

Borçlar Kanunu M. 386/f.2
Karşısındaisimsiz İş Görme Sözleşmeleri
Yapılabilir mi ?

Şaban KAYIHAN
Özcan GÜNERGÖK*

İş görme sözleşmelerinin hemen hepsinde ortak olan nokta, taraflardan birinin (iş görenin) diğer tarafa (iş sahibine) karşı daima bir iş görme borcu altına girmesi ve onun bu borcunu iş görme olarak nitelendirdiğimiz bir faaliyette bulunmak suretiyle ifa etmesidir¹. İşte bundan dolayı iş görme borcu doğuran sözleşmeler arasında büyük ölçüde benzerlik vardır ve bu sözleşmeleri birbirlerinden ayırt etmek çoğu kez önemli güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Zaten BK. m. 386/f.2 bu konuya ilişkin olarak şöyle bir düzenleme öngörmektedir: “Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.” Acaba bu düzenlemenin kapsam ve niteliğini nasıl tesbit etmeliyiz? Öncelikle Yavuz’un da belirttiği gibi, bu hükmün, mehz metnini teşkil eden OR. Art. 394/f.2 gözönünde tutularak, “diğer sözleşmeleri düzenleyen kanun hükümlerine tabi olmayan (bu kanunda düzenlenmemiş hiç bir sözleşme çeşidine girmeyen) işlere, vekalet kuralları uygulanır” şeklinde çevrilmesi daha isabetli olurdu².

Borçlar Kanunu m. 386/f.2 hükmünün konumuz bakımından önemi şu noktadadır: Kanunla düzenlenmiş her hangi bir iş görme borcu doğuran sözleşme, vekalet sözleşmesinin oluşmasını önleyecektir. Ancak bu hükmün varlığı başka bir hukuki problemin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu da, kanunla düzenlenmiş belli tipler ve vekalet haricinde, kendine özgü (sui generis) yapısı olan ve vekalet hukukunun uygulanamayabileceği iş görme borcu doğuran sözleşmelerin varlığının kabul edilip edilemeyeceği problemidir.

* Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlileri.

1 Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 1997, sh. 407.

2 Yavuz, Borçlar Özel, sh. 570.

Doğal olarak, öncelikle BK. m. 386/f.2'nin getirmiş olduğu düzenlemeyi ve bu düzenlemenin neden olduğu doktrin tartışmalarını ele almalı ve bu hükme rağmen isimsiz bir iş görme sözleşmesi olabilip olamayacağı sorusuna cevap bulmalıyız.

Gautschi; BK. m. 386/f.2 nin mehzaz metnini teşkil eden OR.Art. 394/f.2'ye ilişkin olarak, İsviçre'de 1911 tarihli Borçlar Hukuku revizyonu ile iş görme sözleşmeleri hakkında sui generis sözleşmelerin hariç bırakıldığı ve bu suretle bu alanda sözleşme özgürlüğü prensibinin bilinçli olarak kısıtlandığı görüşündedir. Bu görüşe göre kanun koyucu, kanunla düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerinde de bir sonuç sorumluluğu değil (Erfolgshaftung) aksine sadece yalın olarak kusur (özen) sorumluluğu (Verschuldenshaftung) öngörmüştür. Buna göre kanunkoyucu, iş görmeden menfaat sağlayacak olan iş sahibinin uğranılan zararı da karşılama gereğini kabul etmiştir³. Yazar bundan başka, OR. Art. 394/f.2 hükmünün iş görme sözleşmelerinin nitelenmesi ve sınırlandırılması için önemli bir kriter verdiğini bu görüşünü gerekçelendirmeksizin ifade etmektedir. Nihayet yazarın görüşüne göre, taraflar iş görme alanında diledikleri biçimde atipik (isimsiz) iş görme sözleşmeleri kuramazlar, zira kanunkoyucu OR. Art. 394/f.2 ile bu alanda kapalı sayı (numerus clausus) hakim kılmayı amaçlamıştır⁴. Ancak hemen ifade edelim ki Gautschi, acentelik sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklarken bu sözleşme türünün sui

³ Gautschi, Georg, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Bern 1967, Vorbemerkungen zu art. 363-379 OR. N.7, sh.14-15.

⁴ Gautschi, 3 Teilband, Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR. N. 7, sh. 14-15. İsviçre Federal Mahkemesi de önceki içtihatlarında özellikle Gautschi'nin şerhine ve önceki eleştirilere dayanarak, art. 394/f.2'ye işaretle iş görme sözleşmeleri alanında sui generis sözleşmelere yer olmadığına karar vermişti. (BGE 104 II 108 vd., bkz. Wagen, Slongo Doris, Der Softwareherstellungsvertrag, Zürich 1991, sh. 149). Yine İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 83 II 529 ile Art. 394/f.2'ye dayanarak sözleşmenin ne bir iş görme sözleşmesi ve ne de sui generis olması nedeniyle gayrimenkul idaresi sözleşmesini (Liegenschaftenverwaltungsvertrag) vekalet hükmüne tabi tutmuştur. Fakat Yüksek Mahkeme vekaletin serbestçe geri alınabilirliğini, sürekli bir sözleşmeye uygulanamayacağını uygun görerek, sözleşmenin feshi için iş sözleşmesi hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna vararak burada da tam bir kombinasyon kuramamıştı. (Wagen, age., sh. 149). Yüksek mahkeme daha sonra BGE 106 II 157 vd. ve BGE 104 II 108 ile gayrimenkul idaresi sözleşmesini tamamen vekalet hukukuna tabi tutmuş ve iş görme alanında kendine özgü sözleşmelerin olamayacağını hükme bağlamıştı. (Wagen, age., sh. 149).

generis bir sözleşme sayılabileceğini ifade etmek suretiyle⁵ yukarıda belirttiğimiz görüşü ile çelişkiye düşmüş görünmektedir.

Ancak doktrinde baskın görüşe göre, iş görme alanında, OR. Art. 394/f.2'ye rağmen isimsiz sözleşmeler caiz görülmektedir⁶. Bu görüşteki yazarlar görüşlerini farklı argümanlarla gerekçelendirmektedirler.

Schulep, Vaser ve Vischer'e göre, İsviçre Özel Hukukuna hakim olan sözleşme özgürlüğü prensibi, iş görme alanında da numerus claususu reddeder⁷. Bu itibarla, taraflar sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde iş görme sahasında da isimsiz sözleşmeler oluşturabilirler.

Hofstetter'e göre, numerus clausus sadece zayıfların korunması ya da hukuk güvenliğinin perçinlenmesi amacıyla gerekli görüldüğü yerlerde haklıdır; oysa bu şekilde bir koruma ihtiyacı ve güçlendirilmiş hukuk güvenliği zorunluluğu (isimlendirilmişler dışında) diğer iş görme sözleşmeleri alanında mevcut değildir. Bir numerus clausus daha ziyade ekonomik hayatın ve sosyal yaşamın tutukluk yapmasına yol açar. Bundan dolayı, kanunkoyucu prensip itibarıyla seçme hakkını kullanmış ve sadece lehinde özel sebeplerin bulunduğu yerlerde tip zorunluluğunu benimsemiştir; oysa iş görme sözleşmeleri alanında her halukarda sui generis iş görme sözleşmelerini tamamen yerinde görmekte ve sadece, vekalet hakkındaki kuralların uygulanması yolu ile kendileri için uygun çözümlere varıldığı sözleşme ilişkilerinin vekalet olabileceği sonucuna da vararak OR. Art. 394/f.2'ye (BK. m. 386/f.2) işlerlik kazandırmaya çalışmıştır⁸.

Becker'de başka yasal sözleşme tipleri karşısında vekaletin uygulama alanının sınırlandırılması gereğine işaret etmekte ve sözleşme tiplerine vekalet hükümlerinin doğrudan değil örneksene (kıyas) yolu ile uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar'a göre, kıyas yolu ile uygulamayı gerektirecek derecede bir yasal sözleşme tipine çok benzeyen ya da kendine özgü (sui generis) sözleşmelerin doğrudan doğruya vekalet hükümlerine bağlı

5 Bkz. Gautschi, Georg, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband, Bern 1964, 418 a-418 b, N. 4 b, sh. 200.

6 Bkz. Wagen, age., sh.145.

7 Wagen'dan naklen, bkz. Wagen, age., sh. 145.

8 Wagen'dan naklen, bkz. Wagen, age., sh. 145-146.

tutulmamalıdır⁹. Şu halde Becker'de, iş görme alanında kendine özgü sözleşmelerin var olabileceğini kabul etmektedir.

Zimmermann da iş görme sözleşmeleri alanında tip zorunluluğunu ve numerus clausus reddedenlerin görüşüne katılmaktadır¹⁰. Yazar' a göre, günümüzde iş görme ilişkilerinin çokluğu karşısında ilgili hukuk düzeninin (OR. Art. 394/f.2, BK.m.386/f.2) katı bir şekilde uygulanması suretiyle bu alanda az ihtimallerin tesbit edilmesi isabetli bir tutum olmaz¹¹.

Pedrazzini ise bu hükmün ortaya çıkış tarihine başvurmaktadır: 1881 tarihli eski OR.'ye göre, vekalet sözleşmesinin altına sadece hukuki işlemler konmuştu. Ancak zamanla bu alandaki anlayış değişti ve doktrin ve uygulama fiili davranışları da sözleşme konusu olarak vekalet kavramıyla ilişkilendirdi. Bu itibarla da 1911 İsviçre Borçlar Hukuku revizyonunda kanunkoyucu bu yeni hukuk anlayışını vekaletin tanımı ile ifade etmek istemişti. Uzmanlar komisyonu bundan dolayı kanuni tanımlamayı Art.394/f.2 hükmüyle tamamladı¹². Yazar'a göre, bu fıkra talihsiz formüle edilmiştir. Metin amacı olarak yeterlidir. Vekalet sözleşmesinin, görüşmelerde düzenlenmemiş tüm iş görme sözleşmeleri için hukuki şekil olarak nitelendirildiği vakıasını kanunkoyucu, bilinmeyen maddi keyfiyetlere aktarılabilen o zamanki durumun açıklanması olarak değerlendirmektedir¹³. Böylece, Pedrazzini de günümüz gerçekleri düşünüldüğü takdirde, iş görme alanında da isimsiz sözleşmelerin olabileceğini kabul eden yazarların görüşüne katılmaktadır.

Bucher de borçlar hukuku alanındaki sözleşme serbestisi prensibine işaretler, çeşitli sözleşme türlerinin bağlantılı veya karma sözleşme olarak bir araya getirebileceğini ifade etmektedir¹⁴.

Gauch ise eser sözleşmesine ilişkin olarak şöyle demektedir: "Eser sözleşmesi olarak nitelenmesi mümkün olmayan her

⁹ Becker, Herman, (Çev. Dura, Suat), İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, madde, 184-551, Ankara 1993, Art. 394 N. 8, sh. 685.

¹⁰ Zimmerman, Peter, Der Geist-Werkvertrag, Basel und Frankfurt am Main 1984, sh. 73.

¹¹ Zimmerman, age., sh. 73.

¹² Pedrazzini, Mario M., Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Basel und Stuttgart 1977, sh. 505.

¹³ Pedrazzini, age., sh. 505.

¹⁴ Bucher, Eugen, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. erweiterte Auflage Zürich 1988, sh. 203-204.

sözleşme; vekalet hükümlerine tabi olacak değildir. Zira bu gibi sözleşmeler; isimsiz sözleşmeler de olabilir"¹⁵.

Buna göre bu sonuncu yazarlar da iş görme alanında isimsiz sözleşmelerin varlığını kabul eden baskın görüşe katılmaktadırlar.

Türk Hukuk doktrinde de bu konuda görüş ifade eden yazarlar İsviçre doktrinindeki baskın görüşe katılmaktadırlar. Nitekim Yavuz'a göre, iş görme borcu doğuran sözleşmeler, sadece Borçlar Kanunu'nda öngörülen hizmet, istisna, neşir (yayın), vekalet gibi sözleşmelerden ibaret değildir. Bu sözleşmelerden hangisine girdiği oldukça tartışmalı olan sözleşmeler var olduğu gibi, kanunda düzenlenen bu sözleşmelerin dışında yer alan ve tarafların serbest iradeleriyle oluşturduğu tek satıcılık, taşınmazların idaresi gibi başkaca iş görme borcu doğuran (isimsiz) sözleşmeler de bulunmaktadır¹⁶. Yazar, vekaletle ilişkin olarak sevk edilen kanun hükümlerinin yapılarına uygun olmadığı ve kanundaki diğer tiplere de girmeyen iş görme sözleşmelerini kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler olarak nitelendirmekte ve bu gibi sözleşmelere gerekiyorsa vekaletten başka tiplere ilişkin prensiplerin kıyasen uygulanabileceğini veya bu sözleşmelerin kendi yapılarına uyan yeni kurallar koyulması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir¹⁷. Sonuç olarak Yavuz'a göre BK. m. 386/f.2 hükmü, önemli bir boşluğu dolduran bir hüküm olarak değerlendirilmelidir ve BK. m.386/f.2 hükmü dolayısıyla vekalet sözleşmesi öteki iş görme sözleşmelerine oranla genel olarak düşünülmemeli, sadece kanunda düzenlenemeyen iş görme sözleşmelerine değil, aynı zamanda kanunda düzenlenen iş görme sözleşmelerine de boşluk doldurucu olarak kıyasen uygulanabilmelidir¹⁸.

Hatemi ise konuya ilişkin olarak şöyle demektedir¹⁹: "Kanaatimce, OR. 394/II (BK. 386/II) kuralı; "numerus clausus" ilkesinin bu alanda varlığını savunmayı zorunlu kılmaz. "Numerus

¹⁵ Gauch, Peter, Der Werkvertrag, 3. Auflage, Zürich 1985,sh. 13, N.43.

¹⁶ Yavuz, Borçlar Özel, sh. 407.

¹⁷ Yavuz, Borçlar Özel, sh. 571. Bkz. aynı yönde, Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Dördüncü Tıpkı Basım İstanbul 1989, sh.384-385

¹⁸ Yavuz, Cevdet, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, Doktora Tezi, İstanbul 1983. sh. 92; Yavuz, Borçlar Özel, sh.578. Ayrıca bkz. aynı fikirde, Bilge, Necip, Borçlar Hukuku,(Özel Borç Münasebetleri), Ankara 1971, sh. 286 vd.

¹⁹ Bkz. Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, sh. 352.

Clausus", kanundan açıkça anlaşılmalıdır. BK. 386/II'nin anlamı şu olmak gerekir: "Somut olayda, yorum yolu ile, isimsiz bir iş görme sözleşmesinden doğan ihtilafın hangi sözleşme türüne ait kural ile çözüleceği tesbit edilemiyorsa; vekaletle ilişkin kurallardan yararlanılır". Şu halde, burada "numerus clausus" ilkesi getiren emredici bir kural değil, sadece, sözleşmeye uygulanacak kanun kuralı, güven ilkesine göre gerçekleştirilecek sözleşme yorumu ile belirlenemiyorsa, tamamlayıcı kural olarak vekalet kurallarının uygulanacağını belirten bir "yorum kuralı" dır. Böylece Hatemi de sui generis iş görme sözleşmelerinin var olabileceğini kabul etmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin en yeni içtihatları da, OR. Art. 394/f.2'nin (BK. m.386/f.2), emredici karakterde bir hüküm olmadığı ve bu nedenle sui generis (kendine özgü), iş görme sözleşmelerinin olabileceğinin kabul edilmesi gerektiği yönündedir²⁰.

Kanaatimizce, BK. m. 386/f.2. hükmünü, bu hükmün mehz metnini teşkil eden OR. Art. 394/f.2'nin ortaya çıkış tarihçesine bakarak yorumlamamız gerekmektedir²¹. Gerçekten, kanunkoyucu o günkü şartlar çerçevesinde iş görme sözleşmelerinden klasik hukuki ve fiili karakteri bulunan ve basitçe yapılandırılmış hizmet edimlerini anlamıştı. Dolayısıyla o zamandan bu güne kadar ortaya çıkan yeni çeşit sözleşmeleri kanunkoyucu o günkü koşullarda düşünemezdi. Bundan dolayı, bu yeni çeşit sözleşmeler kanunun hiç bir hükmü tarafından ele alınmamıştır ve doğal olarak OR.Art. 394/f.2 (BK.m. 386/f.2) hükmü tarafından da düşünülemeyeceği ortadadır. Bu konuda esas itibariyle baskın görüşe katılmaktayız ancak bize göre, Wagen'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi²², bu

²⁰ Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 09 II 462 vd. mında daha önceki uygulamalara ilişkin eleştirilere de işaretlerle, eser (istisna) sözleşmesi ve vekalet unsurlu bir sözleşmeyi karışık muhtevalı bir sözleşme olarak nitelendirmek suretiyle, OR. Art. 394/f.2 hükmünün, iş görme alanında isimsiz sözleşmeleri yasaklamadığını hükme bağlamış ve isimsiz sözleşmeleri iş görme alanında da serbest bırakmıştır. (Bkz. Wagen, age., sh. 149-150).

İsviçre Federal Mahkemesi, 110 II 380 ve 114 II 53' sayılı kararlarında, bir mimarlık sözleşmesini (Architektenvertrag) bu bağlamda total müteahhiflik sözleşmesini (Totalunternehmervertrag) karışık muhtevalı sözleşmeler olarak kabul etmiş ve bu karışık muhtevalı sözleşmelere, kısmen eser sözleşmesi kurallarını kısmen de vekalet sözleşmesi kurallarını uygulamak suretiyle, BGE 109 II 462 ile değişen bu konudaki hukuki görüşünü tasdik etmiş ve o zamandan beri de bu uygulamasına bağlı kalmıştır. (Bkz.Wagen, age., sh. 150).

²¹ Bkz.aynı yönde, Wagen, age., sh. 154.

²² Bkz.Wagen, age., sh. 154.

konuda aşağıdaki şekilde tarif edebileceğimiz bir kanun boşluğu mevcuttur:

Alelaide vekalet kurallarının uygulanması halinde uygun olmayan sonuçlara yol açabilecek olan bir atipik vekalet söz konusu ise bu atipik vekalet BK. m. 386/f.2) hükmünün uygulanmaması gerekir. Zira bu ihtimalde BK.m. 386/f.2'yi uygulayacak olursak ortaya ihtiyaçlara uygun olan tatmin edici sonuçlar çıkmayacaktır. Şu halde burada, gerçek olmayan bir kanun boşluğu²³(*unechte Lücke praeter legem*) bulunmaktadır²⁴. Şu hale göre, yukarıdaki yazarların da değişik gerekçelerle belirttikleri gibi, bu gerekçeye de dayanarak, iş görme alanında isimsiz sözleşmelerin var olabileceğini kabul etmeliyiz. Bununla beraber, kanunun bu hükmünün revizyona tabi tutulması yerinde olur. Kanımızca bu revizyon için Hatemi'nin BK. m. 386/f.2'ye vermiş olduğu anlam örnek olarak alınabilir²⁵.

²³ Kavram için bkz. Oğuzman M. Kemal, *Medeni Hukuk Dersleri*, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 1994, sh. 63-64; Edis, Seyfullah, *Medeni Hkuka Giriş Ve başlangıç Hükümleri*, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara 1989, sh, 133-134.

²⁴ Bkz.Wagen, *age.*, sh. 154.

²⁵ Bkz.Hatemi/Serozan/Arpacı, *age.*, sh. 352.

KAYNAKÇA

- Becker, Herman (Çev.Dura, Suat): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde, 184-551, Ankara 1993.
- Bilge, Necip: Borçlar Hukuku (Özel Borç münasebetleri), Ankara 1971.
- Bucher, Eugen: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. erweiterte Auflage Zürich 1988.
- Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 4. bası, Ankara 1989.
- Gauch, Peter : Der Werkvertrag 3. Auflage. Zürich 1985.
- Gautschì, Georg Berner Kommentar: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Bern 1967. (3.Teilband).
- Gautschi, Georg: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 5. Teilband, Bern 1964. (5. Teilband).
- Hatemi, Hüseyin Serozan, RonaArpacı, Abdulkadir: Borçlar hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- Oğuzman M., Kemal: Medeni Hukuk Dersleri, Gözden Geçirilmiş 7. Bası,İstanbu l 1994.
- Pedrazzini, Mario M.: Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizensvertrag, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Basel und Stuttgart 1977.
- Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Dördüncü Tıpkı Basım İstanbul 1989.
- Wagen, Slongo Doris: Der Softwareherstellungsvertrag, Zürich 1991.
- Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 5. baskı, İstanbul 1997. (Borçlar Özel).
- Yavuz, Cevdet: Türk-İsviçre ve Fransız Menedi Hukuklarında Dolaylı Temsil, Doktora Tezi, İstanbul 1983. (Tez).
- Zimmerman, Peter: Der Geist-Werkvertrag, Basel und Frankfurt am Main 1984.