

## ESERİN TESLİMDEN ÖNCE TELEF OLMASI VE ROMA HUKUKU'NUN TÜRK BORÇLAR HUKUKU'NA ETKİLERİ

Ar. Gör. Murat TOPUZ\*

### GİRİŞ

Roma Hukukunda eser sözleşmesi müteahhidin, iş sahibinin vereceği ücret karşılığında yine iş sahibi tarafından verilen bir malzeme ile bir sonucu veya eseri meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği bir sözleşmedir. Roma Hukukunda eser sözleşmesine ilişkin düzenlemeler ile Borçlar hukukumuzdaki düzenlemeler benzeşmekle birlikte, Roma Hukuku'nda malzemenin iş sahibi tarafından temin ediliyor olması önemli bir farklılıktır.

Romalı hukukçular arasında en çok tartışma yaratan konuların başında hasar meselesi gelmektedir. Buna bağlı olarak, özellikle hasarın geçişi konusunda sorumluluğun belirlenmesi hususunda, müteahhide verilen malzemenin, onun mülkiyetine geçip geçmemesi önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple hasar konusunun iyi anlaşılması için bu mevzu ayrı bir önemi haizdir. Eser sözleşmesinde, klâsik dönemde, iş sahibi tarafından işlenmek üzere verilen malzeme müteahhidin mülkiyetine geçmekteydi. Klâsik sonrası dönemde ise mülkiyet iş sahibinde kalmakta müteahhit ise *detentor*<sup>1</sup> olarak nitelendirilmekteydi. Bu nedenle eser sözleşmesinde

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Bir mal üzerinde, kendisinin olma niyeti olmaksızın hakimiyet kuran kişidir. Roma hukukunda bir mal üzerinde kazandırıcı zamanasımı ile iktisap sağlamayan fiili hakimiyete *de detentio* denir. UMUR, Z., Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s. 57.

sorumluluk farklı esaslara dayandırılmıştır. Bu çerçevede klasik dönemde, malzemenin mülkiyeti kendisine geçen müteahhidin hasar dolayısıyla sorumluluğu, alım satım akdinde henüz satılan malın mülkiyetini alıcıya devretmemiş satıcının durumuna benzetilebilir. Bu çerçevede hasara müteahhit katlanacaktır. Klâsik sonrası dönemde ise eser, iş sahibi tarafından kabul edilmiş veya ona teslim edilmişse, müteahhit, hilesi olduğu durumlar dışında hasarı yüklenmez fakat işin kusurlu yapılması halinde ortaya çıkan hasardan müteahhit sorumlu olurdu.

Borçlar Kanunu'na göre: Eser sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki onunla müteahhit, iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği semen karşılığında bir şeyin imal edilmesini borçlanır. Eser sözleşmesinde teslimden önce eserin beklenmeyen bir olay neticesinde telef olması durumu ve bunun sonucunda ücret ve edim hasarına kimin katlanacağı konusu BK. m. 368'de düzenlenmiştir. Buna bağlı olarak eserin yapımı için ortaya konan malzemenin telef olması durumu da BK. m. 368 bağlamında değerlendirilmiştir.

Teslimden önce, eserin telef olması durumunda BK. m. 368'in uygulanabilmesi için, telef olmanın beklenmeyen bir olay neticesinde meydana gelmesi gerekir. O halde eserin telef olması sözleşmenin taraflarına yüklenemeyecek bir olay sonucunda meydana gelmelidir. Taraflara yüklenebilen durumların varlığı durumunda BK. m. 368 uygulanmayacaktır. Bunun yanında eser telef olduğunda iş sahibi temerrüt halinde olmaması gerekir. Müteahhit taahhüt ettiği eseri beklenmeyen bir olay sonunda meydana getiremediği durumlarda hem işin ücretini hem de yaptığı masrafları talep edemeyecektir. Dolayısı ile müteahhit hem edim hem de ücret hasarına katlanacaktır.

İş sahibince sağlanan malzeme, arsa sebebi ile ya da onun yanlış talimatları ile eser veya malzeme telef olmuş ise bu durumda müteahhit, kanda belirtilen ihbar külfetini yerine getirmek, temerrüt halinde olmamak ve kusuru bulunmamak kaydı ile duruma göre eserin ve malzemenin bedelini isteyebilir. Ayrıca iş sahibinin kusuru varsa müteahhit diğer zararlarının da tazminini talep edebilecektir.

Eserin telef edilmesine ilişkin BK.m.368 emredici bir kural olmadığı için taraflar eserin telef olması durumunda ücret ve edim riskine kimin hangi şartlarda katlanacağını serbestçe kararlaştırabileceklerdir.

Çalışmamız iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda, Roma hukukunda eser sözleşmesinin temel özellikleri, tanımı unsurları, tarafların borçları değerlendirilecektir. Daha sonra hasar meselesine değinip klasik ve klasik sonrası dönemdeki düzenleniş biçimi ele alınacaktır. İkinci kısımda ise, Borçlar Kanun'umuzdaki düzenlemeler değerlendirilecektir. Bu çerçevede, eserin teslimi kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmuş, genel olarak eserin telef olması, malzemenin telef olması, eserin ve malzemenin teslimden önce telef olmasının sonuçları, çeşitli ihtimallere göre eserin teslimden önce telef olmasının müteahhidin ücret alacağına etkisi, eserin telef olmasına ilişkin genel kuralın değiştirilebilirliği yani teslimden önce eserin beklenmeyen bir olay sonunda telef olması durumunda hasarın müteahhide ait olduğu kuralının aksinin de kararlaştırılabileceği açıklanmış, son kısımda ise eserin teslimden önce telef olmasının benzer düzenlemelerle karşılaştırılması yapılmıştır.

## **I. ROMA HUKUKU'NDA ESER SÖZLEŞMESİ (LOCATIO CONDUCTIO OPERIS)'NİN GENEL ÖZELLİKLERİ VE HASARIN GEÇİŞİ**

### **A. Eser Sözleşmesi'nin Genel Özellikleri**

Eser sözleşmesi ile müteahhit (*conductor*) bedel karşılığında iş sahibine (*locator*) belli bir sonuca yönelik iş görmeyi taahhüt etmektedir. Dolayısıyla eser sözleşmesinin amacının bir işi sonuçlandırmak ya da bir eseri meydana getirmek olduğu anlaşılmaktadır. Mesela, bir elbisenin dikilmesi veya temizlenmesi, bir şeyin bir yerden diğer bir yere nakli, bir doktorun ameliyat yapması, şahısların veya eşyanın taşınması, kölenin veya çırağın

eğitimi, bir evin inşası gibi <sup>2</sup>. Eser sözleşmesinde önemli olan, çeşitli faaliyet gerektiren ve çok değişik sosyo-ekonomik değeri olan sonucun üstlenilmiş olmasıdır <sup>3</sup>. Nitekim kaynaklarda ev yapımı, bir eşyanın tamiri, malların bir yerden başka bir yere taşınması, hayvan otlatmak, yüzük yapmak, köleleri eğitmek, elbise örmek veya tamir etmek, hasta bir köleyi tedavi etmek, zeytin toplamak –genel olarak ürün hasadı- vb. konularda yapılmış eser sözleşmesinden bahsedilmektedir. Doğal olarak, bütün bu sözleşmelerde amaçlanan görülecek iş değil, “belli bir sonucun elde edilmesine yönelik olarak güç harcanması”dır <sup>4</sup>.

Yukarıda yapılan tarif ve açıklamalar esas alınarak, eser sözleşmesinin unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz: Anlaşma, Eser, Ücret.

Türk – İsviçre Borçlar Hukuku’nda olduğu gibi <sup>5</sup> Roma Hukuku’nda da, eser sözleşmesi rızai sözleşmeler grubuna girdiğinden, bu sözleşme müteahhit ile iş sahibinin yapılacak eser veya meydana getirilecek sonuç ve buna mukabil ödenecek ücret konusunda iradelerinin uyuşması (*consensus*<sup>6</sup>) ile meydana gelir. O halde eser sözleşmesinin kurulması için, bu sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde, yani yapılacak iş veya ortaya konulacak eser ve verilecek ücret konusunda anlaşmaya varmış olmalıdırlar.

Malzemenin kimin tarafından temin edildiği meselesi bu hukuki münasebetin eser sözleşmesi olup olmaması bakımından önemlidir. Bu konu üzerinde Romalı hukukçular uzun tartışmalar yaşamış olsalar da eğer malzeme, yapılacak esere karşılık bir ücret belirlenerek, iş sahibi tarafından ve-

<sup>2</sup> RADO, T., Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, s. 140; ERDOĞMUŞ, B., Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 93-94.

<sup>3</sup> KARADENİZ, Ö., Justinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Ankara 1976, s. 173.

<sup>4</sup> KARADENİZ, s. 165.

<sup>5</sup> YAVUZ, C./ ÖZEN, B./ ACAR, F., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2007, s. 499; BAYGIN, C., Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s.17.

<sup>6</sup> *Consensus*, tarafların iradelerinin uyuşmasıdır. Diğer bir ifadeyle karşılıklı rıza.

riliyorsa tarafların arasındaki sözleşme eser sözleşmesidir <sup>7</sup>. Hem Roma Hukuku'nda hem de modern hukuklarda eser sözleşmesi ivazlı bir sözleşme-  
dir.

Sonuç olarak, eser sözleşmesi, müteahhidin, iş sahibinin vereceği ücret karşılığında, yine iş sahibi tarafından verilen malzeme ile bir sonucu / eseri meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği rızai akit <sup>8</sup>. Taraflar meydana getirilecek sonuç ya da eser ve buna karşılık ödenecek para konusunda *consensus*'a varınca istisna akdi kurulur.

Eser sözleşmesi mutlaka, ücret karşılığında yapılmak zorunda idi. Bir sonucun üstlenilmesi karşılığı, ücret kararlaştırılmamışsa ya da karşı edim olarak paradan başka bir şey kararlaştırılmışsa, artık eser sözleşmesinden bahsedilemez. Bu akit ücret yoksa vekâlet (*mandatum*), paradan başka bir şey verilecek ya da yapılacaksa isimsiz akit olurdu.

Taraflardan biri her zaman bir miktar para verecektir; diğer taraf ise buna karşılık ya bir sonucun veya bir eserin meydana getirilmesini üstlenecektir. Bu sebeple istisna akdi tam iki tarafa borç yükleyen akit. Her iki taraf da birbirlerine karşılıklı olarak borçlanırlar. Tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde alacaklı aynı zamanda borçlu olduğundan bunlar, ivazlı akitlerdir <sup>9</sup>. Bu akit iyiniyet akitidir. Dolayısıyla bu akitten iyiniyet davaları doğar. İş sahibinin davası *actio locati*, müteahhidin davası *actio conducti*'dir.

<sup>7</sup> DI MARZO, S., Roma Hukuku, İstanbul 1959 (çev. UMUR, Z.), s. 442; RADO, s. 142; KARADENİZ, s. 165 vd. Türk – İsviçre Hukuk Sisteminde ise, sözleşmede bir hüküm veya bu konuda bir adet bulunmadığı takdirde, malzemeyi müteahhidin mi, iş sahibinin mi sağlayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

<sup>8</sup> SOMER, P. Roma Hukukunda İstisna Sözleşmesi ( *Locatio Conductio Operis*), Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı, İstanbul 2008, s. 12; UMUR, Z., Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s. 369.

<sup>9</sup> UMUR, s. 338.

## B. HASARIN GEÇİŞİ

Daha önce ifade edildiği gibi, eser sözleşmesinde tarafların hasardan dolayı sorumluluğu Roma Hukuku'nun farklı dönemlerde farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Eser sözleşmesinde hasarın taraflardan hangisine ait olacağı meselesi tartışmalı bir konudur. İş sahibi, eseri alamadığı halde ücreti ödeyecek midir ? Eser teslim edilmeden önce, kısmen veya tamamen -kusur olmaksızın-yok olmuşsa, müteahhidin ücreti alıp alamayacağı hasara kimin katlanacağı ile ilgili bir sorundur. Eğer müteahhit, iş sahibine anlaşmaya uygun olarak eserin teslim edileceğini, teslim edilmek üzere hazır olduğunu kanıtlıyorsa, eser teslim alınmış olarak kabul edilir ve *iş sahibi* ücreti öder <sup>10</sup>.

İş sahibi tarafından temin edilen malzemenin mülkiyetinin müteahhide geçip geçmemesi sorumluluğun belirlenmesinde önemli bir etkidir. İş sahibi tarafından işlenmek üzere verilen malzemenin müteahhidin mülkiyetine geçtiği durumda hasara müteahhit katlanacaktır. Mülkiyetin iş sahibinde kaldığı durumda ise sorumluluk farklı esaslara dayandırılmış ve hasara iş sahibinin katlanacağı sonucuna varılmıştır. Bu durumda, müteahhit malzemenin sadece *dedentor*'u olduğundan hasardan dolayı sorumluluğu olmayacaktır <sup>11</sup>.

### 1. Klâsik Dönemde Hasarın Geçişİ

Klâsik dönem başlarında genellikle uygulanan bir esasa göre, yapılan eserin mücbir sebep ile zayi olması halinde eser henüz iş sahibine teslim edilmemiş veya onun tarafından kabul edilmemişse, hasar müteahhide aittir. İş sahibi bu durumda ücreti ödemek borcundan kurtulur <sup>12</sup>.

<sup>10</sup> KASER, M., Das Römische Privatrecht, Bd.1, München 1971, s. 571.

<sup>11</sup> SOMER, s. 114–115, dn. 333.

<sup>12</sup> TAHİROĞLU, B., Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005, s. 227; RADO, s. 141.

D.19.2.62 : *Labeo libro Pithanorum. Si rivum, quem faciendum conduxeras, et antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accedit, tuum erit detrimentum.*

“Sen bir kanalın yapımını üstlenmişsen ve tamamlamışsan, -bu kanal- iş sahibi onu kabul etmeden evvel yıkılmışsa, hasar sana ait olur. Paulus: Eğer bu arazideki bir eksiklik – bozukluktan kaynaklanıyorsa iş sahibi hasara katlanır”<sup>13</sup>.

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

“Eğer eser, iş sahibine tesliminden önce mücbir sebep nedeniyle tamamen yok olmuşsa, bu durumda eğer işin teslim alınacağı / onaylanacağı kabul ediliyorsa, hasar iş sahibine ait olacaktır”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Metnin Türkçe tercümesi için bkz. SOMER, s. 115. Labeo, bu metinde işlenecek malzemenin mülkiyetinin *conductor*'a geçmesinden hareket ederek bu kişinin malik olarak her türlü hasardan sorumlu olacağı sonucuna varmaktadır. KASER, s. 571. Labeo'ya göre, iş tesadüfen / kaza sebebiyle teslim edilemiyorsa, kusur olmaksızın yok olmuşsa müteahhit ücreti alamaz; hasara katlanır. Ancak, metnin ikinci kısmında yer alan ve Paulus'a ait olduğu belirtilen bölümünde klâsik hukukçular bir ayırım üzerinde durmuşlardır: Arazideki bir eksiklikten (*vitium soli*) yapılan iş telef olmuşsa hasar iş sahibine; bütün diğer hallerde (*vitium operis*) müteahhide ait olacaktır. SOMER, s. 115-116 ve dn. 338 de zikredilen yazarlar.

<sup>14</sup> Metnin Türkçe tercümesi için bkz. SOMER, 116. *D.19.2.59: Iavolenus libro V. Labeonis Posteriorum. Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat, deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium; Marssurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum.* “Marcius, Flaccius'a ev yapmayı üstlendi, eserin yapılmasından sonra yer sarsıntısından dolayı bina zarar gördü / yıkıldı. Massarius Sabinus (a göre), eğer örneğin yer sarsıntısında olduğu gibi, mücbir sebep buna sebep olmuşsa, hasar Flaccius'a aittir”. Metinde Sabinus'un çözüm yolu değiştirilmiş, ev yapımını konu edinen eser sözleşmesinde yer sarsıntısından dolayı meydana gelen hasarın – malzemenin ve evin maliki olmasından dolayı – *locator*'a ait olacağı belirtilmiştir. SOMER, s. 342. Metinde *interpolatio* olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. KARADENİZ, s. 182. *Interpolatio*, yazılı bir metin üzerinde, anlamını ve kapsamını değiştirmek ve bazen kısaltmak ve basitleştirmek için bilerek yapılan değişikliklerdir. *Interpolatio, Corpus Iuris Civilis*'i derleyen hukukçuların, klasik hukukçulardan parçalar

Klâsik dönemde tamamlanmış olan eserin teslimine ve iş sahibi tarafından kabulüne kadar geçen sürede hasarın müteahhide ait olduğunu belirten bir diğer metin *Florentinus*'a ait *D.19.2.36*'dır <sup>15</sup>:

*D.19.2.36: Florentinus libro VII. Institutionum. Opus, quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculum est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit, et in utraque causa nocitarum locatori, si Per eum steterit, quominus opus approbetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam approbaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit; non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.*

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

Bu metinde hasara ilişkin değerlendirmeler üç aşamada değerlendirilmektedir.

*Florentinus*, metinde ilk olarak malzemenin mülkiyetinin müteahhide geçmesinden hareketle, toptan eser tesliminin kararlaştırıldığı durumlarda, tamamlanmış olan eserin teslimine kadar, hasarın müteahhide ait olduğunu belirtmiştir. Fakat eserin bölüm bölüm teslim edileceği kararlaştırılmışsa, müteahhidin her bir bölümü teslim ettiğinde sorumluluktan kurtulacağı ifade edilmiştir <sup>16</sup>. *Florentinus*, kendi döneminde işlenecek malzemenin

---

halinde aldıkları metinler ve imparator emirnameleri üzerinde yaptıkları değişiklikler için kullanılan bir kavramdır. UMUR, Lügat, s. 95.

<sup>15</sup> KARADENİZ, özellikle “*nisi*” den itibaren metinde *interpolatio* olduğunu belirtmektedir. Bkz. KARADENİZ, s. 182.

<sup>16</sup> DE ROBERTIS, F. M., I Rapporti di Lavoro Nel Diritto Romano, Milano 1946, s. 161 vd. ( Naklen: SOMER, s. 118), SOMER'e göre: “işin, bölüm bölüm (*in pedes mensuras*)

mülkiyetinin müteahhide geçmesinin kural olmaktan çıkması sebebiyle son kısımda <sup>17</sup> çözüm farklı olarak ele almıştır. Buna göre iki değerlendirme yapılmıştır: Birincisi, eserin teslimi iş sahibinin kusuru sonucu yapılamamış ve bu sırasında hasarın meydana gelmişse hasara iş sahibi katlanacaktır. İkinci olarak, hasar mücbir sebepten doğmuş ise hasar iş sahibine ait olacaktır. *Iustinianus* zamanında ise malzemenin mülkiyetinin onu işleyen kişiye geçmesinin tamamen kural dışı bir nitelik kazanması dolayısıyla hasar sorununun malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kalması esasına dayanılarak çözüldüğü görülmektedir <sup>18</sup>.

## 2. Klasik Sonrası Dönemde Hasarın Geçişi

Klasik sonrası dönemde malzeme mülkiyetinin müteahhide geçmesinin terk edilmesiyle müteahhidin sorumluluğunun hafiflemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu durumda müteahhit, işleyeceği malzemenin sadece *dedentor*' u addediliyordu <sup>19</sup>.

Bu dönemde artık, mücbir sebeplerden doğan hasara müteahhit değil iş sahibi katlanacaktır. Bu çerçevede mücbir sebep halinde ve eserin tamamlanmasından önce, iş sahibi tarafından verilen malzemedeki eksiklik ya da bozukluktan dolayı bir hasarın oluşması durumunda, müteahhidin eseri teslim borcu ortadan kalkmasına karşın iş sahibinin borcu devam ediyordu <sup>20</sup>. Klâsik dönem sonrasında eser, iş sahibince kabul edilmiş ya da iş sahibi

---

tesliminin kararlaştırıldığı hallerde, tek bir işin değil birden çok işin varlığının kabulü gerektiği" sonucuna varılması yerinde değildir. s. 118, dn. 344.

<sup>17</sup> Bu metinde *interpolatio*'nun varlığı ve fakat metnin ilk kısmında getirilen çözüm yolunun klâsik dönem düşüncesine uygunluğu konusunda bkz. KARADENİZ, s. 175.

<sup>18</sup> KARADENİZ, s.172 ve 175.

<sup>19</sup> KARADENİZ, s.183.

<sup>20</sup> TAHİROĞLU, s. 227; ERDOĞMUŞ, s. 94.

tarafından teslim alınmış ise, müteahhit hilesi olduğu durumlar dışında hasara katlanmazdı<sup>21</sup>.

Klâsik dönem hukukçularından olan *Labeo* ve *Cassius*'un da işlenmek üzere verilen malzemenin hasara uğraması durumunda, hasara kimin katlanacağı ile ilgili düşüncelerinden hareketle, bu husustaki görüşlerinin işlenecek malzemenin müteahhidin mülkiyetine geçtiğinin kabulü olduğunu anlıyoruz<sup>22</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi *Labeo*'ya göre, kanal açılması konusunda yapılan bir eser sözleşmesinde, açılan kanalın teslimden önce toprak kayması neticesinde bozulması durumunda, hasar kanal açma yükümlülüğünde bulunan kişiye ait olacaktır.

Buradan *Labeo*'nun kanal açma yükümlülüğü altına girmiş olan kişinin, kanal açması için kendisine verilen toprağın mülkiyetini kazandığı fikrinden yola çıktığı sonucuna varmak gerekmektedir. *Labeo*'nun bu görüşü, *Paulus* tarafından “iş görecek olan müteahhidin, hasardan dolayı sadece işteki kusurdan ileri gelmiş olması halinde sorumlu tutulacağı” şeklinde yumuşatılmıştır. Bu husus, *Paulus* zamanında (M.S. 3. y.y.) artık malzemenin mülkiyetinin iş sahibinde kalmasının genel kural olması ile açıklanabilir<sup>23</sup>.

*Iavolenus*'un *Cassius* ile ilgili *D.19.2.37* metninde de işlenmiş olan malzemenin, işleyen kişi tarafından iş sahibine tesliminden önce hasara uğraması durumu değerlendirilmektedir. *Sabinus*'un görüşünü yansıtan *Iavolennus*'a ait *D.19.2.60* da yukarıdaki görüşe paraleldir. Burada eser söz-

<sup>21</sup> RADO, s. 141–142; ERDOĞMUŞ, s. 94. *Labeo*'nun kanal açma konusunda yapılan eser sözleşmesinde hasarın müteahhide ait olacağı görüşü, *Paulus* tarafından “*conductor*'un hasardan sadece *operis vitio* (işin eksik yapılması) halinde sorumlu tutulabileceği” şeklinde yumuşatılmıştır. KARADENİZ, s. 171. *D.19.2.62*'de yer alan metnin ikinci kısmında, *Paulus*, malzemenin mülkiyetinin *locator*'da kalmasından hareketle bu sonuca varmaktadır. SOMER, s. 119.

<sup>22</sup> SOMER, s. 120.

<sup>23</sup> Metinlerdeki *interpolatio* tartışmaları için bkz.. KARADENİZ, s.171, dn. 214 ve s.172, dn. 218.

leşmesiyle yarısı inşa edilmiş olan evin yersarsıntısı nedeniyle yıkılması söz konusudur. Bu hususta *Sabinus*, hasarın, malzemenin mülkiyetinin onu işleyene geçmediği durumda, iş sahibine ait olacağını belirtmektedir<sup>24</sup>.

## II. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞME-SİNDE HASARIN GEÇİŞİ

### A. GENEL OLARAK

Türkçe'ye Arapça'dan intikal eden hasar kelimesinin çeşitli anlamları vardır. Geniş anlamda baktığımızda hasar, herhangi bir şeyin telef ve zayi olması veya kötüleşmesidir. Borçlar hukukunda bu terim genelde bir malın kırılması çatlaması, dökülmesi, akması harap olması gibi maddi olarak zarara uğramış olması anlamlarda kullanılmaktadır. Dar ve teknik anlamda baktığımızda ise hasar, bizatihi borcun mevzuunun telef olması ya da kötüleşmesi anlamında değil, ifanın borçluya isnat olunamayan sebeplerden dolayı imkânsızlaşması halinde ortaya çıkan ve taraflardan birini veya diğerini tehdit eden tehlikeyi anlamak gerekir<sup>25</sup>. Gerek edim gerekse karşı edim hasarı borç ilişkisinin tarafları açısından bir riski ifade eder. Bu risk ifanın borçluya isnat edilemeyen sebeplerle sonradan imkânsızlaşmasının doğuracağı hukuki sonuçlara katlanma tehlikesidir. Borç ilişkisinin kurulmasından sonra ifanın imkânsızlaşma tehlikesi, bir tehlike olmaktan çıkıp, gerçekleşmiş bir olguya dönüştüğünde, bunun sonuçlarına kim katlanacaktır<sup>26</sup>?

Eser sözleşmesinin özelliği nazara alınarak hasar şu şekilde tarif edilebilir: Eser sözleşmesi kurulduktan sonra fakat edimler ifa edilmeden önce, eserin taraflara isnat edilemeyen bir sebepten dolayı telef olması ya da kötüleşmesi yüzünden ifanın gerçekleşmemesi ya da gereği gibi ifanın im-

<sup>24</sup> Bu metinlerde *interpolatio* olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. KARADENİZ, s. 170, 172.

<sup>25</sup> AKINTÜRK, T., Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 23-26.

<sup>26</sup> Özellikle hasarın geçişi kavramı ve aynı hasar-borca ilişkin hasar, edim hasarı-karşı edim hasarlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ALTAY, S. Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008, s. 4-16.

kânsızlaşması durumunda ortaya çıkan ve ücret kaybı ile neticelenen tehli-  
kedir.

Hasar sorununa yol açan olay, müteahhidin eseri teslim borcunu ifa etmesini engelleyecek nitelikte bir olgu olarak karşımıza çıkar. Bu durum, BK. m.368'de; “ yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise” şeklinde ifade edilmiştir. Bu gibi hallerde müteahhidin ücretini isteyip isteye-  
meyeceği ve malzemenin hasarına kimin katlanacağı sorununun halledilmesi  
gerekecektir. Bunun yanında, BK. m. 370 çerçevesinde müteahhidin iş  
görme borcunu ifa etmesi “iş sahibi nezdinde zuhur eden bir kaza yüzünden  
mümkün olamıyor” olabilir. Dolayısıyla bu gibi hallerde hasara kimin katla-  
nacağı sorunu doğacaktır. Ayrıca, BK. m. 371 çerçevesinde, müteahhidin  
ölmesi veya kusuru olmadan işi bitirmekten aciz kalması durumunda eser  
sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı ve müteahhidin ücrete hak kazanıp ka-  
zanamayacağı sorunu doğacaktır<sup>27</sup>.

BK. m. 368 ile 370'in uygulama alanlarını ve birbirleri karşısında  
sınırlandırılması sorunu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmalar özellikle iş  
sahibi nezdinde meydana gelen bir kazanın, hem eserin yok olmasına hem de  
yeniden yapılmasının imkânsızlaşmasına yol açması halinde, hangi hükmün  
uygulanacağı sorusu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Mesela iş sahibinin arsası

<sup>27</sup> YAVUZ/ÖZEN/ACAR, s. 499–500. BK. m. 370' e göre: “ Taahhüt olunan şeyin yapılması iş sahibi nezdinde zuhur eden bir kaza yüzünden mümkün olamıyorsa müteahhit yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masrafını alır. Bu hususta iş sahibinin bir taksiri varsa müteahhidin başkaca zarar ve ziyan istemeğe hakkı olur”. Bu düzenleme iş sahibi ile ilgili durumlardan dolayı ifanın imkânsızlığı anlaşılmalıdır. Bu madde kapsamında eser tamamlanamıyorsa ya da tamamlansa da ifası gerçekleştirilemiyorsa yani imkânsızlaşmış ise hasara iş sahibi katlanacaktır ve kusursuz olduğu durumlarda bile müteahhidin ücret ve masraflarını ödeyecektir. Kusuru varsa diğer zararları da tazmin etmesi gerekecektir. KARAHASAN, M. R., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. 2, İstanbul 2002, s. 450-451 (Borçlar Hukuku); BUZ, V., “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, Prof. Dr. İlhan ÖZTRAK'a Armağan, Ankara 1994, s. 26-28; BK. m. 371' e göre: “ Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın iş bitirmekten aciz bulunduğu taktirde mukavele müteahhidin şahsını nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesihtir. Bu taktirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeye mecburdur”. Bu durumda da eser sözleşmede belirtilen şartları haiz olmasa da eğer iş sahibinin kullanımına elverişli ise, iş sahibi hasara katlanarak o eseri alacaktır. KARAHASAN, Borçlar Hukuku, s. 455–457; BUZ, s. 27–33.

üzerinde inşa edilen bir evin, deprem sonucu yıkılması ve arsanın da üzerinde artık bina yapılamayacak derecede zarar görmesi halinde durum böyledir. Doktrinde azınlıkta kalan görüşe göre, BK. m. 370, BK. m. 368'de yer alan ve eserin yok olması halinde karşı edim hasarını kural olarak müteahhide yükleyen kuralı yumuşatan bir hükümdür. İş sahibi nezdinde meydana gelen bir kazanın, eserin yok olmasını veya yeniden imalinin imkansızlaşmasına yol açması durumunda müteahhit, BK. m. 370'e dayanarak iş sahibinden yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarının tazmini talep edebilecektir. Fakat doktrinde baskın görüşe göre, BK. m. 368 ve 370 birbirinden tamamen farklı iki olguyu düzenlemektedirler. BK. m. 370 eserin imkânsızlaşması halini, buna karşın BK. m. 368 eserin yok olması halini düzenlemektedir. İş sahibi nezdinde meydana gelen bir kazanın hem eserin yok olmasına hem de yeniden imalinin imkânsızlaşmasına yol açması halinde münhasıran BK. m. 368 uygulanacak ve müteahhit yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarını talep edemeyecektir. Müteahhit'in bu yöndeki bir talep hakkı sadece BK. m. 368/3'de düzenlenen istisnai hallerde mümkündür<sup>28</sup>.

Bir eseri meydana getirirken onun teslimden önce beklenmeyen bir durum sebebi ile telef olması, her zaman o eserin mutlak olarak imkânsız olduğu anlamına gelmez. Eser telef olsa da yeniden meydana getirilmesi mümkün olabilir. Eğer eser telef olduktan sonra yeniden yapımı mümkün değil ise BK. m. 370 ve 371 hükümleri uygulanacaktır. Fakat burada bir ayırım yapmak gerekir. Eser telef olduktan sonra yeniden meydana getirilmesi mümkün değil ise imkânsızlığın oluşma nedenine göre uygulanacak

<sup>28</sup> İş sahibi nezdinde meydana gelen kazanın eserin tamamlanması borcunu imkânsızlaştırması halinde ayrıca eserin yok olmasına bakılmaksızın BK. m. 370 uygulanmalıdır. Esasen BK. m. 370'de bu husus göz önünde bulundurulmuştur. Hal böyle iken müteahhit'in BK. m. 370'e dayanan kısmi ödeme talebini imkânsızlaşma anına kadar yapılan eserin yok olmasına bağlı tutmak haksızlık oluşturur. Sonuç olarak iş sahibi kendi nezdinde meydana gelen bir kaza sonucu müteahhit'in eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması halinde imkansızlık anına kadar yapılmış eser yok olsun ya da olmasın müteahhit'in yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masrafları ödemekle yükümlüdür. İş sahibine bu derece ağır bir sorumluluk yüklenmesi eserin yok olmasına ve yeniden yapılmasının imkânsızlaşmasına yol açan kazanın onun etki alanında meydana geldiği göz önünde tutulduğunda hukuk vicdanını rahatsız edecek nitelikte değildir. BUZ, s. 33-34.

hüküm farklı olmalıdır. Buna göre imkânsızlaşma beklenmeyen bir olay sonunda olmuş ise burada BK. m.117 ve 368/1-2 uygulanacaktır. Eğer imkânsızlaşma iş sahibi nezdinde ki beklenmedik bir olaydan kaynaklanıyorsa BK. m. 370 uygulanacaktır. Zira iş sahibi nezdinde ki bir beklenmedik olay nedeni ile eserin yeniden yapımı imkânsızlaşırsa müteahhidin eseri yeniden yapma şansı ortadan kalkar. Kanun koyucu belki de bu şansını tamamen kaybeden müteahhide BK. m. 370 ile ücret alacağı ve buna dahil olmayan masrafları talep hakkı vermiştir<sup>29</sup>. Bu değerlendirmelerimizin daha iyi anlaşılması için eser sözleşmesinde teslimden neyin anlaşılması gerektiği ve teslimin ne zaman gerçekleşeceği üzerinde durulmalıdır.

## B. ESERİN TESLİMİ

### 1. Taşınır Eserlerin Teslimi

Taşınır eserlerde teslim, tamamlanmış bir eserin fiilen, fiziki varlığı ile iş sahibinin doğrudan doğruya zilyetliği, yani onun tasarruf hâkimiyeti alanına sokulması ile gerçekleşir<sup>30</sup>. Taşınır bir eserin teslim edilebilmesi için öncelikle tamamlanmış olması gerekir. Eserin tamamlanmış sayılması için müteahhidin sözleşme gereği yapması gereken her şeyi yapmış olması lazımdır. Zira tamamlanmamış eserin teslimi - iş sahibinin eksikte olsa eseri kabul etmesinin dışında- mümkün değildir. Fakat şunu belirtmek gerekir ki, tamamlanmamış bir eserin teslimi mümkün değilken ayıplı bir eserin teslimi mümkündür<sup>31</sup>.

Taşınır eserin fiilen teslimi yanında, müteahhidin, bu teslim ile edimini ifa ederek borcundan kurtulma iradesinin mevcut olmasının yanında, mülkiyeti iş sahibine geçirme iradesinin de olması gerekir. Aksi halde müte-

<sup>29</sup> ALTAŞ, H., Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002, s. 252.

<sup>30</sup> TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1987, s. 125; KARAHASAN, M. R., İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Ankara 1997, s. 130 ( İnşaat).

<sup>31</sup> ÖZ, T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 166.

ahhit borcunu ifa etmiş sayılmaz<sup>32</sup>. Eserin tesliminde bir ifa yeri kararlaştırılmış ise, ifa mutlaka orada yapılmalıdır. Aksi halde edim ifa edilmiş sayılmaz. Eserin gönderilmesi ve taşınması aşamasında kural olarak hasar müteahhide aittir. O halde taşınır eser müteahhidin tasarruf alanından çıkıp, iş sahibinin tasarruf alanına girince eser teslim edilmiş sayılır. Fakat şunu belirtmek gerekir ki malzemesi iş sahibi tarafından sağlanan taşınır eserlerde, eserin iş sahibi tarafından aranması gerekir. Eğer eserin teslim yerine ilişkin hiçbir anlaşma veya aksine bir adet yoksa teslimin nerede yapılacağı sorunu BK. m. 73'e göre çözülecektir<sup>33</sup>.

## 2. Taşınmaz Eserlerin Teslimi

Eser müteahhidin arsasına yapılıyorsa, taşınmazın teslim borcunun ifası, eserin tamamlanması ile beraber iş sahibi adına tescil edilmesi ile gerçekleşir<sup>34</sup>. Eser iş sahibinin arsasında yapılıyorsa eserin mülkiyeti doğal olarak iş sahibindedir. Müteahhit eseri eksiksiz olarak tamamlamış ise ifa, o eserin iş sahibinin ondan rahatlıkla kullanacağı şekilde terk edilmesi ile gerçekleşmiş olur<sup>35</sup>.

## 3. Bağımsız Maddi Varlığı Olmayan Eserlerin Teslimi

Bağımsız maddi varlığı olmayan eserler, mülkiyeti devir borcu söz konusu olmayan durumlarda karşımıza çıkar. Dolayısı ile bu tür eserlerin tesliminden bahsetmek oldukça zordur. Fakat bağımsız maddi varlığı olma-

<sup>32</sup> OĞUZMAN, M. K./ SELİÇİ, Ö., Eşya Hukuku, İstanbul 2001, s. 549.

<sup>33</sup> ALTAŞ, s. 82.

<sup>34</sup> SELİÇİ, Ö., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 8 vd.

<sup>35</sup> SELİÇİ, s. 35 vd; Gerekirse müteahhit bu durumu iş sahibine ihbar etmelidir. Eser tamamlandıktan sonra iş sahibinin kullanımına terk edilmesini takiben iş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşse de düşmese de eserin beklenmeyen bir olay sebebi ile telef olmasından artık iş sahibi sorumludur. Fakat müteahhidin bu durumda sözleşmeden doğan borcunu eksiksiz ifa etmesi gerekir ki iş sahibi hasardan sorumlu olsun. TANDOĞAN, s. 73; ÖZ, s. 169.

yan eserler de eser tamamlandığı anda ifa gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Burada teslimsiz ifadan bahsedilebilir<sup>36</sup>.

## C. GENEL OLARAK ESERİN TESLİMDEN ÖNCE TELEF OLMASI

### 1. Eserin Telef Olması Kavramı

Eserin teslimden önce telef olması genelde eserin yok olması şeklinde anlaşılmaktadır. Ancak eserin telef olması her zaman onun yok olduğu anlamına gelmediği gibi her zaman aynı sonuçları da doğurmaz<sup>37</sup>. Eserin telef olmasından anlaşılması gereken o eserin sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımamasıdır. Dolayısı ile telef olma kavramı yok olmayı da kapsayan daha geniş bir kavramdır. Mesela tamamlanmış bir bina teslim edilmeden önce beklenmeyen bir sebeple sıvaları çatlırsa bu durumda eserin yok olduğundan bahsedemeyiz ama geniş anlamda onun telef olduğundan söz edebiliriz<sup>38</sup>. Eser meydana getirilmiş olsa bile beklenmeyen bir olay sonucu o eserde meydana gelen bir nitelik değişikliği, iş sahibinin o eseri kabul etmesi hakkaniyet açısından beklenemiyorsa o eser artık telef olmuş sayılmalıdır.

<sup>36</sup> ALTAŞ, s. 83.

<sup>37</sup> BAYGIN, s. 325 vd.; Fakat şunu belirtmek gerekir ki Borçlar Kanunu Tasarısı'nın BK. m. 368'e denk gelen ve eserin yok olması başlığını taşıyan 483. madde " eser teslimden önce yok olursa iş sahibi eseri teslim almada direnime düşmedikçe yüklenici yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez." şeklinde bir düzenlemeye gitmiştir. Dolayısı ile doktrinde ağırlıklı görüşe yakın bir düzenleme yapılmıştır.

<sup>38</sup> ALTAŞ, s. 59; BK. m. 368'e göre telef olan eserin yeniden meydana getirilmesinin imkânsız olup olmadığı önemli değildir. Eser telef olduktan sonra yeniden yapma imkânı olsun ya da olmasın müteahhit ücret riskine katlanır. Dolayısı ile ifanın sonradan imkânsızlaşması BK. m. 368'in bir unsurunu oluşturmaz. TANDOĞAN, s. 318 vd.; ALTAŞ, s. 59.

## 2. Eserin Teslimden Önce Kısmen veya Tamamen Telef Olması

### a. Eserin Teslimden Önce Kısmen Telef Olması

Eserin teslimden önce tamamen telef olması halinde BK. m. 368'in uygulanacağı konusunda tereddüt yoktur. Fakat kısmen telef olma halinde BK. m. 368'in uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde tartışma vardır.

Kısmen telef olma, meydana getirilecek eserin tamamen değil, nitelik ve nicelik yönünden kötüleşmesidir. Mesela, yapılan 5 katlı bir binanın bir katının çökmesi gibi. Kısmen telef olmada genelde o eserin onarımı gündeme gelir. Fakat tam telef olmada eserin baştan itibaren yeniden yapmak gerekir. Mesela yapılan binanın yıkılması tam telef olmadır ve yeniden yapılması gerekirken duvarda sıva çatlaklarının oluşması kısmi telef olmadır ve tamiri gerekir<sup>39</sup>.

Eserin teslimden önce kısmen telef olması halinde BK. m. 368'in uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler vardır. BK. m. 368'in uygulanmayacağı savunan görüşe göre, madde metni oldukça açıktır ve bu düzenleme tam telef olmaya ilişkindir. Çünkü madde de müteahhidin ücrete hiç hak kazanamayacağından bahsedilir. Hâlbuki kısmen telef olmada müteahhit yaptıkları kısım için ücret talep edebilir. BK. m. 368'in uygulanacağı savunan görüşe göre, eser teslimden önce kısmen telef olur ve telef olmayan kısımları kabul etmesi iş sahibinden beklenemez olursa ve müteahhitte eksiklikleri gideremez ise eser tamamen telef olmuş sayılmalıdır. Bu durumda müteahhit hasara katlanır. Eğer eksiklikler giderilir ise müteahhit sonradan eksikliklerin giderilmesi için yaptığı masrafları iş sahibinden talep edemez. Ama sözleşmede kararlaştırılan bedeli doğal olarak talep edebilecektir<sup>40</sup>.

Kanaatimizce eserin teslimden önce kısmen telef olması durumunda BK. m. 368/I uygulanmalıdır. BK. m. 368 iş sahibinin menfaatlerini korumak maksadını güder. Fakat kısmen varlığını sürdüren bir eserin yok sayıla-

<sup>39</sup> ALTAŞ, s. 61-62.

<sup>40</sup> Tartışmalar için bkz. ALTAŞ, s. 61-66.

rak müteahhidin ücret riskinin tamamına katlanmak zorunda bırakılması hakkaniyet ile bağdaşmayacaktır. Müteahhide sadece kısmen telef olan kısmın ücret riski yüklenmelidir.

### **b. Eserin Teslimden Önce Tamamen Telef Olması**

Meydana getirilmeye çalışılan eserin hangi aşamada olursa olsun tamamen yok olmasını ifade eder. Bu durumda eser tamir edilemez, teslim edilebilir bir eser haline getirilemez. Bu tür durumlarda müteahhit edimini ifa etmek istiyorsa eseri yeniden yapmak zorundadır<sup>41</sup>. Eserin beklenmeyen olay nedeni ile tamamen telef olması BK. m. 368/T'in en tipik uygulamasıdır<sup>42</sup>.

## **D. MALZEMENİN TELEF OLMASI**

Borçlar Kanunu madde 368/2'e göre bu takdirde telef olan malzeme kime aitse hasarı da ona aittir<sup>43</sup>. Bir eserin meydana getirilmesi için genel olarak kullanılan iki tür malzeme vardır. Birincisi eserin mevcudiyeti için şart ve onunla birlikte kalmaya devam eden malzemeler, ikincisi eserin meydana getirilmesi için kullanılan malzemelerdir. Mesela bir inşaat yapılırken kullanılan kum, çakıl, beton, tuğla ve cam gibi malzemeler eserin imali için şart olan malzemelerdir. Aynı müteahhidin bu eseri yapmak için kullandığı makineler inşaat kalıpları gibi şeyler eserde kalmayan demirbaş anlamındaki malzemelerdir<sup>44</sup>. Malzemenin kaza nedeniyle telef olmasını düzenleyen BK. m. 368/2'nin unsurları kanun koyucu tarafından 368/1'in unsurlarına bağlanmıştır. BK. m. 368/2 kendi başına bağımsız bir düzenleme olmayıp un-

<sup>41</sup> BAYGIN, s. 225 vd.

<sup>42</sup> TANDOĞAN, s. 318 vd.; BAYGIN, s. 225 vd.

<sup>43</sup> Borçlar Kanunu m. 356/3'e göre " Hilafına adet ve mukavele olmadıkça müteahhit, imal olunacak şeyin icrası için lazım olan vasıtaları, alet ve edevatı kendi masrafı ile tedarik etmeye mecburdur". Bu malzemeler genelde eser tamamlanınca ondan ayrılabilen ve müteahhit tarafından alınıp götürülen şeylerdir.

<sup>44</sup> TANDOĞAN, s. 102.

surları itibariyle BK. m. 368/1 tarafından tamamlanması gereken bir hükümdür. Bir başka ifade ile BK. m. 368/2'nin unsurları eserin tesliminden önce beklenmeyen olay sonucu telef olması ve bu esnada malzemenin de telef olmasıdır. Eser ile kalan malzemenin BK. m. 368 kapsamında olduğu konusunda bir tartışma yoktur. Eserin kendisinden imal edildiği ve eserin ayrılmaz parçası olarak onda kalan parçalar BK. m. 368 kapsamındadır. Fakat eserin imali için gerekli olan yardımcı malzemelerin BK. m. 368 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda tereddütler vardır. Fakat bizimde katıldığımız görüşe göre BK. m. 368/2 bu tür malzemeleri de uygulama kapsamında almalıdır<sup>45</sup>.

### E. ESERİN TESLİMDEN ÖNCE TELEF OLMASI DURUMUNDA HASARIN GEÇİŞİ

Kural olarak hasar, yapılan şeyin teslimden önce telef olması halinde müteahhide aittir. Yapılan şey teslimden önce kazara telef olmuş ise müteahhit ne yaptığı için ücretini ne de masraflarının ödenmesini isteyebilir. Ancak müteahhit yaptığı şeyi iş sahibine teslim etmek istemiş fakat iş sahibi eseri teslim almamış ise yani temerrüde düşmüş ise hasar artık müteahhide değil iş sahibine ait olacaktır. Çünkü iş sahibi temerrüdü dolayısı ile kusurlu

<sup>45</sup> EREN, F., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, Ankara 1996, s. 69 vd; ALTAŞ, s. 89-91. Eserin meydana getirilmesi için kullanılan malzemeyi, bu malzemeyi işlemek için kullanılan iş aletlerinden ayırmak gerekir. BK. bu malzemeyi kimin sağlayacağı konusunda açık bir düzenleme getirmemiştir. Fakat BK. m. 357/1'in ifadesinden ve 356/3'ün zıt anlamından anlaşılabilir bu borcun aksine bir anlaşma olmadıkça iş sahibine ait olması gerekir. EREN, s. 69. Aksi görüş için bkz. TANDOĞAN, s. 105. Malzemenin iş sahibi tarafından karşılanması durumunda "olağan eser sözleşmesi", müteahhit tarafından karşılanması durumunda "eser teslim sözleşmesinden bahsedilecektir. BAYGIN, s. 24; Borçlar Kanunu Tasarısının 472. maddesine göre malzemenin sağlanması eser sözleşmesinin taraflarından birine yüklenmemiş duruma göre iş sahibi tarafından karşılanabileceği gibi müteahhit tarafından da sağlanabileceği belirtilmiştir.

durumdadır ve mütemerrit bir alacaklı olarak hasara katlanmalıdır. Bu takdirde müteahhit, işin bedelini talep hakkına sahiptir<sup>46</sup>.

Yapılan şey teslimden önce kazara telef olmuş ise telef olan malzeme kime ait ise hasarda ona ait olacaktır. Malzemeyi iş sahibi sağlamış ise ve malzeme kazara telef olunca bunun bedelini iş sahibine ödemeyecektir. Bu kural ile müteahhide yüklenen ağır sorumluluklar biraz hafifletilmiş olmaktadır Fakat beklenmeyen olay meydana gelmekle birlikte müteahhit iyi muhafaza tedbirleri alsaydı bu sonuç meydana gelmeyecek idiyse bu durumda müteahhidin kusurlu olduğu anlaşılır ve malzemeyi iş sahibinin sağladığı durumlara da bile BK. m. 368/2 hükmünden faydalanamayacaktır. Dolayısı ile hasara müteahhit katlanacaktır<sup>47</sup>.

## 1. Hasara Müteahhidin Katlanmasının Şartları

### a. Eserin Teslimden Önce Beklenmeyen Bir Olay Nedeni İle Telef Olması

Zararın doğmasına neden olan ve taraflardan hiç birisini yüklenemeyen duruma beklenmeyen olay denir. Beklenmeyen olay taraflarca önceden ön görülemeyen veya öngörülmesi mümkün olmayan her türlü durumdur. Taraflarca önlenememe kavramı objektif değil tarafları ve yaşadığı çevreyi dikkate alan subjektif bir kavramdır. Beklenmeyen olayın oluşturduğu tehlikeyi, tarafların en yüksek özeni gösterecekleri bile meydana getirilen eseri veya o eserden beklenen ekonomik sonucun tehlike altına atmadan def etmenin mümkün olmadığı hallerdir<sup>48</sup>. B.K. m. 368’de söz edilen “kazara” kavramı-

<sup>46</sup> von TUHR, A. Borçlar Hukuku Umumi Kısmı, ( Çev. EDEGE, C.), c. 1-2, 2. Baskı, Ankara 1983, s. 576; OLGAÇ, S., Hukuk Davalarında İstisna Akti, Ankara 1977, s.105-106; TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. II, 3. Bası, İstanbul 1977, s. 1046-1047.

<sup>47</sup> BECKER, H., İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, ( Çev. DURA, S.), 2. Bölüm, Çeşitli Borç İlişkileri, Madde 184-551, Ankara 1993, s. 639-640; OLGAÇ, s. 106; TUNÇOMAĞ, s.1046-1047.

<sup>48</sup> ALTAŞ, s. 66; ZEVKLİLER, A., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yenilenmiş 8. Bası, Ankara 2004, s. 345-346. Beklenmedik olaylar bir insanın öngöremediği ve öngörse bile

nın taraflara yüklenemeyen bir olay olarak anlaşılması gerekir. Eserin telef olması çok çeşitli olaylar neticesinde olabilir. Telef olma eğer müteahhit veya iş sahibine yüklenebilen yani onların bir fiili neticesinde meydana gelmişse B.K. m. 368 anlamında bir beklenmeyen olaydan söz edilemez. Çünkü eserin telef olmasına kim kendi fiili ile neden oluyorsa zarara da onun katlanması gerekir. Örneğin bir ressam tarafından yapılmakta olan tablonun yine kendisinin kusurlu bir davranışı sonucu yok olması halinde zarara o eserin yok olmasına sebebiyet veren kişinin katlanması gerekir<sup>49</sup>.

kolaylıkla öngöremeyeceği ihtimaller demektir. Bir kimsenin kusuru olmadan beklemediği bir olay yüzünden yükümlülüklerini yerine getirememesi mümkündür. Bazı durumlarda hiçbir insan gücü ile önlenemeyecek kadar kuvvetli önüne geçilmez olaylarla da karşılaşılabilir. Bu tür olaylar mücbir sebep teşkil eder. Örneğin yıldırım düşmesi, sel baskını gibi. Bu gibi durumlarda zarardan doğan sorumluluğun borçluya yüklenilmesine imkan yoktur. Beklenmeyen olay (*casus fortuitus*) borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcunu ihlal etmesine sebep olan olaydır. Mücbir sebep (*vis maior*) borçlunun borcunu ihlal etmesine mutlak olarak kaçınılmaz şekilde sebep olan dış olaydır. Görüldüğü gibi mücbir sebep bir dış olay iken beklenmedik hal için böyle bir şart aranmamaktadır. Örneğin bir fabrikada kazan patlaması sonucu çıkan yangın bir beklenmedik hal iken, yıldırım düşmesi sonucu gerekli tedbirler alınmış olmasına rağmen çıkan yangın bir mücbir sebep teşkil eder. Beklenmeyen olay borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcun ihlaline yol açar. Mücbir sebepte ise borcun ihlalinden kaçınamama herkes için söz konusu olacak niteliktedir. Yani beklenmeyen olay borçlunun kendisinden beklenen tedbirleri almakla borcun ihlalini önleyemeyeceği bir olaydır mücbir sebep hiç kimsenin alacağı tedbir ile borcun ihlalini önlenemeyeceği bir olaydır. Mücbir sebep teşkil eden olayın sonuçları asla önlenemez. Diğer bir ifade ile bütün tedbirlere sahip olunan bütün imkân ve araçlara rağmen eğer bir olayın sonuçlarının önlenmesi mümkün değil ise o olay bir mücbir sebep teşkil eder. Burada mutlak yada objektif bir karşı konulamazlık söz konusudur. Karşı konulamazlığın mutlak olmasından anlaşılması gereken teknik ve bilimin o andaki verilere göre mevcut her türlü tedbir alınsa her türlü özen gösterilse bile zararlı sonucun hiçbir kimse tarafından önlenememesidir. Mücbir sebebin en önemli özelliklerinden birisi de önceden mücbir sebebin sonuçlarının ön görülmesinin mümkün olmamasıdır. Beklenmedik halden söz edilebilmesi için borçlunun ifayı imkansız kılan olayı önceden öngörememesi bu olayın kendisi için aşılmaz ve bertaraf edilemez nitelikte olması gereklidir. Yani beklenmeye halde önceden öngörülemezlik ve kaçınılmazlık unsurları tamamen subjektiftir yani borçlu bakımındandır. Bu durum bir başkası için veya başka bir yerde beklenmeyen olay sayılmayabilir. Bu durumda beklenmeyen olay yere ve zamana göre değişkenlik gösterebilir. Geniş bilgi için bkz. İNAL, T., "Mücbir Sebebin Oluşum Unsurları", Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN' a Armağan, Ankara 1997, s. 13 vd.; GÖZÜBÜYÜK, P., Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1977, s.166 vd.; ERMAN, H., İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller.( BK. m.365/2), İstanbul 1979, s. 33-54.

<sup>49</sup> TANDOĞAN, s. 321; OLGAC, s. 106.

Eserin tesliminden önce her iki tarafa da yüklenemeyen bir olay sonucunda telef olması durumunda zarara kimin katlanacağına ilişkin genel bir kuralın ortaya konması gerekir. B.K. m. 368/I'de bu kural konmuş sayılır. Buna göre; taraflara yüklenemeyen bir olay nedeni ile eserin teslimden önce telef olması halinde müteahhit ücret talebinde bulunamaz. Ancak bu durumda doğan zarara kimin katlanacağı açık değildir. Beklenmeyen olay yani taraflara yüklenemeyen olayların tespiti bu hükmün ne zaman uygulanması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Bu nedenle öncelikle iş sahibi ve müteahhide yüklenemeyen olayların tespiti gerekecektir. O halde taraflara yüklenebilen bir durumun varlığı halinde hasara kimin katlanacağına belirlenmesine bile gerek olmadan, kendisine sorumluluk yüklemeye olanağı olan taraf zarara katlanacaktır.

İş sahibine yüklenebilen bir nedenle eserin telef olması halinde zarara da iş sahibi katlanacaktır. BK. m. 368/3' de sayılan haller dışında eserin tesliminden önce telef olmasına iş sahibi kusuru ile neden olmuşsa bunun olumsuz sonuçlarına da katlanmak zorundadır. BK. m. 368'e göre "Eğer yapılan şey, iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın yahut iş sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında verilen emirden dolayı telef olmuş ise, müteahhit, bu tehlikeleri zamanında ihbar etmiş bulunduğu takdirde yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masrafın tesviyesini talep edebilir. İş sahibinin taksiri olduğu takdirde müteahhit'in fazla olarak zarar ve ziyan istemeye hakkı vardır." Burada iş sahibinin bu haller dışındada eserin telefinden sorumlu olduğu durumların varlığından bahsedeceğiz. İş sahibinin kusuruyla eserin telef olduğu hallerin bazılarını Borlar Kanunu 368/3 örnek kabilinden saymıştır. Bu haller dışında eserin telefinden iş sahibinin sorumlu olduğu olaylarda vardır. Mesela iş sahibinin yardımcı şahıslarını kusurlu fiilleri nedeniyle eserin telef olmasında iş sahibi sorumludur. Sonuç olarak eser iş sahibinin kusurlu davranışı ya da kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir hal nedeniyle telef olursa sorumluluk iş sahibine aittir<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> ALTAŞ, s. 68–69.

Meydana getirilen bir eserin tesliminden önce telef olması durumunda, müteahhide yüklenebilen riskler, her şeyden evvel onun bizzat kendisinin telefe neden olan kusurlu davranışının bulunduğu hallerdir. Müteahhit meydana getireceği eseri kast, ihmal veya özen ya da bilgi beceri ve yeteneksizlik sonucu telef etmişse BK. m. 368/I gereği işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluğuna dahil hükümlere göre belirlenir. Buna göre müteahhit'in taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifa etmesi gerekir. Müteahhit'in meydana getireceği eseri kast, ihmal veya özensizlik sonucu telef etmiş ise 368/I'deki risklere katlanmanın yanında bir de iş sahibinin uğradığı zararları karşılaması gerekir. Müteahhit kusurlu olmasa bile kanundan dolayı sorumlu tutulduğu hallerde de sorumluluk kendisine yüklenebilecektir<sup>51</sup>.

Borçlar Kanunu madde 368'in uygulanması için taraflara yüklenemeyen bir olay neticesinde eserin telef olması şartı aranır. Bu anlamda adi bir beklenmeyen hal ile mücbir bir sebep arasında bir fark yoktur. Meydana getirilmekte olan eserin umulmayan olay nedeniyle telef olması genelde tabiat olaylarından kaynaklanır. Bununla birlikte sözleşmenin taraflarından birine yüklenemeyen insanların yol açtığı telef olmada BK. m. 368 anlamında beklenmeyen bir olay sonucunu meydana getirir. Müteahhit BK. m. 368'in kendi aleyhine olan sonuçlarından kurtulmak için mutlaka eserin telef olmasının nedenini beklenmeyen olay değil iş sahibine yüklenebilecek veya en azından hasarın kendisine yüklenmesini imkânsız kılacak bir neden olduğunu ispatlaması gerekir<sup>52</sup>.

### **b. Eserin İş Sahibinin Temerrüde Düşmesinden Önce Telef Olması**

Müteahhidin hasara katlanması için eserin telef olmasının iş sahibinin temerrüdünden ve eserin tesliminden önce meydana gelmesi gerekir. İş

---

<sup>51</sup> Mesela yardımcı şahısların fiilinden sorumlu olduğu durumlardaki gibi. Eser meydana gelirken müteahhitten kusurlu davranışı veya özen borcunun ihlali ya da kanun gereği sorumlu tutulduğu hallerde Borçlar Kanunu madde 368 uygulanmayacaktır. Bu durumda iş sahibi bir zarara uğramış ise zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının bulunması 368/I'ni kapsamı dışında kalır. ALTAŞ, s. 72-75.

<sup>52</sup> von TUHR, s. 629; ALTAŞ, s. 77.

sahibinin eseri tesellümde gecikmesi veya teslimin iş sahibi yüzünden gerçekleştirilememesi hallerinde müteahhit sorumluluktan kurtulabilecektir. İş sahibi yüzünden ifanın gerçekleştirilememesi genelde iki şekilde karşımıza çıkacaktır. Birinci halde, iş sahibi teslimin gerçekleşmesi için üzerine düşeni yapmamaktadır. Mesela iş sahibinin zamanında gelip sipariş ettiği ve tamamlanan takım elbiseyi terziden almaması. İkinci halde ise, eserin meydana gelmemesinin iş sahibinin davranışları veya yapması gerekenleri yapmaması sebebi ile müteahhidin iş başlayamaması ya da geç başlaması, ke-sintiye uğraması durumlarında eserin teslimi gecikirse bu durumlarda esere gelen zararlardan müteahhidin sorumlu tutulmaması gerekir<sup>53</sup>.

## 2. Teslimden Önce Eserin Telef Olması Durumunda Hasarın İş Sahibine Ait Olduğu Haller

### a. İş Sahibinin Temerrüde Düşmüş Olması

BK. m. 368/1'e göre iş sahibi yapılan eseri teslim almakta temerrüde düşerse yani alacaklının temerrüdü durumunda temerrüdün başladığı andan itibaren hasar iş sahibine ait olacaktır. Hatta BK. m. 95'e giren durumlarda da hasara iş sahibi katlanmalıdır. İş sahibinin temerrüdü ortadan kalktığı andan itibaren hasar müteahhide geçecektir<sup>54</sup>.

### b. Malzemenin İş Sahibince Temin Edilmiş Olması

İş sahibi mütemerrit olmasa bile eserin yapılması için malzemeyi temin ederek müteahhide vermiş ve beklenmeyen bir olay sonunda malzemenin telef olması durumunda BK. m. 368/2'ye göre iş sahibi katlanacaktır<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> ALTAŞ, s. 88–89.

<sup>54</sup> YAVUZ/ÖZEN/ACAR, s. 501; ZEVKLİLER, s. 346–347.

<sup>55</sup> YAVUZ/ÖZEN/ACAR, s. 501; ZEVKLİLER, s. 346–347.

**c. Telef Olmanın BK. m. 368/3'te Belirtilen İş Sahibine İsnadı Kabil Bir Sebepden Meydana Gelmiş Olması****aa. Telef Olmanın İş Sahibinin Verdiği Malzeme veya Arsadan Kaynaklanması**

BK. m. 368/III de eserin telef olması tamamen iş sahibine yüklenen bir sebebe dayanmaktadır. Dolayısı ile bu durumlar sonucu eser telef olursa hasar ve ücret riskine de iş sahibi katlanacaktır. BK. m. 368/3' de bahsedilen arsa ve malzemenin kusurundan kasıt, eserin tam veya kısmi telef olmasına neden olan malzeme veya arsanın meydana getirilmek istenen eser için elverişli olmamasıdır. BK. m. 368/ 3'ün uygulanması için malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi gerekir. Bu malzemenin bedelinin müteahhitten alınmış olmasının bir önemi yoktur. Arsanın zemini ister doğal halde ister bazı hazırlıklar yapılmış halde olsun bir kusur taşıması halinde 368/3 uygulanır. Mesela arsanın heyelan bölgesinde olması yani eser meydana getirmeye elverişli olmaması halinde durum böyledir. Yapılmakta olan eserin telef olmasına arsanın kusuru değil de aynı arsa üzerinde fakat başka bir müteahhit tarafından yapılan hazırlık çalışmalarından kaynaklanması durumunda da hasar iş sahibine ait olmalıdır<sup>56</sup>.

**bb. Telef Olmanın İş Sahibinin Verdiği Talimatlar Sonucu Olması**

Meydana getirilmekte olan eser iş sahibinin mutad ve makul talimatı sonucu telef olmuşsa 368/3 uygulanmaz. İş sahibinin eserin meydana gelmesi için verdiği talimatlar mevzuat ve uygulamayla iş dünyasında geçerli kurallar dikkate alındığında zaten olması gereken olağan talimatlar ise iş sahibi telef olma riskini üstlenmez. 368/3'de “ iş sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında verilen emirden dolayı telef olmuş ise” diyerek kanun koyucu iki unsura işaret etmiştir. Birincisi; iş sahibi tarafından işin meydana gelmesi ve inşa tarzındaki talimat. İkincisi; bu talimat neticesinde eserin telef

<sup>56</sup> BECKER, s. 640; KARAHASAN, Borçlar Hukuku, s. 448-449; YAVUZ/ÖZEN/ACAR, s. 501; ZEVLİLİLER, s. 346-347.

olmasıdır. Bu talimatlar yanlış ise eserin telef olmasında hasar iş sahibine aittir. Eser sözleşmesinde normal olan müteahhit tarafından eserin ve işin meydana getirilip tamamlanmasıdır. Bu eserin tamamlanmasında bir talimatın BK. m. 368/3 anlamında yanlış bir talimat sayılması için özellikleri ve bağlayıcılığı açısından eserin tamamlanması ötesine geçmesi işin belirli ve ancak o şekilde yapılmasını sağlamak amacıyla verilmesi gerekir. Bunun yanında iş sahibinin yanlış talimatlarını tek taraflı olması gerekecektir. Bu talimatlar ile eserin telef olması arasında mutlaka bir illiyet bağı aranmalıdır<sup>57</sup>.

### cc. İş Sahibinin Kusurlu Olduğu Durumlar

BK. m. 368/3'ün son cümlesi nazara alındığında yani “ iş sahibinin taksiri olduğu takdirde müteahhidin fazla olarak zarar ve ziyan istemeğe hakkı vardır” ifadesi değerlendirildiğinde bu hükmün sanki sadece iş sahibine isnadı kabil durumların varlığı durumunda uygulanabileceği sonucu çıkabilir. Fakat bu hüküm sadece BK. m. 368/3 durumunda değil eserin teslimden önce kısmen ya da tamamen telef olması durumlarında da uygulanması gerektiği fikri ortaya çıkacaktır. Zira burada BK. m. 96'nın kapsamına giren bir durum vardır. Dolayısı ile İş sahibi kusurlu ise eserin tesliminden önce telef olmasının hasarına doğal olarak katlanacaktır ve müteahhidin müspet zararını tazmin edecektir<sup>58</sup>.

### dd. Müteahhidin İhbar Yükü

BK. m. 368/3'ün uygulanması için bir diğer koşulda eserin telef olması halinde iş sahibinin sorumlu olabilmesi için müteahhidin üzerine

<sup>57</sup> BECKER, s. 640; YAVUZ/ÖZEN/ACAR, s. 501; KARAHASAN, Borçlar Hukuku, s. 448-449; OLGAÇ, s. 107. Müteahhit malzeme ve arsadaki kusurları keşfedemez veya iş sahibinin verdiği emirleri itiraz etmeden yerine getirirse kural olarak hasara katlanacaktır. Fakat müteahhit iş sahibinin kusurlu olduğunu ispat ederse ifadaki menfaat sebebi ile tazminat isteyebilir. OLGAÇ, s. 108.

<sup>58</sup> YAVUZ/ÖZEN/ACAR s. 502; KARAHASAN, İnşaat, 210-211.

düşen ihbar yükünü yerine getirmesi gerekir. Eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibince verilen malzemede ya da gösterilen arsada görüldüğü kusurlar nedeniyle eserin gereği gibi ya da zamanında tamamlanmasına engel olabilecek hususları gecikmeksizin ihbar etmek zorundadır. Bunun sebebi genellikle iş sahibinin acemi ve tecrübesiz, müteahhidin ise uzman bir kişi olara kabul edilmesidir. Müteahhit ihbar yükünü yerine getirmez ise meydana çıkan olumsuz sonuçlara katlanmak zorundadır. Aslında ihbar yükünün kaynağı müteahhidin özen ve sadakat yükümlülüğünün bir sonucudur. Müteahhit ihbar yükümlülüğünü zamanında yerine getirmelidir. Bu ihbarın gecikmeksizin derhal yapılması gerekir. Müteahhit ilk olarak iş sahibini malzemenin veya arsanın kusuru ya da talimatın yanlışlığı konusunda bilgilendirmesi gerekir. İhbarın en azından içinde bulunulan tehlikeyi iş sahibine açıklayıcı bir nitelikte olması aranır. Müteahhidin iş sahibini muhtemel hukuki sonuçlar hakkında bilgilendirmesi gerekmez<sup>59</sup>.

## F. ESERİN VE MALZEMENİN TESLİMDEN ÖNCE TELEF OLMASININ SONUÇLARI

### 1. Eserin Kısmen veya Tam Telef Olmasının Sonuçları

Müteahhidin iş sahibine karşı meydana getirmeyi taahhüt ettiği eser, teslimden önce beklenmeyen bir olay neticesinde telef olursa, müteahhit hem işin ücretini hem de yaptığı masrafları talep edemez. Çünkü eser sözleşmesinde müteahhit eserin meydana getirilmesi ve bunun iş sahibine uygun biçimde teslim edilmesi borcu altındadır. Müteahhit eser sözleşmesinde hizmet

<sup>59</sup> OLGAÇ, s. 108; ALTAŞ, 103-105; KARAHASAN, Borçlar Hukuku, s. 449 Müteahhidin genel ihbar yükümlülüğü özen ve sadakat borcunun bir uzantısı sayılır. Müteahhit bu yükümlülüğünü ihlal ederse BK. m.357/3'e göre bundan doğan olumsuz sonuçlara katlanmak zorunda kalacaktır. TANDOĞAN, s. 111-112; Meydana gelen bir eserin telef olmasına iş sahibinin veya yardımcı şahıslarının ya da onun davranışlarından sorumlu olduğu kişilerden kusurlu bir hareketi nedeniyle telef olmuş ise 368/3 uygulama alanı bulacaktır. Kusurlu davranış nedeniyle eserin telef olması halinde iş sahibi sadece ücret ve malzeme riskine katlanmayıp tazminat yükümlülüğü altına da girecektir. Bu durumda ödenecek tazminat eser sözleşmesinin zamanından önce ve tamamlanmadan bitmesi dolayısıyla müteahhit'in uğradığı zararlardır. ALTAŞ, s. 101-102; KARAHASAN, Borçlar Hukuku, s. 449.

sözleşmesinin aksine bütün faktörlerin bir araya getirilmesinden meydana gelecek sonucu borçlanmaktadır.

Eserin tesliminden önce beklenmeyen olay nedeniyle tamamen telef olması halinde ücret riskinin tamamen müteahhide olacağı 360 açıklamıştır. Müteahhit eseri yeniden yapmadığı sürece iş sahibi açısından ücret ya da masrafları karşılama borcu doğmaz. Müteahhit teslimden önce telef olan eser için yaptığı masrafları da talep edemeyecektir. Ancak müteahhit bu eseri yeniden yapılması mümkün olduğu sürece onu yeniden yapmak için gerekli masrafları iş sahibinden isteyebilir. Müteahhit iş sahibinden talep edeceği masraflara hasarın neden olduğu ilave harcamaları dahil edemez. Eğer meydana getirilecek eser ferdi ile belirli bir şey ise ve teslimden önce beklenmeyen bir olay nedeniyle telef olmuşsa bu durumda müteahhidin ediminin ifası Borçlar Kanunu madde BK. m.117 anlamında imkânsızlaşmış sayılır. Bu durumda hasar BK. m. 117/3 ve 368/I gereği müteahhide aittir. Yani müteahhit ferdi ile belirli telef olan eser nedeniyle emeğinin karşılığı olan ücreti talep edemez. Fakat böyle bir eserin telef olmasından iş sahibi sorumlu ise telef olan eserin ferdi ile belirli olmasının bir önemi yoktur. Teslimden önce beklenmeyen bir olay nedeniyle telef olan eser cinsi ile belirli ise BK. m. 368'e göre hasar yine müteahhide aittir. Fakat ferden belirli eserden farklı olarak burada müteahhit telef olan eseri tekrar yapmak suretiyle iş sahibinden ücret talep edebilir <sup>60</sup>.

<sup>60</sup> TANDOĞAN, s. 125–128; ALTAŞ, s. 111–113; KARAHASAN, Borçlar Hukuku, s. 446; ARAL, F., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007, s. 382-383. İfa edilemeyen veya ifa edilemez hale gelen edim imkânsızdır. Bir edim sözleşme kurulduktan sonra imkânsız hale gelirse sonraki imkânsızlıktan bahsedilir ve BK. m. 368 bağlamında önemli olanda bu tür imkânsızlıktır. DURAL, M., Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s. 7-8. Eserin kısım kısım teslimi ve bedelinin ona göre kısım kısım ödemesi konusunda anlaşan taraflar, imalat tamamen son bulmadan telef olma söz konusu olursa bu durumda sözleşmeden doğan borçlar tamamen ifa edilemediği için müteahhit teslim ettiği kısımların ücretini iade etmemesi gerekir. Hatta iş sahibine verilen ama henüz ücreti alınmayan şeylerinde ücreti istenebilir. OLGAÇ, s. 108. Fakat şunu belirtmek gerekir ki bu çözüm yolu her zaman hakkaniyete uygun sonuç doğurmaz. Eğer telef olan son kısım teslim edilen kısımlardan tamamen bağımsız ise bu çözüm kabul edilebilir. Fakat teslim edilen kısımlar telef olan son kısım ile tam bir anlam ifade edecekse burada iş sahibi aleyhine sonuçlar doğabilecektir. Bu durumda şuna göre çözüm üretilmelidir. Telef olan son kısım olmadan iş sahibinin teslim edilen kısımları

Eser teslimden önce kısmen telef olmuş ise bu durumda dahi ücret ve edim hasarına müteahhit katlanır. Ferdi ile belirli bir eserin kısmen telef olması genelde tam telef olmanın neticelerini doğurur. Zira bu eserin yeniden aynı şekilde yapılması mümkün değildir. Eğer ferdi ile belirli bir eser kısmen telef olmuş ve aynı şekilde de yeniden yapılma imkânı varsa kısmi telef olmaya ilişkin hükümler uygulanmalı ve müteahhit sadece kısmi telef den doğan malzeme ve emek kaybının ücretini istememelidir.

## **2. Malzemenin Telef Olmasının Sonuçları**

BK. m. 368/2'e göre " bu takdirde telef olan malzeme kime aitse hasarı da ona aittir. Telef olan malzemenin müteahhit tarafından sağlanması gereken hallerde BK. m. 368/2'nin uygulanmasına gerek kalmaz. Çünkü müteahhit eser gibi getirdiği malzemenin de beklenmeyen olay nedeniyle telef olması riskini üzerinde taşır. Malzemenin telef olması durumunda müteahhit yaptığı masrafları iş sahibinden talep edemeyecektir. Eğer iş sahibine yüklenebilen bir nedenle müteahhitten getirdiği malzeme telef olursa bu durumda hasara iş sahibi katlanır. BK. m. 368/2 esas itibariyle malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi durumunda önem taşır. Bir eserin meydana getirilmesi için iş sahibi tarafından hiçbir ivaz alınmadan müteahhide teslim edilen malzeme iş sahibine ait sayılır. Bu malzemenin tesliminden önce beklenmeyen bir olay sebebiyle eser ile birlikte yada ayrı olarak telef olması durumunda hasara iş sahibi katlanır. Malzemenin telef olması müteahhide yüklenebilen bir durumdan kaynaklanıyorsa ortaya çıkan zarardan müteahhit sorumludur. Bunun yanında müteahhit eseri teslimde temerrüde düşerse temerrüt anından itibaren hem esere hem malzemeye gelen hasardan müteahhit sorumlu olacaktır<sup>61</sup>.

---

kabul etmesi ondan beklenebilecek bir durum mu? Yoksa hakkaniyet gereği beklenebilecek bir durum mudur?

<sup>61</sup> ALTAŞ, s. 122-128.

### **3. İş Sahibinin Sorumlu Tutulduğu ve Tutulmadığı Durumların Hukuki Sonuçları**

#### **a. İş Sahibinin Sorumlu Tutulduğu Hallerde Sonuçları**

Meydana gelen eser teslimden önce iş sahibine yüklenebilen bir olaydan dolayı telef olursa müteahhit sözleşmede kararlaştırılan ücretin tamamını talep edebilir. 368/3 deki hallerden dolayı eserin teslimden önce telef olması durumunda müteahhit kendisinin temin ettiği malzemenin bedelini de iş sahibinden talep edebilecektir. Eser tamamlanmadan önce telef olursa ücretin talep edilip edilemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre ücretin tamamı ödenmelidir. Diğer görüşe göre malzeme ve iş masrafı ödenmelidir. Bizimde katıldığımız görüşe göre bu durumda müteahhit yaptığı iş oranında ücrete hak kazanmalıdır. Eğer iş sahibinin birde kusuru varsa müteahhidin diğer zararlarının da tazmini gerekir<sup>62</sup>.

#### **b. İş Sahibinin Sorumlu Tutulmadığı Hallerde Sonuçları**

BK. m.368/3 gereği eser ve malzemenin telef olması nedeni ile iş sahibine ait olan riske ihbar yükümlülüğünü ihlal eden müteahhit katlanacaktır. BK. m.368/3 de belirtilen sebeplerden dolayı eser telef olmuş ama bu esnada müteahhit mütemerit halde ise hasara müteahhit katlanacaktır<sup>63</sup>.

### **4. Eserin Teslimden Önce Telef Olmasının Özel Sonuçları**

#### **a. Eserin Teslimden Önce Telef Olmasının Kural Olarak Eser Sözleşmesini Sona Erdirmemesi**

BK. m. 368'de eserin teslimden önce beklenmeyen bir olay sonucu telef olması durumunda eser sözleşmesini kendiliğinden sona ereceğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Eğer edimin ifası BK. m. 117 bağlamında imkânsız hale gelmemiş ise müteahhidin borcunun devam ettiği so-

<sup>62</sup> ARAL, s. 384–385; KARAHASAN, Borçlar Hukuku, s. 448–449; ALTAŞ, s. 130–138.

<sup>63</sup> ALTAŞ, s. 139–141.

nucu çıkar. Aslında eser sözleşmesinde bir edim sonucu borçlanılır. Dolayısı ile ifası mümkün olduğu sürece borç ilişkisi devam edecektir. Müteahhit bu edimi ifa edecektir. Ancak 368/3'e göre eser iş sahibine yüklenen bir sebeple telef olmuş ise müteahhidin eseri teslim borcu ortadan kalkacaktır. Dolayısı ile bu durumda eser sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bunun yanında eserin yeniden yapılması Bk. m.117 bağlamında imkânsız hale gelmiş ise eser sözleşmesi ortadan kalkacaktır. Telef olan eserin tekrar yapılması hem müteahhit hem de iş sahibi için aşırı yük getiriyorsa bu durumda sözleşmenin sona erdiği kabul edilmelidir<sup>64</sup>.

### b. Müteahhidin Temerrüdü ve Sözleşmeden Dönme

Müteahhit beklenmeyen bir olay neticesinde temerrüde düşmüş ise bu durumda iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için müteahhide eseri yeniden yapabilmesi için uygun bir süre verilmelidir. Münasip bir mehil vermeden sözleşmeden dönülemez. Bu sürenin sonunda eser tamamlanıp iş sahibine teslim edilmemiş ise sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönme hakkı kullanılabilir. Bazı durumlarda sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönülemez. Buna göre iş sahibinin arsası üzerine yapılan eserin ortadan kaldırılması aşırı masraflı olursa veya iş sahibinin arsasına yapılan eserde sözleşmeye aykırı bir durum varsa sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönülemez. Fakat sözleşme ileriye etkili olarak feshedilebilir<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> ALTAŞ, s. 145-149.

<sup>65</sup> Müteahhidin temerrüde düştüğünün kabulü için şu şartların varlığı gerekir: 1. Borç muaccel olmalı 2. İfa mümkün olmalı 3. İfa henüz gerçekleşmemiş olmalı 4. Temerrüde engel bir sebebin olmaması ( zamanaşımı, ödemezlik defii) 5. İfanın iş sahibi yüzünden gecikmemiş olması 6. İş sahibinin ihtarda bulunması gerekir. ÖZ, s. 153-170. Ayrıca müteahhidin temerrüde düşmesi sonucu iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bazı durumlarda fesih sayılıp sayılmayacağı hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZ, s. 190-200.

## SONUÇ

Roma Hukukunda istisna akdi müteahhidin, iş sahibinin vereceği ücret karşılığında yine iş sahibi tarafından verilen bir malzeme ile bir sonucu / eseri meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği bir akittir.

Bugün modern hukuklarda da yer alan unsurlar ile Roma Hukukundaki unsurların arasında büyük benzerlikler olduğu ortadadır. Anca Roma Hukukunda istisna akdi ile ilgili en önemli özellik mutlak surette malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi gerekliliğidir.

Romalı hukukçular arasında tartışmalı olan bir diğer konu da hasar meselesidir. Konu ile ilgili olarak, sorumluluğun saptanması ile bağlantılı değerlendirmede malzemenin mülkiyetinin müteahhide geçip geçmemesi önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Eser sözleşmesinde iş sahibi tarafından işlenmek üzere verilen malzemenin işi görecek müteahhidin mülkiyetine geçtiği klâsik dönemde ve mülkiyetin iş sahibinde kaldığı, müteahhidin *detentor* olduğu klâsik sonrası dönemde sorumluluk farklı esaslara dayandırılmıştır. İlk durumda malzemenin mülkiyeti kendisine geçen müteahhidin hasar dolayısıyla sorumluluğu, alım satım akdinde henüz satılan malın mülkiyetini alıcıya devretmemiş satıcının durumuna benzetilebilir. İkinci halde ise, müteahhidin sorumluluğu daha farklıdır: Klâsik sonrası dönemde kabul edilen genel kural gereğince iş, iş sahibi tarafından kabul edilmiş veya ona teslim edilmişse, müteahhit, hilesi olduğu durumlar dışında hasarı yüklenmez; işin kusurlu yapılması halinde ortaya çıkan hasar ise müteahhide aittir.

Akdi yükümlülüklerini yerine getirmeyen veya akde aykırı davranan müteahhide karşı iş sahibi tarafından *actio locati* açılacaktır.

İş sahibinin sözleşmeden doğan borcu ise vaadettiği ücreti ödemek ve kendisine verilen malzeme yüzünden müteahhidin uğrayacağı zararı tazmin etmektir. Bunu yerine getirmeyen iş sahibine karşı müteahhit, *actio conductiyi* açacaktır.

Kural olarak hasar, yapılan şeyin teslimden önce telef olması halinde müteahhide aittir. Yapılan şey teslimden önce kazara telef olmuş ise mü-

teahhit ne yaptığı işin ücretini nede masraflarının ödenmesini isteyebilir. Ancak müteahhit yaptığı şeyi iş sahibine teslim etmek istemiş fakat iş sahibi eseri teslim almamış ise yani temerrüde düşmüş ise hasar artık müteahhide değil iş sahibine ait olacaktır. Çünkü iş sahibi temerrüdü dolayısı ile kusurlu durumdadır ve mütemerrit bir alacaklı olarak hasar kendisine düşer. Bu takdirde müteahhit işin bedelini talep hakkına sahiptir. Yapılan şey teslimden önce kazara telef olmuş ise telef olan malzeme kime ait ise hasarda ona ait olacaktır.

Eserin teslimden önce telef olması genelde eserin yok olması şeklinde anlaşılmaktadır. Ancak eserin telef olması her zaman onun yok olduğu anlamına gelmediği gibi her zaman aynı sonuçları da doğurmaz.

BK. m. 368'e göre telef olan eserin yeniden meydana getirilmesinin imkânsız olup olmadığı önemli değildir. Eser telef olduktan sonra yeniden yapma imkânı olsun ya da olmasın müteahhit ücret riskine katlanır. Dolayısı ile ifanın sonradan imkânsızlaşması BK. m. 368'in bir unsurunu oluşturmaz.

Meydana gelen eser teslimden önce iş sahibine yüklenebilen bir olaydan dolayı telef olursa müteahhit sözleşmede kararlaştırılan ücretin tamamını talep edebilir. 368/3 deki hallerden dolayı eserin teslimden önce telef olması durumunda müteahhit kendisinin temin ettiği malzemenin bedelini de iş sahibinden talep edebilecektir.

Yapılan şeyin teslimden önce telef olması halinde BK. m. 368'in uygulanabilmesi için telef olmanın beklenmeyen bir olay neticesinde yani kazara olması gerekir. Bu durumda meydana gelen zararın doğmasına neden olan olay tarafların hiç birisine yüklenemeyen bir niteliktedir. Dolayısı ile iş sahibi veya müteahhidin kusuru ile ya da kanunen sorumlu tutulduğu hallerde BK. m. 368'in eserin telef olmasına uygulanmasının anlamı olmayacaktır. Zira bu durumda kusurlu olan veya kanunen sorumlu olan zarardan sorumlu olacaktır. Diğer taraf da hasara katlanmayacaktır. Taraflardan biri temerrüt halinde ise -bu durumda temerrüde düşmekte kusuru olmadığı sürece- hasar ve zarara kendisi katlanacaktır. Eğer eserin telef olması iş sahibine isnadı kabil bir sebepten meydana gelmiş ise bu durumda hasara iş sahibi katlanacaktır.

Müteahhit beklenmeyen bir olay neticesinde temerrüde düşmüş ise bu durumda iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için müteahhide eseri yeniden yapabilmesi için uygun bir süre verilmelidir.

## KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, T.**, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- ALTAŞ, H.**, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002.
- ALTAY, S.** Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı, İstanbul 2008.
- ARAL, F.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007.
- BAYGIN, C.** Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.
- BECKER, H.**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, (Çev. DURA, S.), 2. Bölüm, Çeşitli Borç İlişkileri, Madde 184–551, Ankara 1993.
- BUZ, V.**, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, Prof. Dr. İlhan ÖZTRAK’a Armağan, Ankara 1994.
- DE ROBERTIS, F. M.**, I Rapporti di Lavoro Nel Diritto Romano, Milano 1946.
- DI MARZO, S.**, Roma Hukuku (çev. UMUR, Z.), İstanbul 1959.
- DURAL, M.**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976.
- ERDOĞMUŞ, B.**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.

**EREN, F.**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, Ankara 1996.

**ERMAN, H.**, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller,( BK. m.365/2), İstanbul 1979.

**GÖZÜBÜYÜK, P.**, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1977.

**İNAL, T.**, “Mücbir Sebebin Oluşum Unsurları”, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN’a Armağan, Ankara 1997.

**KARADENİZ, Ö.**, Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Ankara 1976.

**KARAHASAN, M. R.**, İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Ankara 1997 ( İnşaat).

**KARAHASAN, M. R.**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. 2, İstanbul 2002 (Borçlar Hukuku).

**KASER, M.**, Das Römische Privatrecht, Bd.1, München 1971.

**OĞUZMAN, M. K./ SELİÇİ, Ö.**, Eşya Hukuku, İstanbul 2001.

**OLGAÇ, S.**, Hukuk Davalarında İstisna Akti, Ankara 1977.

**ÖZ, T.**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

**RADO, T.**, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2001.

**SELİÇİ, Ö.**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.

**SOMER, P.** Roma Hukukunda İstisna Sözleşmesi ( *Locatio Conductio Operis*), Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı, İstanbul 2008.

**TAHİROĞLU, B.**, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005.

**TANDOĞAN, H.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1987.

**TUNÇOMAĞ, K.**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. II, 3. Bası, İstanbul 1977.

**UMUR, Z.**, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999.

**UMUR, Z.**, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983 ( Lügat).

**von TUHR, A.** Borçlar Hukuku Umumi Kısmı, ( Çev. EDEGE, C.), c. 1-2, 2. Baskı, Ankara 1983

**YAVUZ, C./ ÖZEN, B./ ACAR, F.**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2007.

**ZEVKLİLER, A.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yenilenmiş 8. Bası, Ankara 2004.