

Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Eser ve Eser Teslim Sözleşmeleri: Tarihsel Gelişim, Kavram, Unsurlar ve Benzer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi^(*)

**Contract of Work and Work Delivery Contracts in Consideration
of Turkish, Swiss and German Law: Historical Evolution, Terminology
Elements and Differentiation from Similar Contract Types**

*Sinan OKUR^(**)*

Öz:

Bu çalışmada, eser sözleşmesi ve eser teslim sözleşmesi kavramı, Türk hukuku merkeze alınarak, mukayeseli bir bakış açısıyla incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmayla bir taraftan eser kavramına ayrıntılı olarak değinilmiş, diğer taraftan eser sözleşmesinin diğer sözleşme tiplerinden ayırt edilmesi hedeflenmiştir. Çalışmanın bir diğer amacı, hukuk sistemlerinin mukayesesi suretiyle, Türk hukukuna da tatbik edilebilecek, birtakım sonuçlara ulaşmaktır. Türk hukukunda, malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı ve eser teslim sözleşmesi olarak isimlendirilen sözleşme, pek çok soruna sebebiyet vermektedir. Söz konusu sözleşme TBK m.470 vd. bağlamında bir eser sözleşmesi olarak düzenlenmiştir. Buna karşın Birleşmiş Milletler Taşınır Eşya Satım Hukuku (CISG), Avrupa Sözleşme Hukuku ve Alman Medeni Kanunu (BGB) farklı bir yol seçmiş ve eser teslim sözleşmelerini satış hükümlerine tabi kılmıştır. Türk kanun koyucusu da eser teslim sözleşmelerini, satış hükümlerine tabi kılarsaydı, bugün eser sözleşmesinin satıştan ayırt edilmesine ilişkin birçok tartışma anlamını yitirecekti. Bu yüzden çalışmanın sonuç bölümünde eser teslim sözleşmelerinin satış sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması önerilmiştir. Eser sözleşmesi ile ilgili bir diğer tartışma noktası, gayri maddi neticelerin de eser olup olmayacakları sorusudur. Sorun mukayeseli ve ayrıntılı biçimde işlendikten sonra, gayri maddi neticelerin de eser olabileceği sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Eser Teslim Sözleşmesi, Eser Sözleşmesi, Manevi Eser Sözleşmesi, Eser Sözleşmesinin Diğer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi, BGB, Roma Hukuku, CISG, Avrupa Sözleşme Hukuku.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale gelis tarihi: 28.01.2019 - Makale kabul tarihi: 26.04.2019.

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi.

E-posta: sinanokur@gmail.com; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-3772-9415>.



Abstract:

In this essay, an attempt has been made to describe the concept of a contract of work and work delivery contracts from a comparative legal point of view, in which Turkish law takes centre stage. The purpose of the paper is to discuss the concept of the contract of work in detail on the one hand, and to distinguish the contract of work from the other types of contract on the other hand, which is not always easy. Furthermore, the aim is to reach conclusions from the comparison of the legal systems that might be applicable in Turkish law as well. In Turkish law, the work delivery contract in which the material is provided by the contractor, causes many problems. This type of contract is regulated as a type of contract of work according to Art.470 et seq. of the Turkish Code of Obligations (tCO). On the contrary, the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), European contract law and the German Civil Code take a different approach, - in contrast to tCO - and subject work delivery contracts to the sales law. If Turkish law had subjected work delivery contracts to the sales law many discussions about the distinction between contract of work and sale would have been meaningless. As a result, it is proposed to subject the work delivery contract to the provisions of the sales contract. A further point of discussion about the contract of work is related to the question of whether the incorporeal successes of contract might be considered as a work. After the comparative and detailed assessing of the problem, it can be concluded that incorporeal successes of contract can also be a work.

Keywords:

Work Delivery Contract, Contract of Work, Contract of Intangible Work, Differentiation of the Contract of Work from the Other Contract Types, BGB, Roman Law, CISG, European Contract Law.

I. Giriş, Sorunun Ortaya Konması ve Konunun Önemi

Alman hukukçu WEYERS eser sözleşmesini konu edinen makalesine, ne Alman Medeni Kanunu'nda ne de başka kanunlarda, eser sözleşmesi kadar geniş kapsamlı, çok çeşitli hadiseleri kuşatan ve düzenlemek zorunda olan başka bir sözleşme modelinin mevcut olmadığını belirterek başlar.¹ Eser sözleşmesinin pratik önemine işaret eden bu tespiti, Türk hukuku için de geçerli olduğu söylenebilir. Hakikaten, bugün Türk-İsviçre ve Alman hukukunda, kanunda açıkça düzenlenmemiş birçok isimsiz sözleşme, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmekte, birçok sözleşmeye de başka sözleşmelerle birlikte eser sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır.²

¹ WEYERS, Hans-Leo, Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht Archiv für die civilistische Praxis, 182. Bd., H. 1/2 (März 1982), S. 60.

² Gerçekten de makde sayısına nazaran eser kapsamında değerlendirilen pek çok sözleşme tipi mevcuttur. Öyle ki, eser sözleşmesi hükümlerine tabi sözleşme tiplerini bir makale sınırları içinde ele almanın imkânsız olduğu söylenebilir. Bununla birlikte Türk hukukunda eser sözleşmesi içinde mütalâa edilen bu sözleşmelere, eser sözleşmesinin nasıl geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu göstermek amacıyla kısaca değinilmelidir. Türk hukuk uygulamasında en sık karşılaşılan



sözleşme ve eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilen sözleşmelerden ilki *inşaat sözleşmeleri*dir. Hukuki niteliği itibarıyla bir eser sözleşmesi kabul edilen inşaat sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda doğrudan doğruya bu isim altında düzenlenmemiş, fakat kanunun bazı hükümlerinde kavrama dolaylı olarak temas edilmiştir. Konusu itibarıyla otoyol, tünel, köprü veya bir gökdelen inşası gibi oldukça geniş bir skalaya yayılan inşaat sözleşmesi, yüklenicinin taşınmaz bir yapı eserini meydana getirmeyi, tamamlayıp teslim etmeyi, buna karşın iş sahibinin ise bir bedel ödemeyi yükümlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. İnşaat sözleşmesi bağlamında meydana getirme faaliyeti, yeni bir inşaat yapma, mevcut bir yapıda değişiklik yapma, mevcut yapıya ilave yapma, mevcut yapıya onarma veya yıkma faaliyetlerinden her birini kapsamaktadır. Yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı bir sözleşme olup, kural olarak anı edimli bir sözleşme niteliğindedir. İnşa faaliyetinin meydana getirme faaliyetinden, inşaat sözleşmesinin ise eser sözleşmesinden daha dar olduğu belirtilmelidir. Zira meydana getirme faaliyeti sadece maddi bir sonucun veya bir taşınmazın ortaya konmasıyla ilgili olmayıp hüküm görüşe göre çok daha geniş bir anlam ve kapsama sahiptir. (EREN, Fikret, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 1996, s. 49, 51, 52, 53, 56; KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013, s. 43, 51, 52; AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 23; Eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını belirtmek suretiyle, ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2016, s. 3; KOCAAĞA, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014, s. 25, 27. Yazar, TBK'daki inşaat sözleşmelerine dair dolaylı temasa, TBK m.478'de kullanılan "taşınmaz yapı" ifadesini örnek vermektedir. Buna karşın doktrinde yeni sayılabilecek bir yaklaşım, inşaat sözleşmeleri kavramını, eser sözleşmesini de için alacak biçimde bir list kavram olarak yorumlama eğilimindedir (KURŞAT, Zekariya, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017, s. 4 vd.). Bu görüşe göre, inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilen her sözleşme muhakkak eser sözleşmesi niteliğinde olmak zorunda değildir. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iş (arsa) sahibinin ediminin mülkiyetin devri olması hasebiyle karma nitelikli bir sözleşme vasfında olup, eser ve satış sözleşmesi hükümleri kıyasen birlikte uygulanacaktır (KURŞAT, s. 7-8); Eser sözleşmesi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin farkları için bkz. (USTA, Oğuz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara, 2017, s. 40 vd.). Eser sözleşmesi bağlamında tartışılan bir diğer sözleşme ise *mimarlık sözleşmesidir*. Mimarlık sözleşmesi isimsiz bir sözleşme olup, kanunda açık bir düzenlemeye kavuşturulmamıştır. Konuyu ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi'nin tutumu ileride ele alınacağı için burada Türk hukukundaki konuya yaklaşım tarzının tısviriyle kılafet edilecektir. Türk hukukunda KAPLAN'a göre "*mimarin proje düzenlemesine ilişkin edimleri, eser sözleşmesinin; ihale dosyasının düzenlenmesi hizmetleri ise, vekillik sözleşmesinin kapsamına girmektedir.*" (KAPLAN, İbrahim, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarin Sorumluluğu, Ankara, 1983, s. 83) SELİÇİ, benzer biçimde sorunun sözleşmenin muhtevasına bağlı olarak çözümlenmesi gerektiğini ifade etmekte örneğin salt proje çizimini konu alan bir sözleşmenin, eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedir (SELİÇİ, Özer, Mimarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Temsil ve Vekaletle İlgili Sorunlar, Sempozyum, İstanbul, 1976, s. 263). UYAN, mimarlık sözleşmesindeki ön proje, kesin proje, mimari uygulama projesi gibi edimleri eser olarak nitelendirilmekle birlikte mimari proje düzenleme sözleşmesini *sui generis* bir sözleşme olarak kabul etmektedir. (UYAN, Göktürk, İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği: İş Görme Sözleşmeleri Kuramına Bir Katkı, İstanbul, 2006, s. 168, 169). Yargıtay kararları da mimarlık sözleşmelerinin eser sözleşmesi teşkil ettiği yönündedir. Bkz. Y. 15. HD. T. 20.06.1978, E. 644, K. 526. Buna karşın azınlıkta kalan bir görüş ise, sözleşmeyi vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. (ÇAKALIR, Yalçın,



Pratik önemi oldukça yüksek olan³ eser sözleşmesinin madde sayısı itibarıyla az sayılabilecek kurallarla düzenlenmiş olması, doktrinde ve yargı kararlarında eser sözleşmesine özel bir önem atfedilmesine ve konuya ilişkin geniş tartışmalar yapılmasına sebebiyet vermiştir.⁴ Tarihsel olarak Roma hukukuna

Mimarlık Sözleşmesi, Ankara, 1976, s. 21). Yine eser kapsamında görülen bir diğer sözleşme de *bilgisayar programı imal sözleşmesidir*. Mezkûr sözleşme de isimsiz sözleşmeler kategorisinde olup, sözleşmenin niteliği hususunda bir mutabakat bulunmаса da Türk hukukunda hakim eğilimin sözleşmeyi eser olarak nitelendirmek yönünde olduğu söylenebilir (Bkz. ŞAHAN, Gökhan, Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi, Ankara, 2016, s. 99 vd.) Yazar konuya ilişkin ihtimalleri uzunca değerlendirdiği bölümün sonunda (s. 119), bilgisayar programı imal sözleşmesini kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak tanımlamıştır. Yargıtay ise bir kararında internet yazılımı hazırlanmasını konu edinen sözleşmenin içeriği itibarıyla eser sözleşmesi olduğunu vurgulamıştır. Bkz. 15. HD. 02.04.2013, E. 2013/1132, K. 2013/2246, E.T. 05.05.2019 (KHO). Standart bilgisayar programı devir sözleşmeleri ve eser sözleşmesi ile ilişkisi için bkz. YILDIRIM, Mustafa, Fadıllı, Standart Bilgisayar Programı Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), İstanbul, 1999, s. 26. Bu bağlamda değinilmesi gereken bir diğer sözleşme film yapım sözleşmesidir. Doktrindeki bir görüşe göre, meydana getirilen şey FSEK hükümlerine göre eser niteliği taşıyor sipariş üzerine bir eser meydana getiriliyor ise söz konusu sözleşme kural olarak eser sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Bkz. GÖKYAYLA, Emre, Film Yapım Sözleşmesi, İstanbul, 2015, s. 33; Son olarak değinilmesi gereken sözleşme ise *teşhis ve tedavi sözleşmesidir*. Türk hukukundaki hakim görüş teşhis ve tedavi sözleşmelerini vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir (AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 53; ŞENOCAK, Zarfefe, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998, s. 29; ZEYTİN, Zafer, Vekalet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi, TıpHD., C. 3, S. 6, Y. 2014, 103-113, 111; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2017, s. 93 vd.; DEMİR, Mehmet, Hekim ve Hastane Yürütürden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2018, s. 119 “*anipik vekalet*”; HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2018, s. 735). Bununla birlikte Yargıtay estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri, eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Bkz. Y. 15. HD. T. 7.11.2017, E. 2017/2286, K. 2017/3847 E.T. 05.05.2019 (KHO). Doktrinde de Yargıtay’ın bu içtihadını takip eden bir görüş, estetik amaçlı müdahalelerle ve protez nakliyle sınırlı kalmak kaydıyla, tedavi sözleşmesinin eser sözleşmesi teşkil edebileceğini kabul edilmektedir (YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006, s. 61; ZEYTİN, s. 111; HAKERİ, s. 736). Esasen, BELGESAY, tıp hukukunun Türkiye’deki gelişimi açısından çok erken sayılabilecek bir tarihte doktorun tedavide neticeyi taahhüt etmiş olması halinde, istisna (doğrusu istisna) sözleşmesinin hükümlerinin uygulanacağını bir tespit olarak dile getirmiştir (BELGESAY, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul, 1954, s. 77). Aynı yönde bkz. AKARTEPE, Alpaslan, Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yayına Hazırlayanlar, BAYGIN, Cem / UÇAR, Metin, BÜYÜKAY, Yusuf, Ankara, 2007, s. 22; Hekimin sorumluluğuna dair mukayeseli bir çalışma için bkz. AKMAN, Ahmet, Hekim Uygulamaları ve Hukuki Sorumluluk (İslâm ve Türk Hukuku’nda), BÜHFD., C. 13, S. 169, Y. 2018, s. 145-201. Alman hukuku açısından eser sözleşmesi olarak nitelendirilen sözleşmeler için bkz. BÜDENBENDER, Ulrich, Der Werkvertrag, JuS, Heft 7, 2001, S. 625 - 635, 625. Ayrıca EMMERICH, Volker, BGB Schuldrecht Besonderer Teil, Heidelberg, 2003, S. 141 vd.

³ BÜDENBENDER, S. 625.

⁴ GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, Zürich, 2011, S. 1, PN. 1.



kadar uzanan eser sözleşmesi zaman içinde çeşitli değişimler geçirmiş ve birçok modern kodifikasyonda bağımsız bir sözleşme tipi olarak, iş görme sözleşmeleri içinde düzenlenmiştir.

Halihazırda, eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.470-486, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m.363-379, Alman Medeni Kanunu (BGB) m.631-651 hükümleri arasında düzenlenmiştir.³ Kanunda açık bir düzenlemeye bağlanmış olan sözleşmeler (isimli sözleşmeler) grubunda yer alan eser sözleşmesi hakkındaki hükümlerin Türk Borçlar Kanunu açısından asıl ve dolaylı kaynağı, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu (aOR) olup, bu hükümler küçük değişikliklerle 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'na (OR) da alınmış oradan da iktibas yoluyla Türk hukukuna intikal etmiştir. Neredeyse 140 yıla varan hükümlerin büyük ölçüde ilk şekline bağlı kaldığı ve pek az değişikliğe maruz kaldığı söylenebilir.⁴

³ Bu noktada eser sözleşmesinin İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarındaki düzenleniş tarzında kira ve satış sözleşmesine nazaran dikkat çeken bir farkı özellikle dile getirmekte fayda bulunmaktadır. Satış ve kira sözleşmelerinde mevcut olan ve bu sözleşmelerin genel bölümü diye nitelendirilen kurallar manzumesine tekabül eden bir düzenleme eser sözleşmesinde mevcut değildir. Bununla birlikte kanundaki eser sözleşmesinin esasına tanıluk eden genel kapsamlı bazı hükümleri, satış ve kira sözleşmelerindeki bahsi geçen hükümlere karşılık gelecek biçimde ele alınabilir. Bkz. KOLLER, Alfred, *Schweizerisches Werkvertragsrecht*, Zürich, 2015, S. 14, PN. 34. Bu meulde olmak üzere eser sözleşmesinin genel bölümü şu hükümlerden teşekkül edecektir: Eser kavramının konu edildiği TBK m.470 / OR Art.363; asli ve tali yükümlülüklerin düzenlendiği TBK m.471, 479 vd. / OR Art.364 ve Art.372 ff.; sözleşmenin kuruluşunu düzenleyen TBK m.1 vd., 394 f.2 ve 502 f.3 / OR Art.1 ff., 320 Abs.2 und 394 Abs.3 (analog) ve son olarak TBK m.472 f.3 / OR Art.365 Abs.3. Çalışmada da gerek eser sözleşmesinin genel teorisine ilişkin tartışmalar kapsamında eser kavramı ve mahiyeti hakkındaki tartışmalarda, gerekse bir sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için yürütülecek tartışmalarda genel bölüm olarak addedilen bu maddelere (bilhassa TBK m.470 / OR Art.363; TBK m.471 / OR 364; TBK m.472 / OR 365) gerektiğinde temas edilecektir.

⁴ GAUCH, S. 1, PN. 1 ff. Fakat İsviçre'de zaman zaman OR'nin eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerinin bir revizyona ihtiyacının varlığı tartışılmış, İsviçre Adalet Bakanlığı'nın talebiyle 1979/80 yılında yapılan araştırma çerçevesinde bir anket düzenlenmiş, konuya ilişkin birçok teklife birlikte anketten çıkan baskın eğilim, küllî bir revizyonun reddi yönünde olmuştur. Eser sözleşmesinin ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi, örneğin inşaat sözleşmelerinin kanunda özel olarak düzenlenmesi fikri pek itibar görmemiş ve ciddi itirazlara muhatap olmuştur. GAUCH'a göre söz konusu ankette çıkarılacak en önemli sonuç, eser sözleşmesini merkeze alan küllî bir revizyon çalışması, satış, vekalet gibi, eser sözleşmesine yakın sözleşme tiplerini de etkileyecek ve bu sözleşmelerin de yeniden uyarlanmasını gerektirecektir. Satış, vekalet gibi sözleşmeleri de içine alacak bir küllî revizyon olmadığı sürece, doktrine ve uygulamaya düşen, mevcut hükümler üzerinden bir çözüm üretmektir. Söz konusu anket bağlamında eser sözleşmesindeki mevcut düzenlemelere ilişkin eleştiriler için bkz. SOLONGO, Doris, *Der Softwareherstellungsvertrag*, Zürich, 1991, S. 187 vd.



Başlıktan anlaşılacağı üzere çalışmanın konusu, eser sözleşmesinin ve bilhassa eser teslim sözleşmesinin mahiyetinin belirlenmesi ve bu mahiyetle ilintili olarak diğer sözleşme tiplerinden ayırt edilmesidir.⁷ Fakat, bahsedilen sınırlandırma sorunu çalışmanın ana amacı, en azından tek amacı değildir. Çalışmanın önemli bir kısmında üzerinde durulan eser kavramının sınırlarının çizilmesi ve diğer sözleşme tiplerinden ayırt edilmesi, bir çalışma için başlı başına gaye teşkil edecek kadar teorik önemi haiz olmakla birlikte; eser kavramının sınırlarının çizilmesi ve diğer sözleşme tiplerinden ayırt edilmesi pratik önemini, sınırlandırma sorunlarının arkasında yatan hukuki sonuçlar bahsinde bulmaktadır. Bu pratik önemi basit bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, montaj yükümlülüğü içeren bir sözleşmesinin, satış veya eser olarak tayini, alıcının hakları açısından birtakım roller oynayacaktır. Dolayısıyla hukuki ihtilafa konu sözleşmenin yorum yoluyla niteliğinin belirlenmesi hukuki sonuçları da etkileyen bir süreç olup, sonuç olarak sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi doğuracağı hukuki sonuçlar açısından Türk-İsviçre hukukunda bilhassa Alman hukukunda oldukça mühimdir.⁸

Fakat sözleşmelerin niteliklerinin belirlenmesi somut olayda her zaman düşünüldüğü kadar kolay olmamakta, bu noktada bazen kanunun doğrudan doğruya lafzından bazen de kanunun amacından hareketle geliştirilen bazı kriterlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu minvalde, eser sözleşmesinin, diğer sözleşme tiplerinden ayırt edilmesini sağlamak üzere, geçmişi Roma hukukuna kadar uzanan birtakım kriterler üzerine düşünülmüş, tartışılmış tarihsel süreçte sorunu çözmeye râci bazı yeni kıstaslar teklif edilmiştir. Bu arada bu tartışmalara yön veren bir vakıa olarak, uluslararası satın hukuku ve Avrupa özel hukukundaki bazı gelişmeler, bilhassa tüketicinin korunmasını hedefleyen AB yönergeleri, satış ile eser arasındaki sınırları yeniden belirlemiş, eser sözleşmesi içinde mütalaa edilen birçok sözleşme tipinin satış olarak kabul edilmesine sebebiyet vermiştir.

⁷ Sözleşme tipleri arasında birbirinden ayrılmaz bir alaka, bağ veya ilişki olduğunu savunan bir görüşe göre örneğin satış sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında bir sınır çizmek mümkün değildir. Bkz. DASSER, Felix, Vertragstypenrecht im Wandel: Konsequenzen mangelnder Abgrenzbarkeit der Typen, Zürich, 2000, s. 1 vd., 11.

⁸ Her iki sözleşme tipinin doğuracağı hukuki sonuçların mukayeseli biçimde tahlili için bkz. METZGER, Alex, Der neue §651 BGB -: Primat des Kaufrechts oder restriktive Auslegung? Archiv für die civilistische Praxis, 204. Bd., H. 2, (2004), s. 231-263, 231; EMMERICH, (2003), S. 113, PN. 5.



Çalışmanın önemli motivasyonlarından birisinin Alman hukukunu da etkileyen bu gelişmeler olduğuna öncelikle işaret edilmelidir. Avrupa Birliği mevzuatına uyum kapsamında gerçekleştirilen ve Alman borçlar hukukunda köklü birtakım değişiklikler meydana getiren 2002 reformu, satış sözleşmesi-eser sözleşmesi ayrımını önemli ölçüde değiştirmiş bulunmaktadır.⁹ Örneğin, malzemenin de yüklenici tarafından temin edildiği bir eser üretimini konu alan sözleşmeyi ifade eden eser teslim sözleşmeleri gerek milletlerarası satım hukukunda gerekse Avrupa Birliği Tüketici Yönergesi'nde, satış hükümlerine tabi tutulmuş, bu ana eğilimi takip eden Alman Medeni Kanunu (BGB) da eser teslim sözleşmelerini satış hükümlerine tabi kılmak suretiyle eser sözleşmesinin tatbik sahasını, satış lehine daraltmıştır.¹⁰ Hatta reform sonrası Alman hukukunda yalnızca eser teslim sözleşmesi değil, malzemenin iş sahibi tarafından temin edildiği taşınır bir eşyanın üretimini konu alan sözleşmeler dahi hukuki sonuçlardaki küçük bir sapmayla (BGB §651 S. 2), satış sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir.¹¹

Öte yandan geçmişten bu yana, Türk hukukunda da eser sözleşmesinin diğer sözleşme tiplerinden ayırt edilmesi, sözleşmeler hukukundaki önemli tartışma konularından birisini oluşturmaktadır. İsviçre hukukunda da tartışmanın sıcaklığını sürekli koruduğu, hatta son yıllarda eser kavramını maddi neticelere indirgeyen görüşlerin yeniden savunulmaya başlandığı düşünüldüğünde, uluslararası sözleşme hukukundaki eğilimlerin etkisiyle ciddi bir revizyona uğrayan Alman Medeni Kanunu (BGB) ışığında, Türk-İsviçre hukukundaki, gerek eser kavramı üzerinde gerekse eser sözleşmesinin diğer sözleşme tiplerinden ayırt edilmesine dair kıstaslar üzerinde yürütülen tartışmaların yeniden ele alınması ve müzakere edilmesi zarureti doğmuştur. Bu zarurete binaen, bu çalışmayla hedeflenen amaç, eser kavramının ve eser sözleşmesinin muhtevasını da belirleyen ayırt edici kıstasların, bahsi geçen gelişmeler ışığında yeniden tartışmak ve mukayese etmek ve Türk hukuku açısından olması gereken hukuka dair bazı öneriler sunmaktır.

⁹ METZGER, S. 231; 2002 reformu sonrası genel olarak eser sözleşmesine dair değişiklikler için bkz. SCHUDNAGIES, Jörg, Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, S. 396-400.

¹⁰ METZGER, S. 231. Bununla birlikte, Alman hukukunda BGB §651'i dar yorumlama yönünde bir eğilim bulunmaktadır.

¹¹ GURSKY, Karl-Heinz, Schuldrecht Besonderer Teil, Heidelberg, 2005, S. 138; MUSIELAK, Hans-Joachim, Grundkurs BGB, München, 2007, S. 360, PN. 671.



II. Eser Sözleşmesinin Bir Sözleşme Tipi Olarak Tarihsel Gelişimi

A. Roma Hukuku

İstisna akdi veya yeni adıyla eser sözleşmesi Roma hukukunda hem klasik dönemde hem Corpus Iuris Civilis'te "*locatio conductio*" başlığı altında ele alınmıştır.¹² Zikredilen kavram eser ("*locatio conductio operis*"), hasılat kirası veya kira (*locatio conductio rei*) ve hizmet sözleşmeleri (*locatio conductio operarum*) için bir üst kavram olarak kullanılmakta olup, her üç sözleşme tipinde de satışta olduğu gibi karşı edim için paradan ibaret bir bedel/ücret borçlanılmaktadır.¹³ Yüklenici "*conductor*" veya "*redemptor operis*", iş sahibi "*locator*", eser ise "*opus*" olarak isimlendirilmektedir.¹⁴

Bir kimşenin eteğinin yamanması, bir eşyanın temizlenmesi, eşyanın veya insanların taşınması,¹⁵ kölelerin eğitilmesi¹⁶ veya bir binanın dikilmesi gibi bir iş neticesinin veya bir eserin tamamlanmasının (*corpus aliquod perfectum*)¹⁷

¹² KARADENİZ, Özcan, Justinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara, 1976 (passim); BIRR, Christinae, S. 1396, PN. 108 in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III; Schuldrecht, Besonderer Teil, 1. Teilband: vor §433 - §656, 2. Teilband: §§657-853 (Hrsg.) SCHMOECKEL, Mathias / RÜCKERT, Joachim / ZIMMERMANN, Reinhard, Tübingen, 2013.

¹³ MAYER-MALY, Theo, Locatio Conductio, Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, Wien, 1956, S. 17 vd.; VON CZYHLARZ, Karl Riter, NICOLÒ, Marian San, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, Wien, 1933, S. 242; KASER, Max / KNÜTEL, Rolf, Römisches Privatrecht, München, 2005, S. 219; KRELLER, Hans, Römisches Recht II: Grundlehren des gemeinen Rechts. Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht, Wien, 1950, S. 356; WEISS, Egon, Institutionen des römischen Privatrechts: als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart, Basel, 1949, S. 372; CANAVCI, Mehmet Ali, Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akdi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 16; SOMER, Pervin, Roma Hukukunda İstisna Akdi [Locatio Conductio Operis], İstanbul, 2008, s. 9; KAYAK, Sevgi, Roma Hukukunda Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığının Hükümleri ve Türk Hukukuna Etkileyen Yönleri, DEÜHFD., C. 20, S. 2, Y. 2018, s. 241; WENDEHORST, Christina, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht Archiv für die civilistische Praxis, 206. Bd., H. 2/3 (2006), S. 205-299, 215; BIRR, S. 1396, PN. 108; TAHIROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2014, s. 225; RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1969, s. 116; KOCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1971, s. 235; AKINCI, Şahin, Roma Borçlar Hukuku, Konya, 2018, s. 142 vd.; ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2011, s. 88 vd.

¹⁴ VON CZYHLARZ / NICOLÒ, S. 245.

¹⁵ Deniz yoluyla yapılan taşımacılar için bkz. VON CZYHLARZ / NICOLÒ, S. 246; BERKİ, Şakir, Roma Hukuku, Ankara, 1949, s. 291; WEISS, S. 378; KASER / KNÜTEL, S. 225.

¹⁶ BÜRGE, Alfons, Römisches Privatrecht: Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung: eine Einführung, Darmstadt, 1999, S. 148; BIRR, S. 1396, PN. 108.

¹⁷ WEISS, S. 377.



veya bir işin vücuda getirilmesinin¹⁸ borçlanıldığı sözleşme *locatio conductio operis* olarak isimlendirilmektedir.¹⁹ Bu noktada bilhassa vurgulanması gereken husus, sözleşmede borçlanılan edimin muhakkak maddi nitelikte olması gerekmediğidir. Teknik, sanatsal, bilimsel nitelikteki manevi edimler de eser sözleşmesi hükümlerine tabidir.²⁰

Roma hukukunda eser sözleşmesinin satış sözleşmesinden ayırt edilmesi, ürününün meydana getirildiği ana malzemenin kim tarafından temin edildiğine göre tayin edilmektedir. Ürün şayet kendisine sipariş verilen yüklenici tarafından temin ediliyorsa satış (*emptio venditio*), buna karşın sipariş veren iş sahibi tarafından temin ediliyorsa eser sözleşmesi (*locatio conductio*) söz konusu olmaktadır.²¹ Sipariş veren iş sahibinin arazisindeki yapı üzerinde gerçekleştirilecek inşaa faaliyetleri ise, üst araziye tabi olur kuralı (*superficies solo cedit*) gereği,²² daima eser sözleşmesi olarak nitelendirilmekte olup, bu halde inşaa malzemelerinin yüklenici tarafından sağlanması sözleşmenin eser olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmemektedir.²³ Şu durumda Roma hukukun-

¹⁸ HONIG, Richard, Roma Hukuku (Tercüme eden: Dr. Şemsettin Talip), İstanbul, 1938, s. 263.

¹⁹ VON CZYHLARZ / NICOLÒ, S. 245; KASER / KNÜTEL, S. 226.

²⁰ DERNBURG, Heinrich / SOKOLOWSKI, Paul (Bearbeitung), System des Römischen Rechts der Pandekten - Erster Teil, Berlin, 1912, S. 789.

²¹ Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) ve Fransız Medeni Kanunu (CC), Roma hukukundaki çözüm tarzına takip etmiş ve malzemeyi kimin temin ettiği sorumuna odaklanmıştır (§1165 ABGB, CC Art.1711). Bununla birlikte Code Civil bir başka maddede (Art.1787) malzemeyi yüklenicinin temin ettiği durumda, eser sözleşmesinin mevcut olabileceğini ifade etmiştir. Bugün sorun her iki hukuk sisteminde ve İtalyan hukukunda, sözleşmenin sıklet merkezinin hangi edim olduğuna göre çözümlenmektedir. Alman hukuku (BGB §651) ise ilerde değinileceği üzere eser teslim sözleşmesini kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinin unsurlarının bir araya getirildiği karma bir sözleşme tipi olarak düzenlemiştir. Buna karşın bazı hukuk sistemleri ise eser teslim sözleşmesini doğrudan doğruya ya satış içinde (örneğin İskandinav Satış Yasası) ya da eser sözleşmesi içinde (örneğin İsviçre Borçlar Kanunu) düzenlemiştir. Sorunun mukayeseli olarak ele alındığı önemli bir çalışma için bkz. RIEZLER, Erwin, Der Werkvertrag in Rechtsvergleichender Darstellung, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 17. Jahrg., H. 4 (1952), S. 522-577, 572 vd.; GRAUE, Eugen Dietrich, Der Liefervertrag mit Montageverpflichtung, Archiv für die civilistische Praxis, 163. Bd., H. 4 (1964), S. 401-416, 403; Roma hukukundaki düzenleniş tarzı için bkz. DERNBURG / SOKOLOWSKI, S. 789; BIRR, S. 1396, PN, 111; DI MARZO, Salvatore, Roma Hukuku (Beşinci Tab'ından çeviren, Dr. Ziya UMUR), İstanbul, 1954, s. 397; BERKİ, s. 291; WEISS, S. 378; TAHİROĞLU, s. 234; KAYAK, s. 251.

²² GÜNAL, Nadi, Roma Hukukunda Üst Haklı (Superficies), AÜHFD., C. 47, S. 1-4, Y. 1998, s. 107-118.

²³ RODORFF, Christian Die Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag, Baden-Baden, 2011, S. 55. BIRR, S. 1396, PN, 111; DI MARZO, s. 397; BUCKLAND'a göre ev yapımının istisna olarak sayılmasının nedeni, yapılan işin bir arazi üzerine yapılması, verilen bir şey olmamasıdır, Aktaran: CANAVCI, s. 24.



daki hâkim telakkiye göre, örneğin kuyumcuyla yapılan anlaşmada, kuyumcu ile muayyen ağırlık ve biçimde yüzükler yapılması kararlaştırılmışsa, altının kuyumcu tarafından temin edilmesi kaydıyla söz konusu sözleşme satım olarak kabul edilmekte, aksi takdirde eser olarak görülmekteydi (Inst. 3, 24, 4).²⁴

Bugün olduğu gibi, Roma hukukunda da eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesinin birbirinden ayrılması güçlük arz etmektedir.²⁵ Hizmet sözleşmesinden farklı olarak, l.c. operis'te mühim olan "*muayyen bir müddet için çalışmak*" değil, bilakis "*muayyen bir işin*" vücuda getirilmesidir.²⁶ Diğer bir deyişle bir sonuç borçlanılmaktadır.²⁷ Yine hizmet sözleşmesinden farklı olarak, ücret ancak bütün iş yapıp tamamlandığı zaman istenebilir.²⁸ Hizmet sözleşmesinden bir diğer farkı ise, bir neticeyi meydana getirmek hususunda borçlanan conductor "*Patrona bağlanmış olmaz, yani onun yanında hizmet etmekle iş görmekle, mükellef olmaz*".²⁹ Son olarak, eser sözleşmesinde iş başkasına da yaptırılabilirken, hizmet sözleşmesinde işçinin işi bizzat yürütmesi gerekmektedir.³⁰

L.c. operis'in vekalet (mandatum) ve vedia (depositum) aktinden farkı ise bilhassa ücret noktasında ortaya çıkmaktadır.³¹ Malın saklanması bir ücret karşılığında ise istisna, ücretsiz ise vedia sözleşmesi söz konusu olacaktır. Aynı şekilde, elbisenin temizlenmesi bir ücret mukabilinde ise eser, ücretsiz yapıyorsa sözleşme vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.³²

²⁴ MAYER-MALY, Theo, Römische Privatrecht, Wien, 1991, S. 120; IUSTINIANUS, INSTITUTIONES (Türkçe Metin, Ziya UMUR), İstanbul, 1955; Ayrıca bkz. UMUR, Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul, 1983, *locatio conductio operis* maddesi, s. 127; RADO, Türkân, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1969, s. 125; KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, Modern Hukuk Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1971, s. 238.

²⁵ HAUSMANINGER, Herbert / SELB, Walter, Römische Privatrecht, Wien, 1997, s. 325; SEIDL, Erwin, Römische Privatrecht, Köln, 1963, S. 173.

²⁶ HONIG, s. 266; Krş. HAUSMANINGER / SELB, S. 325.

²⁷ JÖRS, Paul / KUNKEL, Wolfgang, Römische Privatrecht, Berlin, 1935, S. 239; MAYER-MALY, S. 120.

²⁸ HONIG, s. 266; KRELLER, S. 362.

²⁹ HONIG, s. 266; WEISS, S. 377; SOHM, Rudolph, Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrechts, (bearbeitet von LUDWIG, Mitteis), Berlin, 1949, S. 432; SOMER, s. 51.

³⁰ RADO, s. 123.

³¹ SAVAŞ, Abdurrahman, Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi, SÜHFD., C. 8, S. 1-2, Y. 2000, (Milenyum Armağanı), s. 583-613, 587.

³² CANAVCI, s. 45, 52.



Institutiones'te geçen şu paragraf durumu özetler niteliktedir: "*Nihayet şunu bilmen lazımdır ki, vekalet ücretsiz olmalıdır, yoksa başka bir muamele haline gelir: zira eğer ücret varsa locatio ve conductio olur. Umumiyetle söylemek istersek, ücretsiz bir işin yapılması deruhte edilen bütün vekalet ve vedia hallerinde, bir ücret ithal edilecek olursa, locatio ve conductio akd olduğu anlaşılır. Binaenaleyh bir kimse bir temizlikçiye, temizlemesi ve düzeltmesi için veya terziye tamir etmesi için, ücret vermeden veya ücret vaat-etmeden elbiseler verirse, actio mandati doğmuş olur*".³³

Sonuç olarak Roma hukukunda "*locatio conductio*", bu başlık altında ele alınan her bir sözleşmedeki edimlerin karakteristik vasıflarından hareketle oluşturulmuş bir sözleşme tipi değildir. Bilakis, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, "*emptio venditio*" (satış) dışındaki geriye kalan sözleşmeleri birleştiren bir kategori veya üst başlıktır.³⁴ Son olarak "*locatio conductio*" modeli ile alakalı günümüzde oldukça aktüel olan Avrupa sözleşme hukukunu ilgilendiren önemli bir tespit olarak şu husus belirtilmelidir. Halihazırda Avrupa tüketici ve ekonomi hukukunda ve çerçeve metinlerde (PEL SC, DCFR) birden fazla sözleşme tipini içine alacak biçimde kullanılan hizmet sözleşmeleri kavramı (service contracts, Dienstleistungsverträge), *locatio conductio* kavramıyla muhteva itibarıyla şaşırtıcı bir benzerlik taşımaktadır.³⁵ Ancak Avrupa sözleşme hukukundaki çerçeve metinler (DCFR) Alman hukukundaki eser-hizmet veya Türk-İsviçre hukukundaki eser-vekalet düalizmine dayanan sert ayrımı aşmış ve "*Hizmet Sözleşmeleri*" modeliyle Roma hukuku konseptine yaklaşmış olsa da DCFR alt ayrımlarında, her bir sözleşme için ayrıntılı kurallar sevk etmektedir.³⁶

B. Türk Hukuku

1876 tarihli Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, 1839 yılında Tanzimat ile başlayan modernleşme sürecinde eser sözleşmesine ilişkin ilk kanuni düzenlemelerin yapıldığı kodifikasyon olarak kabul edilebilir. Eser sözleşmesinin Türk hukuk tarihindeki gelişimini izah sadedinde sıklıkla eski Borçlar Kanunu'nda kullanılan istisna kelimesinden hareketle Mecelle'nin 124'üncü maddesine

³³ IUSTINIANUS, INSTITUTIONES, 3, 26, 13. Orijinal metin için bkz. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/corpusjuriv.htm> E.T. 23.01.2019.

³⁴ WENDEHORST, S. 215.

³⁵ WENDEHORST, S. 216; BIRR, S. 1396, PN. 175.

³⁶ BIRR, S. 1396, PN. 175.



atıfta bulunmaktadır. Mecellenin 124. maddesinde istisna olarak isimlendirilen sözleşme şu şekilde tanımlanmıştır. “İstisna; bir şeyi yapmak üzere ehl-i san’at ile akd-i mukâvele etmektir ki, yapana [sânî] ve yaptırana [mustasni] ve yapılan şeye masnû’ denilir”.³⁷

Mecelle’ye ilişkin en önemli şerhin sahibi Ali Haydar Efendi, söz konusu maddenin şerhinde, akdin istisna olarak kabul edilebilmesi için, “amel ve ayn ikisi de sâni’den olur” ifadesiyle, eseri meydana getirecek fiilin ve eserin meydana getirilmesi için lüzumlu malzemenin veya eşyanın temininin yüklenici tarafından üstlenilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁸ Örneğin bir palto imali için gerekli bütün malzemenin bizzat terzi tarafından temin edildiği durumda, yapılan sözleşmenin istisna akdi olacağını ifade etmiştir.³⁹ Bugün eser diye isimlendirilen sözleşmenin en temel vasfının, eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi olduğu dikkate alındığında, Türk Borçlar Kanunu’nda bugün eser olarak isimlendirdiğimiz fakat eski Borçlar Kanunu’nda istisna olarak isimlendirilen sözleşme ile Mecelle’de istisna olarak isimlendirilen sözleşmenin aynı olmadığı anlaşılabacaktır.

Konuyu ilgilendiren diğer bir madde olan m.388’de ise malzemenin eseri meydana getiren kişi tarafından verilerek bir şey yapılması (bugün eser teslim sözleşmesi⁴⁰ veya eser teslimi sözleşmesi⁴¹ olarak nitelendirilen sözleşme tipi) satışın bir türü olarak kabul edilmiştir.⁴² “Mesela müşteri pabuççuya ayağını göstererek filan nevi sahtiyandan (kösele deri) bana bir çift papuç yap de-

³⁷ Mecelle’de istisna kelimesinin geçtiği maddeler için bkz. ORPİLYAN, Serkiz, Miftâhu’l Mecelle, İstanbul, 1299, s. 60; Mecellenin tam metni için bkz. AKGÜNDÜZ, Ahmet, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Mecelle Ta’dilleri ve Gerekçeleriyle Birlikte), İstanbul, 2013. Mecellenin Osmanlıca metninin transliterasyonu konusunda maalesef bir birlik mevcut değildir. Bu sebeple bazı kelimelerin farklı yazılması yadırganmamalıdır. İstisna akdinin öz bir anlamı için bkz. ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara, 1958, s. 164;

³⁸ HOCAEMİNEFENDİZEDE, Ali Haydar Efendi, Dürerü’l-Hukûm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm 1. Cilt, (Osmanlıca aslından çeviren, Raşit Gündoğdu-Osman Erdem), İstanbul, tarihsiz, s. 142. İstisna akdinin İslam hukukundaki meşruiyeti hususunda bkz. BÜYÜK Haydar Efendi, Usûl-i Fıkıh Dersleri, İstanbul, Matbaa-i Âmiri, 1908, (Ders notunu tutan ve yayına hazırlayan: Hacı Adil), s. 405; Aynı Şekilde ATIF Bey, istisna akdinin meşruiyetini şu şekilde gerekçelendirmiştir. “...her ne kadar ma’dûm-ı bey’ hâlin (se de illiyde-ı nâs’a binâen istisna alâ hilâfı) kıyas teevvîz edilmiştir.” Bkz. ATIF Bey, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerh-i Kitabü’l-Büyû, İstanbul, 1318, s. 15.

³⁹ HOCAEMİNEFENDİZEDE, s. 142.

⁴⁰ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2017, s. 617.

⁴¹ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, II. Cilt, İstanbul, 2010, s. 106.

⁴² HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Roma / ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s. 347 vd.



yup o dahi kabul etse yahut marangoz ile evsafi lazımesini beyan ederek bir kayak yahut gemi yapmak üzere pazarlık etse istisna münakid olur.” Malzemenin yaptırılan tarafından temin edildiği durumda ise Mecelle m.421’e atıfla söz konusu akdin icare akdi olacağı ifade edilmiştir.⁴³ Buna göre malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği durumlarda satışın alt bir türü olarak eser teslim sözleşmesi anlamında istisna, malzemenin iş sahibi tarafından verildiği durumlarda ise kira niteliği görülmektedir (icare-i âdemi=hizmet sözleşmesi Mecelle m.562 vd.).⁴⁴ Bu durumda kumaşın iş sahibi tarafından terziye verilerek bir bedel mukabilinde diktirilmesi icare olarak kabul edilmektedir.⁴⁵

Bu noktada icare akdine de kısaca değinilmelidir. Bugün kira akdine karşılık gelen fakat çok daha geniş bir anlamı olan icare akdinde kiraya mevzu olan şey menfaattir (Mecelle m.420).⁴⁶ Sözleşmenin konusu olan menfaat ise, at, ev, kitap, buğday gibi mevcut, muayyen, müşahhas bir eşya olabileceği gibi, insan emeği veya çalışması şeklinde tezahür eden bir menfaat de olabilir.” Bu itibarla icare akdinin ikiye ayrıldığı söylenebilir (Mecelle m.421).⁴⁷ Ayn-ı mecûr veya ayn-ı müstecir olarak isimlendirilen ilk kısım da kendi içinde tekrar, üçe ayrılmaktadır. Birincisi akar olarak isimlendirilen bir taşınmazın kiralınması, ikincisi altın, gümüş (nakit) ve hayvan dışındaki eşyayı ifade eden ve araz olarak isimlendirilen kitap elbise gibi eşyanın kiralınması, üçüncüsü ise hayvanatın kiralınmasıdır (Mecelle m.421).⁴⁸ Konuyu ilgilendiren, bir insan emeğinin kiralınması ise modern anlamdaki hizmet ve eser sözleşmesini içine alacak biçimde ele alınmıştır.” Menfaatini kiraya veren şahsa ya da eski tabirle mecûr olan şahsa ecir denmekte bu da bir işçinin istihdamı şeklinde olabileceği gibi (hizmet sözleşmesi), örneğin kumaşı vererek terziye kumaş diktirmek gibi bir sanat ehlinin isticarı (eser sözleşmesi) şeklinde de olabilmektedir. Fakat konuyu anlaşılır kılma adına modern hukuktaki kavramlara yapılan yollamalar yanıltıcı olabilir.

⁴³ ATIF Bey, s. 15; ANSAY, s. 164;

⁴⁴ ANSAY, s. 164, 170; ÇALIŞKAN, İbrahim, İstisna’ Akdinin Mahiyeti ve Unsurları, AÜİFD., C. 31, S. 1, Y. 1990, s. 350; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 347.

⁴⁵ BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukukî İslamiyye ve İstalahatı Fıkhiyye Kamusu, Cilt 6, s. 117, İstanbul, Tarihsiz.

⁴⁶ BİLMEN, s. 160; ANSAY, s. 165.

⁴⁷ BİLMEN, s. 160.

⁴⁸ ANSAY, s. 166.

⁴⁹ BİLMEN, s. 160; ANSAY, s. 166.

⁵⁰ ANSAY, s. 170.



Öncelikle “İnsanların çalışmalarından ibaret olan menfaatler üzerine yapılan icâreler”¹¹ kiralanan şahsın yani ecir-in durumu dikkate alınarak bir tasnife tabi tutulmaktadır (Mecelle m.422). Buna göre ecir-in sözleşmede taahhüt olunan süre içinde bir başkası için iş yapmadığı, sözleşmeyle hedeflenen menfaati yalnız müstecire tahsis ettiği, yükümlülüğünün kira süresi içinde iş için hazır bulunmak olduğu durumda ecir-i hâss söz konusu olmaktadır. Ecir-i hâssın bil-fi’îl işlemesi şart değildir. (Mecelle m.425). Buna mukabil ecir-in emeğini birden fazla şahsa tahsis edebilmesi mümkün ise ve ücrete yalnızca kira süresi içinde orada bulunmak suretiyle değil de ancak amel ile örneğin elbisenin dikilmesiyle müstahak oluyorsa ecir-i müşterek olarak isimlendirilmektedir (Mecelle m.424).¹² Görüldüğü üzere, ecir-i müşterek ile ecir-i hass arasında iki temel fark ön plana çıkmaktadır. Birincisi kiralayana bağlılık, ikincisi ise ecir-in yükümlülüğün muhtevası. Ecir-i hassta ecir emeğini sadece kiralayana tahsis etmişken, ecir-i müşterekte ecir emeğini serbest biçimde başka kimselere de kiralayabilmektedir. Diğer bir fark ise ecir-i hâssın yükümlülüğü noktasında olup, ecir-in kira müddetinde kendisine verilecek işi yapmaya hazır bulunması kâfi iken, ecir-i müşterekte ecir-in ücrete hak kazanması ancak bir amelin ortaya konması ile mümkündür.¹³

Bahsedilen ayrımlar esasen modern hukuktaki eser-hizmet ayrımındaki birtakım ölçütlere uzak değilse de konuyu izah sadedinde verilen örnekler, ecir-i müşterek-ecir-i hâss ayrımının modern hukuktaki eser-hizmet ayrımına karşılık gelmediğini göstermektedir.¹⁴

Zira ecir-i hâssda örnek verilen bina yapmak üzere tutulan usta ile yapılan sözleşme modern anlamda eser sözleşmesine karşılık gelirken ecir-i hâss içinde zikredilmiştir.¹⁵ Netice itibarıyla emeğin kiraya verildiği durumlarda İslam hukukunun ve Mecelle’nin hareket noktası daha ziyade kiralayana bağlılık ölçütü olup, bu ölçüt modern hukukta eser sözleşmesi içinde mütalaa edilecek

¹¹ BİLMEN, s. 160.

¹² BİLMEN, s. 161.

¹³ BİLMEN, s. 161.

¹⁴ OBERAUER, Norbert, *Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrechts*, Würzburg, 2017, S. 55 ff. Bu vesileyle ifade edilmelidir ki, İslam hukukundaki istisna alıdi bugünkü deyişle eser teslim sözleşmesi Batıda İslam hukuku hususunda çalışanların özel bir ilgisine mazhar olmuştur. PRITSCH, Erich / SPIES, Otto, *Der islamische Werklieferungsvertrag nach al-Kâsbnl.*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd- 56/1953, S. 47-75; WICHARD, Johannes Christian: *Zwischen Markt und Moschee wirtschaftliche Bedürfnisse und religiöse Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht*, München, 1995, S. 237 ff.

¹⁵ BİLMEN, s. 161.



bir sözleşmenin duruma göre ecir-i müşterek veya ecir-i hâss içinde tasnif edilmesine sebebiyet verebilecektir. Sonuç olarak eski Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ve bugün eser sözleşmesinin karşılığı olarak kullanılan istisna kelimesiyle, Mecelle'de düzenlenen ve satışın bir alt tipi kabul edilen bugün eser teslim sözleşmesine karşılık gelen istisna farklı kavramlardır.

Eser teslim sözleşmesi (*Werklieferungsvertrag*) kavramına karşılık gelen istisna kelimesi, İsviçre Borçlar Kanunu tercüme edilirken bugünkü anlamda, eser kavramını da içine alacak biçimde kullanılmıştır. Dolayısıyla Türk hukuk doktrininde eser sözleşmesi işlenirken, sözleşmenin tarihsel gelişimini izah ve mukayese amacıyla Mecelle'deki istisna akdine yapılan atıflar⁵⁶ tamamen yanlış değilse bile kavramlarla kast edilen tip ve fonksiyonel denklik dikkate alındığında isabetli değildir. BİLMEN'in ifadesiyle "*Bir kimse, sanat sahiplerinden birine "Benim için şu kadar kuruşa şöyle bir şey yap" deyip o da kabul etse aralarında istisna' suretiyle bir satış muamelesi mün'akit olur".*"⁵⁷

Sonuç olarak İslam hukukunda ve Mecelle'nin düzenleyiş tarzında malzemenin de iş sahibi tarafından temin edildiği sözleşmeyi ifade etmek üzere kullanılan istisna akdi satış akdinin bir alt tipi olarak değerlendirilmiştir. Zaten doktrinde istisna akdine ilişkin hususların işlendiği bölümlerde istisna akdinin bilhassa peşin para veya mal karşılığında veresiye mal almayı ifade eden selem akdi⁵⁸ ile olan münasebetine ve farkına değinilmiştir.⁵⁹ Öte yandan bugün eser sözleşmesi olarak kabul edilen birçok örnek İslam hukuk literatüründe icare akdinin örnekleri içinde zikredilmektedir. Bir sonuç cümlesi olarak eser sözleşmesinin Mecelle içinde bağımsız bir sözleşme olarak düzenlenmediği, eser teslim sözleşmesinin ise satışın bir alt türü olarak düzenlendiği söylenebilir.⁶⁰

⁵⁶ ERGÜNEY, Hilmi, *Türk Hukukunda Lügat ve Istılahlar*, İstanbul, 1973, s. 238, istisnâ' maddesi: Aynı şekilde ÇALIŞKAN, s. 347 vd.

⁵⁷ BİLMEN, s. 117.

⁵⁸ BİLMEN, s. 111.

⁵⁹ BİLMEN, s. 117-118.

⁶⁰ Burada ilgi çekici bir örnek olarak İslam hukukundaki bir başka kanunlaştırmaya hareketine kısaca işaret edilmelidir. 19. yy.'da Osmanlı Devleti'nde batılılaşmanın etkisiyle ortaya çıkan kanunlaştırmaya çalışmalar ve tartışmalar benzer biçimde Mısır'da da ortaya çıkmış, siyasi olarak Osmanlı'ya bağımlı olmak istemeyen ve bu sebeple Mecelle'yi uygulamayan Mısır hükümeti eliyle farklı çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar içinde borçlar hukuku ve eşya hukuku üzerine yapılan en kıymetli tasarıklardan birisi, Anadolu göçmeni bir babanın oğlu olan Kadri Paşa tarafından hazırlanan "*Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-İslâm fi'l-mu'âmelâti'l-ş-şer'iyye 'alâ mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân*" isimli çalışmadır. Söz konusu taslak ilk olarak Kadri Paşa'nın ölümü sonrasında Mısır Matrik Vekaletince basılmış sonrasında farklı tarih-



Kavramın tarihsel gelişimi bağlamında Osmanlı hukukçularının kavramla olan münasebeti yalnız Mecelle'nin hazırlanması süreciyle sınırlı kalmamış, batılılaşma sürecinin bir uzantısı olarak Batıdan bir takım kanun metinleri Mecelle yürürlükte olmasına rağmen tercüme edilmiştir. Mecellenin kabulünü takip eden yıllarda, Batı'daki üç temel kodifikasyon, yani Fransız Medeni Kanunu (Code Civile), Alman Medeni Kanunu (BGB) ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) farklı tarihlerde Türkçe'ye tercüme edilmiştir. Bugün eser sözleşmesi olarak isimlendirilen sözleşmenin Türkçe'ye tercümesinde farklı kelimeler kullanılmıştır. Söz konusu tercümeler incelendiğinde, eser sözleşmesi, 1885/86 (1303) tarihli Fransa Medeni Kanunu'nun Türkçe çevirisinin ilgili maddesinin tercümesinde "*bir amelin ifası*" (Art.1787 CC);⁶⁰ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1913/14 (1332) tarihli ilk tercümesinde "*akd-i istisna*" başlığıyla "*bir şeyi yapmayı deruhte ve tekabbül*" (Art.363 OR);⁶¹ Alman Medeni Kanunu'nun 1915/16 (1334) tarihli tercümesinde "*akd-i amel*" başlığıyla "*ma'kûdun aleyh olan ameli ifaya*" şeklinde farklı kelimelerle karşılık bulmuştur.⁶² Gerek OR'nin Almanca metninde gerekse BGB'de geçen "*Werk*" kelimesi eBK'da istisna, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda ise eser olarak çevrilmiştir. "*Werk*" kelimesinin sözlük anlamına bakıldığında, kelimeye Almanca-Türkçe sözlüklerde farklı karşılıklar verilmiştir.

lerde tekrar basılmıştır. (Bkz. ŞENTOP, Mustafa, "MÜRŞİDÜ'L-HAYRÂN", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mursidul-hayran> (E. T. 27.08.2018). Söz konusu metnin yakın tarihte Almanca olarak yayımlanan tercümesi için bkz. Islamisches Zivilrecht der hanafitischen Lehre, Die zivilrechtliche Kodifikation des Qadrî Pâshâ, Leipziger Beiträge zur Orientforschung, übersetzt von Hans-Georg Ebert und Assem Hefny, Frankfurt am Main, 2013. Ortak hukukta da eser teslim sözleşmesinin sanığın bir türü olarak görüldüğü daha önce ifade edilmişti. Ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ, s. 997; Mecelle'de iş sözleşmelerine dair öz bilgi için bkz. AYKANAT, Mehmet, Mecelle'de İş Sözleşmesi, Akademik Bakış Dergisi, S. 47, Y. Ocak - Şubat 2015, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, s. 53-62.

⁶⁰ Kod sivil, yani, Fransa Kanun-u Medenisi yahut Hukuk-u Âdiye Kanunnâmesi (Mütercimî: Nazaret Hilmi), İstanbul, 1303 [1885/1886], s. 474. Söz konusu eserin isminde bizim tercümenin kapak başlığına istinaden "*hukuk-u âdiye*" diye çevirdiğimiz Osmanlıca kelime, bazı ulusal ve uluslararası kataloglarda "*hukuk-u adliye*" diye geçmektedir. Osmanlı hukukunda, Roma hukukuna dayanan ve bugün yaygın olan kamu hukuku-özel hukuk ayırımından bahsedilemez ise de buradaki âdi kelimesi ceza hukukunun karşısı olarak medeni hukuk anlamında kullanılıyor olmalıdır.

⁶¹ İsviçre Kânûnnâme-i Medenisinin Kısım-ı Sâni-i Müttemmim Olan Duyûnât Kânûnu, İstanbul, 1332, s. 99. Söz konusu tercümenin üzerinde tercümenin kim tarafından yapıldığına dair bir bilgi bulunmamaktadır. Fakat İsviçre Medeni Kanunu daha önce Nazaret Haçiryan tarafından tercüme edilmiş ve bu tercüme bir girişle birlikte Ceride-i Adliye'de yayımlanmıştır. Bkz. KARAYALÇIN, Yaşar / MUMCU, Ahmet, TÜRK HUKUK BİBLİYOGRAFYASI, 1727-1928, Ankara, 1972, s. 259. Söz konusu tercüme de aynı kişi tarafından yapılmış olmalıdır.

⁶² Alman kanun-ı medenisi tercümesi, İstanbul, 1334, s. 142.



Davran / Denker tarafından hazırlanan Almanca-Türkçe Lügat'ta "*Werk*" kelimesi için Türkçe'de şu karşılıklar öngörülmüştür. 1. *Eser; (Arbeit manasında) amel; (Verrichtung manasına) teşebbüs; (Erzeugnis manasına) mahsul, mûmul* 2. *Teknik mekanizma, alet, cihaz*.⁶⁴

Fransızca metinde ise eser sözleşmesinin karşılığı olarak "*Le contrat d'entreprise*" ve "*ouvrage*" kelimeleri geçmektedir. Şemsettin SÂMÎ *entreprise (n.f.) ifadesi için: Teşebbüs; taahhüt, iltizam; ouvrage (n.m.) ifadesi için ise: iş, amel, kar; netice, bir sanatkârın veya amelenin işlediği şey, mâmulat, masnûat, telif, tasnif, eser, karşılıklarını uygun görmüştür*.⁶⁵

Nihayet 1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninden yapılan resmi tercümesinde "*istisna akdi*" başlığı altında "*bir şey imalini iltizam*" etmek tabiri (eBK m.355) tercih edilmiştir.

Eski Borçlar Kanunu döneminde kavrama ilişkin tartışmalar devam etmiş, bu tartışmalar kapsamında "*Werk*" kelimesinin karşılığı olarak şey kelimesinin yerine eser,⁶⁶ istisna akdi için ise eser sözleşmesi kavramı teklif edilmiştir.⁶⁷ Ancak söz konusu kavrama, fikir ve sanat eserleri hukukundaki eser kavramıyla bir karışıklığa mahal vereceği endişesiyle haklı olarak itiraz edilmiştir.⁶⁸ Fakat bu haklı itiraza rağmen, yeni kanunun kabulüne kadar olan süreçte eser kavramının kullanımı yaygınlık kazanmıştır.

Son olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda istisna akdi kavramı "*eser sözleşmesi*" ile, "*bir şey imalini iltizam*" ifadesi ise "*bir eser meydana getirmeyi [...] üstlenmek*" ibaresiyle değiştirilmiştir (TBK m.470).⁶⁹

⁶⁴ Bkz. Almanca -Türkçe Büyük Lügat Großes Deutsch -Türkisches Wörterbuch A-Z, Haz. DENKER, Arif, Cemil / DAVRAN, Bülent, İstanbul, 1973.

⁶⁵ Bkz. Resimli Kâmus-ı Fransêvî, Fransızca'dan Türkçe'ye Lügat Kitabı, Dictionnaire Français-Turc Illustré, Dördüncü tab'i, Muharrir: Şemsettin SÂMÎ, İstanbul, 1905 (1322).

⁶⁶ BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s. 245.

⁶⁷ TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977, s. 945.

⁶⁸ TANDOĞAN, s. 1-2; Ayrıca bkz. TANDOĞAN, Haluk, İstisna Akdi Kavrama, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi, İmran Öktem'e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 311-332; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu bağlamında ki eser kavramı için bkz. SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2017, s. 42 vd.

⁶⁹ Eski Borçlar Kanunu döneminde "imal" ifadesi yerine, imalden başka değişiklikleri ve sonuçları da içine alabilecek başka tabirler teklif edilmiştir. TUNÇOMAĞ, "meydana getirme" kavramını teklif etmekte gerekçe olarak ise, bugün eser sözleşmesi olarak nitelendirilen bir-



Tandoğan'ın fikir ve sanat eserleri hukukundaki eser kavramıyla bir karışıklığa sebebiyet vereceği gerekçesiyle "eser" kavramına ihtiyatlı yaklaşması ve bu kavramı kullanmaması sadece şekli olmayan birtakım endişelere dayanmaktadır. Çünkü FSEK kapsamında meydana getirilen "eser" in (FSEK m.1/B-a) hukuki çerçevesi, eser sözleşmesi olabileceği gibi, vekalet veya hizmet sözleşmesi de olabilir.

Dolayısıyla istisna kavramı yerine eser kavramının kullanılması, muhteva itibarıyla çözülmemiş ve sorunlu bir alan teşkil eden istisna sözleşmesi-FSEK bağlamındaki eser ilişkisini şekli anlamda da problemli hale getirmiştir.

Sonuç olarak, imal kavramına dönük, bu kavramın sadece olumlu bir çağrışımı olduğu ve örneğin istisna akdi teşkil eden bir binanın yıkılması gibi durumları ifade etme noktasında yetersiz kaldığı yönündeki eleştiriler haklı ise de sözleşmenin isminin değiştirilmesinde, *Tandoğan*'ın eleştirisi ve FSEK terminolojisinin dikkate alınmaması yerinde olmamıştır.¹⁰

çok eylemin "imal" kavramı içine sokulamayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla, yazara göre "imal" kavramı geniş yorumlanmalıdır. (TUNÇOMAĞ, s. 955). Aynı fikirde olan TANDOĞAN, kısa fakat benzer bir gerekçeyle, "hususla getirme", "ortaya çıkarma" söz öbeklerini teklif etmektedir. (TANDOĞAN, s. 1-2.). Benzer yönde, Bkz. ARAL, *Fahrettin Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2010, s. 315; Buna karşın BİLGE, "imal" kelimesinin taffi üzerine bir tartışma yapmaksızın imal kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmuştur. Bkz. BİLGE, Necip, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara, 1971, s. 246; Meydana getirme kavramı içinde değerlendirilen örnekler için bkz. ÖREM, Müge, *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İşi Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları* (TBK m.473/1), İstanbul, 2017, s. 16 vd.

¹⁰ Aynı yönde bkz. ATEŞ, Mustafa, *İstisna (Eser) Sözleşmesi Kapsamında Meydana Getirilen Eser Üzerindeki Fikri Haklar*, BATİDER., C. 28, S. 1, Y. Mart-2012, s. 45. Yazar da istisna teriminin korunması gerektiğini belirtmekle birlikte, muhtlak değiştirilecekse istisna kavramı yerine yapım, yüklenme, sipariş, usamlama sözleşmesi tabirlerini teklif etmektedir. Fakat bize göre, yazarın teklif ettiği tabirlerin tamamı ihsas ettiği olumlu çağrışımlar sebebiyle, imal kavramına yönelilen tenkitlere uğrayacaktır. Dolayısıyla *iş yapmak manasına gelene* (bkz. <http://www.kamus.yek.gov.tr/> E.T. 23.01.2019) *istisna* kelimesi bugün eser sözleşmesi olarak isimlendirilen sözleşmenin muhtevasına en uygun anlam gibi gözükmektedir. Yeri gelmişken FSEK kapsamındaki eser kavramı ile TBK bağlamındaki eser kavramı ve ortaya çıkacak hukuki sorunlara da kısaca işaret edilmelidir. Belirtildiği üzere FSEK kapsamında kullanılan eser kavramının benimsenmesi FSEK-TBK arasındaki muhteva itibarıyla tayini zor ilişkinin şekli anlamda güçleşmesine sebebiyet vermiştir. Fakat bir ön tespit olarak belirtilmelidir ki, her iki kanunda kullanılan eser kavramları her şeyden önce muhtevaları ve kapsamları itibarıyla birbirlerinden farklıdır. Şöyle ki, TBK anlamında ortaya konan eser, bir faaliyetin sonucu olmak itibarıyla oldukça geniş bir çerçeve çizmektedir. Her şeyden önce bu neticenin fikri bir değere sahip olması şartı değildir. Örneğin bir duvarın boyanması, arabanın tamiri, ev yapılması, konser verilmesi gibi neticelerin her biri hâkim görüşe göre TBK bağlamında eser kabul edilebilir. Verilen örneklere dikkat edilecek olursa, hâkim görüşün fikri emek mahsulü manevi sonuçları da TBK hükümleri uyarınca eser olarak değerlendirildiği görülecektir. İşte bu takdirde FSEK ile TBK arasındaki zorunlu olmayan



III. Türk-İsviçre Hukukunda Eser Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Diğer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi¹³

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, vekalet sözleşmesinden farklı olarak yüklenicinin yalnızca belli bir davranışta bulunmayı değil bilakis belli bir sonucu gerçekleştirmeyi borçlandığı akdi bir borç ilişkisidir.¹⁴

fiakat potansiyel kesime noktaları oluşmaktadır. Örneğin duvarın boyanması TBK bağlamında eser sözleşmesine konu bir netice diğer bir deyişle eser olmakla birlikte, şayet faaliyet meşhur bir sanatçı tarafından sanatçının hususiyetlerini taşıyacak biçimde ier ediliyorsa fikir ve sanat mahsulü vasfına sahipse, sıra konusu duvar üzerine yapılan FSEK kapsamında da eser sayılacaktır. Aktarılan misalden rahatlıkla anlaşılabacağı üzere, TBK bağlamında meydana getirilen her eser, FSEK hükümleri nezdinde bir eser teşkil etmez. Aynı şekilde, sanatçının meydana getirdiği eser, muhakkak bir istisna sözleşmesine konu olmak zorunda değildir, FSEK tarafından aranan şartları taşıyan bir eseri meydana getiren kişi, eseri bir hizmet sözleşmesi gereğince de ortaya çıkarmış olabilir. Öte yandan bir faaliyet neticesinin eser kabul edilebilmesi için, mezkûr eserin, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema gibi kategorilerden birisine dahil olması gerekmektedir. Halbuki, TBK bağlamında ortaya konacak neticenin, eser olarak kabulü için, bu alanlardan birisine dahil olması şart değildir. Bu özet bilgiler ışığında, ATEŞ, ilgi çekici ve muhtevası ayrı bir çalışmaya gerektirecek birtakım sorular sormaktadır. Örneğin istisna sözleşmesi gereğince meydana getirilmiş bir eser şayet FSEK kapsamında eser niteliği taşıyorsa bu eserin sahibi kimdir? Eser sahipliğinin tespiti, FSEK hükümlerine göre mi yoksa TBK hükümlerine göre mi yapılacaktır? (ATEŞ, İstisna, s. 48). Yargıtay bir kararında yüklenilen neticenin aynı zaman FSEK kapsamında eser olması halinde durumu şu şekilde çözüme kavuşturmuştur: "... sipariş veren iş sahibi, eseri teslim almakla, sadece eserin fikri mülkiyetinden kaynaklanan tasarruf yetkisini huzir alır, eser sahibine tanınan mali hakların sahibi değildir. Bu sebeple, iş sahibi, eserden kaynaklanan mali hakları bizzat kullanmayacağı gibi bu haklı başkasına da devredemez" Y. 11. HD. T.26.03.2009, E. 2007/8520, K. 2009/3643. Karar için bkz. ATEŞ, Mustafa, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara, 2012, s. 399; FSEK kapsamında meydana getirilecek neticenin bir eserin sahibin kim olduğu hususunda bkz. TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s. 144. FSEK kapsamında bir neticenin eser olarak kabulü için aranan şartlar hakkında bkz. ÖZTAN, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 81 vd. Son olarak şu husus ifade edilmelidir: FSEK m.18/ II arasındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki hakları bunları çalışması veya tayın edenlerce kullanılacağına düzenlemiştir. Bkz. AYİTER, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1972, s. 86.

¹³ Konunun farklı tarihlerde doktrinde sürekli olarak belli bir ilgiye mazhar olduğu söylenebilir. Konuya dair daha önce yapılan çalışmalardan bazıları için bkz. ERDOĞAN, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD., C. 3, S. 1, Y. 1990, s. 135-172; KURŞAT, Zekeriya, Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İÜHFİM., C. 67, S. 1-2, Y. 2009, s. 143-166; DİNAR, Cem, Borçlar Kanunu'ndaki Düzenleme Açısından İstisna Sözleşmesi Arasındaki Kurumsal Farklılıklar, YÜHFD., C. 5, S. 1, Y. 2008, s. 45-66; TİFTİK, Mustafa, İstisna Sözleşmesinde Eser Kavramı EKEV Akademi Dergisi, Yıl 6, S. 10, Kış 2002, s. 153-174.

¹⁴ KOLLER, Alfred, OR Art.363 PN. 49 in: BERNER KOMMENTAR, Band/Nr. VI/2/3/1, Der Werkvertrag, Art.363-366 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse Bern, 1998; BÜHLER, Theodor, OR. Art.363, PN. 1 in: Kommentar



Tanından anlaşılacağı üzere, ilki bir bedel kararlaştırılması diğeri belli bir neticenin hasıl olması (ve bir netice olarak ortaya çıkan eserin teslimi) olmak üzere eser sözleşmesini karakterize eden iki unsur vardır.⁷³ Eser sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği oldukça tartışmalı bir husus olup, tartışma bilhassa eser ve bedel kavramları ile alakalıdır.⁷⁴

Kanun metninin lafzından çıkan sonuca göre, tarafların bir eser vücuda getirilmesi ve bunun bir bedel mukabilinde olması hususunda anlaşmaları gerekli olup bu iki unsur sözleşmenin esaslı unsurlarını teşkil etmektedir.

A. Bedel Unsuru

Herhangi bir bedel olmaksızın ve belli bir neticeye yönelmemiş salt bir faaliyet taahhüdü genellikle bir vekalet sözleşmesine vücut verirken, eser söz-

Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Hrsg.) GAUCH, Peter / SCHMID, Jörg, V. Band Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art.363-379, Bern, 1998; HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich, 2014, S. 855, PN. 3122; HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bern, 2006, S. 269; MÜLLER-CHEN, Markus / GIRSBERGER, Daniel / DROESE, Lorenz, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich, 2011, S. 210; SCHMID, Jörg / STOCKLI, Hubert, OR BT Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich, 2011, S. 227, PN. 1658 ff.; BUCHER, Eugen, OR Besonderer Teil, 1988, S. 201 ff.; HURLIMANN / SIEGENTHALER, OR Art.363, PN. 1, in: HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Hrsg. HUGUENIN, Claire / MÜLLER-CHEN, Markus / GIRSBERGER, Daniel, Zürich, 2012; ZINDEL Gnadenz G. / PULVER Urs / SCHOTT Bertrand G., Vorb. PN 1, Art.363 PN. 1 ff. in: BASLER KOMMENTAR OBLIGATIONENRECHT I Art.1-529 OR Hrsg. HONSELL, Heinrich / VOGT, Nédim Peter / WIEGAND, Wolfgang, 5. Aufl. 2015; LEHMANN, Art.363 PN. 1 in: KURZKOMMENTAR-OR, Hrsg. HONSELL, Heinrich, 2014, GAUTSCHI, Georg, OR Art.363 PN. 1 ff. in: BERNER KOMMENTAR Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband: Der Werkvertrag Art.363-379 OR, Bern, 1967; EREN, s. 581 dipnot 1'de zikredilen kaynaklar; ARAL (2010) s. 315 vd.; ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014, s. 353 vd.; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, 2014, s. 1 vd.; AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014, s. 747; ZEVLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s. 461 vd.; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 346 vd.

⁷³ KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 1, PN. 1. ff.; GAUCH, S. 4, PN. 8.

⁷⁴ Bir sözleşmenin eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi söz konusu sözleşmenin muhtevasına bağlı olup, sözleşmenin eser sözleşmesinin unsurlarını taşıyıp taşımadığı yorum yoluyla tespit edilecektir. Hâkim, tarafların sözleşmeyi nasıl tasvir ettiklerinden bağımsız olarak, sözleşme içeriği, taraflarca yapılan isimlendirmenin birbirileri ile uyumlu olup olmadığına kontrol edecektir. Burada vurgulanan husus, hâkimin uygulayacağı hükümleri tayin ederken tarafların sözleşmeyi nasıl tasvir ettikleri ile bağlı değildir. Yoksa taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde her zaman, eser sözleşmesinin birtakım hükümlerinin uygulanmayacağını veya başka bir sözleşmenin hükümlerinin kıyasen uygulanacağını kararlaştırabilirler. GAUCH, S. PN. 12-13.



leşmesinde belli bir neticeyi hasıl etme yükümlülüğü her durumda ancak bir bedel mukabilinde yerine getirilir.⁷⁵ Hâkim görüşe göre bedel, eser sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur.⁷⁶ Bedelin zımnen veya sarahaten kararlaştırılması mümkün olup, belli bir bedel kararlaştırıldığına dair ispat yükü yüklenicidedir.⁷⁷ Şayet mevcut şartlar dikkate alındığında, iş sahibi için meydana getirilecek (imal edilecek) eserin ancak bir bedel mukabilinde ortaya konduğu, meydana getirildiği şeklindeki bir kabul elzem ise, böyle bir durumda, bedel zımnen kararlaştırılmış olup, bedelin hangi miktar için tayin edildiği hususu sözleşmenin esaslı unsurlarından değildir.⁷⁸ Diğer bir ifadeyle, eser sözleşmesinin önemli unsurlarından birisi olarak ortaya konan eser mukabilinde, iş sahibinin de belli bir bedel ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi takdirde eser sözleşmesi söz konusu olmayacaktır.⁷⁹ Bedelin miktarının önceden kararlaştırılmış olması şart olmamakla birlikte, ki böyle bir durumda mezkûr akdi boşluk TBK m.481/OR Art.374 vasıtasıyla doldurulacaktır, taraflarca bedeli ilişkin bir kararlara yoksa ve kanundan doğan bir bedel borcu da söz konusu değilse, örneğin taraflar, eserin bedelsiz vücuda getirileceği hususunda anlaşmışlarsa, bir eser sözleşmesinin varlığı kabul edilemeyecektir.⁸⁰ Böyle bir durumda bu tip bir sözleşme, hâkim sayılabilecek görüşe göre eser sözleşmesi benzeri isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilecek,⁸¹ uygun düştüğü

⁷⁵ LEHMANN, Art.363 PN. 1.

⁷⁶ HONSELL, S. 295; BAYGIN, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabii Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999, s. 29 vd.; GÜRPINAR, Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir, 2006, s. 41; Ayrıca bilhassa inşaat sözleşmelerinde bedel unsuru için bkz. GÖNEN, Doruk, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, Ankara, 2016; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, İstanbul, 2016, s. 17.

⁷⁷ HONSELL, s. 295.

⁷⁸ LEHMANN, Art.363 PN. 1.

⁷⁹ HUGUENIN, PN. 3125.

⁸⁰ GAUCH, S. 156, PN. 383; KOLLER, Alfred, OR Art.363 PN. 51 in: BERNER KOMMENTAR; HONSELL esere karşılık olarak kararlaştırılacak bir bedeli eser sözleşmesinin esaslı bir unsuru olarak görmemekte, bedelin kararlaştırılmadığı durumda da bir eser sözleşmesinin söz konusu olabileceğini iddia etmektedir. Yazara göre bedelin kararlaştırıldığına ilişkin iddiaya ispat yükü yüklenicidedir olup, ispat sıkı ölçütlere bağlanmamalıdır, zira eser sözleşmelerinde alışılmış olan durum yüklenicinin işi bir bedel mukabilinde yapmasıdır. HONSELL, S. 295. Bedel kararlaştırıldığına ilişkin ispat yükünün yüklenici de olduğu yönünde bkz. BÜHLER, Theodor, OR. Art.363, PN. 68 in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.

⁸¹ BGE 127 III 519 E. 2b; GAUCH, S. 122, PN. 315, 318; KOLLER, OR Art.363 PN. 51; ZINDEL / PULVER / SCHOTT, OR Art.363, PN. 6; İsimsiz sözleşmelere kısaca değinmek gerekirse, Roman hukukundaki sözleşme anlayışından farklı olarak, Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan sözleşme özgürlüğü prensibi gereği, taraflar kanunun çizdiği sınırlara riayet etmek kaydıyla, kanunen öngörülmemiş sözleşme tiplerinden ayrık biçimde yeni yükümlülükler ihdas etmek suretiyle sözleşme



ölçüde bağışlama ve bedel ödeme ile alakalı hükümleri hariç eser sözleşmesinin hükümleri sözleşmeye kıyasen uygulanacaktır.⁸² Diğer bir görüşe göre ise bu tip bir sözleşme vekalet sözleşmesi kabul edilecektir.⁸³

Aynı şekilde bir bedel mukabilinde bir eserin yapıldığı fakat eserin meydana getirilmesinin eseri meydana getirecek kişinin serbest arzusuna bırakıldığı, yani söz verilmediği, borçlanılmadığı durumda, örneğin bir babanın oğluna arabayı yıkarsan 10 TL alacaksın dediği, oğulun bedeli uygun gördüğü fakat arabayı yıkayıp yıkamayacağı konusunda emin olmadığını, kararsız olduğunu, bunu henüz bilmediğini ifade ettiği durumda bir eser sözleşmesinden bahsedilemez.⁸⁴

Bir görüşe göre, bedel unsurunun bizzat taraflarca kararlaştırılması şart olmayıp, eserin ancak bir bedel mukabilinde meydana getirileceği sonucu, daha doğrusu bedel ödeme yükümlülüğü kanundan da doğabilmektedir.⁸⁵ Bu anlamda bedel unsuru etrafında dönen tartışmalardan birisi de yüklenici ve eseri sipariş eden iş sahibinin, eserin bir bedel mukabilinde meydana getirileceği hususunu açık bir biçimde kararlaştırmamaları durumunda, kanunda yükleniciye bedeli talep imkânı öngören bir yasa hükmünün varlığıyla ilgilidir.⁸⁶ Tartışmaya, eser için bir bedel kararlaştırılmamışsa, bir eser sözleşmesinden bahsedilemeyeceğini veya diğer şartların da bulunması kaydıyla, eser için bir bedel kararlaştırılmışsa eser sözleşmesinin varlığının kabul edileceğini tespitle başlayan Koller'e göre tarafların açıkça bir bedel kararlaştırmadık-

tiplerini veya bu sözleşme tiplerine ait unsurları bizzat kendilerince ihdas ettikleri belli bir sözleşme içinde düzenleyebilirler. Uygulamada sıkça başvurulmuş bu imkân esasen modernleşme ve globalleşme eğilimiyle yakından ilgili olup, bahsi geçen süreçlerle ortaya çıkan yeni hukuki olgular karşısında kanunda düzenlenen sözleşmeler yetersiz kalmaktadır. İsviçre hukukunda bazı yeni sözleşme tipleri açık bir kanuni düzenlemeye bağlanmış, örneğin paket tur sözleşmeleri, buna karşın bazı sözleşme tipleri kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmamış olmakla birlikte, uygulamada örneğin bir sözleşme tipi mevkiine yükselmiş (örneğin Leasing), bir kısmı ise doğası itibarıyla mülferit isimli sözleşme olarak kalmaya devam etmiştir. Bkz. HUGUENIN, S. 1017, PN. 3660, 3661. İsimli sözleşme genel teorisi için bkz. YÜCER AKTÜRK, İpek, İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara, 2016.

⁸² HUGUENIN, PN. 3125.

⁸³ BUCHER, S. 211, BGE 64 II 10; GAUCH, S. 45, PN. 115 dipnot 280'de anılan yazarlar.

⁸⁴ KOLLER, OR Art.363 PN. 52.

⁸⁵ KOLLER, OR Art.363 PN. 50; Buna karşın BÜHLER, BGB'den farklı olarak (632 Abs.1) İsviçre hukukunda eser sözleşmesinde zimnen de olsa bedel kararlaştırıldığı yönünde bir kanuni karinenin mevcut olmadığını ileri sürmektedir. BÜHLER, OR Art.363, PN. 68.

⁸⁶ GAUCH, S. 43 PN. 111a; GAUTSCHI, sözleşmenin eser olarak nitelendirildiği durumda eserin bir bedel mukabilinde yapıldığının diğer bir ifadeyle yüklenicinin bedele ilişkin hakkının tartışamayacağına belirtmektedir. GAUTSCHI, OR Art.363 PN. 8c.



ları fakat bir bedelin ödenmeyeceğini de kararlaştırmadıkları vakıalar nadiren karşılaşılan bir durum değildir.⁸⁷ Örnek olarak A isimli şahsın otomobilinin periyodik bakımını yapmak üzere sürekli olarak teslim ettiği B yerine, artık C isimli şahsa teslim etmesi ve C'nin de otomobili teslim alması durumunda, taraflar bedel üzerinde bir mutabakata varmamış ve bedel üzerinde konuşmamış olsalar dahi hizmet (OR Art.320 Abs.2) ve vekalet (OR Art.394 Abs.3) sözleşmesindeki bedeli/ücreti düzenleyen hükümlere kıyasla C ortaya koyduğu eser mukabilinde bir bedele hak kazanabilecektir.⁸⁸ Atıfta bulunulan hükümlerin birebir tercümesi niteliğindeki eski Borçlar Kanunu hükümleri şu şekildedir:

"...hizmet muayyen bir zaman için kabul edilmiş olur ve işin iktizasına göre o hizmet ancak ücret mukabilinde yapılabilirse, hizmet akdi inikad etmiş sayılır." (OR 320 Abs.2/eBK m.314 f.2)

"Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahak olur." (OR 394 Abs.3/eBK 386 f.3)

Hangi durumlarda işin iktizasına göre eserin ancak bir bedel mukabilinde yerine getirileceği kabul edilebilir sorusuna gelince, yazar bu soruyu şu şekilde cevaplamaktadır: Somut vakiada şayet taraflar konuyu sözleşmede kararlaştıracak olsalardı, tarafların bir bedel kararlaştıracakları tahmin edilebiliyorsa ya da böyle bir sonuca varılabiliyorsa ya da yüklenicinin varlığını ispatla yükümlü olduğu yönünde bir ticari teamül varsa, eserin ancak bir bedel mukabilinde meydana getirildiği kabul edilebilir.⁸⁹

Koller, esasen maddenin tamamı okunduğunda rahatça anlaşılan hükmün amacını dikkate almayarak, cümlelerin bir kısmına odaklanmış ve işin iktizası

⁸⁷ KOLLER, OR Art.363 PN. 75.

⁸⁸ KOLLER, OR Art.363 PN. 75.

⁸⁹ KOLLER, in: OR Art.363 PN. 77, Yüklenicinin eserin bedel mukabilinde yapıldığına ilişkin ticari teamülü ispat etmesiyle ispat yükü, bu teamülü kabul etmeyen ya da eserin bedelsiz imal edildiğini varsayan iş sahibine düşmektedir. Bu halde ispat zor olmakla birlikte imkân dahilindedir. Örneğin kendi ülkesinde araç bakımlarının bedelsiz olduğundan hareketle yabancı bir ülkede aracını bakıma veren iş sahibi, hükmi buna ikna etmelidir. Fakat bu takdirde iş sahibi esaslı bir yamalmaya düştüğü için sözleşmeyle bağlı olmayacaktır (OR Art.23/TBK m.30). Bununla birlikte kıyasa konu edilen hizmet sözleşmesindeki hükmün serhi bağlamında işverenin işin ücretsiz yapıldığını varsayması ve bunu ispatı halinde esaslı hataya dayanamayacağı savunulmaktadır. REHBINDER, OR Art.320, PN. 17, in: BERNER KOMMENTAR, Band VI: Obligationenrecht 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 2. Teilband: Der Arbeitsvertrag Art.319-362 OR 1. Abschnitt Einleitung und Kommentar zu den Art.319-330b OR, Bern, 2010.



gereği ücret borcunun doğabileceğini ifade eden bölüme kıyasen aynı durumun eser sözleşmesinde de söz konusu olabileceğini ifade etmiştir.⁹⁰ Halbuki Hatemî, yerinde bir tespitle hizmet sözleşmesini düzenleyen ve yazar tarafından atıfta bulunan OR 320 Abs.2/eBK m.314 f.2 hükmünün, "...hizmet sözleşmesinin zımni olarak da kurulabileceğini, zımni (örtülü) bir beyan veya böyle bir trade beyanı bulunmasa da delalet edici vakalar yahut trade etkinlikleri ile hizmet sözleşmesinin meydana gelebileceğini belirtmek için sevk edildiğini" belirtmektedir.⁹¹ Dolayısıyla hükmün konuluş amacı ve cümle bütünlüğü dikkate alınmaksızın cümlelerin bir bölümünden çıkan sonuç müstakil olarak kıyasa elverişli değildir.

Koller'in atıfta bulunduğu, anlaşma veya teamül varsa vekilin ücrete hak kazanabileceğini düzenleyen hüküm ise, en azından hükmün konuluş amacı itibarıyla hizmet sözleşmesindeki bahsi geçen hükme göre kıyasa daha elverişlidir. Fakat bu noktada sözleşmelerin nitelikleri dikkate alındığında, bu tür bir kıyasın da ne derece doğru olduğu tartışılabilir. Zira ücretin sözleşmenin esaslı bir unsuru teşkil etmediği ve kural olarak ücretsiz olmanın esas olduğu bir sözleşmede (vekalet), istisnai olarak ücretin hangi hallerde talep edilebileceğini düzenleyen hükmün tatbik şartlarının, kural olarak bedeli, esaslı bir unsurun tayin eden bir sözleşme tipi için (eser) ne derece uygun olduğu tereddütle karşılanabilir.

Bedeli, sözleşmenin objektif esaslı bir unsuru olarak görmeyen bu görüş karşısında, daha doğru gözüken görüş, yukarıda da izah edildiği üzere, bedel unsurunu (yüklenicinin bedele dönük hakkını), taraflarca zımnen veya sarahaten kararlaştırılmış sözleşme içeriğinden anlaşılması gereken esaslı bir unsur olarak görmektedir.⁹²

Sözleşmenin önemli ve belirleyici unsuru olan bedel kavramının muhtevasına gelince, bu husus tartışmalı olup hâkim sayılabilecek görüşe göre bedel kavramından doğrudan para anlaşılmalıdır.⁹³ Diğer bir deyişle yapılacak esere mukabil olarak belli bir miktar paranın değil de başka bir edimin kararlaştırıldığı durumlarda, eser sözleşmesi değil kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme tipi mevzu bahis olacaktır. Yine aynı görüş, kanun koyucunun para borcunu esas alan bir dil geliştirdiğini, örneğin kanunda Summe/Miktar-Meblağ kelimesinin

⁹⁰ KOLLER, OR Art.363 PN. 76.

⁹¹ HATEMÎ / SEROZAN / ARPACI, s. 311.

⁹² GAUCH, S. 156, PN. 383.

⁹³ KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 1, PN. 2.



(eBK m.365/Art.373 Abs.1 OR) buna işaret ettiğini ileri sürmektedir.⁹⁴ Buna karşılık bir diğer görüş ise bedel olarak her türlü edimin kararlaştırılabileceğini, bedel kavramının para dahil her türlü karşı edimi kapsadığını savunmaktadır.⁹⁵

B. Eser Unsuru

1. Genel Olarak

Esasen vekalet ve hizmet sözleşmesi gibi diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu üzere nasıl ki vekil ve işçi bir iş görmeyi borçlanmakta ise aynen eser sözleşmesinde de yüklenici bir iş görmeyi yükümlenmekte fakat diğer sözleşme tiplerinden farklı olarak bizatihi ve sadece işin kendisini değil, farklı ve fazla olarak bu iş neticesinde doğacak bir neticeyi meydana getirme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu anlamda netice borçlanılmış olsa bile söz konusu işin elde edilmek istenen netice için bir araç olduğu söylenebilir.⁹⁶ Dolayısıyla gerçek anlamda bir eylemin/işin borçlanılmadığı yönündeki ifade⁹⁷ doğru olmayıp borçlanılan şeyin öncelikli olarak bir neticeyi meydana getirmek olduğu daha isabetli bir ifade olacaktır.⁹⁸ Söylenenlerin bir sonucu olarak neticeyi meydana getirecek fiilin ne zaman ve nasıl meydana getirileceği konusu yükleniciye bırakılmış olup, işçi ve vekilden farklı olarak, yüklenici işi bizzat görme yükümlülüğü altında olmayıp, işin idaresini şahsen yürütmesi kafidir.⁹⁹

Yüklenicinin iş neticesinde ortaya çıkacak bir neticeyi yükümlenmiş olmasının bir diğer sonucu, neticenin meydana gelmediği ihtimalde, hiç veya gereği gibi ifa etmeme söz konusu olduğu halde, diğer iş görme sözleşmelerinde bir neticenin meydana gelmesi şart olmayıp, salt işin görülmesi borcun ifası için yeterlidir.¹⁰⁰ Her ne kadar, eserin meydana getirilmesi belli müddet sürüyor ise

⁹⁴ KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 1, PN. 2.

⁹⁵ KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 1, PN. 2.

⁹⁶ KOLLER, OR Art.363 PN. 54.

⁹⁷ BUCHER, S. 205: "Keine Pflicht des Tätigwerdens im eigentlichen Sinn". BUCHER'in bu yaklaşımı yazarın, yükleniciyi, satıcı gibi değerlendirdiği, satıcı ile yüklenici arasındaki farkı, satıcının malın mülkiyetini nakli borcu altında olmasına, yüklenicinin ise, eser teslim sözleşmesi hariç, mülkiyetin nakli borcu altında olmadığına indirilmesi dolayısıyla eleştiriye uğramıştır. Söz konusu eleştiriye göre, BUCHER'in yaklaşımı, örneğin işe zamanında başlanılmaması veya geç başlanılmasını düzenleyen, kanun hükmü (OR Art.366 Abs.1, TBK m.474) ile uyumlu olmayıp, kabili telif değildir. Dolayısıyla yüklenici neticeyi meydana getiren kişi olmanın yanında, işi yerine getiren olarak da görülmelidir. KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 16, PN. 42.

⁹⁸ KOLLER, OR Art.363 PN. 54.

⁹⁹ KOLLER, OR Art.363 PN. 54.

¹⁰⁰ KOLLER, OR Art.363 PN. 54.



de eser sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi değildir.¹⁰¹ Yani salt eserin üretilmesinin belli bir vakit alması, eser sözleşmesini sürekli bir borç ilişkisi olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Aynı şekilde eserin meydana konmasının belli bir süre içinde gerçekleştirilmesinin kararlaştırıldığı hallerde de ortada mutlak bir eser sözleşmesi vardır.¹⁰² Örneğin, taminin en geç 31 Ağustos tarihine kadar yapılması gerektiğinin kararlaştırılması halinde kesin vade kararlaştırılmış bir eser sözleşmesi söz konusudur.¹⁰³ Yine eserin parça parça tesliminin kararlaştırılmış olması (TBK m.479 f.2/Art.372 Abs.2 OR) sözleşmenin eser sözleşmesi vasfına hâlel getirmez.¹⁰⁴ Eser sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi teşkil etmemekle birlikte, taraflarca yüklenicinin ana yükümlülüğünün sona ermesinin eserin teslimine değil de belli bir zamanın geçmesine veya iş sahibinin feshi ihbarına bağlandığı, sürekli borç vasfını haiz eser sözleşmesi (Dauerwerkvertrag) olarak isimlendirilen ve kanunda açık biçimde düzenlenmeyen¹⁰⁵ bu tip sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi vasfı taşıdığı kabul edilmektedir.¹⁰⁶

Örneğin, bir yerin sürekli ve periyodik olarak ısıtılması, bir caddenin bakım ve gözetimi, temiz tutulması, bir doktor muayenehanesinin düzenli olarak temizlenmesi,¹⁰⁷ bir taşıtın üzerine konmuş reklamın sürekli olarak korun-

¹⁰¹ LEHMANN, Art.363 PN. 1; GAUCH, S. 4, PN. 9; Konuya ilişkin tartışma için bkz. SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s. 25; ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebeple Feshi, Doktora Tezi, Ankara, 2011, s. 6, 41 vd.; ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Mültehihin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2014, s. 40 vd.; Yargıtay konuya ilişkin içtihadı birleştirme kararında soruna farklı yaklaşmıştır. Söz konusu karara göre, özellikle tamamlanması belli bir zamana yayılan ve eser olarak kabul edilen "inşaat sözleşmeleri" *"geçici- sürekli karmaşık"* bir özellik taşımaktadır." Bkz. YİBK., T. 25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1, (KHÖ). E.T. 05.05.2019.

¹⁰² GAUCH, S. 4, PN. 9.

¹⁰³ KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 29, PN. 72.

¹⁰⁴ KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 2, PN. 6; GAUCH, S. 4, PN. 9.

¹⁰⁵ KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 28, PN. 71.

¹⁰⁶ GAUCH elektrik veya gaz gibi enerji teminini konu edinen bir sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğini ifade ettikten sonra, bir yerin ısıtılması veya aydınlatılmasına konu edinen sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak tanımlayan Federal Mahkeme kararını tashih ederek, konu iyice tahlil edildiğinde ve sözleşmedeki süreklilik unsuru dikkate alındığında, eser sözleşmesindeki edime benzeyen, kanunda düzenlenmemiş bir sözleşmenin konusuna teşkil eden, eser sözleşmesindeki edime benzeyen bir davranış olduğunu belirtmektedir. GAUCH, S. 12, PN. 30, 322; HUGUENIN, S. 827, PN. 3126.

¹⁰⁷ KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, PN. 70; GAUCH, S. 28, PN. 322, ZINDEL / PULVER / SCHOTT, Vorb. Art.363 PN 14. Yazarlara göre sözleşmeye konu eylemin belli aralıklarla düzenli olarak tekrar sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine mâni değildir.



ması ve orada tutulması¹⁸⁸ örnek olarak verilebilir. *Koller* bu tip uzun süreli eser sözleşmelerine, sözleşmenin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesi hükümlerinin (TBK m.502 f.2/Art.394 Abs.2 OR) kıyasen uygulanacağını savunmaktadır.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Reklamın belli bir alan üzerinde sergilenmesi edimi, muhtevasına göre farklı sözleşme tiplerinden birisinin konusu olabilir. Sözleşmeyle edinilen hak ve yüklenilen borç, sadece belli bir evin veya bir lokomotifin üzerine bir reklam yazısının asılmasıyla reklam yapılmasından ibaret ise ortada sadece kullandırma amacı güden bir sözleşme söz konusudur. Buna karşın, borçlunun yükümlülüğü, reklamın yapıştırılması ve muhafazasını içeriyorsa, ortada muhafaza yükümlülüğü içeren, uzun süreli bir eser sözleşmesi vardır, meğer ki reklamın yapıştırılması tüm sözleşme içinde tali nitelikte bir önemsiz bir yan bir yükümlülük teşkil etsin. Bkz. GAUCH, S. 125, PN. 322 Fn. 702.

¹⁸⁹ KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 28, PN. 71. Yazara göre bunun mümkün olmaması durumunda ise hâkim, sözleşmedeki eser sözleşmesine ait unsurları ve sözleşmenin süreklilik karakterini dikkate alarak hukuk yaratacaktır. Buna göre, eserin gerçekleştirilmesine ilişkin ayıptan Art.367 ff. OR hükümleri, sözleşmenin sona ermesine ise vekalet sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen Art.404 OR hükmü yerine hizmet (Art.337 ff. OR) ve acente (Art.418p ff. OR) sözleşmelerinin sona ermeye ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Buna karşın tazminat karşılığı fesih imkânını düzenleyen Art.377 OR hükmü ise hâkim görüşüne göre kıyasen uygulanmayacaktır. Türk Borçlar Kanunu açısından durum bazı teknik farklılıklar göstermektedir. Uzun süreli eser sözleşmelerinde eserin meydana getirilmesi konusunda yazarın belirttiği gibi eser sözleşmesinin ayıptan sorumluluğu düzenleyen TBK m.474 vd. hükümlerinin uygulanmasında bir tereddüt olmamakla birlikte, sözleşmenin sona ermesinde, hizmet (TBK 436 vd.) ve acente (TTK m.121) hükümlerinin uygulanması vekalet sözleşmesinin sona ermeye ilişkin hükümlerinin uygulanmasına mâni değildir. Bilakis vekalet sözleşmesi hükümleri birlikte uygulanacaktır. Zira acente sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen TTK m.121 hükmü, belli hallerde doğrudan vekalet sözleşmesine yollamada bulunmaktadır. Madde hükmü şu şekildedir: "*F) Acentelik sözleşmesinin sona ermesi 1 - Schepleri MADDE 121- (3) Müvekkilin veya acentenin iflası, ölümü veya kısıtlanması hâlinde, Türk Borçlar Kanununun 513'üncü maddesi hükmü uygulanır.*" Buna karşın İsviçre hukukunda Art.418s OR acente sözleşmesinin sona ermesini vekalet sözleşmesine atıf yapmaksızın doğrudan düzenlemiştir. İlgili maddeye göre, acentenin, ölümü, fiil ehliyetini yitirmesi ve iflası halinde, sözleşmenin kurulmasında müvekkilin şahsiyeti mühim bir rol oynadı ise müvekkilin ölümü ile acente sözleşmesi sona erecektir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda acentenin kısıtlanmasından değil, fiil ehliyetini yitirmesinden bahsedilmektedir. Aynı şekilde kanunun atıfla bulunduğu TBK m.513'te (eBK m.397) kısıtlanmadan değil, ehliyetin kaybedilmesinden/ehliyetsizlikten bahsedilmektedir. Gerçi kısıtlanma için sona eren sözleşmenin, fiil ehliyetsizliği için evleyle sona erdiği savunulabilir ise de terminoloji birliği açısından TTK'da da ehliyetsizlik ifadesinin kullanılması yerinde olurdu. Öte yandan acenteliğin sona erişini düzenleyen kanun koyucunun bahsi geçen konuda, İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, sorunu doğrudan acente sözleşmesinin düzenlendiği yerde çözmek yerine, vekalet sözleşmesine atıfla bir çözüme kavuşturması için makul bir sebep gözükmemektedir. Fakat sonuç itibarıyla vekalet sözleşmesine yapılan atıfla, İsviçre hukukunda KOLLER tarafından sürekli eser sözleşmeleri için öngörülen çözüme ulaşılmaktadır. TTK hükümlerine göre acentelik sözleşmesinin sona ermesi konusunda bkz. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011, s. 217 vd..



Aynı şekilde, belirli veya belirsiz bir zaman süren ve eserin bakım, muhafaza ve ihtimamını konu edinen sözleşmeler de (Wartungsvertrag), sürekli borç ilişkisi vasfı taşıyan uzun süreli eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.¹¹⁴

Eser kavramının mahiyeti ve kapsamı konusunda en hararetli tartışma konularından birisi manevi ve fikri emekler neticesinde ortaya çıkan sonucun eser kavramı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur.¹¹⁵ Maddi bir varlığı olan fakat manevi ve fikri bir emek sonucunda ortaya çıkan neticenin eser olarak kabul edildiği ihtimalde dahi bu noktada fikir birliği içinde olan yazarlar gayri maddi neticenin belli bir formda tecessüm edip etmemesi konusunda ihtilaf halindedirler. Aynı şekilde gayri maddi neticelerin eser sözleşmesine konu edilebilmesi veya diğer bir ifadeyle fikri bir faaliyetin verdiği neticenin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olması için Federal Mahkeme tarafından (BGE 127 330) objektif denetim kıstası getirilmiş ve bu kıstas da doktrinde eleştirilmiştir.¹¹⁶

Bu noktada eser kavramının mahiyetine ilişkin tartışma kapsamında, öncelikle gayri maddi neticeleri eser kavramına dahil eden hâkim görüşe, hâkim sayılan görüş içindeki bilhassa tecessüm problemine ve son olarak ise objektif denetim kriterine ilişkin tartışmalara değinilmelidir. Ayrıca gayri maddi eserleri de eser olarak değerlendiren hâkim görüş karşısında, belki de ciddiye alınması gereken ve gayri maddi eserleri eser sözleşmesine dahil etmeyen, bugün bilhassa *Koller* tarafından yeniden savunulan görüşün gerekçelerine değinilecektir.

2. Eser Kavramının Mahiyeti ve Sınırlandırılması Sorunu

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde ve 1912 İsviçre Borçlar Kanunu'na son halini veren değişiklikleri takip eden ilk yıllarda hakim olan, eser kavramının "*muhakkak maddi bir varlığı olan ve devir ve teslimi kabil bulunan bir insan emeği ürünü olduğu fikri*", ilerleyen yıllarda kısmen revize edilerek maddi olmayan şeylerin de insan emeğinin bir ürünü olmak ve maddi bir varlıkta kendini göstermek kaydıyla eser kavramına dahil edilebileceğinin kabul edilmesiyle birlikte terk edilmiştir. Hâkim fikrin terkiyle birlikte, bir yapı planı çizilmesi, bir kitap yazılması, bir tablo yapılması, yeni bir buluşun uygulanması, bir film için senaryo hazırlanması gibi

¹¹⁴ HUGUENIN, S. 857, PN. 3126.

¹¹⁵ UÇAR, Ayhan, *Müteahhidin Ayrba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara, 2003, s. 29 vd.; ALTAS, Hüseyin, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması* (BK. Mad. 368), Ankara, 2002, s. 51 vd.

¹¹⁶ GAUCH, PN. 46a.



fikri mahsuller eser olarak değerlendirilmiştir.¹¹³ Bazı yazarlara göre İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilk halinde (aOR) yapılan değişikliklerle,¹¹⁴ eser kavramının maddi veya gayri maddi olabileceği vurgulanmak istenmiştir.¹¹⁵ Bugün için ise Federal Mahkeme ve halihazırdaki hâkim görüş, eser kavramını sadece maddi bir eser olarak değil, bir sonuca yönelmiş gayri maddi eylemleri de içine alacak biçimde geniş yorumlamaktadır.¹¹⁶

Eser sözleşmesinin maddi içerikli olduğu durumda, söz konusu sonuç borcu, yeni bir eserin husule getirilmesi olabileceği¹¹⁷ gibi, mevcut bir şeyin değiştirilmesi, büyütülmesi, iyileştirilmesi, tamir edilmesi veya söz konusu eşyaya yeni birtakım özellikler eklenmesi şeklinde de olabilir. Bir makinanın, motor-greyderin, yol rendesinin, rüzgâr enerjisi jeneratörünün, filtrenin üretimi konuya verilen bazı örneklerdir. Aynı şekilde bir köprüünün, yüzme havuzunun, futbol sahasının, uçuş sahasının inşası hep bu kapsamdadır. Tamir ve buna benzer faaliyetler açısından söz konusu eşyanın taşınır veya taşınmaz olmasının sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi noktasında bir önemi yoktur. Çatının onarımı/iyileştirilmesi, bir otomobilin klima tesisatının onarımı, bir aracın motorunun değiştirilmesi, evin yeniden boyanması, bir odanın ısı yalıtımının yapılması, bir hayvanın veya hayvan sürüsünün kesim faaliyeti bu bağlamda verilen örneklerdir.¹¹⁸

Buna göre, borçlanılan söz konusu başarı, yüklenicinin maddi eseri (ör. bir evin inşası, bir mobilya parçasının üretilmesi, bir elbisenin dikimi) sözleşmeye uygun olarak üretmesi ve tesliminden ibarettir.¹¹⁹

Bu noktada değinilmesi gereken önemli bir husus, insan bedeni üzerinde gerçekleştirilen birtakım işlemlerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi meselesidir. *Gauch*'a göre salt insan bedeni üzerinde bir işlem gerçekleştirilmesinden,

¹¹³ TANDOĞAN, s. 3; KOLLER, OR Art.363 PN. 96.

¹¹⁴ Bu düzenlemeyle metindeki "Fertigstellung eines Werkes" ifadesi "Herstellung eines Werkes" iharesı ile değiştirilmiştir.

¹¹⁵ OSER, Hugo / SCHÖNENBERGER, Wilhelm, OR Art.363 PN. 1 in: ZÜRCHER KOMMENTAR zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/2, Art.184-418 OR, Zürich, 1936; BECKER, Berner Kommentar, Art.363, PN. 3, aktaran KOLLER, OR Art.363 PN. 96.

¹¹⁶ LEHMANN, Art.363 PN. 2.

¹¹⁷ GAUCH, S. 10, PN. 26 ff. BGE 98 II 299; 93 II 272. Buna karşın Alman hukukunda yeniden inşa edilerek teslimi öngörülen taşınır eşya için satış hukuku hükümleri uygulanacaktır. Bkz. §651 BGB Bkz. LOOSCHELDERS, Dirk, Schuldrecht Besonderer Teil, Köln, 2009, PN. 625.

¹¹⁸ GAUCH, S. 10, PN. 27.

¹¹⁹ HUGUENIN, S. 855, PN. 3122.



bir neticenin borçlanıldığı sonucu kolayca çıkarılamayacağı için, saçın kesimi, boyanması, tıraş edilmesi gibi eylemler, ancak eser sözleşmesinin diğer unsurları da var olduğu takdirde eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Yine Yazar'a göre, doktor ile hasta arasında yapılan tedavi sözleşmesi bir vekalet sözleşmesi olup, saç ekimi halinde dahi durum değişmeyecektir.¹²⁰

İfade edildiği üzere hâkim görüş, sözleşmenin konusunun gayri maddi, cismani olmayan bir faaliyet neticesinde elde edilmesi arzulan manevi, fikri, ilmi, sanatsal bir sonuç/edim olduğu durumlarda dahi (ör. bir yerin ölçümü, fotoğraf çekilmesi veya bir projenin çizilmesi) bir eser sözleşmesinin varlığını kabul etmektedir.¹²¹ Mimari projenin çizimi, satış prospektüsünün hazırlanması, fotoğraf çekimi, video kaydı, film senaryosunun yazılması, hukuki, teknik veya tıbbi bir bilirkişi raporunun hazırlanması eser sözleşmesi teşkil eden örnekler arasında zikredilmektedir. Buna karşın sadece bir tavsiye bildirim, fotomodellik yapılması, vekalet sözleşmesi teşkil edecektir. Konuya ilişkin tartışmalar bağlamında İsviçre Federal Mahkemesinin 1972 tarihli kararı önemli bir kırılma noktası teşkil etmektedir.

Mahkeme söz konusu kararında (BGE 98 II 311) fikri bir emeğin neticesi olarak ortaya çıkan sonuçların bir materyal üzerine işlendiği hallerde dahi bir eser sözleşmesinden bahsedilemeyeceğini, bir vekalet sözleşmesinin söz konusu olduğunu belirtmiştir. Kararın temel dayanak noktası gayri maddi eserlerin eser sözleşmesindeki ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına

¹²⁰ GAUCH, S. 11, PN. 28 ff.; Krş. HUGUENIN, S. 855, PN. 3122, BGE 130 II 458 E. 4.

¹²¹ HUGUENIN, S. 856, PN. 3123; GAUCH, S. 13, PN. 34 ff.; Yargıtay da bu görüştedir. "Bu tanıma göre eser sözleşmesinin unsurlarına; eser imal etme, ücret, taraflar arasında anlaşma ve sözleşmenin şekli olarak belirlemek mümkündür. Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmede önemli olan çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuctur. Bugün için artık söz konusu sonucun mutlaka maddi bir şeyde kendisini göstermesi gerekmediği görüşü gerek öğretide ve gerekse uygulamada baskın bulunmaktadır. İnsan emeği ürünü olmak ve maddi bir varlıkta devamlı olarak kendini göstermek kaydıyla, maddi olmayan şeylerin, örneğin fikri çalışma ürünlerinin dahi eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. Bir yapı planı çizilmesi, bir kitap yazılması, bir tablo yapılması, yeni bir buluşun uygulanması suretiyle bir şey vücuda getirilmesi, bir film için senaryo hazırlanması gibi. Giderek, insan emeği ürünü olup bir bütün görünümlü arz eden ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, bir eser sayılmaktadır." Y. 23. HD, T. 13.6.2016, E. 2015/6390, K. 2016/3589, (KHO). Yine Yargıtay eski tarihli kararlarında örneğin sanatçının konser verme borcunu eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Ayrıca eski sayılabilecek bir kararında Yargıtay, ses sanatçısı ile gazino arasında yapılan sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Bkz. "20.05.1966, E. 966-161/K. 165 Ank. Barosu Der. 1967, S. 2 s. 1950". Nakleden TANDOĞAN, s. 17.



elverişli olmadığıdır. Mimari projeler, bir hukukçunun, tıp uzmanının veya jeoloji mühendisinin ortaya koyduğu eser, maddi bir eser olmayıp, zihni bir faaliyetin ürünüdür. Bu gayri maddi eserin bir kalıp içinde örneğin bir kâğıt üzerinde tecessüm etmesi dahi bunları fikri bir emeğin ürünü olmaktan çıkarmayacaktır. Söz konusu kararında Alman Federal Mahkemesi'nin, mimari projeleri eser sözleşmesi olarak değerlendiren kararına da değinen İsviçre Federal Mahkemesi, Alman hukukunda vekalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu, mimarlık projesi sözleşmesinin sırf bu sebeple zaten vekalet sözleşmesi olamayacağını ifade etmektedir.¹²²

Karar, birtakım yerel mahkeme kararlarında ve doktrinde destek bulmakla birlikte, farklı noktalardan eleştirilmiştir.¹²³ İlk eleştiri mahkemenin kararında temel dayanak noktası olduğunu ifade ettiğimiz ayıptan sorumluluk hükümlerinin gayri maddi bir neticeyi konu edinen sözleşmelere uygulanmaya elverişli olması ile ilgilidir. Buna göre, söz konusu ayıba karşı tekeffül hükümleri konusu gayri maddi bir netice olan sözleşmelere de pekâlâ uygulanabilir nitelikte olup, bunun pek çok örneği bulunmaktadır. Ayrıca Federal Mahkeme ilgili kararında (BGE 98 II 311) bu iddiasını gerekçelendirmemiştir. Eleştiriye konu diğer bir husus, maddi-gayri maddi eser ayırımı yapmanın oldukça güç olduğu, iki kavram arasındaki sınırın oldukça geçişken olduğu ve gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında bu ayırımı sağlayacak bir kıstasın henüz geliştirilmediğidir. Eleştiriler Federal Mahkeme nezdinde karşılık bulmuş ve mahkeme 15 Şubat 1983 tarihli bir kararında (BGE 109 II 37 ff.) daha önce BGE 98 II 311'deki ifade ettiği görüşünden dönerek gayri maddi eserleri eser kapsamında değerlendiren eski görüşüne dönmüştür. Mahkeme eser sözleşmesini maddi/cismani neticelere hasreden karardaki eser kavramı anlayışının yanlış olduğunu belirterek, eser sözleşmesinin konusunun maddi veya gayri maddi bir netice olabileceğini, bir arazinin ölçümünü ve ölçüm değerlerinin yazılmasını, çizilmesini konu edinen sözleşmenin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunu açık biçimde ifade etmiştir.¹²⁴

Bununla birlikte dikkat edilmesi gereken bir nokta, eser sözleşmesinin konusu ve amacı salt bir hizmet veya çalışma olmayıp, bilakis bu hizmetle veya çalışma ile elde edilecek bir netice¹²⁵ olduğuna göre, fikri/zihni bir eme-

¹²² GAUCH, S. 14, PN. 37 ff.

¹²³ GAUCH, S. 14, PN. 39 ff.

¹²⁴ Bkz. GAUCH, S. 14, PN. 39 ff. u. 1472.

¹²⁵ HUGUENIN, S. 855, PN. 3122, BGE 124 III 456 E. 4b aa; 98 II 299 E. 4a.



ğin sonucu olan gayri maddi sonucun eser sözleşmesinin konusu olabilmesi için bu fikri çaba ile üretilen bir neticenin borçlanması gerekir. Bu anlamda her fikri çabanın bir netice olarak borçlanması mümkün olmayıp, her fikri çaba bir sonuç biçiminde borçlanılmaya müsait değildir.¹²⁵ Örneğin bir şeyin öğrenilmesi, bir hastanın tedavisi¹²⁷ veya bir davanın kazanılması gibi fikri bir süreç ifade eden fakat gelişimi ve neticelenmesi veya bütün faktörleri tamamen yüklenicinin hakimiyeti altında bulunmayan borçlar, fikri bir süreci ifade etmekle birlikte eser sözleşmesine konu teşkil edemezler.¹²⁸

3. Tecessüm Sorunu

Federal Mahkemenin gayri maddi fikri ürünlerin de eser olarak değerlendirilebileceğine ilişkin kararı her ne kadar, gayri maddi fikri ürünlerin eser olarak değerlendirilmesine ilişkin tartışmayı büyük ölçüde hâkim görüş lehine sonlandırmış olsa da tartışma başka alanlara yayılmıştır. Bu anlamda gayri maddi neticelerin eser sözleşmesi teşkil etmesi konusunda süren bir diğer tartışma, gayri maddi eserin belli bir biçimde tecessümü sorunudur. Diğer bir ifadeyle, gayri maddi eserler bakımından bunun muhakkak belli bir formda, örneğin bir kâğıt üzerinde veya elektronik ortamda bilgilerin depolandığı bir aygıt üzerinde tecessüm etmesinin, diğer tabirle görülebilir bir biçimde kayıt altına alınarak, somutlaştırılmasının gerekliliği doktrinde tartışmalıdır.¹²⁹ Esasen konuyu ilk olarak dile getiren *Oser*¹³⁰ ve bir grup yazar bunun gerekli olduğunu savunmakta, bir gösteri ziyaretini, spor müsabakasını, konser sunumunu veya oyunculuğu konu edinen sözleşmelerin gözle görülebilir biçimde kayıt altında tutulmıyor ve belli bir kalıpta tecessüm etmiyor olmaları sebebiyle eser sözleşmesi olarak tavsifini reddetmektedir.¹³¹ Temel olarak aynı görüşü savunan, bir manevi emeğin eser olarak kabulü için tecessümü şart

¹²⁵ GAUCH, S. PN. 42; HUGUENIN, S. 856, PN. 3123.

¹²⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, bazı kararlarında bir protezin takılmasını veya implant tedavisini eser sözleşmesi olarak nitelendirmekle birlikte tedavi sözleşmesini vekalet sözleşmesi olarak kabul eden içtihadına uygun olarak, dişlerin tedavisiyle hedeflenen husus evveleminde dişlerin iyileştirilmesi olduğu için, bu tip teknik işlemlere rağmen, diş doktoru ile hasta arasında yapılan sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak değil vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir (BGE 110 II 375 ff.). GAUCH, S. 17, PN. 45.

¹²⁸ GAUCH, S. 16, PN. 43; HUGUENIN, S. 856, PN. 3123.

¹²⁹ HUGUENIN, S. 856, PN. 3123; LEHMANN, OR Art.363 PN. 2.

¹³⁰ Bu fikrin kaynağı OSER kabul edilmektedir. KOLLER, OR Art.363 PN. 97.

¹³¹ GAUCH, S. 17, PN. 45 Fn. 112'de anılan yazarlar, FELLMANN, Walter OR Art.394 PN. 330 in: BERNER KOMMENTAR, Band VI: Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art.394-406 OR, Bern, 1992.



gören *Fellmann* ise, gayri maddi eserin belli bir formda tecessümünü, bir sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirebilmek için kâfi görmemekte, tecessüm etmiş eserin müstakil olarak, başlı başına, tekrar yararlanmaya elverişli olması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, aksi halde vekalet sözleşmesi söz konusu olacaktır.¹³²

Zindel / Pulver / Schott tarafından savunulan ve Türk hukukunda taraflar bulan karşı görüşe göre ise her şeyden önce bir sözleşmenin eser olarak nitelendirilmesi için aranan şey veya aranacak en temel hususiyet emek mahsulünün tecessümü değil, bilakis yüklenicinin bir neticeyi taahhüt etmesi veya yükümlenmesidir.¹³³ Eser sözleşmesinin kendisiyle temayüz ettiği vasıf, borçlanılan neticenin gerçekleşmesine ilişkin riske yüklenicinin katlanmak zorunda oluşu olup, yüklenici bir işi değil, işin neticesi olarak görülen sonucu borçlanmıştır.¹³⁴ Bir sonuç taahhüdü içeren sözleşmeler için temel form eser sözleşmesi olup, bu noktada, elde edilecek neticenin veya borçlanılan sonucun tecessüm edip etmemesi önem arz etmeyecektir. Gerek Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşmeler içinde netice veya sonuç taahhüdü içeren tek sözleşmenin eser sözleşmesi olması hasebiyle, gerekse oldukça ilerleyen teknik imkanlar sebebiyle önem kazanan netice unsuru sebebiyle, belli bir maddi zeminde tecessüm etmeyen fakat belli bir neticenin borçlanıldığı sözleşmeler, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.¹³⁵ Bu görüş, manevi bir emeğin mahsulü olarak ortaya çıkan neticeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirebilmek için tecessümü aramamakta ve tecessüm şartını tutarlı ve sağlam bir ölçü olarak görmemektedir.¹³⁶ Sonuç olarak bu fikre göre, fikri veya manevi bir emeğin mahsulü olan neticelerin konu edildiği sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak görülebilmesi için ileri sürülen tecessüm şartı kabul edilebilir bir kıstas olmayıp neticesi saf fikri veya manevi bir emekten ibaret olan sözleşmeler (*Reine Geist-Verträge*) eser sözleşmesi olarak kabul edilmelidir.¹³⁷ Çünkü bugün için görsel, işitsel ve elektronik kayda ilişkin teknik ilerleme dikkate alındığında, taraf iradelerine göre uygulanacak normun tayininde, borçlanılan

¹³² FELLMANN, OR Art.394, PN.330.

¹³³ ZINDEL / PULVER / SCHOTT, OR Art.363, PN. 4.

¹³⁴ ZINDEL / PULVER / SCHOTT, OR Art.363, PN. 4; PALLY, S. 131.

¹³⁵ ZINDEL / PULVER / SCHOTT, OR, Art.363, PN.4.

¹³⁶ EREN, s. 591.

¹³⁷ ZINDEL / PULVER / SCHOTT, OR Art.363, PN.5; Aksi yönde bir görüş ve konuya ilişkin geniş bir değerlendirme için bkz. ZIMMERMANN, S. 19 vd.



neticenin maddi bir forma dökülüp dökülmediğinin bir önemi yoktur.¹³⁸ Bu anlamda bir işin maliyetine ilişkin fiyat teklif edilmesi eyleminin, kural olarak vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilip, fiyat teklifinin yazılı olarak sunulduğu durumlarda ise sözleşmenin mahiyetini eser olarak belirlemek, kabul edilebilir olmadığı gibi ikna edici de değildir.¹³⁹

Sorunun çözümü için diğer bir görüş ise bu tip neticenin hiçbir biçimde maddi anlamda tecessüm etmediği, saf manevi bir neticenin hedeflendiği sözleşmelerin, eser sözleşmesinin unsurlarının ağırlıkta olduğu isimsiz sözleşme olarak değerlendirilmesinin daha pratik olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, bu suretle bu tip sözleşmelere mümkün olduğu ölçüde eser sözleşmesi hükümlerinin kıyasen tatbiki mümkün olacaktır.¹⁴⁰ Yine bu görüşe göre, salt bir tecessüm eksikliğinden hareketle ortada bir eser bulunmadığı düşünülmesiyle bu tip durumlarda vekalet sözleşmesinin söz konusu olduğu şeklindeki yaklaşım her halükârda doğru değildir.¹⁴¹ Bu anlamda, eser sözleşmesinin en bariz vasfını teşkil eden netice sorumluluğu unsuru mevcut bulunduğu sürece, sözleşme hiçbir biçimde vekâlet sözleşmesi olarak görülemez.¹⁴²

Konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesinin takındığı tutuma gelince, Federal mahkemenin farklı zamanlarda verdiği kararlarındaki farklı tutum sebebiyle sorunu kesin bir neticeye bağlamadığı anlaşılmaktadır.¹⁴³ Federal Mahkeme'nin her iki istikamette de kararları bulunmaktadır. Köprü inşası için kurulan iskeleyi konu edinen bir kararında,¹⁴⁴ mahkeme özetle şunları ifade etmiştir: Sözleşmede ayrıca iskele planının statik hesaplamalarının borçlanılmış olması, hatta tarafların sözleşmeyi kendi aralarında vekalet olarak isimlendirmeleri, sözleşmeyi vekalet sözleşmesine dönüştürmeyecektir. Manevi edimlerin eser olarak değerlendirilmesi, bunların tecessüm etmesine ve bu yolla idrak edilebilmesine bağlı olup, şayet bu şart gerçekleşmiş ise, sözleşme eser sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır. Mahkeme farklı kararlarına ve bilhassa *Gauch*'un konuya ilişkin eserine

¹³⁸ ZINDEL / PULVER / SCHOTT, OR Art.363, PN.5.

¹³⁹ ZINDEL / PULVER / SCHOTT, OR Art.363, PN.5.

¹⁴⁰ HUGUENIN, S. 856, PN. 3123; GAUCH, S. 17, PN. 46.

¹⁴¹ HUGUENIN, S. 856, PN. 3123.

¹⁴² HUGUENIN, S. 856, PN. 3125.

¹⁴³ Federal mahkemenin her iki istikamette de kararları bulunmaktadır. Bir kararında (BGE 113 II 266 Erw. 2a) tecessümü şart koşan mahkeme başka kararlarında (BGE 115 II 54, BGE 112 II 46 Erw. 1a/aa; BGE 109 II 37 f. Erw. 3b) manevi emek mahsullerinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için tecessümü bir şart olarak aramamaktadır.

¹⁴⁴ BGE 113 II 266 Erw. 2a.



atıfla açık biçimde manevi emek mahsulü olarak ortaya konan neticelerin eser olarak kabul edilebilmesini *bunların maddi alemde bir varlık kazanmalarına ve bu maddi tezahürün idrak edilebilmesine diğer bir söyleyişle algılanabilmesine bağlamıştır*. İlgili kararın bir diğer vurgusu, yapılan işte fikri bir emeğin veya fikri emeğe benzer edimlerin ortaya konması sözleşmenin eser sözleşmesi olmasını engellemeyecektir. Sonuç olarak mahkeme alıntılanan kararda tecessümü şart koşturmaktadır. Buna karşın bazı kararlarında¹⁴⁵ ise aksi yönde görüşler belirttiği ve manevi emek mahsullerinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için tecessümü bir şart olarak aramadığı anlaşılmaktadır.

İzah edilen tartışma hakkında eserinde ayrı bir başlık açan *Pally*, gayri maddi neticelerin eser olarak kabulü için aranan tecessüm şartının tamamen tesadüfi olduğunu ve bir tesadüfe bağlı olarak ortaya çıkan bu durum üzerinden yapılacak tespitlerin netice verdiği farklı hukuki sonuçların hakkaniyetli olmadığını ifade etmektedir. Yazar ayrıca manevi emeğin eser olarak kabulü için tecessüm şartı arandığında ortaya çıkan, örneğin aracını tamir ettirmek üzere tamirciye götüren kişinin, araçtaki arızanın tespiti ediminin, tamircinin emeğinin yazılı olduğu takdirde eser, aksi takdirde vekalet kabul edilmesinde ki, gerçekten de izahı zor çelişkiye işaret etmektedir. Yine yazara göre, manevi emek mahsulleri neticesinde ortaya çıkan eserler zamansal istikrar veya süreklilik kriteriyle birbirlerinden ayrılmaktadır. Bu anlamda gayri maddi eserleri ikiye ayıran yazara göre, bazı eserlerde netice olarak ortaya çıkan sonuç kendisini ortaya çıkaran manevi emekten zamansal olarak bağımsızlaşmakta ve ayrılmaktadır. Tersinden söylemek gerekirse, eser ortaya çıktıktan sonra, eserden doğrudan doğruya istifade, eserin ortaya çıkarılması için ortaya konan fikri mesaiye bağlı olmamaktadır. Kısaca manevi emeğin neticesinin belli oranda tecessüm ettiği durumda, manevi emeğin sonucu olarak ortaya çıkan netice kendisini ortaya çıkaran fikri emekten/süreçten/edimden bağımsızlaşmakta ve ayrılmaktadır.¹⁴⁶ Örneğin hazırlanan bir plan, bir konuda sunulan yazılı görüş bildirimi, fotoğraf çekimi belli oranda tecessüm etmiş neticeler olarak, kendilerini ortaya çıkaran fikri edimden ayrılmakta ve bağımsız olarak doğrudan doğruya kullanılabilir. Bununla birlikte zamansal istikrar, tecessüme bağlı olmayıp, eser tecessüm etmediği halde yine de bağımsızlaş-

¹⁴⁵ PALLY, Duri, Mangelfolgeschaden im Werkvertragsrecht, Begriff und Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Diss. St. Gallen / Bamberg, 1996, S. 132, BGH 115 II 54, BGH 112 II 46 Erw. 1a/a; BGH 109 II 37 f. Erw. 3b.

¹⁴⁶ PALLY, S. 132.



ma ortaya çıkabilir ve doğrudan istifade mümkün olabilir. Örneğin fikri bir sürecin neticesi olan kanaat sözlü olarak ortaya konduğunda da ortaya konan sözlü görüş, neticesi olduğu fikri edimden ve üretim sürecinden ayrılmakta ve bağımsız olarak kullanılabilir hale gelmektedir.¹⁴⁷ Buna karşın gayri maddi bazı eserler, fikri emekten bağımsızlaşmamakta, emek ve netice birbirine bağımlı olup, netice ile neticeyi ortaya çıkaran fikri mesai aynı zamanda gerçekleşmekte ve fikri edimden bağımsız, doğrudan doğruya istifadeye müsait bağımsız bir netice bulunmamaktadır. Bir gösteri sunumunu veya oyunculuğu konu edinen sözleşmeler bu fikri mesainin ve neticenin birbirilerine bağımlı olarak aynı anda gerçekleştiği örneklerdir. Yine müzikal bir sunumda, gayri maddi emek ile (müzikal sunum) bu müziğin dinlenilmesi şeklinde tezahür eden istifade, zorunlu olarak aynı anda meydana gelmektedir.¹⁴⁸

Yazar bu ayrımı takip eden bir dipnotta, bir gösteri sunumunu ve bu sunumun kaydını konu edinen anlaşmanın iki sözleşmeyi ihtiva ettiğini, gösteri sunumunun zamansal sürekliliği olmayan eser sözleşmesi olduğunu, video kaydının ve tesliminin ise maddi konulu bir eser sözleşmesi olduğunu beyan etmektedir.¹⁴⁹ Aktarılanlardan anlaşıldığı üzere, yazar tecessümün şart olmadığını, manevi bir emeğin mahsulü olan neticelerin de eser sözleşmesi olabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte Yazar, manevi, fikri bir emeğin neticesi olarak ortaya konan eserlerin kendi içinde, edim ile edim neticesi ortaya çıkan eserin birbirinden bağımsızlaşmasına ve netice olarak ortaya çıkan eserden doğrudan doğruya istifadenin mümkün olup olmamasına göre ayrıldığını belirtmekte, fakat sonuç olarak tecessüm şartı aramayan görüşten farklı bir şey söylememektedir.

4. Objektif Denetim Kıtası

Son olarak gayri maddi neticelerin eser sözleşmesine konu edilebilmesi veya diğer bir ifadeyle fikri bir faaliyetin verdiği neticenin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olması için Federal Mahkeme objektif denetim kıtasını geliştirmiştir.¹⁵⁰ Bu kıtası göre söz konusu fikri emeğin sonu olan gayri maddi neticenin doğruluğu veya yanlışlığı objektif olarak denetlenip, tespit edilemiyorsa bir eser sözleşmesi söz konusu olmayacak, bilakis vekalet

¹⁴⁷ PALLY, S. 133.

¹⁴⁸ PALLY, S. 133.

¹⁴⁹ PALLY, S. 133, Fn. 331.

¹⁵⁰ RUSCH, Arnold, Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM, 2013, H. 6, S. 285.



sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.¹⁵¹ Objektif denetim kıstası, doktrinde eleştirilmiş, örneğin fikri bir faaliyetin sonucu olarak ortaya çıkan sanat eserlerinin doğru ya da yanlış diye nitelendirilemeyeceği, bu tip eserlerin daha ziyade güzel veya çirkin şeklindeki bir nitelendirmeye konu olacakları ileri sürülmüştür.¹⁵² Buna göre, manevi emek mahsulü eserlerin, eser sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için bir ön koşul olarak objektif denetim kıstasının ileri sürülmesi yerinde değildir. Zira tarafların, borçlanılan neticenin objektif kriterlere göre denetlenebilir olmasını şart koşmadıkları durumlarda, diğer bir deyişle, eserin taşınması gereken özellikler meyanında “objektif denetlenebilirlik” eserin sahip olması gereken bir vasıf olarak kararlaştırılmamışsa, eserin objektif kriterlere göre denetlenemiyor oluşu sebebiyle yüklenici ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olmayacak ve bu durum söz konusu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesine mani olmayacaktır. Diğer bir deyişle taraflar somut olayda neticenin doğruluğunun objektif denetlenebilirliğini şart koşmamışlarsa, objektif denetlenebilirliğin eksikliği halinde, yüklenici ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olmayacak fakat yine de ortada bir eser sözleşmesi mevcut olacaktır.¹⁵³

5. Eser Sözleşmesinin Muhtevassını Maddi Sonuçlara İndirgeyen Yeni Eğilim

Buna karşılık *Koller*, eser sözleşmesinin konusunun maddi nitelikte olması gerektiğini savunmaktadır. Yazar, fikri bir neticeyi istihdaf eden ve gayri maddi faaliyetleri konu edinen sözleşmelerin eser sözleşmesi kapsamında değil, kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.¹⁵⁴ Kanaatine delil olarak ise; kanunun birçok maddesinin çok

¹⁵¹ Federal Mahkeme’nin 2007 yılındaki bir kararında bahsi geçen kriter şu şekilde dile getirilmiştir: “Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können sowohl körperliche wie auch unkörperliche Arbeitsergebnisse Gegenstand eines Werkvertrages bilden (BGE 127 III 328 E. 2a; 130 III 458 E. 4 S. 461, je mit Hinweisen). Bei unkörperlichen Arbeitsergebnissen ist von einem Werkvertrag auszugehen, wenn das Resultat nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann. Dagegen ist von einem Auftrag auszugehen, wenn die Richtigkeit des Ergebnisses nicht objektiv überprüft werden kann (BGE 127 III 38 E. 2e S. 330; 130 III 458 E. 4 S. 461 f., je mit Hinweisen). http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2007/Entscheide_4A_2007/4A_51_2007.html E.T. 23.01.2019.

¹⁵² GAUCH, S. 18, PN. 46a.

¹⁵³ ZINDEL / PULVER / SCHOTT, Art. 363, PN. 6.

¹⁵⁴ Bu vesileyle yazının daha önce konuya ilişkin maddeleri açıkladığı serh çalışmasında hâkim görüşün kanaatini paylaştığını ve desteklediğini ifade etmekte fayda var. Fakat aradan geçen süre içerisinde yazar kanaatini değiştirmiş ve bu kanaat değişikliğinin gerekçesini izah sade-



açık biçimde maddi bir neticeyi konu edinen sözleşme tipine uygun biçimde kaleme alındığını (ör. TBK m.472/ Art.365 OR), dolayısı ile eser sözleşmesini düzenleyen birçok hükmün fikri bir neticeyi hedefleyen eser sözleşmelerine kolayca uygulanamayacağını iddia etmektedir.¹⁵⁶

Yazar, tecessüm sorunu ile gayri maddi emek mahsullerinin eser sözleşmesine konu olup olamayacağı sorununun birlikte değerlendirmekte ve manevi emek mahsullerinin zaten eser sözleşmesine konu olamayacağını savunmaktadır. Hâkim görüş karşısında bugün için azınlıkta kalan görüşün gerekçeleri şöyle özetlenebilir.

Evvela, gayri maddi bir emekle ortaya çıkan netice için en tipik örneklerden birisi, taşıma sözleşmeleri olup, kanunda açık bir biçimde eser değil, vekalet sözleşmelerinin bir alt tipi olarak düzenlenmiştir. Yazarın ifade ettiği üzere İsviçre Hukukunda konuyu düzenleyen madde (OR Art.440 Abs.2) taşıma sözleşmesinde, şayet taşıma sözleşmesini düzenleyen hükümler içinde farklı bir düzenleme mevcut değilse, açık biçimde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını ifade etmektedir.¹⁵⁷ Fakat Türk hukukunda taşıma işlerini düzenleyen, Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerinde (TTK m.850-930), vekalet sözleşmesine doğrudan yollama yapan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda bizzat taşıma sözleşmesinin niteliği tartışmalı olup, eser sözleşmesindeki eser kavramının mahiyetiyle ilgili doğrudan delil olarak ileri sürülme kabiliyetini haiz değildir.¹⁵⁸

İkincil olarak, yukarıda ifade edildiği üzere, eser sözleşmesinde öngörülen ayıba karşı tekeffülden doğan haklar, maddi eser kavramı dikkate alınarak hazırlanmış olup, manevi eserler için hakkaniyetli ve uygun değildir. Özellikle gözden

dinde, daha önceki düşüncelerinin kamu gerekçesinin özensiz mütalaaasına dayandığını ifade etmiştir. Bkz. KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 27, PN. 66, Fn.: 44.

¹⁵⁶ KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 1, PN. 2.

¹⁵⁷ GUHL Theo / SCHNYDER, Anton K. in: Das Schweizerische Obligationenrecht, Mit Einbezug des Handels- und Wertpapierrechts, Mit Neudarstellung des Aktienrechts, Zürich, 2000, s. 595. Bununla birlikte ilgili maddede düzenlenen taşıma sözleşmesinin konusu taşınır eşyalar olup, yolcu taşımacılığının söz konusu olduğu durumlarda vekalet veya şartları oluştuğu takdirde hizmet sözleşmesi söz konusu olacaktır. Şayet yazılı bir metin söz konusu değilse, hâber taşımacılığı ise vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır.

¹⁵⁸ Taşıma sözleşmesinin niteliği hususunda bkz. TÜZÜNER, Özlem, Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi, TBB Dergisi, S. 101, Y. 2012, s. 168 vd. Yazar taşıma sözleşmesinin niteliğini tespit kapsamında, taşıma sözleşmesinin iş görme amacı güden sözleşmelerle bağlantısına inceledikten sonra, taşıma sözleşmesinin, niteliği, kuruluşu ve sona ermesi açısından, vekalet veya hizmet sözleşmesinden daha çok eser sözleşmesiyle benzerlik arz ettiği kanaatine ulaşmıştır. Yazarın gerekçeleri için bkz. s. 190.



geçirme ve bildirim külfetini düzenleyen hükümlerde bu husus görülebilmektedir. Zira söz konusu hükümler, ortalama bir iş sahibinin sipariş verdiği ürünün söz verilen kalitede olup olmadığı hususunda gözden geçirme ve şayet bir ayıp tespit ederse bunu ihbar etme imkânını dikkate alarak ihdas edilmiş olup, manevi eser sözleşmelerinde bu çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Örneğin sıradan bir iş sahibinin, sipariş ettiği mimari bir projenin veya yazılan hukuki bir mütalaanın doğruluğunu veya yanlışlığını gözden geçirmesi/muayene etmesi makul gözükmemektedir. Son olarak, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilk şeklinde maddi içeriği esas alan yaklaşım İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan revizyonla (kelime değişikliği ile) değişmemiş ve yeni kanunda da aynı şekilde eser sözleşmesinde yalnızca maddi neticeleri konu edinen anlayış korunmuştur.¹³⁹

Türk hukukunda *Hatemi* benzer bir yaklaşım içindedir. Yazar'a göre "*Eser sözleşmesindeki 'eser', somut görünümü olabilen, tecessüm edebilen bir eserdir.*" Yine Yazar'a göre, "*Maddi olmayan eser taahhütlerinde, sonucun vaad edilmesi mümkün ise, aslında vekalet ve eser sözleşmesi unsurlarının bir isimsiz sözleşmede bir araya getirildiği söylenebilir.*"¹⁴⁰

C. Eser Sözleşmesinin Diğer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi

1. Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesinin Önemi

Ortada bir eser sözleşmesi mi yoksa satış sözleşmesi mi olduğunun belirlenmesi sorununun önemi her iki sözleşme tipinin bilhassa ayıba karşı tekeffül hükümlerinin tahlilinde kendini göstermektedir.¹⁴¹ Bu noktada İsviçre hukuku ile Türk hukukunun her iki sözleşme tipi için ön gördüğü hükümler ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu nedenle her iki hukuk sisteminde malın veya eserin ayıplı olması halinde alıcı veya iş sahibi için tanınan hakları kısaca özetlemek gerekmektedir.

¹³⁹ KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, S. 26, PN. 65; değişiklik için bkz. BÜHLER, OR. Art.363, PN. 33.

¹⁴⁰ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 353; GÜMÜŞ, ise maddi olmayan iş görme sonuçlarının meydana getirilmesini konu alan sözleşmelerin *swi poweris* sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, 2010, s. 7; Bu tip sözleşmelerin vekalet olarak kabul edilip edilemeyeceği hususundaki tartışmalar için bkz. ZIMMERMANN, Peter, Der Geist-Werkvertrag, Untersuchung über die Rechtsnatur geistiger Arbeitsleistung, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsordnungen der Bundesrepublik Deutschland, von Frankreich, von Österreich und der Vereinigten Staaten von Amerika (Rechtsvergleich), Basel, 1984, s. 45.

¹⁴¹ SCHILD, Martin, Konturen des Werkrechts im Sächsischen BGB, dem Entwurf für ein einheitliches Schuldrecht und dem schweizerischen Obligationenrecht von 1883, S. 218 in: Vertragstypen in Europa Historische Entwicklung und europäische Perspektiven, ANDRÉS, Santos / FRANCISCO, Javier / BALDUS, Christian / DEDEK, Helge, München (Hrsg.), 2011.



2. Malın veya Eserin Ayıplı Olması Halinde Tanınan Seçimlik Haklar

a. Eski Borçlar Kanunu (eBK) ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR)

Malın ayıplı olması halinde iş sahibinin hakları eBK m.360/ OR Art.368'de düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre iş sahibi muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmiş olması kaydıyla sözleşmeden dönme, bedelde indirim, ayıbın giderilmesi (eserin onarılması)¹⁴⁴ ve tazminat haklarına sahiptir.¹⁴⁵ Satış sözleşmesinde alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ise muayene ve ihbar külfeti yerine getirilmek kaydıyla, eBK m.202-203/ OR Art.205'te düzenlenmiştir. Bu haklar sözleşmeden dönme, bedelde indirim ve şayet misli mal söz konusu ise ayıpsız benzeri ile değiştirilmesidir (TBK m.203/I/OR Art.206 Abs.1).¹⁴⁶

İstisna sözleşmesinde bedelde indirim, eserin onarılması/ayıbın giderilmesi ve sözleşmeden dönme birbirilerine alternatif durumda olup, iş sahibi bu haklardan dilediğini seçebilecektir. Tazminat ise bu haklardan biriyle birlikte istenebilecektir.¹⁴⁷ Yine istisna sözleşmesinde sözleşmeden dönme hakkı genel şartlara ilaveten ayıbın önemli olması şartına bağlanmışken,¹⁴⁸ ayıbın giderilmesi/eserin tamiri hakkı tamirin objektif olarak mümkün olması ve aşırı masrafı gerektirmemesi¹⁴⁹ şartına bağlanmıştır.¹⁵⁰ Satış sözleşmesinde ise dönme hakkının kullanılabilmesi açısından, mevcut şartların dönmeyi haklı göstermesi gerekmektedir. Diğer tabirle, basit ehemmiyetsiz ayıplarda alıcının dönme hakkı sınırlanmış, ayıbın önemli olması şart koşulmuştur.¹⁵¹ Yani

¹⁴⁴ ŞENOCAK, Zariye, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002.

¹⁴⁵ SCHMID / STOCKLI, S. 240, PN. 1764 ff.; MÜLLER-CHEN / GIRSBERGER / DROESE, S. 240 PN. 99 ff.; Türk hukuku açısından bkz. UÇAR, s. 171 vd. CANBOLAT, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, 2009, s. 97 vd.; BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara, 2014, s. 130 vd.

¹⁴⁶ SCHMID / STOCKLI, S. 56, PN. 381 ff.; MÜLLER-CHEN / GIRSBERGER / DROESE, S. 99 PN. 69 ff.; Eski ve yeni Türk Borçlar Kanunu'ndaki alıcının haklarının mukayeseli veriler ışığında ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. OKUR, Sinan, Eine kritische Untersuchung zu den Rechtsbehelfen des Käufers im alten und im neuen türkischen Warenkaufrecht- Zugleich ein Beitrag zu der Harmonisierung des türkischen Warenkaufrechts im Lichte des CISG, BGB und der europäischen Vertragsrechtsharmonisierung, 2013, Frankfurt am Main, S. 97 ff.

¹⁴⁷ ÖZ, s. 95; ARAL, (2010), s. 361.

¹⁴⁸ ARAL, (2010), s. 362, 364; ŞAHİNİZ, Cevdet Salih, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa Eksik İş ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, 2014, s. 108.

¹⁴⁹ "...eğer o işin istifa büyük bir masrafı mücip değil ise yükleniciyi tamire mecbur edebilir" (eBK m.360/II/OR Art.368 Abs.2).

¹⁵⁰ ARAL, (2010), s. 364.

¹⁵¹ YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 156; ARAL (2010), s. 132; ARAL / AYRANCI (2018), s. 140; Tüketicinin



gerek satıcının gerekse iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı, ayıbın ehemmiyetli, önemli olması şartına bağlanmış olup bu noktada her iki sözleşme tipinin büyük bir benzerlik içinde olduğu söylenebilir. Satış sözleşmesinde bedelde indirim hakkı, ayıp sebebiyle satılanın değerindeki eksiklik semene eşitse sınırlandırılmış, bu durumda alıcının ancak sözleşmeden dönmeyi talep edebileceği kanunda açıkça düzenlenmişken (eBK m.202/III), istisna sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunmamakla birlikte, aynı hükmün kıyasen istisna sözleşmesine de uygulanacağı kabul edilmektedir.¹⁶⁸

Her iki sözleşme tipinin ayrıldığı noktalara gelince, mühim bir fark olarak (eBK m.369/ Art.377 OR) iş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılan işin bedelini ödemek ve yüklenicinin zararının tamamını tazmin etmek suretiyle sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.¹⁶⁹ Buna karşın satış sözleşmesi bu tarzda bir hakka tamamen yabancıdır.¹⁷¹

Her iki sözleşme tipi arasındaki bir diğer temel fark, satış sözleşmesinde malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi hakkı öngörülmüşken, eser sözleşmesinde bu minvalde bir hak söz konusu değildir. Benzer biçimde eser sözleşme-

Korunması Hakkında Kanun (TKHK m.11/I-a) ise, tüketici niteliğindeki alıcının sözleşmeden dönebilmesi için bu yönde bir koşul öngörmemiştir. Aynı durum iş sahibi tüketici içinde söz konusudur. Bkz. GÜMÜŞSOY-KARAKURT, Güler, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli olması, İstanbul, 2017, s. 46. Fakat doktrinde TBK'daki dönme hakkının kullanılması noktasında bahsi geçen kısıtlamayı tüketici hukukuna taşımaya taraftar bir eğilim mevcuttur. İNCEOĞLU, M. Murat, Ayıba Karşı Tekerrül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Makaleler- Tartışmalar (Ed. İNCEOĞLU, M. Murat), İstanbul, s. 188; ATAMER, M. Yeşim / BAŞ, Ece, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", İBD., C. 88, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Y. 2014/1, s. 46 vd. Yargıtay da yakın tarihli bir kararında bu yaklaşımı benimsemiş TKHK hükümlerine tabi bir satışta, dönme hakkını sınırlandırmıştır. "*Ayıbın öneminin aracın kullanımına ve beklenen faydaya bir etkisinin olmaması, aracın ayıplı ve ayıpsız değeri arasındaki farkın araç bedeli nazara alındığında azlığı yani karşılıklı menfaatler dengesi ile hukukun temel prensibi olan hakkaniyet kuralları değerlendirilerek ayıp nedeni ile bedel indirimi veya tüketicinin diğer seçimsel haklarını kullanıp kullanmayacağına tesbit edilmesi zorunludur.*" YHGK, T. 7.6.2017, E. 2017/13-653, K. 2017/1085, (KHO). Söz konusu karara ilişkin bir değerlendirme için bkz. ÖZÇELİK, Şenisi Barış, Tüketicinin Kullandığı Dönme Hakkı Yerine Bedel İndirimi-ne Karar Verilebilir Mi? Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.6.2017 Tarihli ve E. 2017/13-653, K. 2017/1085 Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler, TBB Dergisi, S. 135, Y. 2018, s. 309-318.

¹⁶⁸ ARAL (2010), s. 363.

¹⁶⁹ SEÇER, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara, 2016, s. 61 vd.; BUZ, Vedat, İş Sahibinin BK m.369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER., C. 21, S. 2, Y. 2001, s. 209-265.

¹⁷¹ ARAL (2010), s. 383.



sinde ayıbın giderilmesi, yani eserin onarılması hakkı öngörülmüşken, satış sözleşmesinde ise alıcının bu tarzda bir hakkı mevcut değildir. Dolayısıyla satış sözleşmesinde ayıbın giderilmesi, eser sözleşmesinde ise malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi hakkı mevcut değildir.¹⁷² Sonuç olarak, her iki sözleşme tipinde ayıba karşı tekeffülden doğan sorumlulukla ilgili benzerlikler olduğu gibi, birtakım farklılıklar da mevcuttur.¹⁷³

b. Türk Borçlar Kanunu

Öncelikle satış ve eser sözleşmelerinin ayıba karşı tekeffülle alakalı hükümlerinin mukayesesi bağlamında sıkça ifade edilen bir hususa kısaca değinilmelidir. Bir görüşe göre, satış sözleşmesinde satıcının sorumluluğunun doğması satılana ayıbın önemli olmasına bağlı olup, önemsiz ayıplardan satıcı sorumlu tutulamaz.¹⁷⁴ Burada savunulan görüşe göre ise, ayıbın önemsiz olduğu/esaslı olmadığı durumlarda satıcının sorumluluğunun doğmayacağı yönündeki ifade, alıcı ile satıcı arasındaki dengeyi satıcı lehine aşırı derecede genişletmektedir. Bizce kanun koyucu, ayıptan doğan sorumluluğu değil, belli hakların kullanımını, örneğin sözleşmeden dönme hakkının kullanımını, ayıbın önemli olması koşuluna bağlamıştır. Ayıbın önemsiz olduğu hallerde sorumluluk bir küll olarak devre dışı bırakıldığında, kanunda öngörülen haklar arasındaki temel farkın, malda veya eserde ortaya çıkabilecek farklı ayıp tiplerinden kaynaklandığı gerçeği göz ardı edilmiş olacaktır. Bu anlamda sözleşmeden dönme talebi, son çare olup, diğer talepler ise ayıbın ağırlığına ve önemine göre alternatifli olarak devreye girmektedir. Şayet ayıbın önemsiz olması satıcının sorumluluğunu total biçimde sona erdirecek olsaydı, bilhassa dönme hakkı için TBK m.227/IV'teki sınırlandırmaya gerek kalmazdı. Sonuç olarak, burada savunulan görüşe göre ayıbın önemsiz olması, satıcının sorumluluğunu bütün olarak devre dışı bırakmaz. Yalnızca kullanmak istediği hakla alakalı bir etkiye sahip olur.¹⁷⁵ Buna karşın eser sözleşmesinde ise "önemsiz" ayıplarda bile yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna gidilebileceği ve iş sahibinin seçimlik hakları kullanabileceği¹⁷⁶ yönündeki genel ifade, yüklenicinin dönme hakkına teşmil edilmemek kaydıyla doğrudur.

¹⁷² ÖZ, s. 94, dipnot: 32.

¹⁷³ UÇAR, s. 44.

¹⁷⁴ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 132; GÜMÜŞ (2012), C. I, s. 84.

¹⁷⁵ Benzer yönde bkz. AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 155.

¹⁷⁶ KOYUNCU, Berk, *Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m.475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirilme*, BÜHFD, C. 11, S. 145-146, Y. 2016, 1069-1093.



Her iki sözleşme tipinde malın veya eserin ayıplı olmasından kaynaklı hukuki imkanlar ise özetle şu şekildedir. Hem satış sözleşmesinde hem de eser sözleşmesinde, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye/satıcıya ait olmak üzere, eserin/malın ücretsiz onarılmasını isteme hakkı tanınmıştır (TBK m.227/I b.3/ m.475/I b.3).¹⁷⁷ Alıcıya tanınan bir diğer seçimlik hak, eseri alıyup ayıp oranında bedelden indirim istemedir (TBK m.227/I b.2/ m.475/Ib.2).

Sözleşmeden dönmeye ilişkin kısmi bir farklılık göze çarpmaktadır. Satış sözleşmesinde öncelikle, alıcıya, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme imkânı tanınmış fakat maddenin dördüncü fıkrasında, durumun sözleşmeden dönmeyi haklı göstermesi şart koşulmuş, aksi takdirde, hâkimin satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebileceği ifade edilmiştir (TBK m.227/I b.1-IV).

Buna karşın eser sözleşmesinde, şayet eser, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır (TBK m.475/I b.1). Aynı şekilde, eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibinin, sözleşmeden dönmeyeceği hükme bağlanmıştır (TBK m.475/III).

Maddelerdeki ifade farklılıklarına rağmen, her iki sözleşme tipi için de sözleşmeden dönebilmenin ön koşulu olarak *ayıbın yeterince önemli olmasının arandığı* söylenebilir. Dolayısıyla her iki ifadeyi de kapsayacak biçimde gerek eser gerekse satış sözleşmesinden dönmeyi ayıbın dönmeyi gerektirecek seviyede ehemmiyetli olması koşuluna bağlandığı, ayıbın dönmeyi haklı gösterecek bir yoğunlukta olması gerektiği söylenebilir.¹⁷⁸ Yalnız, satış sözleşmesinde, ayıp yeterince mühim değilse veya dönmeyi haklı kılmıyorsa, hâkime satılanın tamir edilmesine veya bedelde indirimle gidilmesine karar verme yetkisi verilmiştir. Doktrinde hâkimin söz konusu yetkiyi, talep üzerine kullanacağı yönünde görüşler olmakla birlikte, Yargıtay, hâkimin bu yetkiyi re'sen kullanacağı düşüncesindedir.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Eser sözleşmesinde eski ve yeni Borçlar Kanunu'nun ayıba karşı tekeffüle dair hükümleri arasında bir mukayese için bkz. ŞAHİN, Turan, Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SDÜHFD., C. 1, S. 2, Y. 2011, s. 135-157.

¹⁷⁸ KOYUNCU, 1070 vd.

¹⁷⁹ GÜMÜŞ (2012), C. I, s. 131; DURSUN KARA AHMETOĞLU, Şeyda, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Satıcının Ayıptan Sorumluluğunda Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı, BÜHFD., C. 11, S. 145-146, Y. 2016, 947-971; YHGK T. 26.3.2003, E. 2003 / 19-184 K. 2003 / 200.



Eser sözleşmesinde bu minvalde bir yetkiden bahsedilmemiştir. Bu durumda, yani ayıbın önemli bir boyutta olmaması durumunda, hangi seçimlik hakkı kullanacağına, bizzat iş sahibi karar verecektir.¹⁰⁸

Her iki sözleşme tipinde de gerek alıcının gerekse iş sahibinin tazminat hakkı için genel hükümlere yollama yapılmıştır (TBK m.227/II-m.475/II).

Malın ayıplı olması durumunda alıcının haklarının iş sahibinden ayrıldığı konular bilhassa şu noktalarda kümelenmektedir. TBK m.227/I b.4'te, alıcıya, şayet imkân varsa,¹⁰⁹ satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Eser sözleşmesinde ise iş sahibine bu tarzda bir hak tanınmamıştır.

Alıcının haklarıyla ilgili olmasa bile, ayıba karşı tekeffül düzenlemesinde her iki sözleşme tipi arasında farklılık arz eden bir diğer husus, satıcıya tanınan, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilme imkanıdır (TBK m.227/III). Buna karşın eser sözleşmesinde, yükleniciye benzer bir olanak sunulmamıştır. Bu noktada şöyle bir soru sorulabilir? Acaba, kanun koyucunun bu açık tercihi karşısında, benzer bir imkân dürüstlük kuralları üzerinden, yükleniciye de tanınmaz mı? İş sahibinin, kendisine sunulan bu imkân herhangi bir gerekçe göstermeksizin reddetmesi dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edebilir. İş sahibinden bu teklifin kabulü beklenemiyorsa, örneğin uzun zaman alacaksa yani satış hukukundaki "hemen" koşulunu sağlamıyorsa, iş sahibi söz konusu teklifi reddedebilir.

Son fark ise satılanın değerindeki eksikliğin satış bedeline çok yakın olması halinde, alıcının hakları, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme talepleriyle sınırlandırılmıştır (TBK m.227/V).

Böylece eski Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinde iş sahibine tanınan eserin onarılmasını isteme hakkı, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda alıcıya da tanınmak suretiyle seçimlik haklar arasındaki farklardan biri ortadan kaldırılmıştır. Ancak malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi talebi, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda da yalnızca alıcıya tanınmış bir hak olma niteliğini sürdürmektedir. Yine satıcıya tanınan yeni bir imkân söz konusu olup, buna göre, satıcı,

¹⁰⁸ Farklı bir görüş için bkz. GÜMÜŞ (2014) C. II, s. 53. Kanun'da açık bir yetkilendirme bulunmamasına rağmen, Yargıtay'ın söz konusu hakların kullanımı hususunda hâkimi yetkili gören bazı kararları vardır. Söz konusu karar için bkz. KOYUNCU, s. 1075.

¹⁰⁹ Kanunda kullanılan "imkân varsa" ibaresinin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. OKUR, S. 156 ff.



alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilecektir. Eski Borçlar Kanunu'nda da yalnızca iş sahibine tanınan, eserin tamamlanmasından önce yapılan işin bedelini ödemek ve yüklenicinin zararının tamamını tazmin etmek suretiyle sözleşmeden dönme hakkı, yeni kanunda da yalnızca eser sözleşmesinde öngörülmüş olup, satış sözleşmesinde bu yönde bir hüküm mevcut değildir.

Sonuç olarak, her iki sözleşme tipinin hukuki sonuçları arasında hala azımsanamayacak birtakım farklılıklar mevcuttur.

c. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Bir ön tespit olarak TKHK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, eser, eser teslim ve satış sözleşmeleri arasında yapılacak ayırımın tüketici işlemleri açısından önemini kısmen yitirdiği söylenebilir. Zira kanunda yapılan tanımla, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem tüketici işlemi kapsamına alınmıştır (TKHK m.3/1-ı). Yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere eser sözleşmesi tüketici işlemleri kapsamına alınmıştır.¹⁶⁷ Ancak her ne kadar eser sözleşmesi kanun kapsamında bir tüketici işlemi sayılmış ise de ayıptan doğan sorumlulukla ilgili kanun koyucu, düalist bir yapı benimsemiştir. Buna göre, malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda tüketicinin hakları madde TKHK m.11'de; hizmetin (hizmet sonucu ortaya çıkan eserin) ayıplı ifa edildiği durumlarda ise TKHK m.15'te düzenlenmiştir. Esasen bu düalist yapı, tanımlar bölümünde yapılan ayırma uygun niteliktedir. Kanunun tanımlar bölümünde öncelikle dikkat çeken husus, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen **mal sağlama dışındaki** her türlü tüketici işlemi- nin konusunun **hizmet** olarak nitelendirilmesidir. (TKHK m.3 f.1-d). Kanun devam eden hükümlerde ise, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve huku-

¹⁶⁷ GÜMÜŞ, Alper Mustafa, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, (Madde 1-46), İstanbul, 2014, s. 9; ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, İstanbul, 2015, s. 23; ALTINER YOLCU, Fatma Zeynep, 6502 Sayılı TKHK Çerçevesinde Tüketici İşlemi Niteliği Taşıyan Eser Teslim Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk İçin Uygulanacak Hükümler, MÜHF-HAD., C. 22, S. 3, Y. 2016, s. 3164.



ki işlemi tüketici işlemi olarak kabul etmiştir (TKHK m.3 f.1-t). Dolayısıyla kanunun sözleşmenin konusu bakımından mallar ve hizmetler şeklinde ikili bir ayrıma dayandığı söylenebilir. Böylece mal sağlama dışındaki her türlü faaliyetin kanun kapsamında hizmet olarak değerlendirilebileceği kanunun kapsamına gireceği ifade edilmektedir.¹⁹³ Bu yaklaşımın bir sonucu olarak TKHK, üçüncü kısma ayıplı mal ve hizmetler başlığıyla başlamakta, üçüncü kısmın birinci bölümünde ayıplı malları, ayıplı maldan doğan sorumluluğu ve tüketicinin seçimlik haklarını; ikinci bölümde ayıplı hizmetleri, ayıplı hizmetten doğan sorumluluğu ve tüketicinin seçimlik haklarını düzenlemektedir.

Malın ayıplı olması halinde, tüketici, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek **sözleşmeden dönme**, satılanı alıkoymuş ayıp oranında satış **bedelinden indirim isteme**, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere **satılanın ücretsiz onarılmasını isteme**, imkân varsa, **satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini** isteme haklarından birini serbestçe kullanabilir (TKHK m.11/1 a-ç).¹⁹⁴

Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda ise tüketici, **hizmetin yeniden görülmesi**, **hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı**, **ayıp oranında bedelden indirim** veya **sözleşmeden dönme** haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir (TKHK m.15/1). Kanun metninden rahatça anlaşılabileceği üzere, bedelde indirim, ücretsiz onarım (veya tamir hakkı) ve sözleşmeden dönme her iki durumda da tanınmış ortak haklar olarak öne çıkmaktadır. Farklılık arz eden kısım ise, satılanın **ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini** isteme ile **hizmetin yeniden görülmesi** haklarında ortaya çıkmaktadır. Kanun hizmet tanımıdaki geniş ve kapsayıcı tanıma uygun olarak özellikle iş görme sözleşmelerini dikkate alarak, hizmetin yeniden görülmesi ifadesini, satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesine denk gelecek biçimde düzenlemiştir. Yalnız, satılanın **ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini** isteme hakkı, imkân varsa ibaresi ile kayıtlanmışken, hizmetin yeniden görülmesi açısından bu tarz bir kayıt öngörülmemiştir. Fakat aynı kaydın hizmetin de yeniden ifasının mümkün olmayabileceği dikkate alınarak, ayıplı hizmet için de kabul edilmesi yerinde olacaktır.¹⁹⁵

Kısmen özetlenen hukuki durumun ortaya koyduğu ilk gerçeklik şöyle ifade edilebilir. Tüketicinin hakları açısından, tüketicinin muhatabı olan satıcı

¹⁹³ ASLAN, s. 18.

¹⁹⁴ Söz konusu haklarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN, s. 167 vd.; GÜMÜŞ, Şerh, s. 109 vd.

¹⁹⁵ ASLAN, s. 195; GÜMÜŞ, Şerh, s. 144.



veya sağlayıcı faaliyetinin tavsif ve tespiti kısmi bir öneme sahiptir.¹⁶⁶ Çünkü her iki tipoloji arasındaki belki de en önemli fark, hakkın muhatabı olan çevre açısından, ¹⁶⁷ Mevcut düzenlemeye göre malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda, hakların¹⁶⁸ yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumluyken (TKHK m.11/II), hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmaktadır (TKHK m.15/I). Ancak Aydoğdu, malın ayıplı olması halinde sorumlu olacak kişileri düzenleyen TKHK m.11/II'nin kıyasen ayıplı hizmete de uygulanması suretiyle hem üretici sağlayıcının hem de hizmet sunan sağlayıcının ayıplı hizmetten dolayı müteselsilen sorumlu olması gerektiğini savunmak suretiyle söz konusu farkı da ortadan kaldırmaktadır.¹⁶⁹ Yazarın verdiği örnek üzerinden hareket edilecek olursa, örneğin A firmasının markasıyla üretilen dolapları B firması eser sözleşmesi kapsamında tüketicinin mutfak dolaplarının ölçüsünü alarak A firmasından temin etmiş ve tüketicinin evine montaj yapmış ise A firması üretici-sağlayıcı, B firması hizmet sunan sağlayıcı konumundadır. Kanunun açıkça yalnızca hizmet sağlayıcının sorumluluğundan bahsettiği bir vasatta, ayıplı mal sorumluluğuna kıyasla hizmetten sorumlu tutulacak çevreyi bu suretle genişletmenin kanunun lafzı karşısında ne derece mümkün olduğu tartışılabilir. Fakat bizce başka bir yolla aynı sonuca varılabilir. Burada savunulan görüşe göre, eser teslim sözleşmeleri ayıplı mal kategorisinde değerlendirildiğinde, yazarın verdiği sonuca kolayca ulaşılabilecektir. İfade edildiği üzere kanaatimizce eser teslim sözleşmeleri ayıplı mal olarak değerlendirilmelidir. Yazarın verdiği örnek, eser teslim sözleşmesinin güzel bir örneğidir. Dolayısıyla eser teslim sözleşmesi, ayıplı bir mal sunumu kabul edilerek, TKHK m.11/II doğrudan doğruya uygulama alanı bulabilecektir.

Bir diğer fark, malın ayıplı olduğu durumda, tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği hallerde, sözleşmeye aykırılığın söz konusu olmayacağını düzen-

¹⁶⁶ Büyük önem taşıdığı yönünde bkz. ALTINER YOLCU, s. 3165.

¹⁶⁷ Ayıplı maldan sorumlu olanlar için bkz.: AYDOĞDU, Murat; Milli Şerh, TOKBAŞ, Hakan / TÜZÜNER, Özlem (Ed.), İstanbul, 2016, s. 372, yazar, bazı durumlarda sorumlu çevrenin genişleyebileceğini ifade ederek söz konusu farkı önemsizleştirmektedir. Aynı yönde KARAKO-CALI, Ahmet / KURŞUN, Ali Suphi, Tüketici Hukuku, İstanbul, 2015, s. 58, yazarlar benzer bir yorumla, bazı hallerde, yetkili servis istasyonunu, üreticiyi, imalatçıyı da ayıplı hizmetten sorumlu sağlayıcı kapsamında değerlendirmektedir. s. 75.

¹⁶⁸ Ücretsiz Onarım ve Malın Ayıpsız Misli ile Değiştirilmesi.

¹⁶⁹ AYDOĞDU, s. 372.



leyen hükümle ilgilidir. Doktrinde hizmet sağlamanın bir eser sözleşmesi ile gerçekleştiği durumlarda, anılan hükmün kıyasen, ayıplı hizmete de uygulanacağı, böylece sağlayıcının ayıplı hizmetten sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir.¹⁹⁰ Son fark ise daha önce izah edilen satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme hakkı ile alakalıdır. Söz konusu hak, imkân varsa ibaresi sınırlanmış olup, doktrin, söz konusu kaydın hizmetin yeniden görülmesi açısından da kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Sonuç olarak seçimlik haklar açısından her iki tipolojinin ifade edilen konular dışında bir benzerlik içinde olduğu söylenebilir.¹⁹¹ Ancak bilhassa eser teslim sözleşmesinin TKHK kapsamında mal mı yoksa hizmet mi olarak nitelendirileceği hususu, özellikle seçimlik hakların kullanılacağı muhatap çevresi açısından önemlidir.

Bize göre, eser teslim sözleşmesi olarak isimlendirilen üretilecek mala dair malzemenin de bizzat üretici tarafından temin edildiği her durumda, bir mal sağlama söz konusu olup, eserin ayıplı teslimi halinde, ayıplı bir mal teslimi bağlamında tüketicinin zikredilen seçimlik haklarının yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur (TKHK m.11/II). Bunun dışında yani eser teslim sözleşmesi dışında kalan eser sözleşmelerinde edimin maddi bir nitelik taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müteşebbisin borcu bir “hizmet sağlama” olarak görülmelidir. Diğer bir deyişle konusu maddi bir sonucun ortaya konması olan eser sözleşmeleri de fikri bir sonucu hedefleyen eser sözleşmeleri gibi, hizmet kapsamında değerlendirilmelidir. Sonuç olarak eser sözleşmesinin mal kapsamında mı yoksa hizmet sağlama kapsamında mı değerlendirileceği konusundaki ölçüt, eserin fikri bir mesai teşkil edip etmediği veya maddi nitelikte olup olmadığı değil, ortada bir eser teslim sözleşmesi mi yoksa klasik eser sözleşmesi mi olduğuna göre yapılmalıdır. Eser teslim sözleşmesi mal sunumu, eser sözleşmesine dair diğer bütün varyantlar hizmet sunumu kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁹²

¹⁹⁰ GÜMÜŞ, Şerh, s. 139; ÇABRİ, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2016, s. 305.

¹⁹¹ ZEVKLİLER, Aydın / ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2016, s. 192; KARAKOCALI / KURŞUN, s. 77.

¹⁹² Aksi yönde bkz. GÜMÜŞ, Şerh, s. 21, makine yapımını maddi eser sözleşmesi olarak “mal sağlama”, yapılmış bir makine tamirini konu alan maddi eser sözleşmesini ise “hizmet sağlama” kapsamında değerlendirmektedir. Aynı yönde bkz. AKİPEK, Şebnem, Milli Şerh, TOKBAŞ, Hakan / TÜZÜNER, Özlem (Ed.), İstanbul, 2016, s. 45.



Teorik çerçevesi çizilen hukuki duruma ilişkin Yargıtay'ın tutumuna da özetle değinilmelidir. Bilindiği üzere 6502 sayılı TKHK yürürlüğe girmeden önce yani 4822 sayılı TKHK'nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay kararlarında ısrarlı biçimde eser sözleşmelerini, kanunun uygulama alanında görmemekte ve eser sözleşmelerini bir tüketici işlemi olarak kabul etmemekteydi.¹⁹³ Kanundaki yeni düzenlemenin, meseleyi, Yargıtay içtihatlarının aksi yönünde çözdüğü ve eser sözleşmeleri tabirinin kanunda açık biçimde kullanıldığı yukarıda izah edildi. Buna rağmen Yargıtay her türlü eser sözleşmesinin, TKHK kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır. Yüksek mahkeme yakın tarihli bir kararında bu hususu şöyle dile getirmiştir. *"Eser sözleşmeleri de bu yasa kapsamına alınmış ancak hangi eser sözleşmelerinin tüketici işlemi sayılacağına açıklık getirilmemiştir. Satın sözleşmesinde konulan bu sınırın eser sözleşmeleri yönünden de kıyasen uygulanması gerekir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin sözleşme yapmadaki asıl amacı bizzat oturmak amacıyla arsasına bina yaptırmak olmayıp taşınmazını değerlendirmektir. Salt kişisel ihtiyaçlar için kullanma amacını aşan sâikler ön plandadır. Öncelikli amaç mülkiyet hakkından doğan getirilerin daha rantabl hale getirilmesidir. Bu sözleşme bedeli karşılığı hizmet alınmasından ibaret dar kapsamlı bir sözleşme değildir. Arsa sahibi yüklenicinin yaptığı binanın bir kısmına sahip olabilmek için, arsa üzerindeki mülkiyet hakkının bir kısmını yükleniciye devretmektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin asıl amacı ve sözleşmenin mülkiyet nakletme borcu da içeren unsurları gözetildiğinde eser sözleşmesinin bir türü olan bu sözleşme 6502 Sayılı TKHK kapsamında kalan tüketici işlemi niteliğinde sayılamaz. Bu sebeple açılacak dava ya bakmaya da tüketici mahkemesi görevli değildir".*¹⁹⁴

Karardaki tenkide muhtaç bazı noktalara kısaca değinilmelidir. Kararda, eser sözleşmelerinin kanun kapsamına alındığı kabul edilmekle birlikte, hangi eser sözleşmelerinin tüketici işlemi sayılacağına açıklık getirilmediği ifade edilmiştir. Devam eden satırlarda ise, hangi eser sözleşmelerinin, kanun kapsamında değerlendirileceğini izah sadedinde, salt kişisel ihtiyaçlar için kullanma amacı şart koşulmakta, bu amacı aşan sâikler barındıran sözleşmeler,

¹⁹³ Nitekim Yargıtay bir kararında (Y. 23. HD. T. 14.3.2014, E. 2013/7307, K. 2014/1929) bu uygulamasına işaretler eser sözleşmesinden kaynaklanan ihtilafların TBK'nın genel hükümlerine göre çözümleneceğini belirtmiş ve iki farklı Genel Kurul kararıyla yollama yapmıştır. "Nitekim, aynı hususlar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.02.2003 tarih, 15-127 E ve 102 K; 10.11.2010 tarih ve 15-560 E, 589 K; 19.10.2011 tarih ve 13-538 E, 648 K sayılı ilamlarında da açıklanmış bulunmaktadır." (KHO).

¹⁹⁴ Y. 15. HD. T. 28.3.2018, E. 2018/934, K. 2018/1219 (KHO).



örneğin kat karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunun kapsamı dışında değerlendirilmektedir. Bizce karar sonuçları itibarıyla yanlış olmamakla birlikte, tüketici mahkemesinin yetkili olmadığına dair sunulan gerekçe isabetli değildir. Her şeyden önce, kanunda herhangi bir istisna öngörmeksizin, açık biçimde eser sözleşmeleri tabiri yer almakta ve eser sözleşmeleri arasında bir ayrıma gidilmeksizin kanunun bütün eser sözleşmelerine uygulanacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla olayın TKHK kapsamına girmemesi, işlemin konusu ile ilgili olmayıp, tarafların sıfatları daha doğru bir deyişle amaç ve sâikleri ile alakalıdır. Bu yüzden hükümdeki bazı eser sözleşmelerinin kanun uygulama alanında olmayabileceğini çağrıştıran ifade yersizdir.

Mevcut olayda sorunun kaynağı yapılan hukuki işlemin TKHK kapsamında olup olmadığı değil, sözleşmeyi yapan tarafın tüketici niteliğine haiz olup olmadığıdır. TKHK, tüketiciyi, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlamıştır. Zaten Yargıtay kararının gerekçesinde “*salt kişisel ihtiyaçlar için kullanma amacını aşan sâikler*” ifadesi bu noktaya işaret etmiştir. Bu anlamda, eser sözleşmesi tüketici işlemi olarak kabul edilmekle birlikte, eser sözleşmesini yapan kişinin hangi amaçla hareket ettiği bir diğer deyişle sâiki, işlemi tüketici mahkemesinin görev alanının dışına çıkarabilecektir. Biraz daha açmak gerekirse, eser sözleşmelerinin TKHK kapsamına girdiği hususunda bir tereddüt bulunmayıp, sorun işlemi yapan tarafın tüketici sıfatını haiz olup olmadığı ile ilgilidir. Zira işlemi yapan kimsenin sâiki ve amacı da en az hukuki işlemin konusu kadar önemlidir. Dolayısıyla işlemin tüketici mahkemesinin görev alanına girebilmesi için, işlem, tüketici işlemleri olarak sayılan işlemler kapsamında olmalı; fakat aynı zamanda ticari ve mesleki amaçlar güdülmemelidir. Her iki şart birlikte aranmalıdır. Yargıtay kararına konu olayda işlemin amaç unsurundaki eksiklik, işlemi tüketici mahkemelerinin görev alanı dışında görmek için yeterli iken, kararda tartışma “konu unsuruna” taşınmış ve bazı eser sözleşmelerinin kanunun uygulama alanına girmeyebileceği hususunda yersiz bir kuşkuya sebebiyet verilmiştir. Yargıtay’ın bir başka kararı burada dile getirilen eleştiriyi tasdik eder mahiyettedir. Söz konusu karar şu şekildedir: “*Somut olayda taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmamakla birlikte, eser sözleşmesi ilişkisinin davacıya ait 5 katlı binanın kalorifer tesisatının kurulması ve kazanın monte edilmesi için kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu haliyle eserin 5 katlı bina ile ilgili olarak yapıldığı dikkate alındığında ve dosya kapsamındaki belge ve bilgilere göre davacı bu binadaki bazı daireleri kiraya vermek suretiyle gelir*



temin ettiğinden davacının ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden bir nihai tüketici olarak kabulü mümkün değildir. Bu kabule göre de tüketici mahkemesinin görevli olabilmesi için gerekli olan taraflardan birinin tüketici olması koşulu gerçekleşmemiştir".¹⁹³

Görüldüğü üzere Yargıtay, alıntılanan kararında eser sözleşmesinin tüketici işlemi olma vasfını tartışma konusu yapmaksızın, amaç unsurundan hareket etmekte ve bu unsurun bulunmaması sebebiyle tarafın tüketici sıfatını kazanmadığını dolayısıyla tüketici mahkemesinin görevli olmadığını ifade etmiştir.

d. Ara Sonuç

Sonuç olarak, kısaca incelenmeye çalışılan malın veya eserin ayıplı olması halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar açısından, eser, eser teslim sözleşmesi ve satış sözleşmesinin ayırt edilmesi Türk hukuku açısından önemini muhafaza etmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Türk hukukundaki hâkim görüş, burada takip edilen görüşten farklı olarak, eser ve satış sözleşmelerinin ayıptan sorumluluk düzenleri arasında bir fark görmekte, satış sözleşmesinde ayıbın önemsiz olması halinde sorumluluğun doğmayacağını savunmaktadır. Yine hâkim görüş uyarınca eser sözleşmesinde ayıbın önemsiz olması, sorumluluğun doğmasına mâni değildir. Hâkim görüşün bu yaklaşımı, sözleşmenin eser veya satış olarak nitelendirilmesinin önemini artırmaktadır. Yapılan ayırımın bir diğer önemi TKHK kapsamında kendini göstermektedir. Yukarıda tüketici işleminin satış mı hizmet mi olmasının sonuçları üzerine değinildiği için tekrara düşmemek adına burada, ayırımın hukuki sonuçlar bahsinde az da olsa önemini koruduğu ifade edilmelidir.

3. Eser Sözleşmesinin Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Satış sözleşmesi mülkiyetin nakli ve malın teslimi yükümlülüğü doğuran bir sözleşme olup, satış sözleşmesinde *çoğunlukla hali hazırda mevcut olan* bir eşyanın teslimi ve mülkiyetinin nakli borçlanılırken herhangi bir imal veya üretim yükümlülüğü satış kavramı açısından esaslı bir unsur teşkil etmemektedir.¹⁹⁴ Buna karşın eser sözleşmesinde ise sözleşmenin alameti farikası bir şeyin imali, bir eserin ortaya konması, meydana getirilmesi, üretimi olup, bu borç sözleşmeyi karakterize eden ana edim niteliğindedir.¹⁹⁵ Dolayısıyla

¹⁹³ Y. 15. HD, T. 25.10.2017, E. 2016/4795 K. 2017/3611 (KHO).

¹⁹⁴ KOLLER, OR, Art.363 PN. 104.

¹⁹⁵ SCHMID / STÖCKLI, PN. 1669.



sözleşme konusu şey sözleşmenin kurulduğu sırada sözleşme ile borçlanılan şeyle zaten sahipse bir imal veya üretim yükümlülüğü söz konusu olmayacağı için bir eser sözleşmesinin varlığından da bahsedilemeyecektir.¹⁹⁸ Ayrıca sözleşmenin kurulduğu sırada satış konusu şeyin satıcının mülkiyetinde olup olmamasının iki sözleşme tipinin ayrımı noktasında bir ehemmiyeti yoktur.¹⁹⁹ Bir şeyin üretiminin satış sözleşmesinin mahiyeti itibarıyla, satış sözleşmesinin özüne ait esaslı ve belirleyici bir unsur olmadığı ifade edilmişti. Fakat bu tespit satış sözleşmesine montaj, değiştirme veya üretim gibi bir edimin ifaya yardımı olan edim yükümlülükleri çerçevesinde eklenmeyeceği anlamına gelmediği için, bu tip yan yükümlülüklerin satış sözleşmesine eklenmediği durumlarda, mülkiyetin nakli- eser imali şeklindeki karşılığa istinat eden ve “*üretim/imal*” kavramını merkeze alan keskin ayırımı, üretim muhtevalı bu tip yan edimlerin eklendiği satış sözleşmelerini, eser sözleşmesinden ayırma noktasında yetersiz kalacağı aşikardır. Diğer bir deyişle satış sözleşmesi ile eser sözleşmelerinin ayrımı daha ziyade ve hıfhasa sözleşmeye konu eşyanın henüz hiç var olmadığı veya henüz tamamlanmamış, dolayısıyla üretilmek zorunda olduğu ve malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği sözleşmelerde güçlük arz edecektir.²⁰⁰

Bu durumda belirleyici kıstas, alacaklının eşyanın tesliminden ziyade eşyanın imali/üretimi konusunda bir talep hakkına sahip olup olmadığı veya sözleşmeyle borçlu aleyhine bir imal yükümlülüğünün doğup doğmadığıdır.²⁰¹ Zaten borca konu eşyanın sözleşmede borçlanıldığı şekliyle mevcut olduğu, yani yeni bir şey imal edilmek zorunda olunmadığı durumlarda mezkûr sözleşmenin satış sözleşmesi olduğu; malzemenin yüklenici tarafından temin edilmediği durumlarda ise söz konusu sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu izaha muhtaç olmayacak kadar açıktır. Özetle sözleşmenin kurulduğu sırada, edim teşkil eden eşya sözleşmeyle kararlaştırılan evsaf ve şeyle zaten sahipse diğer bir deyişle, borçlunun bir değiştirme, üretme, tamamlama yükümlülüğü yoksa bir eser sözleşmesinden bahsedilemez, ancak bir satış sözleşmesi söz konusu olabilir.²⁰² Malı olduğu ve gördüğü şekliyle kabul eden alıcıdan farklı olarak, iş sahibi olmasını istediği bir mal üzerinde hak sahibidir. İsviçre

¹⁹⁸ GAUTSCHI, OR Art.363, PN. 17; HUGUENIN, S. 857, PN. 3130.

¹⁹⁹ SCHMID / STÖCKLI, S. 228, PN. 1669.

²⁰⁰ SCHMID / STÖCKLI, S. 228, PN. 1669.

²⁰¹ BGE 117 II 259 If.264 E. 2b, SCHMID / STÖCKLI, S. 228, PN. 1669.

²⁰² GAUTSCHI, OR Art.363 PN. 17; BÜHLER, OR Art.363, PN. 142.



hukuku açısından alıcı iyileştirme hakkına sahip değilken, iş sahibi ayıbın giderilmesi hatta yeniden üretilmesini isteyebilmektedir.²⁹³ Türk hukukunda ise ayıbın giderilmesi talebi bakımından satış ile eser sözleşmesi benzerlik arz etmektedir.

4. Eser Teslim Sözleşmesinin Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Eser sözleşmesinde eserin imalinde kullanılacak malzemenin kısmen veya tamamen yüklenici tarafından temin edilmesi durumunda söz konusu sözleşme eser teslim sözleşmesi olarak isimlendirilmektedir.²⁹⁴ Daha önce ifade edildiği üzere eser sözleşmesinin iptidai şeklinde malzeme iş sahibi tarafından temin edilmekte²⁹⁵ fakat bazen yüklenici eserin meydana getirilmesi için gerekli mal-

²⁹³ VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil (Art.184-551), Zürich, 1972, s. 145.

²⁹⁴ Söz konusu sözleşmenin bizzat doğru çevirisi *malzeme teminli eser sözleşmesi* olup, Almanca metinde kullanılan *Lieferung* kelimesi, genel bir teslim yükümlülüğünden bahsedilemeyecek eser sözleşmesindeki teslim yükümlülüğüne işaret etmek üzere kullanılmaktadır. Fakat biz de Türk hukukunda kullanılan yaygın terkip olan eser teslim sözleşmesi tabirini kullanmaya devam edeceğiz. Yine malzeme tedarikli eser sözleşmesi tabiri de söz konusu kavramı karşılamak üzere kullanılabilir.

²⁹⁵ Esasen eserin üretiminde kullanılacak malzemenin temini için gerekli olan malzemeyi tedarik ve temin borcunun kimin üzerinde olduğu sorunu tartışmalıdır. Literatürde GAUCH tarafından savunulan ve hakim sayılabilecek görüşe göre, ilgili maddenin ilk fıkrasının (TBBK m.472 f.1 / Art.365 Abs.1 OR) ifade biçiminden, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece malzeme tedarik yükümlülüğünün iş sahibinin borçları içinde olduğuna ilişkin kanuni bir sonuç çıkarılabilir. Eserde kullanılacak malzemenin tedarik yükümlülüğünün yükleniciye isnadı ancak bunun açık biçimde kararlaştırılmasıyla mümkündür. Her ne kadar kanunda açık biçimde ifade edilmemiş olsa da kullanılacak malzemenin temini borcunun iş sahibine terettüp ettiği hususu izaha muhtaç olmayan kendiliğinden anlaşılabilir tabii bir netice olup, doğrudan olmasa da kanun malzemeyi kimin temin etmesi gerektiğini dolaylı olarak belirtmiştir. Yüklenicinin malzemeyi tedarik borcunu üstlenip üstlenmediği sorunu öncelikle sözleşmenin yorumuyla aydınlatılması gereken bir mesele olup, en nihayetinde sözleşmede kararlaştırılan ücret de dikkate alınmalıdır. Sözleşmede bir koma ile alakalı oluşacak tereddüdün sözleşmeyi hazırlayan aleyhine yorumlanması gibi yorum kurallarının belirleyici ve müdahil olmadığı durumlarda, malzemeyi temin yükümlülüğünün kime ait olduğuna ilişkin şüphe iş sahibi aleyhine, yüklenici lehine yorumlanmalıdır. Bununla birlikte sözleşmenin yorumunda, malzeme temin yükümlülüğünün tarafların kendi branşlarındaki veya sözleşmenin ilgili olduğu teamüllere istinaden, yüklenicinin malzeme temin borcunu zimnen üstlenmiş olabileceği dikkate alınmalıdır. Bkz. GAUCH, S. 29, PN. 74 ff.; KOLLER, OR Art.363 PN. Art.365 PN. 27. Buna karşın, azınlıkta kalan ve BÜHLER tarafından savunulan görüşe göre, kanununda malzeme tedarik borcunun iş sahibinde olduğu yönünde bir karine/ön kabul mevcut değildir. Yazara göre, sorun senet sözleşme hükümleri, kararlaştırılan bedelin miktarı/yüksekliği, yapılacak eserin mahiyeti gibi hususlar dikkate alınarak çözümlenmelidir. Yine yazara göre uygulamada komya ilişkin çoğu zaman sözleşmede bir hüküm bulunmadığı için, mesele, sözleşmenin ilgili olduğu branşın teamüllerine göre çözümlenmelidir. BÜHLER gerek herhangi bir gerekçe göstermemesi gerekse atıfta bulunduğu yazarlar itibarıyla KOLLER tarafından tenkit edilmiştir. KOLLER, BÜHLER'in görüşünü destekleme sadesinde atıfta bulunduğu yazarlardan bir



zemenin tedarikini de üstlenmektedir. İsviçre hukukunda “*Werklieferungsvertrag*” diye isimlendirilen ve kavramsal olarak Alman Medeni Kanunu m.651’in yan başlığından alınan, eser sözleşmesinin bu alt tipi Türk hukukunda *eser teslim sözleşmesi* olarak isimlendirilmektedir.²⁹⁶ Metinde kullanılan “*Lieferung*” kelimesi genel olarak teslim anlamında ise de bahsi geçen bağlamda eserin meydana getirileceği malzemenin temini, bu malzemenin taraflarca kararlaştırılan eser şekline sokulması ve nihai olarak bu eserin iş sahibinin mülkiyetine naklini ifade etmektedir.²⁹⁷ “*Eser teslim sözleşmesi*” kavramı “*Werklieferungsvertrag*” kelimesinin lafzen tercümesine uygun ise de anlam merkezli bir çeviri olan “*malzeme teminli eser sözleşmesi*” kavramının kullanımı bizce daha uygun gözükmektedir. Bilhassa Alman hukukunda olduğu gibi manevi birtakım neticeler eser sözleşmesi kapsamında ele alındığında genel bir teslim yükümlülüğünden bahsedilemeyeceği açıktır.²⁹⁸ Bu anlamda teslim yükümlülüğünün var olduğu eser sözleşmesini ifade etmek ve teslim yükümlülüğüne vurgu yapmak üzere “*teslimli eser sözleşmesi*” tabiri de kullanılabilir.

Yüklenicinin meydana getireceği ürün için malzemeyi bizzat tedarik yükümlülüğü altında olduğu sözleşme tipinin tavsifi, eser sözleşmesinin satım sözleşmesine ait bir unsuru ihtiva edip etmediği sorunu açısından son derece belirleyici bir husustur. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği sözleşmelere de eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını belirtmek suretiyle, Roma hukukundaki düzenleme tarzından

kısımını (OSER / SCHÖNENBERGER OR Art.365 PN. 11; TERCIER N 3429) bilakis aksi kanaate okuduğuna, bir diğerinin (GAUTSCHI, OR Art.365 PN. 2a) ise sorunun çözümüne ilişkin kararlar belirtmediğini ileri sürmüştür. KOLLER, OR Art.365 PN 27. Her hâllükârda yazarların ittifak ettiği hususlar dâvetle sorunun çözümüne sözleşmenin yorumu yoluyla ulaşılabileceği ve kararlaştırılan bedelin miktarının sorunun çözümünde belirleyici rol oynayacağıdır. Bizce de BÜHLER’in ifade ettiği gibi kamuda malzemenin kural olarak iş sahibi tarafında temin edileceğine ilişkin bir karine bulunmamaktadır. Böyle bir ön kabul, çok çeşitli tezahür biçimlerine sahip olan ve hâkim görüşçe uygulama alanı oldukça geniş tutulan eser sözleşmesi ile bağdaşmayacaktır. Onlarca farklı biçimi içine alan eser kavramı için böyle bir ön kabulden ziyade, sözleşmenin yapıldığı branştaki teamüller dikkate alınmalıdır. Türk hukukunda da malzemeyi temin yükümlülüğünün kime ait olduğu konusunda görüş birliği yoktur. EREN’e göre, s. 617, şüphe halinde malzeme sağlama borcunun yükleniciye değil iş sahibine ait olduğu kabul edilmelidir. Buna karşın TANDOĞAN, s. 105, eBK m.357/1’in kural olarak malzemeyi müteahhidin getireceği yorumuna daha elverişli olduğunu savunmaktadır. Ayrıca bkz. SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s. 97.

²⁹⁶ EREN, s. 617; ARAL / AYRANCI (2018) s. 378.

²⁹⁷ BÜHLER, OR Art.363, PN. 4; KLAUSER, Peter, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Zürich, 1973, S. 3.

²⁹⁸ KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2011, s. 80.



uzaklaşmış ve mülkiyetin nakli borcu içeren satış hukukunun bir unsurunu eser sözleşmesine katmıştır. Eser sözleşmesinin uygulama alanını oldukça genişleten kanun koyucunun bu tercihi, satış ile eser teslim sözleşmesinin birbirlerinden ayırt edilmelerine dair bazı, halli müşkül sorunlara yol açmıştır.²⁰⁹

Söz konusu sözleşme, Türk-İsviçre hukukunda birçok tartışmanın da kaynağını teşkil etmektedir. Mezkûr sözleşmenin kaynağı eBK madde 357 olup ilgili madde şu şekildedir:

“Mütaahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir.”

Madde metninden neşet eden tartışmalardan ilkinin sebebi **“bayi gibi mütekeffildir”** ibaresidir. Söz konusu ibareden ne anlaşılması gerektiği doktrinde birtakım görüş ayrılıklarına sebebiyet vermiştir. İsviçre’de hâkim sayılabilecek bir görüşe göre madde ile kastedilen husus, malzemenin kısmen veya tamamen bizzat yüklenici tarafından temin edildiği durumlarda, yüklenicinin temin ettiği malzemeye ilişkin üçüncü kişilerin üstün hak iddiası karşısında zapta karşı tekeffül borcunun, satış sözleşmesindeki TBK m.214 vd./OR Art.192 hükümlerine tâbi olduğudur.²¹⁰ Yani hüküm zapttan sorumluluğu ifade etmektedir.²¹¹ Bu görüşe göre maddedeki ifade, eser teslim sözleşmelerinde satın sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı yönünde yanlış bir intibaa sebebiyet vermemelidir.²¹² Diğer bir görüşe göre ise **“bayi gibi mütekeffildir”** ibaresinin anlamı, yüklenicinin, hem üçüncü kişilerin üstün hak iddiaları ile ilgili hem de maddi ayıplarla ilgili satış hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmasıdır.²¹³

Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda sade bir dille benzer bir hüküm (TBK m.472) ihdas edilmiştir. Yeni metin şu şekildedir:

²⁰⁹ SCHILD, S. 218.

²¹⁰ HUGUENIN, PN. 3127.

²¹¹ EREN, s. 618; ARAL, (2010), s. 334.

²¹² HUGUENIN, PN. 3127.

²¹³ SELİÇİ, İnşaat, s. 99; Konuya ilişkin ihtilafa değinmeksizin, yüklenicinin maddi ve hukuki ayıplar için eBK m.194’e göre sorumlu olacağı yönünde bkz. TUNÇOMAĞ, s. 998; Tartışmaya temas etmeksizin ve eBK m.357’ye atıfta bulunmaksızın, yüklenicinin satıcının ayıptan sorumluluğu kurallarına göre sorumlu olacağı yönünde bkz. HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 362; BİLGE, s. 250; TANDOĞAN, s. 106, bununla birlikte yazar eser teslim sözleşmesinin Borçlar Kanunu’nda satış sözleşmesinin bir çeşidi olarak görülmediğini de ifade etmektedir. Söz konusu ihtilafa dair bir değerlendirme için bkz. ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 100 vd.; BÜYÜKAY, s. 157.



“Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.”

Maddenin gerekçesinde kanun koyucu şu ifadelerle, yüklenicinin malzemenin ayıplı olması halinde satıcının sorumluluğuna yapılan yollamanın yalnızca ayıptan sorumlulukla ilgili olduğunu, zapttan sorumluluk halinde ise genel hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. *“Böylece yüklenicinin, kendisi tarafından sağlanan malzeme bakımından, zapttan sorumluluğunun değil, ayıptan sorumluluğunun söz konusu olduğu, fıkra da duraksamaya yer bırakmayacak biçimde belirtilmiştir.”*²¹⁴

Kanun koyucu, vardığı sonucu izah amacıyla, ilk önce kanun metnindeki yeni ifadeye yollama yapmaktadır. Buna göre *“Maddenin birinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 357’nci maddesinin birinci fıkrasında kullanılan ‘...malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir.’ şeklindeki ibare, Tasarıda ‘... bu malzemenin ayıplı olması yüzünden işsahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.’ şekline dönüştürülmüştür.”*²¹⁵

Kanun koyucu yeni metnin anlamını tayin ederken yüklenicinin, kendisi tarafından sağlanan malzeme bakımından, zapttan sorumluluğunun değil, ayıptan sorumluluğunun söz konusu olduğu şeklindeki ön tespitine dair sunduğu bir diğer gerekçe ise şu şekildedir. *“...genellikle ayıplı eserde kullanılan malzeme üzerinde bir üçüncü kişinin üstün hak ileri sürerek, bu malzemenin eserden sökülüp kendisine verilmesini istemesi, ‘yaratılan değer korunması ilkesi’ ne aykırı olduğu gibi, burada meselâ satış sözleşmesinde tam zapt hâlinde, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine ilişkin Tasarının 216’ncı maddesinin uygulanması, fıkra da yapılan düzenlemenin amacı ile bağdaşmayacaktır.”*

Yüklenicinin, kendisi tarafından sağlanan malzeme bakımından, üzerinde bir üçüncü kişinin özel hukuktan doğan bir üstün hakka sahip olması durumunda ise yüklenicinin sorumluluğunun genel hükümlere göre tayin edileceği yine gerekçede ifade edilen bir diğer husustur.

Yalnız gerekçedeki bu açık ifadeye rağmen, yeni Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra da konuya dair ihtilaf sonlanmış değildir.²¹⁶

²¹⁴ TBK Gerekçesi.

²¹⁵ TBK Gerekçesi (Vurgular, orijinal metinde yok).

²¹⁶ Söz konusu görüşler için bkz. ALTINER YOLCU, s. 3166 vd.



Bir görüşe göre yeni hükümde yüklenicinin malzemenin ayıplı olmasından dolayı satıcı gibi sorumlu olacağı belirtilmiş olması sebebiyle tartışma bu yönüyle sona ermiştir.²¹⁷

Buna karşın, İsviçre'deki hâkim görüşe bağlı kalan bir görüş, kanun yürürlüğe girdikten sonra da satış sözleşmesine yapılan yollamanın, yüklenicinin yalnızca zapttan doğan sorumluluğu bakımından olduğunu savunmaktadır.²¹⁸

Soruna dair bir değerlendirme yapmak icap ederse, öncelikle gerekçede yeni düzenlemenin nasıl anlaşılması gerektiği yönündeki açıklamalardan başlanmalıdır. Gerekçede iki metnin farklı olduğu yönündeki ifadenin doğruluğu bizce tartışmaya açıktır. Öncelikle eski Borçlar Kanunu'nda kullanılan *"malzemenin iyi cinsten olmamasından"* ne anlaşılması gerektiği kanun bir bütün olarak dikkate alınmak suretiyle tespit edilmelidir. Eski kanunda ayıba karşı tekeffülün düzenlendiği m.194'te bayinin müşteriye karşı mebiin zikir ve vadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi **maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini** veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle **tenkis eden** ayıplardan da sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Kanunda açık biçimde malın kıymetini tenkis eden yani azaltan ayıplardan bahsedilmiş olması karşısında, malzemenin iyi cinsten olmamasının malın kıymetini azaltacağı, dolayısıyla maddi ayıp olarak telakki edileceği hususunda tereddüt bulunmamalıdır. Zira ayıp *"satılanın fiziksel, yapısal, işlevsel, özellikleriyle ilgili nitelik eksikliğidir"*.²¹⁹ Diğer bir tabirle, kanunun lafzı dikkate alındığında malzemenin iyi cinsten olmaması ifadesi ile kastedilen husus maddi ayıplar olmalıdır. Zaten, eski kanunun yürürlükte olduğu dönemde, doktrin- de bazı yazarlar herhangi bir tereddüde kapılmaksızın, maddedeki tekeffülün hem zapta hem de ayıba karşı teminatı (tekeffülü) ihtiva ettiğini beyan etmişlerdir.²²⁰ Peki, yeni kanunda kullanılan *"malzemenin ayıplı olması yüzünden"* ibaresi ile *"malzemenin iyi cinsten olmamasından"* ibaresi arasında kanun koyucunun gerekçede verdiği sonucu destekleyen bir fark bulunmakta mıdır? Kanaatimize göre malzemenin iyi cinsten olmaması malzemenin ayıplı olmasının muhtemel tezahür biçimlerinden birisi olarak, malın ayıplı olmasının yalnızca somutlaştırılmış bir örneğidir. Eski kanun dö-

²¹⁷ ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 514; Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, (2012), C. II, s. 18.

²¹⁸ ARAL / AYRANCI (2018), s. 379; EREN, s. 618.

²¹⁹ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 91.

²²⁰ BİLGE, s. 250.



neminde ilgili ibare yüklenicinin, kendisi tarafından sağlanan malzeme bakımından ayıba ilişkin sorumluluğunun tahdidi olmayan bir örnekleme olarak düşünülebilir veya ifade ayıba karşı tekeffülü düzenleyen eBK m.194 ışığında yorumlanabilir ve doğrudan doğruya genel olarak ayıp olarak anlaşılabilir. Bu anlamda yeni kanunda kullanılan *malzemenin ayıplı olması* ifadesinin eski metne nazaran tek farkı, bu tarz bir yoruma gerek bırakmayacak tarzda, eski kanundaki somut ifadenin daha soyut ve ayıptan sorumluluk hükmü ile terminolojik olarak uyumlu hale getirilmesinden ibarettir. Yoksa, kanun koyucunun ifade ettiği gibi, yüklenicinin, kendisi tarafından sağlanan malzeme bakımından, zapttan sorumluluğunun mu, yoksa ayıptan sorumluluğunun mu söz konusu olduğu tartışmasında sorunu, ayıptan sorumluluk lehine çözen rijit bir ifade değişikliği metnin lafzında mevcut değildir. Ancak, sorunu çözen değil, eski kanundaki mevcut çözüm tarzını teyit ve tekit eden daha kapsayıcı bir ifade kalıbı kullanıldığında da şüphe yoktur.

Yukarıda izah edildiği üzere, kanun koyucu, malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği durumlarda, malzeme üzerinde üçüncü bir kişinin özel hukuktan doğan üstün bir hakka sahip olması durumunda, yüklenicinin sorumluluğunun genel hükümlere göre tayin edileceğini beyan ederken iki gerekçe ileri sürmüştür. İlk gerekçeye göre, eserde kullanılan malzeme üzerinde üçüncü bir kişinin üstün hak ileri sürerek, bu malzemenin eserden sökülüp kendisine verilmesini istemesi, “yaratılan değer korunması ilkesi”ne aykırıdır.

İkinci gerekçe ise satış sözleşmesinin örneğin tam zapt hâlinde (TBK m.217) sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine ilişkin hükmünün, eser teslim sözleşmesine uygulanmasının fıkra yapılan düzenlemenin amacı ile bağdaşmayacağıdır.

Kanun koyucunun sunduğu ilk gerekçe, hukuki taşıyırle²²¹ ilgili olup, esasen daha önce *Feyzioğlu* tarafından ileri sürülen, eser teslim sözleşmesinde eserin meydana getirildiği malzemenin üçüncü kişiye ait olması durumunda TMK m.775 nedeniyle, zapt hükümlerinin uygulanmasına çoğu zaman olanak bulunmadığı şeklindeki görüşle uyumludur. TMK’nın anılan hükmüne göre bir kimse başkasına ait bir şeyi işler veya başka bir şekle sokarsa, emeğin değerinin o şeyin değerinden fazla olması hâlinde, yeni şey işleyen, aksi hâlde malikin olur. İşleyen iyiniyetli değilse, emeğin değeri işlenen şeyin

²²¹ OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2018, s. 755 vd.



değerinden daha fazla olsa bile hâkim, yeni şeyi malike bırakabilir.¹²² Örneğin ceviz ağacından yapma belli bir büyüklüğe sahip bir masanın sipariş verilmesi halinde, yüklenici masayı yaparken şayet kullandığı ceviz ağacından üretilen malzeme üçüncü bir şahsa aitse, masa, emeğin değerinin malzemedan fazla olması kaydıyla yükleniciye ait olacaktır. Dolayısıyla bu görüşe göre, malın iş sahibine teslim edilmesi durumunda, malzeme sahibi üstün hak iddiasıyla, iş sahibine başvuramayacaktır. Yalnız yazarın göz ardı ettiği husus, yüklenicinin malın mülkiyetini kazanmasının iyi niyet koşuluna bağlanmış olduğudur. Dolayısıyla yüklenicinin iyi niyetli olmadığı durumlarda, iş sahibi açısından zapt hükümlerinin tatbiki mümkün olacak ve iş sahibi için hukuki bir koruma sağlayacaktır. Kaldı ki bu tip bir gerekçeden hareket edildiğinde, satış sözleşmesinde öngörülen zapta karşı tekeffül hükümleri de söz konusu hükümlerin bilhassa TMK'daki iyi niyet hükümleri sebebiyle uygulama alanını büyük ölçüde yitirmiş olması dolayısıyla¹²³ kaldırılması ve satıcının zapttan sorumluluğunun genel hükümlere havale edilmesi gerekirdi. Sonuç olarak eser teslim sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasındaki büyük benzerlik sebebiyle, eser teslim sözleşmesinde satış hükümlerine yapılan yollama, bu büyük benzerlik göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır. TMK'daki hukuki taşıyıcı hükümleri, sorumluluk cihetiyle yüklenici ile satıcı arasında zapta karşı tekeffül noktasında bir farklılık gözetilmesinin gerekçesi olamaz. Ayrıca zapt halinde yüklenicinin sorumluluğu için kusuru şart koşan genel hükümlere yollama yapmak yüklenicinin sorumluluğun satıcıya nazaran daha hafif takdir edilmesine sebebiyet verecektir ki, bunun için makul bir sebep gözükmemektedir. Özellikle şu soru göz önünde tutulmalıdır? Satılan malın tam zaptı halinde, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ererken, büyük ölçüde satışa benzeyen eser teslim sözleşmesinde, teslim edilen eserin, örneğin yüklenicinin kötü niyetli olması sebebiyle malın mülkiyetini edinmemesi (TMK m.775/II) durumunda, eser teslim sözleşmesinin farklı bir muameleye tabi tutulmasının gerekçesi nedir?

Hülasa olarak, satış sözleşmesi ile eser teslim sözleşmesi arasında ciddi bir benzerlik bulunmaktadır. Bu benzerlik dolayısıyla kanun koyucu eser teslim sözleşmesinde, satış hükümlerine yollama yapmıştır. Gerek eski ka-

¹²² Fakat iş sahibinin iyiniyetli olması durumunda eserin mülkiyetini kazanacağı da göz önünde bulundurulmalıdır (TMK m.763).

¹²³ SEROZAN'ın tabiriyle "...zapt sorumluluğu yasa yapıtları arasında adeta kuruma terkedilmiş gibidir." HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 82.



nundaki ifade gerekse eski kanundaki ifadeyi tekit eden fakat daha kapsayıcı olan yeni kanundaki ibare, eser teslim sözleşmesinde malın ayıplı olması durumunda, açıkça satıcının ayıptan doğan sorumluluğu hükümlerine yollama yapmaktadır. Eser teslim sözleşmesinde, yüklenicinin zaptan sorumluluğuna gelince, gerekçede genel hükümlere yapılan yollama birçok açıdan sorunlu olup, bu konuda bir kanun boşluğunun varlığı kabul edilmelidir.

Söz konusu boşluk ise her iki sözleşme tipi arasındaki benzerlik nedeniyle maddi ayıp hususunda satışa atıf yapan hükme kıyasla çözümlenmeli ve eser teslim sözleşmesinde kullanılan malzeme ile ilgili üçüncü kişinin üstün hak iddiası, satıcının zapta karşı sorumluluğu hükümleri (TBK m.214) çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır.²²⁴ Biraz daha açmak gerekirse, şayet bir eser teslim sözleşmesi söz konusu ise, yalnızca malın ayıplı olması halinde değil, üçüncü kişinin üstün hak iddiası karşısında da satış sözleşmesindeki zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanmalıdır. Bu suretle, eser teslim sözleşmesini satış sözleşmesinin bir alt türü olarak gören ve sonuçları itibarıyla satış sözleşmesinin sonuçlarına tabi tutan modern eğilime uyum sağlanmış olacaktır.

5. Eser Teslim Sözleşmesinin Müstakbel Bir Eşyanın Satımını Konu Edinen Satış Sözleşmesinden²²⁵ Ayrılması

Eser sözleşmesinin satım sözleşmesinden ayırt edilmesi noktasında müstakbel bir eşyanın satımını konu edinen satış sözleşmesi ile montaj yükümlülüğü içeren satış sözleşmesinin bilhassa eser teslim sözleşmesinden ayırımı noktasında birtakım güçlükler ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle birisi gelecekte temin edilecek bir eşyanın satımı, diğeri montaj yükümlülüğü içeren satış sözleşmesi olmak üzere iki satış tipinin, eser teslim sözleşmesinden ayırımı güçlük arz etmektedir. Müstakbel bir eşyanın satımını konu edinen satış sözleşmesinde, satıcı, henüz hiç var olmayan bir şeyin mülkiyetini nakil borcu altına girmektedir.²²⁶ Eser teslim sözleşmesinde de yüklenici, malzemesini kendisi temin etmek zorunda olduğu eseri tamamladıktan sonra eserin mülkiyetini iş sahibine nakledeceği için, bu tip durumlarda ortada bir eser teslim sözleşmesinin mi yoksa satış sözleşmesinin mi olduğunu tespit etmek bazı zorluklar barındırmaktadır.²²⁷ Söz konusu sözleşmeler arasındaki ayırım

²²⁴ Aksi yönde bkz. SELİÇİ, s. 102.

²²⁵ Kauf über eine künftige Sache, Beschaffungskauf, Lieferungskauf.

²²⁶ MÜLLER-CHEN / GIRSBERGER / DROESE, S. 213, PN.13; Krş. GAUTSCHI, Vorb. PN.17.

²²⁷ GAUCH, S. 48, PN. 126.



için “mülkiyetin nakli” kriterinin elverişli bir kriter olmadığı ifade edilmelidir. Zira, eser sözleşmesi bağlamında da yüklenicinin kullanılacak malzeme-yi bizzat kendisinin temin ettiği durumlarda, yüklenici eser tamamlandıktan sonra taşınır eşyanın mülkiyetini iş sahibine temlik etmektedir. Buna karşılık yüklenicinin iş sahibinin arsası üzerinde inşa faaliyetinde bulunduğu durumda da bütünleyici parçanın kaderinin asıl şeyin kaderine tabi olması kuralı gereği (TMK 684, ZGB 642) asıl eşyanın bütünleyici parçası teşkil eden eşyanın mülkiyetinin nakline ayrıca gerek yoktur. Verilen örneklerde görüldüğü gibi, mülkiyetin nakli kriterinin elverişli bir kriter olmadığı ortadadır.²²⁸

İsviçre yargısı ise içtihatlarında (BGE 72 II 349) sorunun çözümünde misli-gayri misli eşya ayrımından hareket etmektedir. İsviçre uygulaması söz konusu içtihatlarında, eser teslim sözleşmesinin konusunu, ferdan tayin edilmiş gayri misli eşyaya hasretmek suretiyle, sözleşmenin konusunun misli olduğu durumlarda satış, gayri misli olduğu durumlarda ise eser sözleşmesinin varlığını kabul etmiştir. Fakat İsviçre yargısının bu ayrımının mutlak bir kriter olarak benimsenmeye elverişli olmadığı ve eser teslim sözleşmesinin konusunun pekâlâ misli mallar olabileceği, müstakbel bir satışın konusunun ise gayri misli bir mal olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiş ve misli-gayri misli eşya ayrımına dayanan ölçünün en fazla sözleşmenin ve sorunun yorumuna yön veren yardımcı bir unsur olabileceği ifade edilmiştir.²²⁹

Eser teslim sözleşmesini müstakbel bir eşyanın satışından ayıran kıstaslardan ilki, yüklenicinin imal, diğer tabirle üretim yükümlülüğüdür.²³⁰ Müstakbel bir eşyanın satımında satıcı gelecekte bir eşyanın üretimini değil, mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesini üstlenmektedir.²³¹

Mülkiyet nakline konu eşya hali hazırda mevcut üretilmiş bir eşya olabileceği gibi, gelecekte üretilecek bir eşya da olabilir. Bunun bir önemi olmayıp mühim olan borçlunun asli yükümlülüğünün mülkiyetin naklinden ibaret olmasıdır.²³² Halbuki eser teslim sözleşmesinde, yüklenici malzemesini kendisinin temin ettiği bir ürün imal etmek zorundadır. Sözleşme konusu eşyanın bizzat borçlu tarafından mı üretildiği yoksa üçüncü bir kişiden mi temin edil-

²²⁸ HUGUENIN, S. 858, PN. 3131.

²²⁹ GAUCH, S. 49, PN. 129.

²³⁰ BÜHLER, OR Art.363, PN. 12; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 313.

²³¹ BÜHLER, OR Art.363, PN. 12.

²³² BÜHLER, OR Art.363, PN. 12.



diği soruları bir önem arz etmeksizin, sözleşmenin konusunun bir şeyin imali/ üretimi olduğu durumlarda eser, aksi takdirde satış sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir.²³¹ Buna göre şöyle bir formülasyon geliştirilebilir: *Sözleşmede şayet imal ve üretim faaliyeti merkezi bir rol oynuyor ve daha çok ön plana çıkıyorsa, alacaklının yönlendirme ve ürünün kontrol ve takibine ilişkin hakları söz konusu ise eser, değilse satış sözleşmesi mevcuttur.*²³⁴

Her şeyden önce somut sözleşme hükümlerinin yorumu ile çözüme kavuşturulması gereken sorunda küçük ifade farklılıklarıyla değişik kriterler gündeme gelmiştir. *Bühler*'e göre alacaklının üretim ve imal sürecine müdahale hakkına sahip olduğu veya üretim sürecini etkilediği ve bu süreçte aktif olduğu, örneğin planının onaylanmasının alacaklıya bırakıldığı sözleşmeler eser sözleşmesi olarak kabul edilmelidir.²³⁵ Aksi takdirde ise, yani borçlunun mevcut sözleşme olmaksızın malı her halükârda ürettiği durumlarda; malın piyasa da yaygın olarak satılan bir ürün olması veya katalog üzerinden sipariş verilmesi durumunda; yine alacaklı açısından malın hali hazırda mevcut olması ile sonradan üretilecek olması arasında bir fark olmaması durumunda ise satış sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir.²³⁶

Bir ürünün iş sahibinin şahsına özel olarak üretildiği durumda bu sözleşme eser sözleşmesi olarak kabul edilmekle birlikte, yüklenicinin iş sahibi ile aralarında bir eser sözleşmesi olmaksızın dahi üretmiş olacağı varsayılan seri üretimlerde ise gelecekte üretilen bir eşyanın konu olduğu bir satış sözleşmesi söz konusudur.²³⁷ İş sahibi, sözleşmenin kurulduğu esnada, malın henüz üretilmediğini bilmiyor veya bu durum yani malın henüz üretilip üretilmediğini bilmesinin bir ehemmiyeti yoksa, bu durum sözleşmenin satış olarak yorumlanması için bir işarettir.²³⁸ Teorik anlamda geliştirilen kıstasların basit bir örnek üzerinde somutlaştırılması gerekirse, *Koller* tarafından verilen şu örnek alıntılanabilir.²³⁹ Bir katalogda gördüğü yüzüğü satın almak isteyen A, yüzüğün üreticisi X'e yüzüğü satın almak istediğini belirtir. X, söz konusu yü-

²³¹ GAUCH, S. 48, PN. 127.

²³² SCHÖNLE, Herbert, OR Art.184 PN. 134 in: ZÜRCHER KOMMENTAR, Band V/2a/1- Das Obligationenrecht, Art.184-191 OR, Kauf und Tausch/ Schenkung, Zürich, 1993.

²³³ BÜHLER, OR Art.363, PN. 12.

²³⁴ GAUCH, S. 49, PN. 128.

²³⁵ HUGUENIN, S. 858, PN. 3132.

²³⁶ HUGUENIN, S. 858, PN. 3132.

²³⁷ KOLLER, OR Art.363 PN. 106.



züğün hali hazırda mevcutta olmadığını fakat çok hızlı biçimde hazırlayabileceğini/üretebileceğini ifade eder. Yazara göre böyle bir durumda bahsi geçen üretim, satış sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Satıcının ürünün mevcutta bulunmadığına ve üretmek zorunda olduğuna değinmeksizin, doğrudan sattığı durumlarda ise satıcı her ne kadar malı üretmeyi borçlanmamış olsa da bu üretim/imal yükümlülüğü doğrudan dürüstlük kuralından yani kanundan (TMK m.2) doğmaktadır.²⁴⁰

Yine Yazar, verilen örnekte üretim yükümlülüğü mevcut olmasına rağmen ortada bir eser değil satış sözleşmesi bulunduğu tespitinin bu tip bir örnekte kolay olsa da borçlunun üretim yükümlülüğü altında bulunduğu somut her bir olayda bunun bu kadar da kolay olmayacağını ifade etmektedir. Buna göre, borçlunun üretim yükümlülüğü altında olmadığı sözleşmelerde, eser sözleşmelerinin asli unsuru olan "üretim/imal" unsurunun mevcut olmaması sebebiyle ortada bir eser sözleşmesinin bulunmadığının tespiti kolaydır. Ortada bir "üretim/imal" yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda ise, sorun, üretim/imal yükümlülüğü ile sözleşmede kararlaştırılan ücret/bedel ödeme yükümlülüğü arasındaki ilişki dikkate alınarak çözülecektir.²⁴¹ Bu kıstasa göre bahsi geçen yükümlülükler yani üretim yükümlülüğü ile bedel ödeme yükümlülüğü tam bir karşılıklılık esası üzerine konumlandırılmış, diğer tabirle her bir edim diğer edimin sebep ve karşılığını oluşturuyor ise yani edimler arasında tam bir karşılıklılık ilişkisi (synallagma) varsa,²⁴² sözleşme eser sözleşmesi niteliğindedir. Kısaca, borçlu ödediği bedeli bizatihi eşyanın kendisi için mi ödemektedir, yoksa daha ziyade üretim yükümlülüğüne mi karşılık gelmektedir? Koller birinci durumda satış, ikinci durumda eser sözleşmesinin varlığını kabul etmekte ve he ne kadar, birinci durumda da bir üretim yükümlülüğü bulursa dahi bu yükümlülüğün yan bir yükümlülük olduğunu ve sözleşmenin satış vasfını değiştirmedikçe ifade etmektedir.²⁴³

Yazar sorunun somut olayın yorumu ile açıklığa kavuşacağına atıfla, gayri misli bir eşyanın alacaklının istekleri doğrultusunda üretildiği, muhtevanın alacaklı tarafından belirlendiği durumlarda bir eser sözleşmesinin varlığını; misli eşya söz konusu olduğu durumlarda ise kural olarak satış sözleşmesinin

²⁴⁰ KOLLER, OR Art.363 PN. 107.

²⁴¹ KOLLER, OR Art.363 PN. 107.

²⁴² EREN, s. 211; LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, ZWEITER BAND BESONDERER TEIL I. HALBBAND, München, 1986, s. 202.

²⁴³ KOLLER, OR, Art.363 PN. 107.



varlığını kabul edilmekle birlikte, bunun her zaman böyle olmadığını, bil-hassa misli eşyanın salt bir kişi için üretilmesinde veya malın sipariş üzerine üretilmesinde üçüncü kişinin bir menfaatinin bulunması halinde misli eşyalarda da eser sözleşmesinin mümkün olabileceğini ifade etmektedir.²⁴⁴ Örneğin, yukarıda verilen örnekte nişanlısı ve kendisi için bir çift evlilik yüzüğü satın almak üzere kuyumcuya giden X'in yüzükleri inceledikten sonra, hazır olan yüzüklerden değil de bizzat kendisi için üretilmiş bir yüzük satın almak istemesi durumunda, satış değil eser sözleşmesi söz konusu olacaktır.²⁴⁵

Bir eşyanın misli eşya mı gayri misli eşya mı olarak değerlendirileceği, yaygın ticari teamüllere ve ticari örf âdete göre belirlenecektir. Eşyanın hususi bazı vasıflarının ön plana çıktığı, merkeze alındığı hallerde gayri misli, aksi takdirde misli eşya söz konusudur. Gelecekte üretilecek bir eşyanın siparişi durumunda, borçlunun sipariş verilen eşyaya olan menfaatinin genel ticari teamülle örtüştüğü genel olarak kabul edilebilir.²⁴⁶ Diğer bir ifadeyle, borçlu gelecekte üretilecek, henüz mevcut olmayan bir ürün sipariş etmiş olsa da siparişi verilen ürünle ilgili beklentisi, menfaati piyasadaki beklenti ile büyük ölçüde aynı olduğu durumda her ne kadar bir üretim söz konusu ise de eser değil satış söz konusudur. Alacaklının mala ilişkin menfaatinin, ürüne ilişkin ticari teamüllerle şekillenmiş yaygın menfaat beklentisi ile örtüşmediğini iddia eden taraf bunu ispat etmek zorundadır.²⁴⁷ Eşyanın hususi birtakım vasıflara sahip olduğu durumlarda, sözleşmenin vasfına ilişkin tereddütler eser sözleşmesi lehine giderilmeli ve sözleşme eser sözleşmesinin hükümlerine tabi olmalıdır. Zira İsviçre hukukunda eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffülden doğan hükümleri, satış sözleşmesine nazaran, eser sözleşmesinin alacaklısına satış akdinden farklı olarak eseri tamir hakkı (Nachbesserungsanspruch) tanımış olması sebebiyle daha uygundur.²⁴⁸

²⁴⁴ KOLLER, OR Art.363 PN. 108.

²⁴⁵ KOLLER, OR Art.363 PN. 109.

²⁴⁶ KOLLER, OR Art.363 PN. 110.

²⁴⁷ KOLLER, OR Art.363 PN. 110.

²⁴⁸ KOLLER, OR Art.363 PN. 110 yazar yaptığı açıklamalarının sonunda seri halde üretilen otomobil teslimini, enerji teminini konu edinen sözleşmeleri müstakbel eşyanın satımı olarak tavsif etmektedir. Yazar, bir arsa sahibinin arsası üzerinde bir miktar mukabilinde bir bina inşasını ve ilerde bunun mülkiyetinin naklini konu edinen sözleşmeyi ise satış sözleşmesi olarak tanımlayan Federal Mahkeme kararına karşın (BGE 94 II 162), bu tarz bir sözleşmeyi, eser-satış karışımı bir sözleşme olarak tavsif etmektedir. Benzer yönde Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 118 II 142 ff. BGE 117 II 259. TBK açısından söz konusu fark ortadan kalkmış ve alıcıya da ayıplı malın onarılmasını isteme hakkı tanınmıştır. Onarım hakkı için bkz. ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 132.



Bir kez daha hatırlatılmalıdır ki, satış ile eser arasında ayırım problemi malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği durumlara münhasırdır. Yoksa malzemenin iş sahibi tarafından temin edildiği durumlarda sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu konusunda tereddüt yoktur.²⁴⁹

Son olarak sorunun izah edilen kriterlerden hiçbiri ile çözülemediği durumlarda bir ayırım kriteri olmamak kaydıyla misli-gayri misli eşya ayırımının bir dayanak noktası olarak kullanılabileceği doktrinde ileri sürülmektedir.²⁵⁰

6. Eser Teslim Sözleşmesinin Montaj Yükümlülüğü İçeren Satış Sözleşmesinden²⁵¹ Ayırt Edilmesi²⁵²

Montaj yükümlülüğü içeren satış sözleşmesinde, satıcı malın mülkiyetinin nakli ile birlikte, malın ayrıca bir zemine veya başka esere montajını yükümlenmektedir.²⁵³ Örneğin satılan brülör cihazının kalorifere bağlanması, satın alınan fabrikasyon yüzme havuzunun veya müzik ses sisteminin kurulumu, satın alınan kiremit sobanın sabitlenmesi ve kullanıma hazır hale getirilmesi, satın alınan mutfak dolabının mutfaka yerleştirilmesi montaj yükümlülüğü içeren satışın uygulamada sık karşılaşılan misalleridir.²⁵⁴

Buna göre belli bir semen karşılığında montaj yükümlülüğünün üstlenildiği eşya teslimi söz konusu ise, montaj yükümlülüğünün yan edim yüküm-

²⁴⁹ KOLLER, OR Art.363 PN. 112.

²⁵⁰ HUGUENIN, S. 858, PN. 3132.

²⁵¹ Kauf mit Montagepflicht. Fransızca kökenli montaj kelimesi, üretilmiş fakat nihai kullanıma hazır hale getirilmemiş bir ürünün kullanıma hazır hale getirilmesini amaçlayan eylemleri içerir. Bkz. GRAUE, S. 402.

²⁵² KOLLER'e göre, her bir yükümlülük için bağımsız olarak bir bedel kararlaştırıldığı ve bu bedelin ödendiği durumlarda, hukuki sonuçları ve kaderleri birbirlerinden farklı iki sözleşmenin (eser ve satış) varlığı söz konusu olup, bu tip durumlarda çok çok, sözleşmelerden birinin akdinin diğer sözleşmenin yapılmasına bağlandığı (şart koşuldağı), diğer tabirle birisi olmaksızın diğerinin yapılmadığı bağlanılı sözleşme figürünün olduğu söylenebilir. Aynı güçlük teşkil etmeyen bir diğer durum, satın konusu eşya üzerinde gerçekleştirilmesi arzu edilen değişikliğin bir ücret mukabilinde yapılmayıp, satış sözleşmesi içinde yan bir yükümlülük olarak kararlaştırılmış olması halidir ki, bu durumda da bir satış sözleşmesi mevcut olup, somut olaya göre yan yükümün ihlali halinde eser sözleşmesi hükümleri gündeme gelebilecektir. Bu tip sözleşmede satılan mal üzerinde birtakım değişikliklerin yükümlenildiği durumlarda bazen yapılacak değişiklik için tarafların arzularına uygun bir biçimde bir bedel ödenmesi kararlaştırılmakla birlikte, bu ücretin miktarı açık biçimde ifade edilmeksizin satış konusu malın fiyatına eklenerek (dahil edilerek) tek bir fiyat belirlenebilir. Eser sözleşmesi ile satın sözleşmesi arasındaki ayırımın güçleştiği alan ise bu tip olaylardır. KOLLER, OR Art.363 PN. 118 (PN. 114'e kıyasla), 139.

²⁵³ GAUCH, S. 50, PN. 130.

²⁵⁴ GAUCH, S. 50, PN. 130.



lülüğü olarak tavsif edilmesi şartıyla, söz konusu sözleşme satış sözleşmesi olarak görülebilir.²⁵⁵ Montaj yükümlülüğünün öngörüldüğü bu tip bir sözleşmenin satış olarak nitelendirilebilmesi, sözleşmedeki eşyanın teslimi unsurunun imal/iş/eylem unsuruna nazaran daha fazla ağırlık teşkil etmesi, daha çok ön plana çıkması koşuluna bağlıdır. Buna mukabil sözleşmenin ağırlık merkezinde imal/eylem unsurunun bulunması halinde sözleşme eser sözleşmesi olarak nitelendirilecektir.²⁵⁶ Genel olarak ve uzunca süre montaj yükümlülüğünün sözleşmenin vasfına tesir etmeyen bir alt yan yükümlülük olarak kabul edilmesi karşısında, montaj fiilinin sözleşme için oldukça önemli bir edim vasfını haiz olduğu durumlarda ise sözleşmenin niteliğinin satış-eser karma sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.²⁵⁷ Bu tip, her iki unsurun sözleşmenin gayesi bakımından eşit bir ağırlık gösterdiği durumlarda ortada karma bir sözleşme olup, sözleşmeden doğan hukuki sonuçlar söz konusu sorununun hangi sözleşme tipi altında ele alınacağına göre ayrımlanacaktır.²⁵⁸ Biraz daha somutlaştırarak ifade etmek gerekirse, eşyadaki ayıplar satış hukukundan doğan ayıba karşı tekeffül hükümlerine, montajdan doğan ayıplar ise eser sözleşmesinden doğan ayıba karşı tekeffül hükümlerine tabi olacaktır.²⁵⁹ Yalnız gerek eser sözleşmesi hükümlerine göre gerekse satış sözleşmesi hükümlerine istinaden ileri sürülen bir sözleşmeden dönme beyanı, sözleşmenin tamamına şamil olacaktır, meğer ki somut olayda dönmeye sebebiyet veren ayıbın isabet ettiği montaj çalışması üçüncü bir kişi (yeni bir yüklenici) tarafından yapılmaya müsait olsun. Ne var ki bu durumda da montajı yapması istenen yeni yüklenici, rekabet halinde olduğu rakip firmanın ürününün montajını kabul etmeyecektir.²⁶⁰

Montaj yükümlülüğü içeren bir ürünün satışı, eser sözleşmesinden bilhassa konusu itibarıyla ayrılmaktadır. Satış sözleşmesinin konusu bizatihi eşya olup (mebi'), konusu bir neticenin gerçekleşmesi olan eser sözleşmesinin

²⁵⁵ HUGUENIN, S. 858, PN. 3132.

²⁵⁶ HUGUENIN, S. 858, PN. 3132; bu anlamda bir farka tekniğin dikkat çekilmelidir. Bir sözleşme salt bir montaj yükümlülüğü de içerebilir. Yani sözleşme bir montaj sözleşmesi de olabilir, ki bu durumda ortada bir eser sözleşmesi olduğu noktasında kuşku yoktur. Özellikle ürünü satan kişi ile montaj edecek kişinin farklı olması durumunda, montaj yapacak kişi ile ayrıca eser sözleşmesi yapılmaktadır. Bkz. GRAUE, S. 402.

²⁵⁷ GAUCH, S.7 PN. 131.

²⁵⁸ HUGUENIN, PN. 3132.

²⁵⁹ GAUCH, S.7, PN. 131.

²⁶⁰ GAUCH, S. 50, PN. 131.



de kullanılan malzemeden ayırt edilmelidir. Satıcının aynı zamanda montaj ameliyesini yükümlendiği bir ürünün satışında malın gereği gibi kullanımı-
nı sağlayan ve bu anlamda tamamlayan montaj fiili alacaklının elde etmek
istediği şey açısından tali niteliktedir. Montaj şeklinde tezahür eden eylem,
satışın konusu eşyaya, daha doğrusu eşyanın mülkiyetinden gereği gibi is-
tifadeye yardım ve hizmet etmektedir. Aksi halde yani eser sözleşmesinde
(örneğin eylemin veya montajın ön plana çıktığı durumlarda) ise satın alınan
eşya elde edilmek istenen asıl gayeye yani eyleme (ör. ısıtma tesisatının ku-
rulumu) hizmet etmekte ve eşya hizmet ettiği eyleme nispetle (evin tamirati
veya boyanmasına) tali nitelikte kalmaktadır.³⁴¹

İfade edilen hususları toplama sadedinde şöyle söylenebilir. Montaj mükellefiyetli bir eşyanın satımında alacaklının asıl arzusu evvel emirde söz ko-
nusu ürüne sahip olmak olup, bu ürünün satımına eklenenen montaj faaliyeti
bu üründen istifadeyi sağlamaya matuf tali bir mükellefiyetten ibarettir ve bir
satış sözleşmesi söz konusudur. Bir faaliyet neticesinde arzulanan neticenin
yükümlendiği ve malzemenin yüklenici tarafından tedarik edildiği eser söz-
leşmelerinde ise asıl gaye sonucun gerçekleştirilmesinde kullanılan malzeme
değil bu malzemenin sözleşmede tayin edildiği şekle göre alacağı nihai şekil-
dir. Montaj yükümlülüğü ile birlikte malın tesliminin borçlandığı bir sözleş-
mede, sözleşmenin eser sözleşmesi mi yoksa satış sözleşmesi olarak mı tas-
nif edileceği sorusunda malın teslimi yükümlülüğü ile montaj yükümlülüğü
arasındaki fiyat ilişkisi ise, örneğin hangisinin daha maliyetli olduğu bir fikir
vennekle birlikte isabetli bir kriter olmayacaktır.³⁴²

³⁴¹ GAUCH, S. 51, PN. 133.

³⁴² GAUCH, S. 51, PN. 133; HUGUENIN, S. 858, PN. 3132; Buna karşın KOLLER farklı dü-
şünmektedir. Yazar hangi alanların sorunlu hangi alanların sorunsuz olduğu hususunda daha
önce dipnot 227'de aktarılan bir takım ön tespitler yapmıştır. Konu bütünlüğünü sağlamak ve
tartışmaya eklenecek yeni argümanların anlaşılması açısından bu ön tespitlerin tekrarı gerek-
mektedir. Buna göre her bir yükümlülük için müstakil olarak bir bedel kararlaştırıldığı ve bu
bedelin tediye olduğu durumlarda, hukuki sonuçları ve kaderleri birbirlerinden farklı iki
sözleşmenin (eser ve satış) varlığı söz konusu olup, bu tip durumlarda en fazla, sözleşmeler-
den birinin akdinin diğer sözleşmenin yapılmasına bağlandığı (şart koşulduğu), diğer tabirle
birisini olmaksızın diğerinin yapılmadığı bağlantılı sözleşme figürünün olduğu söylenebilir.
Ayrıca güçlük teşkil etmeyen bir diğer durum, satım konusu eşya üzerinde gerçekleştirilmesi
arzulanan değişikliğin bir ücret mukabilinde yapılmayıp, satış sözleşmesi içinde yan bir yü-
kümlülük olarak kararlaştırılmış olması halidir ki, bu durumda da bir satış sözleşmesi mevcut
olup, somut olaya göre yan yükümlünün ihlali halinde eser sözleşmesi hükümleri gündeme ge-
lebilecektir. Bu tip sözleşmede satılan mal üzerinde birtakım değişikliklerin yükümlendiği
durumlarda bazen yapılacak değişiklik için tarafların arzularına uygun bir biçimde bir bedel



7. Eser Teslim Sözleşmesinin Nezaret/Bakım Yükümlülüğü İçeren Satış Sözleşmesinden²⁶² Ayırt Edilmesi

Montaja nezaret sözleşmesinde satıcı sattığı malın montajını değil, bilakis bizzat alıcı tarafından veya üçüncü bir kişi tarafından yapılmış bir montajın takip ve gözetimini üstlenmektedir. Yapılmış olan montaja sadece nezaret edilmesi yükümlülüğü vekalet sözleşmesine mahsus bir edim niteliğinde olacağı için, eser sözleşmesinin belirleyici unsuru olan ve diğer sözleşmelerin eser sözleşmesinden ayırt edilmesini zorlaştıran üretim/imal yükümü burada mevcut değildir.²⁶⁴ Satılan eşyanın montajına nezareti konu edinen sözleşme, nezaret yükümlülüğünün tali nitelikte olması kaydıyla, satış ve vekaletten teşekkül eden karma nitelikli bir sözleşmedir.²⁶⁵

Ödenmesi kararlaştırılmakla birlikte, bu ücretin miktarı açık biçimde ifade edilmeksizin satış konusu malın fiyatına eklenerek (dahil edilerek) tek bir fiyat belirlenebilir. Eser sözleşmesi ile satın sözleşmesi arasındaki ayrımın güçleştiği alan ise bu tip olaylardır. Yazar, bu ön tespitlerden sonra sorunun çözümüne ilişkin şu noktaları vurgulamaktadır. Her şeyden önce verilen son örnek satış ile eser sözleşmesinden terekküp eden karma nitelikte bir sözleşme olup satış sözleşmesi unsurlarının baskın olduğu durumlarda satış, eser sözleşmesinin unsurlarının ağırlıkta olduğu durumlarda eser sözleşmesi söz konusudur. Montaj edimine tali bir anlam atfedildiği durumlarda satış formunda bir karma sözleşme olduğu kabul edilebilir. Hemen ifade edilmelidir ki bu noktada ZINDEL / PULVER / SCHOTT, KOLLER'den farklı düşünmekte, her iki unsurun yani mülkiyetin nakli ve montaj fiilinin pratik olarak eşit ağırlıkta olduğu durumlarda ancak bir eser ve satıştan terekküp eden karma sözleşme olduğunu, aksi halde yani KOLLER'in verdiği örnekte ise saf bir satış sözleşmesinin mevcut olup, yalnızca eser sözleşmesine ait bir unsurun yan yükümlülük olarak kararlaştırıldığını savunmaktadırlar. KOLLER'e göre, sözleşmenin tavsifinde dikkate alınacak husus, bir eser sözleşmesi edimi olan montajın yapılan sözleşmenin tamamına nazaran ağırlığıdır. Bu ağırlık ise iki husus dikkate alınarak belirlenecektir. İlk nokta montajın, ne ölçüde şahsi ihtiyaç ve taleplere uygun biçimde yapıldığı ikinci nokta ise montaj fiili ile eşya arasındaki değer ilişkisidir. Buna göre, montaj ücretinin cüzi bir miktara tekabül ettiği ve eşyanın değerinin yüksek olup ciddi bir değer kaybına uğramaksızın sökülerek başka bir kimseye satılabildiği durumlarda satış, aksi takdirde eser sözleşmesi söz konusu olacaktır. Konunun müzakere edildiği Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (OGH) bir kararında, evine yıldırım koruma sistemi yaptırmak isteyen alacaklı ile borçlu sözleşmenin niteliği konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Davacı ortada bir eser teslim sözleşmesi olduğu kanaatinde iken, davalı taraf montaj yükümlülüğü içeren bir satış sözleşmesinin varlığını iddia etmektedir. Yüksek Mahkeme, sözleşmenin nitelendirilmesinde sadece koruma sisteminin değeri ile bunun montajı arasındaki değersel ilişkinin değil, yıldırımdan koruma sisteminin, herhangi bir değer kaybına uğramaksızın sökülerek başka bir eve takılmasının/montajının mümkün olup olmadığının sorulması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. KOLLER, OR Art.363 PN. 118 ff. (PN. 114'e kıyasla).

²⁶² Kauf mit Montageüberwachung.

²⁶⁴ GAUCH, S. 52, PN. 134.

²⁶⁵ GAUCH, S. 52, PN. 134.



Bahsi geçen ve satılan malın satışı yanında, salt montajına nezaretini içeren sözleşmenin karma sözleşme (satış/vekalet) olarak tavsifi ile birlikte, vekalet sözleşmesinin tek tarafı olarak sona ermesini düzenleyen hükmün (TBK m.512/I), bu karma sözleşmeye tatbik edilip edilemeyeceği meselesi ortaya çıkacaktır. İsbetli olan görüşe göre, yenilik doğuran hak niteliğinde olan, tarafların bir sebep göstermek zorunda olmadıkları ve kullanılmasıyla birlikte sonuç doğuran bu hakkın bu tip bir karma sözleşmeye tatbiki bir ayırım yapılarak çözümlenmelidir.³⁶⁶ Sözleşmenin tek tarafı olarak herhangi bir sebep göstermeksizin son erdirilmesi hakkının karma sözleşmenin bütünü açısından kullanılması, hakkaniyete uygun olmayıp adil olmayan sonuçlara yol açacaktır. Buna karşın taraflar yalnızca nezaret yükümlülüğünü, tek tarafı olarak sona erdirebilmelidirler. Diğer bir deyişle TBK m.512'nin TBK m.502 anlamında vekalet sözleşmesi teşkil eden, nezaret yükümlülüğüne uygulanması söz konusu olmaktadır.³⁶⁷ Kaldı ki birçok durumda, satıcının bu hakkı açıkça veya zımnen kaldırılmaktadır.³⁶⁸

8. Eser Sözleşmesinin Satış Sözleşmesinin Diğer Tiplerinden Ayırt Edilmesi

Ayırımı güçlük teşkil etmeyen bir diğer durum, satım konusu eşya üzerinde gerçekleştirilmesi arzulanen değişikliğin bir ücret mukabilinde yapılmayıp, satış sözleşmesi içinde bir yan edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılmış olması halidir ki, bu durumda da bir satış sözleşmesi mevcut olup, somut olaya göre yan edim yükümlülüğünün ihlali halinde eser sözleşmesi hükümleri gündeme gelebilecektir.³⁶⁹ Örneğin konfeksiyondan alınan pantolonun, alıcının beden ölçülerine göre kısaltılmasının da borçlanıldığı durumda, eser sözleşmesi ile bağlantılı bir satış sözleşmesi söz konusudur.³⁷⁰ Bu tip sözleşmede satılan mal üzerinde birtakım değişikliklerin yükümlenildiği durumlarda bazen yapılacak değişiklik için tarafların arzularına uygun bir biçimde bir bedel ödenmesi kararlaştırılmakla birlikte, bu ücretin miktarı açık biçimde ifade edilmeksizin satış konusu malın fiyatına eklenerek (dahil edilerek) tek

³⁶⁶ GAUCH, S. 52, PN. 135.

³⁶⁷ GAUCH, S. 52, PN. 135.

³⁶⁸ GAUCH, S. 52, PN. 135.

³⁶⁹ KOLLER, OR Art.363 PN. 114.

³⁷⁰ KOLLER, OR Art.363 PN. 115; GAUCH, S. 130, PN. 327. Alıcı için sözleşmede iyileştirme hakkının öngörüldüğü durumlarda mal ayıplı çıktığı takdirde talep edilen malın tamiri her ne kadar normal şartlar altında bir eser sözleşmesine vücut verecek bir faaliyet ise de anılan durumda sözleşmenin satış vasfını değiştirmeyecektir.



bir fiyat belirlenebilir. İki sözleşme tipi arasında ayırım yapmanın güçleştiği, bu tip durumlarda ise satış ve eser sözleşmelerinden terekküp eden karma bir sözleşmenin varlığının kabulü isabetli olacaktır. Sözleşmede satış sözleşmesine ait unsurların galip olması halinde satış, eser sözleşmesine ait unsurların ağırlıkta olması halinde ise eser sözleşmesi kabul edilebilir.²⁷¹

İsviçre Federal Mahkemesi konuya ile alakalı bir kararında şu tespitleri yapmıştır: Karara konu olay inşaat demirlerinin siparişi olup, mahkeme sözleşmeyi eser teslim sözleşmesi olarak nitelendirmiş, buna gerekçe olarak ise inşaat demirlerine, yapılacak inşaat ve bu inşaatın ihtiyaçlarına uygun biçimde şekil verildiğini (doğrama, tesviye, bükme vs.) ve bu yüzden mezkur inşaat demirlerinin başka bir yerde kullanılamayacağını belirtmiştir.²⁷² Bu durumda Federal Mahkeme'nin söz konusu tespitini açıklığa kavuşturmak anlamında şu sonuca varmak yanlış olmayacaktır: Ürün üzerindeki alıcının talepleri doğrultusunda gerçekleşen değişikliklerin yoğunluğu ve bu yoğunluğa bağlı olarak (şayet ürün herhangi bir sebeple satıcıya iade edilecek olursa) malın, ilk alıcının şahsi ihtiyaçları ve talepleri doğrultusunda aldığı form sebebiyle, başka bir satış için kullanım ve satış kabiliyetinin oldukça düştüğü durumlarda eser teslim sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Nitekim Federal Mahkeme'nin özetleyerek aktardığımız bakış açısını genel bir kıstasa yükseltmeyi teklif eden *Koller*'e göre satın alınan ürün üzerinde, büyük oranda alıcının bireysel ihtiyaçları dikkate alınarak değişiklikler yapıldığı ve sözleşmeden dönüldüğü takdirde bu değişiklikler sebebiyle malın bir başkası tarafından kullanılma imkanının oldukça sınırlı olduğu durumlarda yapılan sözleşme eser teslim sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Yine Yazar, mal üzerinde icra olunan faaliyetin değeri ile malın değeri arasındaki ilişkinin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre faaliyetin değeri ne kadar yüksekse sözleşmenin o ölçüde eser sözleşmesine yaklaştığı, ne kadar düşük ise bir o miktarda satış sözleşmesine yaklaştığı kabul edilmelidir.²⁷³

Satıcının montaj fiili için iş gücü temin ettiği ve montaj yükümlülüğü içeren bir satış sözleşmesinin, eser teslim sözleşmesinden ayırt edilmesi, iş gücü teminin eser sözleşmesine ait bir edim özelliği taşınaması hasebiyle teorik olarak zor olmayıp ciddi bir güçlük oluşturmayacaktır. Örneğin bir kayak

²⁷¹ KOLLER, OR Art.363 PN. 116.

²⁷² BGE 103 II 35.

²⁷³ KOLLER, OR Art.363 PN. 116.



merkezinde kurulacak teleferiğin tesisi için satıcı ayrıca bir iş gücü temin ettiyse, montaj yükümlülüğü bir yan yükümlülük teşkil etmek kaydıyla, satış ve personel ödünç sözleşmesinden meydana gelen karma bir sözleşme vardır.²⁷⁴

9. Vekalet ve Hizmet Sözleşmelerinden Ayırt Edilmesi

a. Genel Olarak

İş görme borcu doğuran sözleşmeler iş görme edimi içeren sözleşmeler olup, Türk Borçlar Kanunu'nda açık biçimde düzenlenen başlıca sözleşme tipleri, hizmet, eser ve vekalet sözleşmeleridir. Bu yüzden eser sözleşmelerinin diğer sözleşme tipleri ile ilişkisinin ele alındığı eserlerde, iş görme borcu doğuran iki sözleşmenin, yani hizmet ve vekalet sözleşmesinin eser sözleşmesinden ayrılmasına özel bir önem atfedilmektedir.²⁷⁵ Bunun sebebi olarak gerek sözleşmelerin pratik önemi gerekse uygulamada sözleşmelerin birbirlerinden ayırt edilmesi için üretilen formülasyonların çoğu zaman yetersiz kalması veya farklı durumlar karşısında doktrinin çözüm üretme çabası olarak görülebilir.

Esasen sözleşmeler arasındaki ayırma ilişkin kriterlerin yetersiz kalması, bir bakıma eser sözleşmesinin sürekli biçimde genişleyen tanımı ile ilgili olduğu kadar, kanunda bilhassa vekalet sözleşmesine yüklenen ve atfedilen "şemsiye iş görme sözleşmesi" vasfı ile de ilgilidir. Nihai olarak eser sözleşmesinin tanım ve muhtevastaki genişleme ve daralmaya paralel olarak kriterler geliştirildiği söylenebilir. Bilhassa gayri maddi varlıkların eser sözleşmesinin konusu olabileceğinin kabul edilmesi hatta bir görüşe göre gayri maddi varlıkların eser sözleşmesinin konusu olduğu durumlarda bu neticenin tecessüm etmesinin aranmaması bu sözleşme tipleri arasındaki ayrımı git gide zorlaştırmıştır.

Öte yandan, bilindiği üzere vekalet sözleşmesi kanunda eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup kural olarak bir teamül yoksa veya taraflarca bir ücret kararlaştırılmamışsa vekil gördüğü iş mukabilinde bir ücret talep edememektedir. Fakat Roma hukukuna dayanan bu kural modern dönemde istisna haline gelmiş, bugün vekalet sözleşme olarak isimlendirilen birçok isimli sözleşmede tarafların ücret kararlaştırması istisnaları olan bir kurala dönüşmüştür.²⁷⁶ Dolayısıyla vekalet sözleşmesinin ana kuraldan farklı olarak

²⁷⁴ GAUCH, S. 53, PN. 136 (Personalausleihvertrag).

²⁷⁵ KURŞAT, Eser, s. 143 vd; DİNAR, s. 60 vd.

²⁷⁶ EREN, s. 707.



çoğu zaman bir ücret mukabilinde yapılıyor olması da eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi ayırımında kullanılan ücret kriterini işlevsiz hale getirmiştir.

Her halükârda somut sözleşme yükümleri ve tarafların durumu dikkate alınarak çözülmesi gereken meseleye ilişkin eskiden beri dile getirilen kriterler az çok meselenin hallinde yardımcı olacaktır. Bu mealde konuyla alakalı çalışmaların neredeyse tamamında konuya bir giriş cümlesi teşkil eden tespit şu şekildedir: Eser sözleşmesinde yüklenici bir işi değil o iş dolayısıyla iş sahibin arzuladığı neticeyi borçlanmıştır. Alman hukukçu Otto von Gierkes'in literatürde sıkça alıntılanan deyişiyle, yüklenici yalnızca bir faaliyeti veya bir şeyin icrasını değil ("*nicht nur ein wirken*"), bilakis bir eseri ("*sondern ein Werk*") borçlanmıştır.²⁷⁷ Diğer bir ifadeyle şayet bir "eser" borçlanılmadı ise eser sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Fakat aksi bir sonuç her durumda doğru değildir. Yani bir eser yoksa hiçbir biçimde eser sözleşmesi söz konusu olamazken, bir eser söz konusu olduğu halde bir eser sözleşmesi mevcut olmayabilir.

Örneğin, mezarlık bahçıvanının mezar kazına eylemi esasen bir netice olup eser sözleşmesi teşkil etmesi gerekirken, İsviçre Federal Mahkemesi mezar kazıcısının kendisine verilen talimat ile bağlı olması sebebiyle, söz konusu sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak değil hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir.²⁷⁸

Doktrinde bir görüş vekalet sözleşmesinde de bir sonucun borçlanılabileceğini ileri sürerek örneğin saç ekim operasyonunu, bir sonucun borçlanıldığı vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmekte,²⁷⁹ buna karşın diğer bir görüş bu durumda bir eser sözleşmesinin varlığını savunmakta ve netice taahhüdünün sözleşmenin vekâlet olarak nitelendirilmesine mani olduğunu, netice borcu varsa vekalet sözleşmesi olamayacağını; hizmet sözleşmesinde ise bunun mümkün olduğunu yani salt bir neticenin taahhüt edilmiş olmasının, sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesine mani teşkil etmeyeceğini savunmaktadır.²⁸⁰

²⁷⁷ VON GIERKES, Otto, Deutsches Privatrecht, Bd. III.: Schuldrecht, München/Leipzig 1917, s. 591f. (aktaran KOLLER, OR Art.363 PN. 125).

²⁷⁸ BGE 109 II 37 ff, KOLLER, OR Art.363 PN. 72, 125.

²⁷⁹ HOFSTETTER, S. 20 in: SCHWEIZERISCHES PRIVATRECHT, VII/6 Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse-Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich, 2000.

²⁸⁰ KOLLER, OR Art.363 PN. 126.



Fransız hukukunda, Fransız hukukçu DEMOGUE tarafından yapılan *obligation de résultat*, *obligation de moyen* ayırımı da benzer bir mantığa istinat etmektedir.²⁶¹

Eser sözleşmesini diğer sözleşme tiplerinden ayıran kıstaslar içinde en önemlisi sayılabilecek netice sorumluluğu açısından ise, söz konusu başarının ölçülüp değerlendirilebileceği objektif bir değerlendirme kıstasının mevcut olması gerektiği ifade edilmiştir.²⁶²

b. Vekalet Sözleşmesinden Farkı

Eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki ayrıma ilişkin güçlük, daha ziyade vekalet sözleşmesinde bir ücret kararlaştırıldığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Zira tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan eser sözleşmesinde ücret unsuru sözleşmenin esaslı bir unsuru olup bir ücret kararlaştırılmadığında zaten eser sözleşmesinden bahsedilemeyecektir.²⁶³ Dolayısıyla sorun daha ziyade vekalet sözleşmesi için de bir ücret tayin edildiğinde söz konusu olmaktadır.

Eser sözleşmesindeki belli bir neticeyi meydana getirme yükümlülüğünden (*contrat de Résultat*) farklı olarak, vekalet sözleşmesinde belli bir neticenin meydana getirilmesi değil, bir işin itina ile yürütülmesi (*contrat de moyens*) mevzu bahistir. Edimin bir sonuç borcu olarak kararlaştırılabilmesi ise, akdedilen sözleşmenin muhtevastına bağlıdır.²⁶⁴ Doktrin İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına istinaden,²⁶⁵ bilhassa bilirkişi raporlarında, muhte-

²⁶¹ BÜHLER, OR Art.363, PN. 159.

²⁶² MERZ, Hans, ZBJV 1991 (127) S. 253 (Aktaran: BÜHLER, OR Art.363, PN. 159).

²⁶³ KOLLER, OR Art.363 PN. 138.

²⁶⁴ HUGUENIN, S. 859, PN. 3133.

²⁶⁵ BGE 127 III 328 S. 328. Davaya konu olayda özelle, davacı A, davalı X şirketinden, B ile arasındaki mirasın taksimi kapsamında bir gayri menkulün piyasa değerinin tespitine dönük bir mütalea talebinde bulunmuş, davalı X, 1994 tarihli raporunda taşınmazın piyasa değerini 573, 000 İsviçre Frank'ı olarak takdir etmiş, mirasın taksiminin görüldüğü mahkeme, davacı A'nın sarılı kabulüyle mirasın taksiminde bu miktardan esas almış ve bu bedel mukabilinde mezkûr taşınmazın mülkiyetinin davacı A'ya bırakılmasına karar vermiştir. Davacı A, söz konusu taşınmazı 1999 yılında, 440, 000 CHF bedelle satmıştır. Bunun üzerine 16 Nisan 1999 tarihinde açtığı davada, X, şirketinin taşınmazın piyasa değerini esaslı bir biçimde yüksek takdir etmek suretiyle miras taksiminde kendisinin zarara uğramasına sebebiyet verdiğini iddia etmiştir. Vergi dairesinin ve değişik tarihlerde değişik kurumların yaptıkları değer takdirindeki bariz farktan hareketle oluşmuş olan toplam 32 483.90 CHF zararının tazmini talebinde bulunmuştur. Kanton mahkemesinde bu yöndeki talebi kabul edilmeyen davacı Federal Mahkeme'de temyiz başvurusunda bulunmuş ve Federal Mahkeme'ce Kanton mahkemesinin kararı yerinde bulunarak



vanın doğruluğunun objektif olarak denetlenip denetlenememesine bağlı olarak sözleşmeyi eser sözleşmesi veya vekalet sözleşmesi olarak tavsif etmek-
tedir.²⁶⁶ Şayet yapılan tespitlerin doğruluğu objektif olarak tespit edilemiyorsa,
bir eser sözleşmesi değil vekalet sözleşmesi vardır.²⁶⁷ Bu yüzden bir görüşe
göre, eser-vekalet ayrımı her olay için ayrıca değerlendirilmesi gereken bir
sorun olup, bilirkişi raporu yazılmasının borçlanıldığı sözleşmeleri veya mi-
marlık sözleşmelerini ve bu nitelikteki sözleşmeleri sözleşmenin muhtevasını
dikkate almaksızın bir ön kabulle (a priori) bir sözleşme tipi içinde görmek
(örneğin eser veya vekalet) hakkaniyete uygun değildir.²⁶⁸

temyiz talebi reddedilmiştir. Federal Mahkemenin konuya ilişkin değerlendirmesine gelince, Mahkeme kararın gerekçesinde, öncelikli olarak tespiti gereken hususun davaya hangi sözleşme hükümlerinin uygulanacağını tayini olduğunu ifade etmiştir. Buna göre eser sözleşmesi ile yüklenici belli bir bedel karşılığında bir eserin meydana getirilmesi borcu altına girerken (Art.363 OR), vekalet sözleşmesinde vekil borcunu özenle sözleşmeye uygun biçimde yerine getirme yükümü (Art.394 Abs.1) altındadır. Eser sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıran ana kıstas, eser sözleşmesinde yüklenicinin iş sonunda bir neticeyi meydana getirme yükümlülüğü altında olmasıdır. Federal Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre eser sözleşmesinin konusu maddi veya gayri maddi olabileceği için, söz konusu olayda sözleşmeye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmamasının sebebi bilirkişi raporunun zihinsel bir eylem teşkil ediyor olması değildir. Bilirkişi raporlarının eser sözleşmesi mi yoksa vekalet sözleşmesi mi olduğu yönünde doktrindeki tartışmalara kısaca değinen mahkeme, konusu bir mevzuda rapor yazılması olan sözleşmelerin muhtevalarının çok ciddi farklılıklar arz edebileceğini, örneğin salt teknik bir konuda rapor düzenlenebileceği gibi, raportörün sübjektif bir konuda şahsi fikrini de beyan edebileceğini ifadeyle, bir sözleşmenin eser sözleşmesi mi yoksa vekalet sözleşmesi mi olduğunun tespitinde bu farklılığın dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre teknik konularda yazılan raporlardaki tespitlerin doğruluğu veya yanlışlığı objektif olarak denetlenebilir olduğu için, raporda mütalan edilen hususların doğru olması bir sonuç taahhüdü olarak görülüp bu tip sözleşmeler eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilir. Buna karşın raporda yazılan hususların doğru olup olmadığı hususunda objektif bir kıstas mevcut değilse diğer bir ifadeyle belirtilen görüşün doğru ya da yanlışlığını tespit edebilmek mümkün değilse, böyle bir durumda serdedilen görüşlerin doğruluğu bir sonuç olarak taahhüt edilemeyeceğinden bu tip görüş bildirimleri eser sözleşmesi olarak değerlendirilemez. Böyle bir görüş bildiriminde borçlu verdiği görüşün doğruluğu şeklinde tezahür edebilecek neticeyi borçlanmamıştır ve böyle bir neticeyi borçlanamaz. Sonuç olarak söz konusu olayda taşınmazın değeri ile alakalı yapılan kıymet takdirinin doğruluğu ya da yanlışlığı hususunda objektif kıstaslar olmadığı ve görüş bildiren X şirketi yaptığı kıymet takdirinin doğruluğu şeklinde bir netice yükümlenmediği için, bir eser sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesi söz konusudur.

²⁶⁶ HUGUENIN, S. 859, PN. 3133.

²⁶⁷ HUGUENIN, S. 859, PN. 3133.

²⁶⁸ HUGUENIN, S. 859, PN. 3133; Eser sözleşmesiyle vekalet sözleşmesi arasındaki fark burada ifade edilenlerden ibaret değildir elbette. Bu çalışmada sözleşmeler daha ziyade "eser" kavramı etrafında konuları itibarıyla bir mukayeseye tabi tutulduğu için vekalet sözleşmesi ile olan farka da bu amaçla sınırlı olarak değinilmiştir. Ancak eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesinin birbirlerinden ayrıldığı noktalardan birisi de sözleşmelerin sona erme biçimi



c. Hizmet Sözleşmesinden Farkı

TBK m.396 f.1'e göre hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zaman veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Alıntılanan maddenin birinci fıkrası dikkate alındığında hizmet sözleşmesi ile kurulan hukuki ilişkinin, konusu bir iş görme edimi olan diğer hukuki ilişkilerden dört unsurla ayrıldığı görülmektedir.²⁸⁹ Öncelikle hizmet sözleşmesi ile borçlanılan şey bir faaliyetin sonucu olarak ortaya çıkacak bir netice değil, bizzatı faaliyetin kendisidir.²⁹⁰ Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, yapılan faaliyetle bir sonucun ortaya çıkması veya işverenin bu faaliyet sebebiyle bir neticeyi hedeflemiş olması ile,²⁹¹ işçinin işverence hedeflenen gayeyi borçlanmış olmasının farklı şeyler olduğudur. Daha basit bir tabirle, işveren her sözleşmede olduğu gibi maddi veya manevi bir sonucun meydana gelmesi için işçiyi çalıştırmaktadır, fakat bu netice meydana gelmediğinde işçinin bir sorumluluğu doğmamaktadır. Yoksa bu ayırım, işverenin bu sözleşme ile bir neticeyi hedeflemediği veya hedeflemeyeceği anlamına gelmemektedir. Diğer bir unsur işçinin bu faaliyeti yürütürken işverene bağlı olarak hareket etmesi olup, hizmet sözleşmesinin en tipik ve bahsi geçen dört unsur içinde hizmet sözleşmelerini diğer sözleşme tiplerinden ayıran en önemli unsurdur.²⁹² Örneğin bir bahçenin veya mezarın kazılması, kural olarak bir eser sözleşmesi teşkil etmekle birlikte, şayet mezar kazıcısı ile işveren arasında bir altlık üstlük ilişkisi varsa ve bu yükümlülük 5 yıl için öngörülmüşse, bir eser sözleşmesinden değil hizmet sözleşmesinden bahsedilecektir.²⁹³

ile ilgilidir. Bu anlamda eser sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme tipi olması sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmeye vekalet sözleşmesine göre daha sıkı koşullam bağlanmıştır. Buna karşın vekalet sözleşmesinin sona erdirilmesi noktasında daha esnek kurallar öngörülmüştür, zira vekalet sözleşmesi kural olarak ücretsizdir ve taraflar arasında güven merkezli bir ilişki egemendir. Bkz. DİNAR, s. 61; Ayrıca vekalet sözleşmesinin sona ermesine dair geniş bir çalışma için bkz. AKINCI, Şahin, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya, 2004.

²⁸⁹ REHBİNDER, OR Art.319 Rn. 42; KOLLER, OR Art.363 Rn. 135; Bkz. AKKURT, Sinan Sami, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, DEÜHFD., C. 10, S. 2, Y. 2008, s. 13-64.

²⁹⁰ KOLLER, OR Art.363 PN. 135.

²⁹¹ İşveren çoğu zaman bir neticeyi hedefleyerek, bu neticeyi doğurmak bir faaliyet için işçi istihdam etmektedir.

²⁹² BÜHLER, OR Art.363, PN. 148; EREN, s. 535.

²⁹³ BÜHLER, OR Art.363, PN. 148.



İşçi ile işveren arasında bir altlık-üstlük ilişkisi kurulduğunda, işçinin işverene bağlılığı bilhassa iki noktada ortaya çıkmaktadır. Bu hususlar zaman (belirli veya belirli olmayan süreyle) ve mekan (işyeri) bağlılığı olup, kurulan bu hiyerarşinin icrası kapsamında işçi, işin yürütülmesi ile alakalı kendine yönelmiş emir ve talimatlara uygun hareket etmekle yükümlü olduğu kadar, gerektiği ölçüde işyerindeki alet ve edevatı kullanma hakkına da sahiptir.²⁶⁴ Diğer bir unsur hizmet sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi karakteri olup, işçi belirli veya belirli olmayan bir süre için mesaisini kısmen veya tamamen işverenin işlerine sarf etmektedir. Kanunda da vurgulandığı üzere, işçinin mesaisinin tamamını işverenin işine sarf etmesi elzem olmayıp, mühim olan üzerinde mutabakata varılan kısmi veya tam süre içinde, işçinin işverenin emir ve talimatlarına uygun biçimde hareket etmek zorunda olmasıdır. İşçi ve işveren arasındaki hukuki ilişki bir neticenin husulüyle değil, yürütülecek faaliyet için tayin olunan sürenin dolmasıyla, sözleşmenin ileriye dönük olarak taraflardan birisi tarafından tek taraflı olarak feshiyle veya ölümle sona erecektir.²⁶⁵

Hizmet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaya yarayan son unsur ücret unsuru olup, yürütülecek faaliyet mukabilinde bir ücret kararlaştırılmadığı takdirde duruma göre bir vekalet söz konusu olabilecektir.²⁶⁶ Bununla birlikte bu unsurun, hizmet sözleşmesi için ne ölçüde ayırıcı bir vasıf teşkil ettiği şüpheyile karşılanabilir. Şöyle ki, eser sözleşmeleri açısından da ücret eser sözleşmesinin bir unsuru olup bu unsur hizmet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayırma noktasında bir özellik arz etmez.²⁶⁷ Vekalet sözleşmesi açısından ise uygulamada vekalet sözleşmesine bağlı olarak yürütülen faaliyetin kural olarak ücretsiz olduğu ifade edilmişti. Fakat tarihsel birtakım sebeplerle kanunda benimsenen vekaletin kural olarak ücretsiz olduğu şeklindeki hükmün mevcut uygulama karşısında istisna durumuna düştüğü vekalet sözleşmesinde çoğu zaman bir ücret kararlaştırıldığı ise bir vaki'dir. Buna rağmen, bahsi geçen yaygın uygulamadan bağımsız olarak, vekalet sözleşmesinde ücret unsurunun mevcudiyeti aleyhine kanunen kabul edilen karine, teorik düzeyde vekalet sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasında sözleşmeleri birbirilerinden ayıran bir unsur olmaya devam edecektir.

²⁶⁴ EREN, s. 535.

²⁶⁵ EREN, s. 536.

²⁶⁶ EREN, s. 536.

²⁶⁷ KOLLER, OR Art.363, PN. 135.



Bir görüşe göre, eser sözleşmesinin hizmet sözleşmesinden ayrılması noktasında, hizmet sözleşmesine ilişkin bahsi geçen unsurlardan *hiçbiri tek başına* belirleyici değildir. Bu görüş, hizmet sözleşmesinde de pek ala, bir neticenin kararlaştırılabileceğini dolayısıyla bu unsurun dahi sözleşmenin vasfını tayinde belirleyici olamayacağını ileri sürmektedir.³⁹⁸ Öte yandan aynı görüşe göre bir iş yerinin veya iş organizasyonunun parçası olmak olarak bahsedilen unsur ise, mutlak olarak bir hizmet sözleşmesinin varlığına vücut veremeyecek kadar belirsiz bir kavramdır.³⁹⁹ Son olarak sürekli borç ilişkisi vasfının hizmet sözleşmesine münhasır olmadığını savunan bu fikre göre, eser sözleşmesinin de (her ne kadar atipik de olsa) sürekli borç ilişkisi teşkil ettiği durumlar mümkündür.⁴⁰⁰

Bahsi geçen unsurların tamamının mevcut olduğu durumlarda ise sözleşmeyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmede tereddüt oluşmayacaktır. Örneğin bir sekreterin belli bir ücret mukabilinde haftada 40 saat bir işyerinde çalışmayı üstlenmesi halinde, bu tarz bir sözleşmenin hizmet sözleşmesinin bütün unsurlarını taşıyor olduğu açık olup, ortada bir hizmet sözleşmesinin olduğu şüpheye mahal bırakmayacak kadar açıktır. Aynı şekilde bir evin inşasında gerek bir neticenin borçlanılmış olması gerekse diğer iş görme sözleşmelerinden bir unsur barındırmaması hasebiyle bir eser sözleşmesinin varlığı bellidir.⁴⁰¹ Bununla birlikte zaman zaman hizmet ve eser sözleşmelerini ayırt etmede bazı sorunların ortaya çıkmadığı da söylenemez.

Söz konusu sorunların ortaya çıktığı bir örnek olarak bir sanatçı veya orkestra ile yapılan sözleşmenin niteliği İsviçre Federal Mahkemesi'ni uzunca süre meşgul etmiştir.⁴⁰² Mahkeme eski tarihli bir kararında (BGE 42 II 147 Erw. 3) bir sanatçının istihdamına hizmet sözleşmesinin kurallarının hâkim olduğunu belirtmekteyken, sonraki tarihli bir kararında ise bir sanatçının vereceği konserin bir defaya mahsus bir taahhüt olduğunu ve müzikal sunumların eser kavramı olarak değerlendirileceğini ifade etmiştir.⁴⁰³ Eser kavramına yüklenen anlamla da bağlantılı olarak kararlarında değişik eğilimler gözlenen Federal Mahkeme, kanton mahkemelerinin kararlarına ve doktrindeki hâkim görüşe uyarak sorunun çözümünde şu kanaate varmıştır (BGE 112 II 46): Buna göre,

³⁹⁸ KOLLER, OR Art.363, PN. 135.

³⁹⁹ KOLLER, OR Art.363, PN. 135.

⁴⁰⁰ KOLLER, OR Art.363, PN. 135.

⁴⁰¹ KOLLER, OR Art.363, PN. 136.

⁴⁰² BÜHLER, OR Art.363, PN. 149.

⁴⁰³ BÜHLER, OR Art.363, PN. 149.



bir sanatçının veya bir orkestranın belli bir zamanda yapacağı faaliyete ilişkin taahhüdünü konu edinen sözleşmeler bir hizmet sözleşmesi olmadığı gibi eser sözleşmesi veya isimsiz sözleşme olabilecek bir gösteri sözleşmesi de değildir. Bu tarzdaki sözleşmelerin nasıl nitelendirileceği somut olayın şartları ve doktrin ve mahkeme kararları ile geliştirilmiş, althk-üstlük/bağımlılık ilişkisinin olup olmadığı, faaliyetin süresi, edim sonucu-edim fiili ayırımı, kararlaştırılan ücretin tipli, özen ve sadakat yükümlülüğü, tarafların sözleşmeyi nasıl isimlendirdikleri gibi kriterler yardımı ile belirlenmelidir.³⁹⁴

10. Kira Sözleşmesinden Farkı

Türk Borçlar Kanunu m.299 f.1'e göre, kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Kira sözleşmesinde taşınır veya taşınmaz bir malın kullanımının bırakılması/devri karşısında, eser sözleşmesinde, sözleşmenin konusunun bilhassa maddi bir eserin vücuda getirilmesi olduğu durumlarda eserin mülkiyeti de çoğu zaman karşı tarafa geçirilmektedir. Eserin teslimini müteakip eser, süresiz olarak iş sahibinin mülkiyetine geçirilmek suretiyle istifadesine bırakılırken, kira sözleşmesinde mal belli veya belirsiz bir süre kullanıldıktan sonra malın sahibine iade edilmek zorunda olup mülkiyetin nakli söz konusu değildir. TBK m.334'e göre kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür.³⁹⁵ Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralananı meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir.³⁹⁶ Halbuki eser sözleşmesinde iş sahibi eseri tüketebileceği gibi üçüncü bir kişiye de devredebilir. Kira ilişkisi belirli veya belirsiz bir süreye bağlı sürekli borç ilişkisi niteliği arz ederken, eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşme vasfını taşımaktadır. Bu anlamda kira sözleşmesinin feshi ya da sona ermesi eser sözleşmesine nazaran ciddi farklılıklar arz etmektedir.³⁹⁷ Kira sözleşmesinin konusunu yalnızca maddi mallar oluştururken,³⁹⁸ eser sözleşmesinin konusu

³⁹⁴ BÜHLER, OR Art.363, PN. 149.

³⁹⁵ İNCEOĞLU, Murat, Kim Hukuku, C. 2, İstanbul, 2014, s. 490.

³⁹⁶ DOĞAN, Murat, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 2011, s. 21.

³⁹⁷ Kira sözleşmesinin sona ermesi için bkz. DOĞAN, s. 22 vd.

³⁹⁸ EREN, s. 315; GÜMÜŞ, M. Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356), İstanbul, 2012, s. 32; Kiralanan kavramı için bkz. ACAR, Faruk, Kim Hukuku Şerhi, İstanbul, 2017, s. 68.



gayri maddi olabilmekte, hatta bir görüşe göre bu gayri maddi eserin tecesüm etmesi dahi şart olarak görülmemektedir.

Bu noktada iki sözleşme tipinin birleştiği ilginç bir örnek, inşaat yapımı için inşaat iskelesinin kurulmasıdır. Böyle bir durumda, iskeleyi kuran kişi iskeleyi kurmak ve iş bittikten sonra tekrar sökmek suretiyle bir eser meydana getirmekte ve bu eylem eser sözleşmesine vücut vermektedir. İskeleyi kurduktan sonra iskelenin kullanımını iş sahibine bırakmak ise kira sözleşmesi niteliğindedir. İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 113 II 266) bu tip bir sözleşmeyi saf eser sözleşmesi olarak tavsif ederken, doktrinde bir görüş bu sözleşmenin eser ve kiradan meydana gelen karma bir sözleşme niteliğinde olduğunu savunmaktadır.¹⁰⁹

IV. Alman Hukukunda Durum

A. Alman Hukukunda Mevzuu Bir Şey Yapmaya Dair Sözleşmeler

1. Genel Olarak

Alman hukukunda mevzuu bir şey yapmaya dair olan sözleşmeler BGB §§611-704 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu tipolojinin en önemli iki örneği, hizmet (BGB §§611ff.) ve eser sözleşmesi (BGB §§631ff.) olup, bu iki sözleşme tipi, yapılan işin bir bedel mukabilinde yerine getirilmesiyle¹¹⁰ diğer bir tabirle ivazlı olmalarıyla vekalet sözleşmesinden (BGB §§662 ff.) ayrılmaktadır.¹¹¹

2. Eser Sözleşmesinin Diğer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi

a. Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Eser sözleşmesinin satış sözleşmesinden ayırt edilmesi hususu, reform sonrası ayıba karşı tekeffülden doğan sonuçların önemli oranda birbirine yaklaştırılmasıyla¹¹² önemini kısmen yitirmiş olsa da söz konusu ayırımın tamamen ehemmiyetini yitirdiği söylenemez. Örneğin iş sahibine tanınan ayıba

¹⁰⁹ BÜHLER, OR Art.363, PN, 153.

¹¹⁰ BUSCHE, BGB §631 PN, 16 in: MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III (§§630-704), München, 2018.

¹¹¹ LOOSCHELDERS, S. 169, PN, 540; Eser ve Hizmet sözleşmesinin ayrımı ile alakalı özet bir anlatım için bkz. PETERS, Frank / JACOBY, Florian, in: STAUDINGER (BGB) Eckpfeiler des Zivilrechts, München, 2011, S. 829, PN, 30; Eleştirel bir yaklaşım için bkz. SCHLECHTRIEM, Peter, Schuldrecht Besonderer Teil, Tübingen, 2003, s. 141 vd.

¹¹² OECHSLER, Jürgen, Vertragliche Schuldverhältnisse, München, 2007, S. 522, PN, 661.



bizzat giderme hakkı, satış sözleşmesinde alıcıya tanınmamıştır (BGB §637). Yine, malın ayıplı olması halinde söz konusu olan sonraki ifa hakkının var-
yanları olan tamir ve yeni mal teslimi arasındaki seçim hakkı eser sözleş-
mesinde yükleniciye BGB §635 Abs.1 tanınmışken; satış sözleşmesinde bu
hak alıcıya BGB §439 Abs.1'de tanınmıştır.³¹³ Eser sözleşmesinin satış söz-
leşmesinden ayırt edilmesi Alman hukukunda şu tespitte ifadesini bulmak-
tadır. Satış sözleşmesinde satıcı kural olarak mevcut olan bir şeyin teslimini
borçlanırken, eser sözleşmesinde henüz üretilmemiş bir şeyin teslimi borçlan-
ılmaktadır.

Bununla birlikte iki sözleşme tipinin birbirinden sadece bahsi geçen kri-
ter üzerinden ayırt edilmesinin her zaman düşünüldüğü kadar kolay olmadığı
ifade edilmektedir.³¹⁴ Söz konusu zorluğun ortaya çıktığı en önemli örnek ise,
sipariş edilen ürünün malzemesinin yüklenici tarafından temin edildiği durum
olan eser teslim sözleşmesidir. Bilindiği üzere eser sözleşmesinin klasik şek-
linde, eserin meydana getirileceği malzeme veya sözleşmeyle borçlanılan ne-
ticeye konu nesne, sipariş veren tarafından temin edilmektedir. Örneğin takım
elbise siparişi veren kimsenin, kumaşı bizzat temin etmesi gibi.

Bu noktada Alman kanun koyucusunu kural olarak eser sözleşmesi için-
de mütalaa edilen bazı sözleşme tiplerine satış hükümlerinin uygulanmasını
öngören hükümler koymaya sevk eden sebepler üzerinde kısaca durulmalıdır.
Satış ve eser sözleşmesi arasındaki farkı azaltan hususlardan ilki BGB §950
olup söz konusu hükme göre, bir nesneyi/maddeyi işlemek (istimal) veya de-
ğiştirmek (tağyir) suretiyle yeni bir eşya vücuda getiren kimse, o nesnenin
mülkiyetini kazanır, meğer ki işleme veya değiştirme şeklinde ortaya çıkan
faaliyetin değeri, söz konusu maddenin/nesnenin değerinden daha düşük ol-
sun. Söz konusu madde dikkate alındığında, kendisine kumaş teslim edilen
yüklenici bir takım elbise diktğinde, verilen emek kumaşın değerinin altında
değilse meydana getirilen takım elbisenin mülkiyeti yükleniciye ait olmakta
ve yüklenici takım elbiseyi diktikten sonra ayrıca malın mülkiyetini teslim
yükümlülüğü altına girmektedir. Böylece mülkiyetin naklini hedefleyen satış
sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında müşterek bir nokta meydana gelmek-
tedir.

³¹³ EHMANN, Horst / SUTSCHET Holger, Modernisiertes Schuldrecht, München, 2002, S. 254.

³¹⁴ BROX, Hans / WALKER, Wolf-Dietrich, Besonderes Schuldrecht, München, 2007, S. 279, PN.
10.



Bir diğer husus ise, bilindiği üzere eserin meydana getirileceği malzeme sipariş veren tarafından temin edilebildiği gibi, bazen bizzat yüklenici tarafından da temin edilebilmektedir. Örneğin takım elbise dikmeyi yükümlenen terzinin, aynı zamanda kumaşı da temin etmesi gibi. Eser teslim sözleşmesi olarak isimlendirilen bu tipolojide ise, yüklenicinin eşyanın teslimi ve üretilmesi şeklinde birlikte ortaya çıkan yükümlülükleri arasında eylem faaliyet unsuru, borcun ifası için gerekli eşyanın temin ve teslimine nazaran geri planda kalmaktadır. Satış sözleşmesine oldukça yakınlaşan bu eser sözleşmesi tiplerini dikkate alan Alman kanun koyucusu, BGB §651 ile bu tip sözleşmelere satış hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür.¹¹⁵ Fakat satış sözleşmesi ile eser sözleşmesini ayırt etmedeki asıl zorluğu teşkil eden bu tip için Alman hukukunda geliştirilen çözüm, 2002 yılında gerçekleştirilen reform öncesi ve reform sonrası ayrı ayrı ele alınmalıdır. Aynı şekilde reform sonrası süreç ancak tarihsel arka planla birlikte değerlendirildiğinde, soruna ilişkin modern çözümünün sebepleri de ortaya konmuş olacaktır.

aa. 2002 Borçlar Hukuku Reformu Öncesi Hukuki Durum

Alman borçlar hukuku alanında kapsamlı bir reform öngören kanuni düzenleme (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)¹¹⁶ 01.01.2001 tarihinde yürürlüğe girinceye kadar, satış sözleşmesi ile eser sözleşmesi ayırımı madde 651'de düzenlenmiş (BGB §651 a.F.), söz konusu madde, 1993 yılında yapılan küçük bir değişiklik hariç, 2001 reformuna kadar hemen hemen hiçbir değişikliğe uğramamıştır.¹¹⁷ Lafzen kanunda düzenlenmeyen, fakat literatürde kullanılan bir kavram olan "*Werklieferungsvertrag*", yani Türk hukukundaki yaygın ismiyle eser teslim sözleşmesi, en yalın haliyle, bir eser meydana getirmeyi üstlenen yüklenicinin, eseri meydana getireceği malzemeyi de temin etmesi anlamına gelmekte ve gerek terminolojik olarak gerekse kanundaki düzenleme tarzı itibarıyla bazı belirsizlikler barındırmaktadır.¹¹⁸

Söz konusu madde bir yandan eserin meydana getirileceği ana malzemenin kaynağını, yani malzemenin kim tarafından temin edildiği kıstasını,

¹¹⁵ OETKER, Hartmut / MAULTZSCH, Felix, *Vertragliche Schuldverhältnisse, Eine Einführung in die klassischen und ein Überblick über die atypischen Vertragsarten*, Berlin, 2018, S. 568, PN. 9; BUSCHE, BGB §651 PN. 4, in: MünchKomm BGB.

¹¹⁶ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, BGBl I 2001, 3138.

¹¹⁷ RODORFF, S. 38.

¹¹⁸ RODORFF, S. 38.



öte yandan imal edilecek, üretilcek, meydana getirilecek eserin misli³¹⁹ bir eşya olup olmaması kıstasını dikkate alarak eser teslim sözleşmesi için üç tip öngörmüştür.³²⁰ Madde öncelikle eserin meydana getirileceği malzemenin kim tarafından temin edildiği kıstasına göre hareket etmekte ve malzemenin iş sahibi tarafından temin edildiği veya ikincil malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı ihtimali eser sözleşmesi hükümlerine tabi kılmaktadır.³²¹ Eserin üretiliceği ana malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği ihtimalde ise, üretilcek eşyanın misli mi gayri misli mi olduğuna odaklanılmaktadır. Eşya misli ise satış kabul edilmekte, gayri misli ise satış ve eser hükümlerinin combine edildiği karma bir yaklaşım söz konusu olmaktadır.³²²

ana. Satış Hükümlerine Tabi Geniş Anlamda Eser Teslim Sözleşmesi

Misli bir eşya tesliminin borçlanıldığı, **üretilcek misli eşyanın/eserin** imal edileceği, maddenin ya da malzemenin bizzat yüklenici tarafından temin edildiği durumda bu sözleşme geniş anlamda eser teslim sözleşmesi olarak nitelendirilmekte ve bu tip bir sözleşme satış sözleşmesi içinde tasnif edilerek satış sözleşmesinin hükümlerine tabi tutulmaktadır.³²³ Örneğin katalog üzerinden sipariş verilen ürünün depoda bulunmaması durumunda, yüklenici malzemeyi bizzat kendisi temin ederek, alıcı için katalogdaki vasıfları havi olması کافی olan misli eşyayı üreterek iş sahibine/alıcıya teslim edecektir.³²⁴ Bu yöndeki tespitin teorik gerekçesi olarak, sipariş veren kimse açısından mühim olan hususun, malın üretilmesinden daha ziyade, üretilmiş malın veya o anda mevcut değilse üretilcek malın mülkiyetinin ve zilyetliğinin nakli olduğu, dolayısıyla satış sözleşmesinin ayırt edici vasfı olan mülkiyetinin naklinin ön planda olduğu ileri sürülmüştür.

Uygulamanın ihtiyacını dikkate alan gerekçe ise şu şekilde özetlenebilir: Öncelikle BGB'nin reform öncesi satış ve eser sözleşmelerinde ayıba karşı

³¹⁹ Misli eşya kavramı §91 BGB'de açıkça tanımlanmıştır. Buna göre: Misli eşya hukuki muamelelerde, münasebetlerde ekseriya/usulen/âdeten sayı, ölçü ve ağırlık gibi kıstaslara göre tayin edilen menkul eşyadır. veya sayı, ölçü, ağırlık gibi kıstaslara göre belirlenmesi adet haline gelmiş taşınır eşyadır.

³²⁰ EMMERICH, Volker, *Schuldrecht Besonderer Teil*, Heidelberg, 1992, S. 177; RODORFF, S. 39.

³²¹ HAAS, Lothar, S. 309, PN. 63. in: *Das neue Schuldrecht*, HAAS, Lothar / MEDICUS, Dieter / ROLLAND, Walter / SCHÄFER, Carsten / WENTLAND, Holger (Hrsg.) München, 2002.

³²² HAAS, S. 309, PN.63.

³²³ EMMERICH, (1992), S. 177.

³²⁴ RODORFF, S. 39-40.



tekeffül hükümlerindeki bir ayrıntıya kısaca değinilmelidir. Satış sözleşmesinde, malın ayıplı olması halinde, BGB §480a.F. hükmü malın tamir edilmesi imkanını sadece cins borcuna hasretmekte ve parça satışında malın tamiri hakkına izin vermemektedir.¹²⁵ Buna karşın BGB §633 Abs.2, S.1a.F. hükmü ise, eserin ayıplı olması halinde parça borcunda da iş sahibi için tamir talebine izin vermektedir.¹²⁶ Bu hukuki durumdan hareketle, bir borca aykırılığın örneğin malın ayıplı tesliminin söz konusu olması halinde, ayıplı malın misli eşya olması durumunda, alıcının menfaati aynı vasıfları haiz, aynı cinsten başka bir eşya ile tatmin edilebileceği için, malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi imkânı, eser sözleşmesinde ise gayri misli eşyanın ayıplı olması halinde tamir imkânı, satıcının/yüklenicinin teknik imkanlarına daha uygun düşmektedir. Fakat satış hukukunun uygulamasında, çoğu zaman satıcıya tamir hakkı tanındığı için bu fark anlamını büyük ölçüde yitirmiştir. Diğer bir deyişle, sözleşmeye konu eşyanın misli eşya olması durumunda, yani seri üretim mamulü ve değiştirmeye elverişli olması durumunda satış, gayri misli eşya olması durumunda yani ferdi ihtiyaçlar dikkate alınarak imal edilen ürünlerde ise eser sözleşmesi hükümlerinin uygun düşüğü kabul edilmektedir.¹²⁷

bbb. Eser Sözleşmesi Hükümlerine Tabi Dar Anlamda Eser Teslim Sözleşmesi

Gayri misli bir eşya tesliminin, örneğin özel bir makinanın üretilmesi veya sipariş verenin vücut ölçülerine uygun bir takım elbisenin dikilmesinin borçlanıldığı, üretilecek gayri misli eşyanın/eserin imal edileceği maddenin ya da **malzemenin yine yüklenici tarafından temin edildiği** eser teslim sözleşmelerine de yine aynı şekilde, BGB §651 Abs.1, S.2a.F hükmü gereğince, satış sözleşmesine ilişkin hükümler, büyük bir kısmı istisna edilerek uygulanacaktır.¹²⁸ Söz konusu istisnaların çokluğu dikkate alındığında, sonuç olarak, çoğunlukla **eser sözleşmesi hükümlerinin tatbik edildiği**, bir boşluğun varlığı halinde ise satış hükümlerinin tamamlayıcı olarak uygulandığı bir durum söz konusu olacaktır.¹²⁹

¹²⁵ EMMERICH, (1992), S. 43, 49. Gerçi reform öncesinde dahi, söz konusu düzenlemenin gerekçelerinin bugün için kabul edilebilir olmadığı ifade eden yazar, öğretinin, parça satışları için de tamir talebini/hakkını kabul ettiğini ifade etmektedir.

¹²⁶ EMMERICH, (1992), S. 49, 166.

¹²⁷ RODORFF, S. 40, 46.

¹²⁸ EMMERICH, (1992), S. 177; RODORFF, S. 40.

¹²⁹ RODORFF, S. 40.



ccc. Eser Sözleşmesi Hükümlerine Tabi, İkincil Malzemenin Yüklenici Tarafından Temin Edildiği Eser Teslim Sözleşmesi

Son olarak BGB §651 Abs.2a.F. hükmüne göre, ana malzemenin iş sahibi tarafından temin edildiği, diğer ikincil malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği sözleşmeler, eser sözleşmesi hükümlerine tâbi olacaktır.¹³⁰ Örneğin bir takım elbise sipariş eden kişinin kumaşı kendisinin temin ettiği, fakat düğmelerin, ipliğin alıcı tarafından hazırlanması halinde eser sözleşmesi hükümlerine tabi bir eser teslim sözleşmesi söz konusu olacaktır. Bu tasnifin bir sonucu olarak, iş sahibinin arzısı üzerinde, bir ev yapımını konu edinen inşaat sözleşmeleri, yüklenici her ne kadar, inşaatın yapımındaki diğer tabirle eserin meydana getirilmesindeki ikincil malzemeyi kendisi temin etse de ana malzeme yani arazi iş sahibine ait olduğu için, bu tip sözleşmeler eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.¹³¹ Bütün malzemenin sipariş veren tarafından temin edildiği durumlarda ise, BGB §651a.F.'nin afına ihtiyaç olmaksızın, doğrudan doğruya BGB §631 hükmüne tabi saf bir eser sözleşmesi söz konusu olacaktır.¹³²

Sonuç olarak bir eser teslim sözleşmesinin eser hükümlerine mi yoksa satış hükümlerine mi tabi olduğu hususu reform öncesi Alman borçlar hukukunda şu şekilde belirlenmektedir. Buna göre sorulacak ilk soru, yüklenicinin, yeni bir ürün meydana getirme yükünün yanında, ayrıca ürünün üretileceği, meydana getirileceği malzemeyi de temin mükellefiyeti altında olup olmadığıdır. Şayet yüklenicinin, meydana getirilmesini üstlendiği neticenin yanı sıra malzeme temin yükümlülüğü, ürünün meydana getirilmesi için asli nitelik teşkil eden ana malzemeye göre ikincil nitelikte yan ürünlerin temini ile sınırlı ise, örneğin takım elbise siparişinde terzinin iplik ve düğmelerini temin etmesi gibi, diğer bir tabirle ana malzemeyi sipariş veren iş sahibi temin ediyorsa, söz konusu sözleşme katıksız bir eser sözleşmesi olarak kabul edilmelidir.¹³³ Buna karşın ürünün meydana getirilmesinde elzem olan ana malzeme/madde, neticeyi üstlenen yüklenici tarafından temin ediliyorsa, meydana getirilecek eserin misli mi, gayri misli mi olduğuna bakılmalıdır. Şayet üretim ve teslimi taahhüt edilen eser, misli eşya niteliğindeyse satış sözleşmesi hükümlerine tabi, teslimi eserin üretileceği zamana ertelenmiş

¹³⁰ RODORFF, S. 41; RIEZLER, S. 573.

¹³¹ EMMERICH, (1992), S. 49, 177.

¹³² RODORFF, S. 41.

¹³³ RODORFF, S. 41.



eser teslim sözleşmesi vardır. Aksi takdirde yani meydana getirilecek eserin gayri misli olduğu ihtimalde ise bu durum eser sözleşmesi hükümlerine tabi dar manada eser teslim sözleşmesine vücut verecektir.¹³⁴ Aktarılan bu kıstaslar nazara alındığında, bir eşyanın tamirini veya işlevselliği için yapılan bakım ve gözetimini konu edinen sözleşmelerin eser olarak kabul edilmesinde tereddüt edilmeyecektir. Zira böyle bir durumda, yeni bir şey üretilmemekte, tamire veya bakıma konu eşya yükleniciye tamir için teslim edilmektedir. Hatta bu anlamda pahalı da olsa pahalılığı ürünle mütenasip bir parçanın montajı da eser sözleşmesi olarak nitelendirilecektir.¹³⁵

bb. 2002 Borçlar Hukuku Reformu Sonrası Hukukî Durum ve Reformun Eser Teslim Sözleşmesi Bağlamında Tarihsel Arka Planı

Tüketim Mallarının Satımı ve Bunlara Ait Garantilerin Bazı Yönlerine İlişkin 1999/44/At Sayılı Yönerge'nin¹³⁶ ana hedefi Birliğe üye ülkelerin ulusal mevzuatlarını tüketicinin korunması noktasında asgari bir düzeyde yeknesak hale getirmek ve bu suretle tüketici haklarının iyileştirilmesini sağlamaktır.¹³⁷ Söz konusu Yönerge 7 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş ve üye devletlerin 1 Ocak 2001 tarihine kadar, söz konusu Yönerge kapsamında ulusal mevzuatlarını yönergede öngörülen direktifler ışığında uyumlaştırmaları öngörülmüştür. Yönergedeki düzenlemeler Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG) ışında hazırlanmış,¹³⁸ bilhassa eser sözleşmeleri veya eser teslim sözleşmeleri bakımından CISG m.3'teki düzenleme tarzı Yönergede de benimsenmiştir. Bununla beraber Yönergenin konu itibarıyla uygulama alanı, CISG'ta malzemenin esaslı bölümünün temini gibi birtakım sınırlamalara tabi olmayıp daha geniştir.¹³⁹

¹³⁴ RODORFF, S. 41.

¹³⁵ RODORFF, S. 42.

¹³⁶ Tüketim mallarının alım satımı ve bunlara ait garantilerin belirli yönlerine ilişkin 25 Mayıs 1999 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (1999/44/EC). Buradan itibaren metin içinde sadece *Yönerge* olarak isimlendirilecektir. Yönergenin Türkçe metni için bkz. ZEVKLLER / ÖZEL, s. 918.

¹³⁷ CAN, Hacı, Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku, s. 354.

¹³⁸ HEIDERHOFF, Bettina, *Europäisches Vertragsrecht*, Heidelberg, 2012, S. 178, PN. 403; GRUNDMANN, Stefan, S. 32, Einleitung, PN. 21, in: *EU-Kaufrechtsrichtlinie*, GRUNDMANN, Stefan / BIANCA, Cesare Massimo (Hrsg.), Köln, 2002; RUDOLPH, Jochen, *Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht gemäß §651 BGB*, Baden-Baden, 2009, S. 53; RIESENHUBER, Karl, *Europäisches Vertragsrecht*, Berlin, 2003, S. 279, PN. 731; LEISTNER, Matthias, *Die »richtige« Auslegung des §651 BGB im Grenzbereich von Kaufrecht und Werkvertragsrecht*, JA, Heft 2, 2007, S. 85 ff.

¹³⁹ HEIDERHOFF, S. 178, PN. 404; GRUNDMANN, S. 37, PN. 27.



ana. Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)

CISG'in konu bakımından uygulama alanını belirleyen ve konuyu ilgilendiren, ayrıca Yönerge'ye kaynaklık eden düzenleme CISG m.3 olup bahsi geçen maddenin Türkçe tercümesi şu şekildedir:

“(1) İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun.

(2) Bu Antlaşma, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmaz.”¹⁴⁰

İki fıkradan müteşekkil maddede iki farklı durum düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasında eser teslim sözleşmesi olarak isimlendirilen ve gelecekte imal edilecek ve üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmelerin, sipariş veren tarafın yani alıcının, malın üretildiği malzemenin esaslı bir kısmını temin etmemesi koşuluyla satış sözleşmesi kabul edileceği belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise, yapılan sözleşmenin iş gücü veya hizmet gibi satış sözleşmesine yabancı unsurlar barındırması halinde hangi şartlar altında bu yabancı unsurları barındıran sözleşmenin satış olarak kabul edilerek Antlaşma hükümlerinin uygulanacağını düzenlemektedir.¹⁴¹ İki fıkra

¹⁴⁰ Antlaşmanın çıkmaya esas alınan Türkçe çevirisi Bakanlar Kurulu'nun Türkiye'nin CISG'a taraf olmasına ilişkin 11.03.2010 tarihli kararının ekinde verilen tercümedir. Fakat Antlaşma metni Türkiye'nin taraf olmasından çok önce farklı yazarlarca tercüme edilmiştir. Mazhar ERÜRETEEN tarafından 1991 yılında yapılan ilk çeviride, *“imal edilecek ya da üretilecek malların teminine...”* şeklinde çevrilen kısım (Bkz. ERÜRETEEN, Bahir Mazhar, Dış Ticaret Hukuku İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı, İstanbul, 1991, s. 34). Cengiz KOÇİSARLIOĞLU tarafından 2002 yılında yapılan tercümede ise *“fabrikasyon veya üretimi için...”* şeklinde çevrilmiştir. Bkz. KOÇİSARLIOĞLU, Cengiz, Uluslararası Emtia Satımı Sözleşmelerine İlişkin 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Antlaşması Tercümesi: Michael R. Will, Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2002, s. 43 vd.

¹⁴¹ BRUNNER, Christoph, UN-Kaufrecht, CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Bern, 2004, Art.3 PN. 1 ff.; Ayrıca bkz. HERBER, Rolf, Art.3, PN. 3, in: v. Caemmerer, Ernst / SCHLECHTRIEM, Peter (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht -CISG- München, 1995; FERRARI, Franco, Art.3 PN. 12 ff. in: SCHLECHTRIEM, Peter / SCHWENZER, Ingeborg (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, CISG, München, 2008; PILTZ, Burghard, Internationales Kaufrecht, München, 2008, s. 28 ff.; BENICKE, Christoph, Art.3, PN. 2 ff. in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 6 §§373-406, CISG, 2004; ATAMER, Yeşim, CISG Uyarınca



arasındaki ilişki açısından vurgulanması gereken husus, eser teslim sözleşmesi söz konusu olduğunda, malın üretiminde sarf edilen iş gücü veya emeğin, üretilen malın toplam değerinden yüksek olmasının bir ehemmiyet arz etmediğidir. Dolayısıyla maddenin ikinci fıkrası yalnızca, satıcının işgücü veya hizmetinin malın üretimine hizmet etmediği durumlarda uygulanmaktadır.¹⁴²

İlk fıkrada ifade edilen imal ile örneğin bir makinanın imal edilmesi, üretim ile ise hayvansal ve tarımsal istihaller kastedilmektedir.¹⁴³ Üretilecek makinanın alıcı için özel olarak üretilmesiyle standart bir ürün olması arasında bir fark bulunmamakla birlikte, bu farkın dikkate alınmayışı sözleşmenin klasik anlamda bir eser sözleşmesi teşkil etmemesine bağlıdır. Diğer bir deyişle malzemenin eşaslı bir kısmının sipariş veren tarafından temin edilmemesine, yani malzemenin de satıcı tarafından temin edilmesine (eser teslim sözleşmesi) bağlıdır. Bu anlamda malzemenin iş sahibi tarafından temin edildiği eser sözleşmesinin klasik şekli anlaşmanın konu bakımından uygulama alanı içinde kabul edilmemiştir.¹⁴⁴ Maddede ifade edilen eşaslı bölümün temininden ne anlaşılması gerektiği ihtilaflı olup bir görüşe göre sözleşmenin kurulduğu tarihte tarafların ürünün imal edileceği veya üretilceği malzemenin temininde iştirak oranlarının birbirileri ile olan değersel ilişkileri dikkate alınmalıdır.¹⁴⁵ Bir diğer görüşe göre ise, üretilen veya imal edilen malın satış değeri ile temin edilen malzemenin değeri arasındaki ilişkiye odaklanılmalıdır.¹⁴⁶ CISG m.3 f.2’de ifade edilen “*ağırlıklı olarak*” ifadesinden farklı olarak, maddenin ilk fıkrasındaki “*esaslı bir bölüm*” ifadesi malın imal ve üretimi için gerekli toplam malzeme değerinin

Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Ayrılmanın Sonuçları, 2005, s. 38-39; ZEYTİN, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku - CISG, 2015, s. 61; LÜDERITZ, Alexander / FENGE, Anja, Art.3 PN. 2 in: Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Schuldrechtliche Nebengesetze: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf (CISG), Stuttgart, 2000; SIEHR, Kurt, Art.3, PN. 3, in: HONSELL, Heinrich (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, Heidelberg, 2010; NICOLAI, Philip, Der Vertragstyp des UN Kaufrechts, S. 280, in: Vertragstypen in Europa Historische Entwicklung und europäische Perspektiven, ANDRÉS, Santos / FRANCISCO Javier / BALDUS, Christian / DEDEK, Helge (Hrsg.), München, 2011.

¹⁴² BRUNNER, Art.3 PN. 6.

¹⁴³ BRUNNER, Art.3 PN. 3; MAGNUS, Ulrich, Art.3 PN. 13, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Wiener Kaufrecht (CISG), München, 2017.

¹⁴⁴ BRUNNER, Art.3 PN. 3; ATAMER, s. 39; NICOLAI, S. 281.

¹⁴⁵ BRUNNER, Art.3 PN. 3; MAGNUS, Art.3 PN. 13, in: Staudinger, Wiener Kaufrecht (CISG); ATAMER, s. 39; ZEYTİN, s. 61;

¹⁴⁶ NICOLAI, S. 281; BRUNNER, Art.3 PN. 3 (Fullnote: 122).



yüzde ellisinden az olabilir.³⁴⁷ Malın tamirinin, işlenmesinin, iyileştirilmesinin, ıslahının konu edildiği sözleşmelere ise, eylemin üzerinde gerçekleştiği malzemenin kendisi veya esaslı bölümü alıcı tarafından temin edildiği için, anlaşma hükümleri doğal olarak bu tip sözleşmelere uygulanmayacaktır.³⁴⁸

Malzemenin büyük kısmının sipariş veren alıcı tarafından temin edildiği yani CISG'nin uygulanmadığı istisnai durum bağlamında alıcı tarafından temin edilen şeyin CISG Art.3 Abs.1 bağlamında bir malzeme olmasıdır. Değilse, ürünün üretilmesi için alıcı tarafından satıcıya ürünü üretmesi için verilen, know-how, plan veya buna benzer şeyler önemli bir değeri haiz olsa da CISG kapsamında madde kabul edilmeyecektir.³⁴⁹ Ürünün teslim tarihinde taşınabilir olması kaydıyla, sonradan bir taşınmaza eklenilecek olması CISG'nin uygulanmasına mâni olmayıp, bu bağlamda, satıcı tarafından teslim edilecek endüstriyel tesisin alıcıya ait bir arazi üzerinde inşa edilecek olması durumunda da malzemenin, alıcı tarafından temin edildiği söylenemeyecektir.³⁵⁰ İnşaat malzemelerinin teslimini ve bir taşınmaz üzerine işlenmesini konu alan sözleşmeler, montaj yükümlülüğü içeren teslim sözleşmesi olması kaydıyla, CISG'nin uygulama alanına girecektir.³⁵¹

Bilimsel bir incelemenin yapılması gibi manevi eserler CISG'nin uygulama alanına giren eşya kapsamında değerlendirilmemektedir, velev ki, söz konusu manevi eser kullanılabilirlik amacıyla maddi bir formda tecessüm etmiş olsun. CISG'nin uygulama alanına girecek eşya yalnızca cismanî nitelikte taşınır eşya vasfını haiz mallar olup, zihinsel bir çabanın sonucu olan ürünlere ilişkin bunların kullanımını sağlamak üzere bir form içinde sunulan kullanım hakkında bu vasıflar eksik olup, bu tip durumlarda anlaşma uygulama alanı bulamayacaktır.³⁵²

Son olarak birinci fıkra hükümlerinin uygulanması babında, malın misli ya da gayri misli eşya olmasının bir önemi yoktur.³⁵³

³⁴⁷ MAGNUS, Art.3 PN. 16, in: Staudinger, Wiener Kaufrecht (CISG); BRUNNER, Art.3 PN. 3. Bununla birlikte malın üretileceği malzemenin sadece yüzde on beşlik bir kısmının alıcı tarafından temin edilmesi durumunda malzemenin esaslı bir bölümünün alıcı (sipariş veren) tarafından temin edildiği söylenemez. Krş. ATAMER, s. 39

³⁴⁸ MAGNUS, Art.3 PN. 15, in: Staudinger, Wiener Kaufrecht (CISG); BRUNNER, Art.3 PN. 3.

³⁴⁹ BRUNNER, Art.3 PN. 4; Kısmen tartışmalı bkz. MAGNUS, Art.3 PN. 23, in: Staudinger, Wiener Kaufrecht (CISG).

³⁵⁰ BRUNNER, Art.3 PN. 4.

³⁵¹ BRUNNER, Art.3 PN. 4; Krş. MAGNUS, Art.3 PN. 13, in: Staudinger, Wiener Kaufrecht (CISG).

³⁵² BRUNNER, Art.3 PN. 5.

³⁵³ MAGNUS, Art.3 PN. 13, in: Staudinger, Wiener Kaufrecht (CISG).



Daha önce ifade edildiği üzere, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere CISG uygulanmayacaktır. Hükmün mefhumu muhalifi, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak işgücünden veya bir hizmetin sağlanmasından teşekkül etmediği durumlarda CISG'in uygulanacağını ortaya koymaktadır.³⁵⁴ Dolayısıyla işgücü veya hizmet sağlama gibi satış sözleşmesine yabancı unsurların eklendiği isimsiz bir sözleşme, bu yabancı unsurların satışa galip gelmemesi kaydıyla, CISG'in uygulama alanı içinde mütalaa edilecektir.³⁵⁵ Hangi hallerde satış unsurlarının ağırlıkta olacağı veya hangi durumda satışa yabancı işgücü ve hizmet unsurunun ağırlıkta olacağı sorunu doktrinde şu şekilde çözümlenmektedir. İlk etapta, malın satıcının toplam borcu (edimin toplam fiyatı) içindeki değeriyle, işgücü veya hizmete karşılık gelen parasal değer mukayese edilmelidir. Edimler arasındaki değersel ilişkinin güçlük arz ettiği durumlarda, her bir edimin taraf menfaatleri açısından ağırlığı esas alınabilir.³⁵⁶

Satış karakteri taşımayan veya satış sözleşmesine yabancı birtakım yükümlülükler montaj, paketleme, muhafaza, dayanışma rekabet yasağı gibi yükümlülükler olabilir. Birebir sözleşme örnekleri üzerinden hareket etmek gerekirse, montaj yükümlülüğü içeren eser teslim sözleşmeleri kural olarak CISG'in uygulama alanına girmektedir, zira montajın bir bütün olarak edim içindeki değeri ikincil niteliktedir.³⁵⁷

bbb. Tüketim Mallarının Satımı ve Bunlara Ait Garantilerin Bazı Yönlerine İlişkin 1999/44/AT Sayılı Yönerge'de Eser Teslim Sözleşmesi

Yönergenin kapsam ve tanımlar başlıklı birinci maddesinin 4. fıkrasında aynen CISG'da olduğu gibi *imal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmelerin* satış sözleşmesi gibi değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır.³⁵⁸ Bahsi geçen sözleşmelerin satış kategorisinde değerlendirilmesinin sebebi olarak, ekonomik sebepler³⁵⁹ ve toplumsal değer ölçüleri³⁶⁰ gösterilmektedir.

³⁵⁴ MAGNUS, Art.3 PN. 21, in: Staudinger, Wiener Kaufrecht (CISG).

³⁵⁵ BRUNNER, Art.3 PN. 7.

³⁵⁶ BRUNNER, Art.3 PN. 7.

³⁵⁷ BRUNNER, Art.3 PN. 11.

³⁵⁸ HEIDERHOFF, S. 178, PN. 404; GRUNDMANN, S. 37, PN. 27.

³⁵⁹ GOMEZ, S. 77, PN. 95.

³⁶⁰ SERRANO, S. 112, PN. 16.



3. BGB §651 ve Eser Teslim Sözleşmesi

BGB §651'in ilk fıkrası sözleşmenin kurulduğu tarihte henüz imal ve istihsal edilmemiş olan taşınır bir malın teslimini konu edinen sözleşmelere satış hükümlerinin uygulanacağını düzenlemektedir. Maddenin orijinal metninde kullanılan "*herstellen*" ve "*erzeugen*" kelimeleri üzerine kısaca durulmalıdır. Türkçe üretim ve imal veya istihsal olarak çevrilebilecek kavramlar için müşterek olan nokta, üretim veya imale konu taşınır şeyin daha önce mevcut olmaması ve ilk defa vücuda getiriliyor olmasıdır.³⁴¹ Bu anlamda söz konusu imal ve üretim faaliyeti, esasen var olan bir şey üzerinde gerçekleştirilen eşyanın tamir, bakım ve muhafazasından ayrılmaktadır. Bu tip faaliyetler doğrudan eser sözleşmesi hükümlerine tabi olmaktadır.³⁴²

İki kavram arasındaki fark ise, "*erzeugen*" ifadesinin tarımsal ve hayvansal üretimi diğer bir deyişle üzerinde çalışılmaya muhtaç ham madde üretimini ifade etmek üzere kullanılmasıdır.³⁴³ Bu bilgiyle birlikte, BGB §651 ile ayrıntıya geçmeksizin maddenin genel hatları şöyle özetlenebilir. Söz konusu madde satış sözleşmesinin eser sözleşmesinden ayırt edilebilmesi ile ilgili olup uzun süredir her iki sözleşmenin uygulanma alanı konusundaki var olan rekabette satış lehine bir genişlemeye sebebiyet vermiştir. Böylece eser sözleşmesinin öneminin veya uygulama alanının satış sözleşmesi hükümleri lehine önemli oranda azaldığı söylenebilir.³⁴⁴ Madde metni dikkate alındığında, manevi, fikri bir emek mahsulü olarak ortaya konacak manevi eser sözleşmesi olarak isimlendirilen sözleşmeler³⁴⁵ ile bir gayri menkulün inşasını veya imalini hedefleyen inşaat sözleşmeleri eser sözleşmesi hükümlerine tabidir.

³⁴¹ BUSCHE, BGB §651 PN. 6, in: MünchKomm BGB.

³⁴² BUSCHE, BGB §651 PN. 11, in: MünchKomm BGB; OETKER / MAULTZSCH, S. 569, PN. 12; RUDOLPH, S. 95-96.

³⁴³ BUSCHE, BGB §651 PN. 6, in: MünchKomm BGB; RUDOLPH, S. 97.

³⁴⁴ GREINER, Stefan, Schuldrecht Besonderer Teil, Vertragliche Schuldverhältnisse, Berlin, 2011, S. 186; NIETSCHE, Michael, Werklieferungen im Spannungsverhältnis zwischen Vertragstypisierung und Parteiautonomie, Archiv für die civilistische Praxis, 211. Bd., H. 5 (Oktober 2011), S. 737-767, 751.

³⁴⁵ NIETSCHE, S. 754; bu anlamda konusu bir yazılım programının üretilmesi olan sözleşmelerin de imal edilecek taşınır eşya kavramı içinde değerlendirilerek BGB §651 S. 1 kapsamında, satış hükümlerine tabi olması gerektiğini savunmaktadır.; METZGER, S. 263, ise eser sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerektiğini ileri sürmektedir. HAAS, S. 309, PN.70. Buna karşın OECHSLER, sipariş verenin hususi ihtiyaçları dikkate alınarak üretilen yazılımlar için eser sözleşmesi hükümlerinin, seri mamul yazılımlar için ise satış hükümlerinin tatbikini savunmaktadır. Yazar gerekçe olarak ise şahsi ihtiyaçların dikkate alındığı bir yazılımın üretim sürecinde



Yine bir taşınmazın esaslı unsuru olarak taşınmaza eklenilen taşınır eşyanın üretiminde³⁶⁰ ve maddi eserlerin örneğin yenilenmesi, iyileştirilmesi, düzeltilmesi, dönüştürülmesi gibi salt tamirini konu edinen sözleşmelerde³⁶¹ eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.³⁶² Sözleşmenin konusunun gayri misli eşya teşkil ettiği durumlarda ise, bu ayrım maddenin anlaşılmasındaki ve uygulamadaki temel ölçüt olmamak ve önemini yitirmiş olmakla birlikte,³⁶³ bu hallerde satış ve eser hükümlerinin kombinasyonuna yol açan her iki sözleş-

programın meydana getirilmesinin sözleşmenin muhtevasına dahil olduğunu, programı üreten borçlunun sipariş verenin şahsi ihtiyaçlarına ve taleplerine uygun hareket ettiğini ve bu taleplere uygun bir program hazırlananan eser sözleşmesindeki bir netice meydana getirme yükümlülüğüne karşılık geldiğini ileri sürmektedir. Halbuki seri mamul bir bilgisayar yazılımında, alıcı programın üretimi süreci ile ilgilenmemektedir. OECHSLER, S. 470, PN. 581. Bu noktada Yazarın yazılım programlarına ilişkin yapmış olduğu bu ayrımın, esasen misli gayri misli eşya ayrımıyla örtüştüğü, BGB §651 ile bu ayrımın artık önemli olmadığı ve zikredilen madde dikkate alındığında bireysel ihtiyaçlar gözetilerek üretilen bir yazılım programının teslimine ilişkin sözleşmeye de satış hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Söz konusu endişeye karşılık olarak şu sav ileri sürülmektedir. Bireysel ihtiyaçları dikkate alan bir yazılım her ne kadar bir meta' üzerinde tecessüm etse de program yapıcının asli edimi programın üretilmesi sürecindeki zihinsel efor ve entelektüel çabadır. Daha doğru deyişle bu zihinsel faaliyetin ürünü olan programdır. BUSCHE, BGB §651 PN. 142, in: MünchKomm BGB. Kaldı ki söz konusu program üretme faaliyeti her zaman bir madde üzerinde tecessüm etmemekte bazen online erişime de açılabilmekte ve tecessüm etmeksizin kullanıma hazır bulundurulabilmektedir. Sonuç olarak manevi ve zihinsel bir emeğin ürünü olarak ortaya çıkan yazılımın bireysel ihtiyaçlar için hazırlanması koşuluyla eser sözleşmesi olarak kabulüne ilişkin bir görüş birliği olduğu söylenebilir. Ayrıca bkz. PETERS / JACOBY, S. 829, PN. 29, in: Staudinger Eckpfeiler; Bu sav da elbette aynı durumun seri mamul bilgisayar yazılımları için de geçerli olduğu ileri sürülerek eleştirilebilir. Hatta Tüketici Yönergesi ile amaçlanan uyumlaştırma çabalarına aykırı bir yorum olarak görülebilir. Eser olarak nitelendirilen sözleşmelerin mahiyeti ele alınmayacağı için, bilgisayar yazılımlarına ilişkin bu özet bilgi ile kifayet edilmiştir.

³⁶⁰ RAAB, Thomas, Der Werkvertrag, S. 230, PN. 8 in: Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, DAUENER-LIEB, Barbara / HEIDEL, Thomas / LEPA, Manfred / RING, Gerhard, Bonn, 2002; HAAS, S. 309, PN.64; SCHUDNAGIES, S. 398.

³⁶¹ HUBER, Peter / BACH, Jvo, Examens- Repetitorium, Besonderes Schuldrecht, Heidelberg, 2011, S. 114-115, PN. 330; PETERS / JACOBY, S. 829, PN. 28, in: Staudinger Eckpfeiler; RAAB, S. 230, PN.9. Yalnız eserin yeniden üretilmesi ile mevcut bir malın yenilenmesinin birbirinden ayrıtılmasının uygulamada çok kolay gerçekleşmeyeceğine işaret edilmelidir; SCHREIBER, Klaus, Die Abgrenzung von Werk-, Werklieferungs- und Kaufvertrag, JURA - Juristische Ausbildung, Band 35, Heft 1, Seiten 21-23, 22.

³⁶² Bununla birlikte iş sahibinin hizzat monte edeceği bir mutfak dolabı yapımı siparişi verilmişse, eser teslim sözleşmesi söz konusu olacaktır. Krş. MEDICUS / LORENZ, Schuldrecht II- Besonderer Teil, München, 2010, S. 232, PN. 695. Satışta montaj yükümlülüğü bir yan edim yükümlülüğü kararlaştırılmışsa bu sözleşmenin satış vasfına hâlel getirmeyecektir. Fakat montaj başlı başına ana yükümlülüğü teşkil ediyorsa, bir eser sözleşmesi söz konusudur. PN. 697. Ayrıca Bkz. EMMERICH, (2003), S. 125-126, PN. 4; MUSIELAK, S. 360, PN. 671.

³⁶³ HAAS, S. 309, PN.64; SCHUDNAGIES, S. 398.



me hükümlerinin birlikte uygulanması durumu gerçekleşmektedir (BGB §651, S.3). Diğer bir ifadeyle BGB §651 açısından, sözleşmenin konusunun misli eşya mı gayri misli eşya mı olduğu ayrimından hareketle, sözleşmenin konusu misli eşya olduğu durumlarda, hükmün açık yollamasıyla satış hükümleri uygulanacaktır. Fakat sözleşmenin konusunun gayri misli olduğu durumlarda, sözleşme satış temelinde değerlendirilmekle birlikte, eser sözleşmesine ilişkin bazı hükümler tamamlayıcı hükümler olarak devreye girecektir.¹⁷⁶ Sözleşmenin konusunun gayri misli olduğu durumlarda dahi sözleşmenin satış temelinde kalmasının anlamını biraz açmak icap ederse, sözleşmenin satış temelinde kalmasından, uygulanacak hükümlerin ağırlık noktasının büyük ölçüde yine satış hükümleri olduğu, örneğin malda maddi veya hukuki bir ayıp olması halinde satış sözleşmesinin konuya ilişkin hükümlerinin (BGB §434ff., tüketici satışlarında BGB §474ff.) uygulanması anlaşılmalıdır.¹⁷⁷ Bununla birlikte sonuçta bir eser teslimi söz konusu olduğu için, eserin mahiyetinden kaynaklanan bazı modifikasyonlar gerekmede, zira satış bahsinde bazı konularda eser hükümlerine denk karşılıklar bulunmamaktadır. İşte bu boşlukları doldurmak amacıyla, bazı eser hükümleri yeni haliyle tamamlayıcı hükümler olarak satış temelinde kalan bu sözleşmelere uygulanmaya devam edecektir.¹⁷⁸ Zira satış hükümlerinin mahiyeti eserin üretimi esnasında meydana gelecek değişiklikleri dikkate almaya uygun değildir. Yine gayri misli eşyanın üretimi sırasında özellikle ortaya çıkacak iş sahibinin sürece katılma, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali karşısında, yükleniciye sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanınmalı veya gayri misli eşyanın üretiminde yüklenici tarafından bağlayıcı olmaksızın teklif edilen fiyatın aşılabileceğini yüklenici iş sahibine ihbar etmelidir.¹⁷⁹ İşbu sebeplerle kanunun eser bahsinde düzenlenen iş sahibinin katılma veya birlikte hareket etme yükümlülüğüne (BGB §§642, 643, 645), fiyat teklifine (BGB §650)¹⁸⁰ ve sözleşmenin feshine ilişkin hükümleri (BGB §649) tamamlayıcı normlar olarak uygulanmaya devam edecektir.¹⁸¹

¹⁷⁶ BÜDENBENDER, S. 630. Ancak eser ve satıştan terekküp eden karma sözleşmeler de söz konusu olabilecektir. Örneğin, eski bir ev satın alınması durumunda, ayrıca evin geniş çapta baştan sona elden geçirilmesi tamiri vs. kararlaştırılmışsa satış ve eser hükümleri birlikte tatbik edilecektir.

¹⁷⁷ GREINER, S. 186; RAAB, S. 230, PN.6.

¹⁷⁸ RAAB, in Dauner-Lieb / Heide / Lepa / Ring, §9, PN. 6.

¹⁷⁹ BOHNE, Michael BGB §474 PN. 18, in: HOEREN, Thomas / MARTINEK, Michael, (Hrsg.) Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, Recklinghausen, 2002.

¹⁸⁰ Sebebi için bkz.: HAAS, S. 311, PN.72.

¹⁸¹ GREINER, S. 186; RAAB, S. 230, PN. 6.



Daha önce ifade edildiği üzere eserin meydana getirileceği malzeme sipariş veren tarafından temin edilebildiği gibi, bazen bizzat yüklenici tarafından da temin edilebilmektedir. Örneğin takım elbise dikmeyi yükümlenen terzi-nin, aynı zaman da kumaşı da temin etmesi gibi. Eser teslim sözleşmesi olarak isimlendirilen bu sözleşme tipinin satış-eser ayrımında en sorunlu alanlardan birisini teşkil ettiği de aynı şekilde daha önce ifade edildi. **Reform sonrası ise, ürünün üretilileceği malzemenin kim tarafından temin edildiği dikkate alınmaksızın, satış sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.**¹⁷⁶ Böylece uygulamada çok sık rastlanmayan, malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı durum, artık satış sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Söz konusu değişiklikler, Alman literatüründe Türkçe’de eser teslim sözleşmesi olarak isimlendirilen *Werklieferungsvertrag* teriminin terk edilmesini onun yerine sipariş üstüne satış olarak çevrilebilecek *Lieferungskauf* teriminin kullanımının teklif edilmesine neden olmuştur.¹⁷⁷ Yerel mevzuatın Tüketici Yönergesi ile uyumlaştırılması sürecinde, malzemenin iş sahibi tarafından sunulduğu durumlarda dahi bu tip bir sözleşmenin satış hükümlerine tabi tutulmasının sebebi, eser sözleşmesi hükümlerinin bir kısmının satış hükümleri ile uyumsuz olması ve Alman kanun koyucusunun, ulusal mevzuatın yeterince uyumlaştırılmadığı şeklinde bir eleştiriye muhatap olmak istemeyişidir.¹⁷⁸ Öte yandan satış sözleşmesinin uygulama alanının bu ölçüde genişletilmesinin ve eser olarak nitelendirilen bu sözleşmelerin satış başlığına alınmasının umumi sebebi ise, aksi bir düzenlemenin yani bu tarz sözleşmeleri satış başlığına almamanın, Alman kanun koyucusunu eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde de Yönerge’ye uyum kapsamında birtakım değişiklikler yapmak zorunda bırakacak olmasıdır.¹⁷⁹

4. Hizmet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Alman hukukunda eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesinin birbirlerinden ayırt edilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira hizmet sözleşmesinde ayıba

¹⁷⁶ VOIT, Wolfgang, BGB §631, PN. 3, in: BeckOK BGB, (Hrsg.) BAMBERGER, Georg / ROTH, Herbert / HAU, Wolfgang / POSECK, Roman 49. EDITION, STAND: 01.02.2019, E.T. 06.05.2019; RAAB, S. 230, PN.6; HAAS, S. 309, PN.63; Ayrıca bkz. SCHUHMAN, Ralph, *Werkvertrag oder Kaufvertrag? - §651 BGB im Lichte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*, ZGS 2005, 250 ff.

¹⁷⁷ HAAS, S. 310, PN.67.

¹⁷⁸ RAAB, S. 230, PN. 6; Söz konusu düzenleme tarzına yönelik bazı eleştiriler için bkz. NI-ETSCH, S. 751, 766.

¹⁷⁹ HAAS, S. 310, PN.67.



karşı tekeffülden doğan sorumluluğun büyük ölçüde kanunun genel bölümüyle uyumlu hale getirilmiş olması nedeniyle, hizmet sözleşmesinde borca aykırılık halinde, hukuki sonuçlar yalnızca borca aykırılığın düzenlendiği BGB §§280ff. hükümlerine tabi iken, eser sözleşmesinde özel olarak ayıba karşı tekeffül hükümleri öngörülmüştür.³⁸⁰

Eser sözleşmesini, hizmet sözleşmesinden ayıran önemli kıstas,³⁸¹ eser sözleşmesinde, hizmet sözleşmesinden farklı olarak, salt bir faaliyette bulunmak, bir işi yapmak değil, bu iş neticesinde gerçekleşmesi arzulanan gaye veya netice borçlanılmaktadır.³⁸² Bu sebeple, hizmet sözleşmesinde hizmetle yükümlü kimse,³⁸³ sözleşmede taahhüt edilen işi yerine getirmek suretiyle

³⁸⁰ LOOSCHELDERS, S. 169, PN. 541; Alman ifa engelleri sistemi için bkz. OKUR, S. 133 ff., 185 ff., 251 ff.

³⁸¹ TILLMANN, Kerstin, Strukturfragen des Dienstvertrages Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, Tübingen, 2007, S. 15.

³⁸² BÜSCHE, BGB §651 PN. 16, in: Münchener Kommentar, RÜMELIN, Gustav, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen, 1905, S. 7 ff. Yazar, bahsi geçen kriter üzerinden eser ve hizmet sözleşmesi ayırmanın her zaman düşünüldüğü kadar basit olmayacağını izah sadedinde bazı örnekler vermektedir. Örneğin, ancak davayı kazanması durumunda avukata ücret verilecekse veya özel ders alan öğrenci ile hocanın ancak sınavın başarılmaması halinde, ücret ödeneceğinin kararlaştırılması halinde, acaba eser mi yoksa hizmet sözleşmesi mi söz konusudur? RÜMELIN, bu noktada gündelik düşünüş biçiminin ve kullanılan dilin, iki durumu birbirinden ayırt edeceğini ifade etmektedir. İlk durum, eylemin ya da gerçekleştirilen davranış sonucu kesin ya da büyük bir olasılıkla meydana getiremediği haldir ki, verilen örnekler bu hal içinde değerlendirilir. İkinci durumda ise, sözleşmenin tarafı oldukça komplike birden fazla davranışın bir araya gelmesiyle ortaya çıkacak netice ile ilgilidir. Bu neticeyi ortaya çıkaran davranış bilmez ve ilgi duymaz. Örneğin bir evin inşasında, geminin yapılmasında, sözleşmeye taraf olan kişi, bu sonucun ortaya çıkması için gerekli olan ve içi geçmiş davranışlarla ilgili değildir, o sonuçla ilgilidir (RÜMELIN, S. 9). Krş. TILLMANN, S. 13. GREINER, Stefan, Grenzfragen des Erfolgsbezugs im Werkvertragsrecht, Archiv für die civilistische Praxis, 211. Bd., H. 2 (April 2011), S. 224. Yazara göre, söz konusu kıstasın silihi veya sözleşmeleri ayırmaya ne derece elverişli olduğu oldukça tartışmaya açıktır. Aynı yükümlülük salt bir hizmet olarak tanımlanabileceği gibi, bir sonuç olarak da tanımlanabilir. Örneğin bir eylem olarak “şarkı söylemenin”, yoksa bir sonuç olarak “şarkı”nın mı borçlanıldığı bir bakış açısı meselesidir. Yine yazara göre, hizmet sözleşmesine konu olan her davranış, eser sözleşmesinin, eser sözleşmesine konu olan her davranış ise hizmet sözleşmesinin mevzuu olabilecektir. Dolayısıyla bu kriter elverişli bir kriter değildir.

³⁸³ Çalışmada esasen TBK terminolojisi dikkate alındığı için, hizmet ilişkisinde tarafların işçi ve işveren olarak tercümesi daha uygun gözükmeyle birlikte, Alman hukuku söz konusu olduğunda, bir hekimin veya avukatın da hizmet sözleşmesinin tarafı olabileceği ve cümle alışı dikkate alınarak işçi kavramı için hizmet yükümlüsü, hizmeti yerine getirmekte yükümlü kişi, hizmet borçlusu, işveren kavramı için ise hizmet alacaklısı, hizmet alan gibi kavramlar tercih edilmiştir. BGB m.611’in tercümesi şu şekildedir: “Hizmet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, onunla, bir hizmet vermeyi taahhüt eden kimse taahhüt ettiği hizmeti ifaya, diğer taraf ise [bu hizmete mukabil, taraflarca] kararlaştırılan ücreti ödemeye mecburdur.” Taraf yükümlülüklerinin tanımlandığı maddenin Almanca metninde kullanılan borçlu ve alacaklı için işaret zamiri ve sıfat tanılaması



borcunu ifa etmiş sayılmakta, yani ücreti hak etmekte iken, eser sözleşmesinde yüklenici sözleşmede kararlaştırılan bedeli ancak, iş sahibinin elde etmeyi arzuladığı neticenin husulüyle talep edebilmektedir.¹⁶⁴ Bununla birlikte hizmet sözleşmesinde de, salt bir faaliyetin borçlanıldığı şeklindeki ifade, söz konusu faaliyetle hiçbir neticenin arzulandığı, salt eylemin merkeze alındığı, eylem sonrasında meydana gelecek muhtemel neticelere hiç önem atfedilmediği şeklinde anlaşılmamalıdır.¹⁶⁵ Zira hizmet sözleşmesinde, hizmet alan kimse, sözleşmede teknik anlamda somutlaştırmadığı, bu yüzden belli bir hizmeti sunmakla yükümlü kimsenin meydana getirmeyi garanti etmediği birtakım neticeleri dürüstlük kuralları çerçevesinde beklemekte, en azından yürütülen faaliyetin, bahsi geçen neticeleri meydana getirmeye elverişli bir biçimde yerine getirilmesini beklemekte haklıdır. Örneğin bir avukat ile akdedilen hizmet sözleşmesinde, avukat elbette davayı kazanmak şeklinde bir neticeyi borçlanmamıştır, fakat sözleşmenin karşı tarafının, yürütülen faaliyetle davanın kazanılmasını sözleşmede dile gelmeyen bir iç niyet olarak taşıdığı da aşikardır. Diğer bir tabirle gerek eser sözleşmesinde gerekse hizmet sözleşmesinde sözleşmeyle ulaşılmak istenen varılmak istenen bir netice vardır. Şu farkla ki, eser sözleşmesinde, neticenin meydana gelmesi sözleşmenin bir parçası haline getirilmiş ve neticenin meydana gelmemesi rizikosunu, yüklenici üstlenmiştir.¹⁶⁶ Aynı şekilde tarafların sözleşmeye bir neticeyi yazmaları da sözleşmenin eser olarak kabul edilebilmesi için kâfi değildir. Sözleşmenin eser sözleşmesi mi, yoksa hizmet sözleşmesi

kullanılmış fakat ilerleyen maddelerde hizmet alacaklısı için "*Der Dienstberechtigte*" kavramı kullanılmıştır. Borçlu / İşçi kavramına karşılık olarak ise literatürde "*Der Dienstverpflichtete*" kullanılmaktadır. BGB'nin yürürlüğe girdiği tarihte bir akdi ilişkide var olduğu kabul edilen adil denge zamanla bilhassa hizmet sözleşmesinde hizmet yükümlüsü aleyhine değişmiş ve bu değişim Alman kanun koyucusunu hizmet sözleşmesinin bir türü olarak iş sözleşmesini ayrı bir kanun olarak düzenlemeye de işçiyi koruma süikiyi BGB'de birtakım özel hükümler ihdas etmeye sevk etmiştir. BGB'ye konulan bu hükümler serbest hizmet sözleşmesi (*freier Dienstvertrag*) ve iş sözleşmesi (*Arbeitsvertrag*) ayrımını gerekli kalmış ve iş sözleşmesinde alacaklı ve borçlu sıfatını karşılamak üzere *Arbeitsnehmer* (işçi), *Arbeitsgeber* (işveren) kavramları tercih edilmiştir.

¹⁶⁴ LOOSCHELDERS, S. 169, PN. 542; MEDICUS / LORENZ, S. 230, PN. 690, örneğin bir binanın inşaatı konu edinen sözleşmede yüklenici ve iş sahibi arasındaki sözleşme eser sözleşmesi, yüklenicinin işi bitirmek üzere yanında çalıştırdığı kimseler ile arasındaki sözleşmeler (iş sözleşmesi formunda) hizmet sözleşmesidir. Bitirilmek üzere olan inşaat bir kaza neticesinde harap olursa, yüklenicinin yanında çalışan işçilerin alacakları bu durumdan etkilenmezken, yüklenici eseri teslim edemediği için herhangi bir ücret talep edemeyecektir. Çalışanlar borçlarını ifa etmişlerdir, neticenin gerçekleşmemesi, alacakları ücreti etkilemeyecektir. BÜDENBENDER, S. 629.

¹⁶⁵ LOOSCHELDERS, S. 169, PN. 542; BROX / WALKER, S. 252, PN. 9.

¹⁶⁶ BÜDENBENDER, S. 629.



mi olduğu hususu, sözleşmenin yapıldığı bütün şartlar dikkate alınarak³⁶⁷ ve taraf iradeleri yalnızca sözleşmenin lafzına yoğunlaşmaksızın yorumlanarak tespit edilmelidir.³⁶⁸ Her halükârda her iki sözleşme tipinin birbirinden ayırt edilmesinde, aşağıda ele alınacak ölçütler katı bir biçimde uygulanmamalıdır.³⁶⁹ Bu anlamda sözleşmede borçlanılan faaliyetin tipi veya faaliyetin konusu, sözleşmenin eser sözleşmesi mi, yoksa hizmet sözleşmesi mi olduğu konusunda bir ölçüt olarak ele alınmamalıdır. Diğer bir deyişle aynı faaliyet tarafların kararlaştırmalarına göre, eser veya hizmet sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir.³⁷⁰

Bununla birlikte Alman doktrininde şu kriterler geliştirilmiştir. İlk kriter, taraflar arasında bedele ilişkin rizikonun nasıl paylaştırıldığına dikkate almaktır. Bu kriter gereği, borçlu, taraflarca kararlaştırılan bedele sadece neticenin hasıl olması durumunda hak kesp ediyorsa, yani neticenin gerçekleşmemesi halinde bedel talebinde bulunamıyorsa, riske borçlu katlanıyor demektir ki, bu du-

³⁶⁷ BUSCHE, BGB §651 PN. 18, in: MünchKomm BGB; BROX / WALKER, S. 252, PN. 10.

³⁶⁸ BGH: Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag, BGH, NJW 2002, 3323 ff.; BUSCHE, BGB §651 PN. 17, in: MünchKomm BGB; Bu anlamda bahsi geçen hususun yani taraf iradelerinin tespitinin sözleşmenin niteliğini tayin açısından nasıl bir rol oynadığını göstermek üzere *reklam sözleşmesi* örnek olarak verilebilir. Öncelikle reklam faaliyetleri, bir reklam faaliyetinin icrası söz konusu olduğu sürece Alman hukukunda iş görme karakterli eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Böylece ışıklı tabela reklamları, gazete, dergi katalog gibi yazılı medyada veya radyo, televizyon internet gibi elektronik medyada ve sinemada yer alan reklam faaliyetleri, toplu ulaşım araçlarına yerleştirilen afişler, bir şirketin tanıtımını amaçlayan bir sunumun hazırlanması veya bir şirket için logo hazırlanması faaliyetlerinin tamamı eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Buna karşın sözleşmenin konusu, müşteriye reklam işleri ile alakalı düzenli bir danışmanlık faaliyeti sunulması ise bu durumda bu sözleşme kapsamında verilen danışmanlık faaliyetinin unsurları olarak ortaya çıkan birtakım faaliyetler sözleşmenin hukuki vasfını tayin ve tespit noktasında daha az nazara alınarak sözleşme hizmet sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla sözleşmenin niteliğini tayin noktasında belirleyici unsur sözleşmede dile getirilen taraf iradeleri olup, salt bir neticenin borçlanıldığı durumlarda, bedel veya ücret hizmet sözleşmesine uygun biçimde öneğin aylık veya belli zaman dilimlerine yayılarak kararlaştırılmış olsa bile, sözleşme eser nitelikli kabul edilmelidir. Bununla birlikte bedel veya ücretin kararlaştırılma biçiminin sözleşmenin niteliğini tayinde belirleyici olabileceği de unutulmamalıdır. Şayet taraf iradeleri açısından önemli olan husus olarak, reklam ajansının faaliyetinden daha ziyade, bütüncül, sürekli, planlı ve amaca uygun yapılan reklamın etkisi ön plana çıkıyorsa, borçlanılan sözleşme eser sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır. Bkz BUSCHE, BGB §651 PN.175-176, in: MünchKomm BGB.; JACOBY, Florian / PETERS, Frank, Vorbemerkungen zu §§631ff. PN. 41, in: §631 - 651 (Werkvertragsrecht). J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 2014.

³⁶⁹ BROX / WALKER, S. 252, PN. 10.

³⁷⁰ BROX / WALKER, S. 252, PN. 10.



rumda eser sözleşmesi söz konusu olacaktır.³⁹¹ Aksi durumda ise, yani neticenin gerçekleşmesinden bağımsız olarak, borçlu, salt faaliyette bulunması sebebiyle ücrete hak kazanıyorsa, hizmet sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir.³⁹²

Bir diğer kriter ise neticenin gerçekleşmesine borçlunun ne derece müdahil olabildiği veya neticenin gerçekleşmesinin ne ölçüde borçlunun kabiliyetlerine bağlı olduğudur. Kısaca borçlunun neticenin gerçekleşmesinde ne ölçüde müessir olduğu belirleyici bir ölçüt olarak kabul edilmektedir. Ancak bu soruya verilecek cevapla birlikte, borçlunun neticenin meydana gelmesinden ötürü sorumlu olup olmaması gerektiği sorusunun da cevabı verilebilir. Bu ölçütün bir sonucu olarak, hekim veya avukatın neticenin meydana getirilmesi noktasındaki tabi olduğu doğal ve hukuki sınırlar bu sözleşmelerin hizmet sözleşmesi olarak kabulünü gerekli kılmıştır.³⁹³ Bir diğer kriter, her iki sözleşme tipinin hükümlerinin bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirilerek, somut olaya hangi hükümlerin uygulanmasının daha uygun olduğunun tespiti. Bu anlamda her iki sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümler, bu hükümlerin somut olaya uygunluğu tartışılarak belirleyici birer kriter olarak kullanılabilir.³⁹⁴

Bir diğer kriter ekonomik bağımlılık kriteri olup, eser sözleşmesinde yüklenici ekonomik olarak bağımsız olup, eserin meydana getirilmesinde üçüncü bir kişinin kullanılması da dahil olmak üzere birçok konuda serbestçe hareket etmekteyken, hizmet sözleşmesinde hizmetle yükümlü kimse, hizmet sunmakla yükümlü olduğu kişiyle ekonomik olarak bağımlı bir ilişki içindedir.³⁹⁵ Bir diğer husus eser sözleşmesinden farklı olarak, hizmet sözleşmesinde hizmet yükümlüsünün, hizmet alacaklısının talimatıyla hareket etmesi olup,

³⁹¹ BUSCHE, BGB §651 PN. 16, in: MünchKommBGB; BROX / WALKER, S. 252, PN. 9; BÜDENBENDER, S. 625.

³⁹² LOOSCHELDERS, S. 170, PN. 543; BROX / WALKER, S. 252, PN. 9.

³⁹³ LOOSCHELDERS, S. 170, PN. 543.

³⁹⁴ BUSCHE, BGB, §631 PN. 19, in: MünchKommBGB.

³⁹⁵ BUSCHE, BGB, §631 PN. 19, in: MünchKommBGB. Bununla birlikte BGB §627 dikkate alındığında, ki söz konusu madde hizmet alanla hizmet yükümlüsü arasında örneğin tedavi sözleşmesinde veya avukatlık sözleşmesinde olduğu gibi yoğun bir güven ilişkisinin mevcudiyeti halinde önemli sebep söz konusu olmaksızın süresiz olağanüstü fesih hakkı vermektedir. Söz konusu maddede tanınan kolaylaştırılmış fesih hakkının ön koşulu ise, taraflar arasında kurulacak hizmet sözleşmesi sebebiyle oluşacak ilişkinin katı bir bağımlılık teşkil etmemesi fakat yoğun bir güven ilişkisinin varlığıdır. Sonuç olarak hizmet ve eser sözleşmesinin ayırımında kullanılan ekonomik anlamda bağımlılık kriteri, hekimle veya avukatla yapılan hizmet sözleşmesinde bu tarz bir ekonomik bağımlılık olmaması sebebiyle, tefrik kabiliyetini haiz değildir.



eser sözleşmesinde yüklenici iş sahibinin talimatlarıyla büyük ölçüde bağlı değildir.³⁹⁶ Bir diğer kriter, tarafların ücretin/bedelin miktarını neye göre tespit ettikleridir. Ücret tayini şayet zaman esasına göre gerçekleşiyorsa hizmet, ortaya konan iş neticesine göre belirleniyorsa eser sözleşmesi söz konusu olacaktır.³⁹⁷ Son olarak, neticenin meydana gelmesi hususunda tarafların bilinçli bir bilgisizliği bir ölçüt olarak teklif edilmektedir. Şayet neticenin meydana gelip gelmeyeceği hususunda taraflar objektif bir bilgisizliğe sahip iseler, bu durumda sözleşme hizmet sözleşmesi kabul edilmektedir.³⁹⁸

V. Mukayese, Teklif ve Değerlendirme

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) m.470-486, eski Borçlar Kanunu'nun (eBK) m.355-371, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) m.363-379, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) m.631-651 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Pratik önemi oldukça yüksek olan eser sözleşmesinin madde sayısı itibarıyla az sayılabilecek kurallarla düzenlenmiş olması, her üç hukuk sistemine ait doktrinde ve yargı kararlarında eser sözleşmesine özel bir önem atfedilmesine ve konuya ilişkin geniş tartışmalar yapılmasına sebebiyet vermiştir. Türk-İsviçre hukukunda eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, vekalet sözleşmesinden farklı olarak yüklenicinin yalnızca belli bir davranışta bulunmayı değil bilakis belli bir sonucu gerçekleştirmeyi borçlandığı akdi bir borç ilişkisidir.

Tanımdan anlaşılabileceği üzere, tarafların bir eserin vücuda getirilmesi ve bunun bir bedel mukabilinde olması hususunda anlaşmaları gerekli olup bu iki unsur sözleşmenin esaslı unsurlarını teşkil etmektedir. Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüşe göre bedel, eser sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur. Yine tanımdan anlaşılabileceği üzere, Türk-İsviçre hukukunda, yüklenicinin sadece işin kendi-

³⁹⁶ "Büyük ölçüde" kaydı, uygulamada bilhassa inşaat sözleşmelerinde yapı sahibinin eserin meydana getirilme sürecindeki geniş talimat yetkisine işaret etmek için kullanılmıştır. Bkz. BUSCHE, BGB, §631 PN. 19, in: MünchKomm BGB.; BROX / WALKER, S. 252, PN. 12; bu kriterin ölçüt olarak kullanılmayacağını savunmaktadır.

³⁹⁷ Aynı şekilde bu kriter de mutlak bir mahiyet arz etmemektedir. Zira ortaya konan neticeye karşılık olarak ödenecek bedelin harcanan zamana göre takdir edilmesi, sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesine engel değildir. Örneğin hazırlanacak bir mütalaa için talep edilen bedelin mütalaa'nın hazırlanması için sarf edilen emeğin yayıldığı zaman dilimi dikkate alınarak hesaplanması, salt bu durumun, bir mütalaa sunulmasının eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine mâni değildir. BUSCHE, BGB, §631 PN. 19, in: MünchKomm BGB; BROX / WALKER, BT, §19, PN. 11.

³⁹⁸ MEDICUS / LORENZ, S. 230, PN. 691.



sini değil, farklı ve fazla olarak bu iş neticesinde doğacak bir neticeyi meydana getirme yükümlülüğü altına girdiğini söylemek yerinde olacaktır. Alman hukukunda ise, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, doğrudan açık biçimde "*Arbeitsvertrag*" iş neticesi kavramı kullanılmıştır (BGB 631 Abs.2).⁴⁰⁰ Yine Alman hukukunda BGB §632/I'de bedel konusunda kanuni bir karine öngörülmüştür. Buna göre şartlardan ve âdetlerden işin bir bedel mukabilinde yapıldığı anlaşılıyorsa bedelin zımnen kararlaştırıldığı kabul edilmelidir.⁴⁰¹

Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüş, sözleşmenin konusunun gayri maddi, cismani olmayan bir faaliyet neticesinde elde edilmesi arzulanan manevi (fikri, ilmi, sanatsal) bir sonuç/edim olduğu durumlarda (ör. bir yerin ölçümü, fotoğraf çekilmesi veya bir projenin çizilmesi) dahi bir eser sözleşmesinin varlığını kabul etmektedir. Alman hukukunda ise manevi, fikri emek mahsullerinin neticelerinin de eser olarak kabul edilmesi hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.⁴⁰² Türk-İsviçre hukukunda eser sözleşmesinin konusunu maddi sonuçlara indirgeyen görüşün itirazları haklı olmakla birlikte, yarım asra yaklaşan hukuk uygulaması karşısında konuya faydacı yaklaşılarak, kanunda hâkim görüşü ve Yargıtay uygulamasını dikkate alan bir değişiklik yapılmalıdır.

Alman hukukunun, Türk-İsviçre hukukundan 2002 Borçlar Hukuku Reformu sonrası ayrıldığı en temel noktalardan birisi eser teslim sözleşmesi ile ilgilidir. Taraflar arasında yapılacak sözleşmede eserin imalinde kullanılacak malzemenin kısmen veya tamamen yüklenici tarafından temin edilmesi durumunda söz konusu sözleşme eser teslim sözleşmesi olarak isimlendirilmektedir. Türk-İsviçre hukukunda malzemenin kısmen veya tamamen bizzat yüklenici tarafından temin edildiği durumlarda, yüklenicinin temin ettiği malzemeye ilişkin üçüncü kişilerin üstün hak iddiası karşısında zapta karşı tekeffül borcunun satış sözleşmesindeki TBK m.214 vd. hükümlerine tâbi olduğu düzenlenmiştir. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu, malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği sözleşmelere de eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını belirtmek suretiyle, Roma hukukundaki düzenleme tarzından uzaklaşmış ve mülkiyetin nakledilmesi borcunu içeren satış hukukunun bir unsurunu eser sözleşmesine katmıştır. Eser sözleşmesinin uygulama alanını oldukça geniş-

⁴⁰⁰ KOLLER, OR Art.363, PN. 49.

⁴⁰¹ GAUCH, S. 43, PN. 111a.

⁴⁰² Manevi eserlerin ilk bakışta "*Leistungswerke*" kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. WEYERS, s. 65.



leten kanun koyucunun bu tercihi, satış ile eser sözleşmesinin birbirlerinden ayırt edilmelerine dair çözümü oldukça zor sorunlara yol açmıştır.⁴⁰²

Buna karşın Alman kanun koyucusu, Milletlerarası Mal Satım Hukukunun (CISG) benimsediği ve AB yönergesinde de kabul edilen, imal edilecek veya üretilcek malların teminine ilişkin sözleşmelerin satım sözleşmesi sayılması şeklindeki çözümü olduğu gibi BGB'ye aktarmıştır. Alman hukukun bu isabetli tercihi, hali hazırda Türk -İsviçre hukukunda bilhassa satış ile eser sözleşmesinin ayırt edilmesi noktasında süregelen, birçok anlamsız tartışmayı Alman hukuku açısından sona erdirmiştir. Türk-İsviçre hukukunda yapılması gereken şey gerek CISG'da gerekse Avrupa özel hukukunda benimsenen bu çözümün bir kanun değişikliğiyle aynen Türk hukukuna aktarılmasıdır. Kısa vadede bu yönde bir kanun değişikliği zor gözükmemektedir. Ancak malzemenin yüklenici tarafından sağlanmış olması durumunda, yükleniciyi, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumlu tutan hükmü, satış sözleşmesinin hem zapta karşı hem de ayıba karşı tekeffül hükümlerine yapılmış bir yollama olarak görülüp geniş yorumlandığı takdirde, Alman hukukunun benimsediği çözüm Türk hukukunda da bir karşılık bulabilir.

⁴⁰² SCHILD, S. 218.



Kısaltmalar Cetveli

§: Vorschrift

Abs.: Absatz

AcP: Archiv für die civilistische Praxis

a.F: alte Fassung

AJP: Aktuelle Juristische Praxis

Alt: frühere Fassung des betreffenden Gesetzes

Art.: Artikel

Aufl.: Auflage

AÜİFD.: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi

AÜHFD.: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

b.: bent

BATİDER.: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch

BGE: Entscheidendes Schweizerischen Bundesgerichts

BGer: Bundesgericht

Bkz.: Bakınız

BJM: Basler Juristische Mitteilungen

BSK: Basler Kommentar

BÜHFD.: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

C.: Cilt

CISG: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods

CHK: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

CISG: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

CO: OR

DCFR: Draft Common Frame of Reference

DEÜHFD.: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Diss.: Dissertation

E.: Erwägung(en) (Almanca Metinlerde)

E.: Esas (Yargıtay kararlarında)

Dn.: Dipnot

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi



- eBK: Eski Borçlar Kanunu
 eMK: Eski Medeni Kanun
 E.T.: Erişim Tarihi
 EÜHFD: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
 f.: fıkra
 f.: und folgende (Almanca metinlerde)
 ff.: fortfolgende
 Fn.: Fussnote(n)
 FS: Festschrift
 HD.: Hukuk Dairesi
 H.: Heft
 HK: Handkommentar
 Hrsg.: Herausgeber
 İBD.: İstanbul Barosu Dergisi
 İÜHFM.: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
 i.V.m.: in Verbindung mit
 JA: Juristische Ausbildung
 JuS: Juristische Schulung
 K.: Karar
 Komm.: Kommentar
 Krş.: Karşılaştırınız
 Lc.: Locatio conditio
 m.: madde
 MÜHF-HAD.: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
 Münch: Münchener
 OR: BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, fünfter Teil; Obligationenrecht
 PEL SC: Principles of European Law on Service Contracts
 PN.: Paragraphnummer/Paragraf Numarası
 s.: Sayfa
 S.: Sayı
 S.: Seite (Almanca Metinlerde)



SDÖHFD.: Söleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

SÖHFD.: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

T.: Tarih

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TıphD.: Tıp Hukuku Dergisi

TMK: Türk Medeni Kanunu

(tCO): Turkish Code of Obligations

SZW: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarkt-recht (Zürich)

Y.: Yıl (Makalelerde)

Y.: Yargıtay (Yargıtay kararlarında)

YHGK.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YİBK.: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

YÜHFD.: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ZBGR: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

ZBJV: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)

ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

ZGS: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht

Ziff.: Ziffer



Kaynakça

- ACAR, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, İstanbul, 2017.
- AKARTEPE, Alpaslan, Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yayına Hazırlayanlar, BAYGIN, Cem / UÇAR, Metin / BÜYÜKAY, Yusuf, Ankara, 2007.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (Mecelle Ta'dilleri ve Gerekçeleriyle Birlikte), İstanbul, 2013.
- AKINCI, Şahin, Roma Borçlar Hukuku, Konya, 2018.
- AKINCI, Şahin, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya, 2004.
- AKKURT, Sinan Sami, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, DEÜHFD., C. 10, S. 2, Y. 2008, s. 13-64.
- AKMAN, Ahmet, Hekim Uygulamaları ve Hukuki Sorumluluk (İslâm ve Türk Hukuku'nda), BÜHFD., C. 13, S. 169, Y. 2018, s. 145-201.
- ALMAN KANUN-U MEDENİSİ TERCÜMESİ, İstanbul, 1334 [1915/1916]
- ALMANCA-TÜRKÇE BÜYÜK LÜGAT Großes Deutsch -Türkisches Wörterbuch A-Z, Haz. DENKER, Arif Cemil / DAVRAN Bülent, İstanbul, 1973.
- ALTAŞ, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. Mad. 368), Ankara, 2002.
- ALTINER YOLCU, Fatma Zeynep, 6502 Sayılı TKHK Çerçevesinde Tüketici İşlemi Niteliği Taşıyan Eser Teslim Sözleşmesinde Ayrıtan Doğan Sorumluluk İçin Uygulanacak Hükümler, MÜHF-HAD., C. 22, S. 3, Y. 2016, s. 3164-3177.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebeple Feshi, Doktora Tezi, Ankara, 2011.
- ANDRÉS, Santos / FRANCISCO Javier / BALDUS, Christian / DEDEK, Helge (Ed), Vertragstypen in Europa Historische Entwicklung und europäische Perspektiven Vertragstypen in Europa (Hrsg.) München, 2011.
- ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara, 1958.
- ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara, 2010 (ARAL, 2010).
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018 (ARAL / AYRANCI (2018))
- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, İstanbul, 2015.



- ATAMER, Müride Yeşim / BAŞ, Ece, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", İBD., C. 88, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Y. 2014/I, s. 19-61.
- ATAMER, Yeşim, CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 2005.
- ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2014.
- ATEŞ, Mustafa, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara, 2012.
- ATEŞ, Mustafa, İstisna (Eser) Sözleşmesi Kapsamında Meydana Getirilen Eser Üzerindeki Fikri Haklar, BATİDER., C. 28, S. 1, Y. 2012, s. 41-63.
- ATIF Bey, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerh-i Kitabü'l-Büyû, İstanbul, 1318.
- AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1991.
- AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, İzmir, 2008.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Bas., Ankara, 2014.
- AYİTER, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1972.
- AYKANAT, Mehmet, Mecelle'de İş Sözleşmesi, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 47 Ocak - Şubat 2015, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, s. 53-62.
- BASLER KOMMENTAR OBLIGATIONENRECHT I Art.1-529 OR Hrg. HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / WIEGAND, Wolfgang, 5. Aufl. 2015.
- BAYGIN, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999.
- BeckOK BGB, (Hrg.) BAMBERGER, Georg / ROTH, Herbert / HAU, Wolfgang / POSECK, Roman 49. EDITION, STAND: 01.02.2019.
- BELGESAY, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul, 1954.
- BERAUER, Norbert, Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrechts, Würzburg, 2017.
- BERKİ, Şakir, Roma Hukuku, Ankara, 1949.
- BERNER KOMMENTAR Band VI: Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 3. Teilband: Der Werkvertrag Art.363-379 OR, Bern, 1967.
- BERNER KOMMENTAR, Band VI/2/3/1, Der Werkvertrag, Art.363-366 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern, 1998.
- BERNER KOMMENTAR, Band VI: Obligationenrecht 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 2. Teilband: Der Arbeitsvertrag Art.319-362 OR 1. Abschnitt Einleitung und Kommentar zu den Art.319-330b OR, Bern, 2010.



- BERNER KOMMENTAR, Band VI: Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art.394-406 OR, Bern, 1992.
- BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuki İslamiyye ve İstalahatı Fıkhiyye Kamusu, Cilt 6, İstanbul, Tarihsiz.
- BROX, Hans / WALKER, Wolf-Dietrich, Besonderes Schuldrecht, München, 2007.
- BRUNNER, Christoph, UN-Kaufrecht-CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Bern, 2004.
- BUCHER, Eugen, OR Besonderer Teil, 1988, Elektronische Version.
- BUZ, Vedat, İş Sahibinin BK m.369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER., C. 21, S. 2, Y. 2001, s. 209- 265.
- BÜDENBENDER, Ulrich, Der Werkvertrag, JuS 2001, s. 625- 635.
- BÜRGE, Alfons, Römisches Privatrecht: Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung: eine Einführung, Darmstadt, 1999.
- BÜYÜK HAYDAR EFENDİ, Usûl-i fıkıh dersleri, İstanbul, Matbaa-i Âmiri, 1908, (Ders notu tutan: Hacı Adil)
- BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara, 2014.
- CAN, Hacı, Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku, Ankara, 2015.
- CANAVCI, Mehmet Ali, Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akti, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.
- CANBOLAT, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, 2009.
- ÇABRİ, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2016.
- ÇAKALIR, Yalçın, Mimarlık Sözleşmesi, Ankara, 1976.
- ÇALIŞKAN, İbrahim, İstisna' Akdinin Mahiyeti ve Unsurları, AÜİFD., C. 31, S. 1, Y. 1990, s. 349-365.
- DASSER, Felix, Vertragstypenrecht im Wandel: Konsequenzen mangelnder Abgrenzbarkeit der Typen, Zürich, 2000.
- DAUENER-LIEB / HEIDEL / LEPA / RING (Hrsg), Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, Bonn, 2002.
- DEMİR, Mehmet, Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2018.



- DİNAR, Cem, Borçlar Kanunu'ndaki Düzenleme Açısından İstisna Sözleşmesi Arasındaki Kurumsal Farklılıklar, YÜHFD., C. 5, S. 1, Y. 2008, s. 45-66.
- DOĞAN, Murat, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 2011.
- DURSUN KARAAHMETOĞLU, Şeyda, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Satıcının Ayıptan Sorumluluğunda Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı, BÜHFD., C. 11, S. 145-146, Y. 2016, 947-971.
- EHMANN, Horst / SUTSCHET Holger, Modernisiertes Schuldrecht, München, 2002.
- EMMERICH, Volker, BGB Schuldrecht Besonderer Teil, Heidelberg, 2003 (EMMERICH (2003)).
- EMMERICH, Volker, Schuldrecht Besonderer Teil, Heidelberg, 1992. (EMMERICH (1992))
- ERDOĞAN, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD., C. 3, S. 1, Y. 1990, s. 135-172.
- ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2011
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2017.
- EREN, Fikret, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 1996. (EREN, İnşaat)
- ERGÜNEY, Hilmi, Türk Hukukunda Lügat ve İstilahlar, İstanbul, 1973.
- ERÜREten, Bahir Mazhar, Dış Ticaret Hukuku İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı, İstanbul, 1991.
- GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, Zürich, 2011.
- GAUTSCHI, Georg, Band VI: Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 3. Teilband: Der Werkvertrag Art.363-379 OR, Bern, 1967.
- GÖKYAYLA, Emre, Film Yapım Sözleşmesi, İstanbul, 2015.
- GÖNEN, Doruk, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, Ankara, 2016.
- GRAUE, Eugen Dietrich, Der Liefervertrag mit Montageverpflichtung, Archiv für die civilistische Praxis, 163. Bd., H. 4 (1964), S. 401-416
- GREINER, Stefan, Schuldrecht Besonderer Teil, Vertragliche Schuldverhältnisse, Berlin, 2011.
- GREINER, Stefan, Grenzfragen des Erfolgsbezugs im Werkvertragsrecht, Archiv für die civilistische Praxis, 211. Bd., H. 2 (April 2011), S. 221-261.
- GRUNDMANN, Stefan/BIANCA, Cesare Massimo (Hrsg.), EU-Kaufrechtsrichtlinie, Köln, 2002.



- GURSKY, Karl-Heinz, Schuldrecht Besonderer Teil, Heidelberg, 2005.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, (Madde 1-46), İstanbul, 2014 (GÜMÜŞ, Şerh).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I İstanbul, 2012. (GÜMÜŞ, 2012)
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II İstanbul, 2014. (GÜMÜŞ, 2014)
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, 2010. (GÜMÜŞ, 2010)
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356), İstanbul, 2012 (GÜMÜŞ, Kira)
- GÜMÜŞSOY-KARAKURT, Güler, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul, 2017.
- GÜNAL, Nadi, Roma Hukukunda Üst Hakkı (Superficies), AÜHFĐ., C. 47, S. 1-4, Y. 1998, s. 107-118.
- GÜRPINAR, Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir, 2006.
- HAAS, Lothar / MEDICUS, Dieter / ROLLAND, Walter / SCHÄFER, Carsten / WENTLAND, Holger (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, München, 2002.
- HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2018.
- HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Hrsg. HUGUENIN, Claire / MÜLLER-CHEN, Markus / GIRSBERGER, Daniel, 2. Aufl. Zürich, 2012.
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.
- HAUSMANINGER, Herbert / SELB, Walter, Römisches Privatrecht, Wien, 1997.
- HEIDERHOFF, Bettina, Europäisches Vertragsrecht, Heidelberg, 2012.
- HISTORISCH-KRITISCHER KOMMENTAR ZUM BGB, Band III: Schuldrecht. Besonderer Teil, 1. Teilband: vor §433 - §656. 2. Teilband: §§657-853 (Hrsg.) SCHMOECKEL, Mathias / RÜCKERT, Joachim / ZIMMERMANN, Reinhard, Tübingen, 2013.
- HOEREN, Thomas / MARTINEK, Michael, Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, Recklinghausen, 2002.
- HONIG, Richard, Roma Hukuku (Tercüme eden: Dr. Şemsettin Talip), İstanbul, 1938.



- HONSELL, Heinrich (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, Heidelberg, 2010.
- HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bern, 2006.
- HUBER, Peter / BACH, Ivo, Examens- Repetitorium, Besonderes Schuldrecht, Heidelberg, 2011.
- HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich, 2014.
- ISLAMISCHES ZIVILRECHT DER HANAFITISCHEN LEHRE, Die zivilrechtliche Kodifikation des Qadri Pâshâ Leipziger Beiträge zur Orientforschung, übersetzt von Hans-Georg Ebert und Assem Hefny, Frankfurt am Main, 2013.
- IUSTINIANUS, INSTITUTIONES (Türkçe Metin, Ziya UMUR), İstanbul, 1955.
- İNCEOĞLU, M. Murat, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Makaleler- Tartışmalar (Ed. İNCEOĞLU, M. Murat), İstanbul, 2015.
- İNCEOĞLU, Murat, Kira Hukuku, C. 2, İstanbul, 2014.
- İSVİÇRE KÂNÛNNÂME-İ MEDENÎSİNİN KISM-I SÂNİE MÜTEMMİMİ OLAN DUYÛNÂT KÂNÛNİ, İstanbul, 1332.
- J. VON STAUDINGERS KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 2014.
- J. VON STAUDINGERS KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Wiener Kaufrecht (CISG), München, 2017.
- KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013. (KAPLAN, İnşaat)
- KAPLAN, İbrahim, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara, 1983.
- KARADENİZ, Özcan, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara, 1976.
- KARAKOCALI, Ahmet / KURŞUN, Ali Suphi, Tüketici Hukuku, İstanbul, 2015.
- KARAYALÇIN, Yaşar / MUMCU, Ahmet, TÜRK HUKUK BİBLİYOGRAFYASI, 1727-1928, Ankara, 1972.
- KASER, Max / KNÜTEL, Rolf, Römisches Privatrecht, München, 2005.
- KAYAK, Sevgi, Roma Hukukunda Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığının Hükümleri ve Türk Hukukunu Etkileyen Yönleri, DEÜHFD., C. 20, S. 2, Y. 2018, s. 239-305.
- KLAUSER, Peter, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Zürich, 1973.
- KOCAAĞA, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014.



- KOÇİSARLIOĞLU, Cengiz, Uluslararası Emtia Satımı Sözleşmelerine İlişkin 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Anlaşması Tercümesi: Michael R. Will, Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim, Ankara 2002.
- KODSIVİL, YANİ, FRANSA KANUN-U MEDENİSİ YAHUT HUKUK-U ÂDİYE KANUNNAME Sİ (Mütercimi: Nazaret Hilmi), İstanbul, 1303 [1885/1886].
- KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCH, (Hrsg.) GAUCH, Peter / SCHMID, Jörg, V. Band Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art.363-379, Bern, 1998.
- KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1971.
- KOYUNCU, Berk, Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK M. 475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirilme, BÜHFD., C. 11, S. 145-146, Y. 2016, s. 1069-1093.
- KRELLER, Hans, Römisches Recht II: Grundlehren des gemeinen Rechts. Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht, Wien, 1950.
- KURŞAT, Zekeriya, Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü, İÜHF., C. 67, S. 1-2, Y. 2009, s. 143-166. (KURŞAT, Eser)
- KURŞAT, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017.
- KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2011.
- KURZKOMMENTAR-OR, Hrsg. HONSELL, Heinrich, Zürich, 2014.
- LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, ZWEITER BAND BESONDERER TEIL I. HALBBAND, München, 1986.
- LEISTNER, Matthias, Die »richtige« Auslegung des §651 BGB im Grenzbereich von Kaufrecht und Werkvertragsrecht, JA, Heft 2, 2007, S. 81-160.
- LOOSCHELDERS, Dirk, Schuldrecht Besonderer Teil, Köln, 2009.
- MAYER-MALY, Theo, Locatio Conductio, Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, Wien, 1956.
- MAYER-MALY, Theo, Römisches Privatrecht, Wien, 1991.
- MEDICUS / LORENZ, Schuldrecht II- Besonderer Teil, München, 2010.
- METZGER, Alex, Der neue §651 BGB -: Primat des Kaufrechts oder restriktive Auslegung?, Archiv für die civilistische Praxis, 204. Bd., H. 2 (2004), s. 231-263.
- MİLLÎ ŞERH, Ed. TOPBAŞ, Hakan, Tüzüner ÖZLEM, İstanbul, 2016.
- MUSIELAK, Hans-Joachim, Grundkurs BGB, München, 2007.
- MÜLLER-CHEN, Markus / GIRSBERGER, Daniel / DROESE, Lorenz, Obligationenrecht Besonderer Teil, I. Zurich, 2011.



- MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III (§§630-704), München, 2018.
- MÜNCHENER KOMMENTAR zum Handelsgesetzbuch: HGB, Band 6 §§373-406, CISG, 2004.
- NIETSCH, Michael, Werklieferungen im Spannungsverhältnis zwischen Vertragstypisierung und Parteiautonomie, Archiv für die civilistische Praxis, 211. Bd., H. 5, S. 737-767. Nichterfüllungsfolgen, Diss. St. Gallen / Bamberg, 1996.
- OECHSLER, Jürgen, Vertragliche Schuldverhältnisse, München, 2007.
- OETKER, Hartmut / MAULTZSCH, Felix, Vertragliche Schuldverhältnisse, Eine Einführung in die klassischen und ein Überblick über die atypischen Vertragsarten, Berlin, 2013.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2018.
- OKUR, Sinan, Eine kritische Untersuchung zu den Rechtsbehelfen des Käufers im alten und im neuen türkischen Warenkaufrecht- Zugleich ein Beitrag zu der Harmonisierung des türkischen Warenkaufrechts im Lichte des CISG, BGB und der europäischen Vertragsrechtsharmonisierung, 2013, Frankfurt am Main.
- ORPILYAN, Serkiz, Miftâhu'l Mecelle, İstanbul, 1299.
- ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2016. (ÖZ, İnşaat)
- ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989.
- ÖZÇELİK, Şemsi Barış, Söz konusu karar ilişkin bir değerlendirme için bkz. Tüketicinin Kullandığı Dönme Hakkı Yerine Bedel İndirimine Karar Verilebilir Mi? Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.6.2017 Tarihli ve E. 2017/13-653, K. 2017/1085 Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler, TBB Dergisi, S. 135, Y. 2018, s. 309-318.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, İstanbul, 2018. (ÖZDEMİR, Ücret)
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2017.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2017.
- ÖZTAN, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- PALLY, Duri, Mangelfolgeschaden im Werkvertragsrecht, Begriff und Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, St. Gallen, Univ., Diss., 1995.
- PILTZ, Burghard, Internationales Kaufrecht, München, 2008.
- PRITSCH, Erich / SPIES, Otto, Der islamische Werklieferungsvertrag nach al-Kāsānī, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd- 56/1953, S. 47-75.



- RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1969.
- RESİMLİ KÂMUS-I FRANSEVÎ, FRANSIZCA'DAN TÜRKÇE'YE LÜGAT Kİ-TABI, Dictionnaire Français-Turc Illustré, Dördüncü tab'ı, Muharrir: Şemsettin SAMİ, İstanbul, 1905 (1322).
- RIESENHUBER, Karl, Europäisches Vertragsrecht, Berlin, 2003.
- RIEZLER, Erwin, Der Werkvertrag in Rechtsvergleichender Darstellung, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 17. Jahrg., H. 4 (1952), s. 522-577.
- RODORFF, Christian, Die Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag, Baden-Baden, 2011.
- RUDOLPH, Jochen, Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht gemäß §651 BGB, Baden-Baden, 2009.
- RUSCH, Arnold, Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM, 2013, H. 6, S. 285-298.
- RÜMELIN, Gustav, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen, 1905.
- SAVAŞ, Abdurrahman, Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi, SÜHFD., C. 8, S. 1-2, Y. 2000, (Milenyum Armağanı), s. 583-613.
- SCHLECHTRIEM, Peter, Schuldrecht Besonderer Teil, Tübingen, 2003.
- SCHLECHTRIEM, Peter / SCHWENZER, Ingeborg (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, CISG, München, 2008.
- SCHMID, Jörg / STÖCKLI, Hubert, OR BT Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 1. Aufl. Zürich, 2011.
- SCHREIBER, Klaus, Die Abgrenzung von Werk-, Werklieferungs- und Kaufvertrag, JURA - Juristische Ausbildung, Band 35, Heft 1, Seiten 21-23.
- SCHUDNAGIES, Jörg, Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, S. 396-400.
- SCHUHMANN, Ralph, Werkvertrag oder Kaufvertrag? - §651 BGB im Lichte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, ZGS, 2005, 250-256.
- SCHWEIZERISCHES PRIVATRECHT, VII/6 Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse-Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag.
- SEÇER, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara, 2016.
- SEIDL, Erwin, Römisches Privatrecht, Köln, 1963.
- SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sürekli Borç İlişkilerinin Sonu Ermesi, İstanbul, 1977 (SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri).



- SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978 (SELİÇİ, İnşaat).
- SELİÇİ, Özer, Mimarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği: Temsil ve Vekalet İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul, 1976.
- SOERGEL, KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Schuldrechtliche Nebengesetze Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf (CISG), Stuttgart, 2000.
- SOHM, Rudolph, Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrechts, (bearbeitet von LUDWIG, Mitteis), Berlin, 1949.
- SOLOGO, Doris, Der Softwareherstellungsvertrag, Zürich, 1991.
- SOMER, Pervin, Roma Hukukunda İstisna Akdi [Locatio Conductio Operis], İstanbul, 2008.
- STAUDINGER (BGB) Eckpfeiler des Zivilrechts, München, 2011.
- SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2017.
- ŞAHAN, Gökhan, Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi, Ankara, 2016.
- ŞAHİN, Turan, (2011). Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SDÜHFD., C. 1, S. 2, Y. 2011, s. 135-157.
- ŞAHİNİZ, Cevdet Salih, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa Eksik İş ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, 2014.
- ŞENOCAK, Zariye, Eser Sözleşmesinde Ayıbm Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002.
- ŞENOCAK, Zariye, Eser Sözleşmesinde Ayıbm Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002.
- ŞENOCAK, Zariye, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998. (ŞENOCAK, Hekim)
- TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2014.
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, II. Cilt, İstanbul, 2010.
- TANDOĞAN, Haluk, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayrıldılması, İmran Öktem'e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 311-332. (TANDOĞAN, İstisna Akdi)
- TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012.
- TILLMANN, Kerstin, Strukturfragen des Dienstvertrages Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, Tübingen, 2007.



- TİFTİK, Mustafa, İstisna Sözleşmesinde Eser Kavramı, EKEV Akademi Dergisi, Yıl 6, S. 10, Kış 2002, s. 153-174.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977.
- TÜZÜNER, Özlem, Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi, TBB Dergisi, S. 101, Y. 2012, s. 167-196.
- UÇAR, Ayhan, Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003.
- UMUR, Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul, 1983.
- USTA, Oğuz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara, 2017.
- UYAN, Göktürk, İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği: İş Görme Sözleşmeleri Kuramına Bir Katkı, İstanbul, 2006.
- ÜREM, Müge, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK m.473/f), İstanbul, 2017.
- v. CAEMMERER, Ernst / SCHLECHTRIEM, Peter (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht -CISG- München, 1995.
- VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil (Art.184-551), Zürich, 1972.
- VON CZYHLARZ, Karl Ritter / NICOLO, Marian San, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, Wien, 1933.
- WEISS, Egon, Institutionen des römischen Privatrechts: als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart, Basel, 1949.
- WENDEHORST, Christina, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht Archiv für die civilistische Praxis, 206. Bd., H. 2/3 (2006), S. 205-299.
- WEYERS, Hans-Leo, Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht Archiv für die civilistische Praxis, 182. Bd., H. 1/2 (März 1982), S. 60-79.
- WICHARD, Johannes Christian, Zwischen Markt und Moschee wirtschaftliche Bedürfnisse und religiöse Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht, München, 1995.
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014.



- YILDIRIM, Mustafa, Fadı, Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), İstanbul, 1999.
- YÜCER AKTÜRK, İpek, İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara, 2016.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre, Özel Borç İlişkileri, 14. Bas., Ankara, 2018.
- ZEVKLİLER, Aydın / ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2016.
- ZEYTİN, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku - CISG, 2015.
- ZEYTİN, Zafer, Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi, TıphD., C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 103-113.
- ZIMMERMANN, Peter, Der Geist-Werkvertrag, Untersuchung über die Rechtsnatur geistiger Arbeitsleistung, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsordnungen der Bundesrepublik Deutschland, von Frankreich, von Österreich und der Vereinigten Staaten von Amerika (Rechtsvergleich), Basel, 1984.
- ZÜRCHER KOMMENTAR zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/2, Art.184-418 OR, Zürich, 1936
- ZÜRCHER KOMMENTAR, Band V/2a/1 - Das Obligationenrecht, Art.184-191 OR. Kauf und Tausch / Schenkung, Zürich, 1993.

İnternet Kaynakları

- <http://www.kamus.yek.gov.tr/>
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>
- <https://beck-online.beck.de/Home>
- <https://islamansiklopedisi.org.tr>
- <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>
- <https://www.bgb1.de/>
- <https://www.juris.de>
- <https://www.jurix.com.tr>
- <https://www.springer.com>
- <https://www.swisslex.ch/>

