

## İSTISNA SÖZLEŞMESİ VE BAZI İŞGÖRME SÖZLEŞMELERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN (\*)

### I — İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

İstisna Sözleşmesi BK.nun 355 - 372. m.leri arasında düzenlenmiştir. İstisna Sözleşmesinin tanımı, Kanunda «İstisna, bir akiddir ki, onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder» şeklinde yapılmıştır.

Sözleşmeye ad olarak verilen kelime Arapça'dan gelme bir kelime-dir. İstisna, sanat ve maharet emeği sarfederek bir şeyi meydana getirmek demektir (1).

Sözleşmenin adı mehzaz kanunun Fransızca metninde «contrat d'entreprise» (taahhüt sözleşmesi) Almanca metninde «werkvertrag» (eser sözleşmesi)'dir. Türk Borçlar Kanununda ve Türk doktrininde çoğunluğun benimsediği isim «istisna (akid) sözleşmesi'dir.». Son zamanlarda istisna sözleşmesi yerine eser (yapıt, yapım) sözleşmesi ismi kullanılmaya başlamıştır (2). Ayrıca aynı yazarlar «Müteahhit» yerine «ismarlanan» veya «yüklenici», «işsahibi» yerine «ismarlayan» kelimelerini kullanmaktadırlar.

İstisna Sözleşmesi, bir bedel karşılığında emek sarfederek ortaya bir eser çıkarma anlaşmasıdır. Sözleşmenin unsurları eser, imal, ücret ve anlaşmadır.

#### A) ESER

Bedeni veya fikri bir emek sonucunda ortaya çıkan hukuki varlık eserdir. Eserin maddi veya gayrimaddi oluşu niteliği tartışmalıdır. Bilhas-

(\*) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi.

(1) GÖKTÜRK, H. Avni, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara, 1951, s. 497.

(2) ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara, 1981 s. 301; TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. II. ÖBİ, İstanbul, 1977, s. 952; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, ÖBİ, C. 2. Ankara, 1977, s. 2.

sa İsviçreli yazarlar ve Türk yazarlardan Tandoğan ve Ayiter gayrimaddi eserlerin istisna sözleşmesi unsuru olamayacağı fikrindedirler (3).

Bu konuda, çoğunluk görüşü, eserin maddi veya gayrimaddi nitelikte olabileceğidir (4). Yargıtayın görüşü de bu yöndedir (5).

Sonuç olarak eser, insan emeğinin maddi veya gayrimaddi bir varlıkta tecessüm etmiş şeklidir.

## B) İMAL

Bir eser meydana getirme faaliyeti ve bu faaliyetin sonucunda istenilen eserin ortaya çıkarılmasına imal denilir. Kullanılan malzemenin emek ile yeni bir hüviyet kazanması imal kavramını oluşturur. Eserin meydana gelişinde emek ile malzemenin dengeli olması gerekmez; emeğin esere katkısı az olsa da bir imal işi vardır.

İmal ile ortaya çıkan eserin başlıbaşına varlığı olan yeni bir eser olması şart değildir. Mevcut bir eserin tamir edilmesi, tadil edilmesi veya yok edilerek ortadan kaldırıp yeni bir iktisadi değer meydana getirilmesi imal kavramı içerisindedir (6). Mesela, ayakkabı tamiri, elbise ütülenmesi, bir evin odalarında değişiklik yapılması ve mevcut bir binanın yıkılarak temizlenip kullanıma hazır bir arsa ortaya çıkarılması imal kavramındadır.

## C) ÜCRET

Ücret istisna sözleşmesinin kurucu bir unsurudur. İstisna sözleşmesi ivazlı sözleşmelerdendir. Karşılıksız olarak bir eser meydana getirmeye ilgili sözleşme istisna sözleşmesi olmayıp, alelade vekalet sözleşmesi olur (7).

Ücretin paradan gayri bir edim olması mümkündür. Karma nitelikli bir sözleşmede diğer sözleşmenin müteahhide yüklediği borç, istisna söz-

(3) AYİTER, Kudret, Sınai Tesislerin Kurulmasında Rastlanan Vekalet Akitleri, AÜHFD, C. XXX, s. 1-4 s. 269; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 16.

(4) GÖKTÜRK, H. A., a.g.e., s. 497; K., a.g.e., s. 953; ÖNEN, T., a.g.e., s. 302; ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979, s. 14; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku, ÖBİ, Ankara, 1971, s. 245.

(5) Yarg. 9. CD. E. 1981/725 K. 1981/898 T. 5.3.1981, YKD., C. 7. N. 1981, s. 7, s. 933.

(6) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 955; ÖNEN, T., a.g.e., s.

(7) TANDOĞAN, Halûk, İstisna Akdi Kavramı ve Benzeri Akitlerden Ayırıldılması, İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1973, s. 321; ERMAN, H., a.g.e., s. 19.

leşmesinin ücretli olarak kararlaştırılabilir. Genellikle arsa karşılığı daire yapımıyla ilgili sözleşmelerde müteahhidin ücreti, kendisine üzerinde inşaat yapılması için verilen arsanın bir kısmının ücretidir (8). Bu tür sözleşmelerde müteahhit belli miktar arsa payına isabet eden daireyi yapıp teslim etmeyi borçlanır; arsa sahibi de kendisine yapıp teslim edilen dairenin ücreti olarak, kendi payının dışındaki arsa payının mülkiyetini devreder.

Ücretin miktarı önceden ya götürü olarak veya yaklaşık olarak tesbit edilir. Ücretin önceden hiç tesbit edilmemiş olması sözleşmenin kurulmasına engel değildir (Bk. 366) (9).

#### D) ANLAŞMA

Bir eserin ortaya çıkarılması hususunda tarafların iradelerinin birleşmesi sözleşmenin meydana gelmesi için yeterlidir. Tarafların iradelerin açıklanması açık olabileceği gibi zimni de olabilir.

Genel olarak istisna sözleşmesi şekle bağlı değildir. Ancak 2490 sayılı kanuna tabi işlerin yapılmasında istisna sözleşmelerinin kuruluşu şekle bağlıdır. Bu kanunun 25. m.sine göre, istisna sözleşmesinin yazılı ve noterce tasdik ve tescil edilmesi gerekir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi 2490 sayılı kanuna tabi işlerle sözleşmenin eki sayılır.

Karma tipli sözleşmelerde edimlerden birini öngören sözleşme şekle tabi ise sözleşmenin bütünü de aynı şekilde yapılmalıdır. Mesela arsa karşılığı daire inşaatı sözleşmesinde, gayrimenkulün mülkiyetinin devri resmi yazılı şekle bağlı olduğundan sözleşmenin bütünü (istisna-satım) resmi yazılı şekilde olmalıdır (10).

### II — İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN MEYDANA GETİRDİĞİ SONUÇLAR

İstisna sözleşmesi karşılıklı borç doğuran sözleşmelerdendir. Sözleşmenin meydana gelmesi ile, taraflar karşılıklı olarak hak ve borç sahibi olurlar.

#### A) MÜTEAHHİDİN BORÇLARI

İstisna sözleşmesinde müteahhit bir eseri imal etmekle yükümlüdür. Eğer eser, maddi nitelik taşıyorsa, iş sahibine teslim edilmesi gerekir.

(8) SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s. 7.

(9) SELİÇİ, Özer, a.g.e., s. 7.

(10) SELİÇİ, Özer, a.g.e., s. 14.

Yani eser imal edilmekle beraber teslim edilmemişse müteahhidin borcu devam etmektedir. Müteahhit eseri ya bizzat kendisi veya kendi gözetim ve denetimi altında başkasına yaptırmalıdır. Müteahhit eseri imal için uygun zamanda işe başlamalı ve savsamadan devam ederek zamanında bitirmelidir. Müteahhit borcundan özenle imal ettiği eseri ayıpsız bir şekilde teslim etmekle kurtulur.

### 1. GENEL OLARAK

Borçlar Kanunu'nun 356 m.de müteahhidin genel borcu, hizmet sözleşmesine atıfta bulunarak işçinin borcuna göre tesbit edilmiştir. İşçinin borçlarını BK.nun 320 ve 321 m.leri, bizzat ifa ve özen gösterme olarak belirtmiştir.

Bizzat ifa borcu, istisna sözleşmesinde yapılan işin niteliğine göre, işçinin bizzat ifa borcundan daha esnek olup, duruma göre başkasının ifası da geçerlidir. Genel olarak borcun şahsen yerine getirilip getirilme-yeceği BK.nun 67. m.sine göre tayin edilir. Borçlar Kanunu'nun 67. m.sinin gösterdiği genel kural, borcun borçlunun dışındaki şahıslar tarafından da ifasının geçerli olacağıdır (11). Aynı maddenin gösterdiği istisna kural ise, borcun borçlu tarafından ifası alacaklının menfaatine ise, borçlunun bizzat ifası gereğidir. Yerine getirilecek edim borçlunun şahsına göre özellik kazanıyorsa ve bu özellik alacaklının menfaatine ise bizzat ifa gerekir (12).

BK.nun 356 m.si hükmü, BK.nun 67. m.sindeki kuralı tersine çevirerek, bizzat ifayı genel kural, başkasının ifasını da istisna kural haline getirmiştir (13). BK.nun bu hükmü müteahhidin yardımcı şahıs kullanmasına engel değildir. Müteahhit kendi iradesi ve gözetimi altında hareket eden yardımcı şahıs kullanabilir (14). İşin yapılmasında müteahhidin şahsi maharetinin önemi yoksa, eserin imalini bir üçüncü şahsa devredebilir. Eserin imali müteahhit tarafından devredilen bu şahsa alt müteahhit denir. Müteahhit ilgili eserin imalinde yeterli bilgi ve ihtisasa sahip değilse yardımcı kullanmak veya şartları varsa alt müteahhide devir bakımından sadece yetkili değil, aynı zamanda bu yola başvurmaya mecburdur (15).

(11) KILIÇOĞLU, Ahmet, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHF.D., C. XXXII, Yıl 1975, S. 1 - 4, s. 185.

(12) Von TUHR, Andreas, (Çeviren, EDEGE, Cevat), Borçlar Hukuku Umumi Kısım, 2. C., İstanbul, 1953, s. 514.

(13) KILIÇOĞLU, Ahmet, a.g.m., s. 188.

(14) Von TUHR., a.g.e., s. 514.

(15) KILIÇOĞLU, Ahmet, a.g.m., s. 189.

Müteahhidin eserin imalinde üçüncü şahıslarla ilgisi, üçüncü şahsın yardımcı olması veya alt müteahhit olması şeklinde olabilir. Birçok meslek sahipleri yanlarında çırak, kalfa, işçi gibi yardımcıları çalıştırmırlar. Bu tür yardımcıların varlığı çoğu zaman mesleklerin icabındandır. Bu bakımdan müteahhidin yardımcı şahıs kullanması, eseri kendisinin imal etmediği anlamını çıkarmaz. Yardımcının, eserin imalindeki katkısı eserin değerini ve vasfını düşürmemelidir. Eserin imalinde müteahhidin şahsı önemli ise ve yardımcı şahıs kullanmadığı zaman yardımcı şahıs kullandığı zamandaki eserden daha iyi bir eser imal edecekse, yardımcı şahıs kullanmamalıdır (16). Müteahhit yardımcı şahısları kendi gözetim ve idaresi altında olmak şartıyla ancak meydana gelecek eserin kalitesini düşürmemek şartıyla yardımcı şahıs kullanabilir.

Yardımcı şahısla müteahhit arasında bir taabiyet ilişkisi vardır. Bu ilişki müteahhide, yardımcıyı idare etme, gözetim ve denetim altında tutma yetkisi ve görevini vermektedir. Bu görevin yerine getirilmemesi, yani yardımcının iyi idare edilmemesi sonucunda doğan sorumluluk, BK.nun 100. m.sindeki yardımcı şahıslardan dolayı sorumluluk olmayıp, BK.nun 96. m.sine göre sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluktur. Müteahhit idare ve gözetim görevini yerine getirmesine rağmen yardımcının fiili bir zararı doğurmuşsa, müteahhidin sorumluluğu BK.nun 100. m.sine göre dir. Yardımcının fiili, iş sahibinden başkasını zarara uğratmışsa, müteahhit BK.nun 55. m.sine göre sorumludur. Yardımcının fiili aynı zamanda bir haksız fiil ise müteahhitle beraber yardımcı da sorumlu tutulabilir (17).

Müteahhit, yardımcı şahıs kullanma yetkisi yoksa, doğrudan doğruya BK.nun 96. m.sine göre sözleşmeye muhalefetten sorumludur.

Yardımcı, kusurlu olarak iş sahibine zarar vermişse, müteahhit yardımcıya rücu edebilir. Bu halde yardımcı ile müteahhit arasındaki münasebete bakılmalıdır. Eğer aradaki münasebet hizmet sözleşmesinden kaynaklanıyorsa, yardımcı işini yaparken BK.nun 321. m.sinde aranan özen borcuna uyup uymadığına bakılmalıdır.

Müteahhidin eseri imalinde başkalarının işe karışmaları, yardımcıya müracaatın yanında işin bir kısmının veya tamamının alt müteahhide devredilmesi yoluyla da olabilir.

Bütün işgörme sözleşmelerinde, işin yapılması ile ilgili ana kural, iş yapma borçlusunun, şahsen işi yapmasıdır. Ana kural bu olmakla bera-

(16) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48.

(17) KILIÇOĞLU, A., a.g.m., s. 193.

ber istisnaları da vardır. Hizmet sözleşmesinde BK.nun 321. m.sine göre sözleşmede hüküm varsa veya hal ve şartlara göre, işin yapılması başkasına devredilebilir. Aynı şekilde vekâlet sözleşmesinde de BK.nun 390/II. m.sine göre vekil, sözleşme ile başkasını yerine tayin etme yetkisine sahip olabilir veya hal ve şartlar bunu gerekli kılabilir veya adete göre başkasını tayin edebilir; bunların aksi halinde aldığı işi şahsen yapmaya mecburdur. İstisna sözleşmesinde de müteahhit BK.nun 356/II. m.sinin ikinci cümlesine göre «...işin mahiyetine nazaran şahsi meharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir.»

Kanunumuzda her üç sözleşme içinde istisnai kural olumsuz bir yolla ifade edilmiştir. Olumlu yolla ifade edilmek gerekirse BK.nun 356/II. m.si «müteahhit istisna sözleşmesinin mahiyetinin müsaade ettiği nisbette, eseri kendi hesaplarına bağımsız olarak çalışan alt müteahhit ve işçilere devredebilir.» şeklinde olur (18).

Çoğu zaman müteahhidin, imalini taahhüt ettiği eseri yalnız başına gerçekleştirmesine işgücü ve uzmanlığı yeterli olmaz. Müteahhit, eseri zamanında ve uygun bir şekilde teslim edebilmek için başkalarına müracaat etmek mecburiyetindedir. Müteahhidin müracaat ettiği bu şahıslar ya yardımcı vasfını taşır veya alt müteahhittirler.

Alt müteahhit, müteahhit tarafından eserin bir kısmının veya tamamının imal için devredilen, bağımsız ve kendi hesabına çalışan bir yardımcı şahıstır (19). Alt müteahhit ile asıl müteahhidin yardımcıları birbirinden farklıdır. Alt müteahhit ile asıl müteahhit arasında bağlılık unsuru olmadığı halde yardımcıları müteahhide bağlıdırlar. Yardımcılar kendi hesaplarına işgörmezler; alt müteahhit ise kendi hesabına çalışır. Müteahhidin idare ve gözetim görevi, yardımcıları üzerinde olduğu haldе; alt müteahhit üzerinde böyle bir görevi yoktur.

Yardımcı şahıslarla müteahhit arasındaki ilişki çoğu zaman bir hizmet sözleşmesinden kaynaklandığı halde, alt müteahhit ile müteahhit arasında istisna sözleşmesi vardır (20).

Müteahhit, eserin imalini alt müteahhide devredebilmesi için, böyle bir yetkiye sahip olması gerekir. Alt müteahhide devir yetkisi, BK.nun 356/II. m.sine göre sözleşmenin niteliğine göre belli olur. Halbuki hizmet sözleşmesinde ve vekâlet sözleşmesinde devir yetkisi, işin niteliğinden

(18) KILIÇOĞLU, A., a.g.m., s. 194.

(19) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 51.

(20) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 51.

başka, iş sahibinin muvaffakati ve hal şartlarına göre belli olur. Aynı kural-  
ların istisna sözleşmesinde de uygulanmasında bir engel yoktur.

İşin niteliği bazan işi bir başkasına bırakmaya kesinlikle imkân ver-  
mez. Bilhassa küçük el zanaatlarıyla ilgili istisna sözleşmelerinde işin alt  
müteahhitlere devrine, sözleşmenin niteliği uygun değildir (21).

Eserin imalinde müteahhidin şahsi meharetinin önemi yoksa veya  
işin niteliği müteahhidin üçüncü şahıslara da müracaatını gerekli kı-  
yorsa, BK.nun 356/II. m.sine göre genel olarak alt müteahhide devir yet-  
kisi vardır. Bilhassa büyük inşaat işlerinde, yapımı üstlenilen iş çeşitli  
uzmanlık alanları içerisine girer. Böyle bir işi üstlenen müteahhidin ese-  
ri bütün olarak şahsen imal etmesi çok zor hatta imkânsızdır. Eseri uy-  
gun bir durumda ve uygun zamanda meydana getirmek için müteahhit  
bir veya birden çok alt müteahhide işi kısım kısım devretme yetkisi söz-  
leşmenin niteliğinde saklıdır. Meselâ bir binanın yapımını üstlenen müte-  
ahhit, binanın duvarlarının, sıva ve boylarının yapımını taşoramlara,  
elektrik, su ve gaz tesisatının kurulmasını başka bir alt müteahhide dev-  
redebilir.

2490 sayılı Kanuna tâbi işlerle ilgili istisna sözleşmelerinde, AEİK.nun  
58. m.si «Mukaveleye bağlanan madde veya hizmet ait olduğu vekâlet  
veya dairenin muvaffakati olmadıkça başkasına devredilemez. Aksi tak-  
dirde mukâvele bozulur. Ancak mesuliyet kendi üzerinde kalmak şartı-  
yla ortak olabilir ve işi başkasına işletebilir.» hükmünü getirmiştir. İdare,  
karşısında ihale sonucu yapılan sözleşmenin ifasından sorumlu bir mü-  
teahhit görmek ister (22). Müteahhit, sözleşmenin sorumluluğunu de-  
ğiştirebilecek bir davranış içine giremez. Sözleşmenin getirdiği sorumlulu-  
ğu değiştirebilecek, ifa tarzı sözkonusu ise idarenin yazılı müsaadesi  
alınmalıdır; aksi takdirde idare sözleşmeyi, sözleşmeye aykırılık sebebiy-  
le feshedebilir (23).

2490 Sayılı Kanuna tabi işlerde, BİGŞ, idare ile müteahhit arasındaki  
sözleşmenin ekidir. BİGŞ'nin 12. m.sine göre, müteahhit imalini yüklen-  
diği eseri kısmen dahi alt müteahhide devredemez. Devredebilmesi için ida-  
renin yazılı muvaffakati gerekir. Müteahhid'in, idarenin muvaffakat et-  
memesine rağmen işi bir alt müteahhide devretmesi ve bu hareketin ida-  
renin de lehine olması halinde, BİGŞ'nin 12. m.sine göre sözleşmenin  
idarece feshi iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz (24). Bu devir işlemi müteah-

(21) KILIÇOĞLU, A., a.g.m., s. 195; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 23.

(22) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 33.

(23) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 33.

(24) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 33.

hidin uzmanlık sahasının dışında olmalı ve idarenin de menfaatına olmalıdır.

Devir yetkisi, işin niteliğinden başka sözleşme ile de tesbit edilebilir. Bu hüküm BK.nun 356/II. m.sinin, 320. m.ye yaptığı yollamadan anlaşılmaktadır. Ayrıca, müteahhidin bizzat ifa yükümlülüğü, kamu düzeninden olmadığı için aksi her zaman sözleşme ile düzenlenebilir. Buna göre işin niteliği müteahhide, bir başkasına devir yetkisi tanımasa bile sözleşme ile taraflar devir yetkisini kararlaştırabilir. Devir yetkisi, başlangıçta sözleşme yapılırken müteahhide verilebileceği gibi sonradan da tanınabilir. Sonradan verilen devir yetkisi, iş sahibinin tek taraflı bir irade açıklaması ile gerçekleşir. Bu irade açıklaması, açıkça olabileceği gibi zımni de olabilir. Müteahhidin işin imalini başkasına devir etmesine ses çıkarmayan iş sahibi, zımnen devir yetkisini tanımış sayılır (25).

İşin devri, bir yetki olduğu kadar görev de olabilir. Eserin imali bir uzman alt müteahhide devri gerekli kılıyorsa, bu yetki ile beraber görevi de müteahhide yüklemektedir. Borçlu müteahhidin ölümü halinde mirasçuları, işin niteliği müsaitse bir alt müteahhide devrederek eseri tamamlamalıdır.

BK.nun 356/I. m.sinin yollamasıyla, BK.nun 321. m.de işçiye yükletilen özen borcu müteahhide de yükletilmiştir.

Özen borcu, niteliği itibariyle bağımsız yani başlı başına bir borç olmayıp, herhangi bir borç edimine ait esas yükümlülüğün yanında tâli bir yükümlülük olarak asıl borç yükümlülüğünün ifası için gerekli fiil ve hareketlerin yapılmasına yönelmiş görevdir (26).

Özen borcu, müteahhidin, eserin imalinin çeşitli safhalarında yerine getirmekle yükümlü olduğu borçlarına bağlı olarak ortaya çıkar. Müteahhit, yardımcı şahıs kullanıyorsa bunların seçiminde, sevk ve idaresinde; işi alt müteahhide devretmişse, alt müteahhidin seçiminde; malzeme kendisi sağlamışsa, onların temininde; müteahhidin verdiği malzemenin istenilen işe uygun olup olmayacağının kontrolunda özenle hareket etmelidir.

Özen kavramı, borçlunun yerine getirmesi gereken edimin kendisinden beklenen ve borcun ifası için zaruri olan irade, âzim, itina ve dikkat gibi subjektif unsurlarla birlikte, görülen iş için borçlunun şahsiyetinde bulunması zaruri olan bedeni ve fikri özelliklerinin toplamını ifade eder.

(25) KILIÇOĞLU, A., a.g.e., s. 196.

(26) İZVEREN, Adil, İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, AD. Yıl 1953, s. 11, s. 1309.

Bunlardan birinin yokluğu ifa için zaruri olan özenin yokluğu demektir (27).

Müteahhitten beklenen özenin ölçüsü, işçinin göstermesi gereken özenden daha fazla ve ağırdır. Müteahhidin üzerine aldığı iş için gerekli uzmanlığı haiz olmadığı halde bu işi alması ve işin ifasında uzmanlara da danışmaması onun için bir kusur sayılmalıdır (28). Müteahhit işçiye nazaran, yapılacak işle ilgili olarak uzmanlaşmıştır; hatta müteahhidin iş uzmanlığını iş sahibi de ölçemez.

Müteahhidin özen borcunun kaynağı olan BK.nun 321. m.sinde, işçi için hafifletici sebep olan, iş sahibinin işçinin özellikleri hakkında bilgisi, istisna sözleşmesi tarafı olan müteahhit için uygulanamaz; müteahhit hakkında etraflı bilgi sahibi olması iş sahibine, kusur olarak yükletilip müteahhidin sorumluluğu azaltılamaz (29) Buna karşılık müteahhitten de teknik işler hariç normal işlerde, beklenen özen, benzer işlerde gösterilecek olan özendir. Bu tür işlerde, BIGŞ.'nin 7. m.nin son fıkrasına göre, tecrübeli ve uzman bir müteahhidin davranış tarzı beklenen özenin ölçüsü olarak kabul edilmektedir (30). Ayrıca müteahhit tacir sıfatını taşıyorsa TK.nun 20. m.si uyarınca basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır (31). Bilhassa işin kabulü esnasında, eseri uygun bir vaziyette imal edip edemeyeceğini araştırmalıdır. Araştırma borcu özen borcunu da yan borç olarak, müteahhide yükler.

Özen borcunu yerine getirmeme sözleşmeye aykırılık sorumluluğunu doğurur. Yeterli özeni göstermeyen müteahhit bu yüzden doğan zararlara katlanır. Özen borcunun yerine getirilip getirilemediğini tayin bakımından işin sonunu beklemek iş sahibi için mahzurlu olduğu takdirde iş sahibi, ihtarla işin özenle yapılması, aksi takdirde masrafları müteahhide ait olmak üzere işin başka birine devredeceğini bildirebilir (BK. 358). Bundan başka özensiz imalden dolayı sözleşmeye aykırılıktan dolayı iş sahibi sözleşmeyi bozabilir.

Müteahhidin genel sorumluluğunun içinde iş araçlarını temin borcu da vardır. İş araçlarından maksat, BK.nun 356/III. m.sinde «...şeyin icrası için lazım olan vasıtaları ve alet ve edavatı...» şeklinde bahsedilen, imal edilen eserden ayrılabilen ve duruma göre müteahhidin mülkiyetinde kalan araçlardır.

(27) İZVEREN, A., a.g.m. s. 1310.

(28) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 39.

(29) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 988.

(30) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 94.

(31) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 39.

Müteahhidin iş araçları ile ilgili borcu, aynı konuda işçinin borcu ile tam tersinedir. İş araçlarının temini, hizmet sözleşmesinde iş sahibine bırakılmışken, istisna sözleşmesinde müteahhide yükletilmiştir. İş araçlarının temini yükümlülüğü, hizmet sözleşmesi ile istisna sözleşmesinde tersine olmasının sebebi işçi ile müteahhidin sosyal ve hukuki durumlarındaki farklılığın bir sonucudur; işçinin çoğu zaman emeğinden başka iktisadî bir değeri olmazken, müteahhidin sermaye ve üretim araçlarına sahip olması gerekir (32).

İş araçlarını temin masrafları da müteahhide aittir. Masraflar iş araçları için yapılan, satınalma, kiralama ve taşıma harcamalarının bütünüdür.

İş araçlarının kullanılmakla tükenen cinsten olması onun iş araçlarından sayılmasına engel değildir. Meselâ bir eserin imalinde kullanılan enerji ve patlayıcı madde de iş araçlarındandır.

Müteahhit iş araçlarını temin borcundan iki halde kurtulur. Birincisi sözleşme ile bu borç iş sahibine bırakılmış olabilir. İkinci olarak da iş araçlarının temini, uygulanı gelen adette iş sahibine bırakılmış olabilir.

## 2. İMAL EDİLEN ESERE İLİŞKİN OLARAK

Eseri meydana getirmek için kullanılan malzeme, bu malzemeyi işlemek için kullanılan iş araçlarından farklıdır. İş araçlarının, gelde müteahhit tarafından, istisna olarak da sözleşmede veya adette hüküm varsa iş sahibi tarafından temin edileceği BK.nun 356/III. m.sinde belirtilmiştir. Eserde kullanılacak malzemenin ise kimin tarafından temin edileceği kanunda açıkça belli edilmemiştir.

BK.nun 357 m.de, müteahhidin kullanılan malzemenin iyi cinsten olmaması halinde satıcı gibi sorumlu olacağı genel kural olarak belli edilmiştir. Aynı maddenin II. ve III. fıkraları ise malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi halinde, müteahhide, özenle kullanmak, malzemeyle ilgili olarak hesap vermek ve verilen malzemede bir kusur varsa bunu derhal iş sahibine ihbar etmek borcunu yüklemiştir. Maddenin ifadesinden de anlaşılacağı gibi malzemenin iş sahibi tarafından temini hali özel bir durum olarak gözönüne alınmıştır. O halde sözleşmede ve adette aksi-ne bir hüküm yoksa malzemeyi müteahhit temin edecektir (33). BİGŞ.'nin 20. m.de müteahhide iş araçları ile birlikte malzemenin de temini borcu yüklenmiştir.

(32) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 56.

(33) BİLGE, N., a.g.e., s. 250; AKGÜN, M. Zerrin, İstisna Akdi, AD. Yıl 1953, S. 9, s. 964, aksini söylemektedir.

Müteahhidin kullanılan malzemeye ilişkin olarak sorumluluğu BK.nun 357. m.sinde malzemenin müteahhit veya iş sahibi tarafından temin edilmesine göre ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Malzemeyi müteahhit temin etmişse bununla ilgili sorumluluğu satıcının sorumluluğu gibidir (BK. 357/1.). Satıcı satmış olduğu malın maddi ve hukuki ayıplarından sorumludur. Aynı şekilde müteahhit de imal ettiği eserde kullandığı malzemenin maddi ve hukuki ayıplarından dolayı sorumlu olacaktır.

İşlenen malzemenin başkasına ait olması halinde MK.nun 699. m.sine göre hukuki taşıyıcıdan dolayı, ortaya çıkan eserin mülkiyeti kullanılan malzemenin mülkiyetini ortadan kaldırarak ve dolayısıyla bir zapt sözleşmesi olamayacaktır (34). Bu bakımdan hukuki ayıp istisna sözleşmelerinde hemen hemen yok gibidir.

BK.nun 357/1. fıkrası müteahhide iyi cins malzeme kullanma borcu yüklemektedir. Müteahhit malzemeyi özenle seçerek temin etmelidir. İmalatta kullanılacak malzemenin cins ve kalitesi sözleşmeyle belirtilmişse, müteahhit bundan başka malzeme kullanamaz. Malzemenin kalitesi ile ilgili bir sözleşme hükmü yoksa, müteahhit iyi kalitede, normal standardın altına düşmeyen malzeme seçmeli; buna karşılık kararlaştırılmamışsa lüks malzeme istenmemelidir (35).

Kullanılan malzemedeki ayıba müteahhit sebep olmuşsa, müteahhide BK.nun 194 - 207. m.lerinde düzenlenen satıcının sorumluluğu hükümleri uygulanmalıdır. Malzemedeki ayıba müteahhit sebep olmamakla beraber, özenle seçseydi ayıblı malzemeyi kullanmayacak idi ise yine aynı hükümlere göre müteahhit sorumlu olmalıdır.

Buna karşılık müteahhidin özenle seçmesine rağmen malzemede bozukluk varsa bundan müteahhit sorumlu olmamalıdır; çünkü müteahhit ile malzemeyi tedarik ettiği şahıslar arasında hiçbir hukuki bağ olmadığından müteahhidi sorumlu tutmamak gerekir (36).

Malzeme iş sahibi tarafından temin edilmişse, müteahhit derhal malzemeyi kontrol ederek işe uygun olup olmadığını tesbit etmelidir. İş sahibi konunun uzmanı olmadığından malzeme seçiminde hataya düşebilir. Müteahhit kontrolden sonra tesbit ettiği ayıpları iş sahibine bildir-

(34) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 58; BİLGE, N., a.g.e., s. 250.

(35) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 90.

(36) TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. I., Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s. 999; Tandoğan aksi fikri savunarak, kendi imali olmayan malzemedan müteahhidin seçimde kusuru olmasa bile sorumlu tutulması gerektiğini söylemektedir. bkz. TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 39.

meldir; ayıp işin devamı sırasında çıkması halinde de ihbarda bulunmalıdır (37). Müteahhit, ihbara rağmen iş sahibi kusurlu malzemenin kullanılması hususunda ısrar ederse sorumluluktan kurtulur.

Malzemenin dışında, işin gerçekleşmesinin gecikeceği veya tehlikeye düşeceği bir hal ortaya çıkarsa, müteahhit derhal işsahibini uyararak onun talimatını beklemelidir (BK. 357/III) (38). Aksine davranışı, müteahhidi BK.nun 96. m.sine göre sorumlu kılar.

Müteahhit kendisine verilen malzemeyi özenle kullanmalı onun zayı olmasına engel olacak tedbirleri almalıdır. Malın sigorta ettirilmesi müteahhidin borçlarından değildir; ancak gerekli ise iş sahibini bu konuda uyarmalıdır (39). Malzemeyi özenle kullanma saklama borcu kapsamı içine tamir için verilen şeyler de dahildir (40).

Müteahhit kullandığı malzeme ile ilgili olarak iş sahibine hesap vermek mecburiyetindedir. Malzemeyle ilgili olarak müteahhit vekil gibi sorumludur (41); artanı iade etmek zorundadır (BK.357/II).

### 3. SÖZLEŞMEYE UYGUN OLARAK İŞE BAŞLAMA VE BİTİRME

Borçlar Kanunu'nun 358. m.si müteahhide, işe zamanında başlayıp, devam ederek, bitirme borcu ile eserin istenilen vasıflara uygun olarak imali borcunu yüklemiştir. Bu madde ile müteahhidin borcu, zamanla ve eserin vasfı ile ilgili olarak iki gruba ayrılmıştır. Bu borçlara aykırılık ayrı ayrı olabileceği gibi birarada da bulunabilir.

Müteahhidin zamanla ilgili borcu, işe başlamada, devam etmede ve bitirerek teslimde uyması gereken zaman aralığındaki imalat faaliyetidir.

Müteahhidin işe başlayacağı an sözleşme ile kararlaştırılmış olabilir. Sözleşmede bu konuda bir açıklık yoksa, halin icabına ve mevcut âdete göre başlama anı tesbit edilir (42). İşe başlama zamanını, taraflar açık olarak veya zımnen tayin edebilirler. İşe başlama zamanı, taraflarca kararlaştırılmamış olması, halin icabı ve adete göre de belli edilememesi hallerinde, BK.nun 74. m.si gereğince müteahhit derhal işe başlamalıdır (43).

(37) GÖKTÜRK, H. A., a.g.e., s. 500.

(38) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 61.

(39) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 999.

(40) TANDOĞAN, H., s. 60.

(41) MARTEN Alfret, (t. ç. Ahmet Cevat) Borçlar Kanunu Şerhi, Umumi Nazariyeleri, Ankara, 1936, s. 445, TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1000.

(42) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 967.

(43) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 487; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1005.

Müteahhidin zamanında işe başlamaması, eserin teslim zamanının kararlaştırılıp kararlaştırılmaması hallerine göre incelenmelidir. İşe başlama zamanının kararlaştırılmaması halinde iş sahibi, derhal işe başlaması için ihtarında bulunabilir ve buna rağmen işe başlamazsa BK.nun 106. m.sine göre mehil vererek müteahhidi temerrüde düşürebilir (44). İşe başlama ve mehil tayini aynı anda yapılabilir. BK.nun 107. m.sindeki hallerden biri varsa mehil tayinine gerek yoktur. Müteahhit mehile rağmen işe başlamaz veya BK.nun 107. m.sindeki hallerden biri varsa mehil tayinine gerek yoktur. Müteahhit mehile rağmen işe başlamaz veya BK.nun 107. m.sine göre mehil tayinine gerek yoksa iş sahibi BK.nun 106. m.sindeki seçimlik haklarından birini kullanabilir.

İş sahibi, BK.nun 106. m.sindeki genel hükümlere göre sözleşmeyi feshetmek isterse, 107. m.deki hallerden biri yoksa, borçluya ifa için münasip bir süre vermelidir.

Müteahhide, BK.nun 358/I. m.siyle işe zamanında başlama, borca aykırı biçimde işin icrasını geciktirmeme ve teslim tarihi kararlaştırılmışsa bu tarihte işi bitirme borcunu yüklenmiştir. Müteahhidin bu borçlara uymaması halinde iş sahibi, BK.nun 358/I. m.sine göre sözleşmeyi feshedebilir. İş sahibinin sözleşmeyi feshedebilmesi için, işin zamanında bitirilip teslim edilemeyecek durumda olması ve bu gecikme iş sahibinin kusurlu davranışından kaynaklanmaması gerekir. Böyle bir halin ortaya çıkmasıyla iş sahibi, sözleşmeyi erken feshedebilir (45).

İşin imali sırasında müteahhidin gerekli özeni göstermeyeceği, ayıplı olarak veya sözleşmeye aykırı olarak imal edeceği önceden anlaşılırsa, iş sahibi, bunlara mâni olmak için müteahhide uygun bir süre vererek veya yetkili mercie süre tayin ettirerek bu süre içinde gerekenlerin yapılmasını, aksi takdirde masrafları müteahhide ait olmak üzere işi başka birine devredeceğini ihtarla bildirebilir (BK. 358/II.). Bu hüküm, sözleşmenin feshini öngörmemektedir. İş sahibi üçüncü şahsın seçiminde serbest olmakla beraber özensiz davranışından sorumludur (46). İş sahibinin bu sorumluluktan kurtulabilmesi için üçüncü şahsı, yetkili bir mercie seçtirmesi doğru olur (47).

(44) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 82; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 66; TUNÇOMAĞ, K. a.g.e., s. 1005.

(45) Yarg. TD. E. 2605 K. 2806 T. 12.11.1959, bkz. OLGAÇ, Senai, Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 3., Ankara, 1977, s. 912.

(46) GÜCÜN, C. Abdurrahim, Nazari ve Ameli Hukuk Davaları II, İstanbul, 1946, s. 726.

(47) MARTEN, A., a.g.e. s. 440.

#### 4. AYIBA KARŞI GARANTİ BORCU

Eserin ayıplı olarak yapıldığı imalat esnasında anlaşıldığı takdirde, iş sahibi ya sözleşmeye aykırılıktan dolayı sözleşmeyi fesheder (48) veya BK.nun 358/II. m.sine göre mehil verip bu da sonuçsuz kalırsa imalatı üçüncü şahsa tevdi edebilir.

Müteahhidin eserin ayıplarından sorumlu olabilmesi için eserin, teslim edilmesi, ayıplı (bozuk, kusurlu) olması ve iş sahibinin ayıbı ihbar etmesi gerekir (49).

##### a) İsbat

Eserin ayıplı olduğunun ispatı, genel kurallara göre (MK. 6), iş sahibine düşmektedir. İş sahibi, eseri teslim aldıktan sonra uygun bir zamanda ve makul bir sürede muayene ve ihbar etmelidir. Eseri muayene ederken tedbirli bir şahıs gibi davranmalı, gerektiğinde bilirkişiye başvurmalıdır. İş sahibinin BK.nun 360. m.deki haklarını kullanabilmesi için ihbar yükümlülüğünü yerine getirebilmesi, eserdeki ayıpların bilinmesine bağlıdır. Eserdeki ayıplar dört gruba ayrılabilir; bunlar normalde açıkça görülebilenler, muayene sonucunda anlaşılabilenler, gizlenmiş ayıplar, sonradan açığa çıkan ayıplardır.

Açıkça görülen ayıpla normal bir muayene sonucu anlaşılabilen ayıplar müteahhide ihbar edilmediği takdirde artık eser teslimdeki haliyle kabul edilmiş sayılır.

Muayene zamanı teslimle başlamakla beraber, işin niteliği teslimle muayene zamanı arasını uzatmış olabilir. Meselâ yaz şartlarında kullanılmak üzere imal ettirilen bir soğuk hava deposu, kışın teslim edilmişse ancak yazın muayene edilebilir.

Muayene sonucunda veya sonradan ortaya çıkan ayıpları iş sahibi derhal müteahhide bildirmelidir (50).

Muayene ve ihbar yükümlülüğü, iş sahibi için bir borç olmayıp müteahhidin sorumluluğunun bir şartıdır (51). Bu şartları yerine getirmeyen iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır ve müteahhit sorumluluktan kurtulur.

Muayene ve ihbar müddetinin sözleşme ile uzatılıp kısaltılması ve hatta müteahhidin sorumluluğunun kaldırılması da mümkündür (52).

(48) Bkz. Yukarıda s. 147.

(49) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 71; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 133.

(50) Yarg. 15. HD. E. 1480, K. 1316, T. 24.10.1974, OLGAÇ, S., a.g.e., s. 915.

(51) OLGAÇ, S., a.g.e., s. 915.

(52) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 970.

BK.nun 359/II. m.sine göre eserin ayıbı ile ilgili olarak her iki taraf da bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Bilirkişi incelemesi bir çeşit delil tesbiti niteliğindedir. Bu fıkraya göre yaptırılacak delil tesbiti için mahkemeye başvurulmalıdır (53). Tarafların özel olarak yaptırdıkları incelemeler ise delil tesbiti niteliğinde olmayıp özel bilgi edinme olur. BK.nun 359/II. m.sine göre mahkemeden istenecek bilirkişi raporundan amaç ise ayıpların tespit edilerek gerektiğinde delil olarak kullanılmasıdır (54).

Hukukumuz da delil tesbiti işlemi HMUK.nun 368. ve devam eden maddelerinde gösterilmektedir. Taraflar isterlerse, HMUK. 368. ve devamı maddelere göre veya BK.nun 359/II. m.sine göre delil tespitini isteyebilirler. Her ne kadar aynı konuda hem HMUK.na göre hem de BK.na göre delil tesbiti dâvası açılabilir ise de HMUK. aradığı şartların olmaması halinde de BK.na göre dâva açılabilir.

#### b) Eserin Ayıplı İmali Halinde İş Sahibinin Hakları

Eseri muayene ederek ayıbını ihbar eden iş sahibinin sahip olduğu haklar, alıcının ayıba karşı haklarına benzemekte ise de istisna sözleşmesinin özelliğinden dolayı biraz farklıdır. Satım sözleşmesinde satılanın ayıplı olması halinde alıcı, sözleşmeyi, feshedebilir, ücret indirimi isteyebilir veya ayıplı olmayan birisi ile değiştirilmesini isteyebilir. İş sahibi de BK.nun 360. m.sine göre sözleşmeyi feshedebilir, ücret indirebilir veya müteahhidi tamire zorlayabilir. İş sahibinin hakları, alıcının haklarından farklı olarak seçimlik olmayıp, ancak belli şartlarda kullanılabilir.

Eser sözleşmeye aykırı olarak yapılmışsa, iş sahibinin kullanamayacağı derecede kusurlu ise ve adalet duygularına göre iş sahibi eseri kabule zorlanamayacaksa iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir. BK.nun 360/I. m.sinde kullanılan «o şeyi kabulden imtina edebilir.» ifadesi sözleşmenin feshinden başka bir şey değildir (55). Sözleşmenin feshi tek taraflı bir irade beyanı olup, karşı tarafa varmakla sözleşmeyi doğumundan itibaren geçersiz kılar.

İş sahibi, ufak tefek ayıplar sebebiyle sözleşmeyi feshedemez (56). Sözleşme ancak BK.nun 360/I. m.sindeki hallerde feshedilebilir. Sözleşmenin feshi için müteahhidin kusurlu olması şart değildir. Ayrıca sözleşmenin feshi sebebiyle iş sahibi bir zarara uğramışsa bunun da tazmini

(53) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 970; TANDOĞAN, H. a.g.e., s. 74; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 148.

(54) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 148.

(55) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 77.

(56) BERKİ, Şakir, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 1973, s. 145; Yarg. TD. E. 7720 K. 2980, T. 27.11.1959, OLGAC, S., a.g.e., s. 728.

İstenebilir. BK.nun 360/I. m.sinin ifadesi, müteahhidin kusurunun ispatını iş sahibine yüklemiş gibi görünmekte ise de BK.nun 96. m.sindeki ispat yükünün ters çevrilmesi için bir sebep bulunmamaktadır (57). Sözleşme, BK.nun 360. m.sindeki hallerden birine uygun olarak feshedildiğinde müteahhit, iş sahibinin bu yüzden uğradığı zararı tazmin edecektir. Müteahhidin zararı tazmin etmekten kurtulabilmesi için kendinin kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir.

Eserin ayıbı, sözleşmeyi feshedecek derecede ağır değilse iş sahibi, ya ücret indirimini talep edebilir veya müteahhidi tamire zorlayabilir. Müteahhidin ayıbı gidermek için yapacağı tamirat, fazla masrafı gerektirmemelidir. Tamir masrafının aşırı olacağı durumlarda, müteahhit tamire zorlanmamalıdır.

Sözleşmenin feshi sebebi olan ayıpla, ücret indirimi veya tamir sebebi ayıp birbirinden dikkatlice ayrılmalıdır. Ayırımında tarafların menfaatleri ve iyiniyet kurallarına göre yapılmalıdır (58).

İstisna sözleşmesinin konusu bir inşaat işi olur ve inşaat, iş sahibinin arsası üzerine yapılırsa, BK.nun 360/I. m.sindeki şartların varlığı ile sözleşmenin feshi halinde, müteahhit enkazı kaldırmak mecburiyetindedir. Enkazı söküp kaldırma masrafı, müteahhidi, çok fazla zarara uğrattıysa iş sahibi sözleşmeyi feshedemez. Böyle durumlarda BK.nun 360/II. m.sine göre ya ücret indirimi veya tamirat talep edilebilir. Ayrıca bu sebepten dolayı iş sahibinin zararı olmuşsa o da tazmin edilmelidir.

#### c) İş Sahibinin Ayıplı İmalden Sorumluluğu (BK. 361)

İş sahibinin, müteahhidi ayıplı imalden dolayı sorumlu tutabilmesi için eserdeki ayıba kendisinin sebep olmaması gerekir.

İş sahibinin vermiş olduğu talimatlar, plan ve projeler eserin ayıplı olarak ortaya çıkmasına sebep olabilir. Yapılacak işin esas uzmanı müteahhittir. Muhakkak ki iş sahibi kendi aleyhine sonuç doğuracak hareketlerden kaçınacaktır; fakat eserle ilgili hareketlerin sonucunu da müteahhit kadar bilemez. Bu durumda müteahhit iş sahibini uyarmalıdır, aksi takdirde eserin ayıbından sorumlu olur. Müteahhidin uyarısına rağmen iş sahibi, talimatında, plan ve projelerde ısrar eder ve bu sebepten eser ayıplı olursa bundan müteahhit sorumlu olmaz; dolayısıyla iş sahibi BK.nun 360. m.sinde tanınan hakları kullanamaz.

(57) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 75.

(58) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 163.

#### d) Eserin Kabulü

Müteahhidin, eserin ayıblı imali sorumluluğundan kurtulma şartlarından biri de eserin iş sahibi tarafından kabul edilmesidir.

Eserin kabulü, iş sahibinin, teslim edilen eserin muayene edip ayıpsız bulması veya ayıplı olduğu halde BK.nun 360. m.sinde kendisine tanınan hakları kullanmaktan vazgeçmesidir (59).

Eser açıkça veya zımnen kabul edilebilir. Eserin teslim alınması kabul anlamına gelmez (60). Çünkü iş sahibi, ayıba karşı haklarını kullanabilmesi için BK.nun 359/1. m.sinde belirtildiği üzere eseri muayene edip varsa, ayıpları müteahhide ihbar etmelidir. İş sahibinin, bu yükümlülüğü yerine getirebilmesi için eserin kendisine teslimi gerekir. Zımnen kabul bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ile gerçekleşir. İş sahibinin muayene ve ihbarda bulunmaması zımnen kabul sayılır (61).

Eserin ayıblı, müteahhit tarafından gizlenmiş veya normal bir muayene ile anlaşılamiyorsa, eser kabul edilse bile ortaya çıkması ile ihbar edilmelidir. Aksi takdirde eser ayıblı haliyle kabul edilmiş sayılır (62). Sonradan anlaşılacak ayıbtan dolayı müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için ayıblı, müteahhit tarafından gizlenmiş veya normal muayene ile anlaşılamiyacak durumda olduğu ispat edilmelidir. İspat yükü iş sahibine aittir.

#### e) Zamanaşımı

Ayıba karşı iş sahibinin talep hakları için zaman aşımı süreleri yapılan eserin niteliğine ve müteahhidin niyetine göre farklıdır. Eserin menkul veya gayrimenkul olmasına göre ayrı ayrı ele alınması gerekir.

Eserin menkul olması halinde BK.nun 363/1. m.sinde yapılan atıfla BK.nun 207/1. m.sindeki bir yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir. Sürenin işlemeye başlama anı eserin teslim tarihidir. Sözleşmede müteahhidin bir yıldan daha fazla süre ile ayıba karşı sorumlu olduğu kararlaştırılmışsa kararlaştırılan süre geçerlidir. BK.nun 127. m.sinde zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceği gösterilmiştir. Halbuki BK.nun 207. m.sinde daha uzun süre satıcının sorumlu olabileceği dolayısıyla zamanaşımı süresinin uzatılabileceği ve hatta zamanaşımını uygulanmaz hale getirebileceği düşüncesi çıkabilmektedir. BK.nun 127. m.si de dikkate alınarak bu

(59) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 198.

(60) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 79; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 36.

(61) BİLGE, N., a.g.e., s. 261.

(62) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 975.

süre en fazla on yıl uzatılabilmelidir (63). Müteahhidin iş sahibi aleyhine açacağı davada, zamanında ihbar etmiş olmak şartıyla bir yıl geçse bile iş sahibi, eserin ayıbını def'i olarak ileri sürebilir (BK. 207/II. kıyasen).

Gayrimenkullerin mütemmim cüz'ü olan eserler için BK.nun 363/II. m.sinde zamanaşımı süresi 5 yıl olarak gösterilmiştir. Gayrimenkule aslen bağlı olmayan, barakâ ve kulube gibi inşaatlarla ilgili zamanaşımı süresi 5 yıl olmayıp 1 yıldır (64). Gayrimenkuller üzerindeki küçük tamiratlarla ilgili zamanaşımı süresi de 1 yıldır. Tamir ve tadil işlemleri eserin esasını ilgilendirdiği takdirde zamanaşımı süresi 5 yıldır (65).

İstisna sözleşmesinin konusu, ister menkul, ister gayrimenkul olsun müteahhidin kasıt ve hilesi ile ayıp gizli kalmışsa bir ve beş yıllık süreler uygulanmaz; on yıllık süre zamanaşımı olarak kabul edilir. On yıllık süre eserin tesliminden itibaren işlemeye başlar.

## B) İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI

İstisna sözleşmesi tam karşılıklı borç doğuran sözleşmelerdendir. Müteahhidin imal borcuna karşılık, iş sahibi ücret ödeme borcu altına girer. Ücret, istisna sözleşmesinin esaslı unsurlarından olup, ücretsiz imal taahhüdü sözleşmeyi, istisna sözleşmesi olma niteliğinden çıkarır. Ücret çoğunlukla paradır; paradan başka bir şey de olabilir (66).

Ücretin niteliği ve miktarı sözleşme ile kararlaştırılabilir. Eğer ücretin niteliği kararlaştırılmamış ve aksine örf ve adette de bir hüküm yoksa, ücret para olarak ödenmelidir. Ücretin miktarı başlangıçta kesin ve net olarak tayin edilmişse götürü ücret (BK. 365) sözkonusudur. Yaklaşık bir değer ücret olarak kararlaştırılıp sonradan kesin ücretin tayini yoluna da gidilebilir. Ücretin hiç kararlaştırılmamış olması sözleşmenin ücret unsurunu ortadan kaldırmaz; yeter ki, ücretsizlik kararlaştırılmamış olsun.

Ücretin ödenme zamanı, ya sözleşme ile kararlaştırılır veya BK.nun 364. m.sinde gösterilen usule göre tayin edilir.

## 1. ÜCRET ÖDEME VE ÜCRETİN MUACCELİYETİ

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde bir taraf karşı taraftan ifa talebinde bulunabilmesi için kendi borcunu ifa etmesi veya ifa etmeyi tek-

(63) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 83; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 211.

(64) SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 210.

(65) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 82.

(66) Bkz. aşağıda s. 156.

lif etmesi lâzımdır (BK. 81). İstisna sözleşmesinde müteahhid, ücret isteyebilmesi için imal ettiği eseri teslim etmelidir (BK. 364/I).

Müteahhidin eseri teslim etmesi ile sorumluluğu sona ermemekte, iş sahibinin muayenesi sonucunda eser ayıplı çıkar ve bu durum ihbar edilirse ayıbın derecesine göre müteahhit sorumlu olacaktır. Üstelik eserin kabulü, teslim ile gerçekleşmemekte, iş sahibinin teslimden sonra eseri muayene etmesi sonucuna bağlıdır. Eseri muayene etmeden teslim alarak ücreti ödeyen iş sahibi, muayene sonucunda eser, ayıplı çıkar ve bu yüzden reddederse ödemiş olduğu ücret tehlikeye girecektir. Buna karşılık kanunun hükmü de gayet açık olarak ücretin muacceliyetini teslim anı olarak göstermektedir (BK. 364). Öteyandan bazı eserlerin, teslim anı ile muayene anı arasında uzun bir süre de gerekli olabilir. Bu halde de müteahhidin mağduriyetini önlemek bakımından kanunun hükmü yerindedir.

Ücretin muacceliyetinin teslim anı olarak gösteren BK.nun 364/I. emredici bir kural olmadığından sözleşme ile bunun dışına çıkmak mümkündür. Sözleşmede, ücretin ödeme zamanı eserin kabulü anı olarak veya daha sonraki bir tarih olarak kararlaştırılabilir. Hatta önemli işlerde ücretin sözleşmenin yapıldığı anda veya eserin tesliminden önce ödeneceği de kararlaştırılabilir (67).

Eserin parçalar halinde teslimini öngören sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça her parçanın tesliminden sonra o parçaya tekabül eden ücretin ödenmesi gerekir (BK. 364/II).

Eserin teslimi iş sahibinin temerrüdü sonucunda gerçekleşmemişse ücret, eser teslim edilmemiş olmakla beraber yine muaccel olur (68).

Müteahhidin ücreti isteyebilmesi için eseri, teslim etmesinin yanında sözleşmeye uygun olarak tamamlamış olması da gerekir. İş sahibi, ücreti, eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesine kadar vermekten imtina edebilir. Eserdeki ayıp çok küçük bir miktar ise iş sahibinin ücretin tamamını vermekten kaçınması iyiniyet kurallarına aykırıdır (69).

İş sahibi ücreti ödemediği takdirde müteahhit sözleşmeyi BK.nun 106. ve 108. m.leri uyarınca feshetmek ve tazminat istemek hakkına sahiptir. Gayrimenkul inşaatında sözleşme feshedildiği takdirde, müteahhit temin etmiş olduğu malzeme ve arsa için ancak tazminat isteyebilir; eserin mülkiyetini isteyemez (70).

(67) OLGAÇ, S., a.g.e., s. 951.

(68) Von TUHR., a.g.e., s. 545.

(69) OLGAÇ, S., a.g.e., s. 951.

(70) BİLGE, N., a.g.e., s. 254.

Eser teslim edilmekle ücretinin ödendiği karinesi ortaya çıkmaktadır. Bu karine iş sahibinin lehine müteahhidin aleyhinedir. Eseri teslim eden müteahhit, ücreti almadığını iddia ediyorsa iddiasını ispat etmelidir (71).

## 2. ÜCRETİN TESBİTİ

Ücretin miktarı sözleşme yapılırken net bir şekilde tayin edilebileceği gibi yaklaşık bir bedel tayin edilerek kesin miktarın tesbiti için bitimine de bırakılabilir. Ayrıca ücret konusuna dokunulmadan sözleşme yapılması, ücret miktarının, işin bitiminde hesaplanacağı anlamını çıkarır.

### a) Götürü Ücret

İstisna sözleşmesi yapılırken müteahhidin imal edeceği esere karşılık iş sahibinin ödeyeceği ücretin kesin olarak tesbiti usulüne götürü ücret denmektedir. Götürü ücrete aksi kararlaştırılmamışsa malzeme harcamaları da dahildir (72).

Ücretin götürü olarak tesbiti halinde, müteahhit eseri kararlaştırılan miktar üzerinden yapmak zorundadır. Ücretin götürü olarak tesbiti, ücretin kısmen veya tamamen, müteahhidin işe başladıktan sonra fiilen yaptığı giderlere veya eserin ortaya çıkınca taşıdığı değere bağlı tutulmamasını şart kılar. Götürü ücrete müteahhit yapılacak eseri kararlaştırılan ücrete yapmağa mecburdur. İmal edilecek eser, tahmin edilen miktardan fazla emek ve masrafı gerektirse bile, müteahhit ücretin arttırılmasını isteyemez (73).

Ücretin götürü olarak tesbiti halinde müteahhidin harcamaları ve emeği ücrete göre çok düşük olmasında iş sahibi ücretin indirilmesini isteyemez (BK. 365/III). Ancak bu farklılık iş sahibinin iradesinin fesadı sonucunda olmamalıdır. İş sahibi, gabine uğraması (BK. 21), hataya düşmesi (BK. 23, 24) ve hileye uğraması (BK. 28), hallerinde her zaman için sözleşmeyi feshedebilir.

Sözleşme yapıldıktan sonra, imalat safhasında önceden görülmeyen ve eserin imalini imkânsız veya aşırı derecede güç hale getiren bir takım mücbir sebep ve umulmayan hal ortaya çıkabilir.

(71) Yarg. 3. HD. E. 9349 K. 8290 T. 15.11.1964, OLGAÇ, S., a.g.e., s. 960.

(72) Bkz. Yukarıda s. 145.

(73) Yarg. 15 HD. E. 1981/639 K., 1981/1055 T. 7.5.1981 YKD. C. VIII S. 2. Y. 1982. sh. 234.

(74) GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara, 1977, s. 24.

Mücbir sebep kavramı, genel olarak, sezilmeyen ve karşı konulmayan bir olayı ifade eder (74). «Mücbir sebep, tümsel olarak bir ödevin ihlaline sebep olan, borçlunun faaliyetine ve işletmesine yabancı kesin olarak kaçınılmaz bir olaydır» (75). Umulmayan hal ise, borçlunun iradesinden ayrı, sezilmeyen ve zarara sebep olan tesadüfi olayları anlatır (76). Mücbir sebep ve umulmayan hal kavramları birbirinden ayrı gibi görünmekte ise de sonuç olarak aynı ve eş anlamlı olarak kabul edilmektedir (77). Mücbir sebep ve sonucu BK.nun 117. m.sinde düzenlenmekle beraber aynı kavram ve sonuçlar BK.nun 365/II. m.sinde de yer almış bulunmaktadır. Beklenmeyen hal sonradan ortaya çıkar ve eserin imalini imkânsız hale getirirse BK.nun 117. m.sine göre müteahhit borcundan kurtulur.

Sonradan ortaya çıkan beklenmeyen hal eserin imalini imkânsız kılmamakla beraber, müteahhidin işe devamı onu iktisaden mahfedecek durumda olması halinde BK.nun 117. m.si uygulanamaz. Bu durumda BK.nun 365/II. m.sine göre hareket etmek gerekir.

Borçlar Kanununun 365/II. m.sinin uygulanabilmesi için;

- «1. Önceden görülmeyen, beklenilmeyen halin ortaya çıkması,
2. Bu durumun işin yapılmasını aşırı derecede güçleştirmesi,
3. Ortaya çıkan bu artışa taraflardan birinin kusurlu davranışının sebep olmaması,
4. (Bu durumun iş sahibine) ihbar (edilmesi)» (78) gerekir.

Bu şartların ortaya çıkması ile müteahhit, işin bitirilebilmesi için ücretin artırılmasını veya sözleşmenin feshini ihbar edebilir. İhbar müteahhidin yenilik doğurucu bir hakkı olup, aynı zamanda BK.nun 365/II. m.sinin getirdiği haklardan faydalanabilme şartıdır (79). Müteahhit, beklenmeyen halin ortaya çıkması ile derhal ihbarda bulunması gerekir, aksi takdirde bu durumun ortaya çıkardığı aşırı güçlüğü üslendiği kabul olunur (80).

İhbar harici olarak yapılabileceği gibi dâvâ yoluyla da yapılabilir. Dâ-

(75) ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenilemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin yerine Getirilememesi, Ankara, 1970, s. 37.

(76) GÖZÜBÜYÜK, A. P., a.g.e., s. 24.

(77) ERZURUMLUOĞLU, E., a.g.e., s. 16; GÖZÜBÜYÜK, A. P., a.g.e., s. 24.

(78) ERMAN, H., a.g.e., s. 71.

(79) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1061.

(80) ERMAN, H., a.g.e., s. 89.

vâ dilekçesinin karşı tarafa ulaşması ile ihbar hükmünü doğurur (81). Haricen yapılan ihbar sonucunu iş sahibi kabul etmezse ortaya bir ihtilâf çıkmakta, bunun çözüm yeri de mahkeme olmaktadır. Müteahhit ücret artırılması ile sözleşmenin feshini alternatifli olarak hakimden isteyebilir. Bu durumda hakim, tarafların karşılıklı menfaatlerini ölçerek ya ücretin artırılmasına veya sözleşmenin feshine, takdir hakkına dayanarak, karar verir.

Müteahhit, ücret artırımını talep ederek, dâvâ açmışsa hakim feshi hükmedemez; bu halde hakim, ancak işe henüz başlanmamış veya yeni başlanmış olması şartıyla feshi hükmedebilir (82). İşin ilerlemiş ve bitimine az kalmış olması halinde hakim sözleşmenin feshi yerine fiyat artırımını tercih etmelidir. Ücretin paradan başka bir edim olarak kararlaştırılması halinde, ücret artırımını para olarak kararlaştırılmalıdır (83). Fesih talebiyle açılan dâvâda para olarak ücret artırımını ileri sürmüşse sözleşme feshedilmemeli, ücret artırımını yolu seçilmelidir.

Dâvâ şartlarının gerçekleşmesine karşılık dâvânın açılması, önceden beklenmeyen hallerin rizikosunu müteahhidin üzerine alması ile engellenebilir. BK.nun 365/II. m.sine aksine sözleşme yapılarak, beklenmeyen haller karşısında doğacak rizikoya müteahhidin katlanacağı belirtilebilir (84).

#### b) Yaklaşık Ücret :

Götürü ücret BK.nun 365/II. m.sindeki hal hariç müteahhit için kesin bağlayıcı ve uyulması gereken bir ücret belirleme çeşididir. Genellikle yapılan her faaliyet sonucunda bir kazanç beklenir. Ücret götürü olarak tesbit edildiğinde, beklenen kazançtan mahrum kalınacağı gibi yapılan masraflardan dolayı zarara girme de bilinen gerçeklerdendir. Bu sebeple götürü ücretin doğuracağı rizikoyu müteahhidin üzerinden alacak şekilde sözleşme yapmak mümkündür. Kesin bir ücret belirtmemekle beraber tahmini yaklaşık bir miktarın ücret olarak kararlaştırılması, takribi ücret, yaklaşık ücret, keşif bedeli üzerinden ücret olarak adlandırılan ücret çeşidini ortaya çıkarmaktadır.

Yaklaşık ücretle yapılan sözleşmeden iş sahibinin borcu, işin sonunda yapılacak hesaba göre kesinlik kazanmaktadır. Yaklaşık ücretin üzerine çıkıldığında bu artışı iş sahibi karşılar. Zaten müteahhit yaklaşık ücret

(81) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1061.

(82) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 97.

(83) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 98.

(84) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 92; ERMAN, H., a.g.e., s. 122.

reti seçmekle işi bu fiyata yamak istemediğini belirtmiş olmakta (85), iş sahibi de makul artışları kabul etmektedir.

Yaklaşık ücretle yapılan işlerde kesin ücret ...yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir (BK. 366). «Şeyin kıymeti» sözünden, meydana gelen eserin değeri anlaşılmalıdır. Çünkü bir yanlış tercüme sonucu, kaynak kanunda «işin değeri» karşılığı olan (valeur du travail, Wert der Arbeit) deyimini «şeyin kıymeti» olarak BK.nun 366. m.sine girmiştir (86). İşin değeri kavramından müteahhidin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kâr ve o işe düşen genel giderler payı anlaşılmalıdır (87). Müteahhidin masrafı kavramından ise eserin imalinde kullanılan her türlü malzeme, işçilik ücretlerini anlamak gerekir. Müteahhidin masrafları yapıldığı ana göre hesap edilmelidir. Buna karşılık işin değerinin işin teslimi zamanına göre hesap edilmesi gerekir (88).

Yapılan işin değeri ve masraflar, keşif bedelinden daha az olduğu takdirde ücret, gerçek değer ve masraflara göre mi, yoksa keşif bedeli olarak mı tesbit edilecektir? Yaklaşık ücrette taraflar asgari bir miktar üzerinde anlaşmaya varmış olmaktadır ki, bu da keşif bedelidir. Keşif bedeli makul hadlerde aşıldığı takdirde bunu iş sahibi karşılayacaktır. Keşif bedeli, aşılmadığı ve hatta işin değeri ve masraflar altında kalması durumunda ücret keşif bedeli olmalıdır; iş sahibi tarafından ücretin düşürülmesi istenmemelidir (89).

#### c) Ücretin önceden belli edilmemesi :

Ücret, ne götürü nede yaklaşık bedel olarak kararlaştırılmasa da müteahhit ücrete müstahak olur. Müteahhidin ücreti yapmış olduğu masraflara ve işin kıymetine göre tesbit edilecektir. Yaklaşık ücret tesbiti halinde, keşif bedelinin aşırı derecede aşılması durumunda müteahhidin sözleşmeyi feshetme hakkı varken ücretin önceden kararlaştırılmaması halinde bu hakkı yoktur. İş sahibi, ücret borcunun artması rizikosuna kendisi katlanır. Ücretin tesbiti için işin bitiminde ekseriya bir bilirkişiye müracaat edilir.

#### D) İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

İstisna sözleşmesi de diğer sözleşmeler gibi ifa ile sona erer. Bun-

(85) ERMAN, H., a.g.e., s. 60.

(86) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 112; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1077.

(87) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 113.

(88) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 114; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1077, aksi fikirdedir.

(89) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 112.

dan başka her iki tarafın da sözleşmeye aykırı davranması halinde sözleşme feshedilebilir. Özellikle müteahhidin özen borcuna riayet etmemesi, işe zamanında başlamaması ve devam etmemesi gibi hallerde BK.nun 358. m.sine göre sözleşmeyi feshetmek mümkündür. Aynı şekilde iş sahibi de kendine düşen borçları yerine getirmediği takdirde müteahhit sözleşmeyi feshedebilir. Genel hükümlere göre sona ermenin dışında BK.nun 367, 368, 369, 371. m.lerinde istisna sözleşmesine has sona erme sebepleri gösterilmektedir.

### 1. KEŞİF BEDELİNİN AŞMASI SEBEBİYLE FESİH

Keşif bedelinin aşması sebebiyle fesih sınırlı olmaktadır. Sadece istisna sözleşmesinde ücretin yaklaşık ücret usulüne göre kararlaştırılmış olması halinde fesih imkânı vardır. Ücretin götürü usule göre tesbit edilmesi veya ücretin önceden kararlaştırılmamış olması halinde BK.nun 367. m.sine göre fesih imkânı yoktur.

BK.nun 367. m.sine göre feshin ikinci şartı, ücretin kararlaştırılan yaklaşık ücretten aşırı derecede fazla olması gerekir. Yaklaşık ücretin aşırı derecede aşıldığını hakim takdir etmelidir.

Üçüncü şart ise aşırılığa iş sahibi sebep olmamalıdır. Kanunda «iş sahibinin sun'u olmaksızın» ifadesi kullanılmakla sadece iş sahibinin kusurlu davranışı kendi sorumluluğunu doğuracağı anlamını vermekte ise de, hal böyle değildir. İş sahibinin keşif bedelinin aşırı artmasına kusurlu veya kusursuz olarak sebep olması fesih hakkına mâni olur (90).

Sözleşmenin konusu iş sahibinin arsası üzerine yapılarak inşaatı bitmiş bir bina ise yukarıdaki şartlara rağmen sözleşme feshedilemez (BK. 367/II). İnşaat henüz tamamlanmamış ise BK.nun 367/I. m.deki şartların varlığı halinde sözleşme feshedilebilir.

Sözleşmenin feshi ile taraflar arasındaki hukuki bağ tamamen ortadan kalktığı için karşılıklı olarak aldıklarının sebebi de ortadan kalkar. Böylece sebepsiz bir zenginleşme ortaya çıkar ki, bu kurala göre taraflar almış olduklarını iadeye mecburdur (91).

Müteahhit yaklaşık ücreti kendi kusuru yüzünden aşmışsa iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi sonucunda doğan menfi zararını da tazmin etmelidir. İş sahibi, müteahhidin kusurlu olduğunu isbat etmesi gerekir (92). Ancak müteahhidin yaklaşık ücreti aşması aynı zamanda söz-

(90) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 104.

(91) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 106.

(92) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1089.

leşmeye aykırı davranışından kaynaklanıyorsa, bu takdirde tazminat ödemekten kurtulabilmesi için kusursuz olduğunu isbat etmelidir (93).

İş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaatlarda, inşaatın bitmesi halinde sözleşme feshedilemez. Ücretin, yaklaşık ücreti, aşırı olarak geçen kısmı, makul bir artış gözönüne alınarak ücret düşürülür (94). Meselâ 100.000.- TL.sı yaklaşık ücretle yapılması kararlaştırılan inşaat 200.000.- TL.lık ücreti gerektiriyorsa ve bu inşaatın ücret artış haddi %40 ise 200.000 liralık ücret 140.000.- liraya indirilmelidir.

Inşaatın devamı sırasında yaklaşık bedelin aşırı olarak geçileceği anlaşılırsa iş sahibi sözleşmeyi feshederek inşaatı durdurabilir. Bu durumda iş sahibi yapılan kısım için müteahhide hakkaniyete uygun bir tazminat ödemelidir. Bu tazminatın miktarı, müteahhidin yapmış olduğu masraf ve harcadığı emekten daha az olur (95).

Inşaatın devamı esnasında iş sahibine yaklaşık ücretin aşılacağı ihbarı yapılmışsa iş sahibi sözleşmeyi derhal feshetmelidir. Aksi takdirde normalin üstündeki artışa razı olmuş sayılır.

## 2. ESERİN TELEF OLMASI

İmal edilen eserin tamamen yok olması sonucunda ortaya çıkan hasarın kime ait olacağı ve bu durum karşısında tarafların durumu BK.nun 368. m.sinde gösterilmektedir. İstisna sözleşmesinde de hasarın intikali, satış sözleşmesinde olduğu gibi teslim işlemine bağlıdır.

Teslimden önce ortaya çıkan hasar müteahhide aittir. Malzemeye ilişkin hasar ise malzemeyi temin eden tarafın üzerinde kalmaktadır. Müteahhidin teslimden önce meydana gelen hasardan kurtulması iş sahibinin, eseri teslim almakta temerrüde düşmesi halinde mümkündür. İş sahibinin temerrüdünden sonra eserin telef olması halinde teslim edilmese bile müteahhit sorumluluktan kurtulur. Bundan başka eser, teslim edilmeden iş sahibi tarafından kabul edilmişse yine müteahhit sorumluluktan kurtulur (96).

Teslimden önce eserin yok olmasına sebep olan olay bir kaza sonucu olmalıdır; kaza tarafların kusurundan kaynaklanmamalıdır (97).

Teslimden önce meydana gelen kaza sonucunda eserin yok olması halinde taraflar karşılıklı borçlarından kurtulur; malzemenin hasarına da

(93) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 107.

(94) MARTEN, A., a.g.e., s. 450.

(95) MARTEN, A., a.g.e., s. 450.

(96) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1046.

(97) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1044.

temin eden taraf katlanır. Meselâ, ütülenmek üzere terzi dükkanına bırakılan elbiselerin, bu dükkana giren hırsızlar tarafından çalınmış olması halinde (98), müteahhit ücret isteyemeyeceği gibi iş sahibi de elbiselerin teslimini isteyemez.

Kaza, iş sahibinin, arsası veya temin ettiği malzemenin ayıbından veya talimatından ileri gelmişse, müteahhit bunların doğuracağı tehlike için iş sahibini haberdar etmişse, kendi borcunu yerine getirememesi sorumluluğundan kurtulur, ayrıca kaza, anına kadar harcadığı emek ve diğer masrafları için ücret isteyebilir. (BK. 368/III).

### 3. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEYİ TAZMİNAT ÖDEYEREK FESHİ

İş sahibi, eserin imalının devamı sırasında herhangi bir haklı sebebe gerek kalmadan sözleşmeyi feshedebilir. Bu şekilde sözleşmenin feshi için;

- a) Eserin henüz tamamlanmamış olması,
- b) Müteahhidin zararlarının tazmini taahhüdü,
- c) Müteahhide yöneltilmiş fesih beyanı gerekir.

Müteahhit henüz işe başlamamışsa fesih müteahhidin mahrum kaldığı kâr ödenmek suretiyle mümkündür (100). Eserin imali devam etmekte ise müteahhidin sözleşme feshine kadar yaptığı harcamalar ile bu işten beklediği kâr tazmin ettirilir. Bu arada müteahhidin de kusuru varsa müterafık kusur hükümlerine müracaat ederek tazminatı düşürme yoluna gidilemez. Ancak müteahhidin kusuru iş sahibi için bir alacak doğurmakta ise bu alacağı tazmin borcu ile takas edebilir (101).

### 4. ESERİN İMALİNİN İŞ SAHİBİ YÜZÜNDEN MÜMKÜN OLMAMASI

Sahibinin tehlike alanında meydana gelen bir kaza eserin imalini imkansız hale getirmesi halinde BK.nun 370. m.si uyarınca sözleşme sona erer. Sözleşmenin sona ermesi bir fesih beyanına mı bağlıdır, yoksa, kendiliğinden sona erer mi? Bazı yazarlar (102) imkansızlığın ortaya çıkması ile iş sahibinin veya mirasçılarının, sözleşmeyi geriye doğru etkili olmayan, ilerisi için geçerli bir fesih beyanı ile sona erdirmeleri gerektiği fikrindedirler. Kanaatimizce imkânsızlığın gerçekleşmesi ile sözleşmenin

(98) Yarg. 3. HD. E. 3223, K. 1078; T. 30.1.1951, OLGAÇ, S., a.g.e., s. 993.

(99) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1090.

(100) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 142.

(101) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 145.

(102) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 132.

kendiliğinden sona ermesi gerekir. Ancak bir fesih beyanına gerek olmadığı halde imkânsızlığın müteahhide ihbar edilmesi gerekir (103). İhbar aynı zamanda bir iyiniyet borcudur. Eğer müteahhit imkansızlığı biliyorsa ihbara gerek yoktur. İhbarın yapılmaması sonucunda müteahhidin imkânsızlıktan sonra bu durumu bilmeden yaptığı masraf ve emek harcamalarına iş sahibi katlanır.

İmkânsızlığın ortaya çıkması ile sözleşme kendiliğinden sona erer. İş sahibi, müteahhide, imkânsızlığı öğrendiği zamana kadar yaptığı işin değeri ve bu iş için yaptığı masrafları ödemelidir. İş sahibinin ödeyeceği bedele müteahhidin bu işten beklediği kâr dahil değildir (104).

İmkânsızlık iş sahibinin kusurundan ileri gelmişse, müteahhidin müsabet zararları ile bu işten beklediği kâr tazmin edilir (BK. 370) (105).

##### 5. MÜTEAHHİDİN ÖLÜMÜ VEYA ACZİ

İstisna sözleşmesi, müteahhidin şahsi nitelikleri gözönüne alınarak yapılmışsa müteahhidin ölümü veya aczi ile kendiliğinden sona erer. Müteahhidin şahsi nitelikleri önemli değilse ölümü halinde mirasçıları işe devam etmek zorundadırlar ve karşılaştırılan (veya karşılaştırılacak olan) ücreti hak ederler (106).

Müteahhidin şahsi niteliklerinin yapılacak işde önemli olup olmadığı ya işin niteliğinden veya sözleşmeye konacak hükümlerle belli olur (107). Sözleşmenin sona ermesinin ikinci şartı müteahhidin ölümü veya işi yapamayacak duruma düşmesidir.

Sözleşme sona ermekle beraber yapılan işi iş sahibi, kısmen dahi olsa işine yarıyorsa onu kabul etmeğe ve ücretini ödemeğe mecburdur. Ücretin eserin tamamlanmış hali ile tamamlanmamış kısmı arasındaki fark düşülerek takdir edilmesi gerekir (108).

Müteahhidin kusuru sonucunda iş yapmaktan aciz hale gelmesi durumunda sözleşme yine münfesihi olur. Çünkü müteahhidin şahsi nitelikleri gözönüne alınarak yapılan sözleşmenin ifasına imkan kalmamaktadır. Bu durumda müteahhitden işe devam etmesi istenemez. Ancak müteahhit, kendi kusuru ile bu durumun doğumuna yol açtığı için, iş sahibi-

(103) DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s. 131.

(104) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 132.

(105) MARTEN, A., a.g.e., s. 455.

(106) MARTEN, A., a.g.e., s. 457.

(107) AKGÜN, M. Z., a.g.m., s. 988.

(108) TUNÇOMAÇ, K., a.g.e., s. 1099.

nin, sözleşmenin münfesi olmasından dolayı uğradığı zararları tazmin etmesi gerekir.

### III — İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

#### A) GENEL OLARAK HİZMET SÖZLEŞMESİ

Hizmet sözleşmesi BK.nun 313. ve devam eden maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Hizmet sözleşmesi ile ilgili hukukî mevzuat BK.nun yanında toplu iş sözleşmeleri ve iş hayatını düzenleyen diğer kanun tüzük ve yönetmeliklerdir. Hizmet sözleşmesinin temeli BK.nun hizmet sözleşmesini düzenleyen hükümleri olmakla beraber, bilhassa toplu iş sözleşmelerinin ve sosyal karakterdeki hukukî mevzuatın gelişmesi sonucunda BK. hükümleri arka plana itilmiş bulunmaktadır. «Bugün BK., ancak İş Kanununa tabi olmayan hizmet sözleşmelerine tamamen; diğerlerine ise sadece iş mevzuatında boşluk bulunduğu yerlerde uygulanabilecektir» (109).

BK.nun dışında herhangi bir mevzuatta hizmet sözleşmesinin tarifi yapılmamıştır. BK.nun 313. m.si ise «Hizmet akdi bir mukaveledir ki, onunla işçi, muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder» şeklinde hizmet sözleşmesini tanımlamış bulunmaktadır. Bu tanıma göre hizmet sözleşmesinin unsurları şunlardır :

1. Bir hizmet ediminin bulunması : Hizmet edimi karşı taraf için değeri olan, onun maddi veya fikri ihtiyacının giderilmesine yarayan bir çalışmayı ifade eder. Ancak bu çalışmanın çeşidi önemli değildir. Bir karşılık için futbol oynamayı taahhüt eden kimsenin yaptığı sözleşme de bir hizmet sözleşmesidir (110). İnsanın ne tür çalışmanın hizmet sözleşmesine konu olabileceği, toplumun hayat görüşüne ve iktisadî münasebetlere göre tayin edilir. Hizmet, genellikle müsbet bir faaliyet şeklinde yapılırsa geçerli bir edim olarak kabul edilir. İhmalî bir edim karşı taraf için bir değer taşısa bile hizmet ifası sayılmaz (111).

Hizmet borcu genellikle bir sözleşmeden doğar. Hizmet borcunun kaynağı hizmet sözleşmesi olmadığı takdirde hizmet sözleşmesinden bahsedilemez. Hizmet sözleşmesinin konusu doğrudan doğruya işçinin

(109) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 809.

(110) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 811.

(111) BİLGE, N., a.g.e., s. 207.

faaliyetidir. İşçinin hizmetini vereceği yer ve kullanacağı malzeme ve alet aksi kararlaştırılmamışsa işveren tarafından sağlanır.

Hizmet, edimi, işçinin mutlaka bir faaliyette bulunması ve sonucunda bir iş üretmesini gerektirmez; işçinin hizmete hazır vaziyette emeğini işverene tahsis etmesi yeterlidir. Ayrıca çalışma sonucunda beklenen şeyin gerçekleşmesi de aranmaz (112).

2. Ücret: Bir hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet borcunun karşısında yer alan ve işverenin hizmet sözleşmesinden doğan başlıca borcu ücret ödemedir (113).

Borçlar Kanununda ücret tarif edilmemekle beraber, İş Kanunu'nun 26. m.sinde «Genel anlamda ücret, bir kimseye (işçiye) bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve nakden ödenen meblağı kapsar» şeklinde tarif edilmiştir. Bu tanım genel anlamda olup bir de geniş anlamda ücret vardır ki, işçiye hizmeti karşılığında sağlanan ve parayla ölçülebilen her türlü menfaatler ücretten sayılır (114).

Ücret, normal olarak zaman birimine göre hesap olunur, parça başına göre veya götürü olarak da tayin edilebilir (115). Ücretin sözleşme ile tayin edilmemiş olması, hizmet sözleşmesinin kurulmasına engel değildir; yeterki ücretsizlik kararlaştırılmamış olsun.

3. Zaman Unsuru: İşçinin belirli veya belirsiz bir süre için hizmet ifa taahhüdü hizmet sözleşmesinin ayırıcı unsurlarındandır. «Bu sebeple işçi tek bir iş yapmaz, belirli bir sonuç ortaya getirmez onun yaptığı tek iş kendisi ile iş sahibini bir süre için bağlayan zincirin bir halkasını meydana getirmektir» (116).

Hizmet süresince işçinin bütün zamanını işverene ayırmış olması gerekmez. Günde veya haftada bir saat çalışma gibi fasıllı hizmet ifaları da bir hizmet sözleşmesinin konusunu meydana getirir. Hizmet sözleşmesinin süresi bir zaman birimi ile belli olabileceği gibi sürenin belirsiz olması da mümkündür. İşçinin işine belirli bir süre bağlı olması yanında işverene tâbi olması, onun emirlerine uyma yükümlülüğü de vardır. Modern iş hayatında işçiler işverenlerin direktifleri ile hareket ederler. Tâbiyet bağı hizmet sözleşmesinin niteliğinden doğan, hizmet sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran vasıflardandır.

(112) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 813.

(113) ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 1979, s. 109.

(114) ESENER, Turhan, İş Hukuku, Ankara, 1978, s. 165.

(115) BİLGE, N., a.g.e., s. 210.

(116) TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1971, s. 328.

4. Tarafların Anlaşması: Hizmet sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların anlaşmaları gerekir. Anlaşmanın geçerli olabilmesi için taraflar medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmalıdırlar. Mümeyyiz olmakla beraber reşit olmayan veya kısıtlı olanların yaptıkları sözleşme geçerli olabilmesi için veli veya vasilerinin icazeti gerekir.

Genel sözleşme yapma ehliyetinin yanında hizmet sözleşmesi için özel durumlar da vardır. İş Kanunu'nun 78. m.sine göre 16 yaşını tamamlamış çocuklar ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz. Kadın işçiler de maden ocaklarında, tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalıştırılmaları yasaktır (İŞ K. 68). 18 yaşını doldurmamış kadınlar gece çalıştırılmaz (117). Tüzel kişiler hizmet yükümlüsü olarak hizmet sözleşmesi yapamazlar.

Genel olarak hizmet sözleşmesi şekle bağlı değildir. İş Kanunu'na tabi işyerlerinde bir yıl veya daha uzun süreli hizmet sözleşmeleri yazılı olarak yapılır (İŞ K. 9). Toplu iş sözleşmeleri de yazılı yapılmalıdır (TİSK. 4). Aynı şekilde BK.nun 316. m. düzenlenen ve fakat toplu iş sözleşmelerinin gelişmesi karşısında uygulama şansını kaybeden «Umumi Mukavele»de yazılı olarak yapılmalıdır.

### B) İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

İstisna ve hizmet sözleşmeleri bir emek sarfını, bir işgörmeyi öngören sözleşmelerdendir. Her iki sözleşmede iş görme bir ücret karşılığında yapılır. Genellikle her iki sözleşmede de bir zaman sözkonusudur.

Hizmet sözleşmesinde belirli veya belli olmayan bir zamanda işgücünün işverene ayrılması esas olduğu halde istisna sözleşmesinde önemli olan belirli bir sonucun, bir eserin ortaya çıkarılmasıdır. İşçi işine ihtimam göstermişse çalışması sonucunun işveren için faydalı olup olmadığına bakılmaz, işçi borcunu ifa etmiş sayılır. İstisna sözleşmesinde ise çalışma sonucunda istenen eser ortaya çıkmadıkça müteahhit borcundan kurtulamaz.

İşçi, işverene tâbi bulunduğu halde müteahhit iş sahibine karşı daha bağımsızdır. İşin düzenlenmesinde, iş aletlerinin seçiminde iş sahibinin talimatına göre hareket ediliyor, iş sahibi de o işteki bilgisi sebebiyle işi idare ediyorsa, hizmet sözleşmesinin varlığına hükmetmek gerekir. Parça başına ücret verilen sözleşmelerde, sözleşmenin hizmet veya istisna sözleşmesi olduğunu tayin güçleşmektedir. İşçinin bütün çalışma ye-

teneğini gösterilen işe tahsis etmesi, işin uzun bir müddet muntazam olarak verilmesi, iş aletlerinin işveren tarafından verilmesi ve işçinin işverene ait bir işyerinde çalışması parça başına ücretli için hizmet sözleşmesine dayanılarak yapıldığına karine teşkil eder. BK.nun 324. m.sine göre işçi kendisine istisna sözleşmesinden farklı olarak yeterince iş verilmesini, BK.nun 328. m.sine göre de kusuru olmadan kısa bir müddet çalışmamışsa o müddet için ücret verilmesini isteyebilir.

Müteahhit işçiye nazaran bağımsız çalışmaktadır. Hizmet sözleşmesi şahıslara sıkı sıkıya bağlı olup, aksi kararlaştırılmamış veya örf ve adette hüküm yoksa taraflar işi bir başkasına devredemez. İstisna sözleşmesinde ise aksi kararlaştırılmamış veya müteahhidin şahsı sözleşmede önemli değilse iş bir başkasına devredilebilir (118).

Hizmet sözleşmesi, işçinin ölümü ile sona erdiği halde, istisna sözleşmesinde müteahhidin ölümü, şahsiyeti önemli değilse sözleşmeyi sona erdirmez (119).

Hizmet sözleşmesinde, işçiye istirahat için izin verilir, resmi tatil ve yıllık izin verilir; izinli olduğu günlerde ücret kesilmez. İstisna sözleşmesinde müteahhit için izin sözkonusu değildir çünkü bağımsızdır.

İşçi kusuru olmaksızın malzemeye ve iş aletlerine zarar vermesi halinde sorumlu değildir; kazadan dolayı ve kaza sebebiyle boş kalmasından dolayı ücretinden kesinti yapılamaz. Müteahhit ise teslimine kadar olan hasarlara kendisi katlanır.

Hizmet sözleşmesinde işçinin sosyal güvenliğinden, işyeri şartlarının sağlığa aykırı olmasından işveren sorumludur. İstisna sözleşmesinde iş sahibinin müteahhide karşı böyle bir sorumluluğu yoktur.

#### IV — İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN YAYIN SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

##### A) GENEL OLARAK YAYIN SÖZLEŞMESİ

Yayın sözleşmesi BK.nun 372 - 385. m.leri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Yayın sözleşmesi, bir işgörme sözleşmesi olma niteliğinin yanında (120), bir hakkın devrini öngören sözleşme niteliğini de taşımaktadır (121). Bu bakımdan yayın sözleşmesini, 5846 sayılı Fikir ve San'at

(118) AKYAZAN, S., a.g.m., s. 880.

(119) Bkz. yukarıda s. 161.

(120) BİLGE, N., a.g.e., s. 272.

(121) FRANKO, Nisim, İ., Türk Borçlar Kanununa göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara, 1981, s. 7.

Eserleri Kanunu (FSEK) ile bu konuda Türkiye'nin de katılmış olduğu milletlerarası anlaşmalar da ilgilendirmektedir. Bir yayının sözleşmesinden bahsedebilmek için:

1. Bir edebiyat ve san'at eserinin bulunması : Borçlar Kanunu'nun 372. m.sinde «...edebi ve sınai bir eser...» tabiri kullanılmıştır. Edebiyat ve san'at eserinden ne kastedildiği FSEK.nun 1. m.sinde «...eser; sahibinin hususiyetini taşıyor.. ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri sayılan her nev'i fikir ve san'at mahsulüdür.» şeklinde belirtilmiştir. Burada edebiyat ve san'at eserinden anlaşılması gereken üzerinde fikri ve malî haklar bulunan bir eserdir. Toplumla mal olmuş veya kimin olduğu belli olmayan eserler gerçek anlamda bir yayının sözleşmesi için konu olamazlar, çünkü üzerinde hiç kimsenin inhisari bir hakkı yoktur. Bu tür eserlerle ilgili olarak BK.nun 373. m.si yayının sözleşmesi yapılabileceğini belirtmişse de bu sözleşme gerçek anlamda yayının sözleşmesi olmayıp, doktrinde «hukuki olmayan veya eksik neşir mukavelesi» şeklinde adlandırılan özel bir sözleşme türüdür (122).

2. Edebiyat veya san'at eseri üzerindeki telif haklarının devri : Telif hakkı üzerinde çeşitli görüşler vardır. Bu hakkı izah eden teoriler, fikri mülkiyet teorisi, şahsiyet hakkı teorisi ve sui jeneris hak teorisi olarak gruplanmaktadır. Türk hukukunda, fikri mülkiyet teorisi ve şahsiyet hakkı teorisi ile konuyu izah etmek mümkün değildir. Çünkü, mülkiyet ancak maddî varlıklar üzerinde kurulabilir, şahsi haklar da devredilemez. Türk Hukuku meseleyi Sui jeneris hak teorisi içinde monis görüşe göre ele almış bulunmaktadır (123). Buna göre fikri hak devredilebilmekte fakat devredilmekle hak sahibinden tamamen ayrılmamakta, eserle ilgili manevi bağlar devam etmektedir.

Hak devredilmekle, yayınlayan eseri yayınlama hakkının sahibi olmakta ve aynı zamanda yayınlama borcunu da yüklenmektedir. Yayınlama işleminden anlaşılması gereken, sözleşmeye konu olan eserin çoğaltılması ve paralı veya parasız olarak halkın istifadesine sunulmasıdır (124). Devir işlemi ile yazar (müellif) veya halefleri, eserin mevcudiyetini ve üzerinde başkalarının bir hakkının bulunmadığını garanti ederler. Devirden eserin aslının teslimi değil, eser üzerindeki hakkın devridir. Aksi kararlaştırılmamışsa yayınlayan (naşir) eseri ancak bir defa ve kararlaştırılan miktar kadar çoğaltıp yayabilir. Yayınlayan eserin yayınlama hakkını devralmakla yazara ücret ödeme borcu altına girer; ücret nakden olabileceği gibi basılan eserden bir miktar verilmesi şeklinde de olabilir.

(122) BİLGE, N., a.g.e., s. 269.

(123) FRANKO, N., a.g.e., s. 72.

(124) BİLGE, N., a.g.e., s. 268.

Yayıncı tarafından verilen bir plana göre ortaya bir fikri eser çıkarılması halinde sözleşmenin çeşidi yayın sözleşmesi olmaz. Böyle bir durumda ortaya çıkan eserin telif hakkı yayıncıya aittir (BK. 385, FSEK. 8/III). Bir işyerinde çalışan işçinin çalışması sırasında meydana getirdiği fikri eserin sahibi işverendir (FSEK. 8/II). Bir yazardan ücret karşılığında edebî bir eser meydana getirilmesi istenmişse arada bir istisna sözleşmesi vardır.

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

İstisna sözleşmesinde eser teslim edilmeden hasara uğrarsa malzeme temin eden taraf bu zarara katlanır ve müteahhit ücret isteyemez. Yayın sözleşmesinde eser, yayıncıya teslim edildikten sonra yok olursa, yayıncıya kararlaştırılan ücret verilmek gerekir (BK. 382/II). Eseri yeniden yazmak nisbeten kolaysa muayyen bir tazminat karşılığında yazar yenisini yazmalıdır (BK. 382/II, III).

İstisna sözleşmesinde eser teslimden sonra zayi olursa buna işsahibi katlanır. Yayın sözleşmesinde basılıp çoğaltılan eserin zayiine ise yayıncı katlanır.

Eser tamamlanmadan yayıncıya ölür veya kaabiliyetini kaybederse sözleşme sona erer (BK. 384/I). İstisna sözleşmesinde bu gibi hallerde sözleşmenin sona ermesi müteahhidin şahsî niteliklerinin önemli olmasına bağlıdır.

Yayıncının iflâsı halinde de yayıncıya iflas masası tarafından teminat verilmezse sözleşme sona erer (BK. 384/III). Aynı durum istisna sözleşmesi için de geçerlidir.

## V — İSTISNA SÖZLEŞMESİNİN VEKÂLET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

### A) GENEL OLARAK VEKÂLET SÖZLEŞMESİ

Vekâlet, belli bir sonuç taahhüt etmeksizin bir işin idaresini veya bir hizmetin ifası borcunu yükleyen bir sözleşmedir (BK. 386/I) (127). Vekâlet sözleşmesi bir emek, bir insan faaliyeti olan sözleşmelerdendir (128). Vekâlet sözleşmesinin unsurları olarak :

1. İş Görme : Vekil, bir işin görülmesini üzerine almakla vekâlet verenin (müvekkilin) hukukî işlemlerini onun temsilcisi olarak yapmayı ta-

(127) DURR, Charles, Du Contrlt d'Entrepise, Bern, 1958, p. 9.

(128) BİLGE, N., a.g.e., s. 284.

3. Anlaşma: Tarafların eserin yayınlanması hususunda anlaşmış olmaları sözleşmenin hükümlerinin doğmasına sebep olur. Her iki tarafın da fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Yayınlanan, bizzat eserin sahibi olabileceği gibi onun hedefleri de olabilir. Yayınlanan tüzel kişi de olabilir.

Yayın sözleşmesinin yapılması BK.na göre herhangi bir şekle bağlı değildir. Buna karşılık FSEK. Yayın sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağını hükme bağlamıştır. Fikir ve San'at Eserleri Kanunu'nun 52. m.si ile getirilmiş olan şekil şartı himaye gayesi ile konduğu şüphesizdir. Yalnız taraflardan biri için değil, hatta eser sahibinin alacaklılarını da himaye maksadıyla konduğuna göre; bu şekil şartının bir sıhhat şartı olduğunu kabul etmek gerekir (125).

#### B) İSTISNA SÖZLEŞMESİ İLE YAYIN SÖZLEŞMESİNİN KARARLAŞTIRILMASI

Bir edebiyat ve san'at eserinin belli bir miktar çoğaltılması istisna sözleşmesindeki bir eser imal etme karakteri ile benzerlik taşımaktadır. Bu benzerlikten dolayı yayın sözleşmesi, «istisna sözleşmesinin özel bir türü» olarak da yorumlanmaktadır (126). İstisna sözleşmesinde bir eserin imali ve onun teslimi ile müteahhidin borcu sona ermektedir. Yayın sözleşmesinde ise yayıncının, eseri ortaya çıkarmanın yanında onu yayma borcu da vardır. Ayrıca eseri çoğaltma ve yayma yayıncı için bir borç olduğu gibi bir hak da olmaktadır.

İstisna sözleşmesinde imal edilen eser, teslim edilmekle mülkiyeti iş sahibine geçmektedir. Yayın sözleşmesinde ise basılarak çoğaltılıp objeleştirilen eserin (meselâ kitaplar) mülkiyeti yayıncıya aittir.

Eğer sözleşmede kararlaştırılan iş, sadece bir eserin baskısını yapıp onu çoğaltmak ise ortada yayın sözleşmesi değil, istisna sözleşmesi vardır.

İstisna sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri de ücrettir. Yayın sözleşmesinde ise yapılan bir işe karşılık ücret ödenmesi sözkonusu değildir. Yayıncının ödediği para ücret olmayıp, eserin yayınlanma hakkının devredilmesi karşılığıdır. Hatta bu karşılığın ödenmemesinin kararlaştırılması yayın sözleşmesinin kurulmasına engel olmaz. Halbuki bir şahsın ücretsiz olarak eser imal etmeyi taahhüt etmesi istisna sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesidir.

(125) FRANKO, N., a.g.e., s. 5.

(126) FEYZİOĞLU, F. Necmeddin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muh-telif Nevileri, İstanbul, 1980, s. 26.

ahhüt etmektedir (129). Hizmet ifası deyimi ile de müvekkilin maddi işle-  
rinin görülmesi anlaşılmaktadır. Vekilin edimi daima müsbet bir edim ol-  
maktadır (130). İş görme sonucunda ortaya belli bir somut sonucun çı-  
kıp çıkmaması önemli değildir, yeterki belli yönde bir faaliyet yapılsın.

2. Yapılan iş müvekkilin menfaati ve onun isteği doğrultusunda ol-  
malıdır.

3. Yapılan iş bir zaman kaydına bağlı olmamalıdır.

4. Tarafların Anlaşması : Vekâlet tek taraflı bir irade açıklaması ile  
doğmamakta, vekâleti ilgilendiren konuda tarafların anlaşması gerek-  
mektedir. Sözleşmenin teşekkülü normal olarak icap ve kabul ile olur.  
Bazı özel hallerde BK.nun 6. m.sine göre icap, reddedilmezse kabul edil-  
miş sayılır. Bu özel hallerden biri de vekâlet sözleşmesi için BK.nun 387.  
m.sinde gösterilmiştir. Buna göre vekâlet sözleşmesi yapılmak istenen  
şahıs yapılan icabı derhal reddetmezse, sözleşme teşekkül etmiş sayılır.  
Vekil, kendisine yapılan icabı kabul edip reddetmekte serbesttir. Ancak  
derhal reddetmezse, kabul etmiş sayılacağından BK.nun 389, 390, 392,  
393 ve takip eden maddelerdeki yazılı yükümlülükleri yerine getirmedi-  
ğinden, borçların yerine getirilmemesi hükümlerine göre sorumlu  
olur (131).

Vekâlet sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı yoktur. Şekle bağlı  
bir hukuki muamelenin yapılması hususunda yapılacak vekâlet sözleş-  
mesinin yazılı olacağını Yargıtay, E. 1953/8 K. 1953/7 T. 7.10.1953, İçtıla-  
dı birleştirme kararı ile, hükme bağlanmıştır (132). Resmi dairelerde ya-  
pılacak bazı hukuki muamele için özel kanunlarla yazılı vekâlet sözleş-  
mesi aranmaktadır. Kanunun aradığı bu tür özel yazılı vekâlet sözleşme-  
leri vekil ile resmi daire arasındaki münasebet içindir. Esasında bu tür  
yazılı şekiller işin sağlama bağlanması ve ileride doğacak ihtilafları ön-  
lemek içindir. Nitekim avukatla, müvekkili arasında sözlü olarak yapılan  
sözleşme geçerlidir. Avukatın dâvâyı takip edebilmesi için kanunen ara-  
nan vekâletname ise müvekkilin avukata vermek mecburiyetinde olduğu  
bir belgedir. Vekâletnameyi vermeyen müvekkil, avukata karşı sorumlu  
olur.

5. Ücret, vekâlet sözleşmesi için bulunması gereken unsur değil-

(129) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 151.

(130) OLGAC, Senai, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. IV., Ankara, 1976, s. 100.

(131) AKGÜN, M. Zerrin, Vekâlet Akdi ve Bâzi Akidlerden Farkı, AD. 1953, S. 12,  
s. 402.

(132) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, C. IV., Ankara,  
1980, s. 516.

dir. Vekil yaptığı işin karşılığında ücret isteyebilmesi için ya kararlaştırılmış olması veya adette ücretin verilmesi hususunda bir hükmün bulunması gerekir.

Avukatlıkta vekâlet sözleşmesi yapılmakla, ücret kararlaştırılmamışsa avukat, asgari ücret tarifesi üzerinden ücrete müstehak olur. Ayrıca taraflar yazılı olmak şartıyla serbestçe ücreti kararlaştırabilirler (Av. K. 163). Asgari ücret tarifesinin altında ücret veya ücretsizliğin kararlaştırılması avukat açısından yasaktır. Bu yasak müvekkili ilgilendirmez; avukatın kendi kanununa göre disiplin cezasını gerektirir (Av. K. 163/III); avukatla müvekkil arasında kararlaştırılan ücretsizlik esası geçerlidir.

### B) İSTISNA SÖZLEŞMESİ İLE VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

İstisna sözleşmesinin konusu bir eser imalidir; vekâlet sözleşmesi ise, bir işin idaresi veya bir hizmetin ifasıdır (133). Vekâlet sözleşmesi bir işgörme sözleşmesi olup, duruma göre bütün işgörme sözleşmelerini de içine alır. Yani bir sözleşme, özel olarak vekâlet şeklinde kararlaştırılmasa bile, eğer hizmet, istisna veya yayın gibi herhangi bir işgörme sözleşmesi niteliğini taşııyorsa ortada bir vekâlet sözleşmesi var demektir.

İstisna sözleşmesinde eserin imali zamanı ya kararlaştırılmıştır veya makul bir zamandır. İstisna sözleşmesi süreli olup eserin imali ile sözleşmede sona erer. Oysa vekâlet sözleşmesinde işin yapılması ile ilgili bir zaman sözkonusu değildir.

İstisna sözleşmesinin konusu belli bir eser imalidir. Somut eser ortaya çıkmadıkça müteahhidin sorumluluğu devam eder. Vekâlet sözleşmesinde ise işin sonucu taahhüt edilmemiş olduğundan vekilin, belli bir yönde, iyiniyetli, özenli ve sadakatle çalışması, sonuç ortaya çıkmaya bile onu sorumluluktan kurtarır (134).

İstisna sözleşmesi ücret karşılığında eser imali olduğu halde vekâlet ücretsiz de olabilir. Hatta somut bir sonucun yani bir eser imalinin taahhüdünde ücretsizlik kararlaştırılmışsa, ortada bir istisna sözleşmesi değil, bir vekâlet sözleşmesi vardır.

Her iki sözleşmede de aksi kararlaştırılmadıkça, işin mahiyeti veya örf ve adet müsaade etmedikçe iş bir başkasına devredilemez. İstisna sözleşmesinde işin bir alt müteahhide devri halinde alt müteahhit ile iş

(133) AKGÜN, M. Z., a.g.m., (vekâlet), s. 1398.

(134) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 26.

sahibi muhatap olmazken, vekilin başka birini vekil tayin etmesi halinde, tevkil olunan vekil ile müvekkil karşı karşıyadır.

İşin görülmesi sırasında yapılan masraflar, istisna sözleşmesinde müteahhide ait olduğu halde, vekâlet sözleşmesinde müvekkile aittir (135).

Yapılan işin niteliği de istisna sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesini birbirinden ayırır. Başkası adına hukuki muamele yapmak, dâvâ takip etmek, hasta tedavi etmek, öğretim faaliyetinde bulunmak doğrudan doğruya vekâlet sözleşmesinin konusu olur.

Vekâlet sözleşmesini haklı bir sebep aramaksızın her iki taraf da uygun zamanda olmak şartıyla feshedebilir. İstisna sözleşmesi ise ancak haklı sebepler karşısında feshedilebilir.

Sonuç olarak istisna sözleşmesinin konusu daha özel bir nitelikte iken, vekâlet sözleşmesi daha genel bir karakter taşımaktadır (136).

#### FAYDALANILAN KAYNAKLAR

**AKGÜN, M. Zerrin** : İstisna Akdi AD. Yıl. 1953, s. 9.

**AKGÜN, M. Zerrin** : Hizmet Akdi AD. Yıl. 1953, s. 10.

**AKGÜN, M. Zerrin** : Vekâlet Akdi ve Bazı Akitlerden Farkı AD. Yıl 1953, s. 1.

**AKYAZAN, Sıtkı** : İstisna Akitleri AD. Yıl 1967, s. 12.

**AYİTER, Kudret** : Sınai Tesislerin Kurulmasında Rastlanan Vekâlet Akitleri; İmran Ökten'e Armağan, Ankara, 1973.

**BERKİ, Şakir** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 1973.

**BİLGE, Necip** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1971.

**ÇELİK, Nuri** : İş Hukuku Dersleri İstanbul, 1979.

**DURAL, Mustafa** : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976.

**DÜRR, Charles** : Du Contrat d'Entreprise, Bern, 1958.

**ERMAN, Hasan** : İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul, 1979.

**ERZURUMLUOĞLU, Erzan** : Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilmemesi, Ankara, 1970.

**ESENER, Turhan** : İş Hukuku, Ankara, 1978.

(135) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 27.

(136) BİLGE, N., a.g.e., s. 288.

- FEYZİOĞLU, K. Necmeddin** : Borçlar, Hukuku, İkinci Kısım Akdın Muhtelif Nevileri, İstanbul, 1980.
- FRANKO, Nisim, İ.** : Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin, Hükümleri, Ankara, 1981.
- GÖKTÜRK, H. Avni** : Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdın Muhtelif Nevileri, Ankara, 1951.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat** : Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara, 1977.
- GÜCÜN, Cevat, Abdurrahim** : Nazari ve Ameli Hukuk Dâvâları, İstanbul, 1946.
- İZVEREN, Adil** : İşçinin İhtimam Mükellefiyeti AD. Yıl. 1953, s. 11.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, M.** : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İradesi Altında Yaptırma Borcu AÜHFD. C. XXXII. Yıl. 1975, s. 1 - 4.
- MARTEN, Alfret (t. ç. Ahmet Cevat)** : Borçlar Kanunu Şerhi, Umumi Nazariyeleri, Ankara, 1939.
- OLGAÇ, Senai** : Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi c. 3, Ankara, 1977.
- OLGAÇ, Senai** : Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi c. 4, Ankara, 1976.
- ÖNEN, Turgut** : Borçlar Hukuku, Ankara, 1981.
- SELİÇİ, Özer** : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.
- TANDOĞAN, Halûk** : İstisna Addi Kavramı ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi, İmran Ökten'e Armağan, Ankara, 1973.
- TANDOĞAN, Halûk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. 2, Ankara, 1977.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul, 1976.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1976.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : İş Hukuku, İstanbul, 1971.
- Von TUHR, Andreas (t. ç. EDEGE, Cevat)** : Borçlar Hukuku Umumi Kısım C. 2, İstanbul, 1953.