydana getirme borcu ivazsız olarak yahut ücret ödmeden başka bir edim karşılığında taahhüt ediliyorsa, bu durumda, eser sözleşmesinden söz edilemeyecektir; artık isimsiz bir sözleşme söz konusu olur⁵⁴. Taraflardan birisi, üzerine düşen edimi yerine getirmeze, taraflara tanınan def'i hakkı, TBK m. 123'te hükme bağlanan ödemelik def'inin sonuçlarında, TBK m. 136'da sıralanmıştır⁵⁵.

III. Malzemenin Temin Edilmesi ile Araç ve Alet Sağlama Borcu

Malzeme, kendisinden eserin imal edildiği ve onun içinde kalan maddelerdir⁵⁶. Örnek olarak yıkanacak çamaşır, üzerinde çalışılarak heykel yapılacak mermer verilebilir⁵⁷. Burada dikkat edilmesi gereken ilk nokta, çalışma araçları ile malzemenin birbirine karıştırılmamasıdır; çalışma araçları, tamamlanmış eser teslim edildikten sonra, ondan ayrılabilen veya yüklenici tarafından kendi mülkiyetinde olduğu için geri alınabilen şeylerdir ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre sadece temini değil, masrafları da yükleniciye aittir⁵⁸. Yargıtay da aynı doğrultuda, “*Aksine adet ve sözleşme olmadıkça yüklenici, imal olunacak şeyin icrası için gereken vasıtaları, alet ve edevatı kendi masrafı ile etmeye mecburdur*” demektedir⁵⁹. TBK ile beraber bu yük, kural olarak yüklenicinin üzerinden düşmüştür⁶⁰.

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

⁵² EREN, Borçlar Özel, s. 585.

⁵³ EREN, Borçlar Özel, s. 584; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 528 vd.; SELİMOĞLU, s. 168 vd..

⁵⁴ARAL/ AYRANCI, s. 313. İvazın olmaması halinde, TBK m. 502/2'ye göre, eser sözleşmesi benzeri bir isimsiz sözleşmenin doğduğu kabul olunmalıdır, ARAL/AYRANCI, s. 314; EREN, Borçlar Özel, s. 586.

⁵⁵ EBK m. 106 ve m. 117; EREN,F.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Genel), 18. Baskı, Ankara, 2015, s. 82, s. 211.

⁵⁶ TANDOĞAN, H.; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. II, İstisna ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, 1989., s. 104; EREN, Borçlar Özel, s. 616; SELİMOĞLU, s. 96.

⁵⁷ SOMER, s. 16.

⁵⁸ TANDOĞAN, s. 16.

⁵⁹ Y. 15.HD, 18.05.2000, E. 2000/157, K.2000/2444, YKD. c. 26, S.12, Aralık 2000, s. 1847.

⁶⁰ EREN, Borçlar Özel, s. 617; SELİMOĞLU, s. 96.

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

“Yine tartışmalı olan bir mesele de, eğer bir kuyumcu kendi altınından bana belirli ağırlıkta ve belirli şekilde halkalar yapmak ve karşılığında iki yüz denarius almak üzere benimle anlaşır, burada bir satış mı, yoksa bir *locatio conductio* mu akdedildiğidir. *Cassius*, malzeme bakımından bir satış, iş bakımından bir *locatio conductio*'nun akdedildiği kanaatindedir. Fakat yapılacak işe karşılık bir ücret tayin ederek ona kendi altınımı verirsem, bir *locatio conductio*'nun akdedildiği kabul ediliyor⁶¹.”

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

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

“Yine tartışmalı olan bir meseleye göre, eğer *Titius* bir kuyumcu ile, altını kuyumcu vermek üzere, belirli ağırlık ve biçimde yüzükler yapması ve mesela on altın alması hususunda anlaşılmış olsa, burada satış mı yoksa *locatio* ve *conductio* mu vardır? *Cassius*'un dediğine göre, malzemenin satışı, işçiliğin ise *locatio conductio*su vardır. Fakat sadece satış olduğu görüşü hakim oldu. Eğer altını *Titius* vermiş olsaydı, işçilik için belirli bir ücret tespit edilmişse bir *locatio* ve *conductio* olduğundan şüphe edilmezdi⁶².”

Institutiones'de, *Gaius*'un metninden farklı olarak sonunda malzemeyi kuyumcunun sağlaması halinde satış sözleşmesinin olduğu, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde *locatio conductio operis*'in meydana

⁶¹ RADO, T.; *Gaius Institutiones Borçlar Kısmı (Institutiones)*, Ankara, 1953, s. 47-51.

⁶² UMUR, *Institutiones*, s. 270-271.

geleceğini kabul etmiştir. Metinlerde de görüldüğü üzere, Roma hukukunda, malzemenin kimin tarafından temin edildiği, sözleşmenin niteliğini etkileyecek derecede bir önemi haizdi. Yukarıdaki metinlerden hareketle, Roma hukukunda varılan nokta şu olmuştur: malzeme, yapılacak esere karşılık bir ücret belirlenerek, iş sahibi tarafından veriliyorsa, tarafların arasında meydana gelen akit, *locatio conductio operis* olarak adlandırılacaktır⁶³.

Digesta'ya baktığımızda da aynı yönde ifadelerin mevcut olduğunu görüyoruz; ancak aşağıda alıntı yapılan metinde ayrıca bu durumun bir istisnasına da yer verilmektedir. Buna göre binanın üzerinde yapılacağı arazinin iş sahibi tarafından verilmesi halinde *locatio conductio operis*'in söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Arsa üzerine bina inşa edilmesi halinde, aksi durumda binanın üzerine yapılacağı arazinin, eserin esasını teşkil edeceği belirtilmiştir. Buradaki istisnai durum iş sahibine ait olan arsanın değerinin, bina yapımı için gerekli malzemenin değerinden çok daha fazla olmasıdır. Bu da iş sahibi ile yüklenicinin arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini etkiler⁶⁴.

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

“*Sabinus*'a göre, benim için bir şeyin, bir heykel, kanal veya bir elbisenin yapılmasını istersen ve karşılığında ücretini ödemekten başka bir şey yapmıyorsam, sözleşme satış sözleşmesi olur ve sözleşmeye konu şeyin yapılacağı malzemeye ilişkin hüküm olmayan sözleşmede *locatio conductio* olmasına dair bir soru işareti yoktur. Eğer sözleşmeye konu binanın inşa edileceği araziye ben sağlıyorsam, bu durumda cevap değişir; zira bu durumda sözleşmeye konu esas şey benden geliyor olur⁶⁵.”

⁶³ DI MARZO, s.442.

⁶⁴ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 194.

⁶⁵ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; *The Digest of Justinian*, Vol. 2: “*It is the view of Sabinus that if I ask that something be made for me, a statue, say, or some vessel or garment, I doing nothing except pay money, the contract is one of the purchase and that there can be no question of letting and hiring where there is no provision of the materials from which the thing is to be made; it would be a different matter if I provided the site on which a building is to be erected, because then the principal thing does come from me*”, s. 58.

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

D.19.2.22.2: *Paulus libro XXXIV. ad Edictum Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locat artifex operam suam, i dest faciendi necessitatem.*

“Bir binanın inşası işini, tüm masraflar kendisine ait olmak üzere yükleniciye verirsem, yüklenici, hepsinin mülkiyetini bana devreder ve bu sözleşme hala *locatio conductio*'dur. Zira yüklenicinin kendi iş gücünü tahsis etmesi sözleşmenin gereğidir.”⁶⁶

D. 19.2.22.2'de, *locatio conductio operis*'de yapılan masrafların yüklenici tarafından karşılanırsa da devam edeceği düzenlenmiştir. Türk-İsviçre hukuk sistemlerini incelediğimizde, sözleşmede bir hüküm veya bu konuda bir adet bulunmadığı takdirde, malzemeyi yüklenicinin mi yoksa iş sahibinin mi sağlayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır⁶⁷. İtalyan Medeni Kanunu'nda, şüphe halinde malzemeyi yüklenicinin sağlayacağı konusu bir karene olarak kabul edilmiştir⁶⁸. TBK m. 472/1 ve 2⁶⁹'yi beraber değerlendirdiğimizde, her ne kadar maddelerde yüklenicinin, malzeme bakımından sorumluluğu düzenleniyorsa da, malzemenin, iş sahibi tarafından temin edilebileceği gibi, yüklenici tarafından da temin edilebileceği sonucunu çıkarmak mümkündür⁷⁰. Doktrinde, bu konuda farklı görüşler olduğunu görmekteyiz. Bazı yazarlar, TBK m. 472/4'ten hareketle, bu fıkrayı, malzemeyi de kapsayacak şekilde yorumlamaktadırlar ve malzemenin, yüklenici tarafından temin edileceği sonucuna varmaktadırlar⁷¹. Bir kısım diğer yazarlar ise, aynı fıkranın mefhum-ı muhalifinden, malzemeyi iş

⁶⁶ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “When I lease out the construction of an apartment building with the proviso that the contractor undertake everything at his own expense, he transfers ownership of these things to me, but it is still a lease; for the craftsman leases put his own labor, that is, the duty to construct”, s. 106.

⁶⁷ SOMER, s. 20.

⁶⁸ TANDOĞAN, s. 104.

⁶⁹ EBK m. 357/1 ve 2.

⁷⁰ SOMER, s.20; SELİMOĞLU, s. 96.

⁷¹ BİLGE, N.; Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 217.

sahibinin sağlaması gerektiği sonucuna varmaktadırlar⁷². Elbette burada önemli olan nokta, modern hukukta, malzemeyi temin eden tarafın değişmesinin, sözleşmenin niteliğinde de bir değişikliğe yol açıp açmayacağıdır. Alman hukukunda BGB 651'i incelediğimizde, “*Yüklenici, kendisi tarafından temin edilecek malzemeden eseri imal etmeyi yüklenmişse, ısmarlayana bu imal edilen eşyayı teslim edecek ve eşya üzerindeki mülkiyeti de geçirecektir. Böyle bir akitte, satım hakkındaki kurallar uygulama alanı bulur...*” denilmekte ve ikinci fıkrası, “*Yüklenici, sadece ek veya katkı maddesinin veya diğer başka önemsiz şeylerin teminini yüklenmişse, bu durumda sadece istisna akdi hakkındaki hükümler uygulama alanı bulur.*” şeklinde devam etmektedir⁷³. Bu maddeden hareketle, malzemeyi sağlama borcunu yüklenicinin üstlenmesi halinde sözleşmenin satış sözleşmesi olacağı; yüklenicinin, önemsiz bir takım malzemeleri üstlenmesi halinde ise eser sözleşmesi olacağı şeklinde bizim hukukumuzdan farklı; ancak Roma hukukuna paralel bir bakış açısını benimsediği anlaşılmaktadır.

Günümüz Türk hukukunda, malzemenin kim tarafından sağlandığına bağlı olarak, eser sözleşmesi “basit eser sözleşmesi” ve “eser teslim sözleşmesi” şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulur⁷⁴. Basit eser sözleşmesinde yüklenici sadece işi (edim sonucunu), yani kendisine ait olmayan malzeme ile bir eser meydana getirip teslim etmeyi borçlanmaktadır. Eser teslim sözleşmesinde ise yüklenici, sözleşme konusu eseri, tamamı veya bir kısmı bizzat kendisi tarafından sağlanacak malzeme ile meydana getirerek teslim etmeyi taahhüt etmektedir⁷⁵. TBK m. 472/2'de yer alan düzenleme, Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Nitekim Yargıtay, bir kararında: “...*Uyuşmazlık, malzemelerin kimin tarafından temin edildiği ve işin kapsamı noktalarında toplanmaktadır...Aksine sözleşme bulunmadığı ya da karşı tarafça kanıtlanmadığı sürece malzemenin yüklenici tarafından temin edildiğinin kabulü zorunludur...*”⁷⁶ şeklinde ifade ederek malzemenin aksi kararlaştırılmadığı takdirde yüklenici tarafından temin edilmiş olduğunu varsaymaktadır. Sonuç olarak Roma hukukunda malzemeyi katı olarak iş sahibinin sağlaması ilkesinin aksine, günümüzde, malzemeyi kimin teslim ettiğinden bağımsız olarak sözleşme eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

⁷² EREN, F.; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları (II), İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996, s. 69.

⁷³ SOMER, s. 21.

⁷⁴ GÜMÜŞ, s.1; EREN, Borçlar Özel, s. 616-617.

⁷⁵ EREN, Borçlar Özel, s. 616-617.

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

Roma hukukunun her döneminde, malzemenin iş sahibi tarafından verileceği hususunda herhangi bir tereddüt mevcut olmamakla beraber, iş sahibi tarafından işlenmek üzere verilen malzemenin, işi görecek, malzemeyi işleyecek kişinin mülkiyetine geçmesi konusunda dönemlere göre farklı görüşler ortaya çıkmıştır⁷⁷. *Sabianus* ve *Proculianus* okulları⁷⁸ arasında *locatio conductio operis*'te verilen malzemenin işlenmesi sonucu bir hukuki taşıyın (*specificatio*) söz konusu olup olmayacağı hususunda anlaşmazlık vardı⁷⁹. Sonuç olarak gerek Roma gerekse Türk hukukunda hukuki taşıy ile ilgili olarak varılan nokta şudur ki, bir malzemenin işlenmesi suretiyle yeni bir eser meydana getirilmesi halinde, taraflar arasında bir anlaşma varsa, aradaki hukuki ilişki eser sözleşmesiyken; böyle bir anlaşmanın olmaması halinde hukuki taşıy ile ilişkin kurallar uygulanacaktır⁸⁰. Malzemenin kimin tarafından temin edildiğinin önemi, Roma hukukundaki dönemleri incelendiğinde daha iyi anlaşılacaktır. Klasik öncesi dönemde ve klasik dönem başlarında, *locatio conductio operis*'de işlenecek olan malzemenin, mülkiyetinin onu işleyecek kişiye geçmesi, genel kural olarak kabul edilmiştir. Ancak taraflar, aralarında anlaşarak bunun aksine karar verebilirlerdi ki; zamanla bu anlaşmaların sayısı giderek artmıştır⁸¹. Klasik hukuk döneminin ortalarına doğru, işlenecek malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kalması kural, yükleniciye geçmesi istisna halini almıştır⁸². Klasik dönemde *Ulpianus*, eser sözleşmelerinde işlenecek malzemenin malikinin değişmediğinden bahsederken; klasik sonrası dönemde, eğer taraflar arasında özel bir anlaşma varsa, malzemenin mülkiyetinin, onu işleyene geçmesinin söz konusu olduğunu; *Iustinianus* zamanında ise, işlenecek malzemenin, mülkiyetinin iş sahibinde kalacağını genel kural olarak saptandığını görmekteyiz⁸³.

D. 34.2.34 pr. *Pomponius libro IX ad Quintum Mucium: Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne paterfamilias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset, aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. Pomponius: hoc ex parte verum est, ex parte falsum; nam de es, quod debetur, sine dubio, utputa si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei debereturex stipulatu, non perinet ad*

⁷⁷ SOMER, s. 78.

⁷⁸ Hukuk okulları hakkında daha kapsamlı bilgi için bkz. KARAGÖZ, H.; Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı, İstanbul, 2010, s. 15vd.

⁷⁹ Daha geniş bilgi için bkz. KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.; Roma Eşya Hukuku (Eşya Hukuku), Ankara 2000, s. 52.

⁸⁰ KARADENİZ- ÇELEBİCAN, Eşya Hukuku, s. 52.

⁸¹ SOMER, s. 78.

⁸² KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s.170.

⁸³ SOMER, s. 79.

uxorem, quum illius factum adhuc non sit, id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet, legavit. In aurifice falsum est, si aurum dederit, ita ut ex eo auro aliquid sibi faceret; nam tunc licet apud aurificem sit aurum, deminium tamen non mutavit, manet eius, qui dedit, et tantum videtur mercedem praestituros pro opera aurifici; per quod eo perducimur ut nihilominus uxori debeatur. Quodsi aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio, tunc quaetenus dominum transit eius auri ad aurificem, quippe quasi permutationem fecisse videatur, et hoc aurum non transibi ad uxorem.

“*Quintus Mucius'a göre, bir aile babasının tüm altınlarını eşine bırakması halinde, bir kuyumcuya üzerinde çalışması için verdiği altın, kuyumcu tarafından geri verilmediyse, eşine ait olmaz. Pomponius, bu konuda görüşünü şu şekilde ifade eder: bu kısmen doğru, kısmen yanlıştır verdiği altınları kuyumcunun iade etmemesi muaccel olan borç açısından şüphesiz doğrudur. Örneğin, kocası kendisine yüksek miktardaki ağırlık için stipulatio yapıyorsa, stipulatio konusu karısına ait olmadığından, altın kuyumcuya ait olacaktır. Zira kocası, kendisine ait olan ama dava hakkı olmayan şeyi vasiyet etmiştir. Kuyumcu açısından kendisine bir şey yaratması için verilen altın açısından bu doğru değildir. Buna karşın, mülkiyetin sahibinde bir değişiklik olmamıştır. Altını veren kimsenin mülkiyetinde kalmaya devam eder ve sadece kuyumcunun emeği karşılığında bir bedel ödemesi gerekir. Bunun sonucunda eşine ait olduğu sonucuna varıyoruz. Ancak, altını kuyumcuya, bundan ufak bir obje yapması için vermişse, ancak söz konusu altından değil de başka bir altından yapılacaksa, bu durumda, altının mülkiyeti kuyumcuya geçecek ve adeta bir değiş-tokuş (trampa) yapılmış gibi olacak ve bu altın, eşine geçmeyecektir⁸⁴.”*

⁸⁴ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 3, University of Pennsylvania Press, 1998: “*Quintus Mucius observes that if a head of a household had left all his gold to his wife, the gold which he had given to the goldsmith to work, or what was due to him if it had not been repaid by the goldsmith, is not due to the woman. POMPONIUS: This is partly true and partly incorrect; for, in respect of what is due, it is without doubt true; for instance, if he has stipulated for so many pounds of gold, the gold owed him in accordance with the stipulation does not belong to the wife, since it has not yet become his; for he has left [gold] that was his and not [gold] in respect of which he had an action. In the case of the goldsmith, it is incorrect, where he has given him gold with the object that he should make something from it; for then, although the gold may be with the goldsmith, there, however, has been no change of ownership, but it remains the property of the person who gave it, and he is regarded only as having to pay for the work of the goldsmith, as a result of which we reach the point that it is nonetheless due to the wife. But if he has given gold to the goldsmith, so that some small object should be made for him, not, however, from that gold, but from other gold, then, insofar as the ownership in that gold has*

Bu metinde yer alan *Scaevola*'nın⁸⁵ görüşü, bu konudaki en eski görüştür. Metnin kapsamında, bir aile babasının (*pater familias*), sahip olduğu tüm altınları karısına mal vasiyeti ile bırakması halinde, bir kuyumcuya işlenmek üzere verilen veya bu aile babasına borçlanılan (geri verilmesi taahhüt edilen) altınların da karısına verilmesinin gerekip gerekmediği sorusuna cevap aranmış ve varılan sonuca göre, eğer altınlar henüz kuyumcudan alınmamışsa, bunların *pater familias*'in karısına verilmesinin gerekmeyeceği şeklindedir. *Scaevola*'nın bu yorumundan, işlenmek üzere kuyumcuya verilen altınların, artık kuyumcunun mülkiyetine geçtiği; yani işlenecek malzemenin, işleyecek olan kimsenin mülkiyetine geçtiğinin kabul edildiği sonucuna varılmaktadır⁸⁶. *Pomponius*⁸⁷ ise, *Scaevola*'nın görüşünün, işlenmek üzere kuyumcuya verilen altınların, kuyumcunun mülkiyetine geçmediği durumlarda geçerli olamayacağını belirtmektedir. Bu düşünce, *Pomponius* zamanında, *locatio conductio operis*'de malzemenin mülkiyetinin, onu işleyecek kişilere geçmediği durumların arttığını ortaya koymaktadır⁸⁸.

D. 19.2.31: *Alfenus libro V. Digestorum a Paulo epitomatorum. In navem Saufeii quum complures frumentum confuderant, saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat; quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione? Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur; sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tandundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum factum Saufeii, et recte datum. Quodsi separatim tabulis, aut aeronibus, aut si alia cupa clausum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare; et*

passed to the goldsmith in that he is regarded as having effected an exchange as it were, this gold, too, will not pass to the wife", s. 155-156.

⁸⁵ Bkz. UMUR, Roma Hukuku Lugati (Lugat), İstanbul, 1983, "*Scaevola Quintus Cervidius: Marcus Aurelius zamanında yaşamış hukukçu, Paulus'un talebesi. Kırk kitaplık Digesta'sı, şerhleri, Quaestiones'i, Responsa'sı olan çok orijinal fikirli klasik Roma hukukçusu*", s.191.

⁸⁶ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 167.

⁸⁷ Bkz. UMUR, Lugat, "*Pomponius Sextus: Hadrianus ve Antoninus Pius zamanlarında yaşamış büyük hukukçu. Ius Civile'ye dair üç tane eseri, praetor edictum'una yapılmış bir şerhi ve bir kaç monografisi vardı. Roma hukuk ilmi hakkında kısa bir tarihçe de yazmıştır. Iustinianus, eserlerinden geniş ölçüde faydalanmıştır*", s. 160.

⁸⁸ SOMER, s. 80.

ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent, et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset, sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supevacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere; nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam caterorum.

“Birkaç kişi, kendi ürünlerini *Saufei*'un gemisine yerleştirdi, *Saufei*, birisinin ürünü kendisine geri verdi ve sonra gemi battı. Diğerleri gemi sahibine ürün payları oranında, ürünlerin yok olması sebebiyle dava açabilir mi? *Servius*, ürünlerin iki şekilde *locatio conductio*'ya konu olabileceğini belirtir. Ya aynı şey iade edilir, temizleyiciye kıyafet verilmesinde olduğu üzere veya aynı türden şey iade edilir, dövülmüş gümüşün kap yapılması için veya altının yüzük yapılmak üzere verilmesinde olduğu gibi. İlk ihtimalde, ürün, sahibinin mülkiyetinde kalmaya devam ederken, ikincisinde bir borçlanma söz konusudur. Kural, vadiada olduğu gibidir. Bir kimse bir miktar parayı, saydıktan sonra, kapalı bir kutu veya mühürlü bir zarfa koymadan bir kimseye saklaması için verirse, saklayanın borcu, aynı miktarda parayı iade etmekten başka bir şey değildir. Buna benzer olarak, tahılın *Saufei*'un olacağı belirtilerek geçerli bir şekilde teslim ediliyor. Her kişinin tahılı, sonradan hangisinin kime ait olduğu belirlenebilsin diye ayrı çuvallar veya sepetlerde muhafaza ediliyorsa, tahılın her sahibi *vindicatio* davası ile gemi sahibine karşı alacağını ileri sürebilir. *Servius*, yüklerin yağmalanmasına ilişkin davaları reddeder. Zira ürünlerin hepsi aynı türden olarak gemi sahibine teslim edilince, onun mülkiyetine geçer ve böylece, borçlanma söz konusu olur. Bu aşamadan sonra mallar gemi sahibine ait olduğundan açıkça, yağmalanması söz konusu olamaz. Ancak ürün, aynen iade edilmek üzere teslim edilmişse ve iş sahibi, gemi malikinin hizmetlerine ilişkin olarak hırsızlık davası açma hakkı olduğundan, ürünün yağmalanması için davaya başvurmak oldukça isabetsizdir. Ancak ürün, aynı türden iade edilmek üzere teslim edilmişse, gemi maliki, kusuru oranında sorumlu olacaktır. Sözleşme yaptığı taraflardan birisine ürünü teslim etmiş ve bu kimse diğerlerine göre daha avantajlı konumda olduysa, mecburen ilk olarak birisine teslim etmek zorunda olduğundan, burada kusurundan bahsetmek mümkün olmayacaktır⁸⁹.”

⁸⁹ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “Several people had poured their grain together into *Saufei*'s ship; *Saufei* had returned his grain

Bu metinde, *Servius*'un çeşitli görüşlerine yer verildiğini görüyoruz. *Servius*, cumhuriyet döneminin tanınmış hukukçularından biri olup, öncüsü olduğu okulun birçok konudaki düşüncelerine karşı çıkan görüşleriyle tanınmış ve diğer okulun kurucusu kabul edilmiştir. *Servius*, *locatio conductio operis*'in iki şekilde yapılabileceğini kabul etmekte ve mülkiyetin kazanılıp kazanılmayacağını, buna dayanarak belirlemektedir⁹⁰.

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

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

“Bir kanalın yapımını üstlenmişsen ve sonradan tamamlamana karşın, teslimden önce zarar görür veya yıkılırsa, kabul edilmesinden öncesine kadar hasar sana aittir⁹¹.”

to one of them, and his ship had then foundered. Can the others sue the shipowner for their share of the grain through an action for the pilfering of cargo? He [Servius] responded that objects are leased in two ways: either that the same object be returned, as when clothes are entrusted to the care of a fuller; or that an object be returned, as when clothes are entrusted to the care of a fuller; or that an object of the same kind be returned, as when beaten silver is given to a craftsman to make vessels or gold to make rings. In the former case, the thing remains its owner's; in the latter, a loan is made. The rule is the same for a deposit: If someone deposited a specific amount of money in such a way that he does not hand it over enclosed in a box or under seal, but counts it out, the deposittee owes nothing except to pay an equivalent amount. Accordingly, the wheat is construed as becoming *Saufeius*'s and as being validly handed over. But if each person's wheat had been separately enclosed within partitions or baskets or in a different vat, so that each person's could be distinguished, we cannot make an interchange and the person to whom the wheat belonged can bring a *vindicatio* to recover what the shipowner paid. And so [Servius said that] he rejected the actions for pilfering of cargo, since if, on the one hand, the goods were of the same type and were handed over to the shipowner in order that they become his immediately, and the merchant [in this way] made a loan, then the cargo is evidently not being pilfered since it belonged to the shipowner; but if, on the other hand the same thing that was handed over is to be returned, the lessor [of the shipowner's services] has an action for theft, and so the action for pilfering of cargo is superfluous. But if the grain had been handed over such that it could be repaid in kind, the contractor [the shipowner] is liable to extent of his fault, since one is liable for fault in a matter contracted for both parties' benefit; but it is scarcely fault that he returned some grain to only one person, since he had to return it to somebody first, even though he thereby advantaged this person more than the others”, s. 109.

⁹⁰ SOMER, s.83.

⁹¹ Metin İngilizce'den çevrilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “If you

D. 19.2.37: *Iavolenus libro VIII. Ex Cassio. Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus <locatum> fuit, <sit> ut <idem redderetur> probari deberet.*

“Eğer bir iş, iş sahibi tarafından onaylanmadan bir güç tarafından zarar görürse, hasar, eğer önceden onaylanmış olması gerekiyorsa iş sahibine aittir⁹².”

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

“*Flaccus*, *Marcus*'la evin inşası konusunda anlaştı. İşin bir kısmı tamamlandıktan sonra, yapı deprem sebebiyle zarar gördü. *Massurius Sabinus*, deprem gibi doğal bir güç neticesinde böyle bir sonucun oluşması halinde, hasara *Flaccus*'un katlanacağını belirtir⁹³.”

İlk metinde *Labeo*, kanal açılması konusunda yapılan bir *locatio conductio operis*'den bahseder ve hasarı tespit ederken, iş gören kimsenin, kendisine verilen toprağın mülkiyetini de kazandığından hareket eder. İkinci metinde ise, malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kaldığı durumda, hasarın yüklenicinin üzerinde olması sonucunun ortadan kalktığı ve teslimden önce *vis maior* halinde ortaya çıkan hasarın iş sahibine ait olacağı sonucuna varmaktadır. Üçüncü metinde de, *Sabinus*, deprem sonucu yarısı yapılmış bir evin yıkılması halinde, hasarın iş sahibine ait olacağını belirtmektedir. Bu çözüm yolunun, malzemenin mülkiyetinin onu işleyene geçmediği durumlara ilişkin olarak belirttiği konusunda tartışma yoktur⁹⁴.

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

undertook on hire the creation of a channel and then made it, but subsidence ruined it before you had it approved, the risk is yours”, s. 115.

⁹² Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*If a job is destroyed by some force before being approved by the lessor, the loss falls on the [job's] lessor if the job was such that it should be approved*”, s. 111.

⁹³ Metin İngilizce'den çevirilmiştir. WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2: “*Flaccus contracted to have Marcius build a house; after part of the job was finished, the structure was shaken by an earthquake. Massurius Sabinus [says that] if this occurs due to a natural force like an earthquake, Flaccus bears the risk*”, s. 114.

⁹⁴ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 85.

gelindiğindeyse, işlenecek malzemenin mülkiyetinin, iş sahibinde kalmasının genel kural haline geldiğini görmekteyiz⁹⁵.

Sonuç olarak Roma hukukundaki genel görüşün, iş sahibinin malzemeyi karşılaması, malzemeyi yüklenicinin sağlaması durumunda, sözleşmenin niteliğinin değişerek satış sözleşmesi olacağı yönündedir⁹⁶. *Gaius*, yüzükleri kendi madeni ile yapan kuyumcu ile, madeni müşteriden alarak yapan kuyumcu arasında mevcut olan fark gibi, eseri yapacak olan kimseye, çalışması için gerekli olan temel maddeyi vermenin gerektiğini belirtir. Yıkılacak çamaşır, içinden heykel çıkacak mermer gibi. Aksi durumda *locatio conductio* değil, satış sözleşmesi yapılmış olurdu. Arsası verilerek üzerine bina inşa edilmesi hali buna bir istisna oluştururdu, zira aksi takdirde arsa, eserin (*opus*) esasını teşkil etmiş olurdu⁹⁷.

Malzemeyi tanımlamak gerekirse, eserin imal edildiği ve onun içinde kalan madde olarak özetleyebiliriz⁹⁸. Malzeme, hammadde olabileceği gibi, önceden imal edilmiş bir şey de olabilir. Malzeme, eserin imal edilmesinde kullanılan bir madde olmasına karşın, salt kendisi, eser sözleşmesinden doğan imal yükümlülüğünün konusunu oluşturmadığı gibi; yüklenicinin çalışma araçları, malzeme kavramı kapsamı dışındadır⁹⁹.

TBK m. 471/4 gereği, “aksine adet veya sözleşme olmadıkça, yüklenici, eserin yapılması için gerekli çalışma araçlarını kendisi sağlamak zorundadır”¹⁰⁰. Roma hukukunda, metinlerde bu konuda bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak işin gereği, günümüzde kabul edilen uygulamanın geçerli olduğu varsayımı ileri sürülebilir¹⁰¹. Kanun koyucu, araç ve gereçleri sağlama, bunları satın alma ve kiralama giderleri ile işin yapılacağı yere getirilme giderlerinin de kural olarak yüklenicide olacağını belirtmiştir. Yargıtay da bir kararında bu yönde karar vermiştir: “...*Aksine adet ve sözleşme olmadıkça, yüklenici, imal olunacak şeyin icrası için gereken vasıtaları, alet ve edevatı kendi masrafı ile tedarik etmeye mecburdur...*”¹⁰².

Daha önce de vurguladığımız üzere, Roma hukukunda malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi büyük önem arz ederdi. Günümüzde ise Türk hukukunda, TBK m. 472'de, malzemeyi kimin temin etmesi gerektiğine dair

⁹⁵ SOMER, s. 86.

⁹⁶ ROBY, s. 175.

⁹⁷ DI MARZO, s. 445, (D. 18, 1, 20. D. 19, 2, 22, 2).

⁹⁸ SOMER, s.77.

⁹⁹ TANDOĞAN, s.104; EREN, Borçlar Özel, s. 616; SELİMOĞLU, s. 94.

¹⁰⁰ VELİDEDEOĞLU, H. V./ÖZDEMİR, R.; Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Ankara, 1987, s. 569; EREN, Borçlar Özel, s. 615; SELİMOĞLU, s. 94.

¹⁰¹ SOMER, s. 77.

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

bir açıklama mevcut değildir; bu sebepten, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bakılarak yorum yapılmalıdır. Eğer sözleşmede de taraflar bu konuda bir belirleme yapmamışlarsa, malzemenin, iş sahibi tarafından temin edilmesinin kabulü uygun olacaktır¹⁰³. Malzemeyi kimin temin ettiği hususu, yüklenicinin sorumluluğunun derecesini değiştirdiğinden önem taşımaktadır; zira malzemeyi yüklenici temin ettiyse, TBK m. 472/1'de, “Yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur” ifadesi yer alırken, EBK m. 357/1'de, yüklenicinin, “malzemenin iyi cinsten olmaması” sebebiyle iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir. TBK 472/2'de ise bu durumun aksine malzemenin, iş sahibi tarafından sağlanmış olması durumu düzenlenmiş ve yüklenicinin malzemenin artırı ile yükümlü olacağı belirtilmiştir. Bu şekilde iş sahibi tarafından malzemenin sağlanması hali, yükleniciye, TBK m. 472/3 gereği, ek yükümlülük getirerek genel bir ihbar yükümlülüğü getirmektedir; yüklenici, bu ihbar yükümlülüğünü yerine getirmezse, bundan doğacak zararlardan TBK m. 112 gereğince sorumlu olacaktır¹⁰⁴.

Günümüz hukukunda, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması, onun malzemeleri doğrudan yükleniciye teslimi, iş sahibinin kendisinden malzemeleri satın aldığı üçüncü kişinin teslimi veya iş sahibinin ad ve hesabına yüklenici tarafından başkalarından satın alınma şekillerinde karşımıza çıkabilir. Bizzat iş sahibinin teslimi dışında kalan hallerde, kanun icabı, iş sahibinin temsilcisi olarak hareket edilir¹⁰⁵. Hukukumuzda kural yüklenicinin malzemeyi karşılaması olduğundan, iş sahibi tarafından temini halinde yükleniciye bazı mükellefiyetler yüklenmiştir. Zira yüklenici, malzemeleri özenle kullanma, hesap verme ve artırı kısımları iade borcu altında olacaktır¹⁰⁶, işin devamı sırasında, iş sahibinin verdiği malzemenin veya arsanın ayıplı olduğu anlaşılır veya işin gereği gibi veya zamanında ifa edilmesini tehlikeye sokacak durumlar ortaya çıkarsa, yüklenicinin, iş sahibine bunları bildirme zorunluluğu, yani ihbar külfeti söz konusu olacaktır¹⁰⁷.

SONUÇ

Roma hukukunda eser sözleşmesi, yüklenicinin, iş sahibinin vereceği ücret karşılığında ve iş sahibi tarafından verilen bir malzeme ile bir sonucu, eseri meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir. Roma

¹⁰³ TANDOĞAN, s. 105; EREN, Borçlar Özel, s. 617.

¹⁰⁴ TANDOĞAN, s. 112; EREN, Borçlar Özel, s. 619-620.

¹⁰⁵ ARAL/AYRANCI, s. 333.

¹⁰⁶ TBK m. 472/2.

¹⁰⁷ ARAL/AYRANCI, s. 333; EREN, Borçlar Özel, s. 617-618; SELİMOĞLU, s. 99-100.;TBK m. 472/3.

hukukunda da günümüz Türk hukukunda da *locatio conductio* sözleşmeleri, rızai sözleşmeler grubu içerisinde incelenir; dolayısıyla salt tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde uyuşması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir.

Roma hukukunun klasik devrinde ele geçirilen hiçbir kaynaktan eser sözleşmesinin tanımı mevcut değildir. Esasen bunun mevcut olmayışı, Roma döneminde yadırganacak bir husus teşkil etmezdi; zira Romalı hukukçular genellikle unsurları belirtmekle yetinmişler ve tanım yapmaktan kaçınmışlardır. Bu, *locatio conductio* sözleşmeleri açısından da geçerliydi. Bu tip akitlerde genel olarak, sözleşmenin taraflarından birisinin kendisine sunulan hizmet, kullanılan eşya veya inceleme konumuzda olduğu gibi, bir eser için ücret ödeme borcu altına girdiği görülmektedir. *Locatio conductio* sözleşmeleri açısından oldukça kısıtlı olan Roma hukuku kaynakları, bize, *locatio conductio* sözleşmelerinin esasen bir çatı altında toplandığını; ancak günümüzdeki üçlü ayrımın (kira, hizmet, eser) Roma dönemindeki uygulamalara ve sonradan da müşterek hukuk (*common law*) çalışmaları ile tanımlandığını ve günümüzdeki halini aldığını göstermektedir. Eser sözleşmeleri, hem Roma hem de günümüz hukukunda borç doğuran, ivazlı, sinallagmatik ve rızai akitler olup; öğretilerde tartışmalı olmasına karşın, bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca ani edimli sözleşmelerdendir.

Roma döneminde, eser sözleşmesinin kurulması için *sine quo non* olan unsur, malzemenin iş sahibi tarafından verilmesidir. Günümüzde yüklenici veya iş sahibi tarafından temin edilmesi herhangi bir önem taşımamaktadır. Oysa Roma hukukunda, malzemeyi yüklenicinin sağlaması halinde artık eser sözleşmesi değil, satış sözleşmesi gündeme gelirdi. Bunun yanında sonucun yüklenici tarafından üstlenilmesi ve eser meydana getirildikten sonra teslim edilmesi de sözleşmenin tamamlanması için gereken bir unsurdu. Günümüzde de tarafların bu yükümlülüğü devam etmektedir.

Tarafların borçları incelendiğinde, eser sözleşmesi sinallagmatik bir sözleşme olduğundan her iki tarafın da birbirine karşı borcu mevcuttu. İş sahibinin en karakteristik borcu, günümüzdeki gibi Roma hukukuna paralel olarak bedel ödeme borcuydu ve bu bedel her zaman bir semene ilişkin olmalıydı (istisnası hasılat kirasıdır). Buna ek olarak Roma hukukunda, iş sahibine malzemeyi temin etme borcu getirilmişti. Günümüz Türk hukukunda bu unsur tarafların iradesine bırakılmış olup emredici nitelik taşımaz.

Eser sözleşmesinin günümüzdeki modern hali ve Roma hukukundaki durumu arasında büyük benzerlikler olmasına karşın; en büyük farklılığın, Roma hukukunda malzemenin muhakkak iş sahibi tarafından karşılanması gerekmesi olduğunu görüyoruz.

KAYNAKÇA

- ARAL, F./AYRANCI, H.; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, 2012.
- BAYGIN, C.; Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999.
- BİLGE, N.; Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- BUCKLAND, W.W.; A Textbook of Roman Law (Textbook), Cambridge, 2008.
- BUCKLAND, W.W./ McNAIR, A. D; Roman Law and Common Law, Cambridge, 1963.
- CARCOPINO, J.; Daily Life in Ancient Rome, Pelican, 1956.
- DI MARZO, S., Roma Hukuku (Çev.: UMUR, Z.), İkinci Baskı, İstanbul, 1959.
- DU PLESSIS, P. J.; Letting and Hiring in Roman Legal Thought 27 BCE- 284 CE, Edinburgh, 2012.
- EREN, F.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Genel), 18. Baskı, Ankara, 2015.
- EREN, F.; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Borçlar Özel), 2. Baskı, Ankara, 2015.
- 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.
- FRIER, B., W.; Landlords and Tenants in Imperial Rome, 1980.
- GÜMÜŞ, M. A.; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, İstanbul, 2014.
- HONIG, Richard; Roma Hukuku, (Çev.: Şemseddin TALİP). İstanbul, 1938.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.; Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara, 1976.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.; Roma Eşya Hukuku, Ankara 2000
- KARAGÖZ, H.; Hukuk Kuralı (*Regula Iuris*) Kavramı, İstanbul, 2010.
- KASER, M.; Roman Private Law, Hamburg, 1964.
- KOSCHAKER, P./ AYİTER, K.; Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1977.
- KURAL, O.C./KILIÇBAY, E./İZMİR, H.; İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1988.
- LEE, R. W.; The Elements of Roman Law, 4th edition, London, 1956.
- LIVIOUS, T., The History of Rome, Books 1-8, 2008.
- MAYER-MELY, T.; *Locatio Conductio*, Viyana, 1956.
- NICHOLAS, B.; An Introduction to Roman Law, Oxford, 2010.

- RADO, T.; Gaius Institutiones Borçlar Kısmı (*Institutiones*), Ankara, 1953.
- RADO, T.; Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku (Borçlar Hukuku), İstanbul, 1997.
- ROBY, H. J.; Roman Private Law, Vol. II, Cambridge, 1902.
- SCHULZ, F.; Classical Roman Law, Oxford, 1992.
- SELİMOĞLU, Y. E.; Eser Sözleşmesi, Ankara, 2015.
- SOMER, P.; Roma Hukukunda İstisna Akdi (*Locatio Conductio Operis*), Derin Yayınevi, İstanbul, 2008.
- TAHİROĞLU, B.; Roma Borçlar Hukuku; İstanbul 2000.
- TANDOĞAN, H.; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. II, İstisna ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, 1989.
- TÜREGÜN, N. ; FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996), s.249-285.
- UMUR, Z.; Iustinianus Institutiones (*Institutiones*), İstanbul, 1983.
- UMUR, Z.; Roma Hukuku Ders Notları (Ders Notları), Beta Yayınları, Tıpkı 3. Basım, İstanbul, 2010.
- UMUR, Z.; Roma Hukuku Lugatı (Lugat), İstanbul, 1983.
- UYGUR, T. ; Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C.5, Ankara 1993.
- VELİDEDEOĞLU, H. V./ÖZDEMİR, R.; Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Ankara, 1987.
- WATSON, A.; The Law of Obligations in the Later Roman Republic; Oxford, 1995.
- WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 2, University of Pennsylvania Press, 1998.
- WATSON, A.; The Digest of Justinian, Vol. 3, University of Pennsylvania Press, 1998.
- YAVUZ, C.; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, İstanbul, 2014.
- ZEVKLİLER, A./ GÖKYAYLA, E. ; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, 2013.
- ZIMMERMANN, R.; The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996.

