

# YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN GENEL HİZMET SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINA VE TARAFLARIN BORÇLARINA İLİŞKİN ESASLARI

Yrd. Doç. Dr. Arzu ARSLAN ERTÜRK\*

## I. GİRİŞ

Bilindiği gibi, 818 sayılı Borçlar Kanunu 04.10.1926 tarihinde 743 sayılı Türk Medeni Kanunu ile birlikte yürürlüğe girmiş, zaman içerisinde çeşitli değişikliklere uğramasına rağmen temel niteliklerini yitirmeden 85 yıl yürürlükte kalmıştır. 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu 818 sayılı Borçlar Kanununu yürürlükten kaldırmış ancak bir uyum süreci tanımak amacıyla yürürlük tarihi 01.07.2012 olarak belirlenmiştir.

6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununda göze çarpan ilk değişiklik, oldukça sade ve arı bir dille kaleme alınmış olmasıdır. Aynı şekilde, özellikle kullanılan kavramların da olabildiğince Türkçe ve anlaşılabilir olmasına özen gösterilmiştir. Kanunun altıncı bölümü “Hizmet Sözleşmeleri” başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında, mevcut Borçlar Kanunundan farklı olarak, birinci ayırımında “genel hizmet sözleşmesi” ne ilişkin hükümlere yer verilmişken, ikinci ve üçüncü ayırımlarda sırasıyla hizmet sözleşmelerinin özel türleri olan “pazarlamacılık sözleşmesi” ile “evde hizmet sözleşmesi” ne ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.

Yeni Borçlar Kanununda yapılan düzenlemelerde genellikle İsviçre Borçlar Kanununun esas alındığı ve yer yer 4857 sayılı İş Kanunundaki düzenlemelere paralel düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Kanunun gerekçeli metninde de İş Kanununun muhtelif hükümlerine atıf yapılmak suretiyle, iki Kanun arasında paralellik sağlanmaya çalışılmıştır. Mevcut Borçlar Kanununda hizmet sözleşmesi 41 madde ile düzenlenmişken, Yeni Borçlar Kanununda hizmet sözleşmeleri bölümünde 77 madde hükmüne yer verilmiştir. Böylece, mevcut Borçlar Kanununda bulunmayan pek çok yeni düzenleme Yeni Borçlar Kanunu kapsamında ilk defa hükme bağlanmıştır. Bunlar arasında, yıllık ücreti izin, fazla çalışma, kıdem tazminatı, ihbar süreleri gibi çok önemli düzenlemeler mevcuttur.

Yine Borçlar Kanununda yer alan hükümler, çalışma hayatı bakımından en az diğer İş Kanunlarındaki hükümler kadar önem taşımaktadır. Zira Borçlar

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Kanununda yer alan hizmet sözleşmesi hükümleri, 4857 sayılı İş Kanunu m. 4 hükmü ile kapsam dışı bırakılan iş ilişkileri hakkında uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca İş Kanunlarına tabi olmakla beraber, İş Kanunlarında açık hüküm bulunmayan hallerde de Borçlar Kanununun hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerine gidilmektedir. Bu nedenle Borçlar Kanununun İş Kanunlarında düzenlenmeyen konulara ilişkin muhtelif hükümleri, aynı zamanda İş Kanununa tabi işçiler açısından da uygulama alanı bulacaktır. Örneğin; işverenin talimat verme hakkı, işçinin sadakat ve özen borcu, giderlerin ödenmesi, cezai şart, ibraname, rekabet yasağı, işçilere ait kişisel verilerin saklanması gibi pek çok konuda İş Kanunlarında hüküm bulunmaması sebebiyle Yeni Borçlar Kanunu hükümleri doğrudan uygulama alanı bulacaktır.

Bu tebliğde, tebliğ konusu ile sınırlı kalınmak kaydıyla, hizmet sözleşmesinin kuruluşuna ve tarafların borçlarına ilişkin düzenlemeler, İsviçre Borçlar Kanunundaki ve 4857 sayılı İş Kanunundaki düzenlemeler de dikkate alınarak incelenmiştir. Hizmet sözleşmesinin feshine ve feshin sonuçlarına ilişkin düzenlemeler ise diğer tebliğin konusu olup inceleme kapsamı dışından bırakılmıştır.

## II. HİZMET SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE SÖZLEŞMENİN KURULMASI

### 1. Tanım

818 Sayılı mevcut Borçlar Kanununun 313. maddesinde yer alan “ hizmet akdi” kavramı, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu m. 393 hükmünde “genel hizmet sözleşmesi” başlığı altında tanımlanmıştır. Bu tanıma göre; *hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.* Madde hükmünün devamında yer alan 2. ve 3. fıkralarda ise; işçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak ama düzenli bir biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmelerin de hizmet sözleşmesi olduğu belirtilmiş ve genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanacağı, ancak çıraklara ilişkin özel kanun hükümlerinin saklı olduğu öngörülmüştür.

Söz konusu düzenlemede dikkati çeken ilk husus; Yeni Borçlar Kanununda, hizmet sözleşmesi tanımının, İsviçre Borçlar Kanunu m. 319 hükmü ile 4857 sayılı İş Kanununun m.8/f 1 hükmü<sup>1</sup> esas alınarak yapıldığıdır. Bu durum madde metninin gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir<sup>2</sup>. Böylece, sözleşmenin

<sup>1</sup> İş Kanunu m. 8/f 1 hükmü iş sözleşmesini “bir tarafın (işçi)bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” şeklinde tanımlamaktadır.

<sup>2</sup> **Başöz, Lütfi/Çakmakçı**, Ramazan, Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, 503.

tanımında İş Kanunu ile Borçlar Kanunu arasında, olması gerektiği gibi tam bir yeknesaklık sağlanmıştır. Ancak bu noktada dikkat çeken bir diğer husus, her iki Kanun hükmünün aynı tanımı farklı kavramlar kullanarak ifade etmiş olmasıdır. İş Kanununda kavram olarak “iş sözleşmesi” ifadesi kullanılırken Borçlar Kanununda “hizmet sözleşmesi” deyimine bağlı kalınmaya devam edilmiştir<sup>3</sup>.

Yeni Borçlar Kanunu m. 393 hükmünde yer alan hizmet sözleşmesi tanımını BK. m. 313’deki düzenlemeden ayıran en önemli husus, mehz İBK’da da olduğu gibi, “bağımlı olarak iş görme”<sup>4</sup> kavramına yer verilmiş olmasıdır. Bağımlılık genel anlamıyla, işçinin işini belirli yada belirsiz bir süre, işverenin emir ve talimatlarına göre, onun denetimi ve otoritesi altında yapmasını ifade etmektedir<sup>5</sup>. Konu ile ilgili olarak 02.02.2005 tarihli bir Yargıtay Hukuku Genel Kurulu kararında bağımlılık unsuru, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku uygulamasında temel bir ilke ve unsur olarak kabul edilmiş ve bu unsurun, işçinin hizmetini işverenin gözetim ve yönetimi altında yapmasını ifade ettiği belirtilmiştir<sup>6</sup>. Bu nedenle, bağımlılık unsuru iş sözleşmesini vekalet ve istisna gibi diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en temel unsurdur<sup>7</sup>. Diğer bir söylemle,

<sup>3</sup> Daha tasarı döneminden itibaren doktrinde, yapılan tanımda isabetli olarak benimsendiği gibi, Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasındaki kavram farklılığına son verilmesi gerektiği, bu nedenle de “hizmet sözleşmesi” deyimini yerine “iş sözleşmesi” deyimini kullanılmasının her iki Kanun arasındaki terminolojik farklılığın da önüne geçilmesi adına daha uygun bir yaklaşım olacağı belirtilmektedir. Bkz. **Ekmekçi**, Ömer, “Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesi Hükümleri Üzerine”, *Mercek Dergisi*, Yıl 10, S. 39, Temmuz 2005, 159.

<sup>4</sup> Bağımlı olarak iş görme kavramı, mehz İBK m. 319/f 1 hükmünde “im Dienst des Arbeitgeber” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. **Gauch**, Peter/**Schmid**, Jörg, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag Art. 319-330a OR, Zurich-Basel-Genf 2006, 17.

<sup>5</sup> **Güzel**, Ali, “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık unsuru Üzerine Bir Deneme”, Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, 97; **Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul 2010, 79-80; **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008; 213; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi, Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995, 20; **Reisoğlu**, Seza, Hizmet Akdi, Ankara 1968, 38, 51 vd.; **Hueck**, Alfred/**Nipperdey**, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Neubearbeitete Auflage, I. Band, Berlin und Frankfurt a M. 1963, 105; **Kaskel**, Walter, Arbeitsrecht, 3. erweiterte auflage, Berlin 1928, 82.

<sup>6</sup> YHGK, T. 2.2.2005, E. 2004/10-737, K. 2005/26, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan- Mayıs- Haziran 2005, S.6, 681-685.

<sup>7</sup> **Çelik**, 80; **Süzek**, 218; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2008, 264; Ayrıca Anayasa Mahkemesi de bir kararda, iş sözleşmesinde işçinin çalışmasını işverenin gözetim ve yönetimi altında yaptığını, iş sözleşmesinden başka sözleşmelerde bağımlılık unsurunun bulunmadığını belirtmiştir bkz. AYM. 26-27/9/1967, E. 1963/366, K. 1967/29 sayılı kararı, RG. 19 Ekim 1968, 13031.

bağımlı çalışma, iş sözleşmesine göre yapılan çalışma olarak nitelendirilecek, sözleşmenin tarafı olarak bu çalışmayı yapan kişi, iş mevzuatı uyarınca işçi kabul edilecek ve İş Hukuku anlamıyla dar ve teknik anlamda ücrete hak kazanacaktır<sup>8</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, işçinin işverenine “bağımlı olarak iş görmesi” ifadesi İş K. m. 8/f 1 hükmünde mevcut iken, aynı ifade mevcut Borçlar Kanunu m. 313 hükmünde mevcut değildir. Bu sebeple doktrinde, iş sözleşmesinin taraflar arasında bağımlılık ilişkisi yaratması sebebiyle, Borçlar Hukukunda yer alan hizmet sözleşmesi kavramına göre özellik gösterdiği ve Borçlar Hukukundaki hizmet akdinin özel bir biçimi olarak karşımıza çıktığı üzerinde durulmaktaydı<sup>9</sup>. Yeni Borçlar Kanunundaki hizmet sözleşmesi tanımında “bağımlı olarak iş görme” kavramına yer verilmeyle, artık iş sözleşmesinin hizmet akdinin özel bir biçimi olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira İş Kanunundaki iş sözleşmesi ile Borçlar Kanunundaki hizmet sözleşmesi tümüyle yeknesak kavramlar haline gelmiştir.

Borçlar Kanunu m. 313 hükmünden farklı olarak, Yeni BK. m. 393/f 2 hükmünde yer verilen diğer bir hizmet sözleşmesi türü de “*kısmi süreli hizmet sözleşmesi*”dir. Böylece, mehz İBK m. 319/f 2 hükmüne paralel olarak, işçinin işverene hizmeti kısmi süreli olarak ve düzenli bir biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmelerin de hizmet sözleşmesi olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak söz konusu hükümdeki düzenleme, kısmi süreli hizmet sözleşmesinin de hizmet sözleşmesinin bir türü olduğunu belirtmekten ibaret kalmış, bunun dışında, kısmi süreli hizmet sözleşmesinin tanımını, niteliğini, sınırlarını ve tam süreli hizmet sözleşmesi karşısındaki konumunu belirleyen herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yine hükmün gerekçesinde kısmi süreli hizmet sözleşmesine ilişkin herhangi bir tanımlama mevcut değildir. Gerekçede sadece, saatlik, yarım günlük veya tam günlük hizmetlerin düzenli olarak yerine getirilmesi halinde de bir hizmet sözleşmesinin varolduğu belirtilmekle yetinilmiştir<sup>10</sup>. Bu nedenle, söz konusu düzenleme oldukça yetersizdir. Günümüzde yaygın uygulama alanına sahip, atipik hizmet sözleşmesi türlerinden birisi olan kısmi süreli hizmet sözleşmesine ilişkin bu düzenlemenin Yeni Borçlar Kanununda yer almasının gayet olumlu bir gelişme olduğu şüphesizdir. Ancak kanaatimizce, Yeni BK’daki bu düzenlemenin en azından, kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin İş K. m.13 hükmünün göz önüne alınarak yapılması daha faydalı olurdu.

---

<sup>8</sup> Güzel, 97.

<sup>9</sup> Çelik, 79.

<sup>10</sup> Başöz/Çakmakçı, 503.

## 2. Hizmet Sözleşmesinin Kurulması

Hizmet sözleşmesinin kurulması YBK. m. 394 hükmünde düzenlenmektedir. Madde hükmünde üç hususa yer verilmiştir:

Bunlardan ilki sözleşmenin şekli ile ilgili düzenlemedir. YBK. m. 394/f 1 hükmüne göre hizmet sözleşmesi, Kanunda aksine bir hüküm mevcut değil ise özel bir şekle bağlı değildir. Yapılan bu düzenleme mevcut Borçlar Kanunu m. 314/f 1 hükmü ile tümüyle aynıdır. Aynı esas İş K. m. 8/f 1'in son cümlesinde de yer almaktadır.

Hizmet sözleşmesinin örtülü olarak kurulmasını düzenleyen YBK. m. 394/f II hükmüne göre ise; bir kimsenin durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir iş belli bir zaman için görmesi ve bu işin de işveren tarafından kabul edilmesi durumunda aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır. Madde hükmünün gerekçesinde de belirtildiği üzere, taraflar arasındaki fiili hizmet ilişkisi, fıkra da yer verilen koşulların varlığı halinde hizmet sözleşmesi saymaktadır<sup>11</sup>. Söz konusu düzenleme, BK. m. 314/f 2'de mevcut düzenlemenin tekrarı niteliği taşımakta olup aralarında daha türkçeleştirilmiş bir dil kullanılmış olunması dışında bir fark mevcut değildir.

Maddenin son fıkrasında geçersiz hizmet sözleşmelerinin akıbetine ilişkin yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu hükümde fiili hizmet ilişkisine dayanılmaktadır<sup>12</sup>. Buna göre, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki; Yeni Borçlar Kanununa m. 394/f III hükmü ile getirilen ve geçersiz hizmet sözleşmelerinin akıbetini açıklığa kavuşturan böyle bir düzenleme İş Kanununda mevcut değildir. Gerek İş Kanununda gerekse Borçlar Kanununda yasal bir boşluğun bulunması sebebiyle, uygulamada konu ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklar, doktrin görüşü ve yargı kararları çerçevesinde, taraflar arasındaki fiili iş ilişkisinin varlığı esas alınarak çözümlenmektedir. İş Kanununda konu ile ilgili mevcut bir hükümün bulunmaması sebebiyle, YBK.'daki bu yeni düzenleme, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla artık İş Kanunundaki işçilere de uygulanacaktır. Bu nedenle madde hükmü ve bu hükmün nasıl uygulanacağı İş Kanununa tabi işçileri de yakından ilgilendirmektedir.

İş Hukuku uygulamasında geçersiz hizmet sözleşmelerinin akıbetine ilişkin sorunlar doktrinin görüşüne paralel olarak verilen yargı kararlarıyla çözümlenmektedir. Şöyle ki; doktrinde, hükümsüzlük hallerinde iş sözleşmesi-iş ilişkisi ayırımından yola çıkılmakta ve bunun sonucu olarak da iş sözleşmesinin

<sup>11</sup> Başöz/Çakmakçı, 505.

<sup>12</sup> Ekmekçi, 159.

hükümsüzlüğüne rağmen, İş K. m. 2/f I'de tanımlanan taraflar arasındaki mevcut fiili iş ilişkisinden yola çıkılarak, işçinin o ana kadar doğan tüm haklarının gözönüne tutulması gerektiği esas kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Uygulamada ise bu konuda 18.06.1958 tarihinde verilmiş bir Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı<sup>14</sup> ile yaş küçüklüğü veya kadın olma gibi sebeplerle herhangi bir işte çalışması yasak olan işçinin yasağa rağmen çalıştırılması halinde yine de işçi sayılacağı kabul edilmiştir. Yargıtay, sözleşmenin hükümsüz sayılması kuralının böyle bir durumda uygulanmasının, Kanunun *güçsüz olan işçinin korunması* amacına aykırı düşeceğini, batıl olan iş sözleşmesinin taraflardan biri bunu ileri sürünceye kadar geçerli bir sözleşme gibi işçi yararına hukuki sonuçlar doğuracağını kabul etmiştir. Böylece Yargıtay, bu gibi hallerde hükümsüzlüğün geçmişe etkili olmayacağını, sadece geleceğe yönelik olarak etki doğuracağını kabul etmektedir.

Yeni Borçlar Kanunu m. 394/III hükmünde, geçersiz bir hizmet sözleşmesinin hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi ancak "*geçersizliğin sonradan ortaya çıkması*" koşuluna bağlanmıştır. Diğer bir söylemle; eğer işçi hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa, bu fıkra da belirtilen şekliyle "geçersizliği sonradan anlaşılan bir hizmet sözleşmesinden bahsedilemeyeceğinden, işçinin bu hükmün sonuçlarından yararlanması söz konusu olamayacaktır. Bununla beraber, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçiyi çalıştıran işveren de sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir hizmet sözleşmesi varmış gibi işçiye karşı sorumlu olacaktır. Hükmünün gerekçesinde belirtildiği üzere<sup>15</sup>, madde hükmü düzenlenirken mehz İBK. m. 320 gözönünde bulundurulmuş, ancak işçinin harcadığı *emeğin korunması ilkesi* gözetilerek, mehz Kanun hükmünde yer alan "*iyiniyetle iş görme*" koşuluna YBK. m. 394/f III hükmünde yer verilmemiştir. Gerçekten de İBK'da yer alan, geçersiz hizmet sözleşmesinin ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurması halinin işçinin iyi niyetli olması –yani geçersizliği bilmemesi ya da bilebilecek durumda olmaması– şartına bağlanmaması gayet isabetli olmuştur<sup>16</sup>. Zira bu konuda aranacak bir iyiniyet şartı, işçinin herhangi bir talepte bulunamaması sonucunu da beraberinde getirecektir. Mesela; çalıştığı işte istihdam edilmesinin yasak olduğunu bilen bir işçinin bu korumadan yararlanması mümkün değildir. Oysa ki işçi çoğu

<sup>13</sup> Çelik, 128; Süzek, 287 vd.; Mollamahmutoğlu, 431-432.

<sup>14</sup> 18.06.1958, E. 20, K. 9 sayılı karar için bkz., Saymen, Ferit Hakkı/Erman, Eyüp Sabri/Elbir, Halit Kemal, Türk İçtihatlar Külliyyatı, C. I-II, 1958, 358.

<sup>15</sup> Başöz/Çakmakçı, 505.

<sup>16</sup> Soyer, Polat, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 152.

kez içinde bulunduğu zaruret sebebiyle, geçersizliğini bildiği halde bu tür bir işi kabul edebilmektedir. Böyle bir durumda, artık madde metninde yer verilmiş olan “geçersizliğin sonradan anlaşılması” koşulu yerine gelmediğinden, işçinin söz konusu hükümle “emeğin korunması prensibi” çerçevesinde korunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu sebeple, söz konusu hükümle getirilen bu korumanın “geçersizliğin sonradan ortaya çıkması” gibi bir şarta bağlanması uygun değildir.

Yine hükmün gerekçesinde her ne kadar emeğin korunması ilkesi gözetilerek “madde metninde iyiniyetle iş görme koşuluna yer verilmediği belirtilse de, aynı gerekçe metninin devamında “maddeye göre işçinin hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesi halinde iyiniyetli sayılmayacağından, bu durumda ise geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir hizmet sözleşmesinden bahsedilemeyeceğinden işçinin bu hükümden yararlanamayacağı ifade edilmek suretiyle, dolaylı da olsa “işçinin iyiniyetinin aranması”na cevaz verilmiş bulunmaktadır. Açıkça görüldüğü üzere, gerekçe metninde yer alan bu iki paragraf birbiri ile çelişmektedir<sup>17</sup>. Yeni Borçlar Kanununun yürürlük kazanmasıyla birlikte, hükmün bu şekilde uygulanmaya başlanması halinde, konuya ilişkin olarak süre gelen Yargıtay uygulamasının devam etmesi de artık mümkün görünmemektedir. Bu durumun işçiyi koruma ilkesine uygun düşmeyeceği şüphesizdir. Bu nedenle “geçersizliğin sonradan ortaya çıkması” koşulunun madde metninden çıkartılması ve gerekçe metnindeki çelişkili ifadelerin düzeltilmesi isabetli olacaktır.

### III. İŞÇİNİN BORÇLARI

#### 1. Bizzat Çalışma Borcu

YBK. m. 395 hükmü ile işçinin işgörme borcunu şahsen ifa yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre; taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, işçi yüklendiği işi kendisi yapmakla yükümlüdür. İşçinin işi kendi yapma zorunluluğu özellikle vasıflı işçi çalıştırmanın gerekli olduğu ve işçinin şahsının, bir takım subjektif özelliklerinin gözönünde bulundurulduğu işlerde büyük önem kazanmaktadır. Ancak vasıfsız işçilerle akdedilen hizmet sözleşmelerinde dahi işçinin işini bizzat kendisi yapma borcu vardır<sup>18</sup>.

Madde metninden de açıkça anlaşıldığı gibi, söz konusu hüküm emredici nitelikte olmayıp, aksi taraflarca kararlaştırılabilecektir. Ancak hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere, YBK. m. 395 hükmü, YBK. m 83 hükmünde yer verilen “borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir” şeklindeki genel kuralın özel bir uygulamasıdır. Zira YBK. m. 395 hükmü öncelikle

<sup>17</sup> Soyer, 152.

<sup>18</sup> Çelik, 130; Süzek, 293; Mollamahmutoğlu, 437-438.

işgörme borcunun ifasında işçinin kişisel özelliklerinin önemli olduğu kabul edilmektedir. Yeni Borçlar Kanunu hükmü, mevcut hükmün birinci fıkrasıyla aynı düzenlemeyi içermekte olup kullanılan dilin sadeleştirilmesi dışında herhangi farklı bir düzenleme ihtiva etmemektedir.

## 2. Özen ve Sadakat Borcu

Yeni Borçlar Kanunu m. 396 hükmü “özen ve sadakat borcu” başlığını taşımaktadır. Mevcut Borçlar Kanununda m. 321’de işçinin özen borcuna ilişkin bir düzenleme mevcut olmakla birlikte, YBK’da söz konusu hükme “sadakat borcu” da eklenmek suretiyle, mehaz İBK. m.321a hükmü esas alınarak yeniden kaleme alınmıştır. İş Kanununda haklı nedenle fesih kapsamında yer alan bazı hükümler dışında işçinin sadakat borcunu özel olarak başlı başına düzenleyen bir hükmün bulunmaması sebebiyle, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla YBK.’daki bu düzenleme, İş Kanununa tabi işçileri de yakından ilgilendirmektedir.

Madde hükmünün birinci fıkrasına göre işçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmakla yükümlüdür. Bu fıkra işçi için genel anlamda var olan bir özen ve sadakat borcundan bahsedilmektedir. Hükmünün 2, 3 ve 4. fıkralarında ise sadakat borcunun bazı özel görünümüne yer verilmektedir:

Madde hükmünün ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, işçi işverene ait makine, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmakla ve işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür. Söz konusu madde hükmü birinci fıkra bahsedilen özen borcunu somutaştırmaktadır.

Maddenin üçüncü fıkrasında işçiye, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak, ücret karşılığında 3. kişilere hizmette bulunmama ve özellikle kendi işvereni ile rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hükümle sadakat borcunu iki önemli özel görünümü olan, yan faaliyette bulunma yasağı ve hizmet ilişkisi süresince rekabet etmeme borcu temellendirilmektedir.

Maddenin son fıkrasında ise işçiye, iş görme borcunu ifa ettiği sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet sözleşmesinin devamı süresince kendi yararına kullanmama veya başkalarına açıklamama yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca işçiye, işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklama yükümlülüğü getirilmektedir. Sır saklama yükümlülüğü, sadakat borcunun önemli bir özel görünümüdür. Madde hükmü ile işçiye hem hizmet sözleşmesinin devamı süresince hem de işverenin haklı menfaatlerini korunmak amacıyla ve gerektiği ölçüde olmak kaydıyla, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra sır saklama yükümlülüğü getirilmektedir.



Konuya ilişkin olarak İş Hukuku uygulamasında İş K. m. 25/II, e fıkrasında yer alan “işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışı” sadakat borcuna aykırılık olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu hüküm, MK. 2’de yer alan “doğruluk ve güven” prensibinin İş Hukukundaki özel bir görünümü olup işçinin sadakat borcunun temelini oluşturmaktadır<sup>19</sup>. Yine söz konusu hükümde “işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak” gibi bazı sadakat borcuna aykırılık hallerine tahdidi olmaksızın sayılarak yer verilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, Yargıtayın işçinin sadakat borcuna ilişkin olarak uzun yıllardır vermiş olduğu ve emsal teşkil eden pek çok kararı mevcuttur<sup>20</sup>. Yeni Borçlar Kanunu ile getirilen düzenleme borcun kapsamını biraz daha açık bir şekilde çizmektedir. Özellikle borcun özel görünümleri maddenin 2, 3 ve 4. fıkralarında sayılmak suretiyle belirtilmiştir. Bunun dışında, genel anlamda sadakat borcuna aykırılık halleri madde hükmünde belirtildiği üzere “işverenin haklı menfaatlerini korumak” kapsamında ve doğruluk ve güven ilkesi doğrultusunda belirlenecektir.

Yine YBK’da mehaz İBK’ya paralel olarak, işçinin özen borcu ve sadakat borcu bir arada düzenlenmiştir. Kanunun sistematiğine baktığımızda, her ne kadar YBK. m.396 hükmü işçinin özen borcunu düzenlemekte ise de YBK. m. 400 hükmünde de “işçinin sorumluluğu” başlığı altında özen borcunun ölçütünün ve özen borcuna aykırılığın yaptırımının düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu nedenle üç hususun ayrı madde başlıklar altında düzenlenmesi yerine tek bir madde metninde düzenlenmesi sistematik açıdan daha yerinde olacaktır<sup>21</sup>.

YBK. m. 400 hükmü kapsamında özen borcunun kapsamı ve borca aykırılığın sonuçları düzenlenmektedir. Buna göre işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu tutulmaktadır. Ancak bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlık ve eğitim gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulacaktır.

Öncelikle işçi, kural olarak kusuru ile verdiği her türlü zarardan sorumlu tutulmaktadır. İşçinin bu sorumluluğunun belirlenmesinde işi tehlikeli olup olmadığı, uzmanlık veya eğitim gerektirip gerektirmediği, işçinin işverence bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri gözönünde tutulacak hususlardır. Burada işçinin sorumluluğunun tayini için üzerinde durulması gereken “işin tehlikeli olup olmaması” ölçütünün irdelenmesi gerekmektedir. Mehaz İBK’da bu ölçüt yerine esas alınan ölçüt (berufsrisko) “meslek rizikosu”

<sup>19</sup> Arslan Ertürk, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 2010 İstanbul, 137-138.

<sup>20</sup> Arslan Ertürk, 153 vd.

<sup>21</sup> Soyer, 153.

dur<sup>22</sup>. Buna göre, bazı mesleki faaliyetlerde, tecrübe ile sabit olan yükek tehlikelerden kaynaklanan zararlardan işçi sorumlu tutulmamaktadır. Bu gibi, bilindik tehlikelerin söz konusu olduğu işlerde veya zarara yatkın işlerde, mesleki rizikolar işletme tehlikesine dahil edilmekte ve zarar işveren tarafından yüklenilmektedir. İşveren böyle bir durumda, muhtemel rizikoya karşı mesuliyet sigortası ile kendini uygun bir koruma altına alabilecektir. Yüksek mesleki rizikolar, işçinin zararı tazmin yükümlülüğünü azaltabilir ya da ortadan kaldırılabılır. Yine işçinin hafif ihmali de tazminat yükümlülüğünde indirim sebepleri olabilir veya tümüyle ortadan kaldırabilir<sup>23</sup>. Alman Hukukunda da önceleri özen borcunun tespitinde işin tehlikeli olup olmadığı ölçütüne bakılmıştır. Ancak hangi işlerin tehlikeli sayılacağıın tespiti konusunda güçlük yaşanması sebebiyle, işçinin sorumluluğu açısından bu ölçütün nispileştirilmiş ve “özenli bir işçinin dahi ara sıra hata yapması olağan görülen işlerde işçinin hafif ihmalle verdiği zararlardan sorumlu tutulmayacağı; bu tip zararların işletme rizikosuna dahil edilmesi gerektiği noktasına gelinmiştir. Hafif ihmalle verilen zararlardan işçi sorumlu değildir. Normal ihmali halinde, işçinin zarardan dolayı kısmen sorumluluğu mevcuttur. Bu sorumluluğun oranı, zararın nedeni ve sonuçları, hakkaniyet ve işçiden zarara katlanmasının beklenebilirliği de dahil olmak üzere, somut olayın bütün koşullarının değerlendirilmesi suretiyle belirlenmektedir. Burada özellikle, kusurun derecesi, işin tehlikeli olup olmadığı, zararın yüksekliği, riskin sigorta edilebilirliği, işçinin işletmedeki konumu, kıdemi, yaşı, ailevi ilişkileri ve zarar anındaki davranışları da gözönünde bulundurulur. Ağır ihmalde ise, sorumluluğun hafifletilmesi imkansız değildir, somut olayın özelliklerine göre bu da mümkün görülebilir<sup>24</sup>. YBK. m. 400 hükmünün de yukarıda bahsi geçen gelişmeler doğrultusunda değerlendirilmesi yerinde olacaktır<sup>25</sup>.

### 3. Teslim ve Hesap Verme Borcu

Yeni Borçlar Kanunu m. 397’de mevcut Borçlar Kanununda bulunmayan yeni bir hüküm ile “teslim ve hesap verme borcu”na yer verilmiştir. İşçinin bu yükümlülüğü, İBK. m. 321b hükmünde açık olarak düzenlenmiş ve YBK’ya da aynen alınmıştır. Buna göre işçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhal ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür. Ayrıca işçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhal işverene teslim etmekle yükümlüdür.

<sup>22</sup> Gauch, /Schmid, 146; Soyer, 154.

<sup>23</sup> Gauch, /Schmid, 146.

<sup>24</sup> Brox/Rüthers/Hensler, Arbeitsrecht, 16. Auflage, Stuttgart 2004, 87; Soyer, 155,

<sup>25</sup> Soyer, 154-155.

İsviçre Borçlar Kanununda işçinin genel bilgilendirme borcu ile ilgili açık bir hüküm mevcut değildir. İBK. m. 321 b hükmünde yer alan “hesap verme” borcundan yola çıkılarak, işçinin işverenini bazı konularda bilgilendirme borcunun olduğu sonucuna varılmıştır<sup>26</sup>.

Madde hükmünde hesap verme borcu kapsamında özellikle işverene verilmesi için işçiye teslim edilmiş “paralar” üzerinde durulmuş ve bu konuda işçiye derhal teslimle birlikte bir hesap verme borcu da yüklenmiştir<sup>27</sup>.

İş Kanunda bu konuda açık bir düzenleme olmamasına rağmen, işçinin hesap verme ve iade yükümlülüğü pek çok Yargıtay kararına konu olmuştur. İşçinin bu yükümlülüğü sadakat borcu kapsamında “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak nitelendirilmiştir. Yargıtay, yemekhanede yemek yiyen işçilerden topladığı yemek paralarını işverene teslim etmeyen işçinin<sup>28</sup>, işverene verilmek üzere kendisine teslim edilen hediyeyi açarak içindekileri etrafındaki işçi arkadaşları ile paylaşan işçinin<sup>29</sup> ve işyerine ait parayı kendisine yapılan tebligata rağmen işverene teslim etmeyen işçinin<sup>30</sup> davranışını doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı bulmuştur.

#### 4. Fazla Çalışma Borcu

Yeni Borçlar Kanunu fazla çalışma konusunda, mevcut Borçlar Kanununda yer alan hükme göre kısmen farklı bir düzenleme öngörmüştür;

Yeni Borçlar Kanunu m. 398 hükmünde fazla çalışma, “ilgili Kanunlarda belirtilen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızası ile yapılan çalışma” olarak tanımlanmıştır. Kanun hükmü, normal sebeplerle yapılan ve işçinin rızasına bağlı tutulmuş bu fazla çalışma türünün yanında, zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmaları da düzenlemektedir. Buna göre; normal süreden fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla fazla çalışmakla yükümlüdür. Bu tür bir gereklilik halinde fazla çalışma artık işçinin rızasına bağlı kılınmamıştır.

Kanun Hükmü fazla çalışmayı ilgili Kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin aşılmış olması koşuluna bağlamaktadır. Burada “ilgili Kanunlar” ifadesi “İş Kanunları”nı çağrıştırmaktadır<sup>31</sup>. Ancak İş Kanunlarına bakıldı-

<sup>26</sup> Arslan Ertürk, 297.

<sup>27</sup> Arslan Ertürk, 304.

<sup>28</sup> Yarg. 9. HD., 28.4.1997, E.1425, K.7628, YKD. Nisan 1998, 528; **Tuncay**, Can, İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, C. II, İstanbul 2001, 1055.

<sup>29</sup> Yarg. 9. HD., 15.5.1996, E. 37186, K.10548, Çimento İşv. D., Kasım 1996, 27; **Tuncay**, 1055.

<sup>30</sup> Yarg. 9. HD., 28.2.1974, E.1973/5871, K. 1974/4298, bkz. **Çelik**, 133.

<sup>31</sup> **Soyer**, 156.

ğında ortak bir normal çalışma süresinin mevcut olmadığı görülmektedir. İş Kanununa göre haftalık çalışma süresi 45 saat iken (İş K. m. 63/f 1), Deniz İş Kanununda 48 saat (Deniş K. m. 46/f 1), Basın İş Kanununda ise gündüz çalışanlar için 48 gece çalışanlar için 40 saattir (Basın İş k. m. 19, Ek m.1). Bu durumda ortadaki belirsizliği kaldırmak amacıyla, YBK'nın muhtelif gerekçe metinlerinde 4857 sayılı İş Kanununa göndermeler yapıldığı da dikkate alınarak, İş Kanunundaki haftalık çalışma süresini esas almak uygun görünmektedir. Ancak ortadaki tereddütü kaldırmak amacıyla, YBK'ya haftalık çalışma süresini açık olarak gösteren bir hükmün konulması daha uygun olacaktır<sup>32</sup>.

YBK m. 402/ f 1 hükmü uyarınca, işveren yaptığı fazla çalışma için işçiye normal çalışma ücretini %50 zamlı olarak ödemekle yükümlüdür. Hükmün gerekçesinde, hükümle aynı düzenlemeyi içeren 4857 Sayılı İş K. m. 41/f 2 hükmüne atıf yapılmıştır. Ancak İş K. m. 41'de düzenlendiği şekliyle “fazla çalışma- fazla sürelerle çalışma” ayırımına gidilmeksizin fazla çalışma zammının oranı %50 olarak belirlenmiştir.

Yine hükmün ikinci fıkrasında işverenin, işinin rızası ile fazla çalışma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışma ile orantılı olarak izin verebileceği hususu hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenleme ile ilgili olarak, hükmün gerekçesinde her ne kadar İş K. m. 41/f 4'e göndeme yapılmış ise de YBK'da ki bu düzenleme konuya ilişkin İş K. m. 41 hükmünden iki hususta farklılık göstermektedir:

Öncelikle, İş K. m. 41 hükmünde fazla çalışma karşılığında ücret yerine serbest zaman kullanma tercihi işçiye bağlı olduğu halde, YBK m. 402 hükmünde bu hak işverenin iznine buna karşılık işçinin de rızasına bağlı kılınmaktadır. İş Kanunundan farklılık gösteren bir diğer husus ise, YBK'da işçinin bu serbest zamanı hangi zaman dilimi içerisinde kullanılacağı açık olarak belirtilmemiş ve işveren için “uygun bir zaman”da kullanılabileceği ifade edilmekle yetinilmiştir. Gerekçe metninde “uygun bir zamanda”kullanma ölçütüne işin aksamasını önlemek amacıyla yer verildiği belirtilmektedir. Ancak bu durum da işinin bu hakkı ne süre içerisinde kullanabileceği hususu belirsiz kalmakta olup tümüyle işverenin insiyatifine bırakılmaktadır. Bu nedenle işçinin fazla çalışması karşılığında hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında ve çalışma süreleri içinde kullanacağına ilişkin İş K. m. 41/f 4'teki düzenlemeye YBK'da da yer verilmesi uygun olacaktır.

Dikkat çeken bir diğer husus da m.402 hükmünde fazla çalışma dışında “fazla sürelerle çalışma”ya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen hükmün gerekçe metninde fazla sürelerle çalışmaya yer verilmiş olmasıdır. Şöyle ki; gerekçe metninde İş Kanunu m. 41/f 4'te yer alan “fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi, isterse bu çalışma karşılığında zamlı

<sup>32</sup> Soyer,156.

ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir” şeklinde ki düzenlemeye aynen yer verilmiştir. Kanaatimizce söz konusu durum, gerekçe metnini kaleme alırken yapılan bir hatadan ibarettir.

## 5. Düzenlemelere ve Talimatlara Uyma Borcu

Yeni Borçlar Kanunu m. 399 hükmü mevcut düzelemede bulunmayan yeni bir maddedir. Buna göre, işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili olarak genel düzenlemeler yapabilir ve işçilere özel talimatlar verebilir. İşçiler tüm bu düzenleme ve talimatlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.

İş sözleşmelerinde genellikle işçinin işgörme borcu ve uyması gereken kurallar ana hatlarıyla belirtilmekte, iş ilişkisi ile ilgili diğer ayrıntılar sonradan doldurulmak üzere boş bırakılmaktadır. Bu boşluk ise işverenin yönetim hakkı ve bu hakka dayanarak vereceği talimatlar ile doldurulmaktadır<sup>33</sup>. İşverenin yönetim hakkının karşısında, işçinin, işverenin vereceği emir ve talimatlara uyma (itaat) borcu yer almaktadır<sup>34</sup>.

YBK. m. 399 hükmü ile işçilerin emir ve talimatlara uyma borcu ve borcun sınırları açıklığa kavuşturulmuştur. Hükmün gerekçesinde de; maddede işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilmesi ve ayrıca özel talimat verebilmesinin kabul edildiği, işverenin koyduğu genel düzenlemelerin bütün işçiler ve işyeri için bağlayıcı olacağı, özel talimatların ise ancak işin özelliği gerektirdiği ölçüde konulabileceği ve sadece muhataplarının bilgisine ulaştığı takdirde bağlayıcı olacağı ifade edilmiştir.

## IV. İŞVERENİN BORÇLARI

### 1. Ücret ödeme borcu

Yeni Borçlar Kanunu m. 401 ve devamı hükümlerinde işverenin ücret ödeme borcuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Madde 401 hükmü uyarınca işveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücreti ödemekle yükümlüdür. Ancak sözleşmede ücrete ilişkin hüküm bulunmayan hallerde işveren işçiye asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür. Kanun hükmü genel anlamda işverenin ücret ödeme borcunu düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemede alt sınır olarak kanunen uygulanması

<sup>33</sup> Çelik, 130; Süzek, Sarper, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. D. Metin Kutal’a Armağan, Ankara 1998, 225; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 61; Arslan Ertürk, 92.

<sup>34</sup> Çelik, 130; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 357.

gereken ücret olması sebebiyle asgari ücretin esas alınması belirlenebilirlik ve alt sınırdaki eşitlik açısından gayet önemli ve yerinde bir düzenlemedir.

Yeni Borçla Kanunu m. 403 hükmü “işin sonucundan pay alma”, m 404 hükmü ise “aracılık ücreti” olmak üzere iki özel ücret şekline yer verilmiştir.

İşin sonucundan pay almaya ilişkin m. 403 hükmüne göre, taraflarca sözleşmeyle işçiye, ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kardan belli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu pay, yasal hükümlere veya genel kabul görmüş ticari esaslar dikkate alınarak belirlenecektir. Söz konusu ücretlendirme şekli Türk Hukukunda yaygın olmayan bir ücretlendirme şeklidir. Bu nedenle bu konuda genel kabul görmüş ticari esaslardan bahsetmek çok da mümkün görünmemektedir<sup>35</sup>. Maddenin ikinci fıkrasında işçiye belli bir pay verilmesi kararlaştırılmış ancak taraflarca payın belirlenmesi hususunda uyuşulamamışsa işveren, işçiye veya taraflarca birlikte kararlaştırılarak ya da hakim tarafından belirlenerek atanan bir bilirkişiye bilgi vermek, işletme ile ilgili defter ve belgeleri incelenmek üzere sunmak; yine kardan pay verilmesinin kararlaştırıldığı hallerde işveren, istediği takdirde işçiye yıl sonu kar ve zarar cetvelini vermek yükümlülüğü altındadır. Madde hükmünde yer verilen dava dışında taraflarca bilirkişi atanması uygulaması Türk Usul Hukukuna uygun görünmemektedir. Zira Türk Usul Hukukunda bilirkişi mahkeme tarafından atanır. Taraflar bilgi ve belgeleri bilirkişiye değil mahkemeye sunmak zorundadırlar. Bu nedenle madde hükmünde öngörülen düzenleme Türk Hukuku ile bağdaşmamaktadır<sup>36</sup>. Tarafların payın belirlenmesi konusunda uyuşamamaları halinde madde hükmünde öngörülen “bilirkişi atanması”na ilişkin yöntemin, Usul Hukukumuzdaki “bilirkişi” uygulaması ile kıyaslanmasını önlemek amacıyla başka bir deyim ile ifade edilmesi, konu ile ilgili karışıklıkların ve yanlış anlamaların önüne geçecektir.

Yine YBK. m.404 hükmünde “aracılık ücreti” başlığı altında mevcut düzenlemede yer almayan yeni bir hükme yer verilmiştir. Buna göre; işçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, işçinin ücret isteme hakkı aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla doğar. Borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, taraflar yazılı olarak, her kısma ilişkin ücret isteminin bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğacağını kararlaştırılabilirler. İşçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, işveren tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse, ücret istemine yönelik hak sona erer. Sadece kısmi ifa halinde, ücretten orantılı olarak indirim yapılır. Sözleşmeyle işçiye, kendisine ödenecek aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlü-

<sup>35</sup> Ekmekçi, 161.

<sup>36</sup> Ekmekçi, 161.

lülü getirilmemişse, işveren işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için, bu ücrete tabi işlemleri de içeren yazılı hesap vermekle yükümlüdür. Hesabı gözden geçirme ihtiyacı ortaya çıkarsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hakimın atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri onun incelemesine sunmak zorundadır.

Söz konusu hüküme yöneltilecek en önemli eleştirisi, m. 403 hükmü için de dile getirdiğimiz üzere, madde hükmünün son fıkrasında yer alan “dava dışında taraflarca bilirkişi atanması”nın ve “tarafların bilirkişiye bilgi ve belge verme zorunluluğu” öngörülmesinin Türk Usul Hukukuna uygun olmayışıdır. Bu nedenle, aracılık ücreti için de dile getirdiğimiz gibi, “bilirkişi” deyimi yerine başka bir ifadenin kullanılması hususu bu hüküm için de söz konusu zorlukların ve yanlış anlamaların önüne geçebilecektir.

YBK. m. 405 işçiye ikramiye ödenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektedir. Buna göre işveren; bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla işçilerine ikramiye verebilir. Ancak işçilerin ikramiyeyi isteme hakları bu konuda anlaşmanın veya çalışma şartının ya da işverenin tek taraflı taahhüdünün varlığı halinde doğmaktadır.

Maddenin 2. fıkrasında da İş Hukukunda hakim öğretinin görüşü<sup>37</sup> ve yerleşik içtihat kararları<sup>38</sup> doğrultusunda bir düzenlemeye gidilmiş ve hizmet sözleşmesinin ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermesi durumunda işçiye, ikramiyenin çalıştığı döneme yansıyan bölümünün ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Ücretin ödenmesine ilişkin esaslar YBK. m. 406 ve devamı hükümlerinde yer almaktadır:

Madde 406 hükmü, “ödenme süresi” başlığı altında, ücretin ödenme gününe ve avans verilmesine ilişkin esaslar düzenlemektedir. Buna göre; aksine bir adet mevcut değilse, ücret her ayın sonunda ödenecektir. Ancak taraflar kendi aralarında, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile daha kısa ödeme süreleri belirleyebilirler. İşçiye ödenecek aracılık ücreti, aksine bir adet yoksa veya taraflarca daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa, her ayın sonunda ödenecektir. Eğer işlemlerin yapılması altı aydan daha uzun bir süre gerektiriyorsa, aracılık ücreti asıl ücrete ek olarak kararlaştırılmışsa, yazılı anlaşma ile ödeme daha ileri bir tarihe bırakılabilir. Asıl ücrete ek olarak üretilenden pay verilmesi öngörülen hâllerde, ürün payı belirlenir belirlenmez, cirodan veya kardan pay verilmesi kararlaştırılan hallerde ise payın, hesap dönemini izleyen en geç üç ay içinde belirlenerek ödenmesi şarttır.

<sup>37</sup> Çelik, 149; Mollamahmutoglu, 466; Süzek, 313; Soyer, 155.

<sup>38</sup> Yarg 9. HD., 5.12.1994, E. 1994/13251, K. 1994/ 17231, Tekstil İşv. Dergisi, Nisan 1995 Eki; 12.11.1997, E.1997/15297, K. 1997/18923.

Madde hükmünün son fıkrasında işçiye yapılacak avans ödemeleri hakkında düzenleme yapılmıştır. Buna göre işveren, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması halinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetle orantılı olarak avans vermekle yükümlüdür.

Yeni Borçlar Kanunu m. 407 hükmünde ücretin ödenme yerine ve ücretin korunmasına ilişkin esaslara yer verilmiştir. Kanun hükmü, ücretin işyerinde de ödenebileceği esasına yer vermemekle birlikte mevcut BK. m. 323 ve İş. K. m. 32'ye paralel olarak ücretin, özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceğini belirtmektedir. Ancak Kanun hükmü uyarınca, işçilere yapılacak ödemelerin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesi hususunun, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve ilgili bakanlıklar tarafından işletmenin muhtelif özellikleri de dikkate alınarak zorunlu hale getirilebileceği belirtilmiştir. Böyle bir ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler artık işçilerinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler.

Kanun hükmü ücretin özel olarak açılan bir banka hesabında ödeneceğini belirtmekle beraber, mevcut Borçlar Kanunu ve İş Kanunu düzenlemesinde olduğu gibi, bunu emredici bir kurala dönüştürmemiş, böylesi esnek bir düzenlemenin pratik ihtiyaçlara daha uygun bir çözüm olacağı benimsenmiştir<sup>39</sup>. Buna göre, Kanunun lafzından, eğer işverene ücreti özel olarak açılan bir banka hesabıyla ödeme yükümlülüğü söz konusu değilse, uygun olan bir yerde ödenebileceği anlamı çıkmaktadır. Banka hesabı dışında en uygun ödeme mekanı işyeri olacağından, Kanun metninde İş Kanunu m. 32 hükmünde yer aldığı şekliyle, ücretin yukarıda bahsettiğimiz zorunluluk halleri dışında işyerinde ödeneceğine ilişkin alternatif esasa da yer verilmesi tartışmaların önüne geçebilecek bir çözümdür.

Maddenin ikinci fıkrasında ücretin korunmasına ilişkin esaslar yer almaktadır. Buna göre işveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir. Kanun hükmü böyle bir durumda artık işçinin rızasını aramamaktadır. Söz konusu fıkranın düzenlemesinde, mehz İBK. m 323 b hükmü gözönüne alınmıştır. Ancak maddenin 323b'nin 2. fıkrasında kasten verilen zararlar bakımından öngörülen sınırsız takas imkanına Yeni Borçlar Kanununda yer verilmemiş, işçi olarak çalışan kişilerin durumları dikkate alınarak, bu kişilerin daha fazla korunmaları amacıyla, gayet isabetli bir şekilde takas imkanı "ücertin haczedilebilir kısmı" için öngörülmüştür<sup>40</sup>. Bunun dışında, düzenlemenin 1. cümlesinde, işverenin işçiden olan alacağını takas imkanı da işçinin rıza-

<sup>39</sup> Başöz/Çakmakçı, 523.

<sup>40</sup> Başöz/Çakmakçı, 522.



sına bağlı kılınmıştır. Kanun hükmü rızaya bağlı takaslarda bir sınır belirtmemektedir. Bu nedenle, bu durumun karışıklığa yol açacağı, rızaya bağlı olarak sınırsız; kasten verildiği yargı kararıyla tespit olunan zararlar için ise rızaya bağlı olmayan ama sınırlı bir takas imkanının ortaya çıkacağı belirtilmektedir<sup>41</sup>. Ancak kanaatimizce, gerekçe metninde ücret ya da maaşın ne kadarlık kısmının haczedilebileceği hususunda İİK. M. 83 hükmüne yapılan açık atıfla, haczolunabilecek miktarın ücretin dörtte birinden az olamayacağı belirtilmektedir. Bu durum şüphesiz ki rızaya bağlı olan takaslar için de geçerlidir.

Maddenin son fıkrasında, ücretin işveren yararına kullanılması konusundaki anlaşmaların geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak örneğin işveren, işçiye ücret ödenmesini, belirli bir işyerinde veya kendi fabrikasında üretilen, satılan ya da dağıtımı yapılan ürünleri satın alma koşuluna bağlayamayacaktır<sup>42</sup>.

Yeni Borçlar Kanunu m. 408 hükmü, Mevcut BK. m. 325'i karşılayan bir düzenleme yapmıştır. Buna göre; "İşveren, işgörmeye ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir."

Hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, hizmet sözleşmesinde işverenin temerrüdü, alacaklı temerrüdünün özel bir halidir. İşverenin, işçinin işgörmeye ediminin ifasını engellediği şu iki durumda da ücret ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir: 1- İşverenin, işçinin gereği gibi önerdiği işgörmeye edimini kabulde direnmesi, 2- işverenin, işgörmeye edimini ifasını kusuruyla engellemesi. Bu iki durumdan birisi gerçekleştiği takdirde işveren, kabulden kaçındığı ya da ifasını kusuruyla engellediği iş görülmediği halde, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacak ve daha sonra aynı işin görülmesini ondan istemeyecektir. Ancak maddenin ikinci cümlesinde belirtildiği üzere, işverenin kabulden kaçındığı veya ifasını kendi kusuruyla engellediği iş nedeniyle, işi yapmayan işçinin, bu şekilde elde ettiği serbes zamanı başka bir işte değerlendirerek elde ettiği veya elde etmekten bilerek kaçındığı yararlar ile yapmaktan kurtulduğu giderlerin ücret alacağından indirilmesi hükme bağlanmıştır<sup>43</sup>.

Yeni Borçlar Kanunu m. 409 hükmü işçinin çalışmayı durdurması durumunda işverenin ücret ödeme borcunu düzelemektedir. Buna göre; uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre

<sup>41</sup> Soyer, 158.

<sup>42</sup> Başöz/Çakmakçı, 522.

<sup>43</sup> Başöz/Çakmakçı, 524.

için işgörmeye edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde işçiye, o süre için hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür. Madde hükmü uyarınca işverenin ücret ödeme yükümlülüğü, hizmet ilişkisinin uzun süreli olması ve işçinin işgörmeye edimini iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için ifa edememiş olması koşullarına bağlanmıştır. Öncelikle, Kanun metnindeki “uzun süreli hizmet ilişkisi” deyiminde yer alan “uzun süre” kavramı ile ne kadarlık bir süreye işaret edildiği anlaşılammakta olup tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Her ne kadar erkek işçinin askerlik süresi, onun kusuru olmaksızın işgörmeye edimini yerine getiremediği sürelerden olsa da söz konusu sürenin uzunluğu dikkate alındığında, işvereni bu süre boyunca edimini ifa edemeyen işçiye ücret ödeme borcu altında bırakmak makul görünmemektedir. Böyle bir durumda, Kanunlar arasındaki yeknesaklığı da sağlamak amacıyla işçiye, 1478 sayılı İş Kanunu m. 14 hükmü ile askerlik görevini ifa etmek üzere iş sözleşmesini fesheden işçi için öngörülen kıdem tazminatı benzeri, tek defalık ve çalıştığı süre ile oratılı bir ödemenin öngörülmesi uygun olacaktır. Yine Kanun metninde işverenin ödemekle yükümlü olduğu “hakkaniyete uygun ücret”in ne olduğu belirsiz olup tartışmalara yol açabilecek niteliktedir.<sup>44</sup>

İşçini “ücret alacağıının haczi, devri ve rehnedilmesi”ni düzenleyen m. 410 hükmü, mevcut Borçlar Kanununda bulunmayan yeni bir düzenlemedir. Madde hükmüne göre; İşçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, başkasına devredilemez ve rehnedilemez. Ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar, bu orana dâhil değildir. Nafaka alacaklılarının hakları saklıdır. Gelecekteki ücret alacaklarının devredilmesi veya rehnedilmesi geçersizdir. Söz konusu hükmün 1. fıkrası İş K. m. 35’e paralel bir düznetleme getirmektedir.

Yeni Borçlar Kanunu m. 411 ve 412 hükmü parça başına ve götürü işe ilişkin düzenlemeler içermektedir. “İş verme” başlıklı m. 411 hükmüne göre; İşçi, sözleşme gereğince yalnız bir işveren için sadece parça başına veya götürü iş yapmayı üstlenmişse işveren, ona yeterli iş vermekle yükümlüdür. İşveren, kendi kusuru olmaksızın sözleşmede öngörülen parça başına veya götürü iş sağlayamayacak durumda bulunduğu veya işletme koşulları geçici olarak gerektirdiği takdirde işçiye, ücreti zaman esasına göre öder. Bu durumda, zamana göre ödenecek ücret, anlaşmada veya hizmet ya da toplu iş sözleşmesinde belirlenmemişse işveren, işçiye parça başına veya götürü olarak daha önce aldığı ortalama ücrete eşdeğer bir ücret ödemekle yükümlüdür. Parça başına veya götürü ya da zamana göre iş sağlayamayan işveren, en azından işgörmeye edimini kabulde temerrüt hükümleri uyarınca zamana göre işgörmeye ödeyeceği ücreti ödemekle yükümlüdür.

<sup>44</sup> Ekmekçi, 163.

Madde 412 hükmü ise, parçabaşı ve götürü usulde çalışan işçye ödenecek birim ücretin bildirilmesi ve bu bildirim yapılmamasının yaptırımını düzenlemiştir. Söz konusu düzenleme de mevcut Borçlar Kanununda bulunmayan yeni bir düzenlemedir. Madde hükmüne göre; İşçi, sözleşme gereğince parça başına veya götürü olarak çalışmayı üstlendiği takdirde işveren, her işin başlamasından önce ona ödenecek birim ücretini bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim yapmayan işveren, aynı veya benzer bir iş için belirlenmiş olan birim ücretini ödemekle yükümlüdür.

Yeni Borçlar Kanununun “iş araç ve malzemeleri” başlıklı m. 413 hükmü, Mevcut Borçlar Kanunu m. 331’e benzer bir düzenleme içermektedir. Madde hükmünün birinci fıkrasına göre, aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, işveren işçiyeye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür. Gerekçe metninde de belirtildiği üzere, fıkra söz edilmiş araç, işçinin işini yapabilmesi için gerekli olan makine, araba, torna, tezgah, tamir takımı gibi iş aletlerini; malzeme ise, aracın kullanılması veya işin görülmesi için gerekli olan hammadde, yakıt, su, kömür, tohum ve benzerlerini ifade etmektedir<sup>45</sup>.

Madde hükmünün ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, işçi işverenle anlaşarak kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgülürse, aksi anlaşmada kararlaştırılmadıkça veya yerel âdet bulunmadıkça işveren, bunun için işçiyeye uygun bir karşılık ödemekle yükümlüdür.

Yeni Borçlar Kanununun “Giderler” başlığı altında yer alan m. 414, m. 415 ve m. 416 hükümleri, mevcut Borçlar Kanununda yer almayan yeni düzenlemeler içermektedir.

Madde 414 hükmünün birinci fıkrasına göre, işveren, işin görülmesinin gerektirdiği her türlü harcama ile işçiyi işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu olan harcamaları da ödemekle yükümlüdür. Hükmün ikinci fıkrasına göre, yazılı olarak yapılmış bir hizmet veya toplu iş sözleşmesinde, bizzat işçi tarafından karşılanması kararlaştırılan harcamaların, işçiyeye götürü biçimde günlük, haftalık veya aylık olarak ödenmesi öngörülebilir. Ancak bu ödeme, zorunlu harcamaları karşılayacak miktardan az olamaz. Madde hükmünün üçüncü fıkrasında ise, zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.

Yeni Borçlar Kanunu ile getirilen söz konusu düzenleme, akla bir takım tereddütler getirmektedir. Öncelikle, işverenin işçiyi işyeri dışında çalıştırdığı durumlarda neden geçimi için zorunlu olan harcamaları da karşılamakla yükümlü olduğu belirsizdir. Kaldı ki bazı durumlarda taraflar iş sözleşmesinde, işçinin ücretini işyeri dışında çalışacağını da göznünde bulundurarak belirlemiş olabilir. Bu durumu dikkat almada işverene hala işçinin işyeri dışına çıktığı durumlarda zorunlu harcamaları ödeme yükümlülüğü getirilmesi tarafların ira-

<sup>45</sup> Başöz/Çakmakçı, 530.

delerinin fazlasıyla gözardı edilmesi sonucunu doğuracaktır. Yine “...geçimi için zorunlu harcamalar...” ifadesi belirsiz bir ifade olup işçi ile işveren arasında çeşitli uyuşmazlıklara neden olabilecek niteliktedir<sup>46</sup>.

Yine “taşıma araçları” başlıklı m. 415 hükmüne göre, işçi, işin görülmesi için işverenle anlaşarak işverenin veya kendisinin sağladığı bir taşıma aracı kullanıyorsa, taşıtın işletilmesi ve bakımı için gerekli olağan giderler, hizmet için kullanıldığı ölçüde işverence karşılanır. İşçi işverenle anlaşarak, işin görülmesinde kendi motorlu aracını kullanıyorsa, işveren ayrıca bu araçla ilgili vergiyi, zorunlu mali sorumluluk sigortası primini ve aracın yıpranması karşılığında uygun bir tazminatı hizmet için kullanıldığı ölçüde işçiye ödemekle yükümlüdür. İşçi işverenle anlaşarak, hizmetin görülmesinde kendisine ait diğer taşıma araçlarını ve hayvanlarını kullanıyorsa işveren, bunların kullanma ve bakımı için gerekli olan olağan giderleri hizmet için kullanıldığı ölçüde karşılamakla yükümlüdür.

Yeni Borçlar Kanununu giderlere ilişkin m. 416 hükmüne göre, İşçinin yapmış olduğu giderlerden doğan alacağı, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa, her defasında ücretle birlikte ödenir. İşçi, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için düzenli olarak masraf yapıyorsa, kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verilir.

## 2. İşçiye hizmet belgesi verilmesi

Yeni Borçlar Kanunu m. 426 hükmü, işverenin işçiye hizmet belgesi verme yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre işverene, iş sözleşmesinin sona erip ermediğinden bağımsız bir şekilde, işçiye hizmet belgesi verme zorunluluğu getirilmiştir. İşveren, işçinin isteği üzerine her zaman, işin türünü ve süresini içeren bir hizmet belgesi vermekle yükümlüdür. Söz konusu hizmet belgesinde, işçinin açıkça istemde bulunması halinde, onun işgörmedeki becerisi ile tutumu ve davranışlarını da belirtecektir. Eğer işçi veya işçiyi işe alan yeni işveren, hizmet belgesinin zamanında verilmemesi veya belgede doğru olmayan bilgilerin bulunmasından zarar görürse, eski işverenden tazminat isteyebilecektir.

Yeni Borçlar Kanununda yer alan işçiye hizmet belgesi verilmesine ilişkin düzenleme benzer bir düzenleme “çalışma belgesi” başlıklı İş K. m. 28/f 1 hükmünde de yer almaktadır. Ancak işverene verilen bu yükümlülük, hizmet sözleşmesinin sona ermesi durumuna bağlı kılınmıştır. Yine işverence verilen çalışma belgesinin, zamanında verilmemesinden veya belgede yer alan bilgilerin doğru olmamasından zarar gören işçinin veya yeni işe alan işverenin eski işverenden tazminat isteyebileceği yolundaki diğer bir düzenleme de İş K. m. 28/f 2 de aynı şekilde yer almaktadır.

<sup>46</sup> Ekmekçi, 165.

#### IV. İŞÇİNİN KİŞİLİĞİNİN KORUNMASI

Yeni Borçlar Kanunu m. 417 ve devamı hükümlerinde işinin kişiliğini korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Madde 417 hükmü uyarınca İşverene, hizmet ilişkisinin devamı süresince işçinin kişiliğini koruma, kişiliğine saygı gösterme, işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen sağlama ve özellikle işçileri psikolojik ve cinsel tacizlerden koruma, bu tür tacizlere uğramış olanların da daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri alma yükümlülükleri verilmektedir. Söz konusu madde hükmü ile psikolojik taciz (mobbing) kavramı ilk defa Kanun hükmünde yer almış, işverene işyerinde cinsel tacizin yanında psikolojik tacizi de önlemekle ve bu tür tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmelerinin önüne geçmele yükümlüdür. Şüphesiz ki söz konusu hüküm, hukukumuzda psikolojik tacize ilişkin düzenleme içeren ve bunu yasal yaptırıma bağlayan ilk ve tek hüküm olması sebebiyle önemlidir. Ancak hüküm işçilere konuya ilişkin gerekli yasal korumayı sağlama bakımından oldukça yetersizdir. Öncelikle, cinsel ve psikolojik tacizin varlığının ispatı işçi açısından gerçekten zordur. Zira, taciz olayı çoğunlukla iki kişi arasında yaşanmakta olup özellikle cinsel tacize tanıklı edecek kişi bulmak kolay değildir. Bu sebeple, taciz olayını ispat yükünün kime ait olacağı önemli bir sorun olarak kaşımıza çıkmaktadır. Aynı şekilde tacizle karşı karşıya kalan işçinin uğradığı zararın tespiti de kolay değildir. Zira burada söz konusu olabilecek zarar, çoğunlukla manevi zarar olup, kişiden kişiye olaydan olaya göre büyük farklılıklar gösterebilecek niteliktedir. Bu durumu dikkate alan batı hukuklarına bakıldığında, ispat yükünün işçi lehine kolaylaştırıldığı ve makdu tazminatlarla işçinin zararının giderilmeye çalışıldığı görülmektedir<sup>47</sup>. Avrupa Topluluğu Hukuku 2002/73 sayılı direktifle, söz konusu zorlukları aşabilmek amacıyla, cinsel taciz “işçinin kişilik haklarının korunması” kapsamının dışında, “ cinsiyet temeline dayalı ayırımcılık ” kapsamında değerlendirmiş ve konu ile ilgili larak işverenin sorumluluğunu esas kılmıştır<sup>48</sup>. Yine Fransız ve İsveç hukuklarında yer alan psikolojik tacize ilişkin düzenlemelere bakıldığında, yaptırım olarak önemli meblağlar içeren maktu parasal tazminatlar öngörüldüğü görülmektedir<sup>49</sup>. Yeni Borçlar Kanununda yer alan hüküm gayet umut verici olmakla beraber, bu konuda söz konusu tacizlere açık tanımlamalar getiren, çağın gereklerine uygun ve daha detaylı düzenlemelere ihtiyaç vardır.

<sup>47</sup> **Özdemir**, M. Erdem, [http://www.dunya.com/kanunlar-bizleri-mobbingden-koruyorum-\\_122739\\_haber.html](http://www.dunya.com/kanunlar-bizleri-mobbingden-koruyorum-_122739_haber.html)

<sup>48</sup> Ayrıntılı Bilgi için bkz. **Özdemir**, M. Erdem, “İşyerinde Cinsel Taciz”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, S.11, 83 vd.

<sup>49</sup> **Guerrero**, Maria Isabel S., “The Developmet of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation”, Boston College International and Comperative Law, 2004, Vol.77, 477 vd.

Maddenin ikinci fıkrasında İş K. m. 77/f 1 hükmüne paralel olarak işverene, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin her türlü önlemi alma, araç ve gereçleri eksiksiz olarak bulundurma yükümlülüğü yüklenirken işçiye de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymak yükümlülüğü yüklenmiştir. Söz konusu fıkrada işverenin özellikle iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı önlem alma yükümlülüğü üzerinde durulmaktadır. İşverenin bu yükümlülüğünün sınırlarına ise gerekçe metninde değinilmiştir. Buna göre işveren, hizmet ilişkisi ve yapılan işin niteliği gözönünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun önlemleri almakla yükümlüdür<sup>50</sup>.

Maddenin son fıkrasında ise, işverenin yukarıdaki hükümler de dahil olmak üzere, Kanuna ve sözleşmeye aykırı hareketi sebebiyle işçinin ölmesi, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlale uğramasına bağlı zararların tazmini için sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir.

İşverenin söz konusu önlemleri almaması nedeniyle işçinin ölmesi durumunda, işçinin desteğinden yoksun kalanların alacakları sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olup bunun sonucu olarak da, bu tür zararların giderilmesi için, haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresi değil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>51</sup>.

Yeni Boçlar Kanunum. 418 hükmü ile de ev düzeni içinde çalışan işçilerin kişiliğini korumaya yönelik bir düzenleme mevcut BK m. 337 hükmüne benzer bir şekilde, mehz BK. m. 328 a hükmü esas alınarak yeniden kaleme alınmıştır. Madde hükmüne göre, işçinin işveren ile aynı ev düzeni içinde yaşadığı durumlarda, işverene işçisinin beslenme ve barınma ihtiyaçlarını giderme yükümlülüğü öngörülmüştür. Eğer işçi, kendi kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle iş görme edimini yerine getiremezse işveren bir yıla kadar çalışmış olan işçisi için en az iki hafta süreyle bakımını ve teavisni üstlenmekle yükümlüdür. İşçini bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süreye toplamda 4 haftayı aşmamak şartıyla 2 gün eklenecektir. İşveren, işinin gebeliğinde ve doğum yapması halinde de aynı edimleri ifa etmekle yükümlüdür.

Yeni Borçlar Kanununun “kişisel verilerin kullanılması”na ilişkin m. 419 hükmü mevcut Borçlar Kanununda ve hatta İş Kanununda yer almayan yeni bir düzenlemedir. Buna göre işveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkinlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilecektir. Madde hükmünün gerekçesinde de belirtildiği üzere söz ko-

<sup>50</sup> Başöz/Çakmakçı, 535.

<sup>51</sup> Başöz/Çakmakçı, 535.

nusu sınırlamalar, teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşantının bir parçası haline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin kullanılması konusunda işçiyi korumak amacıyla getirilmiştir<sup>52</sup>.

## V. TATİLLER VE İZİNLER

### 1. Hafta tatili ve iş arama izni

Yeni Borçlar Kanunu m.421 hükmü işçiye verilecek hafta tatilini ve yeni iş arama iznini düzenlemiştir. Söz konusu hüküm ile mevcut yasaya göre oldukça ileri düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca ana hatlarıyla İş Kanununa paralel düzenlemeler yapılmıştır. Bun göre; işveren, işçiye kural olarak her hafta pazar günü tatil vermekle yükümlüdür. Ancak durum ve koşullar işçinin pazar günü tatil yapmasına elverişli değilse, işveren başka bir tam çalışma günü işçiye tatil kullandırmakla yükümlü olacaktır. Kanun hükmü işçinin hafta tatiline hak kazanması içi ne kadar süreyle çalışması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Madde hükmünü 2. fıkasına göre; İşveren, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi halinde işçiye ücretinden herhangi bir kesinti olmaksızın, günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlüdür. Söz konusu düzenleme, konu ile ilgili olarak İş Kanununda yapılmış düzenlemeye paraleldir. İzin saatlerinin ve günlerinin belirlenmesinde işyerinin ve işçinin haklı menfaatleri göz önünde bulundurulacaktır. Madde hükmünde yeni iş arama izninin toptan kullanılıp kullanılmayacağı konusunda bir açıklık bulunmamakla beraber, izin saatlerinin belirlenmesinde, işyerinin ve işçinin haklı menfaatlerinin göz önüne bulundurulacağı ibaresi karşısında, işverenn bu izni toptan kullandırabileceğini söylemek mümkün görünmektedir<sup>53</sup>.

### 2. Yıllık izin

Yeni Borçlar Kanunu m. 422-425 arasında işçinin yıllık ücretli izin hakkına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler mevcut Borçlar Kanununda bulunmayan ve mehaz İBK 329 a hükmü esas alınarak yapılan yeni düzenlemelerdir.

YBK m. 422 hükmüne göre işveren, en az 1 yıl çalışmış olan işçiye yılda en z iki hafta yıllık ücretli izin vermekle yükümlüdür. İşçi eğer 18 yaşından küçükse veya 50 yaşından büyükse en az üç hafta ücretli yıllık izin kullandırılacaktır. Hükümde yıllık ücretli izne hak kazanmak için öngörülen işçinin bir yıl çalışmış olma esası İş Kanunu ile aynıdır. Gerek İş Kanununda gerekse Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda yıllık ücretli izine ilişkin düzenlemeler mevcut

<sup>52</sup> Başöz/Çakmakçı, 538.

<sup>53</sup> Ekmekçi, 168.

olduğundan, burada öngörülen yıllık ücretli izin süreleri sadece Borçlar Kanununa tabi işçiler için uygulama alanı bulacaktır.

YBK. m. 423 hükmünde ise yıllık ücretli izin sürelerinden yapılacak indirimler düzenlenmektedir. Yapılan düzenlemede; işçinin bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmetini yerine getirmemesi durumunda işverenin, çalışılmaya her tam ay için yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabileceği belirtilmektedir. Ancak işçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğünü ya da kamu görevini yerine getirme gibi kişiliğine bağlı sebeplerle hizmet edimini en çok üç ay yerine getiremezse, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamayacaktır. Yine işveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamayacaktır. Taraflar hizmet veya toplu iş sözleşmeleri ile işçinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde, ikinci ve üçüncü fıkralar hükümlerine aykırı düzenlemeler yapamayacaktır.

Söz konusu madde hükmü, mevcut Borçlar Kanununda ve İş Kanunlarında yer almayan bir düzenleme içermektedir. İş Kanunu m. 55 hükmü sadece yıllık ücretli izne hak kazanmak için çalışılmış gibi sayılan süreleri, saymak suretiyle ve sınırlı bir şekilde belirlemektedir. Bu süreler dışında kalan süreler, yıllık ücretli izne hak kazanmak için öngörülen bir yıllık süreyi uzatmakta ancak yıllık ücretli izin süresinin kısaltılmasına yol açmamaktadır. YBK m. 423 hükmü ile sistemimizde daha önce bulunmayan bir uygulama ile, işçinin yıllık ücretli izne hak kazanma süresi etkilenmemekte ancak işçinin kullanacağı yıllık ücretli izin süresi kısaltılmaktadır. Şöyle ki; işçi, bir hizmet yılı içerisinde kendi kusuru ile toplam bir aydan daha uzun süre hizmetini yerine getiremezse, işveren çalışılmayan her tam ay için bir gün yıllık ücretli izinden indirim yapacaktır. Böylece, toplam bir ayı aşan devamsızlık süreleri, bir yıllık bekleme süresini etkilemeyecek ancak yıllık ücretli izin süresinin kısaltılmasına neden olacaktır. Yıllık ücretli izin işçinin Anayasadan kaynaklanan dinlenme hakkından doğmakta olup söz konusu dinlenme hakkının işçi tarafından eksiksiz olarak ve dinlenerek geçirilmesi esastır. Bu nedenle, YBK'da öngörülen, yıllık ücretli izin süresinin kısaltılmasına ilişkin düzenleme yerinde değildir. Bu bağlamda İş Kanununda öngörülen sistemin YBK'da da esas alınması daha yerinde olacaktır.

Eğer işçini devamsızlığı kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğünü ya da kamu görevini yerine getirme gibi kişiliğine bağlı sebeplerle ya da gebelik ve doğum gibi bir sebeple meydana gelmişse, bu takdirde en çok üç ay süreyle iş görme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamayacaktır. Söz konusu hükmün mefhumu muhalifinde çıkan sonuç; işçinin kusur yükletilemeyen bir sebeple üç aydan fazla devamsızlıkta bulunması halinde, devamsızlık süresi nedeniyle yıllık ücretli izninden indirimde bulunulabileceğidir. İndirilecek yıllık



ücretli izin süresinin tespitinde ise herhalde ilk fıkradaki ölçüt esas alınacak, üç ayı aşan her bir ay için bir günlük indirim yapılacaktır<sup>54</sup>.

YBK. m. 424 hükmü ise yıllık izin ne şekilde kullanılacağını düzenlemektedir. Buna göre; kural olarak yıllık ücretli iznin işçiye aralıksız biçimde kullanılacak ancak tarafların anlaşmasıyla ikiye bölünerek de kullanılabilir olacaktır. Yıllık ücretli izin tarihleri işveren tarafından belirlenecektir. Ancak işveren izin tarihlerini belirlerken işyerinin veya ev düzeninin bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerini de gözönünde bulunduracaktır. Söz konusu hüküm, mehz İBK m. 329 c esas alınarak düzenlenmiş olup yapılan bu düzenleme İş Kanunu ile de paraleldir.

YBK m. 425 hükmü ile Yıllık izin ücreti düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme, İş Kanununda yer alan yıllık izin ücretine ilişkin düzenlemelere tümüyle paraleldir.

Maddenin ilk fıkrası, İş K. m 57/ f 1 hükmüne benzer bir düzenleme yer vermiştir. Buna göre; işveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücretini, ilgili işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermekle yükümlüdür.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, işçinin hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işverenden alacağı parave başka menfaatler karşılığında yıllık ücretli izin hakkından feragat edilemeyeceği ifade etmektedir. Bu fıkra da İş K. m. 53/f 1’de yer alan yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemeyeceğine yönelik hükümlerle paraleldir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, hizmet sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona eresi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin süresine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenecektir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlayacaktır. Söz konusu fıkra da İş K. m.59/f 1’den aynen alınmıştır.

## VI. SONUÇ

Öngörülen uyum sürecinin ardından 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununda mevcut Borçlar Kanununa kıyasla göze çarpan ilk değişiklik, son derece sade ve arı bir türkçe ile kaleme alınmış olmasıdır. Bu bağlamda, Kanun metninde kullanılan kavramların olabildiğince Türkçe ve anlaşılabilir olmasına özen gösterilmiştir.

Kanunun altıncı bölümü “Hizmet Sözleşmeleri” başlığını taşımaktadır. Bu bölümün birinci ayırımında “ genel hizmet sözleşmesi” ne ilişkin hükümlere yer verilmişken, ikinci ve üçüncü ayırımlarında sırasıyla hizmet sözleşmelerinin özel türleri olan “pazarlamacılık sözleşmesi” ile “evde hizmet sözleşmesi”

<sup>54</sup> Ekmekçi, 169.

ne ilişkin özel hükümler yer almaktadır. Böylece Yeni Borçlar Kanununda ilk defa hizmet sözleşmelerinin değişik özellik gösteren türlerine ait düzenlemelere yer verilmiştir.

Yeni Borçlar Kanununda Hizmet sözleşmelerine ilişkin olarak gayet ayrıntılı 77 madde hükmü bulunmaktadır. Söz konusu hükümlerde yer yer 4857 sayılı İş Kanununa paralel düzenlemeler mevcuttur. Hizmet sözleşmelerine ilişkin olarak yapılan düzenlemelerde 4857 sayılı İş Kanunu esas alınması kuşkusuz ki önemli ve sevindirici bir gelişmedir. Öncelikle, Yeni Borçlar Kanununda yapılan hizmet sözleşmesi tanımında, bağımlılık unsuruna yer verilmek suretiyle, hizmet sözleşmesi ile iş sözleşmesi tümüyle yeknesak kavramlar haline getirilmiştir. Yine Borçlar Kanununa göre çalışan işçilere, İş Kanununa tabi işçilere tanınan haklara yakın haklar tanınmaya çalışılmıştır. Artık Borçlar Kanununa tabi işçiler de İş Kanununa tabi işçiler gibi yıllık ücreti izin, fazla çalışma, kıdem tazminatı, kötüniyet tazminatı gibi daha önce sahip olmadıkları bazı önemli haklara sahip olacaklardır. Bununla beraber, Yeni Borçlar Kanunundaki düzenlemelerin bir kısmı, İş Kanununda düzenlenmeyen hususlara ilişkin olduğundan, aynı zamanda İş Kanununa tabi işçiler açısından da uygulama alanı bulabilecek niteliktedir. Örneğin; işverenin talimat verme hakkı, işçinin sadakat ve özen borcu, giderlerin ödenmesi, cezai şart, ibraname, rekabet yasağı, işçilere ait kişisel verilerin saklanması, işçinin kişiliğinin korunması gibi pek çok konuda İş Kanunlarında hüküm bulunmaması sebebiyle Yeni Borçlar Kanunu hükümleri doğrudan uygulama alanı bulacaktır.

Yeni Borçlar Kanununda yer alan düzenlemelerin büyük bir bölümünde ise İsviçre Borçlar Kanununda yer alan düzenlemelerin olduğu gibi esas alındığı gözlenmektedir. Belirtmek gerekir ki bu durum çok da isabetli değildir. Zira iş sözleşmeleri zaman içinde, İsviçre Hukukunda ve Türk Hukukunda birbirine paralel şekilde bir gelişme göstermemiştir. İsviçre Hukukunda bir İş Kanunu mevcut olmayıp iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler tümüyle Borçlar Kanunu içinde, mevcut maddelerin ihtiyaçlara göre yapılandırılması suretiyle düzenlenmiştir. Oysa Türk Hukukunda çalışma hayatındaki gelişmelere paralel olarak, Borçlar Kanunundaki hükümlere dokunulmaksızın, İş Kanunları yürürlüğe konulmak suretiyle bireysel iş ilişkilerinin düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Söz konusu İş Kanunlarının varlığı düşünülmesizin İsviçre Borçlar Kanununun ayrıntılı hükümlerinin Türk Hukukuna adapte edilmesi bu gelişmeye uygun görünmemektedir.

Yeni Borçlar Kanununda göze çarpan bir diğer aksaklık ise pek çok madde hükmünün gerekçelerinin isabetli bir şekilde kaleme alınmamış olmasıdır. Gerekçelerin çoğunluğu madde metinlerinin tekrarından ibaret olup maddenin uygulamasına ilişkin ipuçları taşımamaktadır. Bazı gerekçe metinleri 4857 sayılı İş Kanunundan adapte edilmiş ancak bu metinlerin Yeni Borçlar Kanunu hükümlerinde yer verilmeyen hususlara ilişkin kısımları ayıklanmamıştır. Bu nedenle, madde metninde bulunmayan bazı hususların gerekçe me-

tinlerinde yer aldığı görülmektedir. Yine bazı madde metinleri ile gerekçelerinin çelişmekte olduğu gözlenmektedir. Söz konusu madde gerekçelerinin titizlikle gözden geçirilerek daha özenli bir biçimde kaleme alınmış olması Kanunun daha sağlıklı ve tereddüte yer vermeyecek şekilde uygulanmasını sağlamak açısından büyük önem taşımaktadır.



# HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER

Doç. Dr. M. Erdem ÖZDEMİR\*

## I. GİRİŞ

İş hukuku 1970’li yıllara kadar işçi lehinde yükselen bir çizgi izlemiş ve her geçen gün işçilerin aldığı haklara yenileri eklenmiştir. Nitekim bu yıllarda sosyologların tartıştığı konulardan biri şuydu: “çalışmak için mi yaşamak” yoksa “yaşamak için mi çalışmak” (*live to work or work to live*) esastır ? Bu soruya 70’li yıllarda verilen yanıt, çalışmanın sadece bir araç olduğu yolunda idi. Nitekim, çalışma saatlerinin azaltılması, izinlerin arttırılması, işçinin boş zamanının arttırılması bu dönemde iş hukukunun başlıca gündem maddelerini oluşturmaktaydı.

Ancak petrol krizi, ekonomik gerileme süreci ve tam istihdamdan uzaklaşılması ile birlikte artık bu sorunun anlamsız kaldığını görüyoruz. Günümüzde işçiler, az çalışmayı ve çok izin yapmayı değil, herhangi bir işe sahip olabilmeyi büyük bir şans olarak görüyorlar. Artık işçiler, sadece işsiz kalmamanın derdine düşmüş durumdadır.

Buna göre konjonktür iş hukukunu da biçimlendiriyor ve değiştiriyor. Bu hızlı gelişim ve değişime hukuk sisteminin hızla uyum sağlaması gerekiyor. Bu konuda özellikle kanunkoyucunun iş hukukunun dinamiklerini doğru şekilde okuması ve hayata geçirmesi hayati önem taşıyor.

Yeni Borçlar Kanununda, sadece Borçlar Kanunu kapsamında çalışanları değil, iş kanunlarına tabi tüm çalışanları da etkileyecek nitelikte son derece önemli hükümler getirildiğini görmekteyiz. Ancak, genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, kanunkoyucunun çağdaş iş hukukunun gelişim çizgisini yakalayamadığı, kanunun Fransız hukukçuların deyimi ile “*civiliste*” (medeni-liberal) bir görünüm arzettiği (her ne kadar bazı konularda, örneğin ibranameelerde olduğu gibi tam aksi bir yol izlense de), bizim iş hukukumuza göre geri olan İsviçre Hukukundan gereksiz yere fazlasıyla etkilenildiğini görüyoruz. Konunun ayrıntılarını aşağıda inceleyecek ve değerlendireceğiz.

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## II. HİZMET SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE BAĞLI TAZMİNATLAR

### 1. Fesih Tazminatı

Hizmet sözleşmesinin işverence nedensiz olarak feshi durumunda, işçiye kıdem tazminatına karşılık gelecek nitelikte bir tazminat ödenmesinin söz konusu olmaması Borçlar Kanundaki önemli bir eksiklik idi. Nitekim, yeni Borçlar Kanununa göre; işverence yapılan ve haklı sebebe dayanmayan fesihlerde hakim tüm koşulları dikkate alarak işçiye 6 aylık ücretini aşmayacak oranda tazminata hükmedebilecektir. Tam anlamıyla kıdem tazminatına karşılık gelmemekle birlikte getirilen bu düzenleme genel olarak isabet taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, İş Kanununda yer alan kıdem tazminatı sadece hukuka aykırı feshi yaptırım altına almaz, aynı zamanda emeklilik evlilik gibi durumlarda da öneri ve bu şekli ile bir tür ikramiye, yani ücrete yaklaşır. Bu noktada, sadece işverence haklı olmayan fesihlerin yanı sıra, evlilik, emeklilik ve askerlik gibi durumlar için de uygun bir tazminat getirilmesi yerinde olacaktır. Borçlar Kanununda, tazminatı belirlerken hakime takdir hakkı verilmesi ise yerinde olmuştur. Tazminatın takdirinde, hakim, işçinin kıdemini göz önüne alabileceği gibi, işyerinin ve işverenin ekonomik durumunu da gözetebilecektir.

### 2. Kötüniyet Tazminatı

İşverenin hizmet sözleşmesini herhangi bir nedene dayanmaksızın sona erdirebileceğinin kabul edildiği liberal hukuk düzenlerinde de fesih hakkının sınırsız biçimde tanınması söz konusu olmamıştır. Nitekim, işverenin fesih hakkını sınırlandıran mekanizmalardan biri de, “fesih hakkının kötüye kullanılması” teorisidir<sup>1</sup>. Fesih hakkının kötüye kullanma teorisi, 1475 sayılı Yasa döneminde, 4773 sayılı Yasa ile iş güvencesine ilişkin düzenlemeler hukuku muza girinceye kadar, işverenin fesih hakkını sınırlandıran kurumlardan biri olmuştur<sup>2</sup>. Ancak, iş güvencesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından bu kuruma ayrıca gerek kalmamaktadır.

Tarihsel gelişim süreci ve mukayeseli hukuk bakımından<sup>3</sup> konu incelendiğinde, fesih hakkını kötüye kullanma teorisinin iş güvencesi ile temelde aynı amaca hizmet eden<sup>4</sup>, ancak deyim yerindeyse, daha ilkel bir meka-

<sup>1</sup> *Süzek*, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, 69 vd.

<sup>2</sup> Bkz. N.Çelik, İşçinin Feshe Karşı Korunması, Reşat Kaynar'a Armağan, İstanbul 1981, 49 vd; S. Taşkent, İş Güvencesi, *Eyrenci-Sağlam-Taşkent-Ulucan*'ın ortak yayını, Çalışma Hayatının Güncel Sorunları, İstanbul 1987, 74 vd.

<sup>3</sup> Bkz. *Eğin*, Hizmet sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul 2003, 19.

<sup>4</sup> Fesih hakkının kötüye kullanılması teorisi, işverenin bildirimli fesih hakkını sınırlandırmak amacına hizmet eder. Buna göre, işçinin hizmet sözleşmesini haklı biçimde sona erdirmesi durumunda, fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilemez. Nitekim, Yargıtay da sözleşmenin işçinin haklı nedenle ya da başka bir şekilde feshi halinde de kötüniyet tazminatına karar verilemeyeceğini kabul

nizma olduğu görülür. Gerçekten iki sistem arasında, önemli farklılıklar vardır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında, fesih haksız veya kötünietli dahi olsa, hakkın kullanıldığı her durumda sözleşme sona erer ve işçi ancak şartları varsa kötüniet tazminatına hak kazanır. Oysa iş güvencesi sisteminde aslolan iş ilişkisinin devamıdır<sup>5</sup>. İki sistem arasındaki ikinci belirgin fark, ispat yükü bağlamında görülür. Nitekim, fesih hakkının kötüye kullanılmasında, ispat yükü, genel kurallar uyarınca işçideyken, iş güvencesi sisteminde, sözleşmenin devamı kural, fesih ise istisnadır; dolayısıyla, feshin geçerli nedene dayandığının ispatı işverenden beklenir<sup>6</sup>. Nitekim, *Süzek* de; “İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması” konulu eserinin sonuç kısmında, bu hususu şu şekilde vurgulamıştır; “...İncelememiz içinde vardığımız en genel sonuç, zamanının modern iş hukukunun yarattığı bu ikinci müessese (iş güvencesi) lehinde işlediği, gelişmenin doğrultusunun işçilerin iş güvencesinin sağlanması yönünde olduğudur. Gene incelememizin bizi ulaştırdığı bir diğer sonuç da, feshe karşı korumada eskiden işçiler lehinde tek araç olan hakkın kötüye kullanılması teorisinin ikinci plana düşmeye başladığı, günümüz iş hukukunda iş güvencesinin korunması amacıyla daha etkili sistemlerin geliştirildiğidir”<sup>7</sup>.

**4857 sayılı Kanunumuzda, iş güvencesi modeli kabul edilmiş, ancak kanun kapsamına girmeyen işçiler bakımından kötüniet tazminatı korunmuştur. Buna karşılık mevcut Borçlar Kanunumuzda, işçileri kötünietli feshe karşı koruyan bir hüküm mevcut değildi. Eskisinde mevcut olmayan kötüniet tazminatının yeni kanunda düzenlendiğini görüyoruz. BK m. 434. hükmüne göre hizmet sözleşmesi işverence kötünietle sona erdirilir ise, işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bu yenilik, Borçlar Kanununa tabi olarak çalışan işçiler bakımından yerinde olmuştur. İş güvencesi olmayan bir modelde, en azından kötüniet tazminatını bulunması çağdaş iş hukukunun bir gereğidir. Sonuç olarak, anılan düzenleme isabetlidir.**

### 3. İhbar Süreleri ve Tazminatı

Yeni Borçlar Kanununun 431. maddesine göre taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı vardır. 432. maddeye göre ise, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki

---

etmiştir (Y.9HD,8.5.2002, 219/7309, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

<sup>5</sup> *Engin*, Hizmet sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, 20-21.

<sup>6</sup> *Engin*, Hizmet sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, 21.

<sup>7</sup> *Süzek*, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 203.

hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer. Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir. İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir. Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır. Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez.

Yeni Borçlar Kanununda, dikkat çeken ilk yenilik ihbar sürelerinin artırılmış olmasıdır. Gerçekten eski kanundaki ihbar süresi yeterli değildi. Buna göre söz konusu sürelerin artırılması yerinde olmuştur. İhbar süreleri konusunda getirilen esaslar şu şekildedir:

- Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir.
- Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır.

Bu anlayış klasik İsviçre doktrinini yansıtmaktadır; oysa ihbar sürelerinin her iki taraf için de tam bir eşitlik içinde düzenlenmesi anlayışı isabetli değildir. Bize göre, bugün, hala doktrinde de izlerini gördüğümüz ihbar sürelerinin kısaltılmayacağı yolundaki tabunun öncelikle işçi açısından yıkılması zorunludur. Buna göre, ihbar süreleri işçi açısından kısaltılabilmelidir. Dolayısıyla, 4857 sayılı Kanunun da benzer şekildeki düzenlemesi de bize isabetli değildir; Borçlar Kanununun düzenlemesi de yerinde olmamıştır. Gerçekten, *Ekonomi'nin* de haklı olarak vurguladığı gibi, ülkemizde işçilerin genellikle bildirim süresine uymadıkları, işverenlerin de ihbar tazminatı isteği ile dava açmadıkları, hatta işçilerin, işverenin kabulü dahilinde bildirim sürelerine uymaksızın işten ayrıldıkları bilinen bir gerçektir. Bu hususta Kanuna uygun düşmeyen davranışlara devam etmek yerine, sözleşmeler veya sadece toplu iş sözleşmeleri ile bildirim sürelerinin kısaltılması olanağı getirildiğinde, işçinin yararına olmasının yanında işverenin de kesin olarak uyulmasını bekleyeceği bir sürenin tespiti için geçerli bir çözüm yolu sağlanmış olacaktır<sup>8</sup>.

İkinci olarak, ihbar sürelerinin artırılması durumunda her iki taraf için de bunun geçerli olacağı görüşünün de aşılması gerekir. Çağdaş iş hukukunun hizmet sözleşmesinin feshi konusuna yaklaşımı “ tarafların eşitliği” değil, “işçinin korunması” düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla, ihbar önelleri bakımından da işçinin korunması ilkesini ön plana alan bir yorum tercih edilmelidir. Nitekim Fransız Hukukunda yer alan düzenlemeler bu konuda güzel bir örnek oluşturmaktadır. Gerçekten, Fransız hukukunda, işverenin uymak zorunda olduğu ihbar oneli yasa ile düzenlenmişken, işçi bakımından bu husus

<sup>8</sup> Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik, Ankara 1995, 27-28.



yasal düzenleme konusu yapılmamış ve taraf iradelerine bırakılmıştır. Uygulamada, toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri veya adete göre işçinin uymak zorunda olduğu ihbar öneli belirlenmektedir<sup>9</sup>.

İhbar sürelerinin tek yanlı olarak artırılmasının işçiyi feshe karşı koruyucu bir yönü vardır ve nitekim Yargıtayımız da iş kanunu kapsamında verdiği kararlarda ihbar sürelerinin artırılmasının sadece işçi lehinde geçerli olacağını, sözleşmeyi fesheden taraf işçi ise, yasal sürenin uygulanacağını son derece isabetli biçimde uzun yıllardır kabul etmektedir. Dolayısıyla, ihbar sürelerine ilişkin düzenlemede gerek Yüksek Mahkemenin isabetli görüşü, gerekse de çağdaş iş hukuku anlayışı göz ardı edilmiş bulunmaktadır.

Yine, işçinin ihbar öneline uymaması durumunda; işverenin isteyebileceği tazminat konusunda Borçlar Kanunu belirsizlik yaratmaktadır. Nitekim, madde 439 hükmüne göre; işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. Burada ihbar tazminatına karşılık gelecek şekilde, ihbar süreleri esas alınarak bir tazminatın açıkça öngörülmediğini görüyoruz. Yani işçi işi bırakır ise, işveren sadece ¼ maaş tutarında tazminat isteyebilecektir. Bu tazminatın neden bu şekilde öngörüldüğünü anlayabilmiş değiliz. Bu hüküm eğer ihbar tazminatına karşılık geliyor ise; bunun ihbar sürelerini esas alınarak düzenlenmesi gerekirdi.

Borçlar Kanununda belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin önemli düzenlemeler de yer verildiğini görmekteyiz. Nitekim; BK m. 430'a göre; belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir. Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder. Sözleşmenin fesih bildirimiyile sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Belirli süreli iş sözleşmelere ilişkin olarak; esaslı sebebin olmaması durumunda sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşeceği yolundaki düzenleme isabet taşımaktadır.

Borçlar Kanunu m.430'a göre; taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilecek; Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade edecektir. Bu düzenlemenin ise isabetsiz olduğu kanısındayız. Bugün Batı Av-

---

<sup>9</sup> *Pélissier/Supiot/Jeamnaud, Droit du Travail, Dalloz 2002, 482-483.*

rupa ülkelerine baktığımızda belirli süreli sözleşmelerinin genelde “en fazla süre” ile (örneğin 18 veya 24 ay gibi) kısıtlandığını görüyoruz. 4857 sayılı Kanun hazırlık sürecinde tartışılmakla birlikte, belirli süreli sözleşmeleri ilişkin bir üst sınır getirilmemiştir. Buna göre 4857 sayılı Kanunun düzenlemesi yerinde olmamıştır. Aynı şekilde Borçlar Kanununda belirli süreli sözleşmenin 10 yıl dan fazla yapılması gibi bir olasılık hakkında hüküm getirilmesi anlamsızdır. 10 yıllık bir sözleşmeye çalışma hayatında rastlamak imkansız olduğu gibi, böyle bir sözleşme yapmak rasyonel de değildir.

## 2. Cezai Şart ve İbranameler

### a. Cezai şart

Borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilememesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı üstlendiği edim olarak tanımlanan<sup>10</sup> cezai şart, kaynağını tarafların iradesinde bulur ve sebebi asıl borcun garanti altına alınmasıdır<sup>11</sup>. Cezai şart, akde aykırılığa karşı etkili bir silah olarak görünür ve bu sayede borçlu, zamanında ve gereği gibi borcunu ifa etmeye zorlanır<sup>12</sup>. Gerçekten, borcun ihlal edilmesi halinde nasıl hesaplanacağı ve ne kadar tutacağı henüz belirsiz olan bir tazminat yükü altına girmekten pek fazla çekinmeyecek olan borçlu, borcu ihlal ettiği anda alacaklının uğradığı zarara bağlı olmaksızın doğacak önceden belli bir cezanın kararlaştırılması durumunda, daha dikkatli ve özenli davranma zorunluluğu duyacaktır<sup>13</sup>. Sözleşme taraflarının, işçi ya da işveren bakımından cezai öngörmeleri mümkündür. İşveren bakımından, uygulamada özellikle hizmet sözleşmesinin feshine ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin cezai şarta bağlandığı görülmektedir. Cezai şart işçi aleyhine de öngörülebilir. Ancak, hizmet sözleşmesinde işçi aleyhinde cezai şart öngörülmesi, ekonomik yönden güçlü işverenin çok yüksek miktarda bir tutarı işçiye kabul ettirmesi riskini de beraberinde getirmektedir. Nitekim, Yargıtay bu riski dikkate alarak, işçi aleyhinde getirilen cezai şartları sınırlamalara tabi tutmuştur. Yüksek Mahkeme, öncelikle, cezai şartın geçerliliğini belirlerken bunun işçi ve işveren bakımından “karşılıklı olup olmaması” noktasından hareket ederek, cezai şart işçi ve işveren açısından karşılıklı olarak değil de sadece işçi için öngörülümüşse, bunun tek yanlı olarak işçi aleyhine yapılan bir düzenleme

<sup>10</sup> *Reisoğlu*, Borçlar Hukuku, İstanbul 2005, 356; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, 341; P. *Antonmattei*, Contrat de Travail (Conclusion), Ed. Juris-Classeur-1997,(Travail/Traité), Fasc. 17-12, 26.

<sup>11</sup> D. *Mazeaud*, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, Droit Social Avril 1994, 344; *Antonmattei*, Contrat de Travail, 26.

<sup>12</sup> *Mazeaud*, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, 344.

<sup>13</sup> *Oğuzman/Öz*, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 385; *Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop*, 342.

niteliğinde olduğu gerekçesiyle işçiyi bağlamayacağı sonucuna ulaşmış<sup>14</sup>, buna mukabil karşılıklı olarak öngörülen cezai şartı geçerli olarak kabul etmiştir<sup>15</sup>. Yüksek Mahkemeye göre, işçinin aleyhine daha fazla miktarda cezai şartın öngörülmüş olması halinde, daha düşük olan, işveren aleyhindeki cezai şartın göz önünde tutulması ve bunun üzerindeki kısmın geçersiz sayılması gerekir<sup>16</sup>.

Cezai şart ile ilgili 420. maddeye göre; “hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir”. Söz konusu düzenleme ile, Yargıtayın görüşü bir anlamda yasalaşmış olmaktadır.

### **b. İbraname uygulamaları**

Hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, uygulamada son derece yaygın bir biçimde, işçiye imzalatılan ve işçinin alacaklarının tamamını aldığını ve hiçbir alacağı kalmadığını gösteren ibranameler iş hukukumuzda tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır<sup>17</sup>. Yargıtay bu belgelerin geçerliliği ve ispat değeri konusunda vermiş olduğu kararlarla uygulamaya yön vermiştir. İbraname uygulaması, iş hukukumuz bakımından önemli bir sorunu oluşturmaktadır. Ancak, bu sorunun çözümü konusunda 4857 sayılı İş Yasası herhangi bir çözüm getirmemiştir.

Buna karşılık, yeni Borçlar kanununda ibranameye ilişkin önemli bir düzenleme getirildiğini görüyoruz. İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra söz-

<sup>14</sup> Y. 9.HD, 17.11.1992, E. 1992/8777 K.1992/12603 ve P. *Soyer*'in incelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1993, 306-308; Y.9HD, 26.6.1997, E. 1997/10135 K.1997/13040, C.İ.*Günay*, İş Kanunu I, Ankara 1999, 300; HGK, 17.12.1997, E. 1997/9-816 K.1997/1062, Tekstil İşveren, Mart 1999, 15-16; 21.1.191 1997/19361 K.1998/389, Tekstil İşveren, Mayıs-Haziran 1998, 14; 2.3.1998. E. 1997/215; 1998/2833, YKD, Ekim 1998, 1483-1484.

<sup>15</sup> Yargıtaya göre, “...Taraflar arasında akdedilen bir yıllık belirli süreli hizmet sözleşmesinin süre bitiminden sonra feshedilmemesi nedeniyle sürenin bir yıl daha uzadığı taraflar arasında ihtilaf konusu değildir Sözleşme gereğince taraflardan birisinin hizmet sözleşmesini haklı bir sebep olmadan feshetmesi hâlinde Öngörülen 3000 USD 'nin cezai şart olduğu belirtilmiştir. Mahkeme iddiayı yerinde görerek 3000 USD' na hükmetmiştir. BK' nun 161/son maddesine göre hükmedilen miktar fahiş olup bir indirimle gidilmemesi hatalıdır” 14.02.2005 2004/14528 2005/4135, (Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005, sayı:6, 705

<sup>16</sup> Y.9.HD, 26.3.1997, E. 1996/22867 K.1997/6102, C.İ.*Günay*, İş Kanunu I, Ankara 1998, m. 13 dn. 125.

<sup>17</sup> Bkz. İ, *Sayı*, İbraname ve Hukuku Değeri, İşveren Dergisi, Ekim 1968/I, 28; M.*Sözen*, Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Adalet Dergisi, 1973/10, 856 vd.; Y.*Kabalak*, Yargıtay Kararlarına Göre İş Hukukunda İbra Belgeleri, İstanbul Barosu Dergisi, 944 vd.; M.*Doğan*, Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, İBD, Ekim/Kasım/Aralık 1990, 175 vd; H.*Keser*, Türk İş Hukukunda İbraname Uygulamalı, Kamu-İş Dergisi, Temmuz 1999/105 vd.; Ş.*Çil*, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Kamu-İş Dergisi, 2004/3, 129 vd.

leşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksan-sız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür (m.420/2).

Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur (420/3).

İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır(420/4).

Borçlar Kanununun bu düzenlemelerinin isabet derecesi tartışmaya açıktır. Miktar içermeyen ibranamelerin, işçiler bakımından aleyhte bir durum yarattığı uzun zamandır tartışılan bir konudur. Bu noktada ibranamelerin değişik yönlerden sınırlanması akademik çevrelerde ve uygulamada da sıkça tartışılmıştır. Ancak Borçlar kanunun bu düzenlemesi “sınırlama” kavramını aşmış, deyim yerinde ise, ibranameler tamamen etkisiz hale getirilmiştir. Gerçekten, ibraname sadece basit bir makbuzla dönüştürülmüştür. Maddede ibradan bahsedilmekle birlikte, içerikte “ibra” kavramını dahi görememekteyiz. İbranın yerini, deyim yerindeyse “ifa” almıştır. Maddenin teknik açıdan isabetsizliği açıktır. Ulaşmaya çalıştığı hedef yönünden de aşırılığa kaçılmış olup, madde bu şekli ile yerinde olmamıştır<sup>18</sup>.

### III. HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE REKABET YASAĞI

Yeni Borçlar Kanunu, rekabet yasağına ilişkin olarak da önemli düzenlemeler getirmiştir. Nitekim, BK. 444. madde hükmüne göre; “- Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir. Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir(f.II).

Rekabet yasağının sınırlarını belirleyen 445. maddeye göre ise; “Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırla-

<sup>18</sup> Bkz. E. Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 398 vd.

malar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz (f.I). Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir (f.II).

Rekabet yasağına ilişkin olarak üç önemli değişiklik ve yenilik dikkat çekmektedir:

**İlk olarak rekabet yasağına aykırılığın tespitinde yeni bir ölçüt göze çarpmaktadır. Nitekim eski borçlar kanununda, iki ölçüt getirilmişti: Müşteri çevresine nüfuz etme ve işin esrarına hakim olma. Bu ölçütlerin yeni Borçlar Kanunda korunduğunu görüyoruz. Yeni kanuna göre, rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir. Dikkat edilecek olur ise, burada “işverenin yaptığı işler” şeklinde bir üçüncü ölçüt daha getirilmiş olmaktadır.**

Kanımızca İsviçre Borçlar kanunundan alındığı (Fransızca metin) anlaşılın<sup>19</sup> bu ölçüte de bir anlam verebilmek mümkün değildir. Bu değişiklik yasağın geçerlilik koşullarını işveren lehinde anlamsız biçimde genişletecektir. Her ne kadar bu koşulun maddede daha sonra gelen zarar tehlikesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekeceği söylenebilirse de, uygulama bakımından yerleşmiş, somut biçimde denetim konusu yapılabilen ölçütlere soyut ve belirsiz bir ölçüt eklemenin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

İkinci önemli değişiklik rekabet yasağının bir üst sınır ile sınırlandırıldığını görüyoruz. Maddeye göre, rekabet yasağı özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz. Bu da isabetli bir düzenleme olmakla birlikte “özel durumlar dışında” aşamaz derken, özel durumlardan neyi kastettiğini anlamak mümkün değildir.

Üçüncü olarak rekabet yasağının sınırlandırılmasında, işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutulması öngörülmüştür ki bu düzenleme isabet taşımaktadır. Dikkat edilir ise, maddede, işverenin üstlendiği karşı edimden söz edilmiştir. Ancak böyle bir kavramdan söz edilmesine rağmen kanun bu kavramı olması gerektiği gibi düzenlememiştir. Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin olarak birçok ülkede, işçinin rekabet yasağı altına girmesinin karşılığı olarak işverenin de ona bir karşı

<sup>19</sup> Art. 340/2 : “La prohibition de faire concurrence n’est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d’avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d’affaires de l’employeur et si l’utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l’employeur un préjudice sensible”.

edimde bulunma yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Örneğin Alman Ticaret kanununa göre rekabet yasağının geçerliliği, her yıl için son ücretin yarısı kadar bir karşı edimde bulunma şartına bağlanmıştır. Benzer şekilde İspanyol Hukukunda, Portekiz hukukunda, İtalyan hukukunda, Avusturya hukukunda işverenin karşı edim yükümlülüğü mevcuttur. Macaristan'da, sınırlanan her yıl için işçinin ücretinin %25-50 arası değişen bir oranının ödenmesi gerekmektedir. Hollanda'da 2005 yılında yürürlüğe giren yasa ile, rekabet yasağı bir yıl ile sınırlanmış ve işverene makul bir karşı edimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. İsveç'te ise, işverenin işçinin kayba uğradığı ücretin % 60'ını karşılayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Polonya'da ise bu oran % 25 olarak belirlenmiştir. Fransa gibi bazı ülke hukuklarında ise, yasada bir hüküm bulunmamakla birlikte, uygulamada toplu iş sözleşmeleri ile işverenin karşı edim borcu düzenlenmektedir<sup>20</sup>. Buna göre karşı edimin kanunumuza alınmamış olması önemli bir eksiklik oluşturmaktadır.

#### IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

**Sonuç olarak Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümleri incelendiğinde, feshi ihbar önellerinin arttırılması, kötüniyet tazminatı ve haksız fesih tazminatı getirilmesi gibi son derece olumlu düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Ancak bu düzenlemeler kendi içinde eksiklikler ve tutarsızlıklar içermektedir.**

**Bunun temelinde ise, Borçlar Kanunu düzenlemelerin çağdaş iş hukukunun ruhunu yakalayamamış olması yatmaktadır. Kanun hükümleri klasik Borçlar hukuku anlayışı ve bugün hukukumuzdan daha geri durumda olduğunu düşündüğümüz İsviçre hukukunun etkisi altında yapılmıştır.**

**İhbar sürelerinde getirilen eşitlik, 10 yıldan daha fazla belirli süresi sözleşme yapılabileceğini düşünülmesi gibi, bugün çağdaş iş hukukunda aşılan hususlar maalesef kanunlaşmış bulunmaktadır.**

**Cezai şart ve ibraname ile ilgili hükümler de ciddi aksaklıklar içermektedir ve bunlar uygulamada yeni sorunlara da yol açacak gibi gözükmektedir.**

**Rekabet yasağının süre bakımından sınırlanması isabetli olmakla birlikte, "işverenin işleri hakkında bilgi sahibi olma" gibi, soyut ve anlamsız bir ölçüte yer verilmesi yerinde olmamıştır. Rekabet yasağında karşı edim getirilmeyerek çağdaş iş hukukundaki gelişmeler gözardı edilmiştir.**

<sup>20</sup> Bu konuda bilgi ve kaynaklar için bkz. E. Özdemir, İş Sözleşmesinin İçeriği Ve Ücret, III. Yılında Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento Ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası yay., 2005, 50-51.

# YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 475. MADDESİNİN SON FIKRASI AÇISINDAN, YÜKLENİCİNİN TESLİM ETTİĞİ ESERİN AYIPLI OLMASI SORUNU

Prof. Dr. Abdulkadir ARPACI\*

## I. GENEL OLARAK

Bilindiği gibi, ülkemizde hemen hemen her gün kanun değişmekte veya yeni kanun yapılmaktadır. Aynı durum, daha da hızlı olarak, tüzük, yönetmelik, genelge v.s. bakımından da kendini göstermektedir. Öyle ki, bu gidiş ve moda karşısında, insan, kendine dönüp, “acaba, niçin hukukçu oldum” diye sormak istiyor. Gerçekten, bir kalem darbesiyle kütüphanelerin, yıllarca verilen emeklerin ve oluşan içtihatların saf dışı edilmesine gönül razı gelmiyorduk.

Hele, büyük kanunlar sil baştan kaleme alınırsa, onların madde numaraları değişirse, çok uzun yılların ve hatta bazı noktalarda yüzyılların şekil ve anlam kazandırdığı terimler (ıstılahlar) bir çırpıda atılırsa, sokakta bile kullanılmayan, köylünün, kentlinin, yani halkın dahi anlamadığı ve kullanmadığı kelimeler kanunlarda kullanılırsa, öte yandan bu yapılırken eskimiş diye beğenilmeyen birçok terimin yerine başkası bulunamadığı için onların da birlikte kullanılması gibi terim çoksensliliği ve doğal olarak tutarsızlık ve özensizliği sergilenirse insan yukarıdaki soruyu sormaktan kendini nasıl alabilir?

Ne yazık ki, ülkemizin bugünkü gerçeği budur. Elin Avrupalısı, artık tarihi metinler haline gelmiş kodları kullanırken, değişiklik ve yenilikler gerektiğinde de, madde numaralarına harfler ekleyerek numaraları muhafaza ederken ve böylece hukukçunun dilini elinden almazken, biz, onları da sollayarak, hem de yeni ve orijinal kanun yapmış olma eda ve havası ile hukuk istikrarını hiçe sayabiliyoruz.

Bir ülkedeki kanun bolluğu ve sıkça kanun değiştirme alışkanlığı, o ülkedeki hukukun gelişimine ve giderek hukuk güvenliği ve istikrarına önemli zararlar verecektir. Şunu da söylemek gerekir ki, bugün yapılanlar, yeni kanun yapmaktan çok, mevcut kanunları (Medeni Kanun, Borçlar Kanunu gibi kodları), dilini ve düzenini değiştirerek (bazen de bozarak) yeniden yazmaktan başka bir şey değildir.

Bizim asıl sorunumuz, kanunlarımızın yetersizliği veya yanlışlığı değildir. Asıl sorun, iyi hukukçu yetiştirmekteki başarısızlığımızdır. En iyi kanunla-

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

rın bile, iyi olmayan hukukçuların elinden geçerek çok kötü sonuçlar vereceğini hemen herkes bilmektedir.

Konuya ilişkin sözü fazla uzatmadan söyleyelim ki, 818 Sayılı Borçlar Kanunu da söz konusu modadan nasibini almış, tabir caizse, bir çınar daha devrilmiştir. Yeni Borçlar Kanunu, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Umulur ki, bu Yeni Kanun da, mesela Yeni Türk Ceza Kanunu gibi “yamalı bohça”ya dönüşmez.

Aşağıda, yeni Kanunun 475. maddesini ele alacağız. Bu hüküm çok ufak eklemeler dışında mevcut Borçlar Kanununun, yani 818 sayılı Kanunun 360. Maddesinin tekrarıdır.

## II. KONUYA DAHA YAKINDAN BAKIŞ

Bugün yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu, mad. 360 hükmüne göre, eser, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet ölçüğünde kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı ise veya sözleşmeye aykırılık taşıyorsa iş sahibi onu kabulden kaçınabilecektir. (BK 360/I). Aynı hüküm, ayıp veya sözleşmeye aykırılığın bu derecede önemli olmaması halinde, iş sahibinin, ancak, bedel indirimi yahut büyük masraf gerektirmiyorsa tamir isteyebileceğini belirtmiştir. (BK.360/II). Nihayet, hükmün son fıkrası uyarınca, eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılmışsa ve eserin yıkılıp kaldırılması da (ref'i ve kal'i) fazla bir zarar doğuracak ise, iş sahibi, ancak ikinci fıkra gereğince muamele yapabilecektir. Diğer bir deyişle, bu ihtimalde, ilk fıkra uygulanamayacaktır.

Yeni Borçlar Kanunu'nun zikri geçen 475. maddesi de, esas itibarıyla, aynı düzenlemeyi getirmiştir. Söz konusu düzenlemelerin, yani mevcut BK. 360 ve yeni BK. 475 hükümlerinin son fıkraları bazı durumlarda adil olmayan sonuçların doğumuna sebep olabilecek niteliktedir. Bu sakıncalı durum, yeni Kanun yapılırken giderilebilirdi. Ne var ki, yeni Borçlar Kanununun birçok hükmünde yapıldığı gibi, bu hüküm de öncekinin (mevcut BK. 360'ın) tekrarıdır.

Söz konusu son fıkraya göre, “eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını” kullanamayacaktır. Bu düzenleme, değinildiği üzere, bazı olaylarda adaletsiz sonuçlar doğuracak niteliktedir. Mesela, müteahhit (yeni Kanunun diliyle, yüklenici), eser sözleşmesi uyarınca, iş sahibinin arsası üzerinde son derece lüks malzeme ile yirmi katlı muhteşem bir apartman yapmış, fakat temelde inşaat tekniği bakımından vahim hatalar işlemiştir. Öyle ki, söz konusu binanın sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracak, binaya tahammül etmesi ise hak ve adalet duyguları ölçüğünde iş sahibinden istenemeyecektir. Bugün yürürlükte olan BK. 360/son hükmünde, bu hal için maddenin ikinci fıkrasına atıf yapılmakta ve ancak bu fıkra ile amel edilebileceği, yani iş sahibinin bedel indirimi veya onarım mümkünse ve aşırı masrafı da gerektirmi-



yorsa onarım ile yetinilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yeni Kanun, bu bakımdan, sadece, sözleşmeden dönülemeyeceğini söylemiştir. Ancak, Yeni Kanun açısından da, dönme yoluna gidemeyen iş sahibinin bedel indirimi veya aşırı masraf gerektirmiyorsa ücretsiz onarım istemesi mümkün görülmek gerekecektir. (Yeni BK 475/I, b.2 ve 3).

Görülüyor ki, şayet Kanun'un metnine bakarsak, örneğimizdeki apartmana iş sahibinin katlanması gerektiği, ancak kendisinin bedel indirimi istemesinin de mümkün olduğu sonucuna varmamız gerekiyor. Bu sonucun haksızlığını söylemeye gerek bile yoktur.

Yeni Kanun yapılırken de, tıpkı halen yürürlükte olan BK. 360/son hükmünde görüldüğü gibi, işaret edilen söz konusu haksız sonuç düşünülmemiştir. Hukukçuya düşen görev ise, hukuk kurallarının aksayan yönlerini, hak ve adalet ilkeleri doğrultusunda, ama hukuk tekniğini de gözetenek, yani işi keyfiliğe götürmeden düzeltmektir. Hukukçu, elbette kendini kanun koyucu sanmayacaktır. Ancak, hukukçu, hukuk kurallarının yanlışlarını ve eksikliklerini görmezden gelerek hak ve adaleti o kurallara feda etmekle de kendini görevli sayamayacaktır. Burada, çok nazik bir denge söz konusudur. Hukukçunun bulacağı çözüm, hem adil olmalı, hem de keyfi nitelik taşımamalıdır.

Bu düşüncelerden hareketle, Yeni BK. 475/son hükmü bakımından dahi, tıpkı yürürlükteki BK. 360/son hükmü için kabul ettiğimiz gibi, "gerçek olmayan boşluk" çaresine başvurmak gerektiğine inanmaktayız. Gerçekten, burada, söz konusu çareye başvurmak için gerekli şartlar oluşmuştur. Bu noktada "örtülü boşluk"tan söz etmek de mümkündür. Öyleyse, Kanundaki bu boşluk doldurulacaktır. Söz konusu boşluk, aynı hükmün ilk fıkrasının birinci bendi kıyasen uygulanmak suretiyle doldurulabilir. Diğer bir deyişle, ele aldığımız örnekte ve benzerlerinde iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir.

Kıyasen uygulamanın boşluk doldurma yöntemi olmadığını, bunun Kanunu uygulamak anlamına geleceğini kabul eden görüş açısından ise, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi, boşluk kavramına başvurmadan da kabul edilebilir.

Şunu da belirtelim ki, yukarıda vardığımız sonuç, eserin ayıplı olmasında iş sahibinin kusurunun bulunmadığı hallere münhasırdır. Aksi takdirde, iş sahibi dönme yoluna gidememelidir. Esasen, Yeni BK. 476 hükmü de, bu sonuca varmayı gerektirmektedir.

Acaba, boşluk doldurma veya kıyasen de olsa kanunu uygulama yöntemi ile bir süre getirilebildiğine göre, bu konuda bu kadar söz söylemek gerekir miydi? Hemen ifade edelim ki, bu sorunun cevabı olumlu olmalıdır. Zira, her uygulayıcının hukuk bilgini olduğu asla söylenemez. Sadece kanunun sözüne bakarak hukukçuluk yapanların sayısı hiç de az değildir. Öyleyse bu kabil incelemelere ve çözüm tarzlarına şiddetle ihtiyaç vardır.

Şayet, incelemekte olduğumuz 475. Maddenin son fıkrasındaki “...sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa” ifadesinden hemen sonra “somut olayın özellikleri ve aksini gerektirmiyorsa” ibaresi Kanuna eklenmiş olsaydı, işte o zaman bu kadar kelâm etmeye hâcet kalmazdı.

## VI. SONUÇ

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılmaktadır ki, sık sık kanun değiştirmek, hele temel kanunlarla oynamak, hukuki istikrarı bozacağı gibi, konuya ilişkin bilimsel ve yargısal gelişme sürecini de olumsuz etkileyecektir. Üstelik, temel kanunlar, gerekmediği halde yeniden kaleme alınırken eskisinin tekrarı ile yetinme yolu seçilirse, eleştiri de kaçınılmaz olur.

Yeni Borçlar Kanununun bu yazıda ele aldığımız 475. Maddesinin son fıkrasındaki düzen tarzı da, “eskisine dokunmadan değiştirme” nin bariz örneklerinden olmuştur. O zaman, elbette sorulur: Niçin değiştirdiniz?

Anılan düzen tarzının haksız sonuçlarının doğumuna sebep olmaması için, kanunda boşluk olduğunu veya bir görüş kabul edilerek boşluk kavramına da başvurmadan kıyasen uygulamayı kabul etmekten başka çare yoktur.

Umarız ki, yukarıda işaret ettiğimiz ifade kanuna eklenir. Umarız ki, yeni Kanundaki diğer aksaklıklar da giderilir. Yine umarız ki, artık, istikrar kazanmış terimlere ve özellikle temel kanunlara dokunulmaz.

# 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE ESER SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA\*

## GİRİŞ

Çalışmanın konusu, 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile eser sözleşmesinde yapılan değişikliklerin değerlendirilmesidir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile bir taraftan, reform ya da devrim niteliği taşıyan bazı değişiklikler yapılmış, yeni düzenlemeler getirilmiştir: Kanuna ilk defa dâhil edilen genel işlem koşulları (m. 20-25) ile hizmet sözleşmesine (m. 393-469) ve kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler (m. 581-603) örnek olarak sayılabilir. Diğer taraftan, günün şartlarına ve mevcut ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla Kanunun bütün hükümleri gözden geçirilmiş ve değişiklik yapılmasına gerek bulunmayan hâllerde, bazen metinde arılaştırma yapılmasıyla yetinilmiş, bazen metinde arılaştırma ve düzeltme birlikte yapılmış, bazen de metinde arılaştırma ve düzeltme yapılmasının yanısıra hüküm sistematik yapısı da değiştirilmiştir (Bkz. Genel Gerekeç).

Eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde (m. 470-486) ise, daha çok, metinde düzeltme (*örneğin BK. 358/I; Yeni BK. 473/I hükmünde kullanılan “fesih” terimi yerine “dönme” ifadesinin kullanılması*) ve arılaştırma yapıldığı (*sözleşmeyi tanımlamak için “istisna” terimi yerine “eser” teriminin kullanılması*), bazı maddelerin sistematik yapısının değiştirildiği (*örneğin BK. 368 hükmünün üç paragraftan oluşmasına karşılık, maddeyi karşılayan Yeni BK. 483 hükmünün – bir değişiklik ya da yenilik olmamasına rağmen- iki paragrafa indirilmesi*), buna karşılık, reform ya da devrim niteliği taşıyabilecek değişikliklere yer verilmediği görülmektedir. Fakat bu ifadeden, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde hiçbir değişikliğin yapılmadığı veya yapılan değişikliklerin önem taşımadığı gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Özellikle yüklenicinin özen borcuna ilişkin Yeni BK. 471/II hükmünde, eserin ayıplı teslim edilmesi durumunda, iş sahibinin seçimlik haklarından dönme hakkına ilişkin düzenlemede (m. 475/I, b. 1), eserin ayıplı teslim edilmesi durumunda, iş sahibinin seçimlik hakları kullanabileceği zamanaşımı sürelerine ilişkin maddede (m. 478), götürü bedel kararlaştırılan hâllerde sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına ilişkin hükümde (m. 480/II), değere göre bedelin tespit edilmesine ilişkin maddede

---

\* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(m. 481) önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişikliklerde, doktrinde öteden beri ileri sürülen görüşlerin, genellikle, dikkate alındığı da anlaşılmaktadır.

Bu çalışmada, madde sırası gözetilerek, yapılan değişiklikler incelenmiş, ardından da yapılmasının yararlı olabileceği düşünülen başka bazı değişiklikler/yenilikler üzerinde durulmuştur.

**I.** Eser sözleşmesine ilişkin ilk hüküm Borçlar Kanununun 355. (Yeni BK. 470) maddesidir. Bu maddede esasa ilişkin bir değişiklik yoktur. Fakat kullanılan terimlerde değişiklikler yapılmıştır. “*Semen*” terimi yerine “*bedel*” kullanılmış; “*imal etme*” yerine de “*meydana getirme*” denilmiştir. Bilindiği gibi, yüklenicinin asli edimi eseri meydana getirerek teslim etmek, buna karşılık işsahibinin asli edimi bedeli ödemektir. Kanunda geçen “*semen*” terimi, satım sözleşmesi için de kullanılan bir ifadedir<sup>1</sup>. Bu ifade “*bedel*” olarak değiştirilmiştir. Ayrıca doktrinde ifade edilenlere uygun olarak “*imal etme*” yerine de “*meydana getirme*” ifadesi kullanılmıştır. Meydana getirme ve teslim borcunu yerine getiren kişi için ise “*müteahhit*” yerine “*yüklenici*” denilmiştir. Yapılan terminolojik değişikliklerin doktrinde ve uygulamada ifade edilenlerle uyumlu olduğu görülmektedir<sup>2</sup>.

**II. 1.** Bir diğer hüküm Borçlar Kanununun 356., Yeni Kanunun 471. maddesidir. Bu hükümde, eskisine nazaran önemli bir değişiklik yapılmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 356. maddesinde yüklenicinin sorumluluğunun işçinin hizmet akdindeki sorumluluğuna (BK. 321) tâbi olduğu esası benimsenmekte ve bu esas doktrinde eleştirilmektedir<sup>3</sup>. Çünkü yüklenici, kural olarak işinde, mesleğinde uzman bir kişidir ve üstlendiği işi, kural olarak işçiden daha iyi yapabilecek durumdadır. Dolayısıyla, *vasıfsız bir işçi ile*

<sup>1</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bu terim de terkedilmiştir.

<sup>2</sup> Örneğin bkz. **Zevkliler, A./Gökyayla, E.**: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010, s. 344 vd. “Eser sözleşmesi” teriminin kullanılmasının, fikir ve sanat eserleri hukukundaki “eser” kavramıyla karışıklığa yol açabileceği de ileri sürülmektedir. Bkz. **Tandoğan, H.**: “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi” (İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 311-312). Böyle bir karışıklığın ortaya çıkması ihtimali mevcuttur. Zira yüklenicinin meydana getirdiği bir şeyin, hem sözleşmeler hukuku bakımından eser hem de fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından eser niteliği taşıması mümkündür. Gerçekten her iki anlamıyla eser bazen birbiriyle örtüşür. Fakat yerleşmiş ve yaygın biçimde kullanılan “eser sözleşmesinin” kanunî bir terim olarak tercih edilmesi doğrudur. Ayrıca bir sözcüğün birden fazla kavramı karşılamak üzere kullanıldığı tek örnek “eser” de değildir.

“İstisna” terimi için bkz. **Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.**: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 347.

<sup>3</sup> Örneğin bkz. **Aral, F.**: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Ankara 2007, s. 336.

*yükleniciyi aynı kefeye koymak, özen borcunun belirlenmesinde aynı esastan yararlanmak doğru değildir.* Yüklenici gerekli meslekî ve teknik bilgiye sahiptir ya da en azından sahip olmalıdır. Meslekî ve teknik bilgiye sahip olmasının doğal bir sonucu olarak yüklenici, işçiye göre işi verene karşı bağımsızdır. Bağımsız olması da yüklenicinin özen borcunun derecesini ağırlaştırmaktadır. Nitekim doktrinde<sup>4</sup> de uygulamada<sup>5</sup> da bu esas benimsenmektedir.

Bu düşüncelerle Borçlar Kanununun 356. (Yeni BK. 471.) maddesi değiştirilmiş ve benzer alanlardaki işleri yüklenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranış, özen borcunun belirlenmesinde esas alınmıştır. Yapılan düzenleme şüphesiz isabetlidir. Tartışılması gereken ya da zaman içinde doktrinde ve uygulamada çeşitli

<sup>4</sup> Örneğin bkz. **Oser/Schönenberger**: Kommentar zum schweizerischem Zivilgesetzbuch, Bd. V, Teilband 2, Zürich 1936, Art. 364, N. 1; **Bilge**, N.: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 249; **Tandoğan**, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1989, s. 55; **Pedrazzini**, M. M.: Schweizerisches Privatrecht VII/1, Siebter Band, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Erster Halbband, Basel und Stuttgart 1977, s. 509; **Gauch**, P.: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N. 840; **Seliçi Ö.**: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 93; **Koller**, A.: Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, der Werkvertrag Art. 363-366 OR, Bern 1998, Art. 364, N. 42 vd.; **Honsell**, H.: Schweizerisches Obligationenrecht besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006, s. 275; **Yavuz/Özen/Acar**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2007, s. 507; **Erman**, H.: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 35; **Eren**, F.: “I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, II İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi” (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 18 – 29 Mart 1996, s. 74); **Aral**, s. 336; **Öz**, T.: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 277; **Erdoğan**, İ.: “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörmeye Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması”, (SÜHFD., Ocak-Haziran 1990, S. 1, s. 143); **Şenocak**, Zariye: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 28. Krş. **Tunçomağ**, K.: Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977, s. 988; **Baygın**, C.: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 25; **Huguenin**, C.: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2004, s. 92, N. 622; **Başpınar**, V.: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 153; **Gümüş**, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010, s. 91-92. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 30.10.1991, 15-373/533 (**Kostakoğlu**, C.: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 360); Yarg. 9. HD., E. 1998/18888, K. 1999/1810 (YKD., 2000/4, s. 547); BGE 94 II 159.

<sup>5</sup> Örneğin bkz. Yarg. HGK., 30.10.1991, 15-373/533 (**Kostakoğlu**, s. 360); Yarg. 9. HD., E. 1998/18888, K. 1999/1810 (YKD., 2000/4, s. 547); BGE 94 II 159

fikirlerin ileri sürüleceği husus, basiretli bir yükleniciden ne anlaşılması gerektiğidir. Şüphesiz Kanunda bu konuda ayrıntılı bir düzenleme yapılması işin niteliğine ve kanun yapma tekniğine çok uygun değildir. Zaman içerisinde doktrinde ve uygulamada basiretli yükleniciden ne anlaşılması gerektiği hususu aydınlığa kavuşacaktır. Herhalde yüklenicinin meslekî ve teknik kuralları bildiği farzedilecek ve bu kuralları bilmemesi ya da bilememesi onu sorumluluktan kurtarmayacaktır. Zira Kanunda, objektif olarak yüklenicinin özen borcunun derecesi belirlenmiştir. Örneğin bir apartman inşa eden yüklenici, imar mevzuatına, fen ve teknik kurallara uygun hareket etmek zorundadır. Yüklenici, yapılan işte egemen olan anlayışa göre, benzer bir eserin meydana getirilmesinde, makul, dürüst ve alanında uzman bir yüklenicinin göstermesi gereken tüm dikkat ve çabayı sarfetmek ve teknik kurallara uymak zorundadır<sup>6</sup>. İşte, yüklenicinin sergilemekle yükümlü olduğu bu dikkat ve çaba özen borcunu oluşturur<sup>7</sup>.

2. Diğer taraftan, edimin şahsen ifasına ilişkin kuralın, BK. 356/II'de olduğu gibi Yeni BK. 471/III'de de muhafaza edildiği görülmektedir. Gerçi hükümde, eserin meydana getirilmesinde kişisel özellikleri önem taşıyorsa, yüklenicinin işi başkasına da yaptırabileceği belirtilmiştir. Fakat günümüzde, eserin bizzat meydana getirilmesine ilişkin kural tersine dönmüş durumdadır. Küçük el işlerinin tersine, eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların genellikle kapsamlı inşaat işlerinden kaynaklandığı ve bu tür işlerde de, meydana getirme ediminin kısmen ya da tamamen başkalarına bırakıldığı görülmektedir.

III. Borçlar Kanununun 357., Yeni Kanunun 472. maddesi, “malzeme bakımından” başlığını taşımakta ve yüklenicinin malzeme bakımından sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu maddede, malzemenin iyi cinsten olmamasından yüklenicinin, iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olduğu düzenlenmekte, fakat bu sorumluluğun neyi kapsadığı hususu doktrinde

<sup>6</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, s. 378; **Kocağa**, K.: “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlâl Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağıın Anlaşılması Hâlinde İş Sahibinin BK.m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, (DEÜHFD., 2004/1, s. 178). Ancak bu kuralların mutlaka bilimsel olması gerekmez. Pratik tecrübeler sonucu elde edilen bilgilerin ilgili uzman çevrelerde benimsenmiş ve başarıyla uygulanmış olması yeterlidir. Bkz. **Tandoğan**, II, s. 55; **Aral**, s. 336-337.

Özen borcunun kapsamının önceden kesin olarak belirlenmesi mümkün olmaz. Somut olayın özelliğine göre özen borcunun kapsamı belirlenir. Bkz. Yarg. 15. HD., 29.01.1993, 1992/143 (**Uygur**, T.: Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 7, Ankara 2003, s. 7635).

<sup>7</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, s. 378; **Eren**, s. 74; **Gökyayla**, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, GÜHFD., Ocak 2002, S. 1, s. 790).

tartışılmaktadır. Borçlar Kanununun 357. maddesinin satım sözleşmesine yaptığı atıf gereğince, yüklenicinin sorumluluğunun zapttan sorumluluk bakımından söz konusu olduğu ileri sürüldüğü gibi<sup>8</sup>, söz konusu hükmün yaptığı yollamanın, zapttan sorumluluk yanında ayıptan sorumluluk hükümlerini de kapsadığı da ileri sürülmektedir<sup>9</sup>. Fakat çoğu zaman, bütünlüyci parça (MK. 684) ve işleme (MK. 775) hakkındaki kurallar gereğince zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz<sup>10</sup>. Ayrıca, malzemenin ayıplı olması durumunda, uygulanacak ayıptan sorumluluk hükümlerinin satım sözleşmesine mi, yoksa eser sözleşmesine ilişkin hükümler mi olduğu da doktrinde tartışmalıdır<sup>11</sup>.

Yapılan değişiklik ile malzemenin ayıplı olması yüzünden yüklenicinin iş sahibine karşı sorumluluğunun satıcı gibi olduğu belirtilerek, doktrinde yapılan tartışmalara büyük ölçüde son verilmiştir.

**IV. Borçlar Kanununun 358. (Yeni BK 473.) maddesi geniş bir uygulama alanı bulan bir hükümdür. 6098 sayılı Borçlar Kanununun, 818 sayılı Borçlar Kanununun 358. maddesini karşılayan hükmü de benzer şekilde geniş bir uygulama alanı bulacaktır. Hükmün birinci fıkrasında, sözleşmenin sona erdirilebileceğine ilişkin olarak, “fesh” terimi yerine “dönme” terimi kullanılmıştır. Doktrinde de, Borçlar Kanununun 358. maddesi bakımından fesih değil, dönme teriminin kullanılmasının daha uygun olduğu haklı olarak dile getirilmektedir<sup>12</sup>. Tabii şimdi de şu tartışılabilir: Borçlar Kanununun 358.**

---

<sup>8</sup> **Gauch**, N. 85, 1477; **Zindel/Pulver**: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel 2003, Art. 365, N. 27 vd.; **Aral**, 334-335; **Eren**, s. 70; **Gümüş**, s. 27.

<sup>9</sup> Bkz. **Oser/Schönenberger**, Art. 365, N. 2; **Becker**, H.: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde 184-551 (Çeviren: A.Suat Dura), Ankara 1993, Art. 365, N. 2; **Gautschi**, G.: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, die einzelnen Vertragverhältnisse, 3. Teilband, der Werkvertrag, Artikel 363-379 OR, Bern 1967, Art. 365, N. 8d; **Bilge**, s. 250; **Tandoğan**, II, s. 106; **Seliçi**, s. 99; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 517; **Eren**, s. 70. Sadece ayıptan sorumluluk bulunduğu yolunda **Hatemi** (Serozan/Arpacı), s. 362.

<sup>10</sup> Bkz. **Tandoğan**, II, s. 106.

<sup>11</sup> Bu tartışmalar için özellikle bkz. **Tandoğan**, II, s. 107-108; **Seliçi**, s. 100-101; **Öz**, s. 100-102; **Aral**, s. 334.

<sup>12</sup> Nitekim doktrinde genellikle, hükümde iş sahibine bir erken dönme hakkı tanındığı ve hükmün işin icrasında temerrüde ilişkin olduğu kabul edilmektedir. **Gautschi**, Art. 366, N. 1d; **Tandoğan**, II, s. 113; **Gauch**, N. 668 vd., 683 vd; **Seliçi**, s. 22; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 519; **Zindel/Pulver**, Art. 366, N. 1; **Aral**, s. 342; **Eren**, s. 78; **Baygın**, 27; **Altaş**, H.: “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı”, (Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 98 vd.). Krş. **Şenocak**, s. 25.

(Yeni BK. 473.) maddesinin uygulanması bakımından fesih ile hiçbir zaman karşılaşılmaz mı? Çünkü sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi gereken istisnaî haller ortaya çıkabilir. Sözü edilen terim değişikliği haricinde, Borçlar Kanununun 358. (Yeni BK. 473.) maddesinde esasa ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

**V.1.** Borçlar Kanununun 359 vd. (Yeni BK. 474 vd.) hükümlerinde ayıpla ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Ayıpla ilgili hükümler, Kanunun sadece tek bir maddesinde değil, birkaç maddede düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 359. maddesinin karşılığı olan 474. maddede, ayıbın “*uygun bir süre içinde*” bildirilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. BK. 359 hükmünde, iş sahibinin işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz eseri muayene ve varsa ayıpları müteahhide bildirmesi gerektiği ifade edildiği hâlde, YBK. 474’de, iş sahibinin işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eserin gözden geçirmek ve ayıplar varsa *uygun bir süre* içinde bildirmek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Böylece gözden geçirmenin (muayenenin) ardından bildirim (ihbarın) uygun bir süre içinde yapılması gerektiği yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur. Görüldüğü gibi, gözden geçirme ve bildirim hakkında, kanunkoyucu kesin bir süre tayin etmemiştir. Gözden geçirme süresinin tespitinde, tarafların sıfatı, işkolundaki teamüller ve eserin niteliği gibi hususlar dikkate alınarak makul ve özenli bir iş sahibi için gerekli süre tanınmalıdır<sup>13</sup>. Kanun’da gözden geçirme süresinin gün olarak açıkça tayin edilmemesi, somut olayın özelliğine göre, sürenin farklı tutulması ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Özellikle tarafların tacir olmadığı veya yeterli tecrübelerinin bulunmadığı sözleşmeler bakımından gözden geçirme süresinin uzun tutulması gerektiği kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Gözden geçirme süresi için bir teamül veya yaygın uygulama yoksa “olanak bulma” bir unsur olarak

---

Doktrinde **Öz** (s. 49-50) **Ayan** (Ayan, S.: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 331, 333) ve Gümüş’ün (s. 32-33) ise hâkim görüşe karşı çıktıkları görülmektedir.

<sup>13</sup> **Gautschi**, Art. 367, N. 16a; **Tandoğan**, II, s. 169; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 404; **Gauch**, N. 2113; **Seliçi**, s. 146 vd.; **Burcuoğlu**, Halûk: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler”, (Tandoğan’a Armağan, Ankara 1990, s. 313); **Zindel/Pulver**, Art. 367, N. 6; **Aral**, s. 356; **Bühler**, T.: Obligationenrecht, Teilband V 2d, der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 370, N. 36.; **Gümüş**, s. 109.

<sup>14</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, s. 404; **Gauch**, N. 2118; **Zindel/Pulver**, Art. 367, N. 7; **Aral**, s. 356; **Şenocak**, s. 116-117. Tarafların sıfatı, meslekleri gibi özellikler, sadece gözden geçirme (muayene) süresinin uzunluğu bakımından değil, gözden geçirmenin tarzı ve gösterilecek özen açısından da önemlidir. Krş. **Zindel/Pulver**, Art. 367, N. 9.



değerlendirilmelidir<sup>15</sup>. Bildirimin süresi bakımından da gözden geçirme süresi bakımından söylenenler ilke olarak geçerlidir. Zaman bakımından bildirim, gözden geçirmenin tamamlanmasından sonra hemen yapılmalıdır. Yapılan işin niteliği karmaşık ve kapsamlı ise, gözden geçirmenin tamamlanmasını beklemeksizin bildirimde bulunulması uygun olabilir<sup>16</sup>. Kanun'da gerek gözden geçirme gerekse bildirim için genel geçer bir sürenin tayin edilmemiş olması isabetlidir.

2. İş sahibinin seçimlik hakları, 818 sayılı Borçlar Kanununun 360. maddesinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun ise 475. maddesinde düzenlenmektedir. İş sahibinin seçimlik hakları, eskisine nazaran daha anlaşılır, sistematik olarak daha derli toplu biçimde kaleme alınmıştır. Hükümde, özellikle yine doktrinde eleştirilen bir hususa ilişkin değişikliğin yapıldığı göze çarpmaktadır. Borçlar Kanununun 360/I hükmünde, ayıp yüzünden eserin *hem* kullanılamaması *hem de* hakkaniyet gereği kabul edilmesinin beklenmemesi birlikte aranmakta ve bu husus doktrinde eleştirilmektedir<sup>17</sup>. Eserin kabul edilemeyecek derecede ayıplı olup olmadığı hakkaniyete, somut olayın özelliklerine ve menfaatler dengesine göre belirlenir<sup>18</sup>. Eserin kullanılıp kullanılamaması bakımından da genellikle aynı kriterlerden yararlanır. Seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için, eleştirilen bu husus Yeni BK.'nun 475. maddesi ile değiştirilmiş ve iş sahibinin kullanamayacağı *veya* hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ifadesi tercih

<sup>15</sup> Tandoğan, II, s. 170; Zevkliler/Gökyayla, s. 405; Şenocak, s. 110-111. Krş. Gümüş, s. 112. Örneğin Şubat ayında teslim alınan masa ve sandalyelerdeki açık ayıp hakkında Nisan ayında ihbarda bulunulması (Yarg. 15. HD., 14.10.1986, 2287/3260, Uygur, s. 7880-7881), inşaatın tesliminden 40 gün sonra mahkemeye tespit yaptırılması (Yarg. 15. HD., 25.05.1987, 4443/2341, Uygur, s. 7881), inşaatın tesliminden beş ay sonra ayıp ihbarının yapılması (Yarg. 15. HD., 20.10.1986, 1233/3362, Uygur, s. 7881) gecikmiş bildirim (ihbar) olarak kabul edilmiştir.

<sup>16</sup> Tandoğan, II, s. 174; Zevkliler/Gökyayla, s. 406; Zindel/Pulver, Art. 367, N. 20; Aral, s. 357; Gümüş, s. 111.

<sup>17</sup> Tandoğan, II, s. 181 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s. 407; Gauch, N. 1557; Bühler, Art. 368, N. 43; Zindel/Pulver, Art. 368, N. 14; Aral, s. 358; Eren, s. 84; Şenocak, s. 51; Ergezen, M.: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s. 88. Krş. Öz, s. 105 vd.; Uçar, A.: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 176; Yarg. 15. HD., 07.10.1977, 1204/1833 (Dayınlarlı, K.: İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986, s. 28); Yarg. 15. HD., 12.03.1980, 268/613 (Dayınlarlı, s. 28-29); Yarg. 15. HD., 10.05.2000, 342/2291 (Uygur, Borçlar, s. 7905). Aksi görüşte Gautschi, Art. 368, N. 13c. Tunçomağ ise (s. 1030), burada bir tercüme hatası olduğundan söz ederek, birinin bulunmasını yeterli saymaktadır.

<sup>18</sup> Tandoğan, II, s. 181; Zevkliler/Gökyayla, s. 408; Gauch, N. 1559; Yavuz/Özen/Acar, s. 531; Zindel/Pulver, Art. 368, N. 15; Aral, s. 358. Krş. Erman, s. 131; Şenocak, s. 51; Gümüş, s. 122.

edilmiştir. Böylece, maddede sayılan kriterlerin birinin bulunması yeterli sayılmıştır. Bu bakımdan yapılan değişikliğin olumlu olduğu şüphesizdir<sup>19</sup>.

3. Diğer yandan, iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat talep edebileceği, ayrı bir fıkrafta düzenlenmiştir (YBK. 475/II). Oysa BK. 360/II'de, tazminat talep etme imkânı, seçimlik hakların ardından, aynı fıkrafta ayrı bir cümlede ifade edilmektedir. BK. 360'da geçen "...iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir" ifadesindeki "da" ya da benzer bir sözcük YBK. 475/II hükmünde bulunmamaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 360. maddesinin lafzından hareketle iş sahibine tanınan tazminat talep hakkının, hükümde düzenlenen seçimlik haklara ek olarak ve onlarla birlikte kullanılabilceğini ileri sürüldüğü gibi<sup>20</sup>, bu görüşü benimsemeyen ve tazminat talebinin seçimlik haklardan bağımsız olarak kullanılabilceği kabul edenler de vardır<sup>21</sup>. 6098 sayılı Borçlar Kanununun 475/II hükmü, bu tartışmayı sona erdirmekte ve seçimlik haklardan herhangi biri kullanılmadan da tazminat talep edilebileceğini teyit etmektedir.

4. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu düzenleyen diğer hükümlerde, örneğin, iş sahibinin sorumluluğu ve eserin kabulü ile ilgili maddelerde herhangi bir değişiklik yoktur. Buna karşılık Borçlar Kanununun zamanaşımıyla ilgili 363. maddesinin karşılığı olan Yeni BK.'nin 478. maddesinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Hükümde yapılan değişikliğin iki açıdan göz önünde tutulması uygun olabilir.

Bilindiği gibi Borçlar Kanununun 363. maddesinde, satım sözleşmesinde alıcının haklarının tâbi olduğu zamanaşımına atıf yapılmaktadır. Bu atıf, Borçlar Kanununa daha sonra dâhil edilen 126. maddenin dördüncü bendi dolayısıyla doktrinde ve uygulamada tartışmalara sebep olmaktadır. Tartışma, zamanaşımı süreleriyle ilgilidir. Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin 363. maddesi ve maddede satım sözleşmesindeki ayıp hükümlerine yapılan atıf dikkate alındığında, zamanaşımı sürelerinin, eserin taşınır ya da taşınmaz olmasına ve tarafların özelliğine göre farklılık gösterdiği kabul edilmektedir. Buna göre, iş sahibinin eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanabileceği zamanaşımı süresi, Borçlar Kanunu'nun 207/I hükmüne göre, teslimden itibaren bir yıl olduğu hâlde, tacirler arasındaki sözleşmelerde bu

<sup>19</sup> 6098 sayılı Kanunun 475. maddesinin birinci fıkrasında, BK. 360/I'de geçen "kabulden imtina" ifadesinin yerine "sözleşmeden dönme" terimi kullanılmıştır. Aslında bu terimler birbirinden farklıdır. Eserin kabulden imtina edilmesi, yüklenicinin temerrüde düşmesine yol açar. Ayıp hükümlerine başvurma ihtiyacı olmaksızın, temerrüt sebebiyle seçimlik haklar kullanılabilir. Yapılan değişiklik ile bu imkânın ortadan kaldırılmak istendiği kabul edilmemelidir. Bkz. **Öz**, T.: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 93.

<sup>20</sup> Örneğin bkz. **Aral**, s. 362.

<sup>21</sup> Örneğin bkz. **Tandoğan**, II, s. 204.

süre Ticaret Kanunu'nun 25/b.4 (Yeni TTK. 23/b. c) hükmü gereğince altı aydır. Taşınmaz inşaatlarda ise bu süre Borçlar Kanunu'nun 215/II hükmüne göre beş yıldır. Fakat doktrinde, Türk Ticaret Kanununun Meriyet ve Tatbik Şekli Hakkındaki Kanun'un 41. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 126. maddesine eklenen 4. bendinin Borçlar Kanunu'nun 363. maddesini zımnen ilga edip etmediği ve ayırım yapılmaksızın taşınmaz inşaat niteliğinde olmayan eserlerde de zamanaşımı süresinin beş yıl olup olmadığı tartışılmaktadır<sup>22</sup>. Yeni BK.'da bu tartışmaların ortadan kaldırılmasına sebep olacak bir düzenleme yapılmıştır. Zamanaşımı ile ilgili hükümde, dikkat çeken hususlardan bir tanesi budur.

Diğer yandan, Yeni BK. 478 hükmü ile zamanaşımı sürelerinin uzatıldığını görülmektedir. Teslimden itibaren, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve ağır kusur hallerinde yirmi yıllık bir zamanaşımı süresinin benimsendiği görülmektedir. İki yıllık süre genel olarak haksız fiillerde (Yeni BK. 72) ve sebepsiz zenginleşmedeki (Yeni BK. 82) zamanaşımının alt sınırı ile uyumludur. Sürelerin birbiriyle uyumlu olmasına çaba sarfedildiği anlaşılmaktadır. Sürelere ilişkin olarak dikkat çeken husus, taşınmaz yapılarda, özellikle yüklenicinin ağır kusurunun bulunduğu hallerde zamanaşımının yirmi yıla çıkarılmış olmasıdır. Özellikle 1999 depreminden sonra uygulamada karşılaşılan problemler düşünülerek bu sürenin Kanuna dâhil edildiği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin de isabetli olduğu şüphesizdir.

**VI. İş sahibinin bedel (ücret) ödeme borcunun muacceliyetine ilişkin Yeni BK. 479, Borçlar Kanununun 364. maddesinde esasa ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır.**

Buna karşılık ücret türlerinden “götürü bedel”e ilişkin Borçlar Kanununun 365. (Yeni BK. 480.) maddesinde bazı değişiklikler yapıldığı göze çarpmaktadır. Bilindiği gibi Borçlar Kanununun 365. maddesinde götürü bedel ve götürü bedelin arttırılmasına imkân veren bir düzenleme bulunmaktadır. Üç fıkradan oluşan maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında esasa ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır. Uyarılma ile ilgili ikinci fıkranın doktrinindeki eleştiriler de dikkate alınarak ciddi biçimde değiştirildiği görülmektedir. Sözleşme kurulduktan sonra götürü bedelin değiştirilmesi kural olarak mümkün değildir<sup>23</sup>. Sözleşmeye göre meydana getirilmesi gereken eserin kapsam ve boyutlarında değişiklik olmadıkça, bedelin artırılması veya düşürülmesi de söz konusu ol-

<sup>22</sup> Tartışmalar için bkz. **Tandoğan**, II, s. 228 vd.; **Tandoğan**, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, I/1, 6. Basım, İstanbul 1990, s. 200 vd., 269 vd.; **Aral**, s. 364; **Gümüş**, s. 141 vd.; Yarg. HGK., 22.03.1995, E. 1995/15-31, K. 1995/196 (**Uygur**, s. 7984)

<sup>23</sup> Yarg. 15. HD., 13.06.1991, 716/3179 (**Uygur**, s. 8284); Yarg. 15. HD., 15.06.1983, 1819/1720 (**Uygur**, s. 8284-8285).

maz. Ancak istisnaî bazı hâllerde, bedel değiştirilebilir. Bunlar, tarafların anlaşması, önceden tahmin edilemeyen hâllerin ortaya çıkması yüzünden bedelde değişiklik yapılması (BK.365/II) ve keşif bedelinin aşılması hâlinde bedelden indirim yapılmasıdır (BK.367). Meydana getirilecek eserin kapsam ve boyutlarında değişiklik olmadığı hâlde bedelde değişiklik yapılması, bedelde gerçek anlamda değişiklik olarak nitelendirilmektedir<sup>24</sup>. Buna karşılık özellikle sipariş değişiklikleri, eserin ayıplı olması gibi sebeplerle yapılacak değişiklikler bedelde gerçek olmayan anlamda değişikliklerdir<sup>25</sup>. Ek iş ve iş değişikliği yapılması da bedelin artırılmasını (ve sözleşmede kararlaştırılan sürenin uzamasını) sağlayabilir. Fakat Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında bedelin gerçek anlamda artırılması düzenlendiği hâlde, gerçek olmayan anlamda artırılması düzenlenmiş değildir.

Borçlar hukukunun en temel ilkelerinden biri de ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesidir. Bu ilkeye göre sözleşmeyle bağlılık asıldır. Ahde vefa ilkesi gereğince eser sözleşmesinde götürü usulde kararlaştırılan bedelin sonradan artırılması talep edilemez. Zira bedel tespit edilirken yüklenici, fiyat dalgalanmalarını göz önünde tutmalı ve olayların normal akışına göre meydana gelebilecek değişiklikleri dikkate almalıdır<sup>26</sup>. Fakat istisnaî olarak haklı, makul, kabul edilebilir bazı sebeplerin bulunması, ahde vefa ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalınmamasını gerektirebilir. Başka bir deyişle istisnaî de olsa, yükleniciye ödenmesi gereken bedelde değişiklik yapılabilir. Borçlar Kanunu'nda istisnaî hâllerde de olsa bedelin artırılmasına imkân tanınması, yüklenicinin götürü bedelle olan bağlılığını kabul edilebilir bir ölçüde sınırlandırmaktadır<sup>27</sup>. Gerçekten, bazen hayatın olağan akışına göre öngörülemeyecek şekilde meydana gelen fiyat artışları, sözleşmenin ifasını aşırı derecede güçleştirebilir veya imkânsız kılabilir. Kanunkoyucu, bedel konusunda ahde vefa ilkesinin her olayda sıkı biçimde uygulanmasının doğurabileceği bu tip sakıncaları göz önünde tutarak, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesine Borçlar Kanunu'nun 365/II hükmüyle imkân tanımıştır. Zira bazen ifası uzun süre devam eden eser sözleşmelerinde, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan bedelle bağlı kalmasını beklemek hukuk ve adalet hislerini zedeler. Ancak, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi sıkı şartlara bağlanarak, meydana gelecek

<sup>24</sup> **Gürpınar**, D: Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s. 82; **Gökyayla**, E.: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s. 225.

<sup>25</sup> **Gürpınar**, s. 82; **Gökyayla** (Ek İş), s. 225. Krş. **Kaplan**, İ.: "İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları" (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 18 – 29 Mart 1996, s. 130).

<sup>26</sup> **Aral**, s. 370; **Gökyayla** (Ek İş), s. 225. Krş. **Erman**, H.: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979, s. 3 vd.

<sup>27</sup> **Gauch**, N. 1047; **Seliçi**, s. 54-55; **Kaplan**, s. 150; **Gürpınar**, s. 114; **Gökyayla** (Ek İş), s. 226.

her fiyat artışında yüklenicinin bu yola kolayca başvurabilmesi de engellenmeye çalışılmıştır.

İşte bu düşüncelerle, önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edildiği hâlde gerçekleşmeyeceği kabul edilen olağanüstü bir hâl oraya çıkar; tespit edilen götürü bedele bağlı kalarak eserin tamamlanması aşırı derecede güçleşir; borç henüz ifa edilmemiş olur; ortaya çıkan olağanüstü hâl yükleniciye isnat edilemez ve aksine bir anlaşma da bulunmazsa, uyarlama talep edilebilir (BK. 365/II; YBK. 480/II). Sayılan şartlar gerçekleşince, yüklenici sözleşmenin yeni koşullara uyarlanılmasını isteyebilir, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde de sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Burada hâkime uyarlama yetkisi, yükleniciye de dönme hakkı tanınmıştır. Yüklenicinin öncelikle uyarlama talep etmesi gerektiği hükümden anlaşılmaktadır. İşin niteliği bakımından da doğru olan budur. Fakat uyarlama mümkün olmaz ya da karşı taraftan beklenemez ise yüklenici sözleşmeden dönebilir. Dürüstlük ilkesinin (MK. 2) gerektirdiği durumlarda, sözleşmeden dönme değil, ileriye etkili fesih söz konusu olabilir. Nitekim Yeni BK. 480/II hükmünün ikinci cümlesinde bu husus açıkça ifade edilmiştir. BK. 365 hükmünde, hem geriye hem de ileriye etkili biçimde sözleşmenin sona erdirilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Her iki ihtimalin düşünüldüğü Yeni BK. 480/II hükmü bu yönüyle bir yenilik içermektedir. Ayrıca BK. 365/II hükmünde “*hâkimin sözleşmeyi feshedebileceği*” ifade edilmektedir. Yeni BK. 480/II hükmünde ise yüklenicinin sözleşmeden dönebileceği belirtilmek suretiyle, sözleşmeyle bağlı kalması beklenemeyen yüklenicinin dava açması zorunluluğu da ortadan kaldırılmıştır.

Sözleşmenin uyarlanması ile bedelde değişiklikten başka, sözleşme süresinin kısaltılması veya uzatılması ya da sözleşme içeriğinin değiştirilmesi de anlaşılır<sup>28</sup>. Uyarlamaya ilişkin sözleşmede bir düzenleme bulunabileceği gibi kanunda da bir hüküm yer alabilir. Borçlar Kanunu’nun 365/II hükmünde de uyarlamaya ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır ve hükümden uyarlamanın yapılması sıkı bazı şartlara bağlanmış ve ne şekilde uyarlama yapılacağı da sınırlı biçimde belirtilmiştir. Uyarlamanın ne şekilde yapılabileceği hakkındaki düzenlemenin değiştirilmesi de önemli bir yenilik olarak göze çarpmaktadır. Borçlar Kanununun 365/II hükmünde hâkimin *bedeli arttırmak* suretiyle uyarlama yapabileceği, ifadesi mevcuttur. Bunun dışında uyarlama yapılıp yapılamayacağı hususu doktrinde tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, bedelin artırılması ve sözleşmenin feshi dışında, yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği edimlerin kısıtlanması gibi bir imkân Borçlar Kanunu’nun 365/II hükmünde

<sup>28</sup> **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 7. Aufl., Zürich 1998, N. 1282.

tanınmamıştır<sup>29</sup>. Ancak diğer bir görüşe göre, edimin ifa şeklinde değişiklikler yapılması ya da ifa süresinin uzatılması gibi önlemlerin alınabileceği de ileri sürülmektedir<sup>30</sup>. Yeni BK. 480/II hükmüyle, bu tartışmalara cevap verecek şekilde, bedelin artırılması haricinde de uyarlama yapma imkânı tanınmaktadır. Dolayısıyla Yeni BK.'nun 480/II hükmü gereğince, uyarlamanın tek şekli bedelin arttırılması değildir. Yerine göre süreye ilişkin bir uyarlama talebi kabul edilebilir. Hatta sözleşmenin kapsamının değiştirilmesi ile ilgili uyarlama ile de karşılaşılabilir.

Diğer taraftan yine Borçlar Kanununun 365/II hükmünden farklı olarak hâkime uyarlama yetkisi, yükleniciye de dönme hakkı tanınmıştır. Burada bir hususun daha üzerinde durmak gerekir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda uyarlama imkânı sadece taraflardan birisi için tanınmıştır. Gerçekten Borçlar Kanununun 365/II hükmünde sadece yükleniciye bedele ilişkin uyarlama imkânı tanınmıştır. Ayrıca, her türlü ücret türünde de değil, sadece götürü bedelin kararlaştırıldığı hâllerde uyarlama imkânı mevcuttur. Borçlar Kanununun 365. maddesinin karşılığı olan Yeni BK. 480. hükmünde de sadece götürü bedel düzenlenmekte ve yine sadece yükleniciye uyarlama talep etme imkânı tanınmaktadır. Gerçekten hükümde *yüklenicinin sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebileceğinden* söz edilmektedir. Eğer başlangıçta öngörülemeyen ya da öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulması beklenemeyen durumlarla karşılaşılır ise yüklenici uyarlama istemeye ya da sözleşmenin sona erdirilmesi imkânına sahiptir. Hüküm iş sahibine böyle bir imkân vermemektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme bu yönüyle eleştiriye açıktır. Yeni BK.'nun 480. maddesinin ikinci fıkrasında da sadece yükleniciye uyarlama imkânı verilmektedir. Fakat Yeni BK. ile, artık bu bir eksiklik değildir. Çünkü genel hükümler arasında yer alan Borçlar Kanununun 138. maddesinde, *“aşırı ifa güçlüğü”* olan hâllerde, sözleşmenin her iki tarafına da sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkı tanınmıştır. Borçlar Kanununun 365/II hükmündeki eksiklik, yani sözleşmenin sadece bir tarafına tanınmış olan imkân, Yeni BK. 138 hükmü sayesinde ve hükümde aranan şartların gerçekleşmesi durumunda, artık sözleşmenin her iki tarafı için de mevcuttur. Benzer şekilde, sadece eser sözleşmesinde götürü bedel ile kararlaştırılan işlerde uyarlama imkânı tanınmaktadır (BK. 365/II). Yeni BK. 480/II hükmü bakımından aynı esas geçerlidir. Fakat değere göre bedel ya da yaklaşık bedel bakımından uyarlama imkânı Kanunda düzenlenmemektedir. Gerçi değere göre bedelin kararlaştırıldığı ya da yaklaşık olarak bedelin hesap edildiği hâllerde uyarlama ihtiyacı götürü bedelin kararlaştırıldığı hâllere kıyasla daha nadir ortaya çıkar<sup>31</sup>. Ama yine de

<sup>29</sup> Tandoğan, II, s. 256.

<sup>30</sup> Erman (Beklenmeyen Hal), s. 110-111; Ayan, s. 109, 129-130.

<sup>31</sup> BK. 367 (YBK. 482) hükmünün uygulanma imkânı da bu ihtiyacı azaltabilir ama her zaman ortadan kaldırmaz.

sözü edilen hâllerde de uyarılama yapılması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Yeni BK. 138 hükmü sayesinde, uyarılama imkânının götürü bedel dışındaki bedel türlerinde de uygulanması mümkündür. Eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında böyle bir imkân tanınmış değilse de, genel hükümlerden hareketle böyle bir imkânın var olduğu artık kabul edilebilir.

Sonuç olarak, uyarılama ile ilgili BK. 365/II (Yeni BK. 480/II) hükmünde yapılan değişiklikler olumludur.

**VII.** “Değere ilişkin bedel”i düzenleyen Yeni BK. 481 hükmünde de bir değişikliğin yapıldığı görülmektedir (krş. BK. 366). Daha önce hükümde bulunmayan, fakat Yargıtay kararlarında genellikle benimsenen, “*yapıldığı yer ve zamanda*” ifadesi hükme dâhil edilmiştir. Buna göre, eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, *yapıldığı yer ve zamanda* eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir. Hükümde geçen çalışmanın değeri kavramından, yüklenicinin elde edeceği kâr anlaşılmalıdır<sup>32</sup>. Yüklenicinin giderlerinin içerisine ise personel giderleri, malzeme giderleri, yüklenicinin genel giderlerinin yüzde olarak belirlenen bir kısmı ve yüklenici tarafından ödenmesi gereken yasal malî yükümlülükleri<sup>33</sup>, yardımcı şahıslara ve alt yüklenicilere verilen ücretler, kullanılan araç ve gereç için yapılan masraflar ve yüklenicinin bizzat sağladığı malzeme için sarfedilen harcamalar dâhildir<sup>34</sup>.

İşin değeri hesaplanırken eserin teslimi anındaki rayiçlerin esas alınması daha uygundur<sup>35</sup>. Giderlerin ise fiilen yapılması gerektiği an dikkate alınmalı-

---

<sup>32</sup> **Gautschi**, Art. 374, N. 3b, 5b; **Tandoğan**, II, s. 299; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 433; **Baygın**, s. 51; **Gürpınar**, s. 76; **Karahasan**, M. R.: İnşaat, İmar, İhale Hukuku 1, İstanbul 1997, s. 417-418; **Öz**, T.: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi ile Birlikte, İstanbul 2006, s. 56. “Yapılacak işin bedeli veya birim fiyatı ile işin hangi yıl içinde yapıldığı taraflar arasında ihtilâflıdır. Bu durumda BK.nun 366. maddesi gereğince yapılan iş tutarının yapıldığı yılın birim fiyatları ile, yüklenicinin çalışma değeri ve halin icabı ve sosyal yaşantı ve iktisadi kurallara göre ödenmesi gereken kâr oranı da gözetilerek birlikişi aracılığıyla tespit edilmesi lazım gelir...”, (Yarg. 15. HD., 15.09.1983, 2048/2075, **Karahasan** (İnşaat), s. 418, dn. 287).

<sup>33</sup> **Gürpınar**, s. 77.

<sup>34</sup> **Tandoğan**, II, s. 299; **Karahasan** (İnşaat), s. 418; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 433; **Baygın**, s. 52. Giderlerin varlık ve miktarı da yüklenici tarafından ispat edilmelidir. Bkz. **Baygın**, s. 51.

<sup>35</sup> **Tandoğan**, II, s. 301; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 435; **Karahasan** (İnşaat), s. 418-419; **Baygın**, s. 53. Diğer bir görüşe göre ise, işin bedeli ve yüklenicinin masrafı, işin yapıldığı zamanki piyasa rayiçleri dikkate alınarak belirlenir. Bkz. **Becker**, Art. 374, N. 1; **Kaplan**, s. 143.

dir<sup>36</sup>. Bazı kararlarında Yargıtay'ın işin (eserin) değeri ile giderler arasında ayırım yapmadan sonuca ulaştığı görülmektedir<sup>37</sup>. Fakat bazı Yargıtay kararlarında ise isabetli olarak bu ayırım yapıldığı ve farklı tarihler dikkate alınarak işin değeri ile yapılan giderlerin takdir edilmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> **Becker**, Art. 374, N. 1; **Zevkiler/Gökyayla**, s. 435; **Karahasan** (İnşaat), s. 418; **Öz** (İnşaat), s. 57; **Gürpınar**, s. 79, dn. 256. **Tandoğan** (II, s. 300) ve **Yavuz/Özen/Acar** (s. 536), giderlerin fiilen yapıldığı anın dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Hâlbuki giderlerin yapılmasında meydana gelecek gecikme sırasında ortaya çıkabilecek fiyat artışlarından iş sahibinin sorumlu tutulmaması için, giderlerin objektif olarak yapılması gerekli anın tercih edilmesi daha uygundur.

<sup>37</sup> Yapılan işin bedelinin önceden kararlaştırılmadığı hâllerde Yargıtay, Borçlar Kanunu'nun 366. maddesine göre yapılacak hesaplamada, işin yapıldığı tarih itibariyle rayiç bedellerin dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Başka bir ifadeyle, yerleşmiş Yargıtay uygulamasına göre, giderlerin fiilen yapıldıkları zamandaki tutar göz önüne alınarak hesaplama yapılmalıdır. Bkz. Yarg. 15. HD., 03.02.1993, 2776/412 (**Karahasan**, İnşaat, s. 1541); Yarg. 15. HD., 25.10.1990, 4678/4327 (**Karahasan**, İnşaat, s. 1542-1543); Yarg. 15. HD., 01.04.1988, 515/1308 (**Uygur**, s. 8359); Yarg. 15. HD., 02.03.1988, 2787/868 (**Uygur**, s. 8360); Yarg. 15. HD., 18.04.1983, 1016/958 (**Uygur**, s. 8364-8365).

Yargıtay, dava tarihi dikkate alınarak yapılan hesaplamanın doğru olmadığını kabul etmektedir. Bkz. Yarg. 15. HD., 26.06.1996, 3555/3643 (**Uygur**, s. 8367). Eski tarihli bazı kararlarda ise, Yargıtay'ın sözleşmenin kurulduğu günkü rayiç fiyatların esas alınmasını doğru bulduğu görülmektedir. Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 29.11.1977, 1616/2146 (**Karahasan**, İnşaat, s. 1549); Yarg. 15. HD., 13.11.1974, 1340/1690 (**Karahasan**, İnşaat, s. 1550-1551).

<sup>38</sup> “Çalışmanın değeri kavramından, yüklenicinin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kâr ve o işe düşen giderler payı anlaşılmalıdır. Yüklenicinin giderleri, sözleşmenin konusunu oluşturan eserin yaratılması için başvurulan yardımcı kişilere ve alt yüklenicilere eylemli olarak ödenmiş ücretleri, işte kullanılan araç ve aletler için yapılmış giderleri ve yüklenicinin sağladığı gereçler için giriştiği harcamaları kapsar. Ne yazık ki, yüklenicinin kötü niyetle yaptığı nesnel (objektif) yönden yararsız giderler, ücretin belirlenmesinde hesaba katılamaz. *Bu giderlerin eylemli olarak yapıldıkları zamandaki tutarının göz önünde bulundurulması gerekir.* Buna karşılık çalışmanın (işin) değeri, gerçek gider ve harcamaların belirli bir oranı olarak hesaben bulunacağına ve eser için gereken tüm gider ve harcamalar tamamlandıktan sonra bu hesap işlemine girişilebileceğine göre, *çalışmanın değeri, eserin teslim anındaki rayiçlere dayanılarak belirlenmelidir ki, çalışmanın (işin) değeri, yani yüklenicinin brüt kârı, yapılan gider ve harcamalara işletme ekonomisi esaslarına göre belli oranda eklenecek, hesaben bulunan bir tutardır...*”, (Yarg. 15. HD., 31.05.1978, 1017/1176, **Karahasan**, M. R.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 2, İstanbul 2002, s. 420-421); “Borçlar Kanunu'nun 366. maddesine göre önceden kararlaştırılmamış veya takribi bir surette kararlaştırılmış olan bedel, çalışmanın değerine ve yüklenicinin giderine göre tayin edilir. *Giderlerin hesabında fiilen yapıldığı zamanki tutarı göz önünde tutulur. Çalışmanın değeri ise, eserin teslim anındaki rayiçlere dayanılarak belirlenmesi gerekir...*”, (Yarg. 15. HD., 30.06.1981, 1325/1531, **Karahasan**,



Yapılan düzenleme, özellikle bedelin muacceliyeti ile bir arada düşünüldüğünde eleştiriye açıktır. Zira bedel, ilke olarak eserin teslimi anında muaccel olur (BK. 364; Yeni BK. 479). Halbuki yeni hükme göre, meydana getirme faaliyeti uzun zamana yayılsa bile, bedel eserin yapıldığı yer ve zamana göre belirlenecek, fakat aksine anlaşma yapılmamışsa, bedel teslim ile muaccel olacaktır. Bu hâlde hükmün uygulanmasıyla ilgili problem çıkabileceği kanaatindeyim.

Diğer taraftan, bedel, mahallî rayiçlere göre hesap edilecektir<sup>39</sup>. Yapıldığı zaman ve *yerdeki* ifadesinden anlaşılması gereken budur. İnşaatta kullanılan kumun, çimentonun, tuğlanın bedeli mahallî rayiçlere göre belirlenir. Fakat *mahallî* ifadesinden ne anlaşılması gerektiği bazen tartışmaya açık olabilir. Özellikle eserin meydana getirildiği yerde kullanılan malzemeye ilişkin bir rayiç bulunmayabilir. Bu durumda mahallî rayiç olarak, yerine göre bölgesel yerine göre ülkesel rayiç dikkate alınmalıdır. Hatta ülke sınırları içerisinde üretilmeyen malzemenin bedeli ile ilgili olarak dahi uyuşmazlık çıkabilir. Önemli olan objektif olarak malzeme fiyatının tespitidir.

**VIII.** Sözleşmenin yaklaşık bedelin aşılması yüzünden sona ermesine ilişkin Borçlar Kanununun 367. (Yeni BK. 482.) maddenin birinci fıkrasında, “*feshedebilir*” ifadesi yerine “*dönebilir*” ifadesi kullanılmıştır. Hükümde esasa ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır.

**IX.** Eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında, yukarıda sayılan değişiklikler haricinde esasa ilişkin önemli bir değişiklik yoktur. Fakat tabii şu soru üstünde de durmak gerekir: “Acaba şu da olsaydı” ya da “şu husus hakkında da hüküm konulsaydı” denilebilecek hususlar var mıdır? Bu konuda birkaç nokta üzerinde durmak uygun olur.

Türkiye’de, Almanya’dan da İsviçre’den de daha çok uygulama alanı bulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri hakkında düzenleme yapılamaması isabetli olurdu. Fakat bu konuda herhangi bir düzenlemeni yapılmadığı görülmektedir.

Diğer taraftan eser sözleşmesine ilişkin hükümler değerlendirilirken zaman zaman şu eleştiri ile karşılaşılır: Eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin daha çok küçük el sanatları düşünülerek hazırlandığı, buna karşılık geniş kapsamlı, özellikle de inşaat işleri bakımından mevcut hükümlerin, her zaman, olduğu gibi uygulamaya elverişli olmadığı eleştirisi ile karşılaşılmaktadır. Zaman zaman, eser sözleşmesine ilişkin hükümler, kapsamlı inşaat işleri

---

Borçlar, s. 421). Krş. Yarg. 15. HD., 06.11.1974, 1456/1556 (**Karahasan**, İnşaat, s. 1551).

<sup>39</sup> Yargıtay da mahallî rayiçleri esas almaktadır. Bkz. Yarg. 15. HD., 15.04.1996, 737/2126 (**Uygur**, s. 8366); Yarg. 15. HD., 24.06.1996, 3565/3550 (**Uygur**, s. 8367); Yarg. 15. HD., 21.12.1995, 7012/7585 (**Uygur**, s. 8368-8369).

bakımından yeterli olmamaktadır. Mevcut hükümlerin zaman zaman ihtiyaca cevap vermediği görülmektedir. Bu konuda Kanunda düzenleme yapılsaydı daha isabetli olabilirdi.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri dikkate alındığında, BK. 366 (YBK. 481) hükmüne ilişkin yukarıda işaret edilen eleştiri bir tarafa, yapılan değişikliklerin genel olarak isabetli olduğu söylenebilir.

### KAYNAKÇA

**Altaş, H.:** “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı”, (Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 97-110).

**Aral, F.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Ankara 2007.

**Ayan, S.:** İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.

**Başpınar, V.:** Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.

**Baygın, C.:** Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.

**Becker, H.:** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde 184-551 (Çeviren: A.Suat Dura), Ankara 1993.

**Bilge, N.:** Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

**Burcuoğlu, Halûk:** “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler”, (Tandoğan’a Armağan, Ankara 1990, s. 283-332).

**Bühler, T.:** Obligationenrecht, Teilband V 2d, der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998.

**Dayınlarlı, K.:** İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986.

**Erdoğan, İ.:** “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması”, (SÜHFD., Ocak-Haziran 1990, S. 1, s. 135-172).

**Eren, F.:** “I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, II. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi” (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 18 – 29 Mart 1996, s. 45-103).

**Ergezen, M.:** İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007.

**Erman, H.:** İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979 (Beklenmeyen Hal).

**Erman, H.:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2007.

**Gauch**, P.: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996.

**Gauch/Schluep/Schmid/Rey**: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 7. Aufl., Zürich 1998.

**Gautschi**, G.: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, der Werkvertrag, Artikel 363-379 OR, Bern 1967.

**Gökyayla**, K. Emre: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, (Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, GÜHFD., Ocak 2002, S. 1, s. 785-805).

**Gökyayla**, E.: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009 (Ek İş).

**Gümüş**, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010.

**Gürpınar**, D.: Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006.

**Hatemi**, H./**Serozan**, R./**Arpacı**, A.: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

**Honsell**, H.: Schweizerisches Obligationenrecht besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006.

**Huguenin**, C.: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2004.

**Kaplan**, İ.: “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları” (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 18 – 29 Mart 1996, s. 105-171).

**Karahasan**, M. R.: İnşaat, İmar, İhale Hukuku 1, İstanbul 1997 (İnşaat).

**Karahasan**, M. R.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 2, İstanbul 2002 (Borçlar).

**Kocağa**, Köksal: “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlâl Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağıın Anlaşılması Hâlinde İş Sahibinin BK.m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, (DEÜHFD., 2004/1, s. 177-201).

**Koller**, A.: Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, der Werkvertrag Art. 363-366 OR, Bern 1998.

**Kostakoğlu**, C.: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul 2005.

**Oser/Schönenberger**: Kommentar zum schweizerischem Zivilgesetzbuch, Bd. V, Teilband 2, Zürich 1936.

**Öz**, T.: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

**Öz, T.:** İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi ile Birlikte, İstanbul 2006 (İnşaat).

**Öz, T.:** Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011.

**Pedrazzini, M. M:** Schweizerisches Privatrecht VII/1, Siebter Band, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Erster Halbband, Basel und Stuttgart 1977.

**Seliçi Ö.:** İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.

**Şenocak, Zarife:** Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

**Tandoğan, H.:** “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi” (İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970.

**Tandoğan, H.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1989 (II).

**Tandoğan, H.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, I/1, 6. Basım, İstanbul 1990 (I/1).

**Tunçomağ, K.:** Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977.

**Uçar, Ayhan:** İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.

**Uygur, T.:** Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 7, Ankara 2003.

**Yavuz, C./Özen, B./Acar, F.:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2007.

**Zevkliler, A./Gökyayla, E.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010.

**Zindel/Pulver:** Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel 2003.