

Prof. Dr. Turgut Öz Değerlendirme Konuşması

Şimdi ilk olarak şunu belirteyim: Başta söylediğim gibi Sayın Aslan Ertürk'ün inceleme konusu olarak aldığı Yeni Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesi hükümleri başlı başına bir ders konusu. Hepsini tek tek ele alması imkânsızdı. Haklı olarak kendilerine göre en önemlilerini ele aldı. Değınmediklerine örnek olarak, mesela kısmi çalışmaya ilişkin hükümler kanundan çıkartıldı. İşçinin ölümü halinde 5 seneye kadar olan hizmet sözleşmelerinde eşi, çocuğı veya bakmakla yükümlü olduğı kişiye bir aylık ücretinin ödenmesi veya 5 nedenden fazla hizmeti varsa 2 aylık ücretinin ödenmesi gibi orjinal hükümler getirildi. İşçinin avans isteme hakkı artık yok. Bu herhalde işçi ücretine ilişkin çok ayrıntılı hükümler, koruyucu düzenlemeler getirilmesi nedeniyle. Belki bunlar araya sıkıştırılıp eklenebilirdi.

Onun dışında önemli gördüğüm hususlardan, geçersizliğı sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinde fiili çalışmanın sözleşme varmış gibi sonuç doğurmasında, bu düzenlemenin İsviçre Borçlar Kanununun 320. maddesi 3.fikrasından farklı olması, orada işçinin “iyiniyetle çalışmış olması” şartı aranmasına rağmen bizde bunun aranmaması, iyi niyet şartının işçi aleyhine sonuçlar doğuracağı gerekçesine dayandırıldı. Hükümün bu düzenlemesini isabetli gördünüz gibi geldi bana. Benim bu hususta şüphelerim var. Çünkü burada işçinin iyiniyetli mi kötüniyetli mi olduğı tartışması çıkabilirdi ama, bunun yerine uygun görülen düzenlemenin de sakatlıkları var. İyi niyet şartını çıkarıp çıkarıp yerine “geçersizliğı sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi” demenin sakıncası şu: Bir kere “sonradan anlaşılan” ne demek? Öyle durumlar olur ki, baştan beri geçersizliğın bilinmesine rağmen gene o süre boyunca geçerli bir sözleşmenin sonuçlarının doğması gerekli olabilir. Aksi sonuç işçinin haklı çıkarlarına aykırı olabilir. Mesela işçinin ehliyeti yoktur ama çalışmıştır. Bu sonradan anlaşılan bir şey de değıl. İşçinin baştan beri ehliyeti olmadığını her iki taraf da biliyor. Bu durumda ne olacak? Sonradan anlaşılan bir şey olmadığı için bu süre boyunca hizmet sözleşmesinden borç doğmayacak demek mümkün mü? Bu durumun tersine, işveren aleyhine haksızlık oluşturacak bir durum da çıkabilir: Mesela diyelim ki işçi hile ile işvereni kandırıp işe girdi ve bir zaman çalıştıktan sonra işveren durumu anladı. Burada hilekâr işçi bu süre için ücretini gene alacak. çünkü işverenin “sonradan anladığı” bir durum var denebilecek. Bunları da dikkatinize sunmak istiyorum.

Taciz konusunda ilginç bir şey eklemek istiyorum. Amerikalı işletme hocası bir tanıdığım vardı. Bazı eyaletlerde işçiye yapılan tacizin ispatı bakımından ilginç kurallar olduğunu söyledi. Mesela bir kadın çalışan taciz edildiğı hususunda şikayette bulununca, prensip olarak iddiası doğru sayılıyor. Bunu gerekçesi, normal olarak kimsenin durup dururken böyle bir ithamda bulunmayacağı, özellikle bir kadının kendini rezil etmek, güç veya gülünç duruma dü-

şürmek istemeyeceği. Bu gerekçe ile taciz ithamında bulunanın doğru söylediği konusunda basit bir karine kabul edilmekte; suçlanan tarafa, “bu eleman niçin senin hakkında böyle bi iftira etmiş olabilir”? sorusu sorularak makul bir açıklama beklenmekte. Suçlanan, mesela, “bir tek bu elemanın maaşına zam yapmamıştım” veya “şu sebeple şu tarihte kavga etmiştik” yahut “atanmak istediği göreve başkasını atadım” ya da “ruhsal bozukluğu vardır” gibi bir açıklama yapabilirse, karine yıkılmış sayılıyor ve işçinin somut olarak tacizi ispat yükümü doğuyor. Aynı kişinin anlattığı ve bana ilginç gelen bir diğer husus, bazı ara durumlarda tacizin belirlenmesinde kabul edilen ölçütler. Örneğin iş yerinde karşılaşılan lüzumsuz veya aşırı iltifatlar ya da istenmeyen aşk ilanları ne zaman taciz sayılabilir? Burada ölçüt şu: istenmeyen iltifata veya aşk ilanına vb. maruz kalan eleman, ilgili kişiyi bu tutumunu tekrar etmemesi hususunda en az bir kez “kesin ve ciddi bir tavırla” uyarmakla yükümlü. İşte ancak bu nitelikte bir uyarının yapılmasından sonra aynı veya benzer davranış tekrarlanırsa taciz sayılıyor. Saldırgan ve ahlak dışı davranışlara karşı ise uyarı şartı aranmıyor. Yabancı uygulamaya ilişkin bu duyularımı sizinle paylaşmak istedim.

Kanunda isabetsiz bulduğumuz hususlara ilişkin olarak şu noktayı belirtmek isterim: Nevzat hocamız da biliyorlar, bazı müesseselerin yanlış anlamda kullanılması, terim ve hüküm hataları niteliğindeki yanlışlar, çoğunlukla tasarı Adalet bakanlığı Komisyonu’ndan çıktıktan sonra Meclis Komisyonunda son anda yapılan eklemlerde karşımıza çıkıyor. Bunu da söylemekte bir sakınca duymuyorum. Bizim komisyonumuzda da tabii hatalar olmuştur ve bunları biz de eleştiriyoruz. Ama mesela makbuz yerine ibra, ibra yerine makbuz denmesi; destekten yoksun kalmada zarardan fazla tazminat olmaz şeklinde gereksiz açıklama getirilmesi vb. hükümler, Meclis Komisyonunda eklenen ifadelerdir.

Notlarımı izleyerek gidiyorum. Sayın Özdemir’in rekabet yasağı açıklamalarında yine yanlış hatırlamıyorsam bazı değişikliklerin sınırlamayı eskiye göre daha soyut hale getirdiğini söyledi. Ben bu kanıda değilim. Eskiden açık bir süre sınırı yoktu, yeni düzenlemede rekabet yasağı iki yıl gibi bir açık bir süre ile sınırlandı. Hiç bir somut süre olmayıp sürenin tamamen hakimnin takdirine bağlı olmasına göre bir süre sınırı getirilmiş olması uygulamada bu işi kolaylaştıracak daha somut bir husustur diye düşünüyorum.

Sayın Prof. Dr. Arpacı’nın eser sözleşmesiyle ilgili belirttiği noktalar dışında şunu söyleyebilirim: BK m.475/b.1 düzenlemesinde ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan ilki formüle edilirken eski metindeki -m.360/1deki- “kabulden kaçınabilir” ifadesi yerine “sözleşmeden dönme” denmesi, aslında isabetli olmamıştır. Eski ifade alacaklı için, hem ayıplı ifayı kabul etmeyip borçluyu temerrüde düşürüp borçlu temerrüdü hükümlerine başvurma hem de ifayı kabul etmişse ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme imkanlarını kapsar nitelikte idi. Yeni ifade ifadan kaçınma ve borçlu temerrüdü hükümlerine gitmeyi kapsamıyorsa da, herhalde genel hükümler çerçevesinde amaca göre yorumla gene

de aynı sonuca varılacaktır. Yine bu durumlarda kabulden kaçınarak müteahhidi temerrüde düşürüp temerrüt hükümlerine başvurmak mümkün olacaktır.

Başka bir nokta olarak, yüklenicinin özen yükümünün ve onun kusurunun ölçüsü olarak rol oynayan 471. maddede eski düzenlemedeki gibi hizmet sözleşmesindeki işçinin mesuliyetine ilişkin hükme atıf yapılmamıştır. Artık bunun yerine “yüklenicinin borcu, üstlendiği edimleri iş sahibinin işte haklı menfaatini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmektedir”, dendikten sonra “sorumluluğunun belirlenmesinde benzer alanlardaki işi üstlenen basiretli yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış esas alınır” denmiştir. Burada özen yükümlülüğü objektifleştirilmiştir. Buna yabancı doktrinde “model davranış teorisi” de deniyor. Bunun pratik anlamı şudur: Mesela işçinin mesuliyetine ilişkin hükümde, iş hukukçusu arkadaşlar bilirler, “işçiyi istihdam ettiği sırada işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken vasıflarına” göre işçinin kusuru tayin olunur. Yeteneksiz, beceriksiz, bilgisiz bir işçiyi bu durumunu bilerek istihdam ettiysem, onun kusuru artık bu duruma göre takdir edilir. “İşini doğru dürüst bilen-yapan bir insan olsa bunu yapmazdı” deyip kapasitesini aşan hususlarda kusurlu sayılamaz. Eser sözleşmesi hükümlerindeki yollama aynı pozisyona müteahhidi de getiriyordu. Şimdi bu yeni düzenlemede bu savunma yapılamaz. Mesela bir yüklenici işini iyi yapmamış, ayıplı yapmış veya geç yapmış vb ise ve örneğin bu çapta bir inşaat işi veya terzilik işi alan mütaahhit veya terzi bu borç ihlalinde bulunmamalıydı ise; Yeni Kanunda bu kişi acemi veya eğitimsiz olduğunu yahut mali durumunun iyi olmadığını ve iş sahibinin de onun bu durumunu bilerek sözleşme yaptığını ileri sürüp kusursuzluğunu kanıtlayamaz. Yeni kanuna göre, sözleşmelere açıkça sorumluluğu kaldıran sınırlayan bir hüküm konulmadı ise, iş sahibinin yüklenicinin gerçek durumunu bilerek veya bilmeyerek sözleşme yapması önemli olmayıp, yüklenici kendi durumunu bilmek ve değerlendirmekle yükümlü tutulmuştur. Yani, iş sahibi olarak ben senle sözleşme yaptığımda senin yüklenici olarak kötü vaziyetini bilmem senin kusurunun değerlendirilmesinde bir mazeret olmaz. Durumuna uygun olmayan işi almamakla tek başına yükümlüsün. İşin püf noktası bu.

Efendim sürelele ilişkin olarak da bazı şeyler söyleyelim. Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffüle ilişkin olarak mevcut kanununun 363. maddesi ile değiştirilmiş 126/b.4 hükümlerinin uygulama alanına ilişkin olan şu andaki tartışma ortadan kalkacak. Sayın Emre Gökyayla bu hususları çok güzel ifade etti. Burada belki değinilmesi gereken, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülde taşınmazlarda eğer ağır kusuru varsa yüklenicinin 20 yıllık zamanaşımına tabi olması. Bu çok uzun bir zamanaşımı süresi. Bilindiği gibi bu depremden doğan zararlarla da bağlantılı bir hüküm. Tasarımın ilk halinde haksız fiillerde genel zamanaşımı süresi de fiilin işlenmesinden itibaren 20 yılken, bu sonradan 10 yıla çevrildi yani şu anki süre muhafaza edildi fakat satırım ve eser sözleşmelerinde taşınmazlarda ayıptan dolayı sorumlulukluk 20 yıl olarak kaldı.

Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffüle ilişkin değinilmesi gereken bir başka önemli husus, ayıba karşı tekeffülde seçimlilik hakları düzenleyen 475. maddede üç 3 seçimlik hak sayıldıktan sonra ayrı bir fıkra şeklinde “iş sahibinin genel hükümlerine göre tazminat isteme hakkı saklıdır” denmiş olması. Eski 360. madde ise, her bir seçimlik hakkı düzenleyen fıkralarda, bu seçimlik hakkın kullanılması ile karşılamayan zararlar için tazminat istenebilir, şeklinde ifadeler vardı. Bu düzenleme karşısında, ancak iş sahibi üç seçimlik haklardan birini kullandıktan sonra bunla birlikte bir tamamlayıcı olarak tazminat isteyebilir anlamına geliyordu. Gerçi bu manzara karşısında, iş sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerini bırakıp BK m.96’daki genel hükme dayanarak tazminat isteyebilir mi tartışması vardı. Şimdi yeni madde düzenlemesi bence iş sahibi bu üç seçimlik haktan birini seçmese bile sadece tazminat isteyebilir anlamı veriyor. Böylece, iş sahibi sözleşmeden dönme veya bedel indirimi yahut onarım isteme yollarının hiç birine başvurmadan; doğrudan ve sadece tazminat isteyebilecek. Gerçi bu kez de, acaba bu tazminat istenirken süresinde ayıp ihbarı şartının ve ayıba karşı tekeffül zamanaşımının gene de sözkonusu olup olmayacağı tartışılacaktır.

Götürü bedelin aşırı derecede aşılması halinde mevcut kanundaki gibi sadece bedel artırımı yoluyla değil başka hüküm değişiklikleri ile de uyarılmanın mümkün kılındığına değinildi. Fakat inşallah söylenirken ben kaçırmamışım, şunlar da eklenebilirdi: Burada mevcut kanundan farklı olarak hâkime başvuru mecburiyeti açık bir şekilde vurgulanmıştır. Gene burada uyarılma ve sözleşmeden dönme sıraya sokulmuş önce sözleşmenin uyarılmasını istenme bu mümkün olmadığı taktirde sözleşmeden dönme yoluna gidilebilir denmiştir. Mevcut kanunda bu talepler “veya” ekiyle hiçbir sıralama olmadan ifade edilmişti. Gerçi gene de bu sırayı savunanlar vardı.

Artık daha fazla sabrımızı taşımak istemiyorum ama bir şey daha belirtmek istiyorum: Ayıplı malzeme veren yüklenicinin satım sözleşmesindeki satıcı gibi ayıba karşı tekeffülle sorumlu olduğuna ilişkin hükümde, arkadaşımız ayıp hükümlerine yapılan vurgu ile burada zapt mı düzenlenmiştir ayıp mı düzenlenmiştir tartışmasının çözüldüğünü söyledi. Doğru, fakat burada şunu vurgulayarak bitireyim: Buradaki tek tartışma bu değildi. Yani burada ayıba atıf yapan bir hüküm olsa da başka bazı tartışmalar vardı. Örneğin biz burada satımdaki tüm ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil sadece satımdaki ayıbın doğrudan yol açtığı zararda satıcının kusursuz sorumlu tutulduğuna ilişkin 205/2 hükmüne yollama yapıldığı görüşünde idik. Fakat aksini savunanlar vardı. Gene buradaki ayıbın niteliğine göre, şu an kimler olduğunu hatırlayamıyorum ama İsviçre’deki monografi ve şerhlerde bu hükmün sadece bazı tür ayıplarda uygulanacağı, başka tür ayıplar için geçerli olmayabileceğini savunanlar; sadece özellikle taahhüt edilmiş-vaadedilmiş ayıplar için uygulanacağını, malın zaten taşınması gereken vasıflardaki ayıplara uygulanmayacağını savunanlar vb. vardı Yani burada başka tartışmalar da var. Yeni kanunda yol-

lamanın zabta değil sadece ayıp hükümlerine yapıldığının belirtilmesi ile bu tartışmalar sona ermiş olmayacak.

Nihayet, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri konuşuldu. Komisyonunda bu sözleşme tipinin en azından bir özel hükümle düzenlenmesi önerisinin tartışıldığını hatırlıyorum. O gün komisyonunda “uygulamada bu hususta sorun çıkmıyor, özel düzenleme ihtiyacı yok bu özel hususları kanuna koymak gerekli değil” dendi. Tartışma uzayınca Başkan hakim üyelere bu sözleşme tipi için uygulamada tereddüt ettiğiniz ve kanunda belirtilmesini istediğiniz bir nokta var mı?” diye sordu. Olumsuz cevap alınca tartışmayı kapattı. Şunu da belirtiyim, Komisyonun bir prensip kararının da, isimsiz ve karma sözleşmeleri büyük bir ihtiyaç olmadıkça öyle bırakma ve kanunda düzenlememe olduğu da hatırlatıldı. Fakat Sayın Arpacı'nın bu hususu eksiklik olarak belirtmesine katıldığımı da söylemek isterim.

Burada bitiriyorum, Son sözüm şu: Ben yeni kanun hakkında ılımlı bir görüş sahibiyim. Bu yeni yasada da hatalı yönler var. Tabii ki mükemmel demek mümkün değil. Fakat hiç şüphem yok bu eski Borçlar Kanundan daha iyi bir kanundur. Ancak daha iyisi olabilirdi.

