

Eser Sözleşmelerinde Şahsen İfa, Şahsi Yönetim Altında İfa ve Eseri Başkasına Yaptırma

Dr. Evrim KERMAN¹

Özet

Şahsen ifa zorunluluğu getirmeyen eser sözleşmelerinin; borçlu yüklenici yerine üçüncü kişilerce ifa edilmesinde bir mahzur bulunmaz. Ancak, yüklenicinin iş görmedeki becerisi, tanınırlığı, yetenekleri ve özel bilgisi sebebiyle sözleşme onun bu nitelikleri dikkate alınarak kurulmuşsa ve sözleşmenin akit dışı üçüncü kişilerce görülmesi yasaklanmamışsa, yüklenici işi alt yüklenicilere devredebilir.

Anahtar Kelimeler: Yüklenici, Alt yüklenici, Şahsen ifa, Intuitus personae, Sözleşme klozları, Özen borcu sorumluluğu

Personal Performance or Performance under personal direction in the contract for work and still

Abstract

The contract for work and still do not oblige in personal performance; there is no disadvantage when the third party is substituted for the debtor contractor. However, contractor may be transferred to subcontractors if the contract has been established with due consideration of its competence, reputation, capabilities and special knowledge and the contract is not prohibited from being seen by unauthorized third parties

Keywords: Contractor, Subcontractor, Personal performance, Intuitus personae, Contract clauses, Duty of care

¹(Öğr. Gör. Dr.), İstanbul Aydın Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu

1. Eser Sözleşmelerinde Şahsen Yapma Borcu ve Kapsamı

TBK'nın 471. maddesinin 3. fıkrası ve mehzaz İBK'nın 364. maddesinin 2. fıkrası birebir biçimde kaleme alınmıştır. Bu fıkraya göre : *“Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikler önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”*

İş sahibi, yüklenicinin kişisel yeteneklerine ve yeterliliklerine güvenerek kendisiyle eser sözleşmesi yapma iradesini ortaya koyar.² *“İfa edilecek edimin kalitesi borçluya onun yeteneği ve tecrübesi sebebiyle kişisel olarak bağlı ise, sözleşmedeki güven ilişkisi edimin borçlu tarafından ifasını zorunlu kılar.”*³

Yüklenici, kişisel yetenek ve yeterliliklerini aşacağını düşündüğü işleri kabul etmeme ve sözleşme imzalandıktan sonra da reddetme olanaklarına sahiptir; bu bağlamda yüklenici iş sahibine karşı sorumludur.⁴

Aynı zamanda alt yükleniciler birer bağımsız, uzman, nitelikli yükleniciler olduklarından, kendi sorumlulukları altındaki işlerde yüklenicilere karşı sorumludurlar. İsviçre Federal Mahkemesi, yüklenicinin aldığı bir işin kendi becerilerini aşması sonucu gereği gibi ifada bulunamamasını şöyle değerlendirmiştir: *“Görüldüğü üzere yüklenicinin aldığı iş mesleki yeterliliğinin çok çok üzerinde beceri istemektedir. Bu takdirde gereği gibi ifa etmeme dolayısı yüklenicinin doğan zarardan dolayısı sorumluluğu ağır olacaktır.”*⁵

WERZ, İBK'nın 364 maddesinin 2. fıkrasını hatırlatarak *“Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikler önem taşıyorsa, işin alt yüklenicilere bırakılabileceğini.”*⁶ vurgulamaktadır. TUNÇOMAĞ ve KILIÇOĞLU⁷ ise işin niteliklerinin ve doğasının yardımcı şahıs kullanabilmede önemli bir kıstas oluşturduğunu ifade etmektedirler.

²EREN, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 16. Bası, Ankara, 2014, s. 603

³ANTALYA, G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, Legal, İstanbul, 2017, s.16.

⁴CASTON/AJACCIO/PORTE/TENDEIRO : Traité de la responsabilité des constructeurs, 7e éd. Le moniteur, 2013, s. 83.

⁵ATF 93 II 324 JdT 1969 I 149.

⁶WERZ, J.C. Delay in construction contracts, A comparative study of legal issues under Swiss and Anglo-American law, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1994, s.21.

⁷TUNÇOMAĞ, K. : Borçlar Hukuku c.II,Özel Borç İlişkileri, İkinci Bası, İstanbul 1974, s.511. KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.187.

GAUTSCHI'ye göre hiçbir kişisel nitelik ve beceri gerektirmeyen işlerle; kişisel bilgi, yetenek, tecrübe gibi özellik gerektiren işler somut işe göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁸

Yüklenicinin işi görürken kişisel becerileri ve iş gücünün önem arz ettiği durumlarda, örneğin sanatsal çalışmalarında, yardımcı şahısların ifaya katılmalarını beklemek doğru olmaz.⁹ Borçlu borcu bizzat ifa zorunda olduğu hallerde yerine başkasını geçiremez. SEROZAN'a göre, "*Ameliyatı belirli profesör yapmalı, konseri belirli sanatçı vermeli, bilimsel mütalaayı belirli profesör yazmalı, kitabı belirli yazar kaleme almalı, dersi belirli öğretmen vermeli...*"¹⁰ Her somut olayda ifanın başkasına bırakılıp bırakılmayacağı, ifa yardımcısı kullanılıp kullanılmayacağı detaylıca incelenmelidir.

KOSTIC, doktora tezinde "*Bireysel özgürlük, vicdan özgürlüğü veya sanatçının ve yazarın fikri haklarını içeren çok kişisel yükümlülükleri söz konusuysa, bu borçlara şahsi edim borçları, intuitus personae borçları adı verilir.*"¹¹ Esasında, taraflar eser sözleşmesi kapsamında şahsi niteliklerini ve bilgilerini değerlendirerek¹² sözleşme imzalarlar. İBK ve TBK, şahsi ifanın gerekli ve zorunlu olduğu sözleşme türlerini belirlemiştir. Buna göre İBK 364 v.d. - TBK 470 v.d. Eser sözleşmesi; İBK 392 v.d.- TBK 487 v.d. yayın sözleşmesi; İBK 398 v.d. -TBK 502 v.d. vekâlet sözleşmeleri şahsen ifanın zorunlu olduğu sözleşmelerdir. VON TUHR'a göre "*Tüm bu hallerde, borçlunun kendi gözetimi ve denetimi altında olmak şartıyla yardımcı şahıslardan destek alabilmesi; özellikle eser sözleşmelerinde fazlaca yardımcı şahıs kullanılabilmesi borca aykırılık teşkil etmeyecektir.*"¹³

2. Üçüncü Kişinin İfası Kuralı

İBK m.364/2 fıkra ve TBK m.471/3 fıkra; İBK m.68 ve TBK m.83'te belirtilen şahsen ifa zorunluluğunun olmaması kuralının istisnasını oluşturur.¹⁴ Üçüncü kişinin ifasına alacaklı, ancak borçlunun şahsen

⁸TUNÇOMAĞ, K. : Borçlar Hukuku c.II, Özel Borç İlişkileri, İkinci Bası, İstanbul 1974, s.511: Bkz: GAUTSCHI N.9 a ad art. 412 COS.

⁹MUSTAFA, R.M. : La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse, Thèse de doctorat, Genève, Imprimerie Henri Jaunin, 1958, s. 120.

¹⁰SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 23.

¹¹KOSTIC, G: L'intuitus personae dans les contrats de droit privé, Thèse de doctorat, Paris, 1997, s. 331.

¹²HELLERINGER, G. : Les clauses du contrat, Thèse en doctorat, L.G.D.J, Paris, 2012, s.67.

¹³VON TUHR, A. : Partie générale du Code fédéral des Obligations, Second volume, Lausanne, 1934, s. 427.

¹⁴TERCIER/FAVRE/CARRON, N.2474.

ifasında özel bir çıkarı varsa karşı çıkabilir. Şahsen ifa zorunluluğunun olmaması başlıklı TBK m.83: *“Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”* borcu kimin ifa etmesi gerektiği veya edebileceği sorusuna cevap vermektedir.

TBK m.471/3 *“Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”* Bu maddeye göre kanun koyucu, yüklenicinin şahsen ifasını ya da işin nitelikleri ve kişisel özellikleri *“önem arz etmiyorsa”* kendi yönetimi altında yaptırabileceğini bildirmektedir.¹⁵ Yüklenici, bağımsız bir alt yükleniciye eserin imal edilmesi işini bırakabilmektedir.¹⁶ Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin varlığı, iş sahibine karşı sorumlu olan yüklenicinin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.¹⁷ *“Borçlunun borcun ifasında üçüncü bir kişiye başvurmuş olması, ne kendisini borcundan kurtarır, ne de borca aykırılık halinde borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırır.”*¹⁸

İBK m.101 ve TBK m.116 borçların devredilmezliği ilkesine bağlanmıştır.¹⁹ Bununla beraber, yüklenicinin kişisel nitelikleri önemsiz²⁰ ise, alt yükleniciye başvuru mümkündür. Borcun borçlu veya üçüncü kişi tarafından ifası alacaklı için farksız olduğu hallerde, borçlu borcun ifasını üçüncü kişilere bırakabilir. Günümüzde sıklıkla görüldüğü üzere seri üretim yapılan işlerde veya yüksek teknoloji gereksinimi bulunan işlerde işbölümü ve anonimlik ilkeleri görülmektedir.

Yükleniciler ve bilhassa alt yükleniciler iş sahiplerine nazaran teknik konularda daha tecrübeli ve bilgilidirler.²¹ Ayrıca gerekli ve önemli durumlarda, işin görülmesi esnasında yükleniciler, alt yüklenicilerle gerekli bilgi paylaşımında bulunarak teknik ve idari konularda belge ve bilgi paylaşımı da yaparlar. Kural olarak, deneyimli ve güvenilir yardımcı şahısların özel talimatlara ihtiyacı yoktur. Yüklenici, alt yüklenicilerin

¹⁵SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 26.

¹⁶PEDRAZZINI, M. : Le contrat d'entreprise, in: Traité de droit privé suisse, v: VII t : 1,3, Fribourg, 1985, s. 36.

¹⁷MALINVAUD, P.: Le sous-traitant en droit français de la construction, Séminaire du droit de la construction 1989, s.52. TANDOĞAN, H. : La réparation du dommage causé à un tiers ; in : Mélanges Roger Secrétan, Lausanne, 1964, p. 306.

¹⁸TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELIOĞLU : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 327.

¹⁹PACHE, M.E.: La responsabilité civile de l'initié, Thèse de doctorat, Lausanne, 1994, s.162.

²⁰ARTEIL, D. : L'exécution du contrat par un non-contractant, Thèse de doctorat, Poitiers, 2005, s. 23.

²¹CR-CHAIX, art. 363, n. 44, s. 1875.

atanmasında, eğer iş belirli bir uzmanlık gerektiriyorsa, mesleki bilgi ve uygulamaya sahip olmalıdır.²² Şahsen ifanın zorunlu olmaması günümüzde genel kuralı oluşturmaktadır.²³ İfa aşamasında yardımcı şahısların, kaim kişilerin, hatta üçüncü kişilerin borçluya ifada destek vermeleri taraflar arasındaki sözleşmeye genel olarak aykırılık teşkil etmez. Hatırlatmak gerekir ki; yardımcı kişinin, işçi işveren ilişkisinde olduğu gibi bağımlılık ilişkisi içinde (TBK m.393) veya alacaklıya karşı edimin bir kısmını ifa etmesi için anlaşılın alt yüklenici gibi bağımsız olmasının önemi bulunmamaktadır.²⁴

Eser sözleşmelerinde ve özellikle inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin denetimi ve gözetimi altında ifa, şahsen ifanın yerini almıştır. AKKANAT, ARAL/AYRANCI, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, GÜMÜŞ ve YALÇINDURAN'a göre alt yüklenici; özel yeteneklere, mesleki tecrübelerine sahip olduğundan dolayı, TBK. m. 116 çerçevesinde, yüklenicinin sorumluluğuna sahiptir.²⁵ Türk doktrininde ÖZ, özellikle inşaat sözleşmelerinde şahsen ifanın mümkün olmadığını savunmuştur.²⁶ Bir yapı eserinin imalı sırasında yardımcı şahısların birbirlerinden ayrı ve farklı hareket etmesi tehlikesine karşı; yüklenici, yardımcı şahısları uyumlu bir şekilde organize etmelidir. 7 Temmuz 1975 tarihinde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi şahsen ifa borcunun inşaat sözleşmelerinde de mutlaka iş sahibince beklendiğine ilişkin karar vermiştir.²⁷ Buna karşılık, 1 Kasım 1995 tarihinde 15. Hukuk Dairesi görüşünü değiştirmiştir ve “Genel kural çerçevesinde, inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin şahsi nitelikleri önem arz etmemektedir.” şeklinde görüş vermiştir.²⁸ Şahsen ifa zorunluluğu prensibi eser sözleşmelerinden daha belirgin olarak vekâlet sözleşmelerinde görülmektedir. “Yüklenici yapı işini üçüncü kişilere bırakırken her defasında işin niteliklerini, şahsi niteliklerinin önem arz edip etmediğini değerlendirirken buna karşılık vekil, vekil edenden işin başkasınca görülmesi için izin almalı ve daha

²²KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.189.

²³RAMEL/ FAVRE.: La sous-traitance, in: Journées suisses du droit de la construction, 2015/117, Fribourg.

²⁴TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 327.

²⁵AKKANAT, s.9; ARAL/AYRANCI s.326; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 16. Bası, 2016, Ankara, s. 502; GÜMÜŞ II s.12; YALÇINDURAN s. 50.

²⁶ÖZ, T.: İnşaat Sözleşmesi, s. 110

²⁷Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 7 Temmuz 1975 tarihli 3149/3436 kararı.

²⁸Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 1 Kasım 1995 tarihli, 1995/900 kararı ve Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2197/2583 kararı.

da önemlisi işin başkasınca görülmesi şartlara ve işin niteliğine uygun olmalıdır.»²⁹

ZEVKLİLER/GÖKYAYLA'ya göre, yüklenicinin temel borcu olan ifa borcu esasında şahsi yönetim borcunu da içerir; bu borçlar yüklenicinin işi ifa yardımcısı şahıslara devretmesi halinde de kesilmeden devam edecektir.³⁰ “Yüklenici iş gücünün verimli kullanılması ve işleri düzenli bir şekilde organize etme borcu altındadır (örneğin; işin görülmesi için gerekli nitelik ve nicelikteki çalışanları seçme ve yönetme borcu.)”³¹ TANDOĞAN ve GAUCH'a göre alt yüklenici, yüklenicinin gözetimi ve denetimi altında iş görmelidir. Esasında alt yüklenici mutlak bağımsız olmak zorunda değildir. Bu sebeple eser ve alt yüklenici sözleşmelerini birbirlerine uyumlu hale getirmek için bağlama klozları kullanılmalıdır.³²

İBK m.379 ve TBK m.486 uyarınca yüklenicinin kişisel nitelikleri ve becerileri iş sahibi açısından önem arz etmektedir.³³ İş sahibi çoğu zaman büyük ekonomik zorluklarla elde ettiği taşınmazın yapı işlerini bu kişiye devreder. “Alacaklının, borçlunun bizzat şahsi ifasını talep edebilmesi için borçlunun şahsi özelliklerinin çok önemli ve belirleyici olması gerekmektedir.”³⁴ Bu kural yedek bir hukuk kuralı olduğundan, taraflar eser sözleşmesinde alt yükleniciye işlerin tamamının veya bir kısmının bırakılmasını kararlaştırabilirler.³⁵ Bu konuda TERCIER,³⁶ HOHL'ün düşüncelerine katılmış ve bu yedek hukuk kuralı sayesinde tarafların diledikleri gibi sözleşme maddelerinde değişiklik yapılabileceğini vurgulamıştır. ENGEL ise bu maddenin emredici bir hukuk kuralı düşüncesinde olduğundan, tarafların bu konuda sözleşme serbestisi ile diledikleri değişiklikleri yapamayacakları görüşündedir.³⁷ İş sahibi için, alt yüklenicinin kim olduğundan daha çok ifanın sonucu ve işin tamamlanması önemlidir. SEROZAN'a göre “Alacaklı edime kavuşmaya bakar; yoksa edime kavuşturana bakmaz!”³⁸

²⁹MUSTAFA, R.M. : La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse, Thèse de doctorat, Genève, Imprimerie Henri Jaunin, 1958, s. 119.

³⁰ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 16. Bastı, 2016, Ankara, s.501.

³¹WERRO, F. : La responsabilité civile, 2e Ed., Stampfli, Berne, 2011, s. 145.

³²TANDOĞAN, H. : , Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, İstanbul, 2010 s.77-78, GAUCH, P. : Le contrat d'entreprise, adaptation française par B.CARRON, 1999, Schultess Verlag, n.446 et suivant.

³³CR-CHAIX, art. 364, N.14, s.1879. ; ATF 103 II 52, JdT 1977 I 542, DC 1979 11 no 6.

³⁴CR-HOHL, art. 68, N:5, s.462.

³⁵TERCIER/FAVRE/CARRON : N.4387.

³⁶TERCIER, P.: Introduction au droit privé de la construction, Séminaire pour le droit de la construction, s. 166.

³⁷ENGEL, P. Contrats, s. 409.

³⁸SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bastı, İstanbul, 2014, s. 22.

“Şahsen yönetim borcu; yüklenicinin yardımcı şahısların yönetimini, onların seçimlerini, onlara verilecek talimatları ve işlerin denetimini içerir.”³⁹ Şu noktayı vurgulamamız da gerekecektir; yüklenici şahsi edim borcunu ihlal ederek iş sahibine bir zarar verirse, iş sahibi yükleniciye karşı TBK m.112 vd. (İBK m.97 vd.) uyarınca uğramış olduğu tüm zararların giderilmesini talep edebilir.⁴⁰

Alt yüklenici; risk, yaratıcılık ve özgürlükle eş anlama gelir. Çünkü onun bağımsızlığı; mesleğini icra ederken gösterdiği gayret, organizasyon⁴¹ yeteneği, bilgi, yetenek, tecrübe doğrultusunda şekillenir.⁴² Şüphesiz, yüklenici ve alt yüklenici ne kadar teknik bilgi sahibiyse, ne kadar üst seviyede özenli iş görmüşse, özen yükümlülüğü o oranda artacaktır. Hatta öyle ki, işlemiş olduğu fiil sebebiyle bir zarar oluşmuşsa, bu zararda kendisinden beklenen özen borcu, tecrübesi ve mesleki bilgisi ölçüsünde artar.⁴³ Yüklenicinin, alt yüklenicilerin kim olduklarına ilişkin iş sahibine bilgi verme borcu yoktur.⁴⁴ Şüphesiz, “Yüklenici iş sahibini yaptığı seçimlerin sonuçlarından, kendisinden hiçbir şekilde beklenmeyen kusurlarından henüz doğmayan ve doğması muhtemel zararlardan dolayı bilgilendirmek zorundadır.”⁴⁵

Taraflar dilerlerse sözleşmelerine “bilgilendirme klostarı”⁴⁶ veya “onay klostarı”⁴⁷ ekleyebilirler. Bu klostar sayesinde taraflar gerekli bütün bilgilendirmelerin, ihbarların derhal yapılmasını: SIA 118 normlarının 29. maddesinin 3. fıkrasında da öngörüldüğü şekilde yaparlar. Genel olarak, teknik bilginin, aşırı derecedeki uzmanlığın gerekeceği karmaşık eserlerin inşası gibi borçların yerine getirilmesinde yükleniciler, alt yüklenicilerin ya da yardımcı şahısların⁴⁸ yardımını alabilirler.⁴⁹ İBK m. 68/ TBK m. 83 maddelerinin lafzına bakıldığında, alt yüklenicilik sözleşmesinin

³⁹CR-CHAIX, art. 364, n.21, s.1880.

⁴⁰MÜLLER, C. : Contrats de droit suisse, Stampfli Editions SA Berne, s.311.

⁴¹SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 293.

⁴²CORNU, G. : Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, 7ème Ed., 2005, s. 380.

⁴³CARRON/FEROLLES. : Le dommage consécutif au défaut, in : Le dommage dans tous ses états, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Université de Fribourg, Stämpfli, s.3.

⁴⁴CHAIX, F. : Le contrat de sous-traitance en droit suisse, *Limites du principe de la relativité des conventions*, Helbing & Lichtenhahn, Thèse de doctorat Faculté de droit de Genève, 1995 in Bâle, [Genève], s.124.

⁴⁵DELVAUX, A.: Questions actuelles du droit de la construction, in: Formation Permanente Cup, vol. XII - 8.11.96, s.58.

⁴⁶GAUCH, P. : Le contrat d’entreprise, adaptation française par B.CARRON, 1999, Schultess Verlag, n. 631

⁴⁷Idem, n. 630

⁴⁸ATF 112 II 347 c.2a JdT 1987 I 28.

⁴⁹GALANTE, M.: La perte fortuite de l’ouvrage, Thèse de doctorat, Genève, 2002, s.17.

olağan bir ifa yolu olmadığı ve istisna teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Diğer sözleşmelerden farklı olarak yapı eserlerinin inşası veya sözleşmelerin karmaşıklığı, alt yüklenici sözleşmelerinin daha farklı değerlendirilmesini gerektirmektedir. İş sahibi mesleki bilgi, tecrübe ve yeteneklerini değerlendirerek bir yükleniciyi ya da mimarı seçer.⁵⁰

KILIÇOĞLU ve SEROZAN;⁵¹ CHAIX ve AKMAN'la aynı görüşleri paylaşmaktadır. Yazarlara göre, şahsi yönetim altındaki ifa iyi bir organizasyonu, güvenlik önlemlerin alınmasını ve yardımcı şahısların kendi kapasitelerine, yeteneklerine ve becerilerine uygun olarak seçilmesini gerektirir.⁵² Yüklenici gereği gibi ifayı yerine getirdiğini ispat için yeterli organizasyonları yaptığını ispat borcu altındadır.⁵³ İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre "*İBK m.55/1 (TBK m.66) uyarınca adam çalıştıran çalışanını seçmede, onları gözetim ve denetimde tutmada, gerekli talimatları vermede, gerekli organizasyonları yapmada, gerekli kontrollerin üretilen ürünlerde yaptığını ve zararın doğması için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.*"⁵⁴ şeklinde karar verilmiştir.

Yüklenicinin yardımcı şahısları seçmede, talimat vermede,⁵⁵ denetimde,⁵⁶ gerekli malzemeyi bulmada özen borcunun gerektirdiği şekilde hareket etmesi iyi bir şirket organizasyonunu sonucudur.⁵⁷ İBK m.364 yüklenicinin sorumluluğunu genel olarak işçinin iş ilişkisindeki sorumluluğu ile aynı kurallara tabi olduğunu belirtmiştir. Bu madde aynı zamanda genel sorumluluk şartlarına ve İBK m. 97 vd. hükümlere de yollamada bulunur. *TBK m.471 ise "Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır."* Şekliyle yükleniciler için mehz kanundan daha farklı bir sorumluluk getirmiştir. TBK m.471 yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin yeni bir özen borcu sorumluluğu yüklemiştir. Yeni düzenleme çerçevesinde, yüklenicinin özen borcu her şeyden önce bir uzman, bir meslek erbabı olması üzerinden

⁵⁰GAUCH, P. : Le contrat d'entreprise, adaptation française par B. CARRON, 1999, Schultess Verlag, n. 840; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 16. Bası, 2016, Ankara, s. 488; YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.972, ARAL/AYRANCI s.334.

⁵¹SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 293.

⁵²KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.190.

⁵³WERRO, F. : La responsabilité civile, 2e Ed., Stampfli, Berne, 2011, s. 145.

⁵⁴ATF 110 II 456

⁵⁵WERRO, F. : La responsabilité civile, 2e Ed., Stampfli, Berne, 2011, s. 138.

⁵⁶MÜLLER, C. : La responsabilité civile extracontractuelle, Helbing Lichtenhahn, 2013, s. 103.

⁵⁷ATF 110 II 456, JdT 1985 I 378 ; ATF 90 II 86, c. 3, JdT 1964 I 560.

değerlendirilmiştir. Yüklenici işine tecrübesini, yeteneklerini, bilgisini katmalı ve edimini basiretli bir iş adamı gibi yerine getirmelidir. Şüphesiz, yüklenici ve alt yüklenici üst düzeyde teknik bilgi sahibi ve tecrübe sahibiyse kendilerinden eklenen özen yükümlülüğü bu doğrultuda artacaktır. Eğer yüklenici bu doğrultuda zarar verici bir fiil işlerse, kendisinden beklenen özen yükümlülüğü çerçevesinde zararı tazmin edecektir. Yüklenicinin özen sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar hem İsviçre, hem de Türk hukuk sistemlerinde büyük oranda benzerlik sağlamaktadır. Unutulmamalıdır ki, yüklenicinin sahip olduğu teknik bilgi birikimi ve iş görürkenki bağımsızlığı ona işçinin sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk yükler. İşin görülmesi kapsamında yüklenici özenli ifayı ispat yükü altındadır.

Bu doğrultuda, 8 Temmuz 2005 tarihinde İsviçre Federal Mahkemesi “*özen borcu, sadakat borcunu da beraber getirmiştir; yüklenici iş sahibinin haklarını özen ve sadakat çerçevesinde savunmak ve korumak zorundadır.*”⁵⁸ şeklinde bir karar vermiştir. Aynı doğrultuda, 3 Nisan 1996 ve 16 Şubat 1994 tarihinde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi⁵⁹ “*Genel olarak, işin ifası sırasında yüklenici işçinin sorumluluğu gibi özen yükümlülüğü altındadır.*” şeklinde karar vermiştir.

3. Intuitus personae kayıtlı sözleşmeler

Belirtmek gerekir ki, eser sözleşmelerinin ifası, eğer sözleşmede bizzat ifa kaydı (intuitus personae şartı)⁶⁰ ve sözleşmenin niteliğini aykırı bir husus yoksa bir alt yüklenici tarafından yerine getirilebilir. Bu durumda, çoğunlukla yüklenici işi kendi yapmak yerine alt yükleniciye kar-zarar hesabı da yaparak bırakır, alt yüklenici işi daha uygun bir bedelle yerine getirir. Bu ilişkiden hem yüklenici, hem de alt yüklenici kazanç sağlar. Eğer sözleşmede edimi yerine getirecek taraf ismen belirlenmişse, işin alt yükleniciye devri, ancak iş sahibinin onayıyla gerçekleşebilir. Şüphesiz, eğer borçlu, alacaklının da onayıyla, kendi yerine ve kendi adına ifade bulunacak birini tayin etmişse sonuç farklı olabilir.⁶¹

⁵⁸08 Temmuz 2005 tarihli Yayınlanmamış İsviçre Federal Mahkeme Kararı : ATF 4C.88_2005 : ATF 96 II 58 consid.1, s.60.

⁵⁹Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 3 Nisan 1996, 1531/1892 ve 16 Şubat 1994, 2929/762 tarihli kararları.

⁶⁰IGOUDJIL, L.: Le régime des contrats d'entreprise. Mémoire pour le Master Recherche Droit Privé des Contrats, Versailles, Juin, 2006, s. 59.

⁶¹TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELIOĞLU: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 327.

Öncelikle eser sözleşmesi mutlak bir şekilde bizzat ifanın gerekli olduğuna ilişkin şart getirmişse, yüklenici ifayı bizzat yerine getirmek zorundadır. Yapı sahibi; alt yüklenicilerin, yüklenici tarafından seçilmesine onay vermişse, ya da alt yüklenicilere başvuru hakkı daha önceden sözleşmede kayıt altına alınmışsa, bu takdirde bizzat ifa zorunlu tutulmamalıdır.⁶² Prensip olarak, iş sözleşmelerinde, eser sözleşmelerinde, vekâlet sözleşmelerinde, yayım ve şirket sözleşmeleri bizzat ifanın gerekli olduğu, “*intuitus personae*” kayıtlı sözleşmelerdir.⁶³ Taraflar bizzat ifanın zorunlu olmadığı hususunda anlaşılırsa, artık bu durumda TBK m. 471/3 uygulanmayacaktır. KILIÇOĞLU’na göre⁶⁴ küçük çaplı işlerde bizzat ifa zorunluluğu ve bu doğrultuda yüklenicinin sorumluluğu daha da önemli hale gelmiştir.

Şahsen ifa kaydı taşıyan sözleşmeler, kural olarak devredilemez niteliktedirler.⁶⁵ Günümüzde eser sözleşmelerinin çok azının bizzat ifa kaydı içerdiğini söyleyebiliriz.⁶⁶ Devredilemezlik klozu içeren sözleşmelerde, iş görme borcu altındaki tarafın, sözleşme dışı üçüncü kişilere kendi yerini devretmesi yasaklanabilir. “*Devredilemezlik klozu alacaklıya kendi seçmediği üçüncü kişilerle sözleşme ilişkisi kurmayı yasaklar bir hükümdür.*”⁶⁷ Şahsen ifa zorunluluğu getirmeyen eser sözleşmelerinin, borçlu yüklenici yerine üçüncü kişilerce ifa edilmesinde bir mahzur bulunmaz. Ancak, yüklenicinin iş görmedeki becerisi, tanınırlığı, yetenekleri ve özel bilgisi sebebiyle sözleşme onun bu nitelikleri dikkate alınarak kurulmuşsa ve sözleşmenin akit dışı üçüncü kişilerce görülmesi yasaklanmamışsa, yüklenici işi alt yüklenicilere devredebilir.⁶⁸ Sözleşme dışı üçüncü kişilerin ifaya katılmalarını yasaklayan ya da sınırlandıran sözleşme kuzları sözleşmelere “*intuitus personae*” yani bizzat ifa zorunluluğu getirmektedir. Hiç şüphesiz, iş sahibi bir natür-mort çizim için bir ressamla anlaşılıyorsa mutlaka ifanın kendisince gerçekleştirilmesini

⁶²GERMAIN, J.F. : Regards croisés sur le contrat de dépôt et le contrat d’entreprise, in : Questions spéciales en droit des contrats. Larcier, 2010, Bruxelles, s. 152.

⁶³Türk doktrininde *intuitus personae* üzerine, Bkz : SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt:3, 6. Bası, İstanbul, 2014, S : 2 N. 1; TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7e éd, 1993, s. 767.

⁶⁴KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.188

⁶⁵AYNES, L.: La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, *Economica*, 1984, s.233.

⁶⁶SAYMEN, F.H.: Başkasının fiilden mesuliyet, İBM. 1942, c.XVI, s.79.

⁶⁷ARTEIL, D. : L’exécution du contrat par un non-contractant, Thèse de doctorat, Poitiers, 2005, s. 73.

⁶⁸SANSOUCY, A. : La protection des créances des sous-traitants dans le domaine de construction, Mémoire présenté à la Faculté de droit de l’Université de Montréal, 2010, s.13.

bekleyecektir.⁶⁹ Bu durumda ressam⁷⁰ kendisiyle aynı yeterlilikte, aynı eğitimi görmüş bir meslektaşını resmin çizilmesi işiyle ilgili görevlendiremeyecektir, ifa bizzat iş sahibinin anlaşma yaptığı ressam⁷¹ tarafından yerine getirilmelidir.⁷² Buna benzer iş görme edimleri, belirli bir yetenek ve beceri dışında belirli bir güven ilişkisini de gerektirir.⁷³

Eser sözleşmeleri resmi şekilde yapılmayan iradi sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin çok güçlü bizzat ifa kaydı gerektiren sözleşmeler olduğundan bahsedemeyiz. “İnsanların ve işletmelerin son derece hareketli olduğu günümüzde, sözleşmeler yalnızca tarafları arasında gerçekleşen bir ekonomik değerler toplamı olarak düşünülmemelidir.” Ancak görüldüğü üzere *intuitus personae* kaydı bu durumu frenleyen, yalnızca sözleşme taraflarının varlığına izin veren bir kayıttır.⁷⁴

SONUÇ

Bir sözleşmenin tarafları haricinde sözleşme dışı üçüncü kişilerce de ifa edilip edilemeyeceği sorusunu cevaplayabilmemiz için öncelikle sözleşme konusu işin niteliğini incelememiz ve somut olarak durumun ve şartların değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda şahsen ifanın önemi oranında sözleşme niteliğine göre yorumda bulunulmalıdır.⁷⁵ İş sahibi, yüklenici tarafından seçilen alt yüklenicilerin ifaya katılmalarını reddedebilir. Eğer iş sahibi sözleşmeye uygun, gereği gibi ifası tamamlanan bir yapı eserini yalnızca şahsi ifanın ihlali dolayısıyla reddederse, TBK m.106⁷⁶ uyarınca alacaklı temerrüdüne düşer⁷⁷ ve hukuka aykırı davranmış olur.⁷⁸ Fransız doktrininden CORNU’ya göre yüklenicinin vefat etmesi halinde sözleşme hükümsüz olarak kalır. Yani sözleşme geçerli şekilde kurulsa bile geçersiz hale gelir.⁷⁹ Fransız Medeni Kanunu’nun 1795. maddesi de «*Eser sözleşmelerinin işçinin, mimarın ve yüklenicinin ölümü ile hükümsüz kalacağını* » bildirmektedir.⁸⁰ TBK m.486 ise bir sözleşmenin

⁶⁹EREN, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 16. Bası, Yetkin, Ankara, 2014, s. 603

⁷⁰KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.188.

⁷¹HELLERİNGER, G. : Les clauses du contrat, Thèse en doctorat, L.G.D.J, Paris, 2012, s.67.

⁷²CONTAMİNE-RAYNAUD, M.: Les intuitus personae dans les contrats, Thèse en droit, Paris, 1974. P. 42.

⁷³EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Yetkin, Ankara, 2014, s. 925.

⁷⁴KOSTIC, G: L’intuitus personae dans les contrats de droit privé, Thèse en droit, Paris, 1997. s.4.

⁷⁵IGOUJIL, L.: Le régime des contrats d’entreprise. Mémoire pour le Master Recherche Droit Privé des Contrats, Versailles, Juin, 2006, s. 106.

⁷⁶SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 22

⁷⁷CR-HOHL, art. 68, s.462.

⁷⁸CR-CHAIX, art. 364, n. 28.

⁷⁹CORNU, G.: Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, 7ème Ed., 2005, s. 126.

⁸⁰Fransız Medeni Kanunu m. 1795.

yüklenicinin kişisel nitelikleri değerlendirilerek yapılması halinde, bu durumda yüklenicinin ölümü halinde ya da kendi kusuru olmaksızın eseri tamamlayamaması halinde, sözleşmenin sona ortadan kalkacağını kaleme almıştır. Buna karşılık, yüklenicinin şahsi nitelikleri iş sahibi tarafından belirleyici olmamışsa, yüklenicinin ölümü halinde bu sözleşmeden doğan haklar ve borçlar yüklenicinin mirasçılara geçecektir.⁸¹ Alt yüklenici sözleşmesinin şahsen ifayı zorunlu kıldığı hallerde,⁸² yüklenicinin ölümü⁸³ halinde ya da taraflardan herhangi birinin fiil ehliyetini kaybetmesi halinde sözleşme sona erecektir. Bu takdirde iş sahibinin mirasçıları oluşturulan yapı eserinin bedelini ve kullanılan malzemelerin bedelini ödeme yükümlülüğü altına girecektir. Son olarak tekrar etmeliyiz ki, eser sözleşmeleri şahsen ifanın sıklıkla görüldüğü ve önem arz ettiği sözleşmelerdendir.⁸⁴

Kaynakça

- [1]. AKKANAT, H. : Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul, 2000.
- [2]. ANTALYA, G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, Legal, İstanbul, 2017.
- [3]. ARAL/AYRANCI: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.
- [4]. ARTEIL, D. : L'exécution du contrat par un non-contractant, Thèse de doctorat, Poitiers, 2005,
- [5]. AYNES, L.: La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica, 1984.
- [6]. CARRON/FEROLLES. : Le dommage consécutif au défaut, in : Le dommage dans tous ses états, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Université de Fribourg, Stämpfli.
- [7]. CASTON/AJACCIO/PORTE/TENDEIRO : Traité de la responsabilité des constructeurs, 7e éd. Le moniteur, 2013.
- [8]. CHAIX, F. : Le contrat de sous-traitance en droit suisse, Limites du

⁸¹PEDRAZZINI, M. : Le contrat d'entreprise, in : *Traité de droit privé suisse*, v : VII t : 1,3, Fribourg, 1985, s. 54.

⁸²MÜLLER, C : Les contrats de distribution, I. - II. Série, Maison d'édition CEMAJ - Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2013, n. 60

⁸³TERCIER/FAVRE : (n. 33), N 8054

⁸⁴LE TOURNEAU. P.: Contrat Intuitus Personae, Fasc. 200 spéc. No:52,71 et 95.

principe de la relativité des conventions, Helbing & Lichtenhahn, Thèse de doctorat Faculté de droit de Genève, 1995 in Bâle, [Genève].

[9]. CONTAMINE-RAYNAUD, M.: Les intuitus personae dans les contrats, Thèse en droit, Paris, 1974.

[10]. CORNU, G. : Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, 7ème Ed., 2005.

[11]. CHAIX, F.: CR-COS I ; Commentaire romand. Code des obligations I [Thévenoz, Luc ; Werro, Franz, édit.], Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 2ème édition, 2012.

[12]. HOHL, F. : Art. 68-83, Commentaire romand. Code des obligations I [Thévenoz, Luc ; Werro, Franz, édit.], Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 2ème édition, 2012

[13]. DELVAUX, A.: Questions actuelles du droit de la construction, in: Formation Permanente Cup, vol. XII - 8.11.96.

[14]. ENGEL, P. Contrats de droit suisse, Berne : Staempfli Edition, 2000.

[15]. EREN, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 16. Bası, Ankara, 2014.

[16]. EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Yetkin, Ankara, 2014.

[17]. GALANTE, M.: La perte fortuite de l'ouvrage, Thèse de doctorat, Genève, 2002.

[18]. GAUCH, P. : Le contrat d'entreprise, adaptation française par B.CARRON, 1999, Schultess Verlag.

[19]. GERMAIN, J.F. : Regards croisés sur le contrat de dépôt et le contrat d'entreprise, in : Questions spéciales en droit des contrats. Larcier, 2010, Bruxelles.

[20]. GÜMÜŞ, M.A: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Cilt, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

[21]. HELLERİNGER, G. : Les clauses du contrat, Thèse en doctorat, L.G.D.J, Paris, 2012.

[22]. IGOUDJIL, L.: Le régime des contrats d'entreprise. Mémoire pour le Master Recherche Droit Privé des Contrats, Versailles, Juin, 2006.

- [23]. KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, in: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1975.
- [24]. KOSTIC, G: L'intuitus personae dans les contrats de droit privé, Thèse de doctorat, Paris, 1997.
- [25]. LE TOURNEAU. P.: Contrat Intuitus Personae, Fasc. 200 spéc. No:52,71 et 95.
- [26]. MALINVAUD, P.: Le sous-traitant en droit français de la construction, Séminaire du droit de la construction 1989, s.52.
- [27]. MUSTAFA, R.M. : La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse, Thèse de doctorat, Genève, Imprimerie Henri Jaunin, 1958.
- [28]. MÜLLER, C : Les contrats de distribution, I. - II. Série, Maison d'édition CEMAJ - Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2013.
- [29]. MÜLLER, C. : Contrats de droit suisse, Stampfli Editions SA Berne.
- [30]. MÜLLER, C. : La responsabilité civile extracontractuelle, Helbing Lichtenhahn, 2013, s. 103.
- [31]. ÖZ, T. İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2012.
- [32]. PACHE, M.E.: La responsabilité civile de l'initié, Thèse de doctorat, Lausanne, 1994.
- [33]. PEDRAZZINI, M. : Le contrat d'entreprise, in : Traité de droit privé suisse, v : VII t : 1,3, Fribourg, 1985.
- [34]. RAMEL/ FAVRE.: La sous-traitance, in: Journées suisses du droit de la construction, 2015/117, Fribourg.
- [35]. SANSOUCY, A. : La protection des créances des sous-traitants dans le domaine de construction, Mémoire présenté à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, 2010.
- [36]. SAYMEN, F.H.: Başkasının fiiliden mesuliyet, İBM. 1942, c.XVI, s.79.
- [37]. SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014.

- [38]. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7e éd, 1993.
- [39]. TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELIOĞLU: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- [40]. TANDOĞAN, H.: , Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, İstanbul, 2010, s.77-78,
- [41]. TANDOĞAN, H. : La réparation du dommage causé à un tiers ; in : Mélanges Roger Secrétan, Lausanne, 1964.
- [42]. TERCIER, P.: Introduction au droit privé de la construction, Séminaire pour le droit de la construction.
- [43]. TERCIER, P. /FAVRE, P. G. : Les contrats spéciaux, Schultess, 4e éd, 2009.
- [44]. TUNÇOMAĞ, K. : Borçlar Hukuku c.II, Özel Borç İlişkileri, İkinci Bası, İstanbul 1974.
- [45]. VON TUHR, A.: Partie générale du Code fédéral des Obligations, Second volume, Lausanne, 1934.
- [46]. WERRO, F. : La responsabilité civile, 2e Ed., Stampfli, Berne, 2011.
- [47]. WERZ, J.C. Delay in construction contracts, A comparative study of legal issues under Swiss and Anglo-American law, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1994.
- [48]. YAVUZ/ACAR/ÖZEN: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, İstanbul, 13.Baskı, 2014.
- [49]. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 16. Bası, 2016, Ankara.
- [50]. YALÇINDURAN, T. Alt Müteahhitlik Sözleşmeleri, Ankara, 2000.