

ROMA HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKANSIZLIĞININ HÜKÜMLERİ VE TÜRK HUKUKUNU ETKİLEYEN YÖNLERİ

*Dr. Öğr. Üyesi Sevgi KAYAK**

Öz

Roma hukukunda eser sözleşmesi, *locatio conductio* adı verilen ve kira, hizmet, eser sözleşmelerini içine alan özel bir sözleşme tipidir. *Locatio conductio*'nun hukuki niteliği tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, *locatio conductio*, Roma'da kullandırma borcu doğuran sözleşmelere olan ihtiyacı karşılamıştır. *Locatio conductio* içinde yer alan sözleşmelerden biri olan eser sözleşmesinde ifa imkansızlığı, eserin teslimine ya da tamamlanmasına engel fiziksel ya da hukuksal bir durumun ortaya çıkmasıdır. Bu imkansızlık, sözleşmenin kuruluşundan önce veya sonra ortaya çıkabilir. Sonradan imkansızlık halinde, eğer yüklenici kusurlu ise, yüklenici zararı gidermek zorundadır; eğer kusurlu değilse, borç ilişkisi sona erecek ve yüklenici borcundan kurtulacaktır. Kusursuz imkansızlık halinde hasar problemi ortaya çıkar. Roma hukukunda eser sözleşmesinde hasar, bazı metinlerde yükleniciye bazı metinlerde iş sahibine ait kabul edilmiştir. Bu nedenle metinler arasında çelişki var gibi görünür. Ancak bize göre bir çelişki yoktur, çünkü metinlerde "bedel hasarı", "malzeme hasarı" gibi ayrımlara uygun düşen düzenlemeler vardır. Eser sözleşmesinde, kusursuz ifa imkansızlığının sonrasında ortaya çıkan hasar problemi, "zarar kimin malvarlığında meydana gelmişse zarara onun katlanması gerektiği" şeklindeki genel kurala uygun olarak çözümlenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Roma Hukuku, *Locatio conductio*, eser sözleşmesi, ifa imkansızlığı, hasar

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: sevgiabhukuk@hotmail.com) (Makalenin Geliş Tarihi: 08.10.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 08.10.2018-08.10.2018/Makale Kabul Tarihleri: 16.10.2018-26.10.2018)

**ROMAN LAW APPROACH TO THE IMPOSSIBILITY OF THE
PERFORMANCE IN CONTACTS FOR WORK AND
ITS INFLUENCES ON THE TURKISH LAW**

Abstract

In Roman law, contract for work is a specific type of contract called “locatio conductio” and contains obligations arising from lease, employment and work contracts. The legal characteristic of locatio conductio is controversial. According to the prevailing opinion, locatio conductio is a contract that responds to the need of a duty that renders the use of the property. In the contract for work, which falls under locatio conductio, impossibility of performance means a legal or physical impediment that leads to nonperformance or the nonconformity of the agreed piece of work. This impossibility may occur before or after the conclusion of the contract. In an event of subsequent impossibility; if the obligor is at fault, the contractor shall compensate the loss; if not, the obligatory relationship will be terminated and contractor will be discharged. When the impossibility occurs without fault, the problem of passing of risk will come into existence. In some Roman legal texts, contracts for work is arranged as if the contractor bears the risk; yet some others hold the party ordering work accountable for it, which appears to be an inconsistency. In our opinion, this does not create a contradiction nonetheless, since the aforementioned legal texts regulate such divisions, correspondent to material damage and monetary damage. Conclusively, the problem of passing of risk as a result of the objective impossibility of the performance is resolved within the general rule that states, “The injured party whose assets had been affected shall bear the risk”.

Keywords

Roman Law, Locatio conductio, contract for work, impossibility of performance, passing of risk

I. ESER SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

A. Kavramın Anlamı

Modern hukukların aksine, Roma hukukunda eser sözleşmesi ayrı ve bağımsız bir sözleşme olarak düzenlenmiş değildir. Eser sözleşmesi, Roma hukukunda locatio conductio adı verilen özel bir sözleşme tipinin kapsamında yer alan üç ayrı sözleşmeden biridir. Locatio conductio, modern hukukların kira, hizmet ve eser sözleşmelerini içine alan Roma hukukuna özgü özel bir sözleşme tipinin adıdır¹. Üç ayrı sözleşme türüne aynı anda tekabül ettiği için modern hukukta tam karşılığını bulmak olanaksız olan locatio conductio, “yerleştirmek/koymak/kiraya vermek gibi anlamlara gelen

¹ **Accarias**, C.: Précis De Droit Romain, Contenant Avec L'exposé Des Principes Généraux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes, De Justinien, Tome I, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891, N. 615; **Girard**, Paul Frédéric: Manuel Élémentaire De Droit, 5. ed, Revue Et Augmenté, Paris, Librairie Nouvelle De Droit Et De Jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, 1929, s. 603 vd.; **Besnier**, M.: Cours De Droit Romain, Rédigé D'Après les Notes Et Avec L'Autorisation, 2. Année, Paris, Les Cours De Droit, 1946-1947, s. 165; **Huvelin**, Paul: Cours Élémentaire De Droit Romain, Tome II, Les Obligations, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, s. 94; **Rambaud**, Prosper: Explication Élémentaire du Droit Romain, Tome II, Paris, Librairie Maresq Ainé, 1893, s. 237; **Cuq**, Edouard: Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928, s. 477; **Schmidlin**, Bruno/**Augusto Cannata**, Carlo: Droit Privé Romain , II, Obligations- Successions- Procédure, Lausanne, 1987, s. 141; **Weiss**, Egon: Institutionen des Römischen Privatrechts, 2. Auflage, Basel, Verlag für Recht und besellschaft A. G., 1949, s. 372; **Di Marzo**, Salvatore: Roma Hukuku, 5. tabından çeviren: Ziya Umur, 2. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959, s. 441; **Kochaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993, s. 235; **Honig**, Richard: Roma Hukuku Dersleri, Çeviren: Şemseddin Talip, Capitolium II, İstanbul, 1935, s. 131; **Karadeniz**, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 119-121; **Rado**, Türkân: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 101-102; **Umur**, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, Tıpkı 3. basım, İstanbul, Beta, 2010, s. 366; **Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 96; **Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13.1.2011'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Düzenlenmiş Yeni Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 224 vd.; **Somer**, Pervin: Roma Hukukunda İstisna Akdi, (Locatio Conductio Operis), Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı, İstanbul, Derin Yayınları, 2008, s. 9-10.

“locare” sözcüğü ile; “bir araya getirmek/toplamak/birleştirmek/kiralamak/tutmak/taahhüt etmek” gibi anlamlara gelen “conducere” sözcüğünün² birleşmesinden meydana gelen bir kalıptır³. En geniş anlamıyla locatio conductio, bir şeyin hakimiyetinin geçici olarak başkasına bırakılması demektir⁴. Daha teknik anlamında ise, bir miktar para karşılığında, bir malın kullanımının başkasına bırakılmasının ya da bir hizmetin sunulmasının yahut da bir eserin meydana getirilmesinin söz verildiği sözleşme demektir⁵.

Locatio conductio ile ilgili pek çok hususun tartışmalı oluşunu belirtelim. Romalıların, birbirinden farklı bu üç ayrı sözleşmeyi neden locatio conductio başlığı altında tek bir sözleşme gibi düzenlemeye çalıştıkları başta olmak üzere; locatio conductio’nun hukuki niteliği, kökeni, locatio conductio içeriğindeki sözleşmelere ait terminolojik karışıklık gibi problemler gerçekten açıklanmaya muhtaçtır. Çalışmamızın kapsamını aşacak olması nedeniyle bu tartışmaların tamamına yer veremeyeceğiz. Ancak locatio conductio’nun hukuki niteliği ve kökeni ile ilgili tartışmalar, bizim de konumuzu yakından ilgilendiren, değinilmesi gereken meselelerdir.

Roma hukukunun locatio conductio’sundan bahseden kaynakların hiçbirinde, bu sözleşmenin ne olduğu tam olarak açıklanmış değildir. Locatio conductio’ya özellikle ayrılan, Digesta’nın⁶ 19. kitabının 2. başlığı (D. 19. 2)

² **Kabağaçaç**, Sina/Alova, Erdal: Latince-Türkçe Sözlük, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1995, s. 348 ve s. 113.

³ **Monier**, II, Raymond: Manuel Élémentaire De Droit Romain, Tome II, Les Obligations, 4. édition, revu et complétée, Editions Domat Montchrestien, 1948, s. 168.

⁴ **Besnier**, s. 166.

⁵ **Di Marzo**, s. 441; **Weiss**, s. 372; **Huvelin**, s. 94; **Rambaud**, s. 237; **Karadeniz**, s. 121; **Koscheker/Ayiter**, s. 235; **Schmidlin/Cannata**, s. 141.

⁶ Geniş anlamıyla Digesta, hukukun tüm kaynaklarını içine alan genişlikteki hukuk eserlerine Roma hukukunda verilen isimdir. Alfenus Varus, Iulianus, Celsus, Scaevola gibi önemli hukukçuların Digesta tipinde eserleri olduğu bilinmektedir. Daha dar ve teknik anlamında ise, klasik devir hukukçularının eserlerinden alınmış parçaların yan yana getirilmesi suretiyle imparator Iustinianus’un talimatı ile hazırlanmış ve sonraları, Corpus Iuris Civilis adıyla anılacak olan Iustinianus külliyyatının dört kitabından biridir. Roma’yı eski görkemli dönemlerine yeniden kavuşturmanın askeri, dini ve hukuki alanda birlik sağlamaktan geçtiğini düşünen Iustinianus, hukuki birliği sağlamak adına, Tribonianus başkanlığında bir hukukçu ekibi kurmuş ve bu ekipten, o güne kadar mevcut olduğu bilinen tüm hukuki kaynakların derlenmesini istemiştir. Derleme sonucunda Institutiones, Digesta, Codex ve Novallae ismi verilen dört temel kitap ortaya çıkmıştır. Digesta, klasik hukukçulara ait metinlerin derlemesini içeren bir kitaptır. Roma’nın klasik hukuk devrine ait bilgileri büyük ölçüde günümüze aktaran ve ilk elden kaynak vasfını taşıması nedeniyle oldukça önemli olan Digesta, elli kitaptan oluşmaktadır. Her kitap kısımlara, her kısım bölümlere ve her bölüm de paragraflara ayrılır.

ve Iustinianus'un Institutiones'inin⁷ 3. kitabının 24. başlığı (I. Inst., 3. 24) altında bugünkü kira, hizmet ve eser sözleşmelerine uyan bazı hukuki ilişkilere temas edilmiş, ancak locatio conductiodan kastın bu hukuki ilişkiler olup olmadığı net olarak ortaya konmamıştır. Doktrinde, locatio conductio'nun her üç sözleşme tipini de içine alan, Roma hukukuna özgü tek bir sözleşme olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır⁸. Locatio conductio kapsa-

maktadır. Digesta hazırlanırken klasik hukuk metinleri günümüze olduğu gibi aktarılmamış, interpolatio adı verilen değişikliklere uğratılmıştır; bu bağlamda kavramlar güncellenmiş, metinler arasındaki çelişkiler giderilmiş ve uygulamadan kalkmış olan kurumlar kitaplara alınmamıştır (**Umur**, Ziya: Roma Hukuku Lügati, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983, s. 58; **Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku- Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış On Yedinci Basım, 2014, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 51-52; **Umur**, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mefhumlar- Hakların Himayesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984, s. 261 vd.; **Tahiroğlu**, Bülent/**Erdoğan**, Belgin: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku, Onuncu Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 90-92). Digesta'nın hazırlanma yöntemi konusunda ayrıntı için bkz. **Karagöz**, Havva: "Digesta'nın Hazırlanma Şekli ve Sistematiği Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 135 vd.

⁷ Geniş anlamda hukuk kurumları anlamına gelen institutiones, hukuk kurumlarını belli bir düzen içinde saptamak, uygulanan hukuk hakkında genel bir bilgi vermek amacıyla yazılan kitaplara verilen ortak bir isimdir. Gaius, Paulus, Ulpianus, Marcianus gibi hukukçuların bu isimde eserleri vardır (**Umur**, Lügat, s. 89). Teknik anlamda ise Institutiones, Iustinianus tarafından hazırlatılan ve Corpus Iuris Civilis olarak anılan dört temel kitaptan birinin adıdır. Öğrencilere hukuk kurumlarını öğretebilmek amacıyla bir ders kitabı niteliğinde hazırlanmış olan Institutiones, ders kitabı niteliğine rağmen İmparator'un mutlak iradesinin bir ürünü gibi kabul edildiği için kanun gücünü kazanmıştır (**Karadeniz Çelebican**, s. 50-51). Iustinianus'un Institutiones'inin, daha önce Gaius tarafından kaleme alınan Institutiones model alınarak hazırlandığı konusunda bugün doktrin hemfikirdir (**Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 88; **Güneş Ceylan**, Seldağ: "Roma Hukukunda Klasik Hukuk Dönemi", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 49). Institutiones; kişilere ilişkin hukuk, mallara ilişkin hukuk ve davalara ilişkin hukuk olmak üzere üç büyük kısma ayrılan bir sistematiğe sahiptir. Bu sistematik, Pandekt hukukunu doğrudan etkilemiş, Pandekt hukuku vasıtasıyla da Alman, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Kanunları başta olmak üzere birçok modern kanuna geçmiştir (**Umur**, Roma Hukuku, s. 140).

⁸ **Girard**, s. 568 vd.; **Huvelin**, s. 94; **Rambaud**, s. 237; **Cuq**, s. 477; **Schmidlin/Cannata**, s. 141; **Di Marzo**, s. 441; **Kochaker/Ayiter**, s. 235; **Honig**, s. 131; s. 119-121; **Rado**, s. 101-102; **Umur**, Roma Hukuku Ders Notları, s. 366, **Erdoğan**, Roma Borçlar Hukuku, s. 96; **Somer**, s. 9-10; **Doğan Yenisey**, Kübra: "Roma Hukukunun Modern İş Hukuku Üzerindeki Etkilerine Bir Bakış", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 53.

mındaki bu üç farklı hukuki ilişkiye aynı anda tek bir dava hakkının verilmiş olması da bu düşünceyi güçlendirmiştir⁹. Yine de, locatio conductio'nun içeriğine yönelik böylesi bir ayrımın Romalılara ait olduğu kesin bir dille ifade edilemez. Bu üçlü ayrımın Roma kökenli olmadığını düşünen Besnier'e göre, locatio conductio'nun içeriğinden bahseden metinlerde kira, hizmet ve eser olarak yorumlanabilecek bazı hukuki ilişkilere değinildiği inkar edilemez, ancak locatio conductio'yu bu üç ayrı sözleşmenin birleşmesinden meydana gelen tek bir sözleşme gibi kabul eden herhangi bir kaynağa açıkça rastlandığı da iddia edilemez¹⁰. Besnier ile aynı fikirde olan Olivier-Martin de, söz konusu ayrımın Roma hukuku kökenli olmadığını, bu üçlü ayrımı ilk kez, Hollanda'lı hukukçu Jean Voet'in Pandectae hakkındaki şerhinde, XVII inci yüzyıl sonu veya XVIII inci yüzyıl başı itibariyle rastlandığını söylemektedir. Locatio conductio'yu eser, hizmet ve kira ihtiyacını karşılayan tek tip bir sözleşme gibi formüle eden Voet'tir¹¹. Kaldı ki locatio conductio, sanki tek bir sözleşmeymiş gibi tek bir dava formülüne sahip kılınsa da, söz konusu ilişkilere ait uyuşmazlıkların demonstratiolarında¹², bu üç ilişki tipi arasında bir ayrım yapıldığı da dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Bir malın kullanılmak üzere başkasının hakimiyetine bırakılması halinde locatio conductio rei'den, işgücü arz edilerek bir işin görüleceğinin söz verilmesi halinde locatio conductio operarum'dan, mesleki bilgi ve deneyim sunularak bir sonucun meydana getirileceğinin vaat edilmesi halinde locatio conductio operis'den söz edildiği bilinen bir gerçektir. Bu da locatio conductio'nun Romalılar tarafından organik olarak tek bir sözleşme tipi gibi algılandığı düşüncesinin şüpheyle karşılanmasını gerektirmektedir¹³. Bu noktada locatio conductio'nun satış, kira, hizmet, eser, saklama, ödünç gibi pek çok sözleşmeyi de içine alan çok daha geniş bir işlem tipinden zaman içinde ayrılarak özel bir sözleşme türüne dönüştüğü görüşünün de ileri sürüldüğünü belirtmek gerekir¹⁴.

⁹ **Karadeniz**, s. 121 -129.

¹⁰ **Besnier**, s. 173.

¹¹ **Olivier-Martin**, Félix: "Des Divisions Du Louage En Droit Romain", Revue Historique De Droit Français Et Etranger (RHD), 4. série, quizieme année, 1936, s. 467-474. (s. 419-475).

¹² Demonstratio; miktarları kesin olarak tespit edilmemiş alacak hakkına ilişkin davaların formülünde yer alan ve davacının hakkının kapsamını tayin vazifesini üstlenen hakime yol göstermesi amacıyla, uyuşmazlığa neden olan maddi vakıaları kısaca açıklayan bir bölümdür (**Umur**, Lügat, s. 56).

¹³ **Karadeniz**, s. 121-129.

¹⁴ Bu görüş taraftarları için bkz. **Karadeniz**, s. 120.

Locatio conductio'nun Romalılarca tek bir sözleşme gibi algılanmayıp, birbirine benzer addedilen kira, hizmet ve eser gibi hukuki ilişkileri içine alan tüm sözleşme ilişkilerinin bir üst başlığı gibi dikkate alınmış olması, bize göre daha muhtemeldir, zira locatio conductio'nun içinde yer alan sözleşmesel ilişkilerin birbirinden farklı olan karakteristik edimlerinin (hizmet ve eser söz konusu olduğunda iş görme edimi, kira söz konusu olduğunda kullandırma edimi) birleştirilerek tek bir edim gibi düşünülmesine yeryüzündeki fizik kuralları gereğince olanak yoktur.

Bununla birlikte eser sözleşmesinin locatio conductio içeriğinde yer alan sözleşmelerden biri olduğu, D. 19. 2. 22. 1 metni göz önünde bulundurulduğunda, kesindir:

D. 19. 2. 22. 1 Paulus lib. 34 ad Edictum

Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est.

D. 19. 2. 22. 1 Paulus Edictum hakkındaki 34. kitabından

Yapılmak üzere başkasına bir şey verildiği zaman locatio'dur.

Metinde, tam bir tanım verilmemekle birlikte bugünkü eser sözleşmesine tekabül eden locatio conductio operis'den bahsedilmektedir. Metnin yorumundan, işgücü kullanılarak bir sonuç meydana getirmenin söz verildiği ilişkilerin eser sözleşmesi olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle, doktrinde eser sözleşmesi; bir tarafın, bir eser (sonuç) meydana getirmeyi ve teslimini, diğer tarafın da bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹⁵.

B. Hukuki Niteliği

Locatio conductio'nun anlamı kadar hukuki niteliği de tartışmalıdır. Locatio conductio bünyesinde üç farklı sözleşme tipinin yer alıyor olması, buna bağlı olarak, locatio conductio'nun hukuki niteliğini de tartışmalı hale getirmiştir. Tartışma özellikle, locatio conductio'nun kullandırma borcu doğuran bir sözleşme mi yoksa iş görme borcu doğuran bir sözleşme mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Diğer ifadeyle, locatio conductio, Roma'nın kullandırma borcu doğuran¹⁶ sözleşme ihtiyacını mı karşılamak-

¹⁵ **Besnier**, s. 184; **Rambaud**, s. 244; **Somer**, s. 10; **Karadeniz**, s. 165-166; **Huvelin**, s. 94; **Tahiroğlu**, s. 232; **Rado**, s.107.

¹⁶ Türk doktrininde "kullandırma borcu doğuran sözleşme" kavramı yerine, "kullanmayı devir borcu doğuran sözleşme" kavramı kullanılmaktadır (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 57).

tadır yoksa iş görme borcu doğuran sözleşme ihtiyacına mı cevap vermektedir?¹⁷. Doktrin, ağırlıklı olarak locatio conductio'yu kullandırma borcu doğuran bir sözleşme olarak görür¹⁸. Zira bu sözleşme ile bir miktar para karşılığında bir şeyin hakimiyetinin geçici olarak başkasına bırakılması söz konusudur. Kullanıma bırakılacak şey mal olabileceği gibi işgücü de olabilir, bunun bir önemi yoktur. Bu görüştekiler locatio conductio'nun ortaya çıkış nedenlerini ve tarihi gelişimini de görüşlerine destek yapmaktadırlar. Şöyle ki; özel hukuk alanında köle ve hayvanların kiralanması XII Levha¹⁹'dan

¹⁷ Locatio conductio'nun satış sözleşmesi ile benzerliğinin metinlerde sürekli biçimde vurgulandığına dikkati çekmek gerekir (Gai. Inst., 3. 142-147; I. Inst., 3. 24 pr.; D. 19. 2. 2 pr.). Buna göre, satışa olduğu gibi, locatio conductio'ya da tipikliğini veren, bir şeyin hakimiyetinin karşı tarafa sağlanmasıdır. Hammaddenin yüklenici tarafından sağlandığı durumlarda, taraflar arasındaki ilişkinin açıkça bir satış olarak nitelendirilmesi de bu düşünceyi destekler. Locatio conductio ile satış arasındaki tek fark; satışta, satılanın hakimiyetinin daimi olarak, locatio conductio'da ise geçici olarak bir başkasına bırakılmasıdır (**Amirante**: Recherche in tema di Locazione, BIDR, 62, 1959, s. 65 vd.'dan nakleden **Alzon**, C.: "Réflexions Sur L'histoire De La Locatio-Conductio", Revue historique de droit français et étrange, Quatrième série, Vol. 41 1963, s. 555 dn. 9). Satış sözleşmesi ile olan bu büyük benzerlik, locatio conductio'nun kökeninin satış sözleşmesi olarak görülüp görülemeyeceği; eğer görülürse Romalıların niçin locatio conductio rei'yi satış içinde değil de ayrı bir ilişki tipi kapsamında değerlendirdikleri gibi pek çok tartışma konusunu ortaya çıkarmaktadır. Çalışmamızın kapsamı nedeniyle bu tartışmalara değinmiyoruz, (bu tartışmalar için bkz. **Alzon**, "Locatio Conductio", s. 555 vd.). Ancak doktrinde hakim görüş, Roma kaynaklarında satış ile locatio conductio arasında kesin bir ayrımın bulunduğu ve bu bağlamda, locatio conductio'nun satış sözleşmesi niteliğinde kabul edilemeyeceği yolundadır (**Besnier**, s. 166; **Rambaud**, s. 245). Aksi fikirde olan Alzon ise, locatio conductio'nun aslında bir "semere satışı" niteliğinde başladığını öne sürmektedir (**Alzon**, "Locatio Conductio", s. 563 vd.). Biz de hakim görüşü paylaşıyoruz. Kanaatimize göre, satış sözleşmesine daima mülkiyet devri amacıyla bir zilyetlik devrinin konu edildiği unutulmamalıdır. Bir malın kullandığı locatio conductio bakımından değilse bile, işgücünün konu edildiği locatio conductio'yu bu kapsama sokmak ve locatio conductio ilişkisinin tümünü birden satış sözleşmesinin bir türü gibi açıklamak çok zordur. Romalıların, locatio conductio ile ilgili uyumsuzlukların çözümünde satış sözleşmesini locatio conductio'ya komşu bir kurum gibi görerek satış hükümlerinden yararlanmış oldukları belki ileri sürülebilir, fakat bu sözleşmeyi bir satış sözleşmesi niteliğinde gördükleri sonucuna varılamaz.

¹⁸ **Accarias**, II, Tit. 24 § 4, N. 615; **Girard**, s. 568 vd.; **Huvelin**, s. 94; **Rambaud**, s. 237; **Cuq**, s. 477; **Schmidlin/Cannata**, s. 141.

¹⁹ Cumhuriyet devrinin ilk yıllarında, (M.Ö. 451-449) yapıldığı tahmin edilen ve toplam on iki levhadan oluştuğu için Roma hukukçuları tarafından bu isimle anılan XII Levha Kanunlarının, bilinen en eski Roma kanunlaştırması olduğu tahmin edilmektedir. Kanunlar, hukukun çeşitli alanlarında kısa ve özlü cümlelerle kaleme alınan bir takım kurallardan ibarettir. Partici ve pleb sınıfları arasındaki çatışmalara son vermek siyasi

beri bilinen bir uygulamadır. Bu uygulama kira sözleşmesi demek olan *locatio conductio rei*'yi doğmuştur²⁰. Toprak ve ev kiralaması ise, köle ve hayvanların kiralanması kadar yaygın değildir. Etrafı çitle çevrilmiş kendi topraklarına ve kendi malikanelerine sahip bulunan Romalıların toprak ya da ev kiralamasına ihtiyaç duydukları ya da bu tür kiralamaları bildikleri henüz bu çağda söylenemez. Cumhuriyet döneminin sonlarında ise, Roma'ya başlayan yoğun göçün etkisiyle, ev ve toprak sahibi olmayanlar için ev ve toprak kiralaması gündeme gelmiş ve yaygınlaşmıştır²¹. Toprakların da tıpkı köleler ve hayvanlar gibi kiraya verilebileceği düşüncesi, en çok, censorlar tarafından kamu topraklarının (*ager publicus*) özel kişilere kiralanması uygulamasına benzetilerek yerleşmiştir. Toprakların kiralanması, *ager publicus* üzerinde tanınan haklara benzetilerek, adeta bir kira ilişkisi gibi düşünülmüş ve *locatio conductio rei* kapsamına alınmıştır²². Böylece, başkasına kullanılan şey toprak, köle, hayvan ya da ev olduğu zaman, taraflar arasındaki ilişki *locatio conductio rei* olarak adlandırılmıştır. Yine bu dönemde, ekonomik durumun bozulması nedeniyle iş güçlerini başkasının kullanıma arz eden ve bu şekilde geçinmeye çalışan hür kişilerin sayısı da artmıştır. Hür kişilerin emeklerini kullanıma arz ederek çalışmaları, kölelerin çalışmalarına benzetilerek başlangıçta hoş karşılanmamış ve kölelere ilişkin hükümlerin, işgüçlerini para karşılığı kullandıran hür kişilere de tatbik edilmesi bu nedenle olağan karşılanmıştır. Bu durum, bu kişilere kölelerden pek de farklı bir gözle bakılamamış olmasının doğal bir sonucu olarak görülmelidir.

kaygısıyla düzenlenen bu kanunların en önemli özelliği, o zamana kadar yazılı olmayan hukuk kurallarını yazılı hale getirmiş olmasıdır. Böylece pleb sınıfı da dahil, herkesin hukuk kurallarına ulaşması sağlanmış; patricius ve bu sınıfa mensup rahip hukukçuların hukuk kurallarını kendi gizli tekellerinde tutmaları ve bu yolla da, daima kendi lehlerine yorumlamaları önlenmek istenmiştir. Nesilden nesile aktarılarak günümüze kadar ulaşmış metinlerin orijinal olup olmadığı konusunda kesinlik yoktur. Söz konusu kanunların, başta usûl ve icra hukuku olmak üzere aile, miras, mülkiyet, *in ius re aliena* (başkalarının malları üzerindeki haklar/sınırlı aynı haklar), borç ilişkileri ve ceza hukuku alanında *ius civile*'nin ana prensiplerini özetlediği söylenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarz, Andreas B.: Roma Hukuku Dersleri, Çev. Türkan Rado, Cilt:1, 7. bs., İstanbul, Doğan Kardeş Yayınları, 1965, s. 54 vd.; Ayrıca bkz. İpek, Nurcan: "XII Levha Kanunu", *Argumentum*, Yıl: 3, Sayı: 34, s. 609 vd.

²⁰ Besnier, s. 166.

²¹ Monier, II, C. II, s. 169.

²² Girard, *locatio conductio*'nun, censorlar tarafından kamu topraklarının (*ager publicus*) kiralanması neticesi ilk kez kamu hukuku alanında ortaya çıktığı tahmin edilen bir ilişki tipi model alınarak ve özel hukuk alanına uyarlanarak yaratılmış olabileceğini düşünmektedir (Girard, s. 604, dn. 3).

Çünkü Romalıların tasavvurunda işgücünün kullanıma arz edilmesi demek, kişinin bizzat kendisini yani şahsını kullanıma arz etmesi demektir. Bu da, locatio conductio'yu iş görme borcu doğuran değil, kullandırma borcu doğuran sözleşmelere yaklaştırmıştır²³.

Zamanla, köle ve hayvanların kiralanmalarına ilişkin hükümlerin, hür kişilerin işgüçlerini arz ettikleri olaylarda çıkan uyumsuzlukları çözümleme yetersiz kalışı, locatio conductio rei'den farklılaşan, operarum ve operis olarak çeşitlenen yeni locatio conductio türlerini, yani hizmet ve eser sözleşmelerini yaratmıştır²⁴. Gerek hizmet (operarum) gerek eser (operis) sözleşmesinde bir işgücünün kullanıma arz edilmesi söz konusudur, bu açıdan aralarında bir farklılık yoktur. Tek fark, hizmet sözleşmesinde bağımlı çalışmanın; eser sözleşmesinde ise, bağımsız çalışmanın söz konusu olmasıdır. Hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalışan kişinin iş sahibine bağımlı çalışması, yani iş sahibinin emir ve talimatları doğrultusunda iş görmesi söz konusu iken; eser sözleşmesi çerçevesinde çalışan kişinin mesleki bilgi ve deneyimini kullanarak iş görmesi ve dolayısıyla iş sahibinin emir ve talimatlarına bağlı olmayıp bağımsız çalışma yapması söz konusudur²⁵.

Diğer taraftan, kullandırma borcu doğuran sözleşme görüşünün, iş görme borcu doğuran eser sözleşmesini locatio conductio içine koymakta zorlandığı da dikkatlerden kaçacak gibi değildir. Gerçekten de kira ve hizmet sözleşmesine kıyasla, eser sözleşmesinde neyin kiralandığını açıklamak güçtür. Kira sözleşmesinde, mal; hizmet sözleşmesinde ise, işgücü kiraya verildiğine göre, eser sözleşmesinde de mesleki bilgi ve deneyim kiraya veriliyor gibi düşünülebilir. Zira eser sözleşmesinde de kiralanan şeyin, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi bir işgücü olması muhtemeldir, yüklenici işgücünü kullanarak bir eser meydana getirmeyi vaat etmektedir. Yalnız, hizmet ilişkisindeki işçiden farklı olarak eser sözleşmesinde yüklenici, bağımlı çalışan bir kişi olmadığı için, aslında işgücünü değil, mesleki bilgi ve deneyimini kiraya vermektedir. Bu durumda en makul olan, eser sözleşmesinde kiralananın, yüklenicinin mesleki bilgi ve deneyimi olduğunu düşünmektir. Ancak tam bu noktada karşımıza çıkan terminoloji problemi bu sonuca varmaya engel olur. Locatio conductio'da, sözleşen tarafları belirtmek için "locator" ve "conductor" terimleri kullanılmaktadır. Bir malı bir bedel karşılığı kullandıran ya da bir hizmeti arz eden kişi "locator", malı kullanan ya da hizmetten yararlanan ve bu nedenle ücret ödeyecek kişi "conductor" adını

²³ Karadeniz, s. 123 vd.

²⁴ Karadeniz, s. 123 vd. ve s. 136, 143 ve özellikle s. 145-147.

²⁵ Weiss, s. 377.

alır²⁶. Buna karşılık bir eserin meydana getirilmesinin söz verildiği locatio conductio operis'te ise, bu terminoloji tersine dönmüştür; mesleki bilgi ve deneyimini kullanarak bir eseri meydana getirecek kişi conductor, bundan yararlanacak ve dolayısıyla ücret ödeyecek kişi de locator olarak adlandırılmıştır. Başka deyişle locatio conductio rei ve operarum'da ücreti alan kişi locator olduğu halde; locatio conductio operis'te ücreti alan kişi conductor'dur²⁷. Bu durumda eser sözleşmesinde işgücünü kullanıma arz eden ve bu nedenle de ücreti alan yüklenicinin nasıl olup da locator olarak adlandırılmadığı sorusunu sormak kaçınılmazdır. Madem ki kira ve hizmet sözleşmelerinde bir şeyi başkasının kullanımına arz eden ve bu nedenle de ücrete hak kazanan kişi locator olarak adlandırılmıştır, o halde eser sözleşmesinde de mesleki bilgi ve deneyimini kullanıma arz ederek ücrete hak kazanan kişi de locator olarak adlandırılmalıydı²⁸. Locatio conductio'yu kullandırma borcu doğuran sözleşmelerden biri olarak kabul edince neden böyle yapılmadığını açıklamak da zorlaşmaktadır. Eser sözleşmesinde kiraya verilenin işgücü değil, hammadde olduğu görüşü ileri sürülerek, bu terminoloji karmaşası bu görüş taraftarlarınca belli bir ölçüde aşılılmıştır²⁹.

Kullandırma borcu doğuran sözleşme görüşü karşısında Accarias, kanaatini net biçimde ortaya koymamakla birlikte, locatio conductio'nun kullandırma borcu doğuran bir sözleşme ilişkisine her zaman uymadığını söylemektedir. Yazara göre, locatio conductio bakımından asıl güçlük, bu sözleşme kapsamına giren maddi fiillerin karakterini saptayabilmektedir. Bir elbiseyi temizlemek ya da bozulmuş bir aleti tamir etmekte olduğu gibi, bazı maddi fiiller bir malın kiralanmasının konu edildiği kullandırma borcu doğuran sözleşme kapsamında söz verilmeye müsait değildir. Sözleşen taraflardan birinin borcunun konusu bir miktar para, diğerininki maddi bir fiilin icrası olduğu her anlaşma gerçekte bir locatio conductio kabul edilmelidir³⁰. Bu yorum tarzı bize, yazarın locatio conductio'nun iş görme borcu doğuran

²⁶ İşgüçlerini başkasına kullandıran kişiler, bir anlamda işgücünü başkasının emrine sunmak için bekleyen kişilerdir olup yer değiştirmeye hazır oldukları için "locare" fiilinden türeyen "locator" terimi ile nitelendirilmişlerdir. Bu kişileri işçi pazarından alıp götüren işverenler ise, bu faaliyeti ifade etmeye uygun "conducere" fiilinden türeyen "conductor" sözcüğü ile ifade edilmişlerdir (**Doğan Yenisey**, s. 156).

²⁷ **Rado**, s. 102.

²⁸ **Rambaud**, s. 237; **Karadeniz**, s. 124.

²⁹ Bu görüş ve tartışmaları için bkz. **Alzon**, "Locatio Conductio", s. 553 vd.

³⁰ **Accarias**, II, Tit. 24 § 4, N. 619-620.

sözleşmelere daha yakın olduğu ve Roma'da da bu ihtiyacı giderdiği fikrine sahip olduğunu düşündürmektedir³¹.

³¹ Gerekçelerimiz farklı olmakla birlikte doktrinde hakim olan kullandırma borcu doğuran sözleşme görüşünü paylaşıyoruz. Fikrimize göre, locatio conductio'nun ilk etapta bir kullandırma borcu doğuran sözleşme olarak ortaya çıkmış olması muhtemeldir. Zira başlangıçta tarım ağırlıklı bir ekonomisi bulunan Roma toplumunda, her aile kendi topraklarını işletmektedir ve kendi evine sahiptir, bu nedenle toprak ve ev kiralama yaygın değildir (Besnier, s. 166; Roma'nın ekonomik düzeni hakkında bkz. Altop, Serpil: Roma Hukuku'nda Kölelik, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s. 54 vd.). Ancak toprakların işletilmesinde yeterli köle ve veya hayvana sahip olmayan bazı aile reisleri başka aile reislerinden köle ve hayvan kiralama yoluna gitmiş olabilirler. Tahminimize göre köle ve hayvanların başkasına kullandırılması in ius re aliena (sınırlı ayni hak) kapsamında zaten biliniyordu. Bir malın mülkiyetini devretmeksizin onu başkasına kullandırmak, in ius re aliena kapsamında daima mümkündür. Buna karşılık mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkiler devredilmek istenmeyip sadece kullanım hakkının verilmek istenmesiyle, yeni bir ilişki tipi olan kira sözleşmesi ortaya çıktı. Burada, kamu topraklarının özel kişilerin kullanımına arz edilmesi işlemi de model olarak alınmış olabilir (bu işlem için bkz. Karadeniz, 120). Bu suretle, mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkiler malikte kalacak şekilde, bir malın başkasına kullandırılması usulü yaygınlaşmıştır. Böyle bir ilişkinin, sadece kullanım hakkının devri nedeniyle maliklerin lehine olduğu kesindir. Nitekim mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkiler devredilmeyip sadece kullanım hakkı devredildiği zaman, devralan yalnızca sözleşmeden doğan bir hak yani bir alacak hakkı elde etmiş olur. Mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkiler malikte ya da malikin rızasıyla başkasında olduğu vakit, bu yetkilerin sahipleri, kullanım hakkı sahiplerinin haklarının özünü zedeleyebilirler. Bu durumda kullanım hakkı sahibi ancak zararının giderilmesini isteyebilecektir. Hangi hakkın, sınırlı bir ayni hakkın mı yoksa sözleşmeden doğan bir hakkın mı sağlandığı meselesi ise, elbette taraf iradelerinin yorumu ile çözüme bağlanabilir. Kullanım hakkının devrinin ortaya çıkmasından sonra, köle ve hayvanlar sınırlı bir ayni hak kapsamında değil, locatio conductio kapsamındaki sözleşmesel hak kapsamında kullandırılmış olsa gerektir. Zamanla Roma'nın çok fazla göç alması ve ekonomik durumun da bozulmasıyla, hür kişilerin de işgüçlerini tıpkı köleler gibi kullanıma arz ettikleri bilinen bir gerçektir. Bu sözleşmenin niçin yeni bir ilişki tipi olarak kabul edilmeyip locatio conductio içine dahil edilmeye çalışıldığı ise gerçekten düşündürücüdür ve buna tatmin edici bir cevap bulmak zordur. Bize göre bu durum, ortaya çıkan yeni hukuki ilişkileri derhal tanımak ve düzenlemek yerine, kendisine yakın hukuki kurumlara benzetilerek, oradaki çözümlerin uyarlanma çabasından ileri gelmiş olabilir. Hür kişilerin iş güçlerini kullanıma arz etmeleri, kölelerin işgüçleriyle birlikte başkasına sunulmasına benzetilerek ortaya çıkan uyumsuzluklara locatio conductio (rei) çözümleri uygulanmış olacaktır. Ancak zamanla locatio conductio, hizmet (operarum) ve eser (operis) olarak çeşitlenmiş ve kullandırma borcu doğuran sözleşme kapsamından çıkmıştır. Bu nedenle, locatio conductio rei, kira sözleşmesi ihtiyacını karşılarken ve kullandırma borcu doğuran bir sözleşme niteliğini korurken, locatio conductio operarum ve operis, Roma'nın iş görme borcu doğuran sözleşme ihtiyacını karşılar olmuştur.

Eser sözleşmeleri bakımından Roma hukukuna özgü olan bir durum üzerinde de durmak gerekir. Günümüzün aksine, Roma hukukunda bir eser sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanıyor olması şarttır³². Malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı durumlarda eser sözleşmesinden değil, satış sözleşmesinden bahsedilir. Zira Romalılara göre, kendi malzemesi ile bir eser meydana getirmeyi söz veren yüklenicinin, kendi malını satmayı söz veren bir satıcıdan farkı yoktur. Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı ilişkiler eser sözleşmesi olarak locatio conductio kalıbı içinde değerlendirilirken, malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı anlaşmalar alelade satış sözleşmesinden farksız görülmüştür. Kendine ait malzeme ile eser meydana getirmeyi söz veren kişinin aslında bir satış sözleşmesi akdetmiş olacağı varsayımı I. Inst., 3. 24. 4 metninde³³ dile getirilmektedir. Ancak metin, meselenin klasik hukuk döneminde oldukça tartışmalı olduğu bilgisini de içermektedir. Klasik hukuk dönem hukukçusu Cassius, malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı durumlarda da pekala eser sözleşmesinden bahsedilebileceğini bildirmektedir. Cassius'un bu düşüncesinden anlaşılmaktadır ki malzemenin yükleniciye ait olduğu durumlarda bir eser sözleşmesinin kurulup kurulmadığı konusunda klasik hukukçular arasında bir tereddüt vardır. Cassius'a göre, burada sadece satış değil, satış ve eser olarak iki ayrı sözleşme aynı anda vardır, yani bileşik bir sözleşme örneği mevcuttur³⁴. Birbirine bağlı bu iki işlemden birincisi, eser meydana getirme konusunda locatio conductio operis faciendi, ikincisi de bu eserin bünyesinde yer alacak malzemenin satımı konusunda satış sözleşmesi. Yüklenici tarafından sağlanan malzeme, eserin

³² Koschaker/Ayiter, s. 237.

³³ I. Inst., 3. 24. 4'te de eser sözleşmesinden bahsedilmiştir: "*Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem conductionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit* (Yine ihtilafı mucip olmuş bir meseleye göre, şayet Titius bir kuyumcu ile, altını kuyumcu vermek üzere, muayyen ağırlık ve muayyen şekilde yüzükler yapması ve mesela on altın alması hususunda anlaşmış olsa, burada alım satım mı yoksa locatio ve conductio mu vardır? Cassius'un dediğine göre, malzemenin alım satımı, işçiliğin ise locatio conductio'su vardır. Fakat sadece alım satım olduğu nokta-i nazarı hakim oldu. Eğer altını Titius vermiş olsaydı, işçilik için muayyen bir ücret (merces) tespit edilmişse, bir locatio conductio olduğundan şüphe edilemezdi)". Aynı yönde Gai. Inst., 3. 147.

³⁴ Gai., Inst., 3. 147.

bünyesine girerek eser ile birlikte iş sahibine teslim edileceği için, malzemenin mülkiyeti de ister istemez eser ile birlikte iş sahibine geçektir, bu durumda malzeme iş sahibine satılmış olmaktadır, bu bakımdan bir satış sözleşmesi vardır. Buna karşılık malzeme aynen değil, işlenmiş olarak iş sahibine teslim edileceğine göre, malzemenin işlenmesi de ayrı bir sözleşmenin, eser sözleşmesinin konusunu oluşturacaktır, bu bakımdan da bir eser sözleşmesi vardır³⁵. Mesela hammaddeyi altın olan bir yüzük yapımının yüklenici Titius tarafından söz verildiği bir ilişkide, eğer altın da Titius tarafından sağlanıyor ise, yüzüğün yapımı konusunda eser sözleşmesi ve eserin bünyesindeki altın için de, -bu altın, yüzük bünyesinde iş sahibine teslim edileceği için- bir satış sözleşmesi mevcut demektir. O halde Titius, her iki sözleşmeden de ilgili sözleşmelerin hükümlerine göre ücret talep edebilecektir. Fakat Iustinianus, klasik hukuk dönemindeki azınlıkta kaldığı anlaşılan Cassius'un bu bileşik sözleşme görüşünü değil, çoğunluğun görüşü olan satış sözleşmesi görüşünü benimsemiştir. Malzemenin ya da hammaddenin yüklenici tarafından sağlanarak bir eser meydana getirmenin söz verildiği tüm olaylarda satış sözleşmesinin varlığı kabul edilmiştir³⁶.

Eser sözleşmesinde iş görme edimi söz konusudur, dolayısıyla eser sözleşmesi bir yapma borcunu konu alır. Yapma borcunu konu alan *locatio conductio operarum*'da (hizmet sözleşmesi) da, esasında bir iş görme edimi vardır³⁷. Bu durumda da, işgücü kullanılmak suretiyle bir eserin meydana

³⁵ **Di Marzo** s. 442.

³⁶ I. Inst., 3. 24. 4; "...*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* (Fakat sadece alım satım olduğu noktaı nazarı hakim oldu. Eğer altını Titius vermiş olsaydı, işçilik için muayyen bir ücret/merces tespit edilmişse, bir *locatio conductio* olduğundan şüphe edilemezdi)". Türk hukukunda böyle bir şart yoktur; malzeme veya hammadde, ister iş sahibi ister yüklenici tarafından sağlansın, emek ve çaba sarf edilerek meydana getirilecek bir eser (sonuç) tesliminin söz verildiği her olayda eser sözleşmesi kurulmuş demektir.

³⁷ Roma hukukunda iş görme ihtiyacını karşılayan başka sözleşmeler de vardı. Bunların başında vekalet sözleşmesi gelmektedir (Vekalet Sözleşmesi için ayrıntı için bkz. **Sayın Korkmaz**, Bengi: Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatium), Ankara, Yetkin, 2014, s. 187). Vekaletsiz iş görme de bu kapsamda sayılmalıdır, (vekaletsiz iş görme hakkında ayrıntı için bkz. **Özdemir**, H. Gökçe: Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 28 vd.). Modern hukuklarda iş görme sözleşmeleri arasında kabul edilen hizmet sözleşmesi, işgücünün kullanıma arz ediliyor olması nedeniyle, Roma'da, çoğunluk görüşüne göre bir tür kullanıma sözleşmesi vazifesindedir. Bunun dışında, zanaatkar ve nitelikli işçilerin mesleki eğitimlerini sağlamak için klasik hukuk döneminden beri akdedilegelen çıraklık sözleşmeleri, iş görme ihtiyacını karşılamak için vardır. Bu sözleşme kapsamında bir aile

getirileceğinin söz verildiği hukuki ilişkilerin operarum olarak görülmeyip, operis formunda yeni bir sözleşme türü yaratmaya ihtiyaç duyulmasının nedenini araştırmak gerekir. Muhtemelen, eser sözleşmesinde sadece işgücü arzının değil aynı zamanda bir sonucun meydana getirileceğinin söz verilmesi, hizmet sözleşmesi yanında eser sözleşmesinin de bağımsız bir tip olarak tanınmasını kolaylaştırmıştır³⁸. Gerçekten operarum'dan farklı olarak, operis'te, sadece bir iş görmeyi söz vermek değil, iş görmek suretiyle bir sonucu meydana getirmeyi söz vermek de vardır. Mesela³⁹ elbise dikmek, hayvan otlatmak, bina inşa etmek, köle eğitmek gibi aynı zamanda sonuç taahhüdüne de elverişli olan bu maddi fiiller, locatio conductio operarum'un olduğu kadar locatio conductio operis'in konusunu oluşturmaya da uygundur. Borcun konusu bakımından her iki sözleşme arasında herhangi bir fark olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Ancak eser sözleşmesindeki yapma borcunun, hizmet sözleşmesindeki aksine, bir vasıta borcu olmayıp sonuç borcu olduğuna dikkat edilmelidir; eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki fark, asıl bu noktadadır. Hizmet sözleşmesinde sonucun ortaya çıkması için gereken çabayı göstermek, dikkat ve özen göstererek çalışmak yeterlidir. Oysaki eser sözleşmesinde, sonucun meydana gelmesi için çalışmak, vasıta olmak yetmez, sonucu başarmak da gerektir.

Sözleşmenin kuruluşuna da burada kısaca değinmeliyiz. Kurulması bakımından eser sözleşmesinin hangi sözleşmeler grubunda yer aldığına dair özel bir bilgi yoktur. Locatio conductio içeriğinde yer aldığına göre, eser sözleşmesi locatio conductio'nun genel karakterine uygun olarak rızai şekilde kurulmak zorundadır⁴⁰; tarafların, objektif esaslı unsurlar üzerinde

evladı ya da kölenin, bir meslek ya da zanaatı öğrenmesi için o meslek ya da zanaat ustasının yanına çırak olarak verilmesi söz konusudur ki bu yolla taraflar arasında kurulan ilişki yine locatio conductio kapsamında düşünülmüştür. Çıraklık sözleşmesinin locatio conductio'nun her üç türünde de kurulması mümkün olmuştur. Bir kölenin çırak olarak verilmesi söz konusu olduğu zaman locatio conductio rei niteliğinde, bir aile evladının çırak olarak verilmesi söz konusu olduğu zaman locatio conductio operarum niteliğinde, sonucun başarılabileceğinin yani mesleki bilginin mutlaka kazandırılacağına taahhüt edildiği durumlarda da locatio conductio operis niteliğinde bir çıraklık sözleşmesinden söz edilmiştir (**Karadeniz**, s. 195-197).

³⁸ **Somer**, s. 14, dn. 37.

³⁹ **Karadeniz**, s. 166; **Söğütlü Erişgin**, Özlem: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara, Seçkin, 2016, s. 149.

⁴⁰ Gai., Inst., 3. 135: "*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatis, mandatis* (Borç ilişkileri alım satımda, locatio conducti'da, şirkette, vekalette rıza yoluyla kurulur)".

vardıkları bir irade uyuşması yeterlidir⁴¹. Nitekim locatio conductio, rızai sözleşmelerden biri olup sağlanması istenen mal, hizmet ya da eser ile bunun karşılığı olan bedel üzerinde anlaşmayı gerektirir. Bunu D. 19. 2. 1 pr.'dan çıkarıyoruz:

“Locatio conductio, cum naturalis sit, et omnium gentium: non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio”.

“Locatio conductio tabiat gereğidir ve tüm kavimlere aittir. Sözlü değildir, fakat rızai olarak kurulur, alım satıma yaklaşır”.

Her ne kadar bu metinde rızai olarak kurulduğundan bahsedilse de, locatio conductio'nun rızai bir sözleşmeye sonradan dönüştüğü, aslında ilk olarak aynı bir sözleşme⁴² olarak başladığı görüşünün de doktrinde ileri sürüldüğünü eklemek gerekir⁴³. Kimi yazarlar, sözleşmenin aynı şekilde

⁴¹ D. 19. 2. 1 pr.

⁴² Roma hukukundaki aynı sözleşme ile bugünkü hukuktaki aynı sözleşme kavramının birbiri ile örtüşmediğini vurgulayalım. Günümüzde aynı sözleşme, bir aynı hakkın devrini sağlayan sözleşme anlamına gelir. Mülkiyet hakkının devrine ya da bir aynı hakkın kurulmasına yönelik tasarruf işlemidir ve bu tasarruf işlemi borç doğurucu nitelikte değildir, bir aynı hakkın devri ya da tesisi konusundaki anlaşmadır (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 54-55). Roma hukukunda aynı sözleşme ise, contractus realis/real sözleşme niteliğindedir. Bunun anlamı, sözleşmenin kurulması ya da hüküm ifade etmesi için, tarafların irade uyuşmasının yeterli olmayıp malın teslimine de ihtiyaç bulunan bir sözleşme olmasıdır (condensus + res). Roma hukukunda real sözleşme borç doğurucu niteliktedir. Para ödücü, kullanım ödücü, saklama sözleşmesi ve rehin Roma hukukunun aynı sözleşmeleridir. Söz konusu sözleşmelerde, borç ilişkisinin kurulması yani bir borcun doğumu için malın karşı tarafa teslimi şeklinde bir tasarruf işlemi yapmak da gereklidir, ancak bu şartla o sözleşme kurulmuş ve borç doğmuş olacaktır. Günümüzde ise tasarruf işlemi borç doğurmak ya da karşı tarafı borçlandırmak amacıyla değil, bir aynı hakkı tesis etmek amacıyla yapılır. Roma'nın aynı sözleşmeleri olan ödünç (para ve kullanma ödücü), saklama ve rehin sözleşmelerinin her biri bugün birer rızai sözleşmeye dönüşmüştür, yani bugün mesela bir para ödücünün kurulması için bir miktar paranın karşı tarafa verileceği hususunda tarafların anlaşmaları yeterlidir, paranın ayrıca teslimi gerekmez. Günümüz sözleşmeleri arasında, Roma'nın real sözleşme kavramına tekabül eden tek sözleşmesi eşya taşıma sözleşmesidir, bu sözleşmenin kurulması hem tarafların iradelerinin uyuşmasına, hem de eşyanın karşı tarafa teslimine bağlıdır, (Real sözleşme hakkında ayrıntı için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 54-55; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, § 10 n. 8; **Hatemi**, Hüseyin: **Borçlar Hukuku Fasiküller**, İstanbul, y.y., 2006, § 2 N. 17.

⁴³ **Mayer-Maly**, Theo: Locatio Conductio, eine untersuchung zum klassischen römischen recht, Band IV, Wien, 1956, s. 81 vd.

kurulumunun yalnızca eski hukuk devrine ait olduğu kanaatini taşıırken; kimileri, aynı niteliğin klasik hukuk devrinde bir müddet daha devam etmiş olabileceğini ileri sürmektedirler. Fakat hakim görüş, klasik çağın ortalarından itibaren locatio conductionun tarafların sadece sözleşme konusu ve bedel üzerinde anlaşmaya varmalarıyla kurulan rızai bir sözleşmeye kesin olarak dönüştüğü yolundadır. Post klasik devirde ise locatio-conductio, Doğu hukuklarının etkisiyle yazılı şekle uyularak kurulması gereken bir sözleşme durumundadır⁴⁴.

C. Unsurları

1. Genel Olarak

Locatio conductio operis'in sahip olduğu objektif esaslı unsurlardan açıkça bahseden bir metin yoktur. Ancak locatio conductio'nun kapsamında düzenlenmiş olması, locatio conductio'ya ilişkin tespitlerin locatio conductio operis için de geçerli olduğu sonucuna bizi ulaştırabilir. Buna göre locatio conductio'nun objektif esaslı unsurları; kullanılması kararlaştırılan mal ya da görülmesi istenen hizmet yahut da meydana getirilmesi amaçlanan eser (sonuç) ile bunların karşılığı olan bedeldir. Sözleşmenin kurulması bu iki unsur üzerindeki irade uyuşmasına bağlıdır. Bir bedel karşılığında bir eşyanın başkasına kullanılması halinde locatio conductio rei'den, bir hizmetin vaat edilmesi halinde locatio conductio operarum'dan, bir eserin ya da sonucun meydana getirilmesinin söz verilmesi halinde locatio conductio operis'ten bahsedilir. Bu durumda conductio operis'in objektif esaslı unsurları, bir sonuç meydana getirmek ve bedel üzerinde anlaşmaktır. Bu iki unsur üzerinde irade uyuşması sözleşmenin kurucu unsurudur.

2. Sonuç Meydana Getirme

Sonuçtan kasıt, bir iş görmenin başarılacağına taahhüt edilmesidir. Burada, sadece maddi varlığı olan bir eserin mi yoksa maddi bir fiilin mi sonuç olarak taahhüt edileceği meselesi tartışılabilir. Ücret karşılığı bir malın saklanması⁴⁵, eşya taşınması⁴⁶, elbise temizlenmesi, alet edevat onarılması, köle eğitilmesi gibi fiillerin⁴⁷ locatio conductio operis'e konu olmasından

⁴⁴ Bu görüş ve tartışmalar için bkz. **Karadeniz**, s. 121.

⁴⁵ D. 19. 2. 40.

⁴⁶ **Tahiroğlu**, s. 235.

⁴⁷ **Schmidlin/Cannata**, s. 143-144; Ayrıca bkz. **Somer**, s. 52, dn. 137.

anlaşılmaktadır ki bir eserin bünyesinde somutlaşmayan maddi fiiller⁴⁸ de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir. Ancak, operarum'dan farklı olarak, operis'te her türlü iş değil, ancak mesleki bilgi ve uzmanlığı gerektiren işler sözleşmeye konu edilebilir⁴⁹. Eser sözleşmesine konu olacak

⁴⁸ Ortak hukukta da eser kavramı, maddi veya maddi olmayan sonuçları içine alacak kadar geniş anlaşılyordu Bu hususta bkz. **Becker**, H.: Eser (İstisna) Sözleşmesi, Çeviren: Suat Dura, Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, Sayı: 3, s. 310.

⁴⁹ Durum bugünkü hukukumuzda da aynıdır; yalnız maddi fiillerin somutlaşmış hali olan eserler değil, bizzat iş görme fiilleri de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Eser sözleşmesine ilişkin MK m. 470'te açıkça eser kavramından bahsedilmektedir: “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Çoğunluk görüşü, maddede geçen eser kavramının bir sonuç taahhüdü şeklinde anlaşılması gerektiğini savunur. Buna göre, maddi varlığı olmayan yani somutlaşmamış fikri ve bedeni iş görmeler de eser sözleşmesi kapsamında yer alabilir. Reklam kampanyası hazırlanması, mağaza vitrininin düzenlenmesi, bahçevanın bahçeyi sulaması, sinemada film gösterimi gibi fiiller eser sözleşmesine konu olmaya elverişlidir, (Bu konuda tartışmalar için bkz. **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, 1987, s. 2-34). Eser kavramının bu denli geniş yorumlanması ister istemez beraberinde vekalet ile eser sözleşmesinin nasıl ayırt edileceği problemini beraberinde getirmektedir. Hiç şüphesiz bu sorun, taraf iradelerinin yorumu ile aşılabacaktır. Bununla birlikte, yoruma yardımcı bazı kriterler de doktrinde önerilmektedir. Eser sözleşmesine konu olabilecek iş görme fiillerinin sonuç taahhüdüne elverişli fiiller olması gerektiğinin altı çizilmektedir. Başka deyişle, eser sözleşmesinden bahsedebilmek için, başlangıçta ortaya konan sonuç tasarısıyla, ortaya çıkan sonucun birbirine uygun olup olmadığının denetlenebilir olması şarttır. Örneğin bir ressamın yaptığı tablonun veya bir şairin yazdığı şiirin ya da bir spikerin yaptığı haber sunumunun ayıplı olduğu söylenemeyecektir, zira başlangıçtaki sonuç tasarısı ile ortaya çıkan sonucun birbirine uygunluğu denetlenebilir değildir, bu gibi hallerde sonuç taahhüdüne elverişli bir fiilden bahsedilemez. Bu tür örnek olaylarda olduğu gibi, sonucun tamamen kişisel özelliklerle belirlendiği ya da sonucun ortaya çıkmasında başka etkenlerin de rol oynadığı durumlarda eser sözleşmesinden bahsedilemez. Gerçekten bir musiki eserinin bestelenmesi veya bir şiir yazımının söz verildiği hallerde sonuç, bestecinin ya da şairin kişisel özellikleri ile belirlenecektir. Başka deyişle, sonucu ortaya çıkaran unsur, bizatihi kişisel özelliklerdir; bu özelliklerin ayıplı olduğundan, yani ortaya çıkan sonucun sözleşmede kararlaştırılan gibi olmadığından bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde, bir hastalığın tedavisi söz konusu edildiğinde, hastanın iyileşmesi sadece doktorun başarısına değil hastalığın niteliği, süresi, hastanın yaşı, genetik yapısı gibi pek çok etkene de bağlı olacaktır. Bu nedenle, bu gibi fiilleri eser değil, vekalet sözleşmesi kapsamında görmek daha isabetli olur (Ayrıntı için bkz. **Kurşat**, Zekeriya: “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, İÜHFM, C. LXVII, (67), 2009, sayı: 1-2, s. 143-166; Ayrıca bkz. **Erdoğan**, İhsan: İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle

işlerin daha çok “opus” kavramının altına yerleştirilmiş olmasının nedeni de budur⁵⁰.

3. Eser Bedeli

Eser bedeli, sözleşmenin diğer objektif esaslı unsurudur⁵¹. Bu sonuç özellikle I. Inst. 3. 24 pr.’dan anlaşılmaktadır:

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis consistunt. Nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit,

Karşılaştırılması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990, C. 13, sayı: 1, s. 135 vd.; **Gökayla**, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişiklikleri, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2009, s. 5-10). Ekleyelim ki Roma hukukunda da benzer bir sorun vardır. Vekaletin, başlangıçta sadece bir hukuki işlemin yapılmasını konu alırken, zamanla tüm maddi fiilleri içine alacak genişlikte akdedilmeye başlanması, Roma’da da eser ve vekalet ilişkilerinin pratik ayrımı sorununu gündeme getirmiştir. Ancak ayrımı yapmanın Türk hukukundaki kadar zor olmadığını belirtelim. Vekalet sözleşmesine ancak fikri faaliyetlere dayanan mesleki bilgi ve deneyimin konu edilebileceği kabul edildiğinden, Roma’da bu ayrımı yapmak kolaydır. Kural olarak, kol gücüne dayanan iş görmeler eser sözleşmesine, fikri güce dayanan iş görmeler vekalet sözleşmesine konu olmuştur (**Karadeniz**, s. 211-212; **Emiroğlu**, Haluk: “Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 1, s. 101 vd.

⁵⁰ D. 50. 16. 5. 1: “*Opere locatio conductio, his verbis Labeo signiicari ait it opus, quod Graeci «apotelesma» (effectum) vocant, non ergen (opus) id est ex opere facto corpus aliquod perfectum* (Labeo, Grek’lerin «apotelesma» diye adlandırdıkları işi şu kelimelerle ifade eder: locatio conductio operis. Ergon (opus) iş değil, yapılmış bir işten tamamlanmış bir bütün, sonuç)”; (Metnin çevirisi için bkz. **Somer**, s. 14). Roma’da iş kavramını ifade için labor, opus/opera ve negotium olmak üzere üç ayrı tabirin kullanıldığı görülür. Zahmet, sıkıntı, yorgunluk anlamlarına gelen labor sözcüğünün hukuki bir terim olmaktan çok, günlük dilde kullanılan iş kavramının karşılığı olduğu söylenebilir. Opus/opera ise bir sonuca yönelik maddi fiiller olarak hukuk dilinde teknik bir anlama sahiptir. Negotium ise her türlü insan fiiline karşılık gelen teknik bir tabirdir (**Karadeniz**, s. 33). Roma hukuku kaynaklarında geçen bu üç terim arasında, modern hukukun iş kavramını en fazla karşılayan, opera terimidir. Zira çağdaş iş kavramının, emek ve zahmet içermesi yanında ekonomik değer taşıması da şarttır. Ekonomik değer taşıyan maddi fiiller söz konusu olduğu zaman Romalıların en fazla kullandıkları sözcük opera sözcüğüdür ve bu nedenle opera sözcüğünün bugünkü iş veya iş görme kavramını daha fazla karşıladığını söylemek yanlış olmaz. Buna karşılık, modern eser sözleşmesinin konu aldığı iş görmeler ifade edilmek istendiği zaman ise opera sözcüğü yerine, D. 50. 16. 5. 1’den anladığımız kadarıyla, opus sözcüğü daha fazla tercih edilmiştir.

⁵¹ Locatio conductio operis’te eser bedeli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Soydan**, Ceren: “Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Eser Sözleşmeleri (Locatio Conductio Operis)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, s. 48 vd.

sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur, si merces constituta sit. Et competit locatari quidem locati actio, conductori vero conducti.

Locatio ve conductio alım satımaya yakındır ve aynı hukuk kaideleri ile tanzim edilir. Filhakika, nasıl alım satım semen üzerinde mutabakat hasıl olduğu vakit inikat ederse, locatio ve conductio da, ücret (merces) üzerinde mutabakat hasıl olduğu vakit akdedilmiş sayılır; locator'a actio locati, conductor'a actio conducti verilir⁵².

Benzer bir metin D. 19.2.2 pr.'da yer almaktadır:

D. 19. 2. 2 pr. Gaius Libro II Rerum Quotidianarum

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, isdemque iuris regulis consistit. Nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit

D. 19. 2. 2 pr. Gaius Res Quotidianus'un II. kitabından

Locatio conductio, alım satımaya yakındır ve aynı hukuk kuralları ile düzenlenmiştir. Alım satım, üzerinde uyuşulan semene dayandığı gibi locatio conductio da, üzerinde uyuşulan bir bedele dayandırılır.

Eser bedelinin sözleşme kurulurken belirlenmiş olması şarttır. Taraflar, eserin bir bedel karşılığı meydana getireceği hususunda anlaşmışlar, fakat ne miktar olacağını kararlaştırmayıp bedel tayinini ileriye bırakmışlarsa, locatio conductio operis'in kurulduğundan bahsedilemez. Burada olsa olsa isimsiz bir sözleşme mevcuttur ve herhangi bir uyuşmazlık halinde de isimsiz sözleşmelerin davası olan actio praecriptis verbis tanınabilir⁵³. I. Inst., 3. 24. 1, bu hususu açık seçik kaleme alan bir metindir:

“...Qua de causa si fulloni polienda curandave aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intellegitur, sed eo nomine praescriptis verbis actio datur”.

⁵² Çeviri için bkz. **Iustinianus**, Institutiones, Türkçe metin: Ziya Umut, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968. (Çalışmada kullanılan Iustinianus'un Institutiones'inin metinlerinin çevirisinde bu kaynaktan yararlanılmıştır).

⁵³ Bu sonuç locatio conductio kapsamındaki diğer sözleşmeler için de geçerlidir. Sağlanacak şey bir mal, hizmet ya da eser olabilir; fakat ücret daima bir miktar paradan ibaret olmak zorundadır. “İrade uyuşması” kurucu unsurunun içeriğinde, ücret esaslı unsurunda üzerinde de bir uyuşma şart olduğundan, ücret belirlenmeksizin ya da belirlenebilir olmaksızın yapılan bir sözleşme locatio conductio değildir; bu gibi durumlarda locatio conductio'dan değil, duruma göre başka bir sözleşmeden örneğin bir kullanım ödünçünden ya da çoğu kez do ut facias (veriyorum yapman için) veya facio ut facias (yapıyorum yapman için) formülünde kurulan bir isimsiz sözleşmeden bahsedilir (**Rambaud**, s. 237; **Somer**, s. 27 dn. 75). Aynı yönde bkz. **Honig**, s. 131.

“...Bir kimse temizleyiciye, temizlensin ve düzeltsin diye veya terziye diksin diye ücretini derhal tayin etmeden, elbiseler verirse ve aralarında, verilecek ücretin sonradan tayini kararlaştırılırsa hakiki manada bir locatio conductio yapılmış sayılmaz ve bu ilişkiden bir actio praecriptis verbis doğar”.

Eser bedelinin tayininin üçüncü kişiye bırakılması halinde bir eser sözleşmesinin kurulmuş olup olmayacağı meselesi de ayrıca tartışılmış ve mesele, I. 3. 24. 1'deki satış sözleşmesine gönderme yapılarak çözümlenmiştir:

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

“Yukarıda söylemiş olduğumuz, semenin üçüncü kişinin takdirine bırakılması keyfiyetini, eser bedelinin başkasının takdirine bırakılması hali olarak, locatio conductio hakkında da söylenmiş addediyoruz. ...”.

Gönderme yapılan satış sözleşmesine ilişkin I. Inst., 3. 23. 1 metninde ise mesele şöyle çözümlenmiştir: Eğer üçüncü kişi bedeli takdir etmişse, bu bedel satış bedeli olarak kabul edilip, alıcıya bu bedel ödetilecektir; eğer üçüncü kişi bedeli takdire yanaşmıyorsa, satış sözleşmesinin kurulmamış olduğuna hükmedilecektir⁵⁴.

Sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir, zira yüklenici olan conductor'un asli borcu eseri meydana getirip teslim etmek; iş sahibi olan locator'un borcu eser bedelini ödemektir⁵⁵. Eseri teslim borcunu ifa etmemesi halinde yükleniciye karşı açılacak dava actio locati; iş sahibinin eser bedelini ödememesi halinde iş sahibine karşı açılacak dava actio conducti'dir⁵⁶.

⁵⁴ I. Inst., 3. 23. 1. Metinde, söz konusu çözümün locatio conductio sözleşmelerine de teşmil edildiğinden ayrıca bahsedilmektedir.

⁵⁵ Burada Roma hukukunda mevcut olmayan bir ayrımı da ele almak gerekir. Bugün eser sözleşmesi ani edimli bir borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Modern hukuklarda yapılan ani edimli-sürekli edimli- dönemli edimli sözleşme ayrımı, ifaya olan menfaatin süreye yayılıp yayılmamasına dayanan bir ayrımdır. İfaya olan menfaatin, mesela bir sanatçının iki saat boyunca konser vermesinde olduğu gibi, zamana yayıldığı durumlarda sürekli edimli; ifaya olan menfaatin, mesela satıcının malı teslim etmesinde olduğu gibi, zamana yayılmayıp anında sağlandığı durumlarda ani edimli bir ilişkiden bahsedilir (Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s. 5 vd.). Böyle bir ayrımın Roma hukukunda da yapıldığına dair elimizde bir kaynak yoktur (Sommer, s. 46, dn. 121).

⁵⁶ Actio locati hakkında D. 19. 2. 13. 3, actio conductio hakkında D. 19. 2. 15 pr., (Davalara hakkında ayrıntı için ise bkz. Sommer, s. 123 vd.).

II. ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKANSIZLIĞI KAVRAMI

İmkansızlık, borcun ifasına engel fiziksel ya da hukuksal bir durumun ortaya çıkmasıdır⁵⁷. Eser sözleşmesinde imkansızlık ise, eserin teslimine ya da tamamlanmasına engel fiziksel ya da hukuksal bir durumun ortaya çıkmasıdır⁵⁸. İmkansızlık başlangıçta, henüz sözleşme kurulmazdan önce ortaya çıkabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından sonra da ortaya çıkabilir. Baştaki ve sonraki imkansızlık ayrımı Roma hukukunda da bilinmekle beraber metinlerde, eser sözleşmesinin baştaki imkansızlığına yer verilmeyerek sadece sonraki imkansızlık üzerinde durulmuştur. Teslimi ya da meydana getirilmesi imkansız olan bir edim henüz sözleşme kurulurken söz verildiğinde, yani başta bir imkansızlık bulunduğu, taraflar arasındaki ilişkinin akıbetini, imkansızlığa dair genel bir metin sayılan ve hukuk dünyasında bir özdeyiş gibi kullanılan D. 50. 17. 185'ten anlıyoruz: “*Impossibilium nulla obligatio est (İmkansızlıktan hiçbir borç doğmaz)*”. Metin, gayet açık olarak baştaki imkansızlık halinde taraflar arasında herhangi bir borç ilişkisinin kurulmadığını tespit etmektedir. Tüm sözleşme ilişkileri için geçerli olan bu kural, locatio conductio için ve elbette, locatio conductio başlığı altındaki eser sözleşmesi için de geçerlidir. Eser sözleşmesinin baştaki imkansızlığına

⁵⁷ **Cuq**, s. 631. Modern hukukta da imkansızlık, borcun ifası olanağını ortadan kaldıran fiziksel ya da hukuksal bir engelin ortaya çıkması halidir. Başlangıçta mevcut olabileceği gibi sonradan da ortaya çıkmış olabilir. Başta mevcut olması bakımından imkansızlığın objektif ya da sübjektif olması önemlidir. Eğer imkansızlık objektif ise, hiç kimse tarafından yerine getirilemeyecek bir edim söz verilmiş olacağı için, sözleşmenin hüküm doğurmayacağı açıktır. Tarafların gerçekte borç altına girmek istemedikleri bu gibi hallerde böyle bir sözleşmenin anlamsız olacağı açıktır. Sadece borçlunun yerine getiremeyecek olduğu bir edimden bahsedilen sübjektif imkansızlık hallerinde ise, sözleşme geçerli kabul edilmekle birlikte, sonraki imkansızlık hükümlerine tabi olacaktır. Edimin ifası borçludan talep edildiğinde, borçlunun sorumluluğu, ifa etmemede kusurunun bulunup bulunmadığına göre tayin edilecektir. Elbette buradaki kusura, ifaya engel olan durumu bile bile borçlunun böyle bir ilişkiye girip girmediğine göre bakılacaktır (**Öz**, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte, İstanbul, Kazancı, 1989, s. 156-157). İfa yokluğuna neden olan fiziksel ya da hukuksal engelin sonradan ortaya çıkması durumunda sonraki imkansızlıktan bahsedilir. Sözleşmenin kurulmasına etki etmeyen sonraki imkansızlık halinin, objektif ya da sübjektif surette ortaya çıkmasının da bir önemi yoktur. Edimin ifasından borçlunun sorumlu tutulup tutulmayacağı, onun kusuruna göre saptanacaktır; imkansızlığın kaynağında kusuru varsa, TBK m. 112 uyarınca borcu ifasından zararı giderme borçlusu olarak sorumlu olmaya devam edecek; imkansızlığın kaynağında kusuru yoksa, TBK m. 136/2 uyarınca borçtan kurtulacaktır (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 903 vd.).

⁵⁸ D. 19. 2. 59; D. 19. 2. 62; D. 19. 2. 37.

pek nadir rastlanır; kutsal sayılan bir mekanda özel mülkiyete tabi olacak bir bina inşasının söz verilmesi baştaki imkansızlığa verilen en tipik örnektir⁵⁹. Başlangıçtan itibaren imkansız olan bir edimin eser sözleşmesine konu edilmesi halinde, D. 50. 17. 185'teki genel kural gereği, eser sözleşmesinin hiçbir hüküm doğurmayacağı açıktır. Fakat hemen belirtelim ki burada sözü edilen imkansızlık objektif imkansızlık olup, borçlunun kişiliğine ait subjektif imkansızlık halleri, mesela borçlunun eseri tamamlamasına engel fiziksel bir rahatsızlığının bulunması buraya girmez. Baştaki subjektif imkansızlık eser sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasını etkilemez⁶⁰.

Eser sözleşmesinde ifanın imkansızlaşması çoğu kez sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkabilir. Bu da, eserin tesliminin imkansızlaşması ya da eserin tamamlanmasının imkansızlaşması biçiminde iki aşamalı olarak karşımıza çıkar: Ya eser tamamlanıp teslim hazır hale getirilir ancak iş sahibine teslim edilmezden önce yok olur; ya da eser teslim hazır hale getirilmeden, daha tamamlanma aşamasındayken yok olur. İfa imkansızlığının ortaya çıkabilmesi bakımından eser sözleşmesinde görülen bu iki aşamalılık, bu noktada eser sözleşmesini satış sözleşmesinden ayırmaktadır. Satış sözleşmesinde imkansızlık sadece teslim aşamasında ortaya çıkabilecek iken, eser sözleşmesinde hem tamamlanma hem teslim aşamasında ortaya çıkabilir. Bu da doğaldır, zira eser sözleşmesinde yüklenici, kendi çalışması ile meydana getirebileceği bir eseri söz verdiği için, hem eseri meydana getirmek hem de bu eseri teslim etmek borcu altındadır. Bu da satışıdaki imkansızlıktan farklı olarak, eser sözleşmesinde imkansızlığın gerek teslim gerek tamamlanma aşamasında ortaya çıkabilmesini sonuçlar. Buna bağlı olarak, eser sözleşmesinde imkansızlıkla ilgili hükümler, imkansızlığın eserin teslimi veya tamamlanması aşamasında ortaya çıkmasına göre farklılık arz etmekte ve ayrı ayrı ele alınmaktadır. Günümüz hukuku bakımından söz konusu olan bu ayrılığı, çok net olmamakla birlikte, Romalıların da bildiklerini söyleyebiliriz. Kısmen tamamlanmasının ardından deprem sebebiyle yıkılan bir bina inşasının uyuşmazlık konusu yapıldığı bir metinde⁶¹, eserin henüz teslim hazır hale gelmeden önce de telef olabileceği üzerinde durulmakta ve bu mesele imkansızlık kapsamında ele alınmaktadır. Diğer taraftan, imkansızlıkla ilgili metinlerde, eserin tamamlanıp teslim hazır hale gelmesinden sonraki telefiyeti üzerinde daha fazla durulduğu da ortaya konulması gereken bir tespittir.

⁵⁹ Rado, s. 10.

⁶⁰ Rado, s. 10.

⁶¹ D. 19. 2. 59.

III. ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKANSIZLIĞININ HUKUKİ SONUÇLARI

A. Eserin Tesliminin İmkansızlaşmasının Hukuki Sonucu

1. Kusurlu İmkansızlık Sebebiyle Eserin Teslim Edilememesi

a. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde yüklenicinin asıl borcu, eseri meydana getirmek ve teslim etmektir. Yüklenici, bu sözleşme ile, dies operis (eser süresi)⁶² olarak adlandırılan belli bir zaman sürecinde eseri tamamlayıp teslim etme borcu altına girer. Asli borcunu ifa edemeyen yüklenici hakkında sorumluluk hukukunun genel prensipleri işlemeye başlayacaktır. Buna göre; yüklenicinin eseri teslim edemeyecek olması bizzat borca aykırılıktır ve borca aykırılık halinde, iş sahibinin de malvarlığında bir zarar meydana gelmiş demektir. İş sahibinin malvarlığındaki zarar eserin teslim edilememesinden ileri geldiği için zarar ile borca aykırı davranış arasında illiyet bağı da kurulmuş olacaktır. Bu durumda yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için geriye, zararın yüklenicinin kusurundan ileri gelip gelmediğinin incelenmesi kalmaktadır. Eserin teslim edilememesi, eserin tamamlanamaması nedeniyle olabileceği gibi tamamlanmış eserin tesliminden kaçınılması nedeniyle de olabilir. Her iki halde de sonuç aynıdır; yüklenici eseri teslim hazırlanmaya hazır hale getirmemekte ya da teslim hazırlanmaya hazır hale getirdiği eseri teslim etmemekte kusurlu ise, zararı giderme borçlusu olarak borçtan sorumlu olmaya devam eder⁶³.

Eser sözleşmesindeki yüklenicinin yapma borcu biçimindeki yükümlülük borcunun, kusurlu ifa yokluğu halinde, zararı giderme biçiminde bir sorumluluk borcuna dönüşeceğine ilişkin kural, Roma hukukunun sorumlulukla ilgili genel prensiplerinden çıkarılır. Kusurlu olarak borcunu ifa etmeyen borçlunun borcu sona ermeyecek, aksine, sürekli hale gelecektir. D. 45. 1. 91. 3'te⁶⁴ tüm borç ilişkileri bakımından ifade edilmiş kuralın, kanaati-

⁶² Bu zamanın ne kadar olacağı sözleşmede taraflarca kararlaştırılır, eğer kararlaştırılmamışsa bonus virus (iyi ve adil olan) bir kimse tarafından işin tamamlanması için gereken süre, eserin teslim süresidir (**Karadeniz**, s. 176). Fikrimize göre burada kastedilen süre, ifanın hazırlık süresi olup bu sürenin vade ile bir ilgisi yoktur. Vade, hazırlık süresi içinde tamamlanmış bir eserin, iş sahibinin kabulüne arzı için taraflarca ayrıca kararlaştırılan bir süre demektir.

⁶³ Roma hukukunun genel sorumluluk prensipleri hakkında bkz. **Petit**, s. 482 vd.; **Di Marzo**, s. 364 vd.; **Schmidlin/Cannata**, s. 81 vd. ve özellikle s. 87; **Rado**, s. 22 vd.

⁶⁴ Ayrıca bkz. D. 46. 3. 107.

mize göre, eser sözleşmeleri bakımından da aynen geçerli olduğunda bir tereddüt bulunmamalıdır:

D. 45. 1. 91. 3 Sequitur videre de eo quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem...”

D. 45. 1. 91. 3 Eskilerin yerleştiği kuralı görmeye geçilir, kusurunun vuku bulunduğu her defasında borçlunun borcu sürekli hale gelir.

Kusurun varlığını ve derecesini belirlemek bakımından da yine genel sorumluluk prensiplerine göre hareket edildiğini söylemek yanlış olmaz. Roma'nın klasik devrinde hakim olduğu kabul edilen objektif (kusura dayanmayan) sorumluluk rejimi, Iustinianus devrinde subjektif (kusura dayanan) sorumluluk rejimine dönüştürülmüştür⁶⁵. Klasik dönem ile Iustinianus döneminin sorumluluk prensiplerinin birbirinden ciddi ölçüde farklılaşması, sözleşmesel ilişkiler bakımından borçlunun sorumluluğu meselesinin ayrı ayrı ele alınmasını gerektirmektedir ve bu nedenle, borçlunun sorumluluğunu dönemlere ayırarak incelemek Romanist doktrinde bir gelenektir. Bu geleceğe riayet eser sözleşmesi bakımından da faydalıdır.

b. Klasik Hukuk Döneminde

Roma'nın klasik devrinde objektif sorumluluk anlayışının hakim olduğu baskın biçimde kabul edildiğinden⁶⁶, yüklenici, eseri teslim edememekten veya tamamlayamamaktan dolayı kusuru olsa da olmasa da sorumludur. Alacaklının malvarlığında bir zararın meydana gelmiş ve bu zarar ile yüklenicinin borca aykırı davranışı arasında bir illiyet bağının kurulmuş olması, sorumluluk için yeterlidir. Yüklenicinin eseri niçin teslim edemediği, borca aykırı davranışında bir kusurunun bulunup bulunmadığı önemli değildir. Bu durum, yüklenicinin kendi iradesi dışında gerçekleşen beklenmedik hallerden dahi sorumlu tutulabileceği anlamına gelmektedir. Bunun tek istisnası vis maior ya da damnum fatale olarak bilinen mücbir sebep halleridir⁶⁷.

Diğer taraftan, Roma'nın klasik dönemindeki sorumluluk prensipleri bakımından meselenin bu kadar basit olmadığını da vurgulamak gerekir. Zira klasik dönemde bazı sözleşmesel ilişkiler bakımından, custodia adı verilen özel ve Roma hukukuna özgü olan bir sorumluluk anlayışının var olduğu bilinmektedir. Sözcük anlamıyla “nezaret/koruma” anlamlarına gelen

⁶⁵ Rado, s. 23; Tahiroğlu, s. 44.

⁶⁶ Monier, II, s. 221; Rado, s. 23; Tahiroğlu, s. 44.

⁶⁷ Monier, II, s. 221 vd.

custodia, bir malı iade etme yükümü altında bulunan borçlunun, mala nezaret etmemesi ya da onu korumaması sebebiyle mala gelen tüm zararlardan sorumlu tutulması demektir. Custodia'nın, borçluyu yer yer beklenmedik hallerden sorumlu tutacak kadar ileri giden oldukça ağır bir sorumluluk rejimi olduğunu vurgulamak gerekir⁶⁸. Custodia'ya göre, verme borcu altında bulunan bir borçlu, malın çalınması gibi nezaretle önleyebileceği varsayılan bir takım beklenmedik hallerden sorumlu tutulur fakat gasp, yağma gibi nezaretle önleyemeyeceği düşünülen beklenmedik hallerden sorumlu tutulmayarak borcundan kurtarılırdı⁶⁹. Buna göre mesela kullanma ödücü olarak aldığı bir malı, bu malın çalınması sebebiyle iade edemeyen ödünç alanın, hırsızla ortak hareket etmediği sürece, iade borcuna aykırı davrandığı ve bu nedenle kullanma ödücü ilişkisinden dolayı sorumlu olduğu söylenemez. Fakat mala nezaret (custodia) etmediği ve bundan dolayı sorumlu tutulacağı söylenebilir. Buna karşılık iade borcuna aykırılığın gasp nedeniyle meydana geldiği hallerde custodia'dan sorumluluk gündeme gelmez⁷⁰.

Custodia sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte⁷¹, eser sözleşmesinde yüklenicinin custodia'dan sorumlu tutulup tutulamayacağını belirlemek gerekir. Custodia sorumluluğu altında bulunan kişiler;

⁶⁸ **Sütken**, Elvan: "Roma Hukukunda Özel Kusursuz Sorumluluk Halleri", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 233.

⁶⁹ **Sütken**, s. 233.

⁷⁰ **Monier**, II, s. 227; **Paris**, Jean: La Responsabilité De La Custodia En Droit Romain, Paris, Recueil Sirey, 1926, s. XIV-XV ve özellikle s. 6 vd.; **Erdoğan**, Belgin: "Klasik Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C: I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 906.

⁷¹ Custodia sorumluluğunun hukuki niteliği Roma hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Tartışmaya neden olan, Iustinianus döneminde bir tür özen (diligentia) sorumluluğuna dönüştürülmesi nedeniyle custodia'ya ilişkin metinlerin silinmesi ve bu nedenle custodia hakkında ulaşılan bilgilerin oldukça sınırlı olmasıdır (**Di Marzo**, s. 365). Custodia'nın, kusursuz sorumluluğun özel bir şekli mi, yoksa bir sorumluluk ölçütü mü olduğu meselesi, tartışmanın kilit noktasıdır. Custodia'nın bir kusursuz sorumluluk türü olduğunu kabul eden görüş ağırlıktadır. Bu görüşe göre, custodia sorumluluğu hırsızlık, üçüncü kişilerce mala verilen zararlar ve hayvanların yol açtıkları zararlar gibi belli başlı olayları kapsamına alan sınırlı bir niteliğe sahip olsa da, objektif nitelikte bir sorumluluk olarak kabul edilmek gerekir, (bu görüşte **Baron**, "Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias, oder die Haftung für Custodia, Archive für die Civilistische Praxis, 52, 1869, s. 44 ve Die Haftung bis zur höheren Gewalt, Archive für die Civilistische Praxis, 78, 1892, s. 203'den nakleden **Paris**, s. VII vd., Türk huku-

satıcı, kullanma ödünçü alan, ivazsız olarak bir mağazadaki veya depodaki malları korumakla görevli olan horrearius, locatio conductio'da conductor rei ve conductor operis faciendi (kiracı ve yüklenici), ortaklığın amacına özgülenmiş mallar için şirket ortakları, klasik dönem sonlarından itibaren de

kunda aynı yönde **Erdoğan**, "Custodia", s. 895-907). Custodia'nın bir objektif bir sorumluluk olduğunu reddeden görüşe göre custodia, aslında bir kimseye malı özenli koruma borcu yükleyen ve bu anlamda, o kimseyi nezaret ya da koruma borcundaki kusurundan dolayı sorumlu tutan bir sorumluluk ölçütüdür, (Hasse, Die Culpa des Römischen Rechts, 1, edition, 1815, 2. Édition, Bonn, 1838'den nakleden: Paris, s. I vd., Türk hukukunda aynı yönde **Tamer Güven**, Diler: Culpa In Eligendo, Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul, Der Yayınları, 2001, s. 29-30). Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, sorumluluğun kusura dayanması ile kusurun objektif olarak belirlenmesi farklı kavramlardır, birbirine karıştırılmamalıdır. Kusura dayanan sorumluluğunun esas alındığı bir hukuk düzeninde kusur, objektif ölçülere göre de belirlenebilir ve bu, o hukuk düzeninde objektif sorumluluk rejiminin kabul edildiği anlamına gelmez. Custodia, bir kimsenin kusursuz olsa dahi sorumlu tutulmasından çok, mala nezaret etmedeki kusurundan objektif bir ölçütle sorumlu tutulması anlamını taşır. Borçlunun borç konusu mala nezaret etmedeki kusuru, kişisel özellikleri dikkate alınarak subjektif olarak değil, zararı meydana getiren olayın nezaretle engellenebilecek bir olay olup olmadığı dikkate alınarak objektif olarak belirlenir. Mesela hırsızlık böyledir. Klasik devirde verme borcu altında olan bir borçlu hırsızlıktan sorumlu tutulmuştur. Ancak bu bizi derhal custodia'nın objektif sorumluluğunun bir türü olduğu sonucuna götürmemelidir. Gerçi hırsızlık, gerçekten de bir beklenmedik hal olduğu için, borçlunun beklenmedik hal sorumluluğunun bulunduğu gibi bir anlamın çıkarılmasına neden olabilir, fakat bu yanıltıcıdır. Zira borçlunun hırsızlıktan her şart ve durumda sorumlu tutulacağı kabul edilmesi, hırsızlığın custodia ile engellenebilecek bir olay olduğu varsayımına dayanmaktadır. Mesela üçüncü kişilerin cebir ve şiddet kullanarak yaptıkları hırsızlıklardan borçlular sorumlu tutulmamışlardır, çünkü cebir ve şiddetin nezaretle önleneyeceği varsayımsal olarak kabul edilmemiştir. Bu bakımdan borçlunun custodia'dan sorumluluğunun tespiti, somut olaya bakmaya ve borçlunun mala nezaret ya da malı koruyup gözetmede bir kusurunun bulunup bulunmadığını sorgulamaya bağlıdır. Bu durumda custodia, nezaretteki kusur olarak culpa kavramının içine dahil olmakta, onun bir dalı haline gelmektedir (Ayrıntı için bkz. **Tamer Güven**, s. 32 vd.). Custodia'nın bir sorumluluk türü ya da sorumluluk ölçütü olmaktan çok bir sorumluluk borcu olarak görülüp görülemeyeceği de akla ayrıca gelen bir sorudur. Zira borçlu, custodia ile aslında hırsızlık fiilinden değil, hırsızlığın meydana gelmemesi için gereken özeni göstermemekten sorumlu tutulmaktadır. Başka deyişle borçlunun asli borcu olan verme borcu, hırsızlık nedeniyle ortadan kalkmakta, fakat bu defa bir yan edim olarak nitelendirilebilecek özen borcu ihlal edilmiş sayılmaktadır. Bu durumda custodia, tıpkı bugünkü hukukumuzda yer verilen, edim yükümünden bağımsız borç ilişkilerinde olduğu gibi borçlunun özen ve koruma borcu niteliğinde kabul edilip, borçlunun bu borca aykırı davranmasından dolayı kusuru ölçüsünde sorumlu tutulması anlamında yorumlanmaya da müsaittir. Bu, başka bir tartışmanın konusu olacak kadar geniş kapsamlı olduğundan burada ayrıntıya girmiyoruz.

rehinli alacaklılar olarak sayılmıştır⁷². Buradan eser sözleşmesinde de yüklenicinin custodia ile sorumlu tutulduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Eser sözleşmesindeki yükleniciler için custodia sorumluluğunun ilk kez, temizleyiciler ve örücüler için getirildiği bilinmektedir⁷³. Bu kimselerin, kendilerine bırakılan malzemeye gelecek zarardan dolayı custodia ile sorumlu tutulacaklarından bahsedilmektedir⁷⁴. Bu noktada, yüklenicinin işin sonucundan da custodia ile sorumlu olacağı görüşü ileri sürülmüştür⁷⁵. Başka deyişle, bu görüşe göre yüklenicinin custodia'dan sorumluluğu işin sonucu bakımından da geçerlidir. Bu görüş taraftarlarınca, klasik devirde custodia sorumluluğu hakim olduğu için culpa imperitia (mesleki bilgi ve deneyimdeki kusur), custodia ile yan yana gelmeyip custodia kapsamında yer almıştır; zira borçluyu beklenmedik hallerden sorumlu tutacak derecede ağır bir sorumluluk getiren klasik dönemde, culpa imperitia da zaten custodia'nın içinde yer almıştır. Biz bu görüşü paylaşmıyoruz. Bir sorumluluk ölçütü olarak ele alındığı zaman dahi custodia, culpa imperitia'dan farklıdır, culpa imperitia custodia içinde yer alamaz⁷⁶. Custodia'nın bir sorumluluk ölçütü olup olmadığı yolundaki tartışmalar bir kenara bırakılır ve custodia, peşinen bir sorumluluk ölçütü olarak kabul edilirse, imperitia'nın custodia kapsamında yer alamayacağı daha net ortaya çıkar. Zira culpa imperitia, facere (yapma) borçları açısından gündeme gelebilecek bir sorumluluk ölçütüdür. Yüklenici, bir eserin bünyesinde somutlaşmayan mesela bir elbisenin temizlenmesi, bir aletin onarılması gibi maddi fiilleri de söz verebilir, culpa imperitia bu fiiller bakımından gündeme gelebilir. Custodia sorumluluğu ise yüklenicinin kendisine tevdi edilen hammadde veya malzemeler için söz konusu olabilir, işin sonucu bakımından olamaz. Temizlenmek için kendisine bırakılan bir elbiseyi çaldıran bir temizleyici, custodia'dan sorumlu tutulabilir, nezaret etmiş olsaydı bu hırsızlığın meydana gelmeyecek olduğu

⁷² Monier, II, s. 228; Erdoğmuş, "Custodia", s. 898 vd.

⁷³ Bu hususta bkz. Söğütü Erişgin, Contractus, s. 150.

⁷⁴ Gai. Inst. 3. 206: "*Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus at ad eum, cui rem commodauimus, nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare* (Temizleyici veya terzi hakkında söylediklerimizi, kendisine bir şeyi ariyet olarak verdiğimiz kimseye de tatbik edebiliriz. Nasıl ki onlar bir ücret almakla nezaret (custodia) mükellefiyeti altına giriyorlarsa, bu da ariyet aldığı şeyi kullanmasındaki menfaati dolayısıyla aynı şekilde nezaretle (custodia) mükelleftir)". Çeviri için bkz. **Gaius Institutiones**, Borçlar Kısmı, Çeviren: Türkan Rado, İstanbul, 1953, s. 93.

⁷⁵ **Karadeniz**, s. 184; Aynı yönde **Sütken**, s. 234.

⁷⁶ Aynı yönde **Alzon**, "Locatio Conductio", s. 578, dn. 105.

kabul edilip nezaretteki kusuru sebebiyle sorumluluğu gündeme gelebilir. Ancak, bir yapma borcunun konusu olan elbisenin iyi temizlenmemesi fiilinden, fikrimize göre custodia ile değil, culpa imperitia ile sorumlu tutulmuş olsa gerektir.

c. Iustinianus Hukuku Döneminde

Iustinianus döneminde ise sübjektif sorumluluk rejimine geçildiğinden, yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için kusur araştırması yapılması gerekecektir. Eser sözleşmesinde kusur ölçütü olarak, omnis culpa ve culpa imperiata olarak iki ayrı ölçütün dikkate alındığını vurgulamak gerekir. Eser sözleşmesi söz konusu olduğu zaman, borçlunun sadece eseri teslim edemesindeki kusuruna bakılması yetmez, mesleki kusuruna da bakılmalıdır. Yüklenicinin benzer işlerde faaliyet gösteren bir kimsenin mesleki bilgi birikimi ve deneyimine sahip olup olmadığı mesleki kusurun varlığını tespitinde öncelikle bakılması gerektirir⁷⁷. Diğer bir anlatımla, ortalama bir mesleki bilgi ve deneyime sahip olan bir yüklenici bu eseri nasıl meydana getirecek idiyse, bu yüklenicinin de o şekilde meydana getirmesi beklenir, aksi halde yüklenici kusurlu kabul edilir (culpa imperiata). Mesleğin gerektirdiği bilgi ve deneyime sahip olmamaktan elbette her yüklenicinin kendisi sorumlu olacaktır. Buna açıkça işaret eden metin D. 19. 2. 9. 5'tir:

D. 19. 2. 9. 5 Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandum libro octavo digestorum scripsit. Si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere: et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.

D. 19. 2. 9. 5 Celsus, Digesta'nın sekizinci kitabında imperiata'yı kusur olarak saydığını yazar. Eğer biri inekleri olatmayı veya bir şeyi tamir etmeyi veya cilalamayı taahhüt ettiyse, onun kusurundan sorumlu olmak zorundadır; mesleki bilgi ve deneyimde kusuru olduğu zaman kusurlu kabul edilmek zorundadır: elbette artifex (yüklenici) olarak bilgi ve deneyimi de vaat ettiği için.

Yüklenicinin sorumluluğunu tespitinde mesleki kusuruna bakılması yetmez, sahip olduğu bu mesleki bilgi ve deneyimi o işte kullanmış olup olmadığına da bakılmalıdır. Bu da, tipik bir omnis culpa (tüm kusur) araştırmasıdır. Eğer yüklenici, mesleki bilgi ve deneyimini kullanmada kasıt ya da ihmal ile hareket etmişse, eserin iş sahibine teslim edilememesindeki zarardan da sorumlu tutulacaktır⁷⁸.

⁷⁷ Schmidlin/Cannata, s. 144; Söğütlü Erişgin, Contractus, s. 197.

⁷⁸ Karadeniz, s. 173-174. Aynı sonuç Türk hukukunda da geçerlidir. TBK m. 471/2'de, "Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanlar-

Kusurlu imkansızlaşma bakımından ortaya çıkabilecek bir sorun; yüklenicinin, imkansızlığın kaynağında kusuru bulunmamakla birlikte, gereken dikkat ve özeni göstermediği için eserin bünyesinde bir bozukluğun meydana geldiği ve eserin yok olmasına da bu bozukluğun neden olduğu durumlarda ne olacağıdır? Meselenin nasıl çözüme bağlandığını D. 19. 2. 62’de kaleme alınan metnin yorumundan anlıyoruz:

D. 19. 2. 62 Labeo lib. I Pithanorum

Si rivum quem faciendum conduxeras, et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est, Paulus; Imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum: si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

D. 19. 2. 62 Labeo Pithanorus’un birinci kitabından

Eğer sen bir kanalın yapımını üstlenmişsen, işin sahibi kabul etmeden önce telef olmuşsa hasar sana aittir. Paulus: eğer toprağın bozukluğundan ileri gelirse hasar locator (iş sahibi)’a ait olacaktır: eğer eserin bozukluğundan ileri geliyorsa zarar sana ait olacaktır.

Metinde kusursuz imkansızlıktan bahsedilmekle birlikte, son cümlede bu imkansızlığın eserin bünyesindeki bir bozukluktan kaynaklanmış olması olasılığına yer verildiği fark edilir. İmkansızlık, beklenmedik hal ile meydana gelmiş olmasına rağmen, eserin bünyesindeki bir bozukluğun da bu yok olmada etkili olduğu ya da bu yok olmayı kolaylaştırdığı durumlarda, yüklenicinin zarara katlanmak zorunda olduğu Paulus tarafından kaydedilmiştir. Eserin telef olmasının eserdeki bir bozukluktan ileri geldiği durumlarda periculum (hasar) sözcüğü yerine detrimentum (zarar) sözcüğüne yer verilmesi bu sebeple tesadüf değildir. Zira eserin bünyesindeki bozukluğun nedeni yüklenicinin kusuru olduğuna göre, ortaya çıkan sonuç da hasar değil

daki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır” diyerek, aslında iki ölçüt belirlenmiştir: Benzer alanda faaliyet gösteren bir yüklenicinin sahip olması gereken mesleki bilgiye sahip olmak ve söz konusu eseri meydana getirirken ilgili mesleğin teknik kurallarına uygun davranmak. Maddede özenli ifa yükümlülüğünden bahsedilerek objektifleştirilmiş bir özen ölçütü getirilmiş olmakla birlikte, doktrinde bunun aynı zamanda bir kusur ölçütü olarak ele alınması gerektiği de kabul edilmektedir, (bu konuda ayrıntı ve tartışmalar için bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:II, Eser, Vekalet, Sımsarlık, Vekaletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti, İstanbul, Vedat, 2012, s. 44-45; **Seliçi**, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, s. 86; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 357; **Gökyayla**, Emre: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, sayı 1, 2002, s. 785.

zarar olacaktır. Çünkü hasar, ancak kusursuz imkansızlık hallerinde gündeme gelebilen bir kavramdır⁷⁹. O halde metnin yorumundan, kanaatimize göre, şu sonuç çıkmaktadır: Eser beklenmedik hal sebebiyle yok olsa dahi, bu yok olma ile eserin bünyesindeki bozukluk arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa, kusursuz değil kusurlu bir imkansızlıktan bahsedilmelidir ve yüklenici, meydana gelen bu zarardan sorumlu tutulmalıdır.

D. 9. 2. 27. 29'da kaleme alınan metin de aynı sonucu destekler:

D. 9. 2. 27. 29 “Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, setrimas habet vitiosas, potest esse excusatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materia dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae”

D. 9. 2. 27. 29 “Eğer sen ayaklı kupanı, üzerine bir dekor ya da çizim yapmak için bir zanaatkara verirsen ve beceriksizlikle onu kırarsa, bu durumda zararı tazminle yükümlü olacaktır. Buna karşılık eğer beceriksizlikle kırmamış, fakat bardağın camını bozan çatlaklar sebebiyle bardak kırılmışsa, zanaatkar sorumlu tutulmayabilir. İşte bu nedenle bu tür malzeme verildiğinde zanaatkarların büyük bir kısmı sorumluluklarını kaldıran anlaşmalar yapmayı tercih etmektedirler. Bu da istisna (eser) sözleşmesine ve Aquilia Kanunu’na dayanan davaların açılmasını engellemektedir”⁸⁰.

Eserin tesliminin yüklenicinin kusuru ile imkansızlaşması meselesi Roma’da olduğu gibi Türk hukukunda da özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu durumda genel hükümler uygulanarak, BK m. 112 uyarınca yüklenicinin bir tazminat ödeme borcu altına girdiği kabul edilir. Ancak elbette bu sonuç, eser tamamlanmadığı ve teslimin de bu sebeple yapılamadığı haller bakımından geçerlidir. Eser tamamlanmış olup teslimine bir engel bulunmadığı durumlarda, cebri icra yoluyla bu esere kavuşmak nihayetinde mümkün olduğundan, imkansızlık yerine yüklenicinin temerrüde düştüğünden söz edilebilir⁸¹.

⁷⁹ Roma hukukunda “periculum” sözcüğü ile ifade edilen hasar, bilindiği üzere, borçlunun kusuru olmaksızın borç konusunun yok olması halinde ortaya çıkan zarar demektir (Umur, Lügat, s. 155). Buna göre hasar, kusursuz imkansızlık halinde ortaya çıkan zarara verilen teknik bir isimdir. Nitekim metinde de eserin bozukluğundan ileri gelen zararın, “periculum” yerine “detrimentum” sözcüğü ile ifade edilmesinin nedeni budur. Modern hukukta da hasar aynı anlamdadır (Tandoğan, Halûk: Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 6. basım, İstanbul, 1990, s. 104-106).

⁸⁰ Metnin çevirisi için bkz. **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 151.

⁸¹ Buna karşılık eser, yüklenicinin kusuru nedeniyle tamamlanamadığı hallerde aynen ifa söz konusu olamayacağı için, kusurlu bir ifa imkansızlığından bahsedilecektir. Zira iş

2. Kusursuz İmkansızlık Sebebiyle Eserin Teslim Edilememesi

a. Eser Sözleşmesinin Sona Ermesi

Eser, yüklenicinin kusuru olmadan da yok olabilir; bu durumda borç konusu yine ifa edilemeyecektir fakat bu defa yüklenicinin kusuru olmadığından, eserin tesliminin kusursuz imkansızlaşmasından bahsedilecektir. Kusursuz imkansızlık halinde tarafların borçlarının akıbetinin ne olacağına dair metinlerde bir açıklık yoktur. Locati conducti başlığını taşıyan ve eser sözleşmesinin de içinde yer aldığı D. 19. 2'de, eser sözleşmesinde kusursuz imkansızlıktan bahsedilmesi beklenirken, bu meseleye hiç değinilmemiştir. Metinler daha çok, ortaya çıkan zarara, yani hasara kimin katlanacağı meselesi ile ilgilenmektedir. Her ne kadar borç ilişkisinin akıbetine açıkça değinilmemiş olsa da, teslimden önce eserin yok olması halinde iş sahibinin ücret ödeme borcunun devam edip etmeyeceğinin tartışıldığı hasar ile ilgili metinlerin yorumundan, kusuruz imkansızlık durumunda yüklenicinin eser teslim borcunun sona erdiği anlaşılmaktadır⁸². Benimsenen çözüm yolunun Roma hukukunun imkansızlık ile ilgili genel prensiplerine uygun düştüğü açıktır⁸³. Zira beklenmedik hal sebebiyle borç konusunun telef olmasıyla birlikte borç bağının çözülerek borçlunun borcundan kurtarıldığına yukarıda temas etmiştik⁸⁴. Ayrıca belirtelim ki, kusursuz imkansızlık halinde borçlunun borcundan kurtulmasının hakkaniyet icabı olduğu bir regula iuris⁸⁵ olarak da kabul edilmiştir⁸⁶. Bu durumda, her ne kadar locatio conductio ile ilgili metinlerde açıkça yer verilirse de, yüklenicinin kusuru olmaksızın eser tesliminin imkansızlaştığı eser sözleşmelerinde yüklenicinin borcunun ortadan kalktığı sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

görme edimi şeklindeki edimini yerine getirmemekte kararlı olan bir yükleniciden, cebri icra yoluyla bu alacağın aynen elde edilmesi olanağı yoktur (Öz, s. 156-158).

⁸² Bu metinlere örnek olarak bkz. D. 19. 2. 37; D. 19. 2. 62; D. 19. 2. 36.

⁸³ **Petit**, Eugène: **Traité Élémentaire de Droit Romain**, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, s. 483; **Schmidlin/Cannata**, s. 81-82; **Cuq**, s. 631; **Di Marzo**, s. 364.

⁸⁴ D. 46. 3. 107.

⁸⁵ Regula iuris; sözcük anlamıyla hukuk kuralı demektir. Kanun koyucu tarafından sevk edilen ya da somut uyuşmazlıklara dair hukukçular tarafından geliştirilen çözüm önerilerinin mahkeme kararlarında kullanılması yoluyla kural haline gelen hukuk prensiplerinin ortak adıdır. Pek çoğu modern hukuklara da geçmiş bulunan bu kuralların, genel olarak D. 50. 17'de toplandığı bilinmektedir. (**Umur**, Lügat, s. 181). Regula iuris hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karagöz**, Havva: Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 73 vd.

⁸⁶ D. 50. 17. 23.

Eserin tesliminin kusursuz imkansızlaşmasından kasıt, edimin ifa edilememesinin borçluya yüklenemeyecek bir nedenden ötürü olmasıdır. Bu da imkansızlığın beklenmedik hallerden⁸⁷ ileri gelmesi anlamını taşır. Beklenmedik hal, doğa kaynaklı bir mücbir sebep olabileceği gibi, iş sahibinin kusurundan ya da onun riziko alanından ya da üçüncü kişilerin fiillerinden ileri gelebilir. Aynı şekilde, yüklenicinin riziko alanından doğan -kusuru

⁸⁷ Beklenmedik hal kavramı modern hukukta tartışmalıdır. Çok genel bakıldığında, borçlunun iradesi dışında meydana gelen olayların her biri birer beklenmedik haldir. Önceden görülemeyen ve önlenemeyen bütün olaylar bu anlamda beklenmedik haldir. O halde beklenmedik halden söz ettiren unsurlar öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurlarıdır (**Erman**, Hasan: İstisna sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, BK. 365/2, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979, s. 73-80). Beklenmedik hal bakımından en tartışmalı husus, bu kavramın çoğu zaman mücbir sebep kavramı ile karışması ihtimalidir. Zira öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurları mücbir sebepte de vardır. Doktrinde ise, bu iki kavramın farklı olduğu vurgulanmakta, ikisini birbirinden ayırmak için çeşitli kriterler önerilmektedir. Mesela beklenmedik hal söz konusu olduğu zaman öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurlarının sadece borçlu açısından söz konusu olduğu, bu nedenle beklenmedik hal kavramının sübjektif nitelik taşıdığı; mücbir sebepte ise, öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurlarının herkes için geçerli olduğu ve bu nedenle mücbir sebep kavramının objektif nitelik taşıdığı ileri sürülmüştür, (bu tartışmalar için bkz. **İnal**, T.: “Mücbir Sebebin Oluşum Unsurları”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara, 1997, s. 26 vd.). Beklenmedik hal kavramını geniş anlamda ele alan Erman, mücbir sebebi de bir beklenmedik hal olarak nitelendirmektedir. Buna göre, her mücbir sebep aynı zamanda bir beklenmedik haldir, fakat her beklenmedik hal bir mücbir sebep değildir. Beklenmedik hal, borçlunun iradesi dışında meydana gelen her türlü olay olup bu özelliği ile mücbir sebepten daha geniş bir kavramdır. Buna göre tüm doğa olayları ve insan kaynaklı fiiller beklenmedik hal kapsamına girer. Mücbir sebep ise deprem, sel, çığ, fırtına gibi doğa kaynaklı fiiller olarak kabul edilmelidir (**Erman**, s. 73-74). Biz bu konuda Erman’ın fikrine katlıyoruz. Beklenmedik hal kavramı aslında Roma hukukundan gelen bir kavramdır. Beklenmedik hal kavramını ifade için Roma hukukunda “casus fortuitus” terimi kullanılmıştır. D. 50. 17. 23’te, borçlunun beklenmedik hal sebebiyle borcundan kurtulacağı belirtilirken ise, açıkça “casus” sözcüğü tercih edilmiştir. Casus kavramından ne anlaşılması gerektiği tam olarak açıklanmasa da hayvanların tabii olarak ölümleri bir casus örneği olarak gösterilmektedir. Üçüncü kişi kaynaklı bir fiil nedeniyle borcun ifa edilememesini konu alan bir ihtilaftın yer aldığı D. 46. 3. 107’de ise, alacaklının borçluya karşı hiçbir talepte bulunamayacağı, sadece üçüncü kişiye karşı bir haksız fiil davası ikame edebileceği söylenerek, aslında üçüncü kişi kaynaklı fiiller beklenmedik hal kapsamına dahil edilmiş olmaktadır, (bu konuda bkz. **Cuq**, s. 631). Diğer taraftan Roma hukukunda, mücbir sebeplerin doğa kaynaklı, beklenmedik hallerin ise insan kaynaklı olaylar olarak anlaşıldığı ileri sürülmektedir (**Sögütli Erişgin**, Contractus, s. 218). Iustinianus hukukunda ise beklenmedik hal kavramı, borçluya yüklenemeyen her türlü olayı içerecek kadar geniş anlamlıdır (**Di Marzo**, s. 366).

olmaksızın- bir beklenmedik hal de olabilir. Metinlerde ise, daha çok mücbir sebep kaynaklı beklenmedik haller üzerinde durulmuştur. Örneğin, D. 19. 2. 37 metni, tam bir tanım vermemekle birlikte, “vi aliqua” tabiriyle mücbir sebepten bahsetmektedir. Aynı şekilde, D. 19. 2. 59’da da, inşası söz verilen bir evin yer sarsıntısı nedeniyle çökmesi olayına yer verilmektedir. Buna karşılık eserin yok olmasının topraktaki bir bozukluktan ya da eksiklikten ileri geldiği bir olayda meydana gelen zarardan iş sahibini sorumlu tutan D. 19. 2. 62 metni, iş sahibinin kusurundan ya da kusuru olmaksızın onun riziko alanından doğmuş imkansızlık hallerine bir örnektir⁸⁸. İmkansızlığın, yüklenicinin kusuru olmaksızın onun riziko alanından ileri gelebileceği, mesela kusuru olmaksızın atölyesinde çıkan bir yangın sebebiyle eserin yok olabileceği ihtimal dahilinde olsa da, metinlerde buna yer verilmemiştir.

Borç ilişkisinin akıbetinden çok, hasarın kime ait olacağı sorunuyla meşgul olan yukarıda bahsettiğimiz metinlerin yorumundan anlaşıldığı kadarıyla eserin yok olmasından kasıt, eserin bir daha geri getirilemeyecek ya da düzeltilemeyecek şekilde fiziksel ya da ekonomik nitelikte bozulmasıdır. Mesela yer sarsıntısı nedeniyle evin yıkılmasından bahseden D. 19. 2. 59’da, evin kısmen dahi yıkılmış olması imkansızlık kapsamında görülmektedir. Çünkü yapımı söz verilen bir evin kısmen yıkılmış olması demek, eserin çoğu zaman düzeltilemeyecek şekilde bozulması demektir ve bu durum muhtemelen evin yeniden inşasını gerektirecektir⁸⁹.

b. Hasar Sorunu

(i) Genel Olarak

Eser sözleşmesindeki kusursuz imkansızlık halinde, tarafların borçlarının akıbetine eser sözleşmesini ilgilendiren metinler arasında değinilmiş olmamakla birlikte, yüklenicinin borcunun sona ereceği sonucunun, Roma hukukunun imkansızlıkla ilgili genel metinlerinden çıkarılabilecek bir çözüm olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Eserin teslimden önce yok olması halinde, bu yok olmada kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyen yüklenicinin borcun-

⁸⁸ Benzer şekilde, D. 19. 2. 13. 5.

⁸⁹ Eserin telef olmasına modern hukukta da aynı anlamın verildiğini söylemek yanlış olmaz. Tamir edilemez ya da düzeltilemez bir duruma gelmesi halinde eserin yok olmasından bahsedilir. Örneğin inşa halindeyken deprem nedeniyle çöken bir bina yapımında, yüklenicinin edimini ifa etmesi, bu binayı inşaat teknolojisine uygun olarak yeniden inşa etmesine bağlıdır. O halde yeniden yapılmasını gerektirecek nitelikte ortadan kalkan bir eserin yok olduğundan söz edilmelidir (Altaş, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, BK. mad. 368, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2002, s. 61).

dan kurtarılması doğaldır. Ancak bu defa, diğer tarafın, yani iş sahibinin borcunun akıbetinin ne olacağı sorunu ortaya çıkar. Eser sözleşmesinin de içinde bulunduğu locatio conductio'nun tam iki taraflı bir sözleşme olması, yüklenicinin borcunun sona ermesi karşısında iş sahibinin de ücret ödeme borcunun sona erip ermeyeceği sorusunu sordurmaktadır. Aslında buna cevap vermek demek, zarara katlanacak kişiyi tayin etmek demektir. Zira yüklenicinin borcu sona erdiğine göre, iş sahibinin eserin teslimini yükleniciden isteyebilmesi artık mümkün değildir, bu da edim hasarına bizzat kendisinin katlanması demektir. Ancak, iş sahibinin eser bedelini ödeme borcunun devam edip etmediği, başka deyişle karşı edim hasarına da katlanmak zorunda olup olmadığı ayrıca değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Kaldı ki kusursuz imkansızlık halinde, iş sahibinin eser bedelini ödeme borcunun da ortadan kalktığı, dolayısıyla tüm borç ilişkisinin sona erdiği kabul edilecek olsa bile, bu defa ortaya malzeme hasarı çıkacağından, bir de malzeme hasarına katlanacak kişiyi tespit etmek gerekecektir. Bu bakımdan, eser sözleşmesi söz konusu olduğu zaman, eserin teslim edilememesi nedeniyle hem bedel hasarı, hem de malzeme hasarı olarak iki ayrı hasar sorunu ortaya çıkmaktadır ki, her ikisini de ayrı ayrı ele almakta fayda vardır.

(ii) Eser Bedeli Hasarı

Teslime hazır hale getirilmiş bir eserin, teslimden önce kusursuz şekilde yok olması halinde, imkansızlıkla ilgili genel prensipler uyarınca yüklenicinin borcunun sona erdiğinin kabul edildiğini tekrarlayalım. Ancak iş sahibinin borcunun sona erip ermediği meselesine ayrıca bakılması gerekir ki hasar sorunu buna bağlı olarak ortaya çıkar. Hasar, hiç kimsenin kusuru olmaksızın malvarlığında meydana gelen bir zarar demektir. Esasında bu da bir zarardır fakat meydana gelmesinde tarafların herhangi bir kusuru olmadığından, zarar yerine hasar teknik tabiri kullanılır⁹⁰.

Zararın meydana gelmesinde sözleşme taraflarından hiç birinin kusuru bulunmadığına göre, bu zarara kimin katlanacağını belirlemek de bir hukuk politikası sorununa dönüşmektedir. Aynı durum eser sözleşmesi için de geçerlidir. Yüklenicinin kusuru olmaksızın eserin yok olması halinde her ne kadar yüklenicinin borcu ortadan kalksa da, ortada bir zarar vardır, zira yeryüzünde mevcut olması gereken bir mal artık mevcut değildir ve bu zarara, daha doğrusu hasara, taraflardan hangisinin katlanacağını saptamak

⁹⁰ D. 19. 2. 62: "...locatoris erit periculum: ...si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum" ifadesinde geçen periculum hasar kavramını, detrimentum ise zarar kavramını karşılamaktadır.

pratik önem kazanmaktadır. Eğer hasara katlanması yükleniciden istenirse, yüklenici eser bedelini iş sahibinden talep edemeyecek ve böylece, yaptığı zaman ve emek sarfiyatı kendisini ilgilendirecek; eğer hasara katlanması iş sahibinden beklenirse, iş sahibi teslim almayacak olduğu bir eserin bedelini ödemek zorunda kalacaktır.

Eser sözleşmesinde hasarın kime yüklenmiş olduğu sorusunun cevabını Roma hukukunda vermek kolay değildir. Hasar, bazı metinlerde iş sahibine bazı metinlerde yükleniciye yüklenmiştir, bu nedenle metinler arasında bir çelişki var gibi görünmektedir. Doğal olarak, Roma hukukunda eser sözleşmesinde hasar sorununun nasıl çözümlendiğini belirlemek, ilgili metinlerin çözümlenmesine bağlıdır.

Konuyla ilgili metinler arasında yer alan ve bir kanal inşasını konu alan D. 19. 2. 62'de, hasarın yükleniciye ait olduğundan bahsedilmektedir. Daha önce bir vesileyle değindiğimiz metni tekrar hatırlayalım:

D. 19. 2. 62 Labeo lib. I Pithanorum

Si rivum, quem faciendum conduxeras, et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est, Paulus; imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum: si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

D. 19. 2. 62 Labeo Pithanorus'un 1. kitabından

Eğer sen bir kanalın yapımını üstlenmişsen, işin sahibi kabul etmeden önce telef olmuşsa hasar sana aittir. Paulus: eğer toprağın bozukluğundan ileri gelirse hasar locator (iş sahibi)'a ait olacaktır: eğer eserin bozukluğundan ileri geliyorsa zarar sana ait olacaktır.

Bu metinde, inşası söz verilen bir kanalın iş sahibi kabul etmezden evvel çökmesiyle ortaya çıkan zararın, toprağın bozukluğundan ileri gelmesi kaydıyla (ki bu durumda hasar iş sahibine ait olur), yüklenici üzerinde bırakıldığı açıkça anlaşılmaktadır. Son cümlede ise, zaten kusurlu imkansızlık haline değinilmiş olup bunun hasarla doğrudan bir ilgisi yoktur. Bu metinden hareketle, eser sözleşmesinde hasarın kural olarak yükleniciye ait olduğu kanaatine varılmak gerekir.

Buna karşılık, D. 19. 2. 36'da ve D. 19. 2. 37'de ise, hasarın iş sahibine yükletileceğinden bahsedilmektedir. Buna işaret eden D. 19. 2. 36'da kaleme alınan metin şöyledir:

D. 19. 2. 36 Florentinus lib. 7 Institutionum

“Opus quod aversione locatum est donec adprobatur, conductoris periculum est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes, mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quotenus admensum non sit: et in utraque causa

nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur, vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit. Non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset”.

D. 19. 2. 36 Florentinus Institutiones’inin 7. kitabından

Bir işin tamamındaki performans sözleşmeye konu edilmişse, conductor’un sorumluluğu iş kabul edilinceye kadar devam eder. Fakat yüklenicinin belirli bir ölçü ve aşamadaki performansı dikkate alınmışsa, conductor’un sorumluluğu o ölçü/aşama ile sınırlıdır. Eğer iş kabulünden önce mücbir sebeple tahrip olursa, riziko/hasar, başka türlü kararlaştırılmadığı sürece, locator’a aittir. Gerçekten de onun kendi göstereceği dikkat ve özen dışında bir şey beklemesi/elde etmesi mümkün olmamalıdır⁹¹.

Florentinus’un Institutiones’lerinden alındığı anlaşılan metinde, hukukçu önce yüklenicinin sorumluluğunun eserin iş sahibi tarafından kabulüne kadar devam edeceğini vurgulamaktadır⁹². Eğer eser kısım kısım teslim edilecekse, her bir kısmın iş sahibi tarafından kabulü ile yüklenicinin sorumluluğu da sona erecektir. Bu ilk cümleleriyle Florentinus, eserin teslimi ile eser kabulünün aynı anlama gelmediğini anlatmaya çalışmıştır. Hasara ilişkin düşüncesini ise özellikle üçüncü cümlede belirtmektedir. Eğer eser kabulden önce mücbir sebep nedeniyle yok olacak olursa, başka türlü kararlaştırılmadığı sürece, hasar iş sahibine ait olacaktır.

Benzer şekilde kaleme alınan bit başka metin D. 19. 2. 37’de ise, hasar yine doğrudan iş sahibine yüklenmektedir:

D. 19. 2. 37 Iavolenus lib. 8 ex Cassio

Si prius quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

D. 19. 2. 37 Iavolenus Cassius hakkındaki 8. kitabından

Eğer eser locator (iş sahibi) tarafından kabul edilmeden önce herhangi bir güç yüzünden yok olursa, zarar iş sahibine düşer, eğer eser kabule mecbur olduğu şekilde yapılmışsa.

Metinde, eserin iş sahibi tarafından kabul edilmezden önce yok olması halinde hasarın iş sahibine ait olacağı tereddütsüz kabul edilmektedir⁹³. Söze

⁹¹ Çeviri için bkz. **Somer**, s. 118.

⁹² **Mayer-Maly**, s. 192.

⁹³ Alzon’a göre D. 19. 2. 36 metni, yüklenicinin hasar sorumluluğunu ortadan kaldıran unsuru açıklayan bir metindir. Buna göre, yüklenicinin hasar sorumluluğu eserin iş sahibi tarafından kabulü ile son bulacaktır (**Alzon**, Claude: “Les Risques Dans La Locatio Conductio”, LABEO, 12, 1966/1, s. 329.

göre yorum yapıldığında metinler arasında bir çelişki olduğu kesindir. D. 19. 2. 62'de hasar yükleniciye ait kabul edilirken, D. 19. 2. 36 ve 37'de iş sahibine ait kabul edilmektedir. Doktrinin çoğunluğuna göre, bu çelişkinin nedeni malzeme sahipliğinin değişkenliği ile izah edilebilir. Bir eser meydana getirmek üzere iş sahibi tarafından verilen malzemenin mülkiyeti yükleniciye geçiyorsa, meydana getirilen eserin mülkiyeti de yükleniciye ait olacak ve bu eser teslimden önce yok olacak olursa, hasar da yükleniciye ait olacaktır. Malzemenin mülkiyeti iş sahibinde kalmaya devam ediyorsa, bu malzeme ile meydana getirilen eser de iş sahibine ait olacak ve eserin yok olmasından doğan zarara iş sahibi katlanacaktır. Şu halde sorun, malzeme mülkiyetinin kime ait olduğunu belirleme noktasında düğümlenmektedir. Malzemenin mülkiyetinin kime ait olduğu konusunda ise, her dönemde aynı çözümün benimsendiği söylenemez, malzeme sahibinin dönemlere göre değişmesi, hasarın kendisine yükleneceği kişiyi de değiştirmiştir. Metinlerde hasarın bazen yükleniciye bazen iş sahibine yüklenmesinin nedeni budur⁹⁴.

Klasik çağın ortalarına kadar, işlenmek üzere verilen malzemenin mülkiyetinin yükleniciye geçtiği kabul edilmiştir. Bir eser meydana getirmek amacıyla işleyeceği malzemenin maliki olması gerektiği kabul edilen yüklenici, malzemenin yok olmasının sonuçlarına malik sıfatıyla kendisi katlanmalıdır. Buna göre yüklenici, eğer işleyeceği malzeme yok olmuşsa, malzeme bedelini iş sahibine ödemek zorunda kalacak veya ödemişse geri istemeyecek, böylelikle hasara kendisi katlanmış olacaktır. İşlenecek malzemenin mülkiyetinin yüklenicide olması gerektiği anlayışının terk edilmeye başlandığı klasik çağın ortalarından itibaren ise, malzeme mülkiyetinin yükleniciye geçmesi artık bir kural değildir. Bu anlayışın sonucu olarak yüklenici, işlemek üzere aldığı malzemenin maliki hatta zilyedi haline bile gelmez, sadece detentor'u⁹⁵ olabilir. Bu durumda malzeme mülkiyeti iş sahibinde kalmaya devam edeceği için, malzemenin yok olması zararına da iş sahibi katlanacak ve malzeme bedelini yükleniciden talep edemeyecektir⁹⁶. İşte, klasik sonrası dönemde malzemenin mülkiyetinin onu işleyecek olan

⁹⁴ **Karadeniz**, s. 179-180; **Somer**, s. 118; **Topuz**, Murat: "Eserin Teslimden Önce Telef Olması ve Roma Hukuku'nun Türk Borçlar Hukuku'na Etkileri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Cilt 14, sayı 1-2, 2008, s. 210-211.

⁹⁵ Detentor; malik olma iradesine sahip olmaksızın bir malı elinde bulunduran kimsedir (**Umur**, Lügat, s. 57).

⁹⁶ **De Robertis**, I Rapporti Di Lavaro Nel Diritto Romano, Milano, 1946'dan nakleden: **Karadeniz**, s. 179-180. Aynı yönde **Karadeniz**, s. 180-181; **Somer**, s. 115 ve s. 118.

yükleniciye geçmesi anlayışının terk edilerek çoğu olayda iş sahibinde kaldığının kabulü, malzeme hasarının da iş sahibinde kalması gerektiği anlayışının yerleşmesine ve buna bağlı olarak ilgili metinlerde değişiklik yapılmasına neden olmuştur⁹⁷. Baskın görüşün aksine bizim fikrimiz, metinler arasında tam olarak bir çelişkinin bulunmadığı yolundadır. Bu konuda bir karışıklığın var olduğu muhakkaktır fakat bu durum sistematik bir açıklamanın bulunmamasından ileri gelmektedir. Metinlerdeki karışıklığı aşmak için iki noktaya dikkat edilmelidir: İlki, açıkça dile getirmeseler de Romalıların hasar konusunda genel bir prensip kabul ettikleri gerçeğini göz ardı etmemektir. Gerçekten de, ilgili metinlerde hasar sorumlusu tespit edilirken, “zarar kimin malvarlığında meydana gelmişse zarara onun katlanması” prensibinden⁹⁸ hareket edildiği göze çarpmaktadır. Kusur olmaksızın meydana gelen bir zarara taraflardan birinin katlanması gerektiğinde, en akılcı olan, bu zarar kimin malvarlığında meydana gelmişse onun katlanmasıdır. Hasar söz konusu olduğunda Roma’da yaygın uygulamanın bu yönde olduğunu ve bunun adeta genel bir prensibe dönüştüğünü söylemek yanlış olmaz⁹⁹. Dikkat edilmesi gereken ikinci nokta, birbiriyle çelişkili gibi görünen bu metinlerde aslında hangi hasardan, bedel hasarından mı yoksa malzeme hasarından mı bahsedildiğinin saptanması zorunluluğudur. Bedel hasarından bahsettiğinden şüphe duymadığımız tek metin, D. 19. 2. 62’dir. Metinde, bir kanal yapımının üstlenildiği ve henüz tamamlanıp teslim edil-

⁹⁷ D. 19. 2. 36 metninin “nisi” ile başlayan bölümünün (başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça ifadesinin), interpolatio’lu olduğu kabul edilmek gerekirse de, metnin baş tarafının Florentinus’a ait olduğundan kuşku duyulmamalıdır (Karadeniz, s. 179-182).

⁹⁸ **Söğütlü Erişgin**, Özlem: Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara, Seçkin, 2010, s. 19.

⁹⁹ Hasar konusunda ilkeleşmiş olan bu kuralın Roma hukukunda, satış sözleşmesi hariç, tüm sözleşmeler bakımından kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Satış sözleşmesinde ise, hasar alıcıya ait kabul edilerek bu kural tersine çevrilmiştir: *Periculum emptoris est* (hasar alıcıya aittir). Satılanın tesliminden önce mülkiyet alıcıya geçmeyeceği, henüz satıcının malvarlığında olacağı için teslimden önce satılanın telef olması halinde meydana gelen zarara da satıcının katlanması beklenir. Yani zarar, satıcının malvarlığında meydana geldiğine göre, hasar da satıcıya ait olmalı idi. Böyle olması gerekirken ana kuraldan sapılmış ve hasar alıcıya yüklenmiştir. (**Söğütlü Erişgin**, *Periculum Est Emptoris*, s. 23). Bu durumda alıcı, kendisine teslim edilmeyen bir malın satış bedelini ödemek zorunda kalacaktır. Hakkaniyete aykırı görüldüğü için, “hasar alıcıya ait olduğuna göre yarar da alıcıya ait olmalıdır” kuralı ile yumuşatılmaya çalışılsa da bu prensip hiç değiştirilmemiştir (**Rado**, s. 95-96) 798 sayılı eski Borçlar Kanunumuzda da (m. 183) hasarın alıcıya ait olduğu prensibi Roma hukukunun etkisi altında benimsenmişti. Doktrinde oldukça eleştiri toplayan hüküm 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunumuza alınmayarak hasarın alıcıya ait olduğu kuralı terk edilmiştir.

meden önce beklenmedik hal sebebiyle çöktüğü bir olayda, hasarın yükleniciye mâl edilmesi gerektiği bildirilmiştir¹⁰⁰. Dikkati çeken nokta, bu olayda işlenmek üzere bir hammadde verilmesi ve bu hammaddenin işlenerek yeni bir esere dönüştürülmesinin söz konusu olmadığı bir eser sözleşmesinin varlığıdır. Metnin yorumundan, kanal açılması istenen arazinin malzeme olarak kabul edilmediği sonucuna da varılabilir. Çünkü kanal açılması halinde toprağın kendi vasfını kaybederek yeni bir esere dönüşmesi söz konusu olmaz, sadece toprakta bir değişime yol açılması, ona bir ekleme yapılması söz konusu olur. Ayrıca, açılacak olan kanal da bir malzeme¹⁰¹ değil, fikrimize göre eserin ta kendisidir yani sonuçtur.

Günümüzde olduğu gibi Roma hukukunda da bir eser meydana getirmek için mutlaka hammadde şeklinde bir malzemenin verilmesi gerekmez. Bir hammadde işlenerek yeni bir eser meydana getirileceğinin söz verildiği hallerde nasıl ki eser sözleşmesinin varlığından bahsediliyorsa, maddi varlığı olmayan herhangi bir sonucun mesela bir giysinin temizlenmesinin, bir duvarın boyanmasının, bir çitin onarılmasının, bir bahçenin sulanmasının söz verildiği hallerde de eser sözleşmesinin varlığından bahsedilir. Tüm bu örneklerde, işlenerek yeni esere dönüştürülecek bir hammadde yoktur. Temizlenmek üzere verilen giysi ya da sulanmak üzere teslim edilen bahçe, işlenecek ya da dönüştürülecek birer hammadde değildirlir, aksine bunlar, bir sonuç meydana getirmek üzere üzerinde çalışılacak asıl maddelerdir; o halde bunların mülkiyeti yükleniciye geçmez¹⁰².

¹⁰⁰ Metnin son cümlesinde; söz konusu yok olma iş sahibinin riziko alanından kaynaklanıyorsa, hasarın iş sahibine yükleneceği belirtilerek kuralın istisnası yaratılmıştır.

¹⁰¹ Eser sözleşmesi söz konusu olduğunda, malzeme ile çalışma araçları arasında bir ayırım yapmak gerekir. Malzeme, mutlaka eserin bünyesine girecek olan hammadde veya imal edilmiş bir maddedir, mesela elbise bünyesindeki kumaş, üzüm sirkesindeki üzümler birer malzemedir. Kendi bağımsız vasfını kaybederek eserin bünyesinde yer alacak bir maddeden söz edildiği zaman malzemedir söz edilmiş olur. Çalışma araçları ise, eserin meydana getirilmesinde kullanılan ve eserin bünyesine girmeyen maddelerdir; mesela elbise dikiminde kullanılan iğne, duvarları boyamak için kullanılan boya fırçası gibi. (Sommer, s. 16). Diğer taraftan, eser sözleşmesi söz konusu olduğu vakit, başka bir ayırımın daha yapıldığına tanık oluyoruz. Buna göre iki tür malzemedir söz edilebilir: Bir sonuç meydana getirmek üzere yükleniciye teslim edilen ve eserin bünyesine dahil olmayıp üzerinde çalışılacak bir madde, örneğin ütülenecek kumaş gibi; diğeri de, eserin bünyesine girecek olan hammadde (D. 19. 2. 31; ayrıca bkz. Alzon, “Locatio Conductio”, s. 576). Biz bu ayırımdan, Roma hukukunda malzeme kavramına, hem eserin bünyesinde yer alamayacak bir asıl madde, hem de eserin bünyesine dahil olabilecek bir hammadde anlamının verildiği sonucunu çıkarıyoruz.

¹⁰² Alzon, “Locatio Conductio”, s. 576.

Alfenus Varus'tan alınan D. 19. 2. 31 pr. metninde¹⁰³, bu söylediklerimiz, daha somut ortaya konmuştur. Metinde birden çok kişinin tahılını taşımayı üstlenmiş bir gemicinin, gemisinin batması halinde tahıl taşıma sorumluluğunun ne olacağı tartışılmaktadır¹⁰⁴. Bu soruya, gemicinin, taşınması için kendisine teslim edilen tahılların mülkiyetini kazanıp kazanmadığı sorusuyla cevap aranmaktadır. Alfenus Varus'a göre locatio conductio iki biçimde yapılabilir: Ya bir terziye onarılmak üzere giysi verilmesi örneğindeki gibi, yüklenicinin kendisine verilen şeyi aynen teslimi kararlaştırılarak; ya da kuyumcuya yüzük yapılması için teslim edilen altın örneğindeki gibi, aynen değil, aynı cinsten teslimi kararlaştırılarak. Birincisinde mülkiyet yükleniciye geçmeyip iş sahibinde kalırken, ikincisinde mülkiyet yükleniciye geçer. Gemicinin sorumluluğu belirlenirken, bu noktadan hareketle, aynı tahılı teslim etmek zorunda olan gemicinin tahılların mülkiyetini kazanmadığı ve dolayısıyla hasardan da sorumlu olmayacağı sonucuna varılmaktadır¹⁰⁵. Bu çözüm, kimin malvarlığında meydana gelmişse zarara onun katlanacağı yolundaki genel prensibine de uygun düşer.

O halde, hammadde kullanılarak bunun yeni bir maddeye dönüştürülmesinin söz verilmediği, sadece maddi fiillerin ifasıyla bir sonucun taahhüt edildiği eser sözleşmelerinde, malzeme mülkiyetinin yükleniciye geçtiği veya geçmediği tartışması anlamsızdır. Ortada dönüştürülecek ve yeni eser bünyesinde eriyecek bir hammadde mevcut olmayıp sadece üzerinde çalışılacak bir asıl madde söz konusu olduğuna göre, malzeme hasarından değil, yüklenicinin emek ve işçilik hasarından bahsedilmek gerekir. Asıl madde, mesela ütülenmek üzere teslim edilen giysi, teslim hazır hale getirildikten

¹⁰³ D. 19. 2. 31: “*In navem Saufeii quum complures frumentum confuderant, Sufeius uni ex hisfrumentum reddiderat de communi: et navis perierat. Quaesitum est, an caeteri pro sua parte frumenti, cum nauta agere possunt oneris aversi actione? Respondit rerum locatarum duo genera esse: ut aut idem redderetur, veluti cum argentum pussulatum fabro dareturi ut vasa fierent, aut aurum, ut annul.* Ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. ... (Birkaç kişi ürünlerini Safeius'un gemisine döktü, Saufeius, bunlardan birisine ürünü iade etti. Ve sonra gemi- su alarak- battı. Diğerleri üründeki hileleri için gemi malikine karşı actio oneris aversi açabilir mi? Servius cevap verir: bir malın locatio'su iki şekilde yapılır: Birincisinde aynı şey iade edilecektir. Mesela bir giysinin temizleyiciye verilmesinde olduğu gibi; veya aynı cins şey iade edilecektir, mesela gümüşün zanaatkara bir kap/tabak yapması ya da bir altını yüzük yapması için verilmesinde olduğu gibi. İlk durumda eşya malikine aittir, sonraki durumda ise -mülkiyet geçer- borçlanma söz konusudur. ...)”, metnin çevirisi için bkz. Somer, s. 82.

¹⁰⁴ Metnin açıklaması için bkz. Alzon, “Locatio Conductio”, s. 576.

¹⁰⁵ Alzon, “Locatio Conductio”, s. 576; Karadeniz, s. 168-169.

sonra telef olursa; yüklenici açısından emek ve işçilik hasarı; iş sahibi açısından ise, asıl madde hasarı ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda emek ve işçiliğin karşılığı olan bedeli yüklenicinin iş sahibinden talep edip edemeyeceği sorusunda, D. 19. 2. 62 metni yol göstericidir, metinde hasar yükleniciye ait kabul edilmiştir. O halde yüklenici, emeğinin karşılığı olan bedeli isteyemeyecek ve böylelikle bedel hasarına kendisi katlanmış olacaktır. Buna karşılık asıl maddenin telef olmasındaki zarara ise, iş sahibi katlanacaktır. Zira, asıl maddenin mülkiyeti yükleniciye geçmeyip iş sahibinde kaldığına göre, iş sahibi kendi malvarlığında meydana gelen zarara kendisi katlanacaktır.

Fıkrimize göre, D. 19. 2. 62'nin dışında kalan metinlerde, D. 19. 2. 36 ve D. 19. 2. 37'de bahsedilen hasar malzeme hasarıdır. İşlenecek bir hammaddeye ihtiyaç duyulduğu eser sözleşmesinde, işçilik ve emek hasarı ile birlikte hammaddenin telef olması biçiminde malzeme hasarı da ortaya çıkmaktadır. Buradaki sorun, söz konusu metinlerde hasarın iş sahibine ait olduğu belirtilirken, malzeme hasarının mı, yoksa bedel hasarının mı kastedildiğinin yeterince açık olmamasıdır. Diğer taraftan, özellikle D. 19. 2. 37 metninin yorumu, bizde, kastedilen hasarın malzeme hasarı olduğu fikrini uyandırmaktadır. Çünkü metinde, meydana getirilecek bir eserden bahsedilmektedir ve Roma'da malzemeye üstünlük tanındığı için, ayrı bir bedel hasarı tartışmasına da gerek kalmamaktadır; emek ve işçilik, malzemenin bünyesine katılacağı ve onunla ayrılmaz biçimde bütünleşeceği için, malzeme hasarı kime aitse, emek ve işçiliğin karşılığı olan bedel hasarı da kendiliğinden ona ait olacaktır. Malzeme hasarının kime ait olduğunun belirlenmesi konusunda doktrinde yapılan, yukarıda değindiğimiz tartışmaların önemi de asıl bu noktada ortaya çıkar. Malzemenin mülkiyeti yükleniciye geçiyorsa, yüklenici, kendi malvarlığında meydana gelen malzeme eksilmesine kendisi katlanacaktır ve bu durumda hasar yükleniciye ait olacaktır; malzemenin mülkiyeti iş sahibinde kalmaya devam ediyorsa, malzeme eksilmesi iş sahibinin malvarlığında meydana gelen bir zarar olacak ve bu durumda da hasar iş sahibine ait olacaktır¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Hasarın iş sahibine ait olduğu genel kuralının, klasik döneme ait metinlere sonradan interpolatio yoluyla dahil edildiği kabul edilse bile, bu bizim düşüncemizi değiştirmeyecektir. Interpolatio'ların nedeni, malzeme mülkiyetinin iş sahibinde kalmaya devam ettiği bir çağa geçilmesi düşüncesidir (**Karadeniz**, s. 179 vd.). Böyle bir varsayım da dahi fıkrimize göre emek ve işçilik, malzeme ile birleşerek yeni eserin bünyesinde kaynaşacağı için, bunları birbirinden ayırmak mümkün olmayacak, bedel hasarı da malzeme hasarını takip edecektir. Malzeme hasarı kime aitse bedel hasarı da ona ait olacaktır.

Hasar problemi ile ilgili üzerinde durulması gereken son bir mesele de, eserin teslimi ile eserin kabulü kavramlarının, günümüzde olduğu gibi Roma hukukunda da farklı anlamlara geldiği ve bunun hasar meselesini de etkilediğidir. Gerçekten de eserin teslimi ile eserin kabulü aynı anlama gelmez¹⁰⁷. İş sahibinin eseri kabul etmesi için elbette ona fiilen bir teslim yapılmalıdır, fakat bu, teknik anlamda bir teslim olmayıp eserin kabule arzı anlamını taşır. İş sahibinin eseri teslim alması, onu kabul ettiği anlamına gelmeyeceği için, eserin kabul edildiğinin iş sahibi tarafından yükleniciye ayrıca bildirilmesi gerekir. Bu, eser sözleşmesinin doğasından kaynaklanan bir sonuçtur. Çünkü iş sahibinin eseri kontrol edebilmesi, yani kendisine başlangıçta vaat edilen sonuç ile eldeki sonucun aynı olup olmadığını denetleyebilmesi, eseri fiilen teslim almasıyla mümkün olabilir. Bu bakımdan söz konusu teslim, fiili bir teslimden ibaret olup, yüklenicinin borcunu ifa ettiği anlamında yorumlanamaz ve dolayısıyla yüklenicinin sorumluluğunu derhal ortadan kaldırmaz. Eğer başlangıçtaki sonuç tasarısı ile ortaya konan sonuç arasında bir uygunluk yoksa, iş sahibi eseri teslim almasına rağmen kabul etmeyebilir ve bu durumda yüklenici, borcunu ifa etmemiş sayılarak borca aykırılık hükümlerine göre sorumlu tutulur. Eserin fiilen tesliminin imkansızlaştığı hallerde iş sahibinin eseri kabul edip etmeyeceği ise elbette anlaşılacaktır. Bu durumda da çözüm bellidir. D. 19. 12. 37'de de belirtildiği üzere, iş sahibinin eseri kabul etmek zorunda olduğu sonucu yorum yoluyla çıkarılabiliyorsa, yüklenicinin borcunu ifa etmediği söylenemez, çünkü haklı bir neden olmaksızın iş sahibinin eseri kabulden kaçınmasına izin verilmemiştir. Bu durum, eserin yok olduğu haller için de geçerlidir. Eğer eser telef olmasaydı ve teslim arz edilseydi, iş sahibinin bu eseri, bu haliyle kabul etmek zorunda olduğu kanaatine varılabiliyorsa, yüklenicinin borca aykırı hareketinden bahsedilemeyecektir¹⁰⁸. Bu da, kusursuz imkansızlığa ve bunun sonucunda da, nasıl çözümlendiğini yukarıda açıklamaya çalıştığımız bir hasar problemine yol açacaktır.

iii) Malzeme Hasarı

Roma'da eser sözleşmesinin konusunu, çoğu kez hammadde niteliğinde bir malzeme verilip bunun işlenerek yeni bir esere dönüştürülmesi oluşturmaktadır. Meydana getirilen yeni eser iş sahibine teslim edilmezden evvel yok olduğunda ortaya bedel hasarı yanında malzeme hasarı da çıkacaktır. Eser telef olunca, eserin bünyesindeki malzemenin de telef olacağı muhak-

¹⁰⁷ Mayer-Maly, s. 192.

¹⁰⁸ Karadeniz, s. 174-176.

kaktır. Malzeme hasarının kime ait olacağını belirlemek, çoğu kez bedel hasarının kime ait olacağını belirlemekten daha önemli olmuştur. Yukarıda bedel hasarı vesilesiyle değinmiş olduğumuz hasarın iş sahibine ait olduğunu belirten D. 19. 2. 36 ve D. 19. 2. 37’de kastedilen hasar, bu bağlamda malzeme hasarıdır. Eğer meydana getirilen eser ve doğal olarak bünyesindeki malzeme, hiç kimsenin kusuru olmaksızın yani beklenmedik hal nedeniyle telef olursa, kusursuz imkansızlık nedeniyle her iki tarafın borcu da sona erecektir. Ancak telef olan malzeme hasarına taraflardan birini katlandırmak gerekecektir. Bu noktada, zarar kimin malvarlığında meydana geliyorsa zarara da onun katlanacağı kuralına uygun olarak, malzeme hasarına da malzeme malikinin katlanması icap edecektir. İş sahibi tarafından verilen malzemenin mülkiyeti, yükleniciye geçmeyip iş sahibinde kaldığı sürece, malzeme hasarı da iş sahibine ait olacak, malzemenin mülkiyeti yükleniciye geçtiği zaman ise hasar yükleniciye ait olacaktır.

Klasik öncesi dönemde ve klasik çağ başlarında, *locatio conductio operis*’te işlenecek malzemenin mülkiyetinin onu işleyecek kimseye geçmesinin, tarafların anlaşmasıyla bertaraf edileceği kuralı da kabul edilmiştir¹⁰⁹. Bu durum elbette hasara katlanacak kişinin kimliğini değiştirebilir ancak çözüm mantığını değiştirmez. Taraflar, malzeme malikinin kim olacağını aralarında kararlaştırdıklarında, bu anlaşmaya göre malzeme maliki olan, malzeme kaynaklı zararlara da katlanacaktır. Malzemenin mülkiyeti kimin malvarlığında kalıyorsa, bu malzemenin hasarı da ona ait olacaktır. Iustinianus hukukuna gelindiğinde ise, malzeme mülkiyetinin iş sahibinde kalmasının ve buna bağlı olarak hasarın ona yükletilmesinin bir kural halinde benimsendiği fikri artık doktrinde egemendir¹¹⁰.

B. Eserin Tamamlanmasının İmkansızlaşması

Eser sözleşmesinin konusu salt eserin teslimi değildir, meydana getirilecek bir eserin teslimidir. Bunun sonucu olarak imkansızlık, eserin tamamlanması aşamasında da ortaya çıkabilir. Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması yüklenicinin kusurlu davranışlarından ileri gelebileceği gibi beklenmedik hallerden de kaynaklanabilir. İmkansızlığın kaynağında yüklenicinin kusuru varsa, bu kusur sonraki imkansızlık sebebi olarak elbette yüklenicinin

¹⁰⁹ Somer, s. 86. Diğer taraftan, D. 19. 2. 36’da yer alan “...*nisi aliud actum sit* (başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça...)” ifadesinin interpolatio olduğu yolunda bkz. Karadeniz, s. 179-182.

¹¹⁰ Karadeniz, s. 172-173; Somer, s. 79, 86.

borcunu sona erdirmeyip zararı giderme borcuna dönüştürecek ve şu halde bir hasar probleminden de söz edilmeyecektir.

İmkansızlık, yüklenicinin kusurundan ileri gelmiyorsa, beklenmedik halden ileri geliyor demektir. Beklenmedik hal, doğa kaynaklı olaylar ya da üçüncü kişilerin fiilleri olabileceği gibi, yüklenicinin veya iş sahibinin riziko alanından veya iş sahibinin kusurundan ileri gelen olaylar da olabilir.

Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması halinde ortaya çıkan sorunlara Romalıların nasıl yaklaştıklarını belirlemek, eserin yok olması olasılığına kıyasla daha güçtür. Henüz tamamlanmamış bir eserin yok olması meselesine kaynaklarda çok az yer verilmiştir. Eserin tamamlanma aşamasındaki imkansızlık örneğine en açık şekilde yer verdiğini saptadığımız metin, D. 19. 2. 59'dur. Metin, şu şekilde kaleme alınmıştır:

D. 19. 2. 59 Iavolenus lib. 5 Labeonis Posteriorum

Marcus domum faciendam a Flacco conduxerat. Deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturalis, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.

D. 19. 2. 59 Iavolenus Labeo sonrasında beşinci kitabından

“Marcus Flaccus'a ev yapmayı üstlendi. Eser kısmen tamamlandıktan sonra bir deprem nedeniyle yıkıldı. Massurius Sabinus cevapladı ki bu beklenmedik hal yer sarsıntısı gibi doğal bir güç ise, Hasar Flaccus'a ait olur.

Metinde, eserin tamamlanmasından önce deprem nedeniyle yıkılmasından bahsedilmektedir. Gerek bu metin, gerek locatio conductio operis'e ayrılan diğer metinlerin incelenmesinden anlaşılmaktadır ki Roma hukukunda doğa kaynaklı beklenmedik hal sebebiyle ifanın imkansızlaşması üzerinde durulmakta, iş sahibinin kusuru ya da riziko alanı sebebiyle doğan yahut yüklenicinin riziko alanından kaynaklanan ifa engellerine ise, yer verilmemektedir. Aynı şekilde, ifanın üçüncü kişi kaynaklı fiillerle imkansızlaşması da olasılık dahilinde olmakla birlikte metinlerde buna ilişkin bir bilgi yoktur. Özellikle, yüklenicinin riziko alanından onun kusuru olmaksızın kaynaklanan beklenmedik hallerine örnek olarak, yüklenicinin ölümü veya acze düşmesi verilebilir. Fakat kaynakların yorumundan anlaşıldığına göre bu mesele, locatio conductio operarum (hizmet sözleşmesi) bakımından çözüme kavuşturulmuştur; eser sözleşmeleri bakımından ise sessiz kalmıştır¹¹¹.

¹¹¹ Özellikle D. 19. 2. 38 pr.'da, işin tamamlanma imkanının ortadan kalktığı bir hizmet sözleşmesinde, işçinin ücret alacağına hak kazandığı genel bir biçimde ifade edilmiştir: “Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestaret”.

Metinlerde açıkça yer verilmese de, her bir beklenmedik hal bakımından imkansızlık konusunun ayrı ayrı ele alınmasında fayda vardır. Yukarıda metnini verdiğimiz D. 19. 2. 59'da, eserin tamamlanmasının imkansızlaşması deprem nedenine bağlı olarak açıklanmaktadır. Metni incelerken ilk göze çarpan, böyle bir imkansızlığın tarafların borçlarına olan etkisine hiç değinilmeden, doğrudan hasar problemine geçilmiş olmasıdır. Tıpkı eserin tesliminin imkansızlaşmasında olduğu gibi, burada da imkansızlığa ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı kesin olarak söylenebilir. Bu nedenle de, Roma hukukunun imkansızlığa ilişkin genel çözümleri burada da geçerli olacak, eserin tamamlanmasının yüklenicinin kusuru olmaksızın imkansızlaşması taraflar arasındaki borç ilişkisini sona erdirecektir. Bu durumda ister istemez ortaya hasar sorunu çıkmaktadır kaldı ki metinde de bizzat hasar sorununa değinilmektedir.

Metinde, hasarın iş sahibi Flaccius'a ait olduğu bildirilmiştir. Dolayısıyla ilk akla gelen soru, kastedilen hasarın ne olduğudur. Marcius'un o zamana kadar sarf ettiği emek ve işçiliğin karşılığı olan bedel hasarı mıdır, yoksa malzeme hasarı mıdır? Bize göre, malzeme hasarıdır. Eser tamamlanıp teslim edilmezden önce ücrete hak kazanılamayacağına göre¹¹², gerçek anlamda bir bedel hasarının varlığından bu aşamada söz edilemez¹¹³. Hasar, iş sahibi Flaccius'a yüklendiğine göre, malzeme kimin mülkiyetinde ise zarara da onun katlanacağı genel kuralından uzaklaşmadığını söylemek gerekir. Klasik hukuk devrine ilişkin olarak, doktrinde yapılan tartışmayı da bu noktada hatırlamak faydalı olacaktır. İş sahibi tarafından sağlanacak malzemenin mülkiyetinin klasik devrin başlarında yükleniciye geçmesi gerektiği, klasik devrin ortalarından itibaren ise bu anlayışın terk edildiği ve malzeme mülkiyetinin iş sahibinde kalmasının olağan karşılandığını söylemiştik. Bu yöndeki değişimin en büyük etkisi, hiç şüphesiz hasara katlana-

¹¹² Taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa, tamamlanmış iş, teslim arz edildiği ve iş sahibi tarafından kabul edildiği zaman yüklenici ücret talebinde bulunabilir (**Karadeniz**, s. 190).

¹¹³ Aslında eserin teslimden önce yok olmasında da aynı durum vardır. Eser teslim arz edilmedikçe veya iş sahibi tarafından haklı bir nedenle kabul edilmedikçe, yüklenici ücret talebinde bulunamayacaktır. Bu durumda bedel hasarı nasıl ortaya çıkacaktır diye düşünülebilir. Çünkü, iş sahibine sunulmadan önce ücret talep edilemeyecekse ve telef olduğu için de hiçbir zaman iş sahibine sunulamayacaksa, yüklenicinin ücret alacağına hiçbir zaman hak kazanamayacağı da muhakkaktır. Bunun farkına varan Romalılar, D. 19. 2. 37'de "iş sahibi tarafından kabul edileceği anlaşılıyorsa" ifadesine yer vererek meseleyi aydınlatmışlardır. Buna göre eser yok olmasaydı ve kabule sunulsaydı, iş sahibi tarafından kabul edilmek zorunda olduğu anlaşılıyor idiyse, yüklenici eser bedelini, eser yok olsa bile talep edebilecektir.

cak olan tarafı değiştirmesidir. İşlenecek malzeme yüklenicinin mülkiyetine geçiyorsa, malzemenin telef olması zararına da, kendi malvarlığında ortaya çıkan bir zarar olarak, yüklenici katlanacaktır. Ancak hasara katlanacak kişinin değişmesi somut olay temelinde gerçekleşmektedir, yoksa hasar probleminin çözümünde kullanılan teorik kuralı değiştirmemektedir.

Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması, yüklenicinin kuruşu olmaksızın, mesela ölümü ya da ödeme güçlüğüne düşmesi gibi onun riziko alanından kaynaklanan bir nedenden de kaynaklanmış olabilir. Metinlerde yüklenicinin ölümünün sözleşme ilişkisini sona erdirip erdirmeyeceğine dair bir açıklık yoktur¹¹⁴. Accarias, meselenin çözümünün tarafların iradesine bırakılmış olabileceğini tahminen söylemektedir. Eğer taraflar, işin başkası tarafından da yapılabileceğini aralarında kararlaştırmışlar ya da işin doğası gereği başkasına tamamlanabilmesi mümkün ise, sözleşme ilişkisinin sona ermemiş olduğu kabul edilmelidir¹¹⁵.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKANSIZLIĞI VE ROMA HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Genel Olarak

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununda tanım, hükümler ve sözleşmenin sona ermesi başlıkları altında sistematize edilmiştir. Sona erme olarak da yaklaşık bedelin yok aşılması, eserin yok olması, tazminat karşılığı fesih, iş sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşması, yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi kenar başlıkları altında sayılan bazı özel sona erme sebeplerine yer verilmiştir. Bu düzenleme tarzından da anlaşılacağı üzere, “ifa imkansızlığı” eser sözleşmesi bakımından özel olarak yer verilmiş bir sona erme sebebi değildir. Sadece, “eserin yok olması” ve “iş sahibi yüzünden

¹¹⁴ Accarias, II, Tit. 24 § 4, N. 621.

¹¹⁵ Accarias, II, Tit. 24 § 4, N. 621. İleride değinecek olmakla birlikte şu kadarını söyleyelim ki Türk hukukunda da benzer bir çözüm kabul edilmiştir. Eser sözleşmesi Türk hukukunda da intuitus persona (kişiye bağlı) niteliği taşıyan bir sözleşmedir. Konusu yapma borcu olduğu için, eser sözleşmesinden doğan borcun ifasında borçlunun kişisel özellikleri önem taşır. Fakat tüm eser sözleşmelerinin katı bir biçimde intuitus persona (kişiye bağlı) niteliğini taşıdığını söylemek de doğru olmaz. Örneğin basit bir musluk tamiri veya bir contanın değiştirilmesi gibi teknik özelliklerin daha ağır bastığı işlerde, işin yüklenici tarafından yerine getirilmesi ile başkası tarafından yerine getirilmesi arasında iş sahibinin menfaatleri açısından bir fark yoktur. Yüklenicinin kişiliğinin önemli olmadığı bu tür eser sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü sözleşmeyi sona erdirmemelidir (Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel Bölüm, s. 365).

ifanın imkansızlaşması” olarak iki alt başlık halinde kısmi bir düzenleme yapılmıştır.

Bu durumda, eser sözleşmesinde ifa imkansızlığı konusunda imkansızlıkla ilgili genel hükümlerin tatbik edileceği açıktır. O halde eğer söz verilen edimin ifası daha başlangıçta imkansız ise, bu imkansızlığın objektif olması kaydıyla, sözleşme kesin hükümsüz olacak, böyle bir sözleşmeden dolayı ne yüklenicinin ne de iş sahibinin üzerinde borç doğacaktır. Yanıcı bir maddeden baca veya suda eriyen bir maddeden çatı izolasyonu gibi sonuçların söz verilmesi halinde başlangıçtan itibaren ifa imkansızlığı vardır ancak uygulamada bu durumlara pek az rastlanır¹¹⁶. Başlangıçtaki objektif imkansızlık, genellikle hukuki imkansızlık şeklinde ortaya çıkar, mesela sit alanı olarak ilan edilmiş bir bölgede inşaatın söz verilmesi gibi. Başlangıçtaki subjektif imkansızlık hallerinde ise, sözleşme geçerli olarak kurulur, fakat yüklenicinin borçtan sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesi sonraki imkansızlık hükümlerine göre, yani yüklenicinin bu imkansızlığın kaynağında kusurunun bulunup bulunmamasına göre çözüme bağlanır. Sözü edilen kusur, yüklenicinin borcun ifasının kendisi açısından imkansız olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği halde sözleşmeyi kurmaktaki kusurudur. Mesela yüklenici işi göremeyecek kadar hasta ise ve bunu bile bile bir eser sözleşmesi akdetmişse kusurlu olacağından, TBK m. 112 ve uyarınca tazminat ödeme borcu altına girecektir¹¹⁷.

İfanın sonradan imkansızlaşması, eserin yok olması ve ifanın iş sahibi yüzünden imkansızlaşması halleri dışında eser sözleşmesi bakımından özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu iki durumda da imkansızlaşmanın tarafların borçlarına nasıl etki ettiğine yer vermeye gerek görülmeyle söz konusu hükümlerde doğrudan hasar problemine girilmiştir. Bu nedenle eser sözleşmesinde ifanın sonradan imkansızlaştığı hallerde genel hükümlerin tatbik edileceği açıktır.

Bu noktada, eseri hem meydana getirmeyi hem de teslim etmeyi içeren bir edim tipini konu alan eser sözleşmesinin bu özel doğasından dolayı, Roma hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da sonraki imkansızlık iki aşamalı ortaya çıkabilir: (1) Eserin tesliminin imkansızlaşması (2) Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması. Her iki aşamayı ayrı ayrı değerlendirmek faydalı olacaktır.

¹¹⁶ Yüklenici bu sonuçların başarılacağına dair bir güvence vermişse, eser sözleşmesi kesin hükümsüz olacağı için eser sözleşmesi çerçevesinde değil, bir güvence sözleşmesi çerçevesinde borç altında olacaktır (**Seliçi**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 46).

¹¹⁷ **Öz**, s. 157.

B. Eserin Tesliminin İmkansızlaşması

1. Genel Olarak

Eserin tesliminin imkansızlaşmasından kasıt, eserin tamamlanmış olmasına rağmen tesliminin mümkün olmamasıdır. İlk akla gelen, eserin kısmen¹¹⁸ veya tamamen telef olması şeklinde gerçekleşen fiziksel imkansızlık halidir. Eserin teslimi hukuken de imkansızlaşmış olabilir; mesela teslim hazırlanmış bir binanın alınan idari bir kararla kamulaştırılması gibi. Eserin tesliminin imkansızlaşması yüklenicinin kusurundan ileri gelebileceği gibi yüklenicinin kusuru olmaksızın yani beklenmedik hallerden de ileri gelebilir. Beklenmedik hal, doğa olayı olabileceği gibi üçüncü kişi kaynaklı veya iş sahibinin ya da yüklenicinin riziko alanı kaynaklı fiiller de olabilir¹¹⁹.

Eserin tesliminin yüklenicinin kusuru yüzünden imkansızlaşması, kanunda özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu nedenle genel hükümler uygulanacak ve BK m. 112'deki "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*" hükmü gereğince yüklenici tazminat ödeme borcu altına girecektir¹²⁰. Bu noktada Roma hukuku ile Türk

¹¹⁸ Kısmen yok olma bakımından ortaya çıkabilecek bir sorun, kısmen yok olma ile ayıplı olmanın birbirine karıştırılma olasılığıdır. Aralarındaki büyük benzerlik, ikisini pratik hayatta ayırt etmeyi çoğu zaman güçleştirmektedir. Yok olma, geniş anlamda ele alındığı zaman ayıplı olmayı da içine alır; örneğin, şiddetli bir deprem nedeniyle bir binanın duvarlarında çatlaklar oluşması, eserin kısmen yok olması niteliğinde kabul edilebileceği gibi, böyle bir eserin ayıplı olduğundan da söz edilebilir. Başka deyişle, kısmen yok olmuş bir eser aynı zamanda ayıplı bir eser demek olabilir. Zira ayıp, eserin taşınması gereken nitelikleri taşımaması ya da sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımamasıdır (**Tandoğan**, Cilt II, s. 162). Kısmi yok olmuş eser ise, yine sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımıyor demektir. Doktrinde eserin yok olması halinde -kısmen dahi gerçekleşmiş olsa bile- eserin fiziken ortadan kalktığı, ancak ayıp halinde eserin ortadan kalkmayıp sadece bünyesinde bir bozukluğun bulunduğundan söz edilebileceği ileri sürülerek, bu iki durum arasında ayırım yapılmaktadır. Mesela bir diş protezinin yere düşmesi neticesi bazı dişlerin eksilmesi kısmi yok olma, diş protezinin ağız ölçüsüne uymaması ayıp olarak kabul edilebilir (**Altaş**, s. 61-62).

¹¹⁹ **Öz**, s. 161 vd.; **Altaş**, s. 66 vd.

¹²⁰ Kusurlu imkansızlık halinde BK m. 112 hükmünün uygulanması bakımından doktrinde yapılan bir tartışmaya da burada değinmek gerekir. Kusurlu imkansızlık halinde TBK m. 112 uyarınca doğan borcun yeni bir borç mu yoksa eski borcun devamı mı olduğu konusunda baskın görüş, yeni bir borcun doğmayıp eski borcun tazminat borcu adı altında devam ettiği yolundadır, (Bu görüştekiler için bkz. **Öz**, s. 156 dn. 12; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 853-854; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel hükümler, Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. bası, İstanbul, İstanbul Üniver-

hukuku arasındaki benzerlik oldukça çarpıcıdır. Roma hukukunda da, eser tesliminin sonradan kusurlu olarak imkansızlaşması haline metinlerde özel olarak yer verilmiş değildir. İmkansızlık meselesi daha çok hasar problemi ve dolayısıyla kusursuz imkansızlık çerçevesinde ele alındığı için, kusurlu imkansızlık halinde tarafların borçlarının akıbetine yer verilmemiştir. Eseri kusurlu olarak teslim edemeyen yüklenicinin borcunun ortadan kalkmayıp tazminat borcuna dönüştüğü genel prensipler uyarınca söylenebilmektedir¹²¹.

Eserin tesliminin kusursuz imkansızlaşması da eser sözleşmesi ile ilgili hükümler arasında düzenlenmemiştir. Sadece, TBK m. 483'te, "eserin yok olması" kenar başlığı altında hasarın kime ait olacağı bakımından bir düzenleme getirilmiştir. Madde izleyen şekildedir:

Eser teslimden önce beklenmedik şekilde yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur. Eserin iş sahibine verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.

sitesi Yayınları, 1977, s. 181). Oğuzman/Öz'e göre ise kusursuz imkansızlıkta olduğu gibi kusurlu imkansızlıkta da borç sona erecektir, bu durumda TBK m. 112'ye göre doğan tazmin borcu aslında yeni bir borçtur; zira bu sonuç, imkansızlık kurumunun doğasına daha uygundur. Bu görüş farklılığının en önemli pratik sonucu şudur: Eğer TBK m. 112'deki tazmin borcu eski borcun devamı olduğu kabul edilecek olursa, hem eski borca ilişkin zamanaşımı işlemeye, hem de borca ilişkin ferî güvenceler sona ermeyip alacaklı için teminat olmaya devam edecektir. Buna karşılık diğer görüş uyarınca TBK m. 112'den yeni bir borç doğduğu kabul edilecek olursa, yeni borca ilişkin zamanaşımı işlemeye başlayacak ve eski borca bağlı teminatlar ortadan kalkacaktır. Ayrıca eski borcun vadeye bağlı olduğu hallerde, alacaklı ifayı talep için vadenin dolmasını beklemek zorunda kalmayacaktır. Tüm bunlara ek olarak, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı verilmediği için alacaklının sözleşmeden dönebilmesi ancak temerrüde ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla mümkün olabilir. Oysaki TBK m. 112'deki borcun yeni bir borç olduğu kabul edilecek olursa, alacaklıya dönme hakkı verebilmek için kıyasen temerrüt hükümlerine gitmeye gerek kalmayacağı gibi, borç ilişkisi ortadan kalkmış olacağı için sözleşmeden dönmeye de lüzum kalmayacaktır (Öz, s. 155 vd).

¹²¹ Daha önce değindiğimiz, inşaatı tamamlanmış bir kanalın çökmesinin eserin yapımındaki bir bozukluktan ileri gelmesi halinde oluşan zararın yükleniciye ait olacağını belirten D. 19. 2. 62'de geçen ("...si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum") ifadesinde, periculum (hasar) yerine detrimentum (zarar) sözcüğünün kullanılmasının kusurlu imkansızlığa işaret ettiğini hatırlatalım. Zira hasar sözcüğünün kullanımı ancak kusursuz imkansızlığın bulunduğu durumlara uygun düşebilir.

Bu maddenin, eser sözleşmesinde ifa imkansızlığını genel bir biçimde düzenlediği söylenemez. Zira kanun koyucu söz konusu hükümde, eserin yok olması halini düzenleyerek imkansızlığın yalnızca bir türüne yer vermiştir. Halbuki eserin fiziksel olarak telef olması demek olan maddi imkansızlık dışında hukuki imkansızlık yoluyla da ifa yokluğundan bahsedilebilir. Ayrıca madde, eserin yok olması biçimindeki imkansızlıkta tarafların borçlarının akıbetine de yer vermiş değildir, maddede sadece hasar problemi ele alınmıştır. Eser sözleşmesinde ifa imkansızlığını düzenleyen özel bir hüküm bulunmadığına göre, genel hükümlere gidilmek gerekecektir.

Eser, yüklenicinin kusuru olmaksızın teslim edilemez hale gelmişse artık borç imkansızlaşmış olacağı için TBK m. 136/1 uyarınca¹²², yüklenicinin eseri teslim borcu sona erecektir. Bu durumda da karşı edim olan iş sahibinin eser bedeli borcunun sona erip ermeyeceği meselesi önem kazanır. Olağan olarak iş sahibinin borcu daima bir miktar para borcudur ve para borcunun imkansızlaşması düşünülemez. Ancak TBK m. 136/2, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkansızlık nedeniyle borçtan kurtulan borçlunun karşı edimi de isteyemeyeceği ve aldığı edimi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edeceğini bildirmektedir. Bu durumda, imkansızlık halinde tarafların karşılıklı borçlarının ve buna bağlı olarak borç ilişkisinin de sona erdiği kanunen kabul edilir¹²³.

2. Hasar Sorunu

Kusursuz imkansızlık neticesi borç ilişkisinin ortadan kalkması ve tarafların karşılıklı borçlarının sona ermesi ile birlikte hasar probleminin doğacağı açıktır. Zira eserin yok olmasıyla birlikte meydana gelen zararda hiç kimsenin payı olmadığına göre buna kimin katlanacağı meselesi Türk hukukunda da önem arz eder. Eserin yok olması halinde hasara kimin katlanacağı meselesini özel olarak düzenleyen TBK m. 483 hükmü, hasarı kural

¹²² Aynı şekilde, TBK m. 136/2'deki genel kuralın da bu mantıkla kaleme alındığını söylemek yanlış olmaz. TBK m. 136 metni şu şekildedir: “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşır, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkansızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür*”.

¹²³ Öz, s. 155-156.

olarak yükleniciye yüklemiştir. Burada bahsedilen elbette bedel hasarıdır. Buna göre yüklenici, teslim edemediği eserden dolayı eser bedelini de talep edemeyecek, yaptığı gider ve emek kaybına kendisi katlanmış olacaktır¹²⁴.

Fikrimize göre, eser sözleşmesinde hasarın yükleniciye ait olması kuralı Roma hukuku düzenlemesi ile örtüşmektedir. Zira eser, teslim edilmezden önce yüklenicinin malvarlığındadır ve eserin yok olması da doğal olarak bu malvarlığında ortaya çıkan bir zarardır. Yüklenici karşı edimi isteyemeyeceği için bu zarara kendisi katlanmış olmaktadır. Bu da, Roma hukukundan beri gelen kusursuz imkansızlık halinde oluşan zarara, “*bu zarar kimin malvarlığında meydana gelmişse onun katlanacağı*” şeklindeki genel prensibin Türk hukukuna yansımış olduğunun bir göstergesidir.

Eserin yok olması halinde TBK m. 483'te yapılan düzenleme bedel hasarına ilişkin olup, edim hasarını kimin taşıyacağı konusunda bir açıklık yoktur. Doktrinde ağırlıklı görüş, yeniden meydana getirilmesi objektif olarak mümkün olduğu ölçüde eserin yeniden yapılması taraftarıdır. Bu durumda bedel hasarını (karşı edim hasarı) olduğu kadar edim hasarını da yüklenici taşımış olacaktır¹²⁵. Bu sonuç yüklenici için oldukça ağır olduğundan, yükleniciye TBK m. 480/2 uyarınca bir uyarılma hakkının verilmesi gereği de bu konuyla ilgili ayrıca savunulan hususlardandır¹²⁶.

Eserin yok olması halinde hasarın yükleniciye ait olması kuralının iki istisnasına rastlanır. Bunlar; iş sahibinin temerrüdü ve eserin yok olmasının onun riziko alanından kaynaklanan bir sebepten ileri gelmesidir. İş sahibinin eseri teslim almamada haklı bir sebebi yoksa temerrüde düşecektir ve bu durumda TBK m. 483/1 uyarınca hasarı yüklenen iş sahibi, yapılan işin ücretini ve giderlerini yükleniciye ödeyecektir. İş sahibinin eseri teslim almaktan haklı bir nedeni olmaksızın kaçınması, özellikle teslim iş sahibinin katılımının gerekli olduğu hallerde ortaya çıkar; mesela dikilmiş bir elbiseyi almaktan kaçınması gibi. Teslim fiiline iş sahibinin katılımı gerekmediği hallerde, kural olarak iş sahibinin katılımına ihtiyaç yoktur; mesela musluk tamircisinin muslukların tamirini tamamlayarak evden ayrılması böyledir¹²⁷. Elbette eserin teslim edilmiş olması eserin kabul edildiği anlamına gelmez, bu noktada Roma ve Türk hukukları uygulaması aynı yöndedir. Roma hukukunda olduğu gibi günümüzde de, eğer iş sahibi eseri teslim almaktan kaçınıyorsa ve haklı bir sebebi yoksa, alacaklı temerrüdüne düşmüş olacaktır

¹²⁴ **Gümüş**, s. 92.

¹²⁵ Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Gümüş**, s. 93.

¹²⁶ **Gümüş**, s. 93.

¹²⁷ **Öz**, s. 172.

ve bu temerrüt esnasında eser yok olursa, bunun hasarına da kendisi katlanacaktır; yükleniciye eser bedelini ödemek zorunda kalacaktır¹²⁸.

Eserin teslim edilememesi, iş sahibinin kusurundan ya da kusuru olmadan riziko alanından doğuyorsa, TBK m. 483/2 uyarınca hasar iş sahibine ait olacaktır. Bu durumda yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan bedeli değil ama yaptığı işin değerini ve ayrıca giderlerini iş sahibinden talep edebilecektir. İş sahibinin riziko alanından kasıt, iş sahibinin verdiği malzeme veya gösterdiği arazinin ayıplı olması nedeniyle eserin yok olmasıdır. Söz konusu hallerde iş sahibinin kusurlu veya kusursuz olmasının bir önemi bulunmayacaktır. Ancak yüklenicinin bu talep hakkını kullanabilmesi için maddede yükleniciye bir külfet yüklenmiştir; yüklenici, iş sahibinin riziko alanından kaynaklanabilecek bu gibi durumlarda doğması olası olumsuz sonuçları iş sahibine bildirmiş olmalıdır, aksi halde bedel isteme hakkını kaybedecektir¹²⁹. Eğer eserin yok olmasında iş sahibinin ayrıca kusuru varsa ve bundan dolayı yüklenici bir zarara uğruyorsa, bu zararları da yüklenici ayrıca isteyebilecektir¹³⁰.

TBK m. 483/2 düzenlemesinin Roma hukukunun D. 19. 2. 13. 5'teki¹³¹ düzenlemesi ile büyük ölçüde benzerliği dikkat çekicidir. Zira metinde, yon-

¹²⁸ Üçer, Mehmet: Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 153. İş sahibinin tutumu yüzünden teslimin gecikmesi, teslim almaktan kaçınma biçiminde değil, henüz hazırlık faaliyetleri sırasındaki tutum ve davranışlardan da ileri gelebilir. İş sahibi, hazırlık fiilleri aşamasında üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediğinde, mesela eserin yapımı için gerekli olan malzemeyi söz verdiği halde yükleniciye teslim etmediğinde ne olacağı ayrı bir sorundur. Doktrin, böyle bir durumda yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmeyip vadenin gecikme süresi kadar vadenin uzadığını kabul etmektedir, (Ayrıntı için bkz. Öz, s. 172).

¹²⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 323-324.

¹³⁰ Tandoğan, taraflardan birine, özellikle iş sahibine isnat edilebilir bir sebepten ötürü eserin yok olmasının, gerçek anlamda bir hasar sayılmayacağını ve dolayısıyla hasarın yükleniciye ait olduğu kuralının gerçek anlamda bir istisnasını oluşturamayacağını savunmaktadır. Bu durumda da yüklenicinin ifaya olan tüm menfaatini, yani olumlu zararını isteyebilmesi gerekir (Tandoğan, Cilt II, s. 323, 325), Aynı yönde Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 16. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 759.

¹³¹ D. 19. 2. 13. 5: “*Si gemma incluenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio* (Yerleştirilmek veya yontulmak üzere verilen değerli taş bu işlem sırasında maddesindeki ayıp nedeniyle parçalanırsa, bu durumda istisna (eser) sözleşmesinden doğan dava açılmaz. Buna karşın, değerli taş, zanaatkarın yeteneksizliği/beceriksizliği nedeniyle parçalanırsa müteahhide (yükleniciye) karşı istisna sözleşmesinden doğan dava açılır. Bu görüşe şu da eklenmelidir ki

tulmak üzere yükleniciye bırakılan bir taşın ayıplı olması nedeniyle yontma işlemi tamamlanmadan parçalanması yüzünden çıkan bir uyumsuzluğun çözümüne değinilmektedir. Yükleniciye karşı actio locati açılmayacağını belirten ilk cümlesinden anlaşılmaktadır ki, bu durumda yüklenicinin taş yontma borcu sona ermektedir. Metinde açıkça ifade edilmemekle birlikte, bu bir ifa imkansızlığı halidir çünkü sonucun meydana getirilmesi ve teslimi imkansızlaşmıştır. Buna bağlı olarak yüklenicinin borcu da devam etmeyecek, sona erecektir. Bu durumda da karşımıza hasar problemi çıkar ki metinde hasarın, verilen malzemenin ayıplı olması nedeniyle iş sahibine ait olması gerektiği örtülü biçimde açıklanmaktadır. Taşın parçalanması zararından, özellikle üstlenmedikçe, yüklenicinin değil iş sahibinin sorumlu olacağı metnin son cümlesinden anlaşılmaktadır. O halde, TBK m. 483/2'nin düzenlemesi ile örtüşür şekilde Roma hukukunda da eserin yok olmasının iş sahibinin verdiği malzemenin ayıbından kaynaklanması gibi, onun riziko alanından¹³² doğduğu hallerde, hasarın iş sahibine yükletildiği sonucuna varmak pekala mümkündür¹³³.

TBK m. 483 uygulaması bakımından ortaya çıkan bir sorun, eserin tamamen değil de kısmen yok olması halinde bu hükmün uygulanıp uygulanamayacağıdır. Madde, eserin yok olmasından söz etmektedir ki bundan kasıt elbette tam yok olmadır. Fakat eserin kısmen yok olması da olasılık dahilindedir ve bu durumda TBK m. 483 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağının üzerinde durulması gerekir. Doktrine göre, gerek kenar başlık gerek madde metni, eserin yok olması şartını aradığı için TBK m. 483 hükmünün kısmen yok olma hallerine uygulanamayacağı açıktır. Ancak eserin telef olmayan kısımlarının kabulü, dürüstlük kuralları uyarınca iş sahibinden beklenebiliyorsa, TBK m. 483'ün kıyasen uygulanması ve bu kısmen yok olmanın tam yok olma gibi kabul edilerek hasarın yükleniciye yükletilmesi yerinde olur¹³⁴. Bu durumda iş sahibi yükleniciye eser bedelini ödemek

eğer müteahhit riski üzerine alırsa o zaman, malzemedeki ayıp nedeniyle değerli taşın parçalanmasından sorumlu tutulur)", (metnin çevirisi için bkz. **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 152).

¹³² Malzeme ayıbı iş sahibinin kusurlu bir davranışından ileri gelebileceği gibi kusursuz olarak da ortaya çıkmış olabilir, bunun bir önemi yoktur. Çünkü üründeki bir bozukluğun gerek ayıp olarak nitelendirilmesi için, gerek bu bozukluğun ayıptan doğan sorumluluk hükümlerince giderilmesi için kusurun varlığına ihtiyaç yoktur.

¹³³ D. 19. 2. 62.

¹³⁴ **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Cilt: II, Özel Borç İlişkileri, 3. bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s. 1047; **Altaş**, s. 63-65. Zevkliler ve Gökyayla, yok olmayı sözlük anlamıyla değil, sözleşmede kararlaştırıldan daha düşük nitelikte eser teslim

zorunda kalacaktır. Ancak, iş sahibinin ayıplı ifa hükümlerine dayanarak, TBK m. 475 uyarınca ayıp oranında bedel indirimi ya da şartları varsa diğer seçeneklere başvurmaya da bir engel yoktur¹³⁵.

TBK m. 483 uygulaması bakımından ortaya çıkan bir başka sorun da malzeme hasarına kimin katlanacağıdır. TBK m. 483/1'in son cümlesi "*bu durumda malzemeye gelen hasar onu sağlayan tarafa ait olur*" diyerek, malzeme hasarına katlanacak kişiyi malzemeyi sağlayan olarak tespit etmiştir. Bu durumda malzeme hasarına ilişkin problemin de, hasar konusunda Roma hukukundan gelen genel kurala uygun olarak çözüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır; yani malzeme yüklenici tarafından sağlanıyorsa yüklenici katlanacak; iş sahibi tarafından sağlanıyorsa, iş sahibi katlanacaktır. TBK m. 483'te kastedilen malzemenin eserin bünyesine giren ve onunla bütünleşen malzeme olduğunu da vurgulamak gerekir. Mesela bir binanın yapımında kullanılan kum, çakıl, taş, tuğla, çimento, beton gibi malzemeler böyledir. Eserin bünyesine girmeyen malzemeler, mesela iş makineleri hakkında TBK m. 483 geçerli olmayacaktır. Ancak doktrinde kıyasen bir uygulamaya engel bulunmadığı da düşünülmektedir¹³⁶.

Malzeme hasarı bakımından ortaya çıkabilecek başka bir sorun, malzeme niteliği taşımayan, ancak üzerinde çalışılması, bir sonuç meydana getirilmesi için, mesela üzerine bina inşa edilecek arsa, temizlenecek giysi gibi bırakılan eşyalardır. Doktrinde bunlar malzeme olarak kabul edilmemektedir. Zira bunlardan yararlanılarak bir işleme yapılmamakta, bizzat bunlar kendisinden yararlanılarak bir işlemenin yapıldığı ve bu suretle bir eser meydana getirildiği maddeler değildir. Bununla birlikte bu gibi nesnelere yok olması halinde de TBK m. 483'ün kıyasen uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir¹³⁷.

C. Eserin Tamamlanmasının İmkansızlaşması

Doğası gereği eser sözleşmesi, gerek Roma hukukunda gerek Türk hukukunda yapma borcunu konu alır; yüklenicinin borcu sadece eseri teslim değil, kendi meydana getireceği eseri teslimdir. Buna bağlı olarak ifa imkansızlığı, eserin teslimi aşamasında ortaya çıkabileceği gibi henüz teslim

etme biçiminde teknik anlamıyla ele almak gerektiğini belirterek yok olma kavramını geniş olarak yorumlamaktadırlar, bu durumda, yazarlara göre kısmi yok olma da tam yok olma kavramı içinde düşünülecektir (*Zevkliler/Gökyayla*, s. 559).

¹³⁵ *Tunçomağ*, s. 1047; *Altaş*, s. 63-65; *Zevkliler/Gökyayla*, s. 551 vd.

¹³⁶ Bu yönde *Altaş*, s. 90.

¹³⁷ *Altaş*, s. 90-91.

aşamasına gelemeden, eserin tamamlanma aşamasında da ortaya çıkabilir. Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması, fiziksel ya da hukuksal imkansızlık biçiminde ortaya çıkabilir; örneğin, henüz inşa halindeki bir binanın sel suları altında kalması ya da inşaatın yapılacağı bölgenin tarihi çevreyi koruma mevzuatı gereğince sit alanı ilan edilmesi gibi. Eserin tamamlanamaması yüklenicinin kusurundan ileri geliyorsa, elbette yüklenicinin borcu ortadan kalkmayacak, TBK m. 112 uyarınca devam edecektir.

Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması yüklenicinin kusuru olmaksızın da söz konusu olabilir ki bu durumda imkansızlaşma beklenmedik hallerden ileri geliyor demektir. Doğa kaynaklı olaylar ya da üçüncü kişilerin fiilleri başlıca beklenmedik hallerdir; yüklenicinin -kusuru olmaksızın riziko alanından veya iş sahibinin riziko alanından kaynaklanan nedenler de bunlara ilave edilmelidir. Beklenmedik hal kapsamında ifayı imkansızlaştıran bir başka olay da, eser sözleşmesinin intuitus persona niteliğinin bir sonucu olarak¹³⁸, yüklenicinin ölmesi ya da iş yapma yeteneğini kaybetmesidir. Eser sözleşmesinin iş görme edimi içeren ve bu nedenle yapma borcunu konu alan doğası, yüklenicinin ölümünü ya da iş yapma yeteneğini kaybetmesini birer imkansızlık sebebi haline getirmiştir. Eser sözleşmesinin imkansızlaşması halini kanun koyucu özel olarak tek bir maddede, TBK m. 485'te düzenlemiştir:

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

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

Maddede, eserin tamamlanmasının iş sahibinin riziko alanından kaynaklanan bir nedenle imkansızlaşması halinde, yüklenicinin, yaptığı işin o zamana kadarki değerini ve ayrıca yaptığı giderleri isteyebileceği belirtilerek, aslında hasar problemine değinilmektedir. İmkansızlığın tarafların borçları üzerindeki etkisine ise doğrudan değinilmemiştir. Ancak TBK m. 136/1 genel kuralı uyarınca, kusuru olmayan yüklenicinin borcu ortadan kalkacaktır. Yine, iş sahibinin borcu da TBK m. 136/2 uyarınca kural olarak sona erecektir. Ortaya çıkan zarara kimin katlanacağı meselesinde ise madde, ayrı bir düzenleme getirmekte, kusuru olmaksızın iş sahibinin riziko alanından kaynaklanan zararlara katlanması gerektiği kabul edilmektedir.

¹³⁸ Intuitus persona niteliği, yapma borcunu konu alan vekalet (TBK m. m. 502-514), hizmet (TBK m. 393-447) ve yayım sözleşmesi (TBK m. 487-501) bakımından da geçerlidir.

Eğer zararın ortaya çıkmasında iş sahibinin kusuru varsa yüklenici, zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir. Bu da göstermektedir ki zarar, iş sahibinin riziko alanından veya kusurundan ileri geliyorsa, edim hasarı da karşı edim hasarı da iş sahibine ait olacaktır. Burada genel kural TBK m. 136/2 hükmünün uygulanmadığı açıktır. Zira eserin tamamlanmasının iş sahibinin riziko alanından ya da kusurundan kaynaklanan bir sebeple imkansızlaşması halinde, TBK m. 136/1'deki genel prensip uyarınca yüklenicinin borcu sona erer. TBK m. 136/2 uyarınca iş sahibinin borcu da sona ermesi gerekirken, (eğer kusuru varsa bir başka borç altına, TBK m. 112 uyarınca zararı giderme borcu altına girecektir) TBK m. 485'teki özel düzenleme gereği iş sahibinin bedel ödeme borcu sona ermeyecek, devam edecektir. Bu da bir anlamda hasara iş sahibinin katlanması demek olacaktır. Yüklenici, yaptığı işin o zamana kadarki değeri ve giderlerini talep edebilecek, iş sahibinin kusuruyla kendisine verdiği zararları da ayrıca talep edebilecektir¹³⁹.

¹³⁹ Öz, s. 163. Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması aynı zamanda eserin tesliminin de yapılamayacağı anlamına geldiği için, TBK m. 483 ile TBK m. 485 arasında nasıl bir ilişkinin bulunduğu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüş, her iki hükmün birbirinden farklı olduğu; TBK m. 483'ün eserin yok olması halini, TBK m. 485'in ise, ifa imkansızlığını düzenlediğini söylemekte; diğer görüş, TBK m. 485 hükmünün TBK m. 483'ün bir istisnası olduğunu ifade etmektedir, (Bu görüş ve tartışmalar için bkz. Altaş, s. 199 vd.). Fikrimize göre TBK m. 483'te her ne kadar "eserin yok olması" kenar başlığı altında bir düzenleme yapılsa da, aslında ifa imkansızlığının bir görünümüne yer verilmiştir. Zira maddede, aslında hasar sorununa değinilmek istenmiştir ve hasar da ancak kusursuz imkansızlık halinde gündeme gelebilecek bir kavramdır. Eğer eserin yeniden yapılması mümkün ise, yani eserin ferdi olarak belirlenmediği ya da ferdi olarak belirlenmiş özel bir malzeme kullanılmadığı hallerde, yüklenicinin borcu da zaten sona ermeyecektir. Bu gibi durumlarda imkansızlıktan ve ortaya çıkacak zarara kimin katlanacağından bahsetmeye gerek yoktur. Eserin yeniden meydana getirilmesi imkanı devam ettiği sürece yüklenici, yok olan eseri ikinci defa yapmak zorunda kalmasının kendisi için yaratabileceği olumsuz sonuçları, TBK m. 480/2 doğrultusunda bir uyarılama talebi ile def edebilecektir. Eserin yok olması ifa imkansızlığına da ayrıca neden oluyorsa, artık yüklenicinin borcu imkansızlık gerekçesiyle sona erecektir. Bu durumda TBK m. 483/1 uyarınca, eser bedelini talep edemeyeceği için bedel hasarı yüklenicinin kendisine ait olacaktır; meğer ki bu imkansızlık iş sahibinin riziko alanından doğmuş olsun. İş sahibi kaynaklı ifa imkansızlığı hallerinde ise, eser bedelinin talep edilemeyeceği kuralı TBK m. 483/2'de belirtilmiştir. TBK m. 485 düzenlemesi bu yönüyle, fikrimize göre, TBK m. 483 düzenlemesi ile örtüşmektedir. Eserin tamamlanması imkansızlaştığında, yine yüklenicinin borcu sona erecek ve sözleşmede kararlaştırılan bedeli de isteyemeyecektir. Bu durumda bedel hasarı yine kendisine ait olacaktır; meğer ki ifanın imkansızlaşması iş sahibinin kusurundan ya da kusuru olmaksızın iş sahibi kaynaklı başka bir nedenden ileri gelmiş olsun. Bu durumda yüklenicinin, o zaman kadar yaptığı işin değerini ve ayrıca giderleri iş sahibinden talep edebilmesi mümkündür. Bu bakımdan, bize göre her iki maddede de birbirinden çok ayrı düzenlemeler

Eser sözleşmesinin iş görme borcu doğuran yapısı gereği, eserin tamamlanmasını imkansızlaştıracak bir başka beklenmedik hal, yüklenicinin ölümü veya kişisel yeteneklerini kaybetmesidir. Bunu kaleme alan TBK m. 486 hükmü izleyen şekildedir:

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

Hükme göre, yüklenicinin ölümü veya iş yapma yeteneğini kaybetmesi kural olarak sözleşmeyi sona erdirmektedir. Bu da aynı zamanda eserin tamamlanmasını engelleyen bir imkansızlık hali olarak karşımıza çıkar. Dikkati çeken, yüklenicinin kişisel özelliklerinin göz önünde bulundurulması suretiyle yapılmış olan eser sözleşmelerinin TBK m. 486'ya tabi olacağıdır. Eser sözleşmesi, her ne kadar yapma borcu doğuran bir sözleşme olsa da, her zaman *intuitus persona* (kişiye bağlılık) niteliği taşımayabilir, yüklenicinin kişisel özelliklerine önem verilmeksizin akdedilen eser sözleşmelerine de rastlanabilir. Sonuncu durumda, eserin bu yüklenici tarafından tamamlanması ile başka bir yüklenici tarafından tamamlanması arasında iş sahibinin menfaatleri açısından hiçbir fark yoktur. Bu nedenle, *intuitus persona* niteliği taşıyan eser sözleşmeleri ile *intuitus persona* niteliği taşımayan eser sözleşmelerini birbirinden ayırmak gerekir¹⁴⁰. Eğer yüklenicinin kişiliği dikkate alınarak bir eser sözleşmesi akdediliyorsa, *intuitus persona* niteliği taşıyan eser sözleşmesi; aksine, yüklenicinin kişiliği dikkate alınmadan bir eser sözleşmesi akdediliyorsa, *intuitus persona* niteliği taşımayan eser sözleşmesi kurulmuş demektir. Eser sözleşmesine *intuitus persona* niteliğini veren, tarafların iradeleridir; yoksa bu niteliği saptamada önceden bir kriter verilemeyeceği için her somut olayda taraf iradelerinin ne yönde olduğunu tespit edilmek gerekir¹⁴¹. Terziye elbise diktirilmesi, bir takıya takı yaptırılması gibi sanatsal yönü ağır basan işlerde *intuitus persona* niteliği lehine yorum yapılabilir. Musluk tamiri gibi teknik yönü daha ağır basan işlerde ise, olağan bir eser sözleşmesi akdedildiği daha muhtemeldir. TBK m. 486 hükmü,

getirilmiş değildir. Zira TBK m. 485 hükmü olmasaydı da, TBK m. 483 uygulanarak aynı sonuca ulaşabilecektik. Çünkü, ifanın imkansızlaşması zaten eserin de teslim edilemeyeceği anlamına geleceğinden, hasar TBK m. 483 uyarınca yükleniciye yüklenerek sorun çözülecek, imkansızlaşmanın iş sahibi kaynaklı olması halinde ise hasar, iş sahibine geçecekti.

¹⁴⁰ Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel Bölüm, s. 365.

¹⁴¹ Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel Bölüm, s. 365.

yalnızca intuitus persona niteliği ağır basan eser sözleşmelerinin yüklenicinin ölümü ya da kişisel yeteneklerini kaybetmesi halinde sona ereceğini kabul etmiştir. Bunun dışındaki eser sözleşmelerinde külli halefiyet ilkesi gereği, sözleşme ilişkisi mirasçılara geçecektir¹⁴².

TBK m. 486 uyarınca, yüklenicinin ölümü ya da iş yapma yeteneğini kaybetmesi de bir ifa imkansızlığı olduğuna göre (ki bu durumda eseri tamamlanamayacaktır), burada bir hasar sorunu da ortaya çıkacaktır. Zira TBK m. 486 uyarınca, böyle bir durumda eser sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Bunun doğal sonucu olarak, yüklenici ve iş sahibinin karşılıklı borçları sona erecektir. Böyle bir olasılıkta, iş sahibi söz konusu edimi yüklenicinin mirasçılarında talep edemeyeceğine göre, edim hasarı iş sahibine ait olacaktır. Buna karşılık yüklenicinin mirasçıları da, sona eren bir sözleşme ilişkisinden dolayı, sözleşmede kararlaştırılan bedeli isteyemeyecekleri için, karşı edim olan bedel hasarı da yükleniciye ait olacaktır. Bu da Roma hukukundan beri devam etmekte olan, *zarar kimin malvarlığında meydana geliyorsa onun katlanacağı* genel prensibinin uygulamasından başka bir şey değildir. Bununla birlikte, yüklenicinin ölümü ya da iş görme yeteneğini kaybetmesi, iş sahibinin kusurundan ya da riziko alanından doğuyorsa, TBK m. 485 hükmü kıyasen uygulanmalı ve o zamana kadar tamamlanmış eserin değeri ve bu değere girmeyen giderler yükleniciye ödenmelidir¹⁴³.

Yüklenicinin ölümü ya da kişisel yeteneğini kaybetmesi nedeniyle eserin tamamlanmasının imkansızlaşması meselesi, daha önce de temas edildiği gibi, Roma hukukunda da gündeme gelmiş bir konudur. Ancak Romalı hukukçuların meseleye nasıl yaklaştıkları konusunda metinlerde bir açıklık yoktur. Tahminler, meselenin bugünkü hukukumuzdaki gibi halledilmiş olabileceği yolundadır¹⁴⁴. Eğer taraflar, intuitus persona niteliğini dikkate almadan bir eser sözleşmesi akdetmişlerse, yüklenicinin ölümüne rağmen eser sözleşmesi sona ermeyip devam edecektir. Bu durumda da işin

¹⁴² Öz, s. 162.

¹⁴³ Altaş, yüklenicinin ölümü ya da kişisel yeteneklerini kaybetmesi, eserin telef olmasına yol açıyorsa, TBK m. 486'nın değil, TBK m. 483'ün uygulanması gerektiğini belirtmektedir (Altaş, s. 207). Fikrimize göre, yüklenici eseri tamamladıktan sonra ölür ya da kişisel yeteneklerini kaybederse, TBK m. 486'nın uygulanamayacağında kuşku yoktur. Eserin, tamamlandıktan sonra, yüklenicinin ölümü ya da yeteneğini kaybetmesinin eserin telef olması üzerinde bir etkisinin olmaması gerekir. Başka deyişle, yüklenicinin ölümü ya da yeteneğini kaybetmesi, eserin teslimini değil, tamamlanmasını imkansızlaştıracak bir nedendir.

¹⁴⁴ Accarias, II, Tit. 24 § 4, s. 335 N. 621.

tamamlanması yüklenicinin mirasçılarında istenebilecektir. Böyle bir talep karşısında, yüklenicinin mirasçıları, işi kendileri tamamlamak ya da üçüncü kişiye tamamlamak zorundadırlar. Buna karşılık iş sahibi de sözleşme de kararlaştırılan bedeli yüklenicinin mirasçılara ödemek zorundadır¹⁴⁵.

Son olarak eklemek gerekir ki, yüklenicinin ölümü ya da iş görme yeteneğini kaybetmesine rağmen, iş kısmen tamamlanmış ve iş sahibinin de bu tamamlanmış kısımdan yararlanabilmesi mümkün ise, TBK m. 486 uyarınca iş sahibi, tamamlanmış kısmı kabul etmek ve karşılığını ödemek zorundadır.

SONUÇ

Eser sözleşmesi Roma hukukunda ayrı ve bağımsız bir sözleşme tipi olarak ele alınmayıp locatio conductio adı verilen, kira ve hizmet sözleşmelerinin de içinde bulunduğu özel bir başlık altında düzenlenmiştir. Günümüz hukuklarıyla kıyaslandığında locatio conductio'nun pek çok hususunun muğlak ve tartışmalı olduğu kesindir. Yine de bu durum, modern hukukların eser sözleşmesi ile ilgili prensiplerinin oluşumuna Roma hukukunun katkısını engelleyememiştir. Özellikle ifa imkansızlığı ve beraberinde gelen hasar sorunu, modern hukuklara Roma hukukundaki eser sözleşmesine hakim olan ilkeler çerçevesinde intikal ettirilmiştir.

Locatio conductio ile ilgili tartışmalar arasında en önemlisi bu hukuki ilişkinin niteliğidir. Tartışma özellikle, locatio conductio'nun kullandırma borcu doğuran sözleşme mi, yoksa iş görme borcu doğuran sözleşme mi olduğu konusunda kilitlenmiştir. Locatio conductio'nun kira sözleşmesine benzetilerek ortaya çıktığı görüşü, bu kurumun özellikle tarihsel kökleri incelendiğinde, ağırlık kazanmıştır. Ortaya çıkan yeni bir hukuki ilişkiye, o hukuki ilişkiyi derhal düzenlemek yerine, ona en yakın kurumun hükümlerinin uygulanması çabası locatio conductio açısından da geçerli olmuştur. Locatio conductio'nun ilk zamanlarda kira sözleşmesine benzetilerek, kira sözleşmesinin hükümlerine tabi tutulmuş olması, locatio conductio'nun kullandırma borcu doğuran bir sözleşme gibi nitelendirilmesi düşüncesini güçlendirmiştir.

Tarım işlerinde ihtiyaç duyulan köle ve hayvanların kiralanmasıyla başlayan süreç, ekonomik durumun bozulmasının etkisi altında devam etmiş, zamanla iş gücünü köle gibi kiralayan hür kişilerin sayısı artmıştır. Köleyi mal statüsünde kabul eden Roma'nın, kölelerin kiralanmasını kira sözleşmesi kapsamında düşünmelerinde bir olağanüstülük yoktur. Ancak hürler

¹⁴⁵ Accarias, II, Tit. 24 § 4, s. 335 N. 621.

söz konusu olduğu zaman, başlangıçta kira sözleşmesinin hükümleri tatbik edilmiş, sonrasında ise kira sözleşmesinin sınırlarını aşan bir hukuki ilişki karşısında bulunduğu fark edilerek yeni türler yaratılmıştır. İş gücünü para karşılığı başkasına arz eden ve işverene bağımlı olarak hürler hiçbir zaman hoş karşılanmayıp bu kişiler kölelere benzetilmiştir. Ancak yine de, iş gücünün kiralanmasına yönelik bu kimselerle yapılan anlaşmalar, ağırlıklı olarak, kira yerine hizmet sözleşmesi kapsamında nitelendirilmiştir. Zamanla, salt bir işin görülmesinde işverene bağımlı olarak yapılan çalışma taahhütleri değil, mesleki bilgi ve deneyimi ile bir sonuç meydana getirme taahhütleri de ortaya çıkmıştır. Örneğin, kendi elbisesini kendisi temizleyen ya da kölesine temizleten bir kimse, zamanla bu temizlik işini bir başkasına, özellikle de bu alanda uzman birine bırakmaya başlamıştır ve eser sözleşmesi fikri de bu andan itibaren ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan fikrimize göre, eser sözleşmesi kira sözleşmesiyle birlikte ele alınsa da, Roma'nın iş görme ihtiyacını karşılayan sözleşmelerden biri olduğu daha fazla savunulabilir.

Eser sözleşmesi, locatio conductio operis adı altında anılarak diğer locatio conductio türlerinden ayırt edilmiştir. Bu sözleşme ile yüklenici, günümüz eser sözleşmelerinde olduğu gibi, bir miktar para karşılığında bir eser meydana getirmeyi söz verir. Eser kavramı sadece somutlaşmış nesnelere değil, somutlaşmamış maddi fiilleri de içine alacak kadar geniştir ve bu nedenle sonuç kavramı ile eş anlamlıdır. Eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu bir sonuç borcudur, yani sonucun meydana gelmesi için yüklenicinin sadece çalışması yetmez, sonucu başarması da gerekir. Yüklenicinin asli borcu, eseri meydana getirmek ve teslim etmek, iş sahibinin asli borcu da bunun karşılığı olan bedeli ödemektir.

Eser sözleşmesinde eser tamamlanamıyorsa veya tamamlanmış olmakla birlikte teslim edilemiyorsa, imkansızlıktan bahsedilir. İmkansızlığın kaynağında yüklenicinin kusuru varsa borç devam edecek, kusuru yoksa borç sona erecektir.

Kusursuz imkansızlık, doğa kaynaklı olaylar, üçüncü kişilerin fiilleri, yüklenicinin -kusuru olmaksızın- riziko alanından doğan olaylar ve iş sahibinin riziko alanından doğan olaylar gibi beklenmedik hallerden ileri gelebilir. Kusursuz imkansızlık halinde tarafların borçlarının akıbetinin ne olacağı konusunda, Roma hukukunun eser sözleşmesine atfedilen metinlerinde bir açıklık yoktur, zira bu metinlerde doğrudan hasar sorunu ele alınmaktadır. Ancak hasardan bahsedilmesinden anlaşılan, imkansızlık konusundaki genel çözüme uygun olarak, kusursuz imkansızlık halinde yüklenicinin borcunun sona ereceğidir. Yine ilgili metinlerin yorumundan kural olarak iş sahibinin borcunun da sona ereceği anlaşılmaktadır. Tarafların borçları sona erse de,

yüklenici açısından emek ve zaman kaybı, iş sahibi açısından da malzeme kaybı bir zarar olarak ortaya çıkar. Bu zararın ortaya çıkmasında taraflardan hiçbirinin kusuru olmadığına göre zarara kimin katlanacağı meselesi yani hasar problemi önem kazanır.

Roma hukuku kaynaklarında hasar sorunu, imkansızlığın eserin teslimi veya tamamlanması aşamasında ortaya çıkmasına göre ikili bir ayrımla ele alınmaktadır. Ağırlıklı olarak üzerinde durulan, eserin tamamlandıktan sonraki teslim imkansızlıklarıdır. Bu ihtimalde hasar kural olarak yükleniciye ait kabul edilmiştir. Elbette burada kastedilen, bedel hasarıdır. Yüklenici, eseri teslim etmekten kurtulacaktır, fakat eser bedelini de isteyemeyeceği için, emek ve zaman kaybına kendisi katlanacaktır. Bunun istisnası, iş sahibinin kusurundan ya da riziko alanından kaynaklanan bir nedenle eser tesliminin imkansızlaşmasıdır. Mesela su kanalı inşa edilmesi için tahsis edilen arazinin elverişli olmaması ya da verilen malzemenin ayıplı olması nedeniyle sonucun meydana gelmediği bir durumda, yüklenici hak ettiği ücret ve giderlerini iş sahibinden talep edebilecektir.

Malzeme hasarı da, eser sözleşmesi söz konusu olduğu vakit ortaya çıkabilecek bir başka hasar türüdür. Açıkça dile getirilmese de metinlerin yorumundan anlaşılan, bu sorunun, “malzeme kimin malvarlığında ise zarara onun katlanması gerektiği” prensibine göre çözülmüş olduğudur. Klasik devrin ortalarına kadar, yüklenicinin iş sahibi tarafından verilen malzemeyi işleyebilmesi için bu malzemenin maliki olması gerektiği kabul edildiği için, malzeme hasarı yükleniciye ait kabul edilmiş; klasik devrin ortalarından itibaren ise, bu anlayış terk edilerek malzeme mülkiyetinin iş sahibinde kalması ve dolayısıyla malzeme hasarının da iş sahibine ait olması anlayışı yerleşmiştir. Bu çözüm, kusur olmaksızın meydana gelen bir zarara, bu zarar kimin malvarlığında meydana gelmişse, onun katlanması gerektiğine ilişkin Roma hukuku mantığının bir sonucudur.

Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması olayına da, pek seyrek de olsa, kaynaklarda yer verilmiş ve hemen hemen aynı çözüm benimsenmiştir. Eserin tamamlanamaması aynı zamanda teslim edilemeyeceği anlamına da geldiğinden, bedel hasarı yükleniciye ait olacaktır. Ancak bu konuda bedel hasarından çok, malzeme hasarı dikkate alınmış ve malzeme maliki durumunda olan kişinin, malzeme hasarına da katlanacağı kabul edilmiştir.

Roma hukukunda benimsenen çözümün Türk hukukundaki düzenlemelerle büyük ölçüde örtüştüğü çalışmamızın sonucunda tespit edilmiştir. Bu da bize, modern hukuklarda ve elbette Türk hukukunda yer alan eser sözleşmesindeki ifa imkansızlığı ile ilgili hükümlerin, bu kanunlara büyük ölçüde Roma hukuku prensiplerinden taşındığını göstermiştir.

KAYNAKÇA

- Accarias, C.:** Précis, De Droit Romain, Contenant Avec L'exposé Des Principes Généraux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes, De Justinien , Tome I, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891.
- Altaş, Hüseyin:** Eserin Teslimden Önce Telef Olması, BK. mad. 368, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2002.
- Altop, Serpil:** Roma Hukuku'nda Kölelik, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.
- Alzon, C.:** "Réflexions Sur L'histoire De La Locatio-Conductio", Revue historique de droit français et étrange, Quatrième série, Vol. 41 1963, s. 553-591.
- Alzon, Claude:** "Les Risques Dans La Locatio Conductio", LABEO, 12, 1966/1, s. 311-337.
- Amirante:** Richerche in tema di Locazione, BIDR, 62, 1959.
- Baron,** "Die Haftung bis zur höheren Gewalt", Archive für die Civilistische Praxis, 78, 1892.
- Baron,** "Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias, oder die Haftung für Custodia, Archive für die Civilistische Praxis, 52, 1869.
- Becker, H.:** Eser (İstisna) Sözleşmesi, Çeviren: Suat Dura, Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, Sayı: 3, s. 310. (s. 308-328).
- Besnier, M.:** Cours De Droit Romain, Rédigé D'Après les Notes Et Avec L'Autorisation, 2. Année, Paris, Les Cours De Droit, 1946-1947.
- Cuq, Edouard:** Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928.
- De Robertis:** I Rapporti Di Lavarò Nel Diritto Romano, Milano, 1946.
- Di Marzo, Salvatore:** Roma Hukuku, 5. tabından çeviren: Ziya Umur, 2. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.
- Doğan Yenisey, Kübra:** "Roma Hukukunun Modern İş Hukuku Üzerindeki Etkilerine Bir Bakış", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011.
- Emiroğlu, Haluk:** "Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil", AÜHFD, Cilt 52, Sayı 1, s. 101-111.
- Erdoğan, İhsan:** İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990, C. 13, sayı 1, s. 135-172.

- Erdoğmuş**, Belgin: “Klasik Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluk örneği: Custodia”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C: I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Erdoğmuş**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2012.
- Erman**, Hasan: İstisna sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, BK. 365/2, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979.
- Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel hükümler, Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.
- Girard**, Paul Frédéric: Manuel Elémentaire De Droit, 5. ed, Revue Et Augmenté, Paris, Librairie Nouvelle De Droit Et De Jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, 1929.
- Gökyayla**, Emre: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, sayı 1, 2002.
- Gökyayla**, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişiklikleri, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2009.
- Gümüş**, Mustafa Alper: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: II, Eser, Vekalet, Simsarlık, Vekaletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti, İstanbul, Vedat, 2012.
- Güneş Ceylan**, Seldağ: “Roma Hukukunda Klasik Hukuk Dönemi”, Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş’a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011.
- Hasse**, Die Culpa des Römischen Rechts, 1, edition, 1815, 2. édition Bonn, 1838.
- Hatemi**, Hüseyin: Borçlar Hukuku Fasiküller, İstanbul, 2006.
- Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Honig**, Richard: Roma Hukuku Dersleri, Çeviren: Şemseddin Talip, Capitulum II, İstanbul, 1935.
- Huvelin**, Paul: Cours Elémentaire De Droit Romain, Tome II, Les Obligations, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929.
- Iustinianus**, Institutiones, Türkçe metin: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968.

- İnal**, T.:“Mücbir Sebebin Oluşum Unsurları”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Aramağan, Ankara, 1997, s. 13-53.
- İpek**, Nurcan: “XII Levha Kanunu”, **Argumentum**, Yıl: 3, Sayı: 34.
- Kabağaç**, Sina/**Alova**, Erdal: Latince-Türkçe Sözlük, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1995.
- Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku- Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış On Yedinci Basım, 2014, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Karadeniz**, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- Karagöz**, Havva: “Digesta’nın Hazırlanma Şekli ve Sistematiği Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 135-154.
- Karagöz**, Havva: Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası’dan 7 nci Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Kochaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993.
- Kurşat**, Zekeriya: “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, İÜHFİM, C. LXVII, (67), 2009, sayı: 1-2, s. 143-166.
- Mayer-Maly**, Theo: Locatio Conductio, eine untersuchung zum klassischen römischen recht, Band IV, Wien, 1956.
- Monier**, Raymond: Manuel Élémentaire De Droit Romain, Tome II, Les Obligations, 4. édition, revu et complétée, Editions Domat Montchrestien, 1948.
- Olivier-Martin**, Félix: “Des Divisions Du Louage En Droit Romain”, Revue Historique De Droit Français Et Etranger (RHD), 4. série, quizieme année, 1936.

- Öz, M.** Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte, İstanbul, Kazancı, 1989.
- Özdemir, H.** Gökçe: Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Paris, Jean:** La Responsabilité De La Custodia En Droit Romain, Paris, Recueil Sirey, 1926.
- Rado, Türkân:** Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Rambaud, Prosper:** Explication Élémentaire du Droit Romain, Tome II, Paris, Librairie Maresq Ainé, 1893.
- Sayın Korkmaz, Bengi:** Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum), Ankara, Yetkin, 2014.
- Schmidlin, Bruno/Cannata, Carlo Augusto:** Droit Privé Romain, II, Obligations- Successions- Procédure, Lausanne, 1987.
- Schwarz, Andreas B.:** Roma Hukuku Dersleri, Çev. Türkan Rado, Cilt:1, 7. bs., İstanbul, Doğan Kardeş Yayınları, 1965.
- Seliçi, Özer:** Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977.
- Seliçi, Özer:** İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978.
- Somer, Pervin:** Roma Hukukunda İstisna Akdi, (Locatio Conductio Operis), Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı, İstanbul, Derin Yayınları, 2008.
- Soydan, Ceren:** “Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Eser Sözleşmeleri (Locatio Conductio Operis)”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.
- Sögütlü Erişgin, Özlem:** Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel sorumluluk Ölçütleri, Ankara, Seçkin, 2016, (kıs. Contractus)
- Sögütlü Erişgin, Özlem:** Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara, Seçkin, 2010 (kıs. Periculum Est Emptoris)
- Sütken, Elvan:** “Roma Hukukunda Özel Kusursuz Sorumluluk Halleri”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, Derleyen: M. Murat Inceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011.

- Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan** Belgin: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku, Onuncu Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- Tahiroğlu, Bülent**: Roma Borçlar Hukuku, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13.1.2011’de yürürlüğe giren Yeni Türk Ticaret Kanunu’na göre Düzenlenmiş Yeni Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2016.
- Tamer Güven, Diler**: Culpa In Eligendo, Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul, Der Yayınları, 2001.
- Tandoğan, Haluk**: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987.
- Tandoğan, Haluk**: Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 6. basım, İstanbul, 1990.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Topuz, Murat**: “Eserin Teslimden Önce Tele Olması ve Roma Hukuku’nun Türk Borçlar Hukuku’na Etkileri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Cilt 14, sayı 1-2, 2008, s. 201-236.
- Umur, Ziya**: Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, Tıpkı 3. basım, İstanbul, Beta, 2010.
- Umur, Ziya**: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983. (Kıs. Lügat)
- Umur, Ziya**: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984 (Kıs. Roma Hukuku)
- Üçer, Mehmet**: Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- Weiss, Egon**: Institutionen des Römischen Privatrechts, 2. Auflage, Basel, Verlag für Recht und besellschaft A. G., 1949.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre**: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 16. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

