

KONUNUN TAKDİMİ

“Sosyal bilimler ve doğa bilimlerinin metotları zorunlu olarak farklı olmakla birlikte amaçları farksızdır. İkisi de gelişimin kanunlarının formülleştirilmesinin yolunu döşemek için olayların nedenlerini araştırmaya çalışır”.

Paul Vinogradoff¹

İş hukukunda kullanılan temel sözleşme biçimi iş sözleşmesidir. Ancak giderek kuralsızlaşan işgücü piyasalarında -sözleşme özgürlüğü sonucu- ortaya çıkan yeni ve kanun tarafından düzenlenmemiş isimsiz sözleşmeler geleneksel iş hukuku sınırlarını zorlamaktadır.

Borçlar hukuku öğretisi, genel olarak isimsiz sözleşmelerin çözümlenmesine ilişkin yöntemler geliştirmede hayli yol almıştır. Ancak, iş hukukunun koruyucu ve sosyal karakterinden kaynaklanan özelliği nedeniyle, borçlar hukukuna ilişkin yöntemlerin iş hukuku ile ilgili isimsiz sözleşmelere uygulanması tereddüt yaratmaktadır. Bu çalışma, “iş hukuku ile ilgili isimsiz sözleşmelerin çözümlenmesinde borçlar hukukundaki isimsiz sözleşmelere ilişkin birikimden yararlanmanın mümkün olup olmadığı” sorusundan yola çıkılarak yapılmıştır. Anılan soruya olumlu yanıt vermek mümkün olursa, yararlanma yöntemlerinin ne olabileceği hususu da önem taşımaktadır.

Bilinçli bir varlık olan insanı konu edinen sosyal bilimlerin, -bilinçsiz nesnelere inceleyen- doğa bilimleriyle kıyaslandığında önemli bir farklılığı vardır: Konusunu oluşturan insanın davranışlarının dışarıdan anlaşılmasının her zaman

¹ Paul Vinogradoff, **Ortaçağ Avrupası'nda Roma Hukuku**, Çev.: Mehmet Tevfik Özcan – Ferhat Düzgören – Sevtap Metin – Ahmet Ulvi Türkbağ – Erol Öz – Taner Ayanoglu, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997, s.22.

mümkün olmaması². Gerçekten, hayatın akışı içinde oluşan sonsuz ilişki biçimini tümüyle formüle etmek ve belli kalıplar içine sokabilmek imkânsızdır. Bununla birlikte, bazı başlıklar altında sistematik olarak elden geldiğince sınıflandırarak bir takım sonuçlar bağlamak mümkün olabilir. Bir sosyal bilim olarak hukuk, böylelikle oluşturulan müspet hukuk kurallarını metotlu bir şekilde incelemeyi konu edinir³. Bilimsel metotlarla yapılan hukuki araştırma sayesinde tatbikata yönelik esnek tespitlere ulaşılabilir ve böylelikle çeşitli ilişkilerin *-açıklığa kavuşturularak-* her somut olayda araştırılması kolaylaşabilir.

Hukuk biliminin laboratuvarı uygulamadır, mahkemelerdir. O nedenle kazai içtihatlar birçok hukuki araştırmanın hem çıkış noktasını hem de hedefini teşkil ederler. Çalışmada iş hukukuyla ilgili isimsiz sözleşmeler araştırılırken, mümkün olduğunca yargı kararları göz önünde tutulmuş ve nihayetinde uygulamaya fayda sağlayabilecek sonuçlara ulaşılması hedeflenmiştir. Yararlanılan kararların mahiyetinin daha iyi anlaşılması için karar metinlerine mümkün olduğunca fazla yer ayrılmıştır. Ayrıca, ağırlıklı olarak yargı kararlarından tespit olunan isimsiz sözleşme örnekleri üzerindeki uygulamalara özel önem verilmiştir. Uygulamalar sırasında iş hukuku ile ilgili isimsiz sözleşmeler unsurlarına parçalanarak tanımlansa da, bütünsel olarak taşıdıkları anlam ve taraf menfaatleri *-şemaların da yardımıyla-* gözden kaçırılmamaya çalışılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde isimsiz sözleşme kavramı, önce sözleşme kavramı çerçevesinde, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sonuçları arasında genel olarak açıklanmıştır. Ardından, isimsiz sözleşme çeşitleri ve çözümlenmelerine yönelik görüşler örneklerle açıklanmıştır. Bölüm, isimsiz sözleşmelerin benzer bazı hukuki müesseselerle karşılaştırılmasıyla sona ermektedir.

² Murat Şeker, **İktisadi ve Sosyal Bilimlerde Yöntem ve Yaklaşım Sorunları**, Değişim Yayınları, Ankara, 1986, s.21-22.

³ Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:291), Ankara, 1971, s.36.

İkinci bölümde iş hukukunun isimsiz sözleşmeler üzerindeki etkilerinin teorik çerçevesi incelenmiştir. Bölümde önce isimsiz sözleşme kavramının iş hukukuyla ilgisi kurulmuştur. Ardından, iş hukukunun temel sözleşme biçimi olan iş sözleşmesi, edimlerine parçalanarak açıklanmıştır. Bundan amaç, iş sözleşmesinin tip tayin edici edimini teşkil eden ve isimsiz sözleşmelerde özellikle aranacak olan “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” edimini ayırtırmaktır. Bir sonraki adımda, iş sözleşmesinin tip tayin edici ediminin, yer aldığı isimsiz sözleşme açısından taşıdığı anlam incelenmiştir. Bölüm, iş hukukuyla ilgili isimsiz sözleşmelerin tabi olacağı kuralların araştırılmasıyla sona ermektedir.

Üçüncü ve son bölümde, iş hukukunun isimsiz sözleşmeler üzerindeki etkilerinin, her isimsiz sözleşme çeşidi için bir örnek incelenmek suretiyle somutlaştırılmıştır. Kuşkusuz, burada somut olay çözümlemesinden ziyade, iş hukukuyla ilgili bazı isimsiz sözleşmelerin genel kavramsal incelemesinin amaçlandığını eklemek gerekir. Bölümde, bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşme örneği olarak “*lojmanlı iş sözleşmeleri*”, bire çok tipik edimli (*ikiz - kombine*) karma sözleşme örneği olarak “*işçi avukatlık sözleşmeleri*”, yabancı tipte yan edim içeren sözleşme örneği olarak “*emeğin sermaye payı olarak konulduğu adi şirket sözleşmeleri*” ve kendine özgü (*sui generis*) sözleşme örneği olarak ise “*iş sözleşmesini andıran iş zinciri (franchising) sözleşmeleri*” yer almaktadır. Nihayet, çalışma kısa bir genel değerlendirme ile sona ermektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN SÖZLEŞME KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

İsimsiz (*kanun tarafından düzenlenmemiş*) sözleşmeler, sözleşme özgürlüğü ilkesinin ürünüdürler. O nedenle, önce sözleşme kavramının kısaca çerçevesi çizilmiş, isimsiz sözleşme kavramının tanımı, oluşturulan bu çerçevenin içinde sözleşme özgürlüğünün sonuçları arasına yerleştirilmiştir. Ardından isimsiz sözleşmelerin çeşitlerini oluşturan karma ve kendine özgü sözleşmeler hakkında genel açıklamalarda bulunulmuş; nihayet isimsiz sözleşmeler benzer başka müesseselerle karşılaştırılarak farkları tespit edilmiştir.

I. Sözleşme Kavramı Işığında İsimsiz Sözleşmelerin Genel Olarak Tanımlanması

A. Sözleşme Kavramı

Sözleşme kavramı için bazen “*akit*” bazen “*mukavele*” bazen de “*sözleşme*” terimleri kullanılmaktadır. Her üç deyim arasında Türk Hukuku açısından fark bulunmamaktadır⁴. Nitekim Türk Ticaret Kanunu md.1464’de “*gerek bu kanunda gerekse diğer kanunlardaki mukavele ve akit sözleri aynı manaya gelir*” ifadesine yer verilmiştir. Anılan hükümde daha sonraları yaygın olarak kullanılmaya başlanan “*sözleşme*” terimine yer verilmemesi, yasanın yapılma tarihinin eski olmasına bağlanabilir. Ticaret Kanununa sonradan eklenen bazı hükümlerde sözleşme terimine yaygın olarak yer verilmiştir (*Örneğin 1994’de eklenen TTK md.1297, 1983’de eklenen TTK md.1404 vs.*). Aynı şekilde 1926 tarihinde çıkarılan Borçlar Kanununda da mukavele ve akit terimlerinin yanı sıra, 1981 yılında 110.maddeye eklenen bir

⁴ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s.65; Aydın Zevkliler, **Özel Borç İlişkileri**, 7.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.29.

fıkarda “*sözleşme*” terimi kullanılmıştır. 1982 Anayasasında ve 4721 Sayılı ve 2001 Tarihli Yeni Medeni Kanunda⁵ ise sadece “*sözleşme*” terimi tercih edilmiştir.

Uluslararası hukuk literatüründe “**sözleşme**” (*convention*) terimi genelde “*önemli ve kural koyucu çok taraflı antlaşmaları (traité)*” ifade etmektedir⁶. İdare hukuku anlamında sözleşme ise, “*kamu kuruluşlarının idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmeler*” olarak tanımlanabilir⁷. Konumuz açısından borçlar hukuku anlamında sözleşme deyiminden ise borç doğurucu sözleşmeyi anlamak gerekir⁸.

Borçlar Kanununda sözleşme kavramı açıkça tanımlanmak yerine dolaylı olarak tarif edilmiştir. Yasada “*iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur*” (md.1/1) denilerek sözleşmenin kurulma koşulları belirtilmekle yetinilmiştir. Hükmün dikkate değer yönü, Borçlar Kanununun ilk maddesini teşkil etmesine rağmen sadece “*borç doğurucu sözleşme*” (*borç sözleşmesi - contrat*) den değil, genel anlamda sözleşmeden (*convention*) bahsetmesidir⁹. Böylelikle, miras, şahıs veya aile hukuku benzeri diğer medeni hukuk sözleşmeleri de kapsam içine alınmaktadır. Söz konusu bakış açısı, Yeni Medeni Kanunda “*bu kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*” demek suretiyle de tekrar teyit olunmuştur (md.5).

Borçlar Hukuku açısından sözleşme kavramını eksiksiz tanımlayabilmek için öncelikle hukuk sistemindeki yerini belirlemek gerekir. Hukuki etki doğuran, dolayısıyla hukuk düzeninin belirleyerek bir sonuç bağladığı olaylar “*hukuki olay*”

⁵ Resmi Gazete, Sayı: 24607, Tarih: 08.12.2001.

⁶ Sözleşme kavramının, yerine göre hem “*uluslararası örgütlerin yaptıkları antlaşmalar*” hem de “*devletlerin yaptığı ikincil önemde antlaşmalar*” anlamında kullanılan “*anlaşma*” (*accord*) kavramı ile karıştırılmaması gerekir (Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I.Kitap, II.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1989, s.98).

⁷ Bir sözleşmenin “*idari sözleşme*” olarak nitelenebilmesi için, taraflarından birinin idare olması, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve idareye özel hukuk yetkilerini aşan bir takım yetkiler tanınmış olması gerekir (Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 4.Bası, “S” Yayınları, Ankara, 1991, s.198-199).

⁸ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 8.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2003, s.184-185.

⁹ Andreas B. Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Cilt I, Çev.: Bülent Davran, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:75), İstanbul, 1948, s.167; Eren, a.g.e., s.184-185.

olarak nitelendirilmektedir. Bunlardan insan iradesi veya hareketi sonucu meydana gelenleri “*hukuki fiil*” olarak adlandırılırlar¹⁰. Belirtilen fiillerden, hukuk düzeninin koruduğu bir neticeye yönelen irade açıklamaları şeklinde gelişenleri “*hukuki işlem*” kategorisinde değerlendirilmektedir¹¹. Bunlarda iradenin yalnız fiile değil aynı zamanda hukuki sonucuna da yönelmesi şarttır¹². Hukuki işlemlerin sınıflandırılmasında en önemli yöntem, iştirakçilerin sayısını esas alan ayırımdır. Yalnız bir tarafın iradesini açıklaması durumunda tek taraflı (*bir taraflı - unilatéral*) hukuki işlemden bahsedilir. Eğer iki veya daha fazla taraf iradesini açıklıyorsa ortada duruma göre iki taraflı (*bilatéral*) ya da çok taraflı (*multilatéral*) bir işlem vardır¹³. Sözleşmeler, bu sonuncu hukuki işlem sınıfına dâhildir¹⁴.

Hukuki işlemlerin, belirli bir hukuki sonucu yaratmaya yönelik olarak birbiriyle uyuşan karşılıklı irade açıklamalarıyla oluşmaları öğretide “*sözleşme*” olarak sınıflandırılmakta ve tanımlanmaktadır¹⁵. Kavram, hukuki işlemlerin en büyük grubu teşkil eden alt dalını teşkil etmektedir¹⁶. Önemi, tarafların kendi aralarında uygulanmasını istedikleri hukuk kuralını böylelikle belirleyebilmelerinden kaynaklanır¹⁷.

¹⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.44, 46; Hugo Oser ve W. Schönerberger, **Borçlar Hukuku (Birinci Kısım)**, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1947, s.29.

¹¹ Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, 2.Baskı, Cilt 1-2, Çev.: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları (Yay.No:15), Ankara, 1983, s.133; Zevkililer, a.g.e., s.29; Hüseyin Avni Göktürk, **Borçlar Hukuku**, Ankara, 1946, s.111-112.

¹² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.48.

¹³ Von Tuhr, a.g.e., s.134; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 8.Baskı, Beta Basım, İstanbul, 1990, s.45-46; Konuyla ilgili olarak, Tekinay’ın işaret ettiği bir karışıklıktan da söz etmek gerekir: Bir taraflı hukuki işlem olabilir ancak bir tarafı bulunan sözleşme olması mümkün değildir. Bununla birlikte öğretide taraflardan sadece birine borç yükleyen sözleşmelere yaygın olarak “bir taraflı sözleşme” denmektedir (Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.68).

¹⁴ Burada, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Resmi Gazete, Sayı: 22140, Tarih: 13.12.1994) md.4/1’de kullanılan “*anlaşma*” deyiminin sözleşme kavramını içermekle birlikte daha geniş bir anlam ifade ettiğini hatırlamak yararlı olabilir. Rekabet Hukukundaki “*anlaşma*”nın hukuki işlem olması şart değildir. “*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan*” herhangi bir hukuki fiilin, hukuki bir sonuca yönelmeksizin gerçekleştirilmesi nedeniyle “*hukuki işlem*” veya “*sözleşme*” sayılmadığı hallerde dahi “*anlaşma*” sayılabileceği kabul edilmektedir (Nazlı Aksoy, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, 1.Baskı, Rekabet Kurumu Yay.No.144, Ankara, 2004, s.28, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/nazliaksoy.doc>, 06.04.2005).

¹⁵ Eren, a.g.e., s.185; Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, Birinci Yarıım, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No: 470), İstanbul, 1975, s.213; Zevkililer, a.g.e., s.29.

¹⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.55.

¹⁷ Eren, a.g.e., s.185.

Daha ayrıntılı bir tanım getiren TEKİNAY'a göre ise sözleşme, “*genel olarak, birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak ve özellikle bir borç ilişkisi kurmak, mevcut bir borçta değişiklik yapmak ya da onu büsbütün ortadan kaldırmak için yapılan anlaşma*”dır¹⁸. O halde sözleşme, hukuki değer taşıyan bir amaca erişme vasıtasıdır¹⁹.

B. Sözleşme Çerçevesinde Borç Tipleri

Türk Borçlar Hukukunda sözleşmeler çerçevesinde mevcut “*borç tiplerini*” ayırt etmek çalışmanın amacı ve yöntemi açısından önem taşımaktadır. Bir isimli sözleşmenin sınıflandırılmasında, içerdiği *-çeşitli sözleşmelere ait-* unsurlar ayrıştırılmadan önce düzenlediği ağırlıklı borç tipinin veya tiplerinin tespiti gerekmektedir.

Sözleşme çerçevesinde borç tiplerine ulaşmak için, Borçlar Kanunumuzun özel kısmında düzenlenen sözleşmelerin *-edimler açısından-* sistematigi hakkında öğretilerde yapılan gruplandırmalardan yararlanmak uygun olacaktır.

Borçlar Kanununun özel kısmında düzenlenen sözleşmeler öğretilerde farklı gruplandırmalara tabi tutulmuştur. Örneğin TEKİNAY'a göre sözleşmeler;

- “*mülkiyeti*” geçirme borcu doğuran (*satım, trampa, bağışlama*),
- “*kullanmayı*” devir borcu doğuran sözleşmeler (*kira, ariyet, ödünç*),
- “*iş görme*” borcu doğuran sözleşmeler (*hizmet, istisna, neşir, vekâlet vs.*),
- muhafaza sözleşmeleri (*saklama, ardiye*),
- teminat sözleşmesi (*kefalet*),
- baht ve talih sözleşmeleri (*kumar ve bahis*),
- irat ve bakma sözleşmeleri (*kayıtlı hayat ile irat, ölünceye kadar bakma*),
- şirket sözleşmesi (*adi şirket*)

¹⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.65.

¹⁹ Kuntalp, a.g.e., s.42.

olmak üzere sekiz ana başlık altında gruplandırılabilir²⁰. İNAN'ın ve ÖNEN'in gruplandırmalarının bundan farkı “irat ve bakma” sözleşmelerini “*baht ve talih*” sözleşmeleri grubunda incelemeleridir²¹.

TANDOĞAN, ZEVLİLER, AKYOL ve YAVUZ ise farklı olarak “*kaydı hayat ile irat*” ve “*ölünceye kadar bakma*” sözleşmelerini; kumar, bahis ile birlikte “*sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler*” isimli tek bir grupta incelemiştir. Hatta TANDOĞAN muhafaza sözleşmelerinin de iş görme sözleşmeleri grubunda incelenebileceğini belirtmektedir²². Aynı şekilde ATAAY da muhafaza sözleşmelerinin iş görme sözleşmeleri grubunda yer aldığı kanısındadır²³.

Öte yandan, SCHWARZ'ın diğer yazarlardan ayrılan gruplandırmasına göre sözleşmeler;

- devir ve ferağ borcu doğuran akitler (*satım, trampa, bağıslama*),
- kullandırma akitleri²⁴ kullanma ve yararlanma hakkı veren akitler (*kira, ariyet, ödünç*),
- geniş anlamıyla iş akitleri (*hizmet, istisna, neşir, vekalet ve onun hükmüne tabi olan akitler*²⁵, *saklama, ardiye*),
- rizikolu –muhtaralı- akitler (*kefalet, kumar ve bahis, kaydı hayat ile irat, ölünceye kadar bakma*),

²⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.73-76; KUNTALP de genel hatlarıyla benzer bir sıralama yapmakla birlikte “*baht ve talih sözleşmeleri*” yerine “*ciddi bir iktisadi gaye olmaksızın bir kazanç teminine veya bir iddiayı takviyeye yönelmiş akitler*” deyimini kullanmaktadır. Yazara göre talih veya tesadüfe bağlı olan ya edimin varlığı ya da kapsamıdır; hatta talih veya tesadüf, kumar ve bahis sözleşmelerinin tek unsuru olmayıp başka sözleşmelerde de mevcut olabilir: O halde kumar ve bahis sözleşmelerinin tipik karakterini “*ciddi bir iktisadi gaye olmaması*” belirler (Kuntalp, a.g.e., s.57).

²¹ Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:435), Ankara, 1979, s.87-88; Turgut Önen, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Yargı Yayınevi, Ankara, 1999, s.27.

²² Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt:I/1, 6.Basım, Evrim Basım, Yayın, Dağıtım, İstanbul, 1990, s.5-6; Zevkliler, a.g.e., s.48-49; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, 6.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2002, s.15-17; Şener Akyol, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 1.Fasikül, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984, s.4-5.

²³ Ataay, a.g.e., s.249.

²⁴ FEYZİOĞLU bunları “*kullanma ve yararlanma hakkı veren akitler*” olarak nitelendirmektedir (Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku (İkinci Kısım-Akdin Muhtelif Nevileri)**, Cilt:I, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:560), İstanbul, 1978, s.22).

²⁵ Yazar, vekâlet hükmüne tabi olan sözleşmelerden; vekâlet, itibar mektubu ve itibar emri, tellallık, vekâletsiz iş görme, komisyon, nakliye, ticari mümessillik, ticari vekillik ve havalenin, anlaşılması gerektiğini belirtmektedir (Schwarz, a.g.e., s.28-29).

- adi şirket akdi

olmak üzere beş ana başlık altında gruplandırılabilir²⁶. FEYZİOĞLU'nun gruplandırmasının bundan farkı saklama ve ardiye sözleşmelerini “*emanet akitleri*” isimli ayrı bir başlık altında incelemesidir²⁷.

TUNÇOMAĞ'ın gruplandırması ise;

- devir borcu doğuran sözleşmeler (*satım, trampa, bağışlama*),
- kullandırma borcu doğuran sözleşmeler (*kira, ariyet, ödünç*),
- başkasının hizmetinde veya çıkarı için çalışma (iş yapma) borcu doğuran sözleşmeler (hizmet, eser, neşir, vekalet ile özel çeşitleri, saklama, ardiye),
- bir tehlike yüklenme borcu doğuran sözleşmeler (kefalet, kumar ve bahis, kaydı hayat ile irat, ölünceye kadar bakma, adi şirket) şeklindedir²⁸.

TUNÇOMAĞ'ın dört grupta özetlediği tasnif, soyut ve geniş kapsamlı olması nedeniyle, çalışmamızın yöntemi açısından daha uygundur. Böylelikle sözleşmeler hukuku açısından borç tipleri;

- mülkiyeti geçirme borcu,
- kullandırma borcu,
- başkasının hizmetinde veya çıkarı için çalışma (iş yapma/iş görme) borcu,
- bir tehlike yüklenme borcu

olarak özetlenebilir. Çalışma açısından özel önem taşıyan iş görme borcunun içeriği hayli geniş olup iş sözleşmesi, eser sözleşmesi vb. farklı sözleşmeleri kapsamaktadır. O nedenledir ki *-ileride ayrıntısına girileceği üzere-* iş sözleşmesinin tipik edimi olarak “*iş görme*” edimi değil, “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*”

²⁶ Schwarz, a.g.e., s.26-30.

²⁷ Yazar, saklama ve ariyet sözleşmelerinin amacının hizmet değil, hizmetle sağlanan muhafaza durumu olduğu düşüncesindedir (FEYZİOĞLU, a.g.e., 31-32).

²⁸ Yazar, adi şirket sözleşmesinin farklı nitelik taşısa dahi “bir tehlike yüklenme borcu doğuran sözleşmeler” başlığı altında değerlendirilebileceği görüşündedir (Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt:II, 3.Bası, İstanbul, 1977, s.26-27); Aynı yöndeki bir başka tasnif için bkz.: Ferit H. Saymen ve Halid Kemal Elbir, **Türk Borçlar Hukuku (Umumi Hükümler)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1966, s.27-29.

edimi bir bütün olarak benimsenmiştir²⁹. Çalışmada her bir isimsiz sözleşmede öngörülen borçların bunlardan hangisine girdiği ve sözleşmeye belirleyici karakterini hangisinin verdiği tespit olunacak, sonrasında hukuki mahiyet ve neticeler araştırılacaktır.

C. Sözleşmelere Hâkim Olan Temel İlkeler

Sözleşmeler hukukunda “sözleşmelerin kural olarak rızai olması ilkesi” ve “sözleşmelerin nisbiliği ilkesi” mevcut ve önemlidirler. Bununla birlikte çalışmanın amacı açısından özellikle “sözleşme özgürlüğü ilkesi” ile sınırlarına ve sonuçlarına daha geniş yer verilmiş, diğerleri kısaca açıklanmakla yetinilmiştir.

1. Sözleşmenin Kural Olarak Rızai Olması İlkesi

Sözleşmenin kurulmasını sağlayan, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları icap ve kabul olarak adlandırılırlar³⁰. Sözleşmenin rızailiği ilkesi uyarınca akdin kurulması için rızaların bu şekilde karşılıklı beyanı yeterlidir; Roma Hukuku'nun aksine, ayrıca sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin teslimi şart değildir³¹.

2. Sözleşmenin Nisbiliği İlkesi ve İstisnaları

“Sözleşmenin nisbiliği” ilkesi uyarınca sözleşme iki taraflı hukuki işlemlerde söz konusudur ve bir sözleşme ilişkisi kural olarak yalnızca tarafları için hak ve borçlar doğurur³². Roma Hukukunda “sözleşmenin etkisi onun tarafları ile sınırlıdır”³³ olarak belirtilen sözleşmenin nisbiliği ilkesi, “sözleşmeye üçüncü şahıs

²⁹ Bkz.: *İkinci Bölüm, II, B, 1* başlığı altındaki açıklamalar.

³⁰ Ataay, a.g.e., s.215.

³¹ Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3.Bası, Beta Basım, İstanbul, 1999, s.335.

³² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.77; Eren, a.g.e., s.20-21; Teoman Akınal, “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 14, Sayı:5, Temmuz 1988, <http://www.adliye.org/makaleler/sorhuks%F6znispilasilmasi.html>, 20.05.2005.

³³ *res inter alios acta aliis neque prodest.*

yararına hüküm konulamaz”³⁴ isimli bir başka ilke ile tamamlanmakta ve böylelikle bir sözleşmede üçüncü şahsın yararının amaçlanması da yasaklanmaktaydı³⁵.

Öte yandan, modern hukuklarda artık anılan ilkeye bazı istisnalar da getirilmiştir. Hatta öyle ki artık “sözleşmenin nisbiliği” ilkesinin aşıldığı dahi yaygın olarak vurgulanmaktadır. Türk Hukukunda BK mad.111’de düzenlenen “üçüncü kişi yararına sözleşme” başta olmak üzere, yasal olarak düzenlenen bazı durumlarda üçüncü kişilerin de taraf sıfatı taşımamalarına rağmen, doğrudan veya dolaylı olarak sözleşme ilişkisine katılarak çıkar sağlayabilecekleri ya da yükümlülük altına girebilecekleri kabul edilmektedir³⁶. Yine de sözleşmenin nisbiliği ilkesi kural olarak Yargıtay tarafından benimsenmekte ve uygulanmaktadır³⁷.

³⁴ *alteri stipulari nemo prodest.*

³⁵ Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:501), İstanbul, 1976, s.1-3.

³⁶ Zevkliler, a.g.e., s.30; Teamül gereği ya da özel yasalar gereği akdedilen üçüncü şahıs yararına sözleşme örnekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Akyol, 1976, s.41-50.

³⁷ “Davacının, dava dışı müteahhit Sebahattin Seçkin'den harici sözleşme ile bir daire satın aldığı tarafların kabulündedir. Dava dışı müteahhit ile arsa sahipleri arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince müteahhidin payına düşen daireyi harici sözleşme ile davacıya devretmesi alacağın temlik niteliğinde bulunduğu ve yazılı da yapıldığı için geçerlidir. Ne var ki bu sözleşme tarafları bulunan davacı alıcı ile dava dışı müteahhidi bağlar. Değişik bir anlatımla davacı, bu sözleşmeden doğan haklarını davalı arsa sahiplerinden isteyemez”.

Ancak 1.Hukuk Dairesi Hâkimi Orhan Uzgören'in bu karara yazdığı karşı oy yazısı da dikkate değerdir: “(...) Temelde akitlerin yalnızca tarafları bakımından bağlayıcı olup, onlar hakkında hukuki sonuç doğuracağı bilinen bir kuraldır. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, satış-eser nitelikleri itibariyle karma; arsa sahibinin, yükleniciye henüz karşı edimini yerine getirmeden kendisine geçirilmiş veya geçirilmesi vaad edilmiş hakları veya bunların bir kısmını üçüncü kişiye devretme yetkisi verdiği hallerde de birleşik sözleşme niteliğindedir. Bu nitelikte kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapan arsa sahibi de yükleniciye devrettiği, hakkın üçüncü kişiye devredilebileceğini bilen kimsedir. Buna baştan rıza göstermiş, icazet vermiştir. Hal böyle olunca, artık arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen akdin, iki taraflı olma özelliğini kaybettiği, yükleniciden hak temellük eden üçüncü kişileri de kapsayan çok taraflı bir akit niteliğine büründüğünün kabulü gerekir. Böyle bir akdi ilişkide de, akde dâhil olan üçüncü kişileri yok sayarak çözüm üretilemez. Daire ve onu benimseyen Hukuk Genel Kurul kararında ifade edildiği üzere, çok taraflı ilişkinin reddiyle, akitlerin isteklerini yekdiğerine karşı ileri sürmesi gerektiği düşüncesi kabul edilemez” (Yargıtay HGK, 02.02.2000, E.2000/13-51, K.2000/54, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005); Aynı yönde bkz.: Yargıtay 1.HD, 26.10.2000, E.2000/12433, K.2000/13094, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005; Yargıtay 1.HD, 16.10.2001, E.2000/10200, K.2001/10747, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005.

3. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi ve Sınırları

İsimsiz sözleşmelerin içinde yer aldığı kavramsal çerçevenin tasviri için sözleşme özgürlüğü ilkesinin tanımlanarak sınırları ve sonuçlarıyla beraber ortaya konması gerekmektedir.

a. Tanım

Fransız Devrimi sonrasında hızla yayılan bireyci liberal akım hukuk sistemlerine “*irade özgürlüğü ilkesi*” olarak yansımıştır. Anılan ilkeye göre insan, kişiliğinin dışı vurumu olan iradesiyle bir takım haklar ve borçlar ortaya çıkarmakta –*kamu yararı gereği olarak belirlenecek sınırlar içinde kalmak şartıyla*- serbesttir³⁸. “*Sözleşme özgürlüğü ilkesi*” (*akit serbestisi*) ise irade özgürlüğü ilkesinin görünümlerinden biri olup kaynağını aynı şekilde liberalizme dayanan klasik hukuk görüşünden almaktadır³⁹. On dokuzuncu yüzyılda sözleşme hukukunun gelişmesine büyük etki yapan sözleşme özgürlüğü ilkesi, her bireyin kendi çıkarlarının en iyi savunucusu olduğu önkabulüne dayanmaktadır⁴⁰.

Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre kişiler, bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta, sözleşme yapacakları tarafı seçmekte, sözleşmenin tabi olacağı şekli belirlemekte, yapılan sözleşmeyi değiştirmek veya ortadan kaldırmakta ve nihayet sözleşmenin içeriğini düzenlemekte -*bazı sınırlamalar dairesinde*- özgürdürler⁴¹. Öyle ki SCHWARZ’ın veciz şekilde ifadesi ile “*akitler taraflar arasında hukuk yaratırlar*”⁴².

³⁸ Kemalettin Birsen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Borçların Genel Hükümleri)**, 4.Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:1290), İstanbul, 1967, s.28-29; İrade özgürlüğü ilkesine eleştirel bir yaklaşım hakkında bkz.: Ergun Özsunay, **Borçlar Hukuku**, Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s.53-55.

³⁹ İrfan Baştuğ, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları (Yay.No:64/40), İzmir, 1973, s.52; Zevkliler, a.g.e., s.34; Eren, a.g.e., s.267; Saymen ve Elbir, a.g.e., s.132; Ekrem Edgü, **Borçlar Hukuku (Umumi Hükümler)**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s.90; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 2.Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 1998, s.6.

⁴⁰ Catherine Elliott ve Frances Quinn, **Contract Law**, 4.Bası, Pearson Education Limited (Longman), Harlow, İngiltere, 2003, s.4.

⁴¹ Tandoğan, 1990, s.9-13; Zevkliler, a.g.e., s.34 vd.

⁴² Schwarz, a.g.e., s.326; Ancak Tunçomağ’a göre “*Borçlar Hukuku alanındaki bu serbesti çok büyük ölçüde sınırlanmıştır. Çünkü çeşitli nedenlerin meydana getirdiği sosyal tipteki işlemler (fili sözleşme*

Kişilerin bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta özgür olmaları, aynı zamanda kendilerinin de başkalarını sözleşme yapmaya zorlayamayacağı anlamına gelmektedir. Öte yandan yasalarla getirilen “sözleşme yapma mecburiyeti” ve şahsın kendi iradesiyle bağlandığı “sözleşme yapma vaadi” halleri kuralın istisnasını teşkil etmektedir⁴³.

Kişilerin sözleşme yapacakları tarafı seçmekte özgür olmaları, herkesin istediği kimseyle istediği sözleşmeyi yapabileceğini ifade etmektedir. Ancak “sözleşme yapma mecburiyeti” ve “sözleşme yapma vaadi” halleri burada da istisna oluşturmaktadır. Nitekim kamu hizmeti veren kurumların ya da hukuki veya fiili tekele sahip kişilerin “iltihaki (katılmacı) sözleşmeleri” yapmaktan kaçınması söz konusu olamaz⁴⁴. Yargıtay da “fertlerin belirli şartlara uymak ve bedelini de vermek koşuluyla tekel durumundaki genel hizmetlerden faydalanabileceği” görüşündedir⁴⁵. Ancak yararlanma teknik olanakların elverdiği ölçüde mümkündür⁴⁶.

Kişilerin sözleşmenin tabi olacağı şekli belirlemede özgür olmaları, şekil serbestisi olarak da adlandırılmaktadır. Bir sözleşmenin geçerli olarak addedilmesini ayrıntılı bazı şekil kurallarına uyularak yapılması şartına bağlayan Roma Hukuku genel olarak bu yönüyle aşılmıştır⁴⁷. Şekil serbestisinin benimsendiği Borçlar Kanunumuzda da sözleşmelerin geçerliliğinin kanunda açıkça belirtilmedikçe hiçbir şekle tabi olmadığı belirtilmektedir (md.11/I). Açıkça şekle bağlı kılınan

ilişkileri) ile genel işlem kayıtları Borçlar Kanununun kişilere tanıdığı serbestliği geniş ölçüde sınırlamışlardır” (Tunçomağ, 1977, s.6); Aynı yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Yeşim M. Atamer, **Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2.Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2001, s.21 -29.

⁴³ Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 9.Bası, Beta Basım, İstanbul, 1984, s.39; Zevkliler, a.g.e., s.35.

⁴⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.487; Aybay, a.g.e., s.39-40; “*Katılmacı (iltihaki) sözleşmeler, bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemli olarak tekel durumu arz eden ve halkın yararlanması gereken (elektrik veya hava gazı gibi) teşebbüslere ait sözleşmeleri ifade eder*” (Yargıtay 4.HD, 17.06.1982, E.1982/5688, K.1982/6311, Tandoğan, 1990, s.10, dn.26a).

⁴⁵ 05.04.1944 Tarihli ve 12 Sayılı Yargıtay İBK, Tandoğan, 1990, s.10, dn.26a; Yargıtay 4.HD, 20.03.1980, E.1980/1671, K.1980/3675, Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.487, dn.1

⁴⁶ Yargıtay 4.HD, 16.06.1975, E.1975/3743, K.1975/7667, Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.487, dn.1.

⁴⁷ O dönemde dahi toplum ihtiyaçlarının zorlaması dolayısıyla satım, kira, vekalet benzeri bazı sözleşmeler şekil şartından müstesna tutulabiliyordu (Birsen, a.g.e., s.30); Alfret Martin, **Borçlar Kanunu Şerhi Umumi Nazariyeleri**, Cilt I, Çev.:Ahmet Cevat, Adliye Vekaleti İstatistik ve Neşriyat Müdüriyeti, İstanbul, 1930, s.20.

gayrimenkul satımı (BK md.213), gayrimenkul tellallığı (BK md.404) ve benzeri sözleşmelerin ise ancak belirtilen şekil şartına uyulmak suretiyle bağtlanabileceği kuşkusuzdur.

Kişilerin yapılan sözleşmeyi değiştirmek veya ortadan kaldırmakta özgür olmaları ancak taraflardan birinin haklı bir nedeni veyahut tarafların karşılıklı anlaşması şartıyla mümkündür. Aksi takdirde haksız yere tek yanlı olarak sözleşmeyi değiştiren veya bitiren tarafın sebep olduğu zararını karşılaması gerekir⁴⁸. Ayrıca, kanunen yazılı olarak yapılması zorunluluğu bulunan bir sözleşmenin ilke olarak değiştirilmesinin de aynı şekilde gerçekleştirilebileceğinin unutulmaması gerekir (BK md.12).

Kişilerin sözleşmenin içeriğini düzenlemekte özgür olmaları, tip serbestisi olarak da ifade edilmektedir. Buna göre tarafların, istedikleri içerik veya tipte, kanunun düzenlediği (tipik) veya düzenlemediği (isimsiz - atipik) her türlü sözleşmeyi –yasal sınırlamalara aykırı düşmemek şartıyla- bağtlanması mümkündür⁴⁹. Yargıtay’a göre de sözleşme serbestisi kişilerin “*kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev’i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, hukuka (yani buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarına) ve ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkını haiz*” olmasını ifade eder⁵⁰.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, Roma Hukukunda öngörülen sınırlı sayıda sözleşme tipinin aşılmasıyla ortaya çıkmıştır. Nitekim Roma Hukukundaki “*akitler sisteminde*” ne sözleşme özgürlüğünden ne de onun hukuk tekniğine yansıyan hali

⁴⁸ Zevkliler, a.g.e., 36.

⁴⁹ Tandoğan, 1990, s.12; Zevkliler, a.g.e., s.27.

⁵⁰ Yargıtay 4.HD, 26.10.1978, E.1977/13113, K.1978/12134, Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.483-484, dn.1; Yargıtay HGK, 19.02.1997, E.1996/11-674, K.1997/87, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005; Yargıtay HGK, 19.02.1997, E.1996/11-762, K.1997/77, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005; Yargıtay 11.HD, 01.04.2002, E.2001/10794, K.2002/2870, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005; Yargıtay HGK, 30.05.2001, E.2001/15-402, K.2001/459, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005.

olan “*tip serbestisi*”nden bahsedilebilir: sıkı şekli kurallara uygun olarak belirlenen sınırlı sayıdaki sözleşme tipi dışında kalanların geçerli addedilmesi mümkün değildir⁵¹. Oysa günümüz liberal hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü bazı sınırlamalarla ilke olarak kabul edilmiştir. Türk mevzuatı açısından, Borçlar Kanunu “*bir akdin mevzuu kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabileceğini*” belirtmektedir (md.19/1). Keza Anayasa’nın 48.maddesine göre “*herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*”. Ancak özel hukukun bazı başka dallarında –miras hukukunda, aile hukukunda ve eşya hukukunda- yasaca sayılan sınırlı sayıda sözleşme yapılabilmesi ilkesinin ağır bastığını unutmamak gerekir. Zikredilen alanlarda ancak yasayla öngörülen sözleşme tiplerinin öngörülen içerikleriyle yapılması gerekir; sözleşme özgürlüğü “*akit yapıp yapmama*” ve “*dilediği ile akit yapma*” serbestisinden öteye geçemez⁵².

b. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması

Sözleşme iradeye dayanan bir işlemdir; temeli akıl ya da adalet değildir⁵³. O nedenle akitlerin toplum düzenine ve yararına aykırı hükümleri açısından bir takım kısıtlara tabi kılınarak böylelikle sözleşme özgürlüğünün sınırlanması gerektiği şüphesizdir. Sözleşme özgürlüğünün sınırlanma yöntemlerine bakılarak, hukuk düzenleri ve dayandıkları iktisadi doktrinler hakkında genel değerlendirmeler yapmak mümkündür. Sözleşme özgürlüğü ile bunun sınırlanması meselesinin, taşıdığı sosyal nitelikten dolayı, iş hukukuyla ilgisi büyüktür.

⁵¹ Umur, a.g.e., s.335; Schwarz, a.g.e., s.329-330; Roma Sözleşmeler Sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Paul Koschaker – Kudret Ayter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları (Yay.No:39), İzmir, 1993, s.204 vd.

⁵² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.485; Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler)**, 6.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2003, s.256; Feyzioğlu, a.g.e., s.15; Saymen ve Elbir, a.g.e., s.133; Yargıtay da aynı hususa vurgu yapmaktadır: “*Tapu kütüğüne verilecek şerhler, KK., BK., Tapu Kanunu ve Tapu Sicili Tüzüğünde sınırlı olarak gösterilmiştir. Bunların dışında herhangi bir şahsi hak, kıyas yoluyla dahi olsa; şerh verilemez. Zira, eşya hukukunda sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerlidir*” (Yargıtay 15.HD, 11.12.1997, E.1997/4209, K.1997/5345, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).

⁵³ Walter Yung, **Akitlerde Objektif Unsurlar**, (Çev.: Halûk Tandoğan), Ajans – Türk Matbaası, Ankara, 1966, s.517.

Sözleşmeler alanında getirilen uyulması zorunlu kurallar ve yasaklayıcı önlemler genel olarak “*kamu düzeni*” olarak kavramsallaştırılabilir⁵⁴. Uyulmasında toplumun genel yararı bulunan hukuk kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilir ve bu türden hükümlerin toplamı kamu düzenini oluşturur⁵⁵. Kamu düzeni nispidir; devletten devlete, devirden devire değişebilir⁵⁶. Kavram, “*sosyal kamu düzeni*” ve “*ekonomik kamu düzeni*” olarak başlıca iki kısımda incelenmektedir. Sosyal kamu düzeni gereği yapılan müdahalelere örnek olarak iş sözleşmeleri ya da kira sözleşmeleri gösterilebilir. Söz konusu müdahaleler sözleşmelerde zayıf olan tarafın güçlü olan taraf karşısında korunması için gerçekleştirilir⁵⁷. Ekonomik kamu düzeni gereği yapılan müdahalelere örnek olarak ise işletmeler arasında yapılan rekabeti sınırlayıcı veya tekel oluşturmaya yönelik sözleşmelere ilişkin engelleyici rekabet yasaları gösterilebilir. Belirtilen kuralların amacı serbest piyasa düzenini daha az eşitsizliğe sahip ve kabul edilebilir hale getirmektir⁵⁸; o halde son tahlilde ekonomik kamu düzeni gereği yapılan sınırlamaların da sosyal kaygılarla gerçekleştirildiği söylenebilir. Çünkü güçler arası dengenin bozulması halinde ekonomik anlamda güçsüz olanların korunması düşüncesi Anayasa (Başlangıç Kısmı, md.2, md.5) ile güvence altına alınan “*sosyal hukuk devleti*” ve “*sosyal adalet ilkesi*”ne dayanmaktadır⁵⁹.

⁵⁴ Reşat Kaynar, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1969, s.41; “*Kamu düzeninin söz konusu olabilmesi için, bir kurala aykırılığın memleketin hukuk düzeninin temel ilkelerinden biriyle çatışması veya memleketin genel hukuk duygusunun ağır şekilde zedelenmesi gerekir*” (Turgut Uygur, **Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu – Genel Hükümler**, Cilt I, Ankara, 1990, s.163).

⁵⁵ Kamu düzeni kavramının irade özgürlüğünün sınırlanması açısından ayrıntılı bir incelemesi için bkz.: Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:2059), İstanbul, 1976, s.37 vd.

⁵⁶ Eren, a.g.e., s.288; Yargıtay da “*kamu düzeni kavramının, benzer yönler olmakla beraber her ülkenin (...) kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam*” taşıdığı görüşündedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.11.1973, 609/959, Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Cilt I, Beta Basım, İstanbul, 2003, s.273).

⁵⁷ René Savatier, **Hukuki ve Ekonomik Açından Borçlar Teorisi**, Çev.: Turgut Önen – Tamer İnal, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını (Yay.No:40), Ankara, 1980, s.172-176; Erdem Özdemir; “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:54, Sayı:3, 2005, s.96 – 97.

⁵⁸ Müslüm Akıncı, **Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu**, Rekabet Dergisi, Sayı:5, Ocak-Şubat-Mart 2001, s.4-5, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/5.pdf>, 31.05.2005.

⁵⁹ Ayrıntı için bkz.: Halûk Tandoğan, **Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açından Sınırlanması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:416), Ankara, 1977, s.11-12; Ali Nazım Sözer, **Türkiye’de Sosyal Hukuk**, 2.Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 1998, s.5 vd.; Polat Soyer, “Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15.Yıl Armağanı**, İstanbul, 1991, s.266 - 267;

Devletin sözleşmeler hukukuna sosyal kaygılarla müdahale ederek sınırlamalar getirmesi, genel olarak “yasaklama”, “ruhsata veya izinlere tabi tutma”, -sözleşme yapmaya- “zorunlu kılma”, “denetleme” veya bazı stratejik iş alanlarında “bizzat işletme” şeklinde gerçekleştirilmektedir⁶⁰. Söz konusu müdahaleler öğretide genellikle ya topluca sınıflandırılmaksızın sayılarak açıklanmış⁶¹ ya da sözleşme özgürlüğü işlenirken kurallara istisna teşkil ettiği ölçüde⁶² incelenmiştir. TEKİNAY ise sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması meselesini bağımsız bir konu başlığı olarak ele almış; “olumsuz sınırlandırma” ve “olumlu sınırlandırma” başlıkları altında ikiye ayırarak incelemiştir⁶³. Yazara göre bazı sözleşmelerin yasaklanması veya hükümsüz addedilmesi olumsuz sınırlandırmaya girmektedir. Bir takım sınırlamalar getirmekle birlikte ilke olarak sözleşmenin gerçekleştirilmesine izin verilen (hatta bazen zorunlu kılınan) “sözleşme yapma mecburiyeti”, -kira sözleşmesi benzeri akitlerde- “edimlerde değer sınırlamaları”, “sözleşmeleri kamu organlarının iznine bağlamak”, “yargısal düzeltme” gibi haller ise olumlu sınırlandırma olarak adlandırılmıştır⁶⁴. Kanımızca da meseleye bütünsel bakış açısı nedeniyle bu sınıflandırma yerindedir.

Türk Hukukunda sözleşme özgürlüğüne genel bir sınırlayıcı çerçeve çizmek için Anayasa ve Borçlar Kanunundaki hükümlerden yararlanılabilir. Anayasa

Erol Akı, Olcay Altıntaş ve İbrahim Bahçivancılar, **Uygulamada İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.15.

⁶⁰ Baştuğ, a.g.e., s.52-53.

⁶¹ Karahasan, Genel Hükümler, s.267 vd.; Aybay, a.g.e., s.36 vd.; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Reşad Kaynar, **Borçlar Hukuku (Umumi Hükümler)**, 2.Bası, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul, 1957, s.43 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.60 vd.; Kemal Tahir Gürsoy, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Cilt I, Kısım 1, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Yüksekokulu A Serisi Yayınları (Yay.No:12), Ankara, 1970, s.176 vd.; Turhan Esener, **Borçlar Hukuku (Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği)**, Cilt I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:246), Ankara, 1969, s.201 vd.; Samim Gönensay, **Borçlar Hukuku**, Cilt I, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:353), İstanbul, 1948, s.74 vd.; Mustafa Reşit Belgesay, **Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1940, s.30-31; Fahiman Tekil, **Borçlar Hukuku**, Yelken Matbaası, İstanbul, 1981, s.82 vd.; Turgut Akıntürk, **Borçlar Hukuku**, 8.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2001, s.53 vd.; Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku**, 3.Basım, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950, s.342 vd.

⁶² Eren, a.g.e., s.270 vd.

⁶³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.486 vd.; Aslında Baştuğ da “*akit yapma özgürlüğünün maddi sınırları*” ve “*akit yapma özgürlüğünün hukuki sınırları*” şeklinde ikili bir sınıflandırmaya gitmiştir. Ancak “*maddi sınırlar kavramı*” ile “*hukuki sınırlar*” başlığı altında anlatılan “*imkansızlık*” kavramı yer yer iç içe geçmiştir (Baştuğ, a.g.e., s.54 vd.).

⁶⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.486 vd.

uyarınca “Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz” (md.14/2). Burada Anayasanın 48.maddesinde belirtilen sözleşme özgürlüğüne de sınır çizildiği açıktır.

Öte yandan Borçlar Kanunu uyarınca bir sözleşme ancak, “*kanunun kat’i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara*” aykırı değilse muteber sayılabilir (md.19/2). Konusu imkânsız veyahut hukuka, ahlaka veya adaba aykırı sözleşmeler geçersizdirler (BK md.20/I).

Borçlar Kanunu md.19/2’de yer alan “*kanuna*” kelimesi kaynak İsviçre Borçlar Kanununda yer almamaktadır; yasaya yanlılıkla eklendiği için dikkate alınmaması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵. Öğretide “*kanunun kat’i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet*” ibaresi genel olarak “*emredici hukuk kurallarına aykırılık*” şeklinde yorumlanmaktadır⁶⁶. Velidedeoğlu ise ibareyi “*hukuka aykırılık*” şeklinde özetleyerek “*yapılması yasak akitler*” ile “*emredici hukuk kaidelerine aykırılık*” olmak üzere iki kısımda incelemiştir⁶⁷. Nihayet Tekinay, “*sözleşme özgürlüğünün olumsuz biçimde sınırlanması*” başlığı altında incelediği ibareyi “*değiştirilemeyen kurallar ve yedek hukuk kuralları*” ile “*diğer yasaklayıcı kurallar*” olmak üzere iki bölüme ayırmıştır⁶⁸. Öğretide genel olarak yerleşmiş

⁶⁵ Karahaslan, Genel Hükümler, s.267; Tekinay’a göre kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’na daha uygun bir çeviri şöyle olmalıydı: “*Kanunda yazılı hükümlere uymayan anlaşmalar ancak, kanun değiştirilemez nitelikte bir hüküm koymamış veya sözü edilen uymama, kamu düzenine, ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı düşmemiş bulunduğu takdirde caizdir*” (Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.494).

⁶⁶ Kılıçoğlu, 2004, s.65; Eren, a.g.e., s.287; Fritz Funk, **Borçlar Kanunu Şerhi (Umumi Hükümler)**, Cilt I, Çev.: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu – Cemal Hakkı Selek, Üniversite Kitabevi, İstanbul, Tarihsiz, s.31; Karahaslan “*buyurucu hukuk kuralları*” deyimini kullanmaktadır (Karahaslan, Genel Hükümler, s.268); Aybay’a göre ibare kısaca “*emredici kanun hükümlerine aykırılık*” olarak anlaşılmalıdır (Aybay, a.g.e., s.37); Genel eğilimin tersine ibareyi ikiye ayırarak inceleyen Baştuğ da “*kanuna aykırılık*” ile “*emredici yasa kurallarına aykırılık*” kavramlarının tek bir “*hukuka aykırılık*” kavramı altında telakki edilmesinin daha doğru olacağını belirtmektedir (Baştuğ, a.g.e., s.58).

⁶⁷ Velidedeoğlu - Kaynar, a.g.e., s.43-46.

⁶⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.494-501.

bulunan “*emredici hukuk kurallarına aykırılık*” ifadesinin kavramı bütünüyle karşıladığı söylenebilir.

Emredici hukuk kuralları tarafların iradesiyle ortadan kaldırılması mümkün olmayan, uyulması mecburi kurallardır⁶⁹. Örneğin BK md.139/I’de yer alan “*iptidaen müruru zamandan feragat batıldır*” hükmü karşısında artık taraflar sözleşmeyi yaparken herhangi bir haklarının zamanaşımına uğramayacağını kararlaştıramazlar. Söz konusu kurallara yazılı olanların yanında yazılı olmayan kurallar da dâhildir⁷⁰. Hatta sözleşmenin emredici hukuk kurallarına aykırı olduğunu tarafların bilmeleri veya bilmemeleri, sözleşmeyi geçerli saymaları dahi yasak sözleşmenin hükümleri bakımından etkili ve önemli değildir⁷¹. Bir kuralın emredici nitelik taşıyıp taşımadığı genelde açıkça belirtilmekle birlikte bazen o kuralın amacından da anlaşılabilir⁷².

Borçlar Kanunu md.19 sözleşmede her türlü hukuka aykırılığa değil emredici hukuk kurallarına aykırılığa geçersizlik sonucunu bağlamıştır. O halde yorumlayıcı veya tamamlayıcı nitelikteki yedek hukuk kurallarına⁷³ aykırı bir sözleşme geçersiz olmayacaktır⁷⁴. Bununla birlikte yedek hukuk kurallarının sözleşmeler hukukuna müdahalede bulunmadığı yargısı her zaman geçerli kabul edilemez. Emredici hukuk kurallarındaki kadar sert ve kesin olmasa dahi, sözleşme kurulurken aksi kararlaştırılmayan durumlarda tarafların iradeleri dışında yedek hukuk kurallarının uygulanması olasıdır⁷⁵. Öte yandan, bir sözleşmenin emredici hukuk kurallarına aykırı olmasının değişik görünümleri olabilir. Emredici hukuk kuralları, bazen sözleşmenin yapılmasını bazen sözleşme ile kararlaştırılan edimleri bazen de

⁶⁹ Aybay, a.g.e., s.36.

⁷⁰ Karahasan, Genel Hükümler, s.268.

⁷¹ Yargıtay 4.HD, 15.05.1980, E.1980/3739, K.1980/6344, Karahasan, Genel Hükümler, s.269.

⁷² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.495.

⁷³ Tamamlayıcı kurallar tarafların sözleşmede hiç değinmedikleri boşlukları doldururken (Örneğin BK md.144 uyarınca “*hilâfına mukavele olmadıkça müteselsil borçlulardan biri kendi fiili ile diğer borçluların vaziyetlerini ağırlaştırılmaz*”) yorumlayıcı kurallar ise tarafların değindikleri hususlarda irade beyanlarını açıklığa kavuşturmakta (Örneğin sözleşmede ifa zamanı olarak ayın ortası belirlenmişse bundan kasıt BK md.75 uyarınca ayın 15’idir) kullanılırlar. Bunların hepsi tarafların aksini kararlaştırarak etkisiz kılacakları yedek hukuk kurallarını oluştururlar (Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., 497-498).

⁷⁴ Kılıçoğlu, 2004, s.65.

⁷⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.498.

sözleşmenin amacını yasaklar⁷⁶. Bunlarla açıkça çelişen sözleşmelerin yanı sıra kanuna karşı hile yoluyla yasayı dolanarak gerçekleştirilen sözleşmeler de aynı şekilde geçersiz sayılmaktadır⁷⁷.

BK md.19/II’de sayılan bir diğer sınırlama “*şahsi hükümlere müteallik haklar*” hakkındadır. Zikredilen ifadeden MK md.23 vd.’nda düzenlenen kişilik (şahsiyet) haklarını anlamak gerekir⁷⁸. Aslında kişilik hakları da emredici hukuk kuralları içindedir; ancak yasa koyucu bunları ayrıca belirterek verdiği önemi vurgulama ihtiyacı duymuştur⁷⁹.

BK md.19/II anlamında ahlaka veya adaba aykırılıktan “genel ahlakı” anlamak gerekir. Bir toplumun genel ahlakını, “*belirli bir devirde orta zekâda, dürüst ve makul kişilerin düşünce ve telakkileri*” oluşturur⁸⁰. Nisbi bir kavram olan genel ahlak, topluma veya zamana göre değişebilirse de burada dikkate alınması gereken, sözleşmenin yapıldığı anda geçerli objektif ölçülerdir. Bu anlamda sözleşme özgürlüğünün sınırlarını sübjektif ve kişisel ahlak değil objektif ve sosyal ahlak kuralları belirler⁸¹.

BK md.19/II’de belirtilen imkânsızlık, tarafların üstlendikleri edimleri yerine getirebilmeleri olanağının bulunmaması, yani sözleşme konusunun imkânsız olması anlamına gelmektedir⁸². İmkânsızlığın sözleşmenin geçersiz sayılması sonucunu doğurması için ise en geç kurulma anında mevcut olması ve herkes için kabul edilebilir “objektif” nitelik taşıması gerekir⁸³.

⁷⁶ Eren, a.g.e., s.289-290.

⁷⁷ Karahasan, Genel Hükümler, s.268; Baştuğ, a.g.e., s.57; Kanuna karşı hile yoluyla yasa dolanılarak yapılan sözleşme örneklerinden ayrıntılı ve tasnif edilmiş bir liste için bkz.: Hamide Topçuoğlu, **Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)**, Selüloz Basımevi, İzmit, 1950, s.39 vd.

⁷⁸ Velidedeoğlu – Kaynar, a.g.e., s.46.

⁷⁹ Kılıçoğlu, 2004, s.67.

⁸⁰ Eren, a.g.e., s.291; Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hatemi, a.g.e., s.83 vd.; Von Tuhr; a.g.e., s.247 vd.

⁸¹ Baştuğ, a.g.e., s.59.

⁸² Karahasan, Genel Hükümler, s.283; Baştuğ, a.g.e., s.62.

⁸³ Velidedeoğlu ve Kaynar, a.g.e., s.46; Eren, a.g.e., s.295 vd.; Baştuğ, a.g.e., s.63; Lütfü Dalamanlı, Faruk Kazancı ve Muharrem Kazancı, **İlmi ve Kazai İctihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu**, Cilt I, Kazancı Yayınları (Yay.No:71), İstanbul, 1990, s.190-191; Ekleme gerekir ki öğretilerde bazı yazarlarca “*tabii (veya maddi) imkânsızlık – hukuki imkânsızlık*” ayrımı yapılmaktadır. Örneğin SALEILLES’e göre genel hukuk teorisi açısından bu ayrımın yapılması gerekir. Çünkü hukuki imkânsızlık her zaman akdin butlanını gerektirmez; ilgili kanunun değişmesi hukuki imkânsızlığı

Borçlar Kanununda “*mesuliyetten beraet şartı*” olarak düzenlenen “*sorumsuzluk anlaşması*”na ilişkin hükümler sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasına özel bir örnek olarak gösterilebilir. Anılan konu düzenlenirken bazen emredici bazen de yedek hukuk kurallarından yararlanılmıştır. Yasa uyarınca, borçlunun hile veya ağır kusur halinde sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden sözleşmeye konulan hükümler geçersizdir (md.99/I). Hafif kusur durumunda ise bakılır: sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada alacaklı borçlunun hizmetinde bulunuyorsa veya hükümetçe verilen izinle yapılan bir işin yürütülmesi söz konusuysa hâkimin –takdir yetkisine dayanarak- ilgili hükmü geçersiz kabul etmesi mümkündür (md.99/II). Bu iki durum dışında hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşması geçerli sayılır. Sorumsuzluk anlaşmasının sınırlanarak sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması fikrinin temelinde genellikle taraflar arasında “sosyo-ekonomik veya entellektüel” dengesizliğin bulunması yatmaktadır: Sorumsuzluk anlaşması çoğunlukla taraflar arasındaki ast-üst ilişkisinin etkisi ve zoru ile ortaya çıkmaktadır. Hatta sorumsuzluk anlaşmasının sınırlanmasının sözleşme özgürlüğü ilkesi ile çelişmediği, zira anlaşmayı kabul edenin iradesinin tam anlamıyla serbest olmadığına ilişkin görüşler de yer yer vurgulanmıştır⁸⁴.

c. Sözleşme Özgürlüğünün Sonuçları: İsimsiz Sözleşmeler

Yasa ile açıkça tanımlanıp çerçevesi çizilerek hukuki hüküm ve sonuçları belirlenmiş sözleşmeler tipik sözleşmelerdir. Sözleşme özgürlüğünün sonucu olarak, taraflar sözleşme yaparken tipik sözleşmelerle bağlı değildirler: Aralarında anlaşmak suretiyle yasada sayılanların dışında kanunda düzenlenmeyen, “*isimsiz*” olarak nitelendirilen bir sözleşme alanına taşabilirler. Böyle bir durumda sorun, ihtilaf çıktığı takdirde isimsiz sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesidir.

da ortadan kaldırabilir (Raymond Saleilles, **Borcun Genel Teorisi Hakkında Etüd**, Çev.: Mişon Ventura, İstanbul Üniversitesi Yayınları Yay.No:398, İstanbul, 1949, s.175).

⁸⁴ Galip Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:472), İstanbul, 1976, s.17; Ayşe Havutçu, **Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003, s.30-31.

Tipik - isimsiz (*atipik*) sözleşme ayrımının kökleri Roma Hukukundaki isimli-isimsiz sözleşme ayrımına dayanmaktadır. Sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu Roma Hukukunda yasada açıkça ayrıntılı olarak tüm şekil ve usul şartlarıyla düzenlenen sözleşmeler “*isimli*” olarak nitelenirdi. Bunların dışında kalan sözleşmeler ise “*isimsizdi*” ve sadece çok sınırlı ve olumsuz bir etki doğurabildiği kabul edilmekteydi⁸⁵. Belirtilen geleneğin izleri halen görülmekte, günümüzde de aynı şekilde olmasa dahi isimli-isimsiz ayrımı kullanılmakta, bundan tipik-atipik sözleşme ayrımı ve anlamı anlaşılmaktadır⁸⁶. Çalışmada *isimsiz sözleşme*” teriminin tercih edilmesinin nedeni, “*atipik sözleşme*” ifadesinin iş hukukunda geleneksel belirsiz süreli istihdam modeli dışında kalan çalışma biçimleri için kullanılmasıdır.

BİRSEN’in ifadesiyle “*Roma Hukukunda olduğu gibi bugün (...) isimsizleri ele avuca sığmayan tasnif edilemeyen akitler diye göstermek doğru olamaz*”⁸⁷. Sözleşme özgürlüğü ilkesi nedeniyle isimsiz sözleşmelere belli sınırlar dâhilinde geçerlilik tanınmakta ve fakat ihtilaf durumunda bunlara bağlanacak hüküm ve sonuçlar araştırılmaktadır. Öğretide, yasayla düzenlenmemiş -ya da unsurları düzenlendiği halde açıkça öngörülmemiş- bu hukuk alanında, meselenin çözümüne yönelik çeşitli sınıflandırmalar yapılmıştır. Öncelikle alan iki bölgeye ayrılmıştır: İsimli (atipik) bir sözleşme ya “**karma sözleşme**”dir ya da “**kendine özgü sözleşme**” (sui generis) dir.

Bu noktada edimlerin sınıflandırılması önem kazanmaktadır. Genel olarak edimler “*asli edimler*” ve “*yan edimler*” olarak ayrılmaktadır. Asli edimler sözleşmenin tipini belirler⁸⁸. Bunlar, karşılıklı sözleşmeler açısından bakıldığında “*tip tayin edici unsurlar*” ile “*tip açısından zaruri unsurlar*” olarak

⁸⁵ Birsen, a.g.e., s.114; Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kuntalp, a.g.e., s.11; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.35.

⁸⁶ Tunçomağ, 1977, s.7 vd.; Feyzioğlu, a.g.e., s.19; Zevkliler, a.g.e., s.38; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt I, Beta Basım, İstanbul, 2002, s.51; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 5.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.49; KUNTALP, karşı görüştedir: Yazara göre isimsiz sözleşme ile atipik sözleşme deyimleri aynı kavramı ifade etmez; atipik sözleşme kendine özgü (sui generis) sözleşmelerle aynı anlamdadır. Oysa isimsiz sözleşmelerle kanunda düzenlenmeyen tüm sözleşmeler anlaşılmalıdır (Kuntalp, a.g.e., s.10-11).

⁸⁷ Birsen, a.g.e., 114.

⁸⁸ Eren, a.g.e., s.32 vd.

ayrıştırılabilirler⁸⁹. Örneğin iş sözleşmesinde tip tayin edici unsur “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*”, tip açısından zaruri unsur ise “*ücret*”tir. Bir sözleşmenin tip tayin edici unsurlarında yapılan değişim o sözleşmeyi genellikle “*kendine özgü*” kılar. Tip açısından zaruri unsurlarda yapılan değişim ise genelde ortaya “*karma bir sözleşme*” çıkarır⁹⁰. Asli edimlerine dokunmaksızın bir sözleşmeye yabancı tipte bir yan edim eklenmesi halinde karma sözleşme oluşup oluşmayacağı konusu ise çok tartışmalıdır: Genel eğilim oluşacağı yönündedir.

Öte yandan öğretilerde, “*içerdiği unsurlardan bazıları tipik sözleşmelere, bazıları ise kendine özgü sözleşmelere ait olan akitlerin*” ayrı bir grup oluşturulmaması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak, böyle sözleşmelerin karma sözleşmeler grubunda mı yoksa kendine özgü sözleşmeler grubunda mı telakki edileceği meselesinde ihtilaflar vardır⁹¹.

Bir isimsiz sözleşme değerlendirilirken önce sayılan alanlardan hangisine dâhil olduğu saptanmakta daha sonra hüküm ve sonuçları buna göre bağlanmaktadır. Öte yandan belirtmek gerekir: Bağlanacak hüküm ve sonuçlar meselesi öyle tartışmalıdır ki özellikle “karma sözleşmeler” açısından böyle bir sınıflandırma yapılmasına gerek olup olmadığı dahi tam olarak sonuca bağlanmamıştır⁹². Elbette, hayatın tüm alanını ne yasaların ne de öğretinin öngörüp kapsayabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte hukuk bilimi, hem benzer hukuki ilişkileri matematiksel olarak sınıflandırıp hüküm ve sonuçlar bağlamak hem de bağlanan sonuçların adalete uygun olup olmadığını göz önünde tutmak amacını güder. O nedenle öğretilerde genel olarak kabul gören ve Yargıtay’ca da dikkatle takip edilen sınıflandırmalar üzerinde durmak gerekmektedir.

⁸⁹ Kuntalp, a.g.e., s.58.

⁹⁰ Kuntalp, a.g.e., s.78, 80; Buradaki karma sözleşme çoğu zaman bire bir tipik edimli (*çift tipli*) olacaktır.

⁹¹ Kuntalp, a.g.e., s.13; Yargıtay’ın bu türden sözleşmeleri “*karma sözleşme*” saydığı hakkında bkz.: *Birinci Bölüm, II, A, 1* başlığı altındaki karar ve açıklamalar.

⁹² Kuntalp, a.g.e., s.150 vd.

II. İsimli Sözleşmelerin Çeşitleri

A. Karma Sözleşmeler

Karma sözleşmeler isimli sözleşmelerin teknik olarak en karmaşık ve öğretide en tartışılan kısmını oluşturmaktadır. Teknik olarak karmaşıktır çünkü, ortada birbiriyle kaynaşan ve her biri başka hükümlere tabi farklı tipler söz konusudur. Tartışmalıdır çünkü, bu tiplerin kaynaşmasıyla ortaya çıkan sözleşme kanunun öngördüğü bir sözleşme değildir ama unsurlarının tümü ayrı ayrı yasayla düzenlenmiştir. O halde, bir karma sözleşme aslında yasal düzenlemeden tümüyle yoksun değildir. Ancak, içinde barındırdığı unsurlara tekabül eden hükümlerin ne oranda uygulanacağı bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Bu kısımda önce kavram tanımlanarak karma sözleşmeler genel hatlarıyla ortaya konulacak sonra da çeşitleri açıklanacaktır. Karma sözleşme çeşitlerinin konu açısından önemi, bağlanacak hüküm ve sonuçlara ilişkin görüşlerin her bir çeşide göre farklılık arz etmesindedir. İzleyen kısımda karma sözleşmelere ilişkin bazı örnekler sınıflandırılmak suretiyle zikredilecektir. Nihayet, her bir karma sözleşme çeşidine bağlanacak hüküm ve sonuçlar son kısımda çeşitli teorilerle birlikte topluca ele alınacaktır⁹³.

1. Tanım

Karma sözleşmeler hakkında öğretide çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Ancak hangi sözleşmelerin “karma” olarak niteleneceği konusu tartışmalı olduğundan dolayı her bir tanım aslında yazarının görüşünü yansıtmakta ve böylelikle farklılaşmaktadır. Örneğin FEYZİOĞLU, “*tipik birkaç akitin unsurlarının tek bir akit içinde kaynaşması, karışması*” ile karma sözleşme meydana geleceği görüşündedir⁹⁴. Yazar sadece unsurlar dediğine göre, asli-tali edim ayırt etmeksizin

⁹³ Öğretide karma sözleşmeler incelenirken hüküm ve sonuçlara ilişkin açıklamalar, genellikle hem karma sözleşme çeşitleri kısmında, hem de hüküm ve sonuçlara ilişkin teorilerin incelendiği kısımda ele alınmaktadır. Bu çalışmada ise konu bütünlüğü açısından sadece teorilerin incelendiği son kısımda ele alınmıştır.

⁹⁴ Feyzioğlu, a.g.e., s.51.

farklı tiplere ait tüm unsurların çeşitli derecelerde kaynaşmasını karma sözleşme için yeterli saymaktadır.

TANDOĞAN “kanunun çeşitli akit tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesiyle” oluşan sözleşmeleri “karma sözleşme” olarak tanımlamaktadır⁹⁵. Belirtilen tanımda göze çarpan husus, bir araya gelmenin “kanunun öngörmediği bir tarzda” gerçekleşmesinin vurgulanmasıdır. Gerçekten, kanunun öngördüğü bir kaynaşma sonucu ortaya karma değil tipik bir sözleşme çıkacaktır. Bu nedenledir ki aynı hususu AKYOL “bir başka tip oluşturmayacak şekilde” ifadesiyle vurgulamıştır⁹⁶.

Öte yandan KUNTALP’e göre karma sözleşme (karışık muhtevalı akit), tipleri edimin içeriğine ve yüklenilme biçimine bağlı, “sözleşmelerin esaslı unsurlarını kısmen veya tamamen kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştiren tek bir akit” tir⁹⁷. Belirtilen tanımda sözleşmelerin “esaslı” unsurlarından bahs olunmaktadır. Çünkü yazar “yabancı tipte yan edim içeren” tipik sözleşmelerin “karma” nitelik taşımadığı görüşündedir⁹⁸. Öte yandan “kısmen veya tamamen” ifadesinden tipik unsurlarla kendine özgü unsurları aynı anda bünyesinde bulunduran akitlerin “karma sözleşme” sayıldığı sonucuna ulaşılabilir.

TUNÇOMAĞ ise, karma sözleşmede, yasada ayrı ayrı düzenlenmiş çeşitli akitlere ait edimlerin tek bir sözleşmede yasanın öngörmediği biçimde bir araya gelmesinin söz konusu olduğunu vurgulamaktadır. Yazara göre, sözleşme taraflarının bu yöndeki iradesi açık veya zımni olabilir. Eğer irade zımni ise “edimler arasındaki iktisadi ve fiili bağlılık” da önem taşıyacaktır⁹⁹.

Yargıtay’a göre “bir sözleşme ile Borçlar Kanununun özel hükümleri bölümünde gösterilen sözleşmelerden yalnız biri değil birkaçı hatta bu bölümde öngörülmeyen ve kanunun yasak etmediği bir sözleşme de birlikte yapılabilir”;

⁹⁵ Tandoğan, 1990, 69; Aynı yönde bkz.: Zevkliler, a.g.e., s.43; Aral, a.g.e., s.52; Yavuz, a.g.e., s.21.

⁹⁶ Akyol, 1984, s.8.

⁹⁷ Kuntalp, a.g.e., s.102; Aynı yönde bkz.: Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s.51.

⁹⁸ Bkz.: Birinci Bölüm, II, A, 2, c başlığı altındaki tartışmalar.

⁹⁹ Tunçomağ, 1977, s.14.

bunlar karma sözleşme olarak adlandırılır¹⁰⁰. Yargıtay'ın içinde hem çeşitli tiplere ait olan unsurları hem de hiçbir tipe ait olmayan unsurları aynı anda barındıran sözleşmeleri de “karma sözleşme” saydığı görülmektedir. Burada içerik itibariyle karma nitelik taşıyan bir sözleşmenin taraflarca yasal tiplerden birisi olarak isimlendirilmesinin, o akdin karma sözleşme olarak kabulünü engellemeyeceğini eklemek gerekir¹⁰¹.

Sonuç olarak karma sözleşme, çeşitli yasal tiplere ait asli ya da tali unsurların yasanın öngörmediği biçimde tek bir sözleşmede bütünleşmesiyle oluşan akit, şeklinde tanımlanabilir.

2. Karma Sözleşme Çeşitleri

Öğretide karma sözleşmeler çeşitli kategorilere ayrılarak incelenmektedir. Bunda, her bir kategorinin –arz ettiği kendine özgü özellikler nedeniyle- farklı şekilde çözümlenmesi gerektiği görüşü etkendir¹⁰². Her yazarın ayrımı kendi çözümlenme modellerine özgü sebepler içerdiğinden, birbirinden ayrı birçok gruplandırma ortaya çıkmıştır. Ancak, çalışmanın amacı ve uygulanacak hükümlerin tespitinde kullanılması açısından, özellikle öğretilerde genellikle kabul gören üç grup üzerinde durulacaktır¹⁰³.

a. Bire Bir Tipik Edimli (Çift Tipli) Karma Sözleşmeler

Bir karma sözleşmenin her bir tarafının ediminin farklı kanuni tipte sözleşmelere ait olduğu hallerde “çift tipli (mahiyetli) karma sözleşme” ortaya çıktığı

¹⁰⁰ Yargıtay 4.HD, 04.05.1967, E.1967/3125, K.1967/3847, Tunçomağ, 1977, s.16.

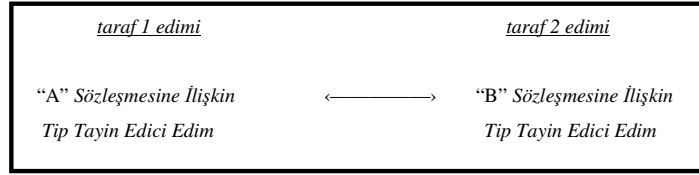
¹⁰¹ “(...) Davacı belediye ile davalılar arasındaki asıl ilişki kira kontratosu başlığını taşıyan sözleşmeden kaynaklanmaktadır. İlgili taraflar arasında noterde düzenlenen sözleşme içeriği itibariyle klasik anlamda bir kira bağıtı olarak değerlendirilemez. Bu sözleşmede davacı belediye musakkaf bir taşınmaz malını kiralamış değildir. Aksine davalıların belediyeye ait arsa üzerine şartnamede belirtilen biçimde restoran ve otel inşa etmeleri ve 21 yıl kullanmalarını takiben tüm tesisin bedelsiz olarak arsa sahibi belediyeye devri öngörüldüğü cihetle karma bir akit niteliğindedir” (Yargıtay 1.HD, 16.09.1986, E.1986/7692, K.1986/9148, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).

¹⁰² Kuntalp, a.g.e., s.143.

¹⁰³ Aynı nedenlerle hukuki mahiyeti hakkında tartışmalar olan “karışık bağışlama” üzerinde de durulmayacaktır.

genel kabul edilmektedir¹⁰⁴. KUNTALP'in isabetle belirttiği üzere “*çift tipli*” ifadesi yanılısamaya yol açmakta ve anlamı tam olarak yansıtmamaktadır. Gerçekten, anılan karma sözleşme türünde iki farklı tipte sözleşme yoktur; tek bir sözleşmede karşılıklı olarak konuşlanmış iki farklı tipten edim borcu vardır¹⁰⁵. O nedenle kanımızca “*bire bir tipik edimli*” ifadesi anlamı daha iyi karşılayabilir. Çalışmada “*çift tipli (mahiyetli) karma sözleşme*” terimi yerine “*bire bir tipik edimli karma sözleşme*” terimi tercih edilecek ancak parantez içinde “*çift tipli*” kelimesiyle birlikte kullanılacaktır. Anılan sözleşmenin yapısını aşağıdaki şekil ile somutlaştırmak mümkündür:

BİRE BİR TİPİK EDİMLİ (ÇİFT TİPLİ) SÖZLEŞME YAPISI¹⁰⁶



Burada karşılıklı edimlerin asli nitelikte ve denk kuvvette edimler olduğunu vurgulamak gerekir¹⁰⁷. Bire bir tipik edimli (*çift tipli*) sözleşmenin konusunun iki ayrı sözleşme tipine bölünmesinin mümkün olduğu da öğretilerde yer yer savunulmaktadır¹⁰⁸.

b. Bire Çok Tipik Edimli (İkiz - Kombine) Karma Sözleşmeler

Bir tarafın birden fazla asli tipik edim borcu yüklenmesiyle oluşan karma sözleşme genellikle “*ikiz (kombine) karma sözleşme*” olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁹. Belirtilen sözleşmelerde diğer tarafa tek bir edim borcu düşmektedir ve çoğunlukla söz konusu edim para şeklinde tezahür eder¹¹⁰. KUNTALP'in isabetle belirttiği üzere “*ikiz*” ifadesi de “*kombine*” ifadesi de yanılısamaya yol açmakta ve anlamı tam olarak

¹⁰⁴ Tandoğan, 1990, s.69; Zevkliler, a.g.e., s.43; Akyol, 1984, s.8.

¹⁰⁵ Kuntalp, a.g.e., s.81.

¹⁰⁶ Çerçeve tek bir karşılıklı sözleşmeyi simgelemektedir.

¹⁰⁷ Feyzioğlu, a.g.e., s.57.

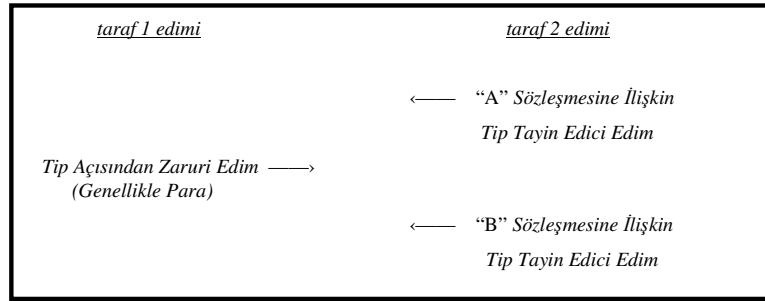
¹⁰⁸ Tunçomağ, 1977, s.19; Bkz.: *Birinci Bölüm, III, A* başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁰⁹ Kuntalp, a.g.e., s.147.

¹¹⁰ Tandoğan, 1990, s.71; Feyzioğlu, a.g.e., s.56; Zevkliler, a.g.e., s.44; Aral, a.g.e., s.53; Yavuz, a.g.e., s.22.

yansıtmamaktadır. Gerçekten, anılan karma sözleşme türünde her zaman iki farklı tipten edim olmaz; bazen daha fazla tipten edim de bulunabilir. Öte yandan Kombine edilme yani birleştirme aslında tüm karma sözleşme çeşitleri için söz konusudur; farklı tipten edimler birleştirilir¹¹¹. O nedenle kanımızca farklı tipten edimlerin birbirleri karşısındaki konumlarını vurgulamak açısından “*bire çok tipik edimli*” ifadesi anlamı daha iyi karşılayabilir. Açıklanan nedenle çalışmada “*ikiz (kombine) karma sözleşme*” terimi yerine “*bire çok tipik edimli karma sözleşme*” terimi tercih edilecek ancak parantez içinde “*ikiz (kombine)*” kelimeleriyle birlikte kullanılacaktır. Anılan sözleşmenin yapısını aşağıdaki şekil ile somutlaştırmak mümkündür:

BİRE ÇOK EDİMLİ (İKİZ - KOMBİNE) SÖZLEŞME YAPISI¹¹²



Burada vurgulanması gereken nokta, taraflardan birinin üstlendiği farklı tiplere ait her bir edimin “*karakteristik nitelikte*” olmasıdır. AKYOL’a göre bu karakteristik edimler değişik dozlarda olabilir; oysa TUNÇOMAĞ eşit değerde oldukları düşüncesindedir¹¹³. Burada her iki yazarca da kast edilenin, edimlerin “*tali*” nitelik taşıması olduğu söylenebilir. Yargıtay’ın da edimlerin denk kıymette olması gerektiği düşüncesinde olduğunu belirtmek gerekir¹¹⁴. Diğer yanın edimi ise tek olup bir bütün teşkil etmektedir¹¹⁵.

¹¹¹ Kuntalp, a.g.e., s.81.

¹¹² Çerçeve tek bir karşılıklı sözleşmeyi simgelemektedir. “*Tip açısından zaruri edim*” hakkında ise bkz.: *Birinci Bölüm, I, C, 3, c*”, ve *Üçüncü Bölüm, I, A, 4, a* başlıkları altındaki açıklamalar.

¹¹³ Akyol, 1984, s.9; Tunçomağ, 1977, s.16.

¹¹⁴ “*Kombine sözleşmeler, sözleşmenin taraflarından birinin kanunda yer alan birden çok sözleşmeye ilişkin denk kıymette edimler taahhüt ettiği, buna karşılık diğer tarafın tek bir edimi (çoğunlukla para borcunu)taahhüt ettiği sözleşme tipleridir*” (Yargıtay HGK, 15.05.2002, E.2002/13 - 375, K.2002/406, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).

¹¹⁵ Akyol, 1984, s.9.

c. Yabancı Tipte Yan Edim İçeren Sözleşmeler

Bir sözleşmenin asli edimleri bir tek kanuni tipe ait olduğu halde yan edimlerinin o tipe yabancı başka bir tipte özellikler taşıması halinde “*yabancı yan edim içeren sözleşme (mahiyetten farklı bir yan edim ihtiva eden akit)*” söz konusudur¹¹⁶.

Öğretide genellikle karma sözleşme olarak kabul edilse de anılan türün karma sözleşme teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Ağır basan eğilim, “*karma sözleşme olarak nitelenebileceği*” yönündedir¹¹⁷. Nitekim TUNÇOMAĞ bu tür sözleşmeleri ayrı bir başlık altında incelemeye dahi gerek duymamış; “çift tipli sözleşme” ve “ikiz sözleşme” başlıkları ile yetinmiştir. Yazara göre, yan edimlere ilişkin hükümler ancak asıl akitle çelişmedikleri sürece uygulanabilirler ve bu nedenle de böylesi sözleşmeleri karma olarak nitelermek gerekir¹¹⁸. KUNTALP de mahiyetten farklı bir yan edimi içeren tipik akitlerin karma sözleşme olarak isimlendirilemeyeceği görüşündedir. Yazar, yan edime asli edimle aynı hukuki muamelenin yapılmaması ve asli edime daha fazla önem verilmesi gerektiği kanısındadır. Bununla birlikte, kendine yabancı yan edim içeren bir sözleşmenin karma sözleşme olduğunu düşünenler, asli edimlerle yan edimleri aynı hukuki çözülemeye tabi tutmamışlardır. Aşağıda, “*karma sözleşmelere bağlanacak hüküm ve sonuçlar*” kısmında ayrıntısı görüleceği üzere, böyle sözleşmelerde asli edimlere ait oldukları tipe ilişkin hükümler uygulanacak, ancak yan edime ilişkin hükümlerin de –*eğer mümkünse- “kıyasen”* uygulanması mümkün olabilecektir. O halde KUNTALP’in derin teorik tartışmalara girerek savunduğu görüşün pratik öneminin aynı derecede olmadığı söylenebilir¹¹⁹.

¹¹⁶ Tandoğan, 1990, 73; Zevkliler, a.g.e., 44; Aral, a.g.e., s.54; Yavuz, a.g.e., s.22; Bu sözleşme türünü FEYZİOĞLU şöyle ifade etmektedir: “(...) *Tâli edimler adeta bir gül ağacına tırmanan sarmaşıklar gibidir. Güller yine bütün ihtişamı ile kendilerini göstermektedir; fakat arasına karışan sarmaşıklardan da insan gözünü kurtaramamaktadır*” (Fezyioğlu, a.g.e., s.53).

¹¹⁷ Kuntalp, a.g.e., s.95.

¹¹⁸ Tunçomağ, 1977, s.14, 23; AKYOL da bu tür sözleşmelerin “karma” niteliğine şüpheyle yaklaşmaktadır (Akyol, 1984, s.9).

¹¹⁹ Açıklamalarının sonunda KUNTALP de aynı hususu vurgulamıştır (Kuntalp, a.g.e., s.100).

Yabancı tipte yan edim içeren sözleşmeleri “karma sözleşme” olarak kabul etmek *-teorik olarak tartışılabilirse de-* hakkaniyete uygun ve pratik olarak yararlı bir çözümlerdir. Nitekim, Yargıtay da bir marangozun malzemesini kendi temin ederek bir mutfak dolabını imal edip montajını yapmasını “*satım unsurlarını da bulunduran ama ağırlıklı olarak imalat ve montaj işini barındıran*” karma nitelikli bir sözleşme olarak nitelemektedir¹²⁰. SEROZAN da ilginç bir makalesinde, üstüne denklik parası ödenerek eski aracın yenisiyle trampası sözleşmesinin “*satım-trampa karması*” olarak değerlendirilmesinin menfaatler dengesine daha uygun olacağını vurgulamıştır¹²¹. Yazar anılan sözleşmenin ne tür bir karma olduğuna değinmemiş; karma *-hatta belki de “kıрма”*¹²²- olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Ancak sözleşmeyi çözümlene yöntemi yabancı tipte yan edim içeren sözleşmelerin çözümlenmesiyle benzerlikler taşımaktadır¹²³. ZEVKLİLER ise bu sözleşmenin yabancı tipte yan edim içeren sözleşme olduğunu vurgulamaktadır¹²⁴.

3. Karma Sözleşme Örnekleri

Bire bir tipik edimli -çift tipli- karma sözleşmelere örnek olarak; **arsa payı** karşılığında **kat yapımı** sözleşmesi (karşılıklı olarak bir tarafta *gayrimenkul satış vaadine* ait mülkiyeti geçirmeyi üstlenme edimi karşılığı diğer tarafta *eser sözleşmesine* ait inşaatı yapma edimi)¹²⁵, **ev kirasız para faizsiz** sözleşmesi (karşılıklı olarak bir tarafta *kira sözleşmesine* ait evi kullandırma edimi karşılığı

¹²⁰ “*Kiraya konu taşınmaz maliki dava dışı kiralayanlar ile davalı arasındaki ilişkiye gelince: davalı, “kiralayan-dava dışı kişilerle” yaptığı anlaşma gereğince mutfak dolabı yapım ve montajını üstlenmiş, imal ettiği mutfak dolabını kiraya konu daireye monte etmiştir. Davalı akdedilen sözleşme gereği yapımını üstlendiği dolabı istenen vasıflarda imal yanında, buna bağlı olarak üstlendiği montaj işini de eksiksiz ve ayıpsız olarak yerine getirmek yükümlülüğündedir. Bu yönüyle dava dışı kiralayanlarla davalı arasında içinde satım akdinin unsurlarını da taşıyan ama ağırlıklı imalat ve montaj işini de barındıran karma nitelikteki akdin bulunduğu kuşku yoktur*” (Yargıtay HGK, 13.02.2002, E.2002/4 - 114, K.2002/84, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).

¹²¹ Rona Serozan, “Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol, İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası”, **Prof.Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağamı**, Cilt:2, Beta Basım, İstanbul, 2002, (Atipik), s.1231.

¹²² Kendine özgü sözleşme anlamında kullanılmaktadır.

¹²³ Bununla birlikte, SEROZAN’ın, “*Atipik Sözleşmeler*” kısmını yazdığı Borçlar Hukuku (Özel Bölüm) isimli üç yazarlı kitapta, ayrıca ve açıkça “*yabancı tipte yan edim içeren sözleşmeler*” diye bir ayrıma yer vermediğini belirtmek gerekir (Hatemi, Serozan ve Arpacı, a.g.e., s.44 vd.).

¹²⁴ Zevkliler, a.g.e., s.44.

¹²⁵ Yargıtay 15.HD, 25.12.1975, E.1975/4714, K.1975/5159, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005; TANDOĞAN bu sözleşmenin bir tarafta satım veya trampa ile diğer tarafta eser sözleşmesi karması olduğu görüşündedir (TANDOĞAN, 1990, 71).

diğer tarafta *ödünç sözleşmesine* ait parayı kullandırma edimi)¹²⁶, “*kiralananada yapılacak onarım karşılığı iki yıl süreyle ayrıca kira parası ödemedен oturmaya dair sözleşme*” (bir tarafta *eser sözleşmesine* ait tamiratın yapılması edimi karşılığı diğer tarafta *kira sözleşmesine* ait taşınmazı kullandırma edimi)¹²⁷ gösterilebilir.

Bire çok tipik edimli (ikiz – kombine) karma sözleşmelere örnek olarak; “*bir kimsenin dil öğrenmek üzere yabancı bir memlekette bir ailenin çocuklarına bakmasına dair sözleşme*” (bir tarafta *vekalet sözleşmesine*¹²⁸, *kira sözleşmesine*¹²⁹ ve *art arda teslim şartıyla satış sözleşmesine*¹³⁰ ait karakteristik edimler karşılığı diğer tarafta *hizmet akdine* ait *hizmet görme*¹³¹ edimi)¹³², **pansiyon sözleşmesi** (bir tarafta *kira sözleşmesine*¹³³, *art arda teslim şartıyla satış sözleşmesine*¹³⁴ ve *hizmet akdine*¹³⁵ ait karakteristik edimler karşılığı diğer tarafta *para edimi*)¹³⁶, **hastane sözleşmesi** (bir tarafta *vekalet sözleşmesine*¹³⁷, *kira sözleşmesine*¹³⁸, *art arda teslim şartıyla satış sözleşmesine*¹³⁹ ve *hizmet akdine*¹⁴⁰ ait karakteristik edimler karşılığı diğer tarafta *para edimi*)¹⁴¹, **yatılı okul sözleşmesi** (bir tarafta *vekalet sözleşmesine*¹⁴², *kira sözleşmesine*¹⁴³ ve *art arda teslim şartıyla satış sözleşmesine*¹⁴⁴ ait karakteristik edimler karşılığı diğer tarafta *para edimi*)¹⁴⁵, bir **makinenin veya mobilyanın kurulumu** da satıcı tarafından yapılmak şartıyla **satımı** sözleşmesi (bir

¹²⁶ Feyzioğlu, a.g.e., s.58.

¹²⁷ Yargıtay 6.HD, 09.06.1967, E.1967/1350, K.1967/2988, Tandoğan, 1990, s.71.

¹²⁸ Dil öğretme edimi.

¹²⁹ Barınacak oda verilmesi edimi.

¹³⁰ Yiyecek verme edimi.

¹³¹ Çocuklara bakma edimi.

¹³² TANDOĞAN bu sözleşmenin çift tipli karma sözleşme olduğu görüşündedir (Tandoğan, 1990, s.70).

¹³³ Oda tahsisi edimi.

¹³⁴ Yemek verme edimi.

¹³⁵ Odanın temizlenmesi edimi.

¹³⁶ Tandoğan, 1990, s.71.

¹³⁷ Hastanın tedavi edilmesi ediminin BK md.386/II uyarınca vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerekir.

¹³⁸ Oda tahsisi edimi.

¹³⁹ Yemek verme edimi.

¹⁴⁰ Odanın temizlenmesi edimi.

¹⁴¹ Tandoğan, 1990, s.71.

¹⁴² Öğrencinin eğitilmesi ediminin BK md.386/II uyarınca vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerekir.

¹⁴³ Yatacak yer tahsisi edimi.

¹⁴⁴ Yemek verme edimi.

¹⁴⁵ Tandoğan, 1990, s.71.

tafta *satım sözleşmesine* ve *eser sözleşmesine*¹⁴⁶ ait karakteristik edimler karşılığı diğer tarafta *para edimi*¹⁴⁷, **yap-işlet-devret sözleşmesi** (bir tarafta *eser sözleşmesi* ile *kira sözleşmesine* ait karakteristik edimler karşılığı diğer tarafta *kira sözleşmesine* ait *kiralananı kullandırma edimi*¹⁴⁸, **seyahat sözleşmesi** (bir tarafta *eser* veya *vekalet sözleşmesi*¹⁴⁹, *kira sözleşmesi*¹⁵⁰ ile *art arda teslim şartıyla satış sözleşmesine*¹⁵¹ ait karakteristik edimler karşılığı diğer tarafta *para edimi*¹⁵² gösterilebilir.

Yabancı Tipte Yan Edim İçeren Tipik Sözleşmelere örnek olarak; **ısıtılması** da ev sahibine ait olarak **daire kirası** sözleşmesi (asıl edimler *kira sözleşmesine* ait olup yan edim olarak *eser sözleşmesine* ait “ısıtma” eklenmiştir)¹⁵³, temsil için **tiyatro salonunda yer ayrılması** (asıl edim *eser sözleşmesine*¹⁵⁴ ait olup yan edim olarak *kira sözleşmesine* ait “yer ayrılması” eklenmiştir)¹⁵⁵, **denklik parası** ödenerek yapılan **trampa** sözleşmesi (asıl edimler *trampa sözleşmesine* ait olup yan edim olarak *satım sözleşmesine* ait “*para ödeme*” eklenmiştir)¹⁵⁶ gösterilebilir.

4. Karma Sözleşmelere Bağlanacak Hüküm ve Sonuçlar

Karma sözleşmelere bağlanacak hüküm ve sonuçların ne olacağı sorusu öğretilerde önemli tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre karma sözleşme “*kendine*

¹⁴⁶ Satılan malın kurulmasının üstlenilmesi.

¹⁴⁷ Tandoğan, 1990, s.72; Öte yandan FEYZİOĞLU, -benzer özellikler gösteren- “*bir daireye kalorifer döşetilmesi*” ilişkin sözleşmenin kendine yabancı yan edim içeren bir sözleşme olduğu düşüncesindedir. Yazara göre asıl akit malzemenin satışı olup montaj ve döşeme akdi kolaylaştırıcı birer yan edimden (*eser sözleşmesi*) ibarettir (Feyzioğlu, a.g.e., s.55). TANDOĞAN ise bu tür sözleşmeleri ikiz karma sözleşme olarak nitelemektedir. Gerçekten, böyleleri sözleşmelerde malzemenin montajı en az satın alınması kadar önemli olup özel teknik bilgi gerektirmektedir ve kanımızca aslı edim niteliğindedir.

¹⁴⁸ Yargıtay 13.HD, 21.02.2003, E.2002/12997, K.2003/1639, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005.

¹⁴⁹ Tur operatörünün seyahat düzenlemesi.

¹⁵⁰ Yatacak yer sağlama edimi.

¹⁵¹ Yemek verme edimi.

¹⁵² Zevkliler, a.g.e., s.44.

¹⁵³ Tandoğan, 1990, s.73.

¹⁵⁴ Temsilin oynanması.

¹⁵⁵ Tandoğan, 1990, s.73.

¹⁵⁶ Zevkliler, a.g.e., s.44.

özgü” (sui generis) bir sözleşme olarak telakki edilmeli ve bu nedenle sadece *Borçlar Kanununun genel hükümleri* uygulanmak suretiyle meseleler çözümlenmelidir¹⁵⁷.

Hâkimin takdir yetkisini, adil karar vermesini engelleyebilecek ölçüde sınırlaması nedeniyle Türk Hukukunda bu görüşe ne öğretice ne de Yargıtay’ca rağbet edildiğini söylemek mümkündür¹⁵⁸. Gerçekten, ilke olarak bütün sözleşmelerin genel hükümlere tabi olduğu doğru olsa da; gerekli hallerde borçların genel hükümlerinden sapılması ve özel bazı hükümlerin devreye girmesi gerekir. Kanunda açıkça düzenlenen sözleşme tiplerinde belirtilen hususta sorun çıkmaz, çünkü somut tipik sözleşmeye ilişkin özel hükümlerin uygulanacağı açıkça kararlaştırılmıştır. Ancak, karma sözleşmelere uygulanacak hükümler araştırılırken mesele karmaşıklaşmaktadır. Türk Hukukunda da benimsenen baskın görüşe göre, Borçların özel hükümlerinde öngörülen akit tipleri “*nispi kapalı karaktere*” sahiptir; dolayısıyla yasayla açıkça düzenlenmemekle birlikte benzerlikler taşıyan diğer somut hukuki ilişkilere de uygulanabilirler¹⁵⁹.

Özel hükümlerin ne şekilde uygulanacağı hakkında –tarihi sıra gözetilerek– öncelikle üç görüş göze çarpmaktadır: soğurma (*imtisas*), birleştirme (*terkip*) ve kıyasen uygulama (*yaratma*)... Bir dördüncüsü ise her somut olayın özelliğine göre belirtilen ilk üç görüşten birinin uygulanmasını savunmaktadır. Takip eden kısımda sayılan görüşler ile Yargıtay uygulaması üzerinde durulacaktır.

a. Soğurma (İmtisas) Görüşü

Soğurma (*imtisas*) görüşüne göre karma sözleşmeye içerdiği unsurlardan önemli olanının ait olduğu sözleşme tipine ilişkin özel hükümler uygulanır¹⁶⁰. Ancak

¹⁵⁷ Heinrich Hoeniger, **Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge**, I. Bd., Diss., Freiburg, 1906, s.21-24’den ve Hermann Becker, **Commentar zum schweizerischen Privatrecht**, Bd.VI. Obligationenrecht, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen (Art.1-183 OR), Bern 1941, art.19, Nr.6’dan aktaran: Kuntalp, a.g.e., s.121.

¹⁵⁸ Bu görüş “*çeşitli tiplerin birbirini götürmesi kuramı*” olarak da adlandırılmaktadır (Tandoğan, 1990, s.73; Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s.54).

¹⁵⁹ Kuntalp, a.g.e., s.140.

¹⁶⁰ Tunçomağ, 1977, s.14-15; Kuntalp, a.g.e., s.122; Tandoğan, 1990, s.74; Feyzioğlu, a.g.e., s.59; Aral, a.g.e., s.56; Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s.54; Zevkliler, a.g.e., s.45; Yavuz, a.g.e., s.23;

anılan görüş taraftarlarının iki ayrı yaklaşımı mevcuttur: “*Sadece baskın (asli) sözleşme tipinin uygulanması*” (saf imtisas) ve “*baskın sözleşme hükümlerinin yetersiz kalması halinde tali sözleşme hükümlerinin de uygulanabilmesi*” (saf olmayan imtisas).

Saf imtisas görüşüne göre karma sözleşmeler iki çeşittir: *Bir tarafa birden çok tipik edim borcu yükleyenler*¹⁶¹ ve *iki ayrı tipten edim borcunu taraflara karşılıklı yükleyenler*¹⁶²... Her iki durumda da ortada tek bir akdin bulunduğu kabul edilir. Tek sözleşmede yer alan çeşitli akit tiplerine ait unsurların tabi olduğu hükümleri karıştırıp birleştirme yetkisi ise sadece yasa koyucuya ait olmalıdır; hukukçulara böyle bir yetki tanınmaz. O halde, tarafların subjektif iradelerinden ziyade somut olayın iktisadi özelliği dikkate alınmalıdır. Yüklenen için gelir kaynağı niteliğinde olan ve objektif olarak bu amaca tahsis edilen edim “*baskın edim*” olarak nitelenmeli ve böylelikle sözleşme tipi belirlenmelidir. Diğer edimin ise baskın edimin gerçekleşmesine hizmet ettiği kabul edilir. Sonuçta, belirlenen baskın sözleşme tipine bağlanmış olan hüküm ve sonuçlar karma sözleşmeye uygulanır¹⁶³.

Saf olmayan imtisas görüşü, baskın sözleşme tipine ait hükümlerin mutlak olarak uygulanmasından yana değildir. Anılan görüşe göre, eğer baskın sözleşmeye ait olan hükümler somut olayda yetersiz kalıyorsa, o zaman -taraf iradeleri dikkate alınarak- tali sözleşme tipine ait hükümler de uygulanmalıdır. Başka bir deyişle baskın tipte, tali (yan) edime ilişkin düzenleme olmaması halinde ayrıca yan tipe ait hükümler uygulanmalıdır. Örneğin, edimlerden birisinin hizmet diğerinin bir malın kullanılmasının devri olan hizmet ağırlıklı bir karma sözleşmede kira akdindeki hapis hakkına ilişkin hükümlerin tatbik edilebilmesi gerekir. Nihayet, yan tipe ait amir hükümlerin de karma sözleşmeye uygulanması gerekir. Örneğin, on seneden fazla bir süre için yapılmış olup hizmet sözleşmesine ilişkin yan edim içeren bir akdin, on

Necip Bilge, **Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Yay.No:86), Ankara, 1971, s.16; Akyol, 1984, s.10.

¹⁶¹ Bire çok tipik edimli (*ikiz - kombine*) karma sözleşmeler.

¹⁶² Bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşmeler.

¹⁶³ Kuntalp, a.g.e., s.122-123.

sene sonunda BK md.343 uyarınca bir aylık ihbar süresine uyularak feshinin mümkün olması gerekir¹⁶⁴.

İmtisas görüşü hakkındaki eleştirilerden de bahsetmek gerekmektedir. Saf imtisas görüşü hakkındaki eleştiriler, “*sözleşme özgürlüğü ilkesine*” temelden aykırı olduğu noktasında yoğunlaşmaktadır¹⁶⁵. Saf olmayan imtisas görüşü ise sözleşme özgürlüğü ilkesine daha uygun görülmektedir. Ancak tarafların “*edimleri asli-tali olarak ayırmaksızın eşit önemde görerek kararlaştırmaları durumunda*” dahi yine de böyle bir ayırım yapılmasının, sözleşme özgürlüğü ilkesini zedelediği öne sürülmektedir. İmtisas görüşü, iki ayrı tipe ait edim borçlarının karşılıklı olarak yüklenildikleri halde dahi tek bir tipe bağlanan hüküm ve sonuçların uygulanmasını tercih etmesi nedeniyle “karşılıklılık” (synallagma) ilkesine de aykırı görülmektedir¹⁶⁶. Nihayet anılan görüşün, asli-tali edim ayırımında sağlam ölçütler ortaya koyamaması nedeniyle haksız sonuçlara yol açabileceği belirtilmektedir. Roma davalar sisteminin “şekli imtisasından” esinlenen imtisas görüşünün günümüzdeki ilişkiler için bir hayli basit kaldığı da söylenmektedir¹⁶⁷.

Yukarıda belirtilen eleştirilerde kısmen haklılık payı bulunmakla birlikte, soğurma görüşünün bazı durumlarda uygulanmasının mümkün ve yararlı olacağını kabul etmek gerekir. Bilhassa kendine yabancı bir başka tipte yan edim içeren tipik sözleşmelerde anılan görüş uygulanabilir. Öğretide gerek “*her somut olayın özelliğine göre değişik görüşlerin uygulanması*” görüşünü benimseyenler gerekse de –dolaylı olarak- Yargıtay yer yer imtisas görüşünden yararlanmaktadır.

b. Birleştirme (Terkip) Görüşü

Birleştirme (terkip) görüşü uyarınca sözleşme tipleri, gerçekte unsurlar toplanıp yığılarak ve her unsura veya unsurlar grubuna yasayla ayrı bir hukuki sonuç

¹⁶⁴ Kuntalp, a.g.e., s.123-124.

¹⁶⁵ Saf imtisas görüşünün “*bir tarafa birden çok tipik edim borcu yükleyenler*” ve “*iki ayrı tipten edim borcunu taraflara karşılıklı yükleyenler*” ayrımı gözetilerek yapılmış ayrıntılı bir eleştirisi için bkz.: Kuntalp, a.g.e., s.128-129; Tandoğan, 1990, s.74; Bilge, a.g.e., s.16.

¹⁶⁶ Kuntalp, a.g.e., 128.

¹⁶⁷ Feyzioğlu, a.g.e., s.59; Kuntalp, a.g.e., s.130.

bağlanarak elde edilmiştir. Karma sözleşme bir “*unsurlar birleşimi*”dir ve bağlanan sonuçların da unsurlara ait hükümlerin birleştirilmesiyle oluşturulması gerekir. O halde karma sözleşmenin tek bir baskın tipin hükümlerine tabi olması mümkün değildir çünkü her bir unsurun kendine has başka bir hukuki sonucu vardır¹⁶⁸. Bu nedenle karma sözleşmeye, içinde bulunan unsurların (edimlerin) ait olduğu akit tiplerine ait hükümler doğrudan doğruya uygulanmalıdır¹⁶⁹.

Örnek olarak “*hizmet şartıyla mobilyalı bir odanın kiralanması*” gösterilebilir. Böyle bir sözleşmede hem kira akdine hem de hizmet akdine ilişkin unsurlar bulunmaktadır. Ancak anılan sözleşme tiplerine ilişkin yasada öngörülen hükümlerden hiçbirisi bu karma sözleşmeyi tamamıyla kapsamına alamamaktadır. Bir tek baskın tip tayin edilerek ona ait hüküm ve sonuçlar tüm sözleşmeye uygulanmak istenirse daima açıkta kalan noktalar olacaktır. O halde her bir unsura, ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması gerekir¹⁷⁰.

Birleştirme görüşü de bazı eleştirilere uğramıştır. Öncelikle her unsura veya unsurlar grubuna bilinçli olarak bir hukuki sonuç bağlandığı iddiası, kanıtlanamamış bir önerme olarak görülmektedir. Öte yandan bir an için anılan önerme kabul edilse dahi her bir tipik sözleşmenin somut ve bütünsel olarak içerdiği anlam azalacaktır. Böylelikle bir bütün olarak telakki edilmesi gereken karma sözleşmenin anlam yapısının ve bütünlüğünün parçalanması tehlikesi baş gösterecektir. Karma sözleşmelerde edimler genellikle birbiriyle sıkı ilişki içindedirler ve birinin ifa edilmemesi diğlerinin anlamını yitirmesine yol açabilir. Kaldı ki her bir unsura bağlanan hukuki sonuçların doğrudan uygulanmasıyla bazı hüküm çatışmalarının doğması da mümkündür¹⁷¹.

Böylesi çatışmaların bertaraf edilebilmesi için birleştirme görüşünün ancak “*menfaatler dengesi*” ve “*amaca uygunluk ilkesi*” göz önüne alınarak uygulanabileceği de savunulmaktadır. Anılan uyarlanmış görüşe göre, çeşitli tiplere

¹⁶⁸ Kuntalp, a.g.e., s.124-125.

¹⁶⁹ Tunçomağ, 1977, s.15; Tandoğan, 1990, s.74; Feyzioğlu, a.g.e., s.60; Bilge, a.g.e., s.16-17; Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s.54;Aral, a.g.e., s.57; Zevkliler, a.g.e., s.45; Akyol, 1984, s.10

¹⁷⁰ Kuntalp, a.g.e., s.25.

¹⁷¹ Tandoğan, 1990, s.74; Kuntalp, a.g.e., s.131 vd.; Feyzioğlu, a.g.e., s.60; Bilge, a.g.e., s.17.

ait unsurlar arasında çatışma olması durumunda, emredici hükümlerin emredici olmayanlara tercih edilmesi; hepsi emredici ise menfaatler dengesinin gözetilerek uygun düşenin belirlenmesi, özel hükümlerin genel olanlara uygun olmasına dikkat edilmesi gerekecektir¹⁷².

Yukarıda belirtilen eleştirilere rağmen birleştirme görüşü karma sözleşmelerin çözümlenmesi için önemli bir yöntem önermektedir. Üstelik anılan görüşün yeniden uyarlanmış hali doğrudan uygulanan hükümler arasında çıkabilecek olası çatışmalara da çözüm getirmektedir. Öğretideki bazı yazarlar ve Yargıtay zaman zaman birleştirme görüşünün uyarlanmış haline göndermeler yapmaktadır¹⁷³. Kanımızca da özellikle çift tipli ve ikiz (kombine) karma sözleşmeler açısından anılan görüşün uyarlanmış hali uygulanabilir.

c. Yaratma (Kıyas) Görüşü

Hâkimin “*hukuk yaratması*” (yaratma) görüşü öğretide “*kıyas*” (veyahut “*kıyasen uygulama*”) terimleriyle de ifade edilmektedir. Her iki terim de esasen benzer düşünceleri ifade etmektedir. Ancak özellikle Türk Hukuku açısından, MK md.1/II'nin varlığı nedeniyle “yaratma görüşü” teriminin kullanılması daha doğru görünmektedir. Gerçekten, -sonraki paragraflarda ayrıntılandırılacağı üzere- bir karma sözleşmeyle karşılaşan hâkim, “*kıyasen uygulama*”, “*örf-âdete başvurma*” ve nihayet “*kanun koyucu gibi kural koyma*” benzeri hukuk yaratma yollarını sırasıyla denemek durumundadır. Kıyasen uygulama eylemi, belirtilen görüşün aslında bir safhasından ibarettir. Bazı yazarlar “kıyası” tercih ederken bazıları ise hâkimin – kuralları doğrudan değil kıyasen uygulayarak- her halükarda hukuk yarattığı gerekçesiyle “yaratma” terimini tercih etmekte; nihayet bazıları da her ikisini birden kullanmaktadırlar¹⁷⁴.

¹⁷² Kuntalp, a.g.e., s.135.

¹⁷³ Bkz.: *Birinci Bölüm, II, A, 4, d ve Birinci Bölüm, II, A, 4, e* başlıkları altındaki açıklamalar.

¹⁷⁴ Kuntalp, a.g.e., s.126; Tunçomağ, 1977, s.15; Ayrıca krş.: Feyzioğlu, a.g.e., s.60; Tandoğan, 1990, s.75.

Yaratma görüşü, yasayla öngörülen tiplerin sistematik bütünsel bir düzenden yoksun olup her birinin somut olarak düzenlendiği ön kabulünden yola çıkmaktadır. Böyle bir ön kabulün doğal sonucu, yasal tiplere ilişkin hükümlerin ancak yasal tanımlamalara tam olarak uyan sözleşmelere “doğrudan” uygulanabileceğidir. Karma sözleşmelerde olduğu gibi, yasal tanımın dışına çıkılan durumlarda benzerlik taşıyan yasal tiplere ait hükümlerin ancak “kıyasen” uygulanması mümkün olabilir¹⁷⁵. Kıyasen uygulamanın mümkün olamaması halinde ise hâkim diğer hukuk yaratma yollarına başvurmak suretiyle uyuşmazlığı çözmek durumunda kalacaktır¹⁷⁶. Başka bir deyişle anılan görüşe göre karma sözleşmeler ile kendine özgü sözleşmeler benzer şekilde çözümlenirler; hâkimin hukuk yaratarak boşluğu doldurması gerekir.

Öte yandan kıyasen uygulama, menfaatler dengesi ve yasanın ruhu gözetilerek yasal tip ile karma sözleşme arasında “benzerlik” saptanması halinde söz konusu olabilecektir¹⁷⁷. Karma sözleşme ile yönelinen amaç, yorumun her aşamasında göz önünde tutulacaktır. Bir tipe ilişkin hükmün kıyasen uygulanabilmesi için, o hükmün vazedilmesine yol açan nedenin karma sözleşmenin konusunu oluşturan somut olayda da bulunması gerekir¹⁷⁸. Amaçlar araştırılırken, taraf iradeleri bir bütün olarak değerlendirilmeli, tarafların kişisel davranışlarına, sözleşme yapılırken mevcut hal ve şartlara dikkat edilmelidir. Amaçlar ve taraf çıkarları dikkate alındığında, hakkaniyet ve nasafet kuralları aksini gerektiriyorsa kıyasen uygulama yapılmayacaktır¹⁷⁹. Özel hükümler, karma sözleşmelere ancak benzerlikler taşıdığı ve amaçsal ve niteliksel olarak gerektirdiği durumlarda uygulanmalıdır¹⁸⁰.

Kıyasen uygulama görüşünden hareketle bazı yazarlar Türk Hukukunda karma sözleşmeye bağlanacak hüküm ve sonuçlar meselesinin MK madde 1/II

¹⁷⁵ Kuntalp, a.g.e., s.126; Tandoğan, 1990, s.75.

¹⁷⁶ Tunçomağ, 1977, s.15.

¹⁷⁷ “Kıyasın söz konusu olabilmesi için –akitler arasındaki- uygunluğun farklılığa ağır basması ve kanunun söz konusu hükmü sevk ederken yalnız uygun düşen noktaları göz önüne almış, başka bir deyişle hukuki düzenlemede farklı noktaların bir etkisinin olmaması gerekir” (Kuntalp, a.g.e., s.140); Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 3.Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No: 486), Ankara, 1987, s.143 vd.

¹⁷⁸ Kuntalp, a.g.e., s.141.

¹⁷⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s.61; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku**, Cilt I, Cüz 1, 6.Baskı, Nur Matbaacılık, İstanbul, 1963, s.199-200.

¹⁸⁰ Kuntalp, a.g.e., s.139-140.

çerçevesinde çözümlenebileceği sonucuna varmıştır¹⁸¹. Anılan madde uyarınca, “*kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir*”. Belirtilen görüşe göre, önüne yasayla düzenlenmemiş bir karma sözleşmeye ilişkin bir somut olay geldiği tespitinde bulunan hâkim, önce kanunda düzenlenmiş olan tiplere ilişkin hükümleri –yukarıdaki ilkeler ışığında- kıyasen somut olaydaki karma sözleşmeye de uygulayacaktır. Kıyas koşullarının bulunmaması halinde konuya ilişkin bir örf ve adet kuralı varsa ona başvurulacaktır¹⁸². Nihayet böyle bir kural da bulunamamışsa kendisi yasa koyucu gibi davranarak kural koyacaktır¹⁸³.

Söz konusu görüşe bir takım eleştiriler yöneltmiştir. Bir görüşe göre karma sözleşme ile kendine özgü sözleşme iki farklı müessese olmasına rağmen, yaratma kuramı ikisi arasındaki farkı ortadan kaldırmıştır. Bir başka görüşe göre, özellikle kendine yabancı tipte yan edim içeren sözleşmeler açısından gereksiz karışıklıklar ortaya çıkabilir: Bir tipik sözleşmenin önemsiz bir yan ediminin başka tipe ait olması dahi tüm sözleşmenin karma kabul edilmesine ve asıl tipe ait edimlerin dahi doğrudan değil ancak kıyasen uygulanmasına yol açabilecektir. Nihayet, yaratma görüşünün hâkime gereğinden fazla takdir yetkisi verdiği, bunun bazı keyfi davranışlara yol açabileceği de iddia edilmektedir¹⁸⁴.

¹⁸¹ Kuntalp, a.g.e., s.139; Feyzioğlu, a.g.e., s.61; TANDOĞAN da kıyasen uygulama görüşününün MK md.1’de yer alan ilkelere uygun olduğu yönünde görüş belirtmektedir (Tandoğan, 1990, s.75). Öte yandan yazarın “*yaratma (kıyas) kuramı*” başlığı altında yaptığı açıklamaların bir kısmı “*her somut olayın özelliğine göre değişik görüşlerin uygulanması*” görüşüne de uymaktadır.

¹⁸² Belirtmek gerekir ki İsviçre Medeni Kanunu ile Türk MK’nun örf-adet kavramları birbirinden farklıdır: İsviçre’de 1.maddeyle örf-âdete yapılan gönderme ile aslında eski kanton hukukları kast edilmektedir ve aynı nedenle hâkimin örf-adet hukukunda hüküm olup olmadığını araştırması zorunluluğu vardır. Oysa Türk Hukukunda böyle bir zorunluluk olmayıp, hâkim sadece taraflarca bir örf-adet kuralına dayanılması ya da bir vesileyle kendisine o kuralın bildirilmesi durumunda örf-adete başvurmakla yükümlüdür (Edis, a.g.e., s.103, 109-110). Ticari işlere ilişkin sözleşmelerde durum daha değişiktir: Türk Ticaret Kanunu md.1/II uyarınca, “*hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde mahkeme ticari örf ve âdete, bu dahi yoksa umumi hükümlere göre karar verir*” (TTK md.1/II’de belirtilen sıranın kesin olduğu ve ticari örf-âdetin genel yasal hükümlere aykırı olduğu tüm durumlarda öncelikle uygulanacağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Erol Ulusoy, **Ticari Örf ve Adet Hukuku**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2001, s.78 vd.).

¹⁸³ Yargıtay da MK md.1/II uygulamasında hâkimin, önce kanunun hükmüne, kanunda açık bir hüküm bulunmasa dahi önce başka bir hükme atf yapıp yapılmadığına sonra ise kıyasen uygulanacak bir başka hükmün mevcut olup olmadığına bakmasının zorunlu olduğu, ancak daha sonra örf-adet ve hukuk yaratma safhalarına geçebileceği görüşündedir (Yargıtay HGK, 31.01.1996, E.1995/11-980, K.1996/18, www.kazanci.com.tr); Daha ayrıntılı bilgi için bkz.: *Birinci Bölüm, II, B, 3* başlıklı bölüm.

¹⁸⁴ Kuntalp, a.g.e., s.142-143.

KUNTALP, anılan eleştirileri derinlemesine bir “*karma sözleşme analizi*” yaparak cevaplandırmaktadır. Yazara göre karma sözleşmenin hem tipik hem de atipik özellikler taşıdığı bir gerçektir. Tipik yönü dolayısıyla kanuni tiplere yaklaşan karma sözleşme, atipik yönünden dolayı da kendine özgü izlenimi yaratarak tereddüt doğurur. İçerdiği kanuni tipe ilişkin hükümlerin doğrudan doğruya uygulanması onu tipik hale getirir; kıyasen uygulama ise kendine özgü kılar. Bununla birlikte karma sözleşme sorununun ana amacının “*karma sözleşmelerle tipik sözleşmeler arasında bir bağ kurma çabası olduğu*” unutulmamalıdır. Yazara göre böyle bir bağ en iyi kıyasen uygulama ile sağlanabilir¹⁸⁵.

Yaratma görüşü hakkındaki eleştirilerde haklılık payı olsa da ilk iki görüşe (soğurma ve birleştirme) oranla, her bir somut olaya uygulanma kabiliyet ve esnekliğinin daha yüksek olduğunu teslim etmek gerekir. Aynı nedenle bu görüş, bir kısmı kanunla düzenlenmiş (tipik), bir kısmı da hiçbir şekilde düzenlenmemiş (atipik) unsurlar barındıran sözleşmelerde uygulanabilir¹⁸⁶. Bununla birlikte, takip eden başlık altında ayrıntısıyla inceleneceği üzere, karma sözleşme meselesinin ortaya çıkış amacı karma sözleşmelere uygulanmaya genellikle elverişli olan yol gösterici kurallar önerme çabasıdır. Kanımızca, yaratma görüşü böyle bir anlam taşımamaktadır.

d. Her Somut Olayın Özelliğine Göre Değişik Görüşlerin Uygulanması Görüşü

Yukarıdaki başlıklarda anlatılan görüşlerin her biri, kendi içinde tutarlı ve haklı gerekçelere sahip olsalar da tüm karma sözleşmeleri kapsayacak tek bir görüş bulunmadığı fikri giderek ağırlık kazanmaktadır. Belirtilen düşünceye göre, her somut olayın özelliğine göre imtisas, birleştirme veya yaratma (kıyas) görüşlerinden bir tanesi tercih edilecektir. Burada gözetilecek amaç, benimsenen görüşün dürüstlük kuralına (MK md.2) uygun düşmesi ve karma sözleşme unsurlarına ait tipi

¹⁸⁵ Kuntalp, a.g.e., s.142-143.

¹⁸⁶ Belirtmek gerekir ki böylesi sözleşmelerin karma sözleşme olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesi tartışmalıdır.

düzenleyen hükümlerin mümkün olduğunca dikkate alınması olacaktır. O halde her bir somut olayda menfaatler dengesi ortaya konularak bir görüşün seçilmesi gerekmektedir¹⁸⁷. Kanımızca anılan görüş, genelleme yapmaktan kaçınması ve her bir somut olayın özelliklerine göre uygun çözümleri öngörmesi nedeniyle daha makuldür. Yargıtay uygulaması da benzer doğrultudadır¹⁸⁸.

Kuşkusuz her bir somut olayın hangi kategoriye girdiğinin önemi büyüktür. Genel kabul gören kanı, bire çok tipik edimli (*ikiz - kombine*) sözleşmelere ve bire bir tipik edimli (*çift tipli*) sözleşmelere birleştirme görüşünün uygulanması gerektiği yönündedir: Bu türden sözleşmelerde esas edimlerden her biri, ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümlere tabi olmalıdır¹⁸⁹.

İkiz sözleşmelerde edimlerin bölünebilir bölünememesi açısından bazı farklı durumlara da değinmek gerekmektedir. Örneğin pansiyoncunun oda temin etme, oda temizleme ve kahvaltı vermesi karşılığı kiralayanın belli bir bedel ödemeyi kabul ettiği pansiyon sözleşmesinde, pansiyoncunun edimleri bölünebilir niteliktedir. Mesela kahvaltı verme ediminin ayıplı ifası halinde tüm bedel üzerinden değil, kahvaltuya tekabül eden kısım üzerinden indirim yapılması gerekir¹⁹⁰. “*Bir sözleşme tipinde yürüyen sona erme nedenleri, önce o tip sözleşmeyi karşılayan sözleşme parçasını ortadan kaldırır; yani karşı edim değer ilişkisine göre indirilir*”¹⁹¹. Ancak taraflardan birinin birden fazla edimi bölünemez bir bütün teşkil ediyorsa artık borcun bütün olarak değerlendirilmesi tümüyle geçerli veya geçersiz addedilmesi gerekir¹⁹². Öte yandan, çift tipli sözleşmeler açısından birleştirme teorisinin uygulanacağı görüşünün mutlak olmadığı, akdin kurulmasında bir edimin ağır basması halinde imtisas görüşünün de uygulanabilmesi gerektiği de ifade edilmektedir¹⁹³. Gerek ikiz, gerekse de çift tipli sözleşmelerde birleştirme görüşü uygulanırken, çeşitli tiplere ait hükümlerin birbiriyle çelişmesi halinde anılan

¹⁸⁷ Tunçomağ, 1977, s.15.

¹⁸⁸ Bkz.: Bir sonraki başlık altındaki açıklamalar.

¹⁸⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s.56, 57; Tunçomağ, 1977, s.16-17, 21; Kuntalp, a.g.e., s.148.

¹⁹⁰ Feyzioğlu, a.g.e., s.56, 57.

¹⁹¹ Tunçomağ, 1977, s.17.

¹⁹² Feyzioğlu, a.g.e., s.57.

¹⁹³ Tunçomağ, 1977, s.22; Feyzioğlu, a.g.e., s.58.

hükümlerin dayandığı nedenler sözleşme amacıyla birlikte gözetilerek karar verilmelidir¹⁹⁴.

Kendilerine yabancı tipte yan edim içeren sözleşmelerde ilke olarak imtisas görüşüne itibar edilmeli, tüm sözleşmeye asıl (baskın) tipteki sözleşmenin ait olduğu tipe ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Öte yandan, yan edimler nitelik olarak asıl sözleşmenin yapısında yer alacak kadar önem taşıyorsa¹⁹⁵, sözleşmenin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde yan edimin ait olduğu tipe ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması da mümkün olabilecektir¹⁹⁶. Ancak asıl sözleşme tipine ait hükümlerde, yan edime ilişkin olarak genel nitelikte düzenlemeler yer alıyorsa artık yan edime ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusu olmayacaktır¹⁹⁷.

Her somut olayın özelliğine göre değişik görüşlerin uygulanması görüşünde, her sözleşme tipine ait hükümlerin kıyasen değil “doğrudan uygulanmasının” esas olduğunun altını çizmek gerekir¹⁹⁸. Kuşkusuz, MK md.1/II bir son çare maddesi olarak mevcut ve geçerlidir. Ancak söz konusu madde, “*kanun sözünüyle ve özünüyle deşindiğı bütün konularda uygulanır*” ifadesiyle başlamaktadır. Burada bir yorumlama gereğı söz konusudur: Acaba karma sözleşmelerin tamamıyla kanuni düzenlenme dışı olduğunu söyleyebilir miyiz? Belirtilen önermeye “*evet, çünkü karma sözleşme bir bütün olarak kanunda düzenlenmemiştir*” cevabı verilebilir. Bu durumda MK md.1/II'nin diğere safhalarının (örf-adet, kıyas, vs.) uygulanmasına geçilebilir. Bununla birlikte aynı önermeye kanımızca “*hayır, çünkü içerdığı farklı tiplere ait unsurlar kanunca öngörülme de ayrı ayrı tiplerde tanımlanmış ve bir*

¹⁹⁴ Tunçomağ, 1977, s.22.

¹⁹⁵ Örneğin kalorifer malzemesinin montajının yapılması şartıyla satılmasında, montaj yan edimi, asıl sözleşme olan satış sözleşmesinin yapılmasını ve asıl edimin yerine getirilmesini kolaylaştırma amacına yöneliktir ve sözleşmenin yapısına işlemdir (Feyzioğlu, a.g.e., s.55).

¹⁹⁶ Feyzioğlu, a.g.e., s.56, 57; Tunçomağ, 1977, s.23; Kuntalp, a.g.e., s.148.

¹⁹⁷ Örneğin adi şirket sözleşmesinde ortaklardan birinin taşınmazının kullanılmasını sermaye olarak koyması halinde, “hasar ve tekeffüle ilişkin olarak” kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı BK md.521'de belirtilmiştir. Kanun koyucunun bir kısmını açıkça düzenleyip kalanı için bilinçli olarak susması karşısında, kira sözleşmesinin diğere hükümlerin –örneğin feshi ihbar hükümlerinin– söz konusu adi şirket sözleşmesine uygulanması mümkün olmayacaktır. Kaldı ki bu durum akdin genel amacıyla da bağdaşmaz (Feyzioğlu, a.g.e., s.54).

¹⁹⁸ Aslında doğrudan uygulama ile kıyasen uygulama arasında pratik olarak önemli bir fark olmadığına ilişkin görüşler de mevcuttur. Anılan görüşlere göre “doğrudan uygulama” kanunun eksik ifadesini tamamlamaya yönelik “yorum” gerekçesine, hukuk yaratma ise “hukuk boşluğu” gerekçesine dayanır. Ancak sonuç olarak her ikisinde de “gaye araştırması ve menfaatler durumunun” takdiri esastır (Kuntalp, a.g.e., s.137).

hukuki sonuca bağlanmışlardır” cevabı da verilebilir. Böyle bir durumda, somut olaya göre çeşitli görüşlere başvurularak seçilecek tiplere ilişkin hükümlerin karma sözleşmeye doğrudan uygulanması gerekecektir. Anılan çözümlene, hem hukuk öğretisinin karma sözleşmeler hakkında yaptığı derin birikimden tam anlamıyla yararlanılması anlamında uygun düşecek, hem de uygulamaya daha somut, ölçütleri açıkça belirli bir model sunacaktır.

Nihayet Türk Borçlar Kanununun alındığı İsviçre’deki Federal Mahkeme uygulaması da fikir verici olabilir. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, herhangi bir karma sözleşme çeşidiyle veya bağlı (*birleşik*) sözleşmeler ile karşılaşıldığında, hangi sözleşme tiplerine ait hükümlerin uygulanacağına yönelik bir genelleme yapmak mümkün değildir. Sözleşmenin özelliklerine göre hangi hükümlerin uygulanacağını her bir somut olay için ayrı ayrı belirlemek gerekir. O halde hukuki sorunun ne olduğunu ve hangi yasal veya hukuki ilkelerle çözüleceğini araştırmak gerekir. Değişik tiplere ait edimler içeren sözleşmelerde ilgili isimli sözleşme tiplerine ilişkin kurallardan yararlanmak makul olacaktır. Ancak somut bir olayda, tespit olunacak her bir hukuki sorunda –örneğin sözleşmenin feshinde- uygulanacak hükümler, sözleşmenin içerdiği isimli sözleşmelerden tek bir tanesine ilişkin hükümler ile çözümlenmelidir. Çünkü sözleşme unsurlarının karşılıklı etkileşimi göz önüne alındığında, aynı hukuki sorunun farklı düzenlemelerle çözümlenmesi düşünülemez. Bir hukuki sorunun hangi kurallarla çözümleneceğine ise “*sözleşmedeki ilişkilerin ağırlık merkezi*” ve “*menfaatler dengesi*” dikkate alınarak karar verilecektir¹⁹⁹.

e. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay’a göre karma sözleşmelerin niteliğinin, sözleşme şartlarına göre ayrı ayrı tanımlanması ve doğurduğu hak ve borçların da aynı şartlar dikkate alınarak takdirini gerekir²⁰⁰. O halde karma sözleşmelerin çözümlenmesinde tek bir görüş

¹⁹⁹ İsviçre Federal Mahkemesi İçtihadı, T 1/2 5C.252/2004 /frs., http://jumpcgi.bger.ch/pdf/aza/2005/5c_0252_2004_2005_05_30_t.pdf#search=%22ATF%20%22118%20II%20157%22%22, 18.08.2006.

²⁰⁰ “*Bir sözleşme ile Borçlar Kanununun özel hükümleri bölümünde gösterilen sözleşmelerden yalnız biri değil birkaçı hatta bu bölümde öngörülmeyen ve kanunun yasak etmediği bir sözleşme de*

yerine her bir sözleşmenin özellikleri dikkate alınarak belirlenecek değişik görüşlere başvurulmasının uygulamada da benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bununla birlikte Yargıtay öğretiden esinlenerek bazı ilke kararları almıştır. Özellikle çift tipli karma sözleşmeler açısından Yargıtay, “kural olarak karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kurallarının doğrudan doğruya” uygulanacağı görüşündedir²⁰¹. Ancak “değişik sözleşme tiplerine ilişkin

birlikte yapılabilir. Bu nitelikteki sözleşmelere karma sözleşme denilir. Bunların niteliği sözleşme şartlarına göre ayrı ayrı tanımlanıp, doğrudan hak ve borçlar şartlarına göre takdir edilmek gerekir. Davalı bu açıklamasıyla bağlı tutulup ödemesi ispat ettirilecek yerde sözleşmenin anlamında yanlışa düşülp ilişkisinin ispatlanamadığı benimsenerek davanın reddi bozmayı gerektirir” (Yargıtay 4.HD, 04.05.1967, E.1967/3125, K.1967/3847, Tunçomağ, 1977, s.16).

²⁰¹ “Davacı dava dilekçesinde; (...) davalı ile aralarında düzenlenmiş bulunan 18.5.1973 günlü, arsa payı karşılığında kat yapım sözleşmesi uyarınca davalı yüklenicinin üstlendiği edimi yerine getirmediğini ve inşaatı durdurduğunu (...) ileri sürerek, (sözleşmenin feshine) karar verilmesini istemiş; istek doğrultusunda karar verilmiştir.

Özel daire, yukarıya metni aynen alınan ilamı ile hükmü bozmuş; mahkeme önceki kararında direnmiştir. Ancak özel daire, kurulda yapılan görüşmeler sırasında taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürdüğüne göre, sağlam bir sonuca varılabilmesi, uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için öncelikle, davaya dayanak yapılan sözleşmenin hukuksal niteliği ve özellikleri üzerinde durulmak gerekir.

Taraflar arasında kurulan, (inşaat Sözleşmesi) başlıklı ve 18.5.1973 günlü sözleşme hükümlerine göre; davalı yüklenici (müteahhit), mülkiyeti davacıya ait bulunan 6-7 parsel sayılı arsalar üzerine kendi gerekçeleriyle bir apartman inşa edecek ve bu apartmanın sözleşmede belli edilen (5) dairesini en geç Aralık 1974 gününe kadar tamamlayıp, davacıya teslim eyleyecektir. Buna karşılık, davacı arsa sahibi de kendisine verilecek daireler dışındaki bağımsız bölümlere ilişkin arsa payının mülkiyetini, davalı yükleniciye aktaracaktır (geçirecektir) (sözleşme, m. 1, 4, 5, 9).

Görülüyor ki, davalının edimi (borcu) eser sözleşmesinin (İstisna Akdinin); Davacının karşı edimi ise, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece taraflar arasında, (arsa payı karşılığında kat (apartman) yapımı) diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır. Kural olarak, karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. O halde, davalının yüklendiği yapı yapma edimi için BK.'nun bu tip sözleşmeyi düzenleyen (355 ve bunu izleyen) maddelerinin uygulanmasına karşılık davacının arsa payı mülkiyetini davalıya devir borcu yönünden, satış vaadine ilişkin yasa hükümleri uygulanacaktır (MK. 634, BK. 213, Tapu K. 26, Noterlik Yasası m. 60).

Hal böyle olunca da, davalının eser meydana getirme borcunu kapsayan sözleşmenin şekle bağlı olmamasına karşılık, davacı arsa sahibinin pay mülkiyetini davalıya aktarma (devir)borcu için, Yasalarda öngörülen resmi şekle uygun bir sözleşmenin varlığı zorunlu olmaktadır. Çünkü, böyle bir sözleşmenin geçerli olması, resmi biçimde yapılmasına bağlıdır (Kenan Tunçomağ; Borçlar Hukuk Dersleri - Özel Borç İlişkileri - Cilt II - İstanbul 1967, sahife 434-435), (Becker - m. 363, N. 11).

Gerçekten, bir taşınmaz malın veya payının mülkiyetinin başkasına devri, ya da devir vaadini öngören sözleşmelerin geçerli sayılmasına MK.'nun 634, BK.'nun 213 ve Tapu Kanununun 26. maddeleri uyarınca, tapu sicil muhafızı tarafından veya 1512 sayılı Noterlik Yasasının 60. maddesi buyruğuna göre noterlerce resen düzenlenmesine bağlıdır. Anılan yasa hükümlerinin öngördüğü biçimde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir. Çünkü burada öngörülen şekil, sözleşmenin geçerlik koşulu olup, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedendir ki, gerek mahkeme ve gerekse Yargıtay'ca doğrudan doğruya (resen) göz önünde tutulur.

kurallar birbirine ters düşerse, karşılıklı çıkarların tartılmasına göre, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılmalı” gerekecektir²⁰². Her bir somut olayın özelliğinin ve karma sözleşmedeki hükümlerin de göz önünde tutulması gerekmektedir²⁰³. Hukuk

Temyize konu bu olayda, taraflar arasında kurulan 18.5.1973 günlü ve 6248 sayılı sözleşme noterlikçe resen düzenlenmemiş; taraflarca dışarıda yazılıp imzaları Hatay 1. Noterliğince onanmıştır. O halde, az yukarıda yapılan açıklamalara göre, anılan sözleşme hukuken geçerli değildir. Oysa davacının borca aykırılık nedeniyle (fesh) isteyebilmesi, sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmuş olmasına bağlıdır. Çünkü hukuken hüküm ifade etmeyen, geçersiz bir sözleşmenin feshini istemekte hukuki yararın varlığından söz edilemez. Bu nedenle, davanın reddine karar verilmeliydi.

Öte yandan; olayımızda, sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve borçlar da, taraflarca tamamen yerine getirilmiş değildir. Hal böyle olunca, Medeni Yasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan, afaki iyiniyet kuralının bu davada uygulanması ve bu nedenle sözleşmenin geçerli sayılması da düşünülemez. Çünkü bu kural ancak, sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, hukuken hüküm ifade etmeyen geçersiz sözleşmenin feshine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle, direnme kararı bozulmalıdır” (Yargıtay HGK, 09.06.1982, E.1979/15-1613, K.1982/565, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).

²⁰² *“Belirtelim ki, yurdumuzda giderek kentleşme sorunu, arsa payı karşılığında kat yapımı örneklerinin uygulamada görülmesi sonucunu doğurmuştur. Dava konusu olayda da, arsa maliki davalı ile davacı ve ortağı arasında yapılan sözleşme uyarınca 570/750 pay karşılığı 3 dairenin yapımı ve teslimi borcu yüklenilmiştir. Sözleşmeye göre, davalı, 570/750 pay mülkiyetini başka bir karşılığa gerek olmadan davacı ve ortağına geçirecek, onlarda da taşınmazda apartman meydana getirerek öngörülen 3 daireyi davalıya vereceklerdir. Görülüyor ki, arsa payı karşılığında kat yapımında, inşaatçının yüklendiği kendi gereçleriyle yapı yapma ediminin karşılığını arsa maliki, arsasının bir bölümünün mülkiyetini geçirecek ödemektedir. İnşaatçının yüklendiği yapı yapma ediminde, ağır basan yön, gereçlerin tesliminden çok anlaşmaya uygun belli bir eserin yaratılması (katların yapılması)dır. Bu nedenle, bu edim, eser (istisna) sözleşmesinin belirleyici özelliklerini ve buna karşılık, arsa malikinin karşı edimi, taşınmaz satımı sözleşmesinin belirleyici özelliklerini taşımaktadır. Böyle olunca, arsa payı karşılığında kat yapımını **çift tipli bir karma sözleşme** diye nitelenebilir. İlke olarak, çift tipli karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. Şu da var ki, değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar birbirine ters düşerse, karşılıklı çıkarların tartılmasına göre, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılmalı gerekir. Demek ki, arsa maliki, inşaatçının yapı yapma ediminin karşılığını, arsanın bir bölümünün mülkiyetini geçirecek ödemektedir. Uygulamanın gözlemlenir dayanılarak söylemek gerekirse, bu işlem, tapuda, gerek hukukî bilgisizlik, gerek tapu memurlarının alışılan dışında işlem yapmaktan kaçınmaları nedeniyle, çoğu kez satış olarak gösterilmekte, satış bedeli gibi belirtilen ve gerçekte ise yapı yapmak yoluyla ödenecek olan inşaatçının borcuna karşılık mülkiyeti inşaatçıya geçirilen arsa payları üzerinde, arsa maliki yararına bir ipotek kurulmaktadır. Pay mülkiyetinin böylece tapuda inşaatçı üzerine geçirilmesi ise, bağımsız bir nitelik taşımayıp, taraflar arasındaki temel ilişkinin yerine getirilmesi uğruna yapılmış bir ifa işlemi niteliğini taşır. Hukukî bilgisizlik ya da tapu memurunun işlem yönünden çıkardığı zorluklar nedeniyle, tapuda düzenlenen resmî senette, taraflar, taşınmazın bir bölümünün mülkiyetinin, arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesinin yerine getirilmesi için geçirildiğini belirtmeyip, işlemi satım olarak nitelendirmeleri, işlemin açıklanan niteliğini etkilemez. Bu konuda, tarafların işlemlerde kullandıkları deyimlere değil Borçlar Kanunu 18'de açıklandığı üzere, gerçek ortak amaçlarına göre, sonuca ulaşmak gerekir” (Yargıtay 15.HD, 12.02.1974, E.1974/26, K.1974/111, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005); Aynı yönde bir başka karar için bkz.: Yargıtay 15.HD, 25.12.1975, E.1975/4714, K.1975/5159, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005.*

²⁰³ *“Şu durum karşısında; somut olayın özelliği sözleşmenin az yukarıda açıklanan karma niteliği ve sözleşme hükümleri ile belirlenen tarafların birbirlerine yönelik edim ve karşı edimlerini bunların taraflara sağladığı yararlar ve yine davalının savunmalarında açıklandığı üzere sözleşmenin davalı yanca yerine getirilmesinde kusursuz ifayı ortaya koyacak (BK.Md. 117) koşulların meydana gelip gelmeyeceği tüm sözleşmedeki hükümler göz ardı edilmeksizin bütünü ile değerlendirilmesi, bu konuda tarafların delil ve karşı delilleri toplanmalı, uzman bilirkişiler*

Genel Kurulu'na göre taraflar arasındaki “ağırlıklı uyuşmazlığın” hangi sözleşme tipine ait olduğu da önem taşır: Örneğin kira, vekâlet ve hizmet sağlama sözleşmelerinin iç içe geçtiği bir “işletme sözleşmesinde”, yargıya yansıyan ağırlıklı uyuşmazlık taşınmazın boşaltılması olduğundan 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ile düzenlenen gayrimenkul kirası sözleşmesinin tahliyeyle ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekir²⁰⁴. Yine bir başka kararda, “*karma nitelikli kat*

aracılığı gerekirse yerinde de inceleme yapılmalı, davacının sözleşmenin ifa edilmesinden kaynaklanan zararı saptandığında buna hükmedilmelidir” (Yargıtay 13.HD, 22.11.1996, E.1996/8841, K.1996/10366, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005); Aynı yönde başka kararlar için bkz.: Yargıtay HGK, 23.01.2002, E.2001/13 - 1039, K.2002/16, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005; Yargıtay 13.HD, 20.10.2000, E.2000/7799, K.2000/8827, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005.

²⁰⁴ “Böyle bir sözleşmenin, bütünlüğü itibarıyla değerlendirildiğinde, kira akdi niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir. Zira B.K.nun 248, maddesinde, kira akdi, edim karşılığında başkasının malından yararlanma hakkı olarak tanımlanmıştır. Burada da, davalı, aylık 250.000.- lira ücret karşılığında, davacının taşınmazından yararlanmaktadır. Maddi olgu tamamen bu tanımın kapsamında kalmaktadır. **Yanlar arasındaki ilişkinin, ücret karşılığı taşınmaz maldan istifade hakkı tanınması yanında vekalet, kiralayanın temel işlevini tamamlayıcı hizmet sağlama gibi münasebetleri de kapsayan karma bir akit olduğu kabul edilse dahi, aralarındaki ağırlıklı uyuşmazlık taşınmazın boşaltılması isteği olduğundan yine uygulanması gereken 6570 sayılı Yasa hükümleri olması icap eder**” (Yargıtay HGK, 16.06.1993, E.1993/6-94, K.1993/450, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).

Ekleme gerekir ki söz konusu karar bir hayli tartışmalar sonucu ortaya çıkmıştır ve düşülen muhalefet şerhlerinde genel olarak ortada kendine özgü bir sözleşme bulunduğu savunulmuştur. Açıklayıcı olması bakımından 11.Hukuk Dairesi Üyesi İhsan Demirkıran'ın muhalefet şerhinin bir bölümü aşağıda aktarılmıştır:

“*Davacı TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü mülkiyeti davacı genel müdürlüğe ait Sirkeci Tren İstasyonundaki 8 nolu yerin işletme hakkını ana statü uyarınca davalıya vermiştir. Davalı burada yolcuların bagaj ve yüklerinin taşımacılığını yapacaktır. Buradaki taşıma işi tekel olarak TCDD'ye verilmiştir. İkinci Dünya Harbinin buhranlı günlerini düşünün. Davalı kira sözleşmesine dayanarak kira bedelini ödemek şartıyla dükkânın kepenklerini kapatmak yetki ve hakkını haizdir. Milli savunmaya ait yurdun savunması ile ilgili yüklerini taşımayacak ve idare bu durumda 6570 sayılı Yasa ve BK.nun tahliyeyle ilişkin hükümleri bulunmadığı için eli kolu bağlı kalacaktır. Yasa koyucunun amacına aykırı bir yorumun benimsenmemesi gerekir. Burada sözleşmeye hayat veren 233 K.H.K. ve Ana Statülerindeki sözlere ve amaçlara öncelik verilmek suretiyle ve kural koyan düzenleyici bu normların sözlerinin, kurulan sözleşmede taraflarca göz önünde bulundurulduğu varsayılmalıdır. (...)0 halde bu sözleşme ne adi kira ne de hasılat kirası değildir ya nedir? Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak, Borçlar Kanunda öngörülen (sözleşme serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak ve irade özerkliği, (sözleşme hürriyeti) kavramı ile Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır. (Anayasa m.40). 0 halde sözleşme serbestliği prensibine göre kişiler "kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tesbit etmek hukuka (yani buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarına) ve ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde serbestçe tayin etmek" hakkını haizdir. Bu serbestinin nedeni, devamlı olarak değişen ve gelişen toplumun gerek sosyal ve gerekse ekonomik ihtiyaçların zorlamasında ve buna karşılık Yasa koyucunun bu nitelikteki hayati ihtiyaçları önceden derpiş edip, uzun bir geleceğin sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını düzenleyememesinde aramak gerekir. Nitekim "Tek satıcılık sözleşmesi" (inhisari satış sözleşmesi) Belçika yasası hariç, Türk-İsviçre Borçlar Yasası ve diğer ülkelerin yasalarında düzenlenmemiş ancak Sui generis bir sözleşme olarak gerek ilim çevrelerinde ve gerekse yüksek Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesince benimsenip uygulanmaktadır. 0 halde*

karşılığı inşaat sözleşmelerinin, satış vaadinden ziyade eser ağırlıklı sözleşmeler” olduğu, “bu nedenle, Tapu Kanunu'nun 26.maddesindeki salt "gayrimenkul satış vaadi"ne ilişkin olan tek taraflı şerhin, eser sözleşmelerinde uygulanamayacağı ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapuya şerh verdirilmesi için taraflarca bir şerh anlaşmasının yapılmasının” zorunlu olduğu vurgulanmıştır²⁰⁵. Aynı şekilde, karma nitelik taşıyan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, edimlerden birisinin şekle bağlı olmayan “inşaat yapma” (eser) diğeri de resmi şekilde yapılması zorunlu olan mülkiyeti nakil borcu olduğu belirtilmektedir²⁰⁶. Sözleşmenin mülkiyeti devir borcu doğuran kısmının resmi şekle uyulmaksızın yapılması akdin tümünü geçersiz kılar. Ancak Yargıtay, devrin gerçekleştirilmesi veya inşaatın tamamen veyahut büyük

taraflar işletme sözleşmesi adı altında nevi şahsına münhasır ne kira, ne hizmet ve ne de vekalet ilişkisi olmayan, bunları içermeyen hiç bir şekilde karma akit olarak benimsenmeyecek ve fakat tamamen bunlardan ayrı ve farklı kamu hizmetinin rantabil yürütülmesini teminen işletme sözleşmesi adı altında sui generis bir sözleşme yaptıklarının kabulü gerekir. Bu sözleşmenin kira akdi olarak vasıflandırılması yanların sözleşme yapma serbestisini kısıtlamak olacaktır”.

²⁰⁵ “Davacı vekili; müvekkili yüklenici şirketin, davalı arsa sahibi ile Noterde düzenlediği 27.12.1996 gün ve 82985 yevmiye numaralı "Arsa üzerine Kat Karşılığı İnşaat Yapma Hazırlık Sözleşmesi'nin tapuya şerhine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı arsa sahibi ile tapu idaresi, davanın reddini istemişlerdir.Kararı, davalılar temyiz etmiştir.Tapu kütüğüne verilecek şerhler, KK., BK., Tapu Kanunu ve Tapu Sicili Tüzüğünde sınırlı olarak gösterilmiştir. Bunların dışında herhangi bir şahsi hak, kıyas yoluyla dahi olsa; şerh verilemez. Zira, eşya hukukunda sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerlidir. Karma nitelikli "kat karşılığı inşaat sözleşmeleri" satış vaadinden ziyade eser ağırlıklı sözleşmelerdir. Bu nedenle, Tapu Kanunu'nun 26.maddesindeki salt "gayrimenkul satış vaadi"ne ilişkin olan tek taraflı şerh, eser sözleşmelerinde uygulanamaz. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapuya şerh verdirilmesi için taraflarca bir şerh anlaşmasının yapılması zorunludur. Somut olayda, kat karşılığı inşaat sözleşmesi değil, böyle bir sözleşme yapma vaadi, yani BK.nun 22. maddesine uygun akit yapma vaadi söz konusudur. Sınırlı sayı (numerus clauses) ilkesi gereği, akit yapma vaaadinin şerhi mümkün olmadığı gibi; mümkün olduğu kabul edilse dahi, anılan sözleşmede taraflarca mutabık kalınmış bir şerh anlaşması da bulunmamaktadır. Bu itibarla, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulü doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 15.HD, 11.12.1997, E.1997/4209, K.1997/5345, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).

²⁰⁶ “Görüliyor ki, davalının edimi (borcu) eser sözleşmesinin (İstisna Akdinin); Davacının karşı edimi ise, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece taraflar arasında, (arsa payı karşılığında kat (apartman) yapımı) diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır.

Kural olarak, karma sözleşmeye, herbir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. O halde, davalının yüklediği yapı yapma edimi için BK. 'nun bu tip sözleşmeyi düzenleyen (355 ve bunu izleyen) maddelerinin uygulanmasına karşılık davacının arsa payı mülkiyetini davalıya devir borcu yönünden, satış vaadine ilişkin yasa hükümleri uygulanacaktır (MK. 634, BK. 213, Tapu K. 26, Noterlik Yasası m. 60).

Hal böyle olunca da, davalının eser meydana getirme borcunu kapsayan sözleşmenin şekle bağlı olmamasına karşılık, davacı arsa sahibinin pay mülkiyetini davalıya aktarma (devir)borcu için, Yasalarda öngörülen resmi şekle uygun bir sözleşmenin varlığı zorunlu olmaktadır. Çünkü, böyle bir sözleşmenin geçerli olması, resmi biçimde yapılmasına bağlıdır (Kenan Tunçomağ; Borçlar Hukuk Dersleri - Özel Borç İlişkileri - Cilt II - İstanbul 1967, sahife 434-435), (Becker - m. 363, N. 11)” (Yargıtay HGK, 09.06.1982, E.1979/15-1613, K.1982/565, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).

oranda tamamlanmış olması halleriyle sınırlı olarak, bu şekilde geçersiz bir sözleşmeye dürüstlük kuralı gereği sonradan geçerlilik tanıyabilmektedir²⁰⁷.

Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında, en azından çift tipli karma sözleşmeler açısından “birleştirme” görüşünün “çatışma halinde menfaatler dengesi ve hakkaniyete uygun düşen hükmün tercih edileceğine” ilişkin yeni biçiminin – istisnaları saklı tutularak- benimsediği söylenebilir.

²⁰⁷ “Eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise, özelliği olan bir "karma sözleşme" tipidir. Zira, bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada, iki sözleşme içindedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan "inşaat sözleşmesi"; diğeri ise M.K.nun 634, B.K.nun 213, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca resmi biçimde yapılması gereken "mülkiyet nakil borcu doğuran sözleşme"dir. Bu nedenle "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" noterde "düzenleme" biçiminde yapılmakta ve mahkemelerde de bu husus "re'sen" gözetilmektedir.

Bu biçim koşuluna uygun olmayan (sözlü veya adi yazılı) "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" BK.nun 11/II. maddesi uyarınca geçersizdir. Geçersiz bir sözleşmenin yerine getirilmesi istenemez ve bunun için açılan dava da dinlenemez. Taraflar, ancak, birbirlerine verdiklerini B.K.nun 61. maddesi uyarınca haksız iktisap kurallarına göre geri isteyebilirler. Geçersiz sözleşmenin ifası için açılan davada; sözlü ve adi yazılı sözleşmelerin, ifa yönünden, bir hüküm ifade etmemesi nedeniyle bu sözleşmelerin, tanık veya yeminle veyahut başka bir delille isbatı cihetine gidilemez. Çünkü, geçersiz sözleşmenin isbatı, sonucu değiştirmeyecek ve isbat keyfiyeti onu geçerli hale getirmeyecektir. Bu nedenle, geçersiz (sözlü) sözleşmenin isbatı için taraflar kardeş dahi olsalar tanık dinlenemez yolundaki yerel mahkeme görüşü, kural olarak, yerindedir. Ne var ki bu görüş, somut olayın özelliğine uygun değildir. Zira somut olayda davacı edimini yerine getirip binayı teslim ettiğini ve içerisinde de oturduğunu iddia etmiştir. İnşaatın bittiği ve içerisinde oturulduğu çekişme konusu değildir. Uyuşmazlık, inşaatın, arsa payı karşılığında davacı tarafından yapıp yapılmadığı konusunda toplanmaktadır. Eğer davacı, bu iddiasını isbat edecek olursa, inşaatın bitirilip teslim edilmesi nedeniyle, sözleşme geçerli hale gelecek ve bu sözleşmeye göre de, davacı, inşaatın bedeli olan arsa payını alabilecektir. Bu nedenle, somut olayda, sözleşmenin isbatı önem kazanmaktadır. Kaldı ki, sözleşmesinin isbatı ile onun geçerliliği birbirinden tamamen farklı iki ayrı hukuki müessesedir.

Yargıtay, biçim koşuluna uygun olmadığı için geçersiz olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi"ne, şu iki halde, sonradan geçerlilik tanımaktadır:

1- Arsa payının, tapuda yükleniciye devredilmesi hali; Notere gitmeden sözlü veya adi yazılı biçimde yapılan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" geçersiz ise de, arsa sahibi, bu sözleşmeyle bedel olarak vermeyi yükümlendiği arsa payını tapuda yükleniciye devretmekle, başlangıçta geçersiz olan sözleşme geçerli hale gelmekte ve artık geçersizlik ileri sürülemez. Zira resmi biçim koşulu, tapuda pay devrinin zorunlu olarak resmi biçimde yapılmasıyla gerçekleşmektedir. Karma nitelikteki bu sözleşmenin diğer kısmı, yani inşaat sözleşmesi kısmı ise, zaten resmi biçim koşuluna bağlı olmadığı için, bir bütün olarak geçerli hale gelen bu sözleşmenin ifası mümkün olabilmektedir.

2- İnşaatın tamamen veya büyük oranda tamamlanması hali; Yine, noterde düzenleme biçiminde tanzim edilmemiş ve tapuda da pay devri yapılmamış olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi"nin tarafı olan arsa sahibinin, bu sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süre gelen davranışlarıyla yükleniciye tam bir güvence vermesi ve yüklenicinin de sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak inşaatı tamamlaması veya büyük oranda ikmal etmesi halinde de, sözleşmeye sonradan geçerlilik tanınmaktadır. Zira, bu durumda, şekil noksanlığı nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek, M.K.nun 2. maddesinde kabul edilen "hakkın kötüye kullanılması yasağı'nın ihlali niteliğinde olup, böyle bir iddia, yasalarca himaye görmez" (Yargıtay HGK, 30.04.1997, E.1997/15-146, K.1997/372, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).

Kendine yabancı tipte yan edim içeren sözleşmeler açısından ise açıkça bir niteleme yapılmamakla birlikte, bazı kararlarda imtisas görüşünün benimsediği görülmektedir. Örneğin bir alışveriş merkezinde işyeri kiralayan kiracının, aynı sözleşmeyle oradaki diğer işyerlerinin tadilat işlerini yapmayı üstlenmesi durumunda, o sözleşmenin “karma nitelik” kazandığı belirtilmektedir. Yargıtay’a göre her ne kadar tadilatları yapma edimi sözleşmeye karma nitelik kazandırsa da sonuçta akdin 6570 Sayılı GKHK’un uygulama alanına girdiğinin kabulü gerekir²⁰⁸.

B. Kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşmeler

1. Tanım

Yasayla düzenlenmiş akit tiplerinin hiçbirine dâhil olmayan unsurları kısmen veya tamamen barındıran sözleşme “kendine özgü (sui generis) sözleşme” olarak adlandırılmaktadır²⁰⁹. Bununla birlikte kendine özgü bir sözleşmenin yasayla düzenlenmemiş olması onun belirli bir konusu ve adı olmadığını göstermez: Aksine

²⁰⁸ “Taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre, kiracı aylık 230 USD ödemekle birlikte, işyerinin bulunduğu E... Park Mavişehir Alışveriş Merkezinde faaliyet gösteren giyim mağazalarının tadilat işlerini yapma borcunu da üstlenmiştir. Sözleşme uyarınca işyerinin belirli saatlerde açık tutulması yükümlülüğü de bulunmaktadır. Kira sözleşmesinin 2, 18 ve 22. maddelerinde sözleşmenin feshi düzenlenmiş, sözleşmede belirtilen akde aykırılık halinde bir önel verme koşulu aranmaksızın kiralayan tarafından fesh edileceği kararlaştırılmıştır. Davada kiracının sözleşmede kararlaştırılan süre içinde kiralananı açık tutmadığı ve üstlendiği tadilat işlerine ilişkin borcunu gereği gibi ifa etmediği, mağazaların tarafından teslim edilen ürünlerin tadilat işlerinin istenildiği gibi olmadığı şeklinde şikâyetlerin alınması üzerine Noter marifetiyle kira sözleşmesi fesh edilmiş olduğundan, kiralananın tahliyesine karar verilmesi istenilmiştir. Mahkemece kiracının sözleşmede üstlendiği yükümlülüklerle aykırı hareket etmesi nedeniyle kira akdinin feshine, kiralananın tahliyesine karar verilmiştir.

Kira sözleşmesinde kiracının kira parasını ödeme borcu ile birlikte kira sözleşmesine özgü olmayan farklı sözleşme tiplerine ait edimleri; kiralananın bulunduğu yerdeki işyerlerine ait konfeksiyon ürünlerinin tadilatını da üstlenmiş olması kira sözleşmesine “karma sözleşme” niteliği kazandırmakta ise de, taraflar arasındaki sözleşmenin 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun uygulama alanına girdiği kabul edilmelidir. 6570 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca tahliye davaları, Borçlar Kanunu yahut 6570 sayılı Kanunda yazılı sebeplerle açılabilir. Kira sözleşmesinde kanunda düzenlenmemiş bir sona erme sebebi kararlaştırılmaz. Bu nedenlerle kiracının kira sözleşmesinde yüklenmiş edimlerini gereği gibi ifa etmemiş olması halinde, sözleşme ancak Borçlar Kanunu hükümlerine uyularak fesh edilebilir. Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca sözleşmedeki aykırılığın giderilmesi konusunda davalı kiracıya önel verilerek sözleşmenin fesh edilebileceği düşünülmesiz yazılı şekilde davanın kabulü ile kira sözleşmesinin feshine ve kiralananın tahliyesine karar verilmesi doğru görülmemiştir” (Yargıtay 3.HD, 09.11.2000, E.2000/10363, K.2000/10630, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).

²⁰⁹ Tandoğan, 1990, s.13; Zevkliler, a.g.e., s.38; Aral, a.g.e., s.52; Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s.51; Yavuz, a.g.e., s.23-24.

birçok kendine özgü sözleşmenin ticari hayatta belirli ve yerleşik konuları ve adları vardır. Toplumun gelişimine paralel olarak zaman içinde sürekli yeni kendine özgü sözleşmeler ortaya çıkar ve bazıları ise yasayla düzenlendikçe kendine özgü niteliğini kaybedip tipik sözleşmeler haline gelirler²¹⁰.

Aynı anda hem tipik edimler hem de kendine özgü edimler içeren sözleşmelerin karma sözleşme olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesi öğretilerde tartışmalıdır. Öne çıkan görüş, belirtilen türdeki sözleşmelerin ya tümüyle “*karma*” ya da “*kendine özgü*” sözleşme olarak nitelenmesi gerektiği; bir üçüncü kategorinin oluşturulmasının pratik değer taşımadığı yönündedir²¹¹. Yargıtay ise içinde hem çeşitli tiplere ait olan unsurları hem de hiçbir tipe ait olmayan unsurları aynı anda barındıran sözleşmelerin “*karma sözleşme*” sayılacağı görüşündedir²¹². Öğretilerde böylesi sözleşmeleri tersine “*kendine özgü sözleşme*” olarak kabul eden çok sayıda yazar vardır²¹³. Kanımızca, bir sözleşmede yer alan kendine özgü bir esaslı edim o sözleşmeyi ve onda yer alan tipik edimi, çok farklılaşmış, bambaşka bir bütün haline getirir. Örnek olarak iş zinciri (*franchising*) sözleşmesi gösterilebilir. Anılan sözleşmede kendine özgü unsurlar genellikle ağır basmaktadır. Üstelik bütünsel olarak bakıldığında, edimlerini içerdiği tipik sözleşmelerden uzak, kendine özgü, küreselleşmenin tetiklediği ilginç bir mozaik olarak algılanmaktadır. Öte yandan, hem tipik edimleri hem de kendine özgü edimleri aynı anda içeren sözleşmelerin kendine özgü sayılması, tipik edime ilişkin hükümlerin de kıyasen uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğinden herhangi bir sakınca taşımamaktadır.

²¹⁰ Tunçomağ, 1977, s.7; Feyzioğlu, a.g.e., s.39.

²¹¹ Kuntalp, a.g.e., s.13

²¹² “*Bir sözleşme ile Borçlar Kanununun özel hükümleri bölümünde gösterilen sözleşmelerden yalnız biri değil birkaçı hatta bu bölümde öngörülmeyen ve kanunun yasak etmediği bir sözleşme de birlikte yapılabilir. Bu nitelikteki sözleşmelere karma sözleşme denilir.* (Yargıtay 4.HD, 04.05.1967, E.1967/3125, K.1967/3847, Tunçomağ, 1977, s.16).

²¹³ Tandoğan, 1990, s.13; Zevkliler, a.g.e., s.38; Aral, a.g.e., s.52; Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s.51; Yavuz, a.g.e., s.23-24; Aksi görüş için bkz.: Mustafa Tiftik, **Türk Hukukunda Özel Okul Sözleşmesi**, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, 104 - 105.

2. Kendine Özgü Sözleşme Örnekleri

Kendine özgü sözleşmelere örnek olarak; sulh sözleşmesi²¹⁴, satış için bırakma sözleşmesi²¹⁵, üçüncü şahsın zararı ihtimaline karşı sorumluluk sigortası²¹⁶, tek satıcılık sözleşmesi²¹⁷, garanti sözleşmesi²¹⁸, seyahat düzenleme sözleşmesi²¹⁹, Sayısal Platform ve Kablo Televizyon Yayını Sözleşmeleri²²⁰ benzeri durumlar gösterilebilir.

3. Kendine Özgü Sözleşmelere Bağlanacak Hüküm ve Sonuçlar

Öğretide genellikle kabul gören yaklaşıma göre kendine özgü sözleşmeleri hâkimin, iyiniyet kurallarına ve iş ilişkilerinde yaygın teamüllere göre yorumlayarak tamamlaması gerekir. Mahiyetleriyle bağdaştığı oranda benzer sözleşme hükümleri kıyasen uygulanır; hatta BK'nun genel hükümlerinden dahi yararlanılabilir. Yasal hükme rastlanmaması durumunda kazai içtihatlarla tespit olunmuş adet hukukuna başvurulmalıdır. Bundan da sonuç alınmaması halinde Hâkim, MK md.1 uyarınca kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl kural koyacak idiyse ona göre hareket etmelidir²²¹.

²¹⁴ Tunçomağ, 1977, s.10.

²¹⁵ Nebiye Teoman, Satım İçin Bırakma Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (Yay.No:234), Ankara, 1989, s.43.

²¹⁶ Yargıtay HGK, 31.01.1996, E.1995/11-980, K.1996/18, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005.

²¹⁷ Tandoğan, 1990, s.27 vd.

²¹⁸ Feyzioğlu, a.g.e., s.44 vd.

²¹⁹ Bülent Yurt, **Seyahat Düzenleme Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.114; Saibe Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, Beta Basım, İstanbul, 1997, s.55; Ahmet T. Keşli, “**Vize Alınmaması Sebebiyle Uluslararası Turların Gerçekleştirilememesinden Doğan Hukuki Sorumluluk**”, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/AKesli.html>, 25.10.2005.

²²⁰ Oğuzhan Buhur, “**Dijital (Sayısal) Platform Yayıncılığı ve Kablo TV Yayıncılığının Üçlü Borç İlişkileri ile Olan Bağlantıları**”, Türk Hukuk Sitesi, http://turkhukuk sitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=2734ff2cb0498fa19d7984ed198af2ff&id=53, 25.10.2005.

²²¹ Tandoğan, 1990, s.13; Zevkliler, a.g.e., s.38; Feyzioğlu, a.g.e., s.38-39; Tunçomağ, 1977, s.7-8; İbrahim Kaplan, **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1987, s.109; Bilge, a.g.e., s.12; Yavuz, a.g.e., s.24; ARAL, tipik akitlere ait unsurları ilke olarak barındırmamaları nedeniyle kendine özgü sözleşmelere yedek hukuk kurallarının doğrudan doğruya uygulanmayacağı, MK md.1/II gereği hakimin hukuk yaratmasının gerektiği görüşündedir (Aral, a.g.e., s.57).

Uygulamada Yargıtay, kanunun tamamlayıcı kurallarının sözleşme boşluğunun doldurulmasında bir araç olduğu, hâkimin MK. 1/I'e göre, önce kanunun hükmünü uygulamak zorunda bulunduğu, önce kanunda uygulanabilecek bir hüküm bulunup bulunmadığına veya en azından kanunun başka bir hükmüne atfın mevcut olup olmadığına bakması gerektiği görüşündedir. Böylelikle somut olaya uygulanması mümkün bir hükme rastlanması halinde öncelikle kıyasen bu hüküm uygulanmalıdır. Böyle bir hükmün de bulunmaması halinde ise örf-âdete bakılması ve nihayet son çare olarak hukuk yaratılması cihetine gidilecektir²²².

²²² “Genel olarak kişiler; özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini, var olan hukuk düzeni içinde kalmak koşuluyla diledikleri gibi düzenlemek, diledikleri konuda diledikleri ile diledikleri tipte sözleşme yapmak hak ve özgürlüğüne sahiptir. Bir sözleşmenin ya da irade bildirimini geçersiz olacak şekilde değil, hukuksal sonuçlar meydana getirecek şekilde söze göre değil, gerçek ve ortak amaca göre bütünü içinde değerlendirilip, yorumlanması gerekir. Sorumluluk sigortasını da bu ilkeler göz önünde bulundurulacak şu veya bu sözleşme türlerinden ziyade kendine özgü modern çağın ihtiyaçlarından doğan bir sözleşme tipi olarak değerlendirmek gerekir. Nitekim öğretide de bu konu tartışılmıştır. Prof. Dr. Rayegân Kender zarar gören, eğer kanun hükmü veya mukaveledeki bir şartla sigortacıya karşı doğrudan doğruya dava hakkına sahip kılınmamışsa, sigortacıdan tazminat talebinde bulunamaz onun muhatabı zarar faili sigorta ettirendir” Mesuliyet sigortaları III. Sigorta Semineri İst. 4-7 Nisan 1977, sh. 9). Prof. Selahattin Sulhi Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın Borçlar Hukuku Genel Hüükümleri, 7. Bası, 1993 isimli Kitabında; "sigortalıdan tazminat istemek hakkına sahip olan üçüncü kişiler, BK.nun 111. maddesinde yazılı "başkası lehine akit" hükmüne dayanak sigortacıdan herhangi bir talepte bulunamazlar derken yine "doğal olarak özel sigorta sözleşmesinden zarar gören 3. kişinin doğrudan sigortacıya başvurabileceği kararlaştırılmışsa, ortada sorun yoktur" anılan eser sh. 222 ve 223". Diğer bazı yazarlar ise "BK.nun 111. maddesinde yazılı üçüncü şahıslar yararına sözleşme, sözleşmenin ancak taraflar arasında hüküm ve neticeler doğurabileceği şeklinde tanımlanan sözleşme ilkesine istisnadır. iki taraflı bir işlem olduğu halde üçlü bir ilişki düzeni tesis eder. Sigorta ettirenin uğrayacağı kazadan dolayı bir üçüncü şahsa ödemeye mecbur olacağı tazminatı telafi etmek maksadı ile yapılabilen bu sigorta, zarara uğrayan 3. şahsın sigorta şirketine karşı dava hakkı tanınması daha kolay ve doğrudan bir çözüm olacaktır (Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Prof. Dr. Şener Akyol,1976, sh. 46 vd), (Üçüncü şahıslara haksız bir fiile iras olunacak zararların tazminini temin maksadıyla yapılan Mesuliyet sigortalarında da, üçüncü şahsın sigortacıya karşı talep ve dava hakkını haiz olacağını kabul etmek akdin maksat ve gayesine uygundur), (Prof. Gönensay, Borçlar Hukuku, sh. 154; Dr. Re at Atabek, Sigorta Hukuku, sh. 289 ve anılan sempozyumdaki bildiri sh. 306).

Öğretide çoğunlukla üçüncü kişilerin doğrudan sigortacıya başvurma hakkı bulunduğu tartışmalı olmakla birlikte kabul edildiği gözlenmektedir.

Durumu, mevzuatımız açısından incelediğimizde; bir sigorta sözleşmesi olması itibarıyla sorumluluk sigortasını, Türk Ticaret Kanununda ayrı bir bölüm halinde düzenlenmesi gerekirken bunun yapılmadığı, ancak menfaat sahibi bakımından TTK.nun 1269, Rizikonun gerçekleşmesiyle ilgili ihbar yükümlülüğü bakımından TTK.nun 1292 ve Yangın Sigortası dolayısıyla 1309 ve 1310. maddelerinde hırsızlık dolayısıyla TTK.nun 1320. ve kaza dolayısıyla TTK.nun 1335/ilk maddelerinde sorumluluk sigortalarına değinilmiştir.

Bilindiği gibi kanunun tamamlayıcı kuralları, sözleşme boşluğunun doldurulmasında bir araçtır. Hâkim, MK. 1/I'e göre, önce kanunun hükmünü uygulamak zorunda bulunduğu, önce kanunda uygulanabilecek bir hüküm bulunup bulunmadığını veya en azından kanunun başka bir hükmüne atfın mevcut olup olmadığına bakacaktır. Bu kabulün doğal sonucu olarak da Türk Ticaret Kanununa bakmak gerekir. Yangın dolayısıyla sorumluluk sigortası TTK.nun 1309 ve 1310. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddeler Eski Ticaret Kanunundan aynen alınmış olup sorumluluk sigorta türüne ilişkin temel sorunları ayrıntılı ve doyurucu bir biçimde hükme

III. İsimsiz (Atipik) Sözleşmelerin Başka Bazı Hukuki Müesseselerle Karşılaştırılması

A. “Bağlı (Birleşik) Sözleşmeler” Müessesesi ile Karşılaştırma

Bağlı (*birleşik*) sözleşmeler isimsiz sözleşmelerden değildirler. Ancak zaman zaman özellikle karma sözleşmelerden ayırt edilmelerinde güçlük yaşanması nedeniyle müessesenin tanımlanarak karma sözleşmelerle karşılaştırılması gerekmektedir. Tarafların, en az iki bağımsız tipik sözleşmeyi *-karakteristik özelliklerini bozmaksızın-* birinin muteberliğini diğerininkine bağlı kılarak birleştirmeleriyle ortaya çıkan akitler bütünü genel olarak “*birleşik (mürekkap) sözleşme*” olarak adlandırılmaktadır²²³. Kanımızca, burada ayrı bağımsız

bağlamıştır. 1310. maddede de doğrudan doğruya dava hakkına ve bunun sonuçlarına yer verilmiştir. Anılan madde hükmüne göre zarara maruz kalan üçüncü şahıs, doğrudan doğruya sigortacıya başvurabilmektedir. TTK.nun 1309 ve 1310. maddeleri tartışılan sigorta türü bakımından bir genel hüküm niteliğinde değil ise de, bu hükümlerin diğer sorumluluk sigortası türlerinden ileri gelen uyumsuzluklarda kıyas yolu ile uygulanabileceği kabul edilmelidir. Nitekim sözleşmelerin değişen hal ve şartlara uyarlanmasında Hâkimin, Genel hükümler içinde yer almamasına rağmen BK.nun 365/II. maddesinden yararlanması uygulama ve öğretide oybirliğine yakın bir çoğunlukla kabul edilmektedir. Bu ilkeler doğrultusunda hakimin kıyas yolu ile TTK.nun 1309 ve 1310. maddelerinden yararlanmak suretiyle uyumsuzluğa çözüm getirmesi gerekirken yasada uygulanabilecek hiç bir hüküm bulunmadığı, yasa boşluğu bulunduğu şeklindeki saptaması doğru olmamıştır.

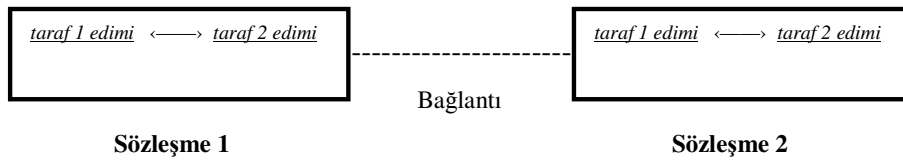
Diğer taraftan öğretide hemen ittifakla benimsendiği gibi, sigorta sözleşmesinin özel ve genel şartlarından zarar gören üçüncü kişinin doğrudan sigortacıya başvurabileceği kararlaştırılmışsa, ortada hiç bir sorun bulunmadığı açıktır. Düzenlenen sigorta poliçesinin genel şartlarının 10/1.6, 13/2 17/2, ek şartnamenin 4. maddesinde üçüncü şahsın, doğrudan sigortacıya başvurma hakkı bulunduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Tarafların uygun iradesi ile kabul edilen ve geçerliliği hususunda tartışma bulunmayan bu özel hükümler göz ardı edilerek davacı gönderilenin dava hakkının bulunmadığı yolundaki mahalli mahkemenin kabulü bu nedenle de doğru olmamıştır.

Ayrıca, uygulamada kısaca husumet kelimesiyle anılan, bir davada taraf olma ehliyeti (sıfatı), kural olarak ancak bu hakkın sahibine aittir. Bu kuralın uygulanması olarak sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda ancak sözleşmenin taraflarının dava açabileceği üçüncü kişilerin dava hakkının bulunmadığı kabul edilmekte ve fakat özel kanun hükümleri, iki tarafın niyeti, sözleşme, hükümlerinin kabulü örf ve âdete uyduğu takdirde üçüncü şahısların da dava hakkı bulunduğu kabul edilmektedir. Nitekim, YHGK.'da iki tarafın niyetine, BK.nun 18 ve MK.nun 2. maddesindeki objektif iyiniyet kurallarının ışığı altında kanunda açık hüküm bulunmasa bile üçüncü şahsın aktif husumet yetkisine (davacı olma sıfatına) sahip olduğunu kabul etmektedir (YHGK. 7.11.1962 gün, T/35-41 A.D. 1963/3-4 sh. 435-437 Y. 11, HD., 25.4.1989 gün, E:1988/5101, K:1989/2606)” (Yargıtay HGK, 31.01.1996, E.1995/11-980, K.1996/18, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).

²²³ Tandoğan, 1990, s.75-76; Kuntalp, a.g.e., s.103; Akyol, 1984, s.7; Yavuz, a.g.e., s.19; Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s.51; Hüseyin Avni Göktürk, **Borçlar Hukuku (İkinci Kısım-Akdin Muhtelif Nevileri)**, Ankara, 1951, s.369; Burada sözleşmelerin “birlikte hüküm doğurması veya birlikte hükümden düşmesi” söz konusudur (Tunçomağ, 1977, s.11).

sözleşmelerin birleştirilmesi değil aralarında bağ kurulması söz konusu olduğundan “birleşik” kelimesi yerine “bağlı” kelimesi anlamı daha iyi karşılayabilir. Ayrıca birden fazla sözleşme bulunduğundan tekil “sözleşme” ifadesinin çoğul halde kullanılması gerekir. Açıklanan nedenlerle çalışmada “birleşik (mürekkep) sözleşme” terimi yerine “bağlı sözleşmeler” terimi tercih edilecek ancak parantez içinde “bileşik” kelimesiyle birlikte kullanılacaktır. Bağlı (*birleşik*) sözleşmeleri aşağıdaki şekil ile somutlaştırmak mümkündür:

BAĞLANTILI (BİRLEŞİK - MÜREKKEP) İKİ SÖZLEŞME YAPISI²²⁴



Bağlı (*birleşik*) sözleşmelerde her bir sözleşmenin parçalanmış unsurları değil bütünüyle ayrı sözleşmelerin bir araya gelmesi söz konusudur²²⁵. Her sözleşme ayrı ayrı bağımsız tipik birer akit olarak özelliklerini ve edimlerini muhafaza etse de aradaki bağlanma sonucu birisi ortadan kalktığında diğeri de hüküm ifade etmeyecektir. Ancak aradaki bağılılığın şeklen olması, yani aynı senette veyahut aynı anda düzenlenmiş olmaları tek başına bağlı (*birleşik*) sözleşmeleri ortaya çıkarmaz. Tarafların açıkça veya örtülü olarak sözleşmelerin her birinin varlığının veya muteberliğinin diğeriinkine bağlı olduğunu kararlaştırmaları şarttır²²⁶. Bağılılığın varlığının açıkça anlaşılmaması halinde, irade beyanlarının “*tarafların ekonomik amaçları, sözleşmelerin ekonomik bütünlüğü veya bir sözleşmenin edimlerinin diğer sözleşmeden sağlanan yararlar dikkate alınarak tayini*” gibi ölçütler göz önünde tutulmak suretiyle yorumlanması gerekir²²⁷. Ancak, sözleşmelerden birinin kurulması diğeri için kurulmasının nedenini teşkil ediyorsa bağlı (*birleşik*) sözleşmeler ortaya

²²⁴ Her bir çerçeve tek bir karşılıklı sözleşmeyi simgelemektedir.

²²⁵ Zevkliler, a.g.e., s.45.

²²⁶ Kuntalp, a.g.e., s.103-104; Tunçomağ, 1977, s.13; Feyzioğlu, a.g.e., s.62; Bilge, a.g.e., s.14; KANETİ bu durumu “*dış bağımlılık*” olarak adlandırmaktadır (Selim Kaneti, **Özel Borç İlişkileri (Ders Notları)**, İstanbul,1969, s.21).

²²⁷ Tandoğan, 1990, s.76; Ekleme gerekir ki, bağlı (*birleşik*) sözleşmeleri oluşturan akitler arasındaki bağılılık ekonomik niteliğe de sahiptir (Akyol, 1984, s.7).

çıkmayacaktır²²⁸. Birden fazla sözleşmenin bir şartın gerçekleşmesine bağlı olarak yalnız bir tanesi kurulacak şekilde birleştirilmesi de bağlı (*birleşik*) sözleşmelere sebebiyet vermez. Çünkü, ortada geçerliliği birbirine bağlı iki sözleşme değil, şartın oluşmasına göre hangisi olduğu tayin olunan tek bir sözleşme vardır. Anılan şart, sözleşmelerden ortadan kaldırdığı için infisahi, kurulmasına yol açtığı diğeri için ise taliki niteliktedir²²⁹.

Bağlı (*birleşik*) sözleşmelere örnek olarak; “*bir süthanenin satışı yanında süthaneyi satan kimsenin, onu alana süresiz olarak süthanenin ihtiyaçlarını karşılayacak sütü art arda teslim etmeyi yüklenmesi*” (satım + satım)²³⁰, “*kiraya verilen bir imalathanenin kiracısının kiralayana belli dönemlerde bu yerin imal ettiği mallardan satmayı taahhüt etmesi*” (kira + satım)²³¹ ve “*bir müteahhidin inşa halindeki beş evin bir takım işlerini bu evlerden bir tanesinin kendisine satılacağını göz önüne alarak üzerine alması*” (satım + eser)²³² halleri gösterilebilir.

Bağlı (*birleşik*) sözleşmelerde, sözleşmelerin karakteristik özelliklerinde bozulma olmadığından, her bir tipik sözleşme kendisi için geçerli olan düzenlemeye tabi olur ve o şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurur²³³. Öte yandan, ortada birbirine bağlı olmaktan kaynaklanan bir bütünlük de mevcuttur. Açıklanan nedenle, bağlı (*birleşik*) sözleşmelerde her bir sözleşmenin hukuki geçerliliğinin belirlenmesinde diğer sözleşmenin geçerliliğine de bakılması gerekir. Bağlılığın iki taraflı ya da tek taraflı olmasına göre durum farklılık arz edecektir. İki taraflı bağlılıkta her sözleşmenin geçerliliği diğerininkine bağlı olduğundan ortaya iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdekine benzer bir borç ilişkisi çıkar. Bu nedenle, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümler kıyasen iki taraflı bağlılığın bulunduğu sözleşmelere de uygulanabilirler²³⁴. Tek taraflı bağlılıkta ise sözleşmelerden sadece

²²⁸ Kuntalp, a.g.e., s.103, dn.2.

²²⁹ Kuntalp, a.g.e., 109-110; Aksi görüş için bkz.: Kaneti, a.g.e., s.23.

²³⁰ İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Resmi Külliyatı, 25 II 477, Kuntalp, a.g.e., s.104 / Tandoğan, 1990, s.77.

²³¹ Akyol, 1984, s.7.

²³² İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Resmi Külliyatı, 63 II 417, Kuntalp, a.g.e., s.104 / Tandoğan, 1990, s.77.

²³³ Tandoğan, 1990, s.76; Bilge, a.g.e., s.15; Aral, a.g.e., s.58.

²³⁴ Yavuz, a.g.e., s.19; Kuntalp, a.g.e., s.105; İsviçre Federal Mahkemesi de “*taşınmaz satışı ve alıcının belli olmayan süre için satıcıya elektrik enerjisi sağlama taahhüdü*” sözleşmelerinin bağlı

birinin geçerliliği diğerine bağlıdır. Geçerliliği diğerine bağlı olan sözleşmenin ortadan kalkması diğerini etkilemeyecektir²³⁵.

Bağlı (*birleşik*) sözleşmelerde unsurları eksiksiz ayrı sözleşmeler vardır. İsimli sözleşmelerde ise tek bir sözleşme söz konusudur. Ancak bazen özellikle karma sözleşme ile bağlı (*birleşik*) sözleşmelerin iç içe geçtiği, müesseseler arasındaki sınırların hayli silikleştiği görülmektedir. Örneğin İsviçre’de bağlı (*birleşik*) sözleşmeler olarak nitelenen –*kat karşılığı inşaat benzeri*- bazı sözleşmeler Türkiye’de tek bir karma sözleşme şeklinde sınıflandırılabilir²³⁶. Gerçekten, Türk Hukukunda anılan sözleşmenin ilke olarak çift tipli bir karma sözleşme olduğu kabul edilmektedir²³⁷. Yargıtay uygulaması da bu şekildedir. Ancak, tarafların belirtilen sözleşmeyi ikiye bölerek ayrı ayrı yapmaları durumunda, aradaki bağlılıktan ötürü artık ortada bağlı (*birleşik*) sözleşmeler olacağı yönünde görüşler de vardır. Böyle bir kabule göre, sözleşmelerden birinin –*şekil şartına uymama vs. nedeniyle*- geçersizliği veya ortadan kalkması diğerinin de geçersizliğine veya ortadan kalkmasına yol açacaktır²³⁸.

(*birleşik*) sözleşmeler olduklarına hükmettiği bir kararında bağlı (*birleşik*) sözleşmelere “akitlere tam olarak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin ilkelerin kıyas yoluyla uygulanması” gerektiği kanısına varmıştır (İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Resmi Külliyyatı, 97 II 390, Tandoğan, 1990, s.77).

²³⁵ Kuntalp, a.g.e., s.105; Kaneti, a.g.e., s.22.

²³⁶ Hatemi, Serozan ve Arpacı, a.g.e., s.44.

²³⁷ TUNÇOMAĞ kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bire çok tipik edimli (ikiz – kombine) karma sözleşme olduğu görüşündedir (Tunçomağ, 1977, s.19).

²³⁸ “Taraflar arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesini tek bir belgede yer alan tek bir sözleşme yerine, aslında birbirleriyle bağlantısı olan, görünüşte birbirinden ayrı iki sözleşme şeklinde düzenleyebilirler. Şöyle ki arsa maliki, maliki olduğu arsanın paylarından bir bölümünü –örneğin yarısını- inşaatçıya –müteahhide- satmayı vaad eder. Bu sözleşmede arsa payının karşılığı belli bir para gösterilir. Bu sözleşme arsa payının devri borcunu içerdiği için noterde düzenleme şeklinde (resmi şekilde) yapılır. Bunun yanında arsa malikiyle inşaatçı bir inşaat sözleşmesi akdederler. Bu sözleşmede inşaatçı, arsa malikinin üzerinde muhafaza ettiği arsa paylarına tekabül eden bağımsız bölümleri arsa maliki için inşa etmeyi taahhüt eder. Bu sözleşme istisna –eser- sözleşmesi niteliğinde olduğu için şekle bağlı bulunmadığından ispat bakımından adi yazılı şekilde yapılır. Arsa malikinin arsa paylarının satışı vaadi karşılığında aldığı söylenen parasal edim inşaat sözleşmesinde arsa malikinin inşaat karşılığı ödediği söylenen parasal edimle aynıdır. Yani arsa maliki satış vaadiyle inşaatçıdan aldığını, inşaat sözleşmesinde inşaat karşılığı inşaatçıya ödemiş olmaktadır. Aslında ise alınan ya da verilen bir para söz konusu olmayıp, biri satış vaadi, diğeri inşaat sözleşmesi olmak üzere, iki sözleşmeyle, arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesinin arsa payı karşılığında inşaatın yapılması yolundaki iktisadi sonucuna ulaşmaktadır” (Selim Kaneti ve İsmet Sungurbey, 173 Sayılı Bilirkişi İncelemesi, **Medeni Hukuk Sorunları** (İsmet Sungurbey), Cilt: VI, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:706), İstanbul, 1994, s.675); Yargıtay 1.Hukuk Dairesi Üyesi Orhan Uzgören de kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin olarak verilen bir dizi karara koyduğu muhalefet şerhinde “kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin satış-eser nitelikleri itibarıyla karma; arsa sahibinin, yükleniciye

Aynı şekilde, bir kimsenin diğere, kendisine ait tarlayı kiralaması şartıyla ödünç para vermeyi taahhüt etmesi halinde bağı (*birleşik*) iki sözleşme oluşur. Ancak, verilecek paranın sadece tarla için kullanılacağı da kararlaştırılırsa, edimler arasında kurulan ilişki ve bütünlük öyle bir hal alır ki –*deyim yerindeyse*- edimleri birbirine yumak gibi karışmış tek bir karma akdin oluştuğunun kabulü gerekir²³⁹.

Bir başka örnek, inşaat mühendisinin işvereni kooperatif ile hem yapının projesini çizme hem de işverenin araç, gereç ve işçileriyle onun gözetimi ve denetimi altında projeyi uygulama konusunda anlaşmasıdır. Örnekte karşılıklı edimlerin ifa ediliş tarzına göre sonuca varılabilir. **Birinci ihtimal**, inşaat mühendisinin proje bedeli için ayrıca pazarlık edip fiyat belirleyerek tahsil etmesi veya ödeme planı üzerinde anlaşılması; ancak projenin uygulanması aşamasındaki iş görme edimi için ayrı bir ücretin ödeneceğinin kararlaştırılmasıdır. Belirtilen halde taraflar, inşaat mühendisinin iş görmesine ilişkin iş sözleşmesini, projenin çizilmesine ilişkin eser sözleşmesinin gerçekleşmesine bağlamışlarsa bağı (*birleşik*) sözleşmeler söz konusu olur. **İkinci ihtimal** ise, proje bedelinin ayrıca kararlaştırılmayıp mühendisin iş görmesi sürecinde alacağı ücret içine yerleştirilmesidir. Yargıtay’a göre bu ihtimalde de bağı (*birleşik*) sözleşmeler oluşur ve boşluk bulunduğundan MK md.1’den yola çıkarak her sözleşmenin bağı olduğu hükümler uygulanır²⁴⁰. Ancak ikinci ihtimalde

*henüz karşı edimini yerine getirmeden kendisine geçirilmiş veya geçirilmesi vaadedilmiş hakları veya bunların bir kısmını üçüncü kişiye devretme yetkisi verdiği hallerde de” bağı (*birleşik*) sözleşmelerin söz konusu olduğunu vurgulamaktadır (Yargıtay HGK, 02.02.2000, E.2000/13-51, K.2000/54, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005; Yargıtay 1.HD, 26.10.2000, E.2000/12433, K.2000/13094, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005; Yargıtay 1.HD, 16.10.2001, E.2000/10200, K.2001/10747, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005).*

²³⁹ Kuntalp, a.g.e., s.108.

²⁴⁰ “(...) Görülüyor ki olayda çözülmesi gereken ön sorun; yapının projesini çizen ve bunun uygulanmasını sağlayıp denetleyen bir mühendis ile işveren arasındaki ilişkinin hukuksal niteliğinin saptanmasıdır. Anılan mühendisin, Bağ-Kur Yasası’nın yürürlüğe konuluş tarihinden önce çalışmış olmasına ve bağımsız büro sahibi ve vergi sorumlusu bir mühendisle hizmet sözleşmesi yapmasına yasal bir engel bulunmamasına göre ayırıcı ölçünün sayılan öğeler dışında aranması gerektiği açıktır. Şu durumda, görevli mühendisin çalışma biçim ve koşullarını incelemekte zorunluluk vardır. Çalışmanın ilk kesiminde mühendis; geometri biliminin ve tekniğin verilerinden yararlanarak bir tasarı yapmakta ve işverene kesinkes bağı olmaksızın bir yapıt oluşturmakta, diğere bir deyimle yapının projesini çizmektedir.

Bu proje bilimsel ve tekniksel biçimde, onu çizenin tüm özelliklerini taşıyan bir yapıt sayılmalıdır. Çalışmanın ikinci evresinde mühendis; tasarımın gerçekleştirilmesine çalışmakla birlikte, işverenle olan anlaşmasına göre bunu işyerinde, işverenin sağlayacağı araçlarla ve onun işçileri eli ile gereçlere uygulayacaktır. Bu durumda uğraşı, büyük ölçüde somutlaşmakta ve işverenle olan ilişkiler git gide yoğunlaşmaktadır. Artık işin yasalara, sözleşme ve eklerine ve

proje bedeli ile iş görme karşılığı alınan ücret öylesine iç içe geçmiştir ki artık birbirinden bağımsız iki sözleşmeden bahsetmek mümkün olmaz: Kanımızca bu durumda işçi avukatlık sözleşmesine²⁴¹ benzer “*bire çok tipik edimli (ikiz - kombine) karma bir sözleşme*” söz konusu olur.

Sonuç olarak bağlı (*birleşik*) sözleşmelerde iktisadi ve işlevsel bağlılık mevcut olmakla birlikte, anılan bağlılığın derecesi *-değişik tipte edimleri birbirlerine yumak gibi karıştırarak-* tek bir karma sözleşme yaratmaya yetecek denli yoğun değildir²⁴².

B. “Sözleşme Benzerleri” (Şibih Akit) ve “Fiili Sözleşme İlişkileri” Müesseseleri ile Karşılaştırma

Klasik borçlar hukuku teorisine göre borçlar genel olarak ya iradi hukuki işlemlerden (bilhassa sözleşmelerden) ya haksız fiillerden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğarlar. Ancak Roma Hukukundan bu yana, özellikleri açısından sözleşmeye yaklaşmakla birlikte –özellikle irade eksikliğinden kaynaklanan- çeşitli nedenlerle teknik anlamda sözleşme sayılmayan başka borç kaynaklarının bulunduğu gözlemlenmiştir²⁴³. Kimi yazarlarca “*diğer sebeplerden doğan borçlar*”

projesine uygun olarak yapılmasında işverenin iş düzeninde yalın ve etkin gözetim ve denetimi söz konusudur. Bütün bunlardan sonra söylemek yerinde olur ki mühendis ile kooperatif arasındaki anlaşma; istisna ve hizmet bağlarından oluşmuş bir bileşik sözleşme niteliğindedir.

Bileşik sözleşmede; iki bağımsız sözleşme kendilerine özgü nitelikleri koruyarak ortak bir amaçla bir araya gelmektedir. Bu tür sözleşmelere ilişkin uyumsuzlukların çözülmesinde uygulanacak hükümler açısından yasalarda açıklık bulunmadığından konu öğretide tartışmalıdır ve Dairemiz bu olayın özellikleri göz önünde tutularak bu davada en doğru çözüm yolunun her sözleşmenin bağlı olduğu hükümlerin uygulanması görüşünü benimsemektedir (MK md.1).

O halde, yukarıda açıklanan gerektirici nedenlere göre, işveren hakkında ölçümlemenin; bileşik sözleşmenin hizmet bağıtı kesimi olan kontrol mühendisliği bakımından yapılması ve salt bu hizmet karşılığı olan parasal ödemenin tespit edilmesi gerekir.

Bu durumda, mahkemece yapılacak iş, bu bağta ilişkin iş sözleşmesi ve ödeme belgelerini getirip, tüm delilleri inceleyerek kontrol mühendisliği görevi karşılığı yapılan ödemeyi, ölçümlemesine esas alması usul ve yasaya uygun düşecektir.

Mahkemenin yazılan yasal esasları göz önünde bulundurmadan düzenlenen bilirkişi raporunu hükmüne dayanak yaparak, her iki görev karşılığı yapılan parasal ödeme üzerinden ölçümleme yapılmasını kabul etmesi yasaya aykırıdır ve hükmün bozulmasını gerektirir (...)” (Yargıtay 10.HD, 22.01.1976, E.1976/4935, K.1976/1294, Tunçomağ, 1977, s.11-13).

²⁴¹ Bkz.: Üçüncü Bölüm, I, B başlığı altındaki açıklamalar.

²⁴² Rona Serozan, **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, (Borçlar), s.60.

²⁴³ Arsebük, a.g.e., s.530.

olarak adlandırılan anılan kaynakların önemli bir kısmı “**sözleşme benzerleri**” (**şibih akitler**) olarak adlandırılırlar²⁴⁴. Sözleşme benzerlerini dürüstlük kuralına dayandırarak çözümlenme amacını güden teorilerden bazıları; “*sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurdan doğan sorumluluk*” (culpa in contrahendo), “*sözleşmenin art etkisi teorisi*”, “*üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi*”, “*edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri teorisi*”, “**fiili sözleşme ilişkileri teorisi**”dir²⁴⁵. İş hukuku ile olan bağı ve sahip olduğu sosyal karakter nedeniyle özellikle fiili sözleşme ilişkileri teorisi konumuz açısından daha fazla önem taşımaktadır.

Fiili sözleşme ilişkileri kavramı Alman Hukuku kaynaklı olup “*sanki geçerli bir sözleşme varmışçasına özel hükümler doğuran bazı fiili ilişkileri*” ifade etmektedir²⁴⁶. Kavram bir yönüyle, herhangi bir irade açıklamasında bulunmayan birisinin sırf “*sosyal tipteki bir davranışı*” nedeniyle borçlu addedilmesini açıklamak için kullanılmaktadır. Örneğin belediye otobüsüne binen bir çocuğun sözleşme yaptığı kabul edilemez; çünkü fiil ehliyetine sahip değildir²⁴⁷.

Aynı kavram diğer yönüyle de bir ortaklığa veya işletmeye girmeden kaynaklanan borç ilişkilerini “ortaklık” veya “hizmet” sözleşmelerinden ayırarak mağduriyetleri gidermek için kullanılmaktadır²⁴⁸. Böylelikle kavramın iş hukuku ile bağlantısı ortaya çıkmakta; anılan hukuk dalına yansıyan görünümü “*fiili iş ilişkisi*” olarak adlandırılmaktadır. Fiili iş ilişkisi, “*batıl veya iptal edilebilir bir sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen fiili çalışma*” dan kaynaklanır ve bazı hukuki sonuçlara yol açar²⁴⁹. Burada sözleşme benzeri bir işlem; fiili sözleşme ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir: Amaç, mağdur olan kişilerin dürüstlük kuralı gereği sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümleri yerine sözleşmeden doğan bir

²⁴⁴ M.Kemal Oğuzman ve M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s.36; Eren, a.g.e., s.108.

²⁴⁵ Oğuzman ve Öz, a.g.e., s.39 – 41.

²⁴⁶ Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Cilt: I, 6.Baskı, İstanbul, 1976., s.208.

²⁴⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.89 – 90.

²⁴⁸ Tunçomağ, 1976, s.208-209; İbrahim Aydın, **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkilerinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.53.

²⁴⁹ Ali Nazım Sözer, **Sosyal Sigorta İlişkisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları (Yay.No: 0906. AR. 89. 012. 074), İzmir, 1991, s.182 – 183.

alacak hakkına sahip olmalarıdır²⁵⁰. Fiili iş (*hizmet*) ilişkisi teorisinde, iş sözleşmesi ile iş ilişkisi kavramları birbirinden ayrı tutulmaktadır. Dolayısıyla bir işletmede çalışmaya başlayan işçinin, hizmet sözleşmesinin –temyiz kudretine sahip olmama benzeri- çeşitli sebeplerle geçersiz olması durumunda dahi fiilen çalışmasından kaynaklanan iş ilişkisi nedeniyle ücret benzeri bir takım sözleşmesel haklardan yararlanabileceği kabul edilmektedir²⁵¹.

Sözleşme benzerleri (*şibih akitler*) müessesesi doğurduğu hüküm ve sonuçlar açısından kimi zaman isimsiz sözleşmeleri andıran görünümlere sahip olabilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki sözleşme benzerleri ile isimsiz sözleşmeler arasındaki en önemli benzerlik, her iki kuruma bağlanacak hüküm ve sonuçların tespitinde “dürüstlük kuralının” büyük önem taşımasıdır²⁵². Bir diğer husus, bir sözleşme benzeri hangi sözleşmeye benziyorsa, o tipe ilişkin hükümlerin bazılarının uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmasının genellikle benimsenmesidir. Anılan yöntem özellikle kendine özgü sözleşmeler ile bir kısım karma sözleşmelerde yer yer benimsenen çözümlmeyi andırmaktadır. Bununla birlikte unutmamak gerekir: isimsiz sözleşmeler teknik olarak “sözleşme”dir; oysa sözleşme benzerleri teknik anlamda sözleşme olarak kabul edilemezler. Aynı şekilde “fiili sözleşme ilişkileri” ve iş hukukundaki yansıması olan “fiili iş ilişkisi” kavramları da teknik manada sözleşme olarak kabul edilemez. Aradaki ilişki sözleşmeden değil de sözleşme benzeri fiili bir ilişkiden kaynaklandığı için sözleşmeyle bağlılık söz konusu olmaz ve ilişki tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilebilir²⁵³.

²⁵⁰ Örneğin Yargıtay, sözleşme kocasıyla yapılmış olsa bile, kapıcılık hizmetinin fiilen kadın tarafından yürütülmesi durumunda, kadının iş ilişkisinin tarafı olduğunun kabulünün gerektiği düşüncesindedir (Yargıtay 9.HD, 03.04.1984, E.1984/3449, K.1984/3660, Fevzi Demir, “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (MESS Yay.No:152), İstanbul, 1990, s.21).

²⁵¹ Oğuzman ve Öz, a.g.e., s.41 – 42.

²⁵² Sözleşme benzerlerinin hukuki temelini genellikle “dürüstlük kuralına” dayandırıldığını söylemek yanlış olmaz. Bununla birlikte sözleşme benzerlerini, borç altına giren kişiye “varsayılan (*mevhum*) rıza” izafe ederek açıklayanlar da vardır (Oğuzman ve Öz, a.g.e., s.38 - 39; Arsebük, a.g.e., s.530).

²⁵³ Tunçomağ, 1976, s.209.

İKİNCİ BÖLÜM

İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN İŞ HUKUKU ÜZERİNDEKİ ETKİLERİNİN TEORİK ÇERÇEVESİ

İş hukukunda isimsiz sözleşmelere bağlanacak hüküm ve sonuçları tayine yönelik soyut ve standart bir yöntem oluşturmak mümkün müdür? Aşağıdaki bölümde belirtilen soruya yanıt aranacaktır. O nedenle, önce “*iş hukukunda isimsiz sözleşmeler*” kavramı ile neyin kast edildiği açıklanarak isimsiz sözleşmelerin iş hukuku ile ilgisi kurulacaktır. Ardından, isimsiz sözleşmelerde “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” ediminin tespitini kolaylaştırmak amacıyla iş sözleşmesi kavramı –*bağımlılık unsuruna özel önem verilerek*²⁵⁴ incelenmiştir. Sonrasında, iş hukukunun isimsiz sözleşmeler üzerindeki etkisinin ortaya çıkarılabilmesi için onun baskın karakteri ve sosyal özelliği üzerinde durulacaktır. Nihayet bölümün sonunda, iş hukuku isimsiz sözleşmeler üzerindeki etkisinin ne şekilde olabileceği ve bu yönde genel olarak uygulanabilir soyut bir yöntem geliştirmenin mümkün olup olmadığı meseleleri araştırılacaktır.

I. İsimsiz Sözleşmelerin İş Hukukuyla İlgisinin Kurulması

İş hukukunun temel ve belirleyici sözleşmesi “*iş sözleşmesi*”dir. Bir isimsiz sözleşmede, taraflar –*en az bir adet*- iş sözleşmesine ait tip tayin edici edim kararlaştırmışlarsa, çalışma açısından o sözleşmenin iş hukukuyla ilgisinin kurulduğu kabul edilmektedir. Öte yandan, küreselleşmenin günümüzde geldiği aşamada bir takım ilginç hukuki ilişki biçimleri ortaya çıkmıştır. Teknik manada “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” edimini içermeyen, ancak anılan edimi andıran edim

²⁵⁴ Bağımlılık unsuruna özel önem verilmiştir çünkü; iş hukukuyla ilgili her isimsiz sözleşmede ve somut olayda süre ve bağımlılık temelinde iş görme ediminin yer alıp almadığının saptanması gerekmektedir. Bu durumda süreyi tespit etmek genelde daha kolay olsa da bağımlılığın tespiti çoğu durumda tartışma yaratabilmektedir.

içermesi nedeniyle yine de bazen iş hukukunun korumasını gerektiren isimsiz sözleşmeler –örneğin iş zinciri (franchising) sözleşmesi- söz konusu kategori içinde değerlendirilebilir. Çalışmanın “İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmeler” şeklindeki başlığı ile, hem “süre ve bağımlılık temelinde iş görme” edimini içeren sözleşmeler; hem de anılan edimi andıran edim içermesi nedeniyle kimi hallerde iş hukukunun korumasını gerektiren sözleşmeler kast edilmektedir. Nihayet, iş hukukunun ilgisi bulunan isimsiz sözleşmeler üzerindeki etkisi; iş sözleşmesinin ve özellikle onun karakteristik (tip tayin edici) edimi olan “süre ve bağımlılık temelinde iş görme” ediminin isimsiz sözleşmeye etkisi ile –çalışma açısından- aynı anlama gelmektedir.

II. İş Sözleşmesi Edimlerinin Ayrıştırılması

A. Tanım

4857 Sayılı İş Kanunu’nda iş sözleşmesi, “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme” olarak tanımlanmaktadır (md.8/I). Söz konusu tanıma göre kavramın temel unsurları “iş görme”, “ücret” ve “bağımlılık” olarak ayrıştırılabilir²⁵⁵. Öğretide, belirtilen üç unsurun yanında “süre” nin de ayırıcı unsur olarak yer aldığına ilişkin birçok görüş mevcuttur²⁵⁶. Yargıtay da süreyi iş sözleşmesinin esaslı bir unsuru olarak kabul etmektedir²⁵⁷.

²⁵⁵ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 3.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2003, s.66; Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, 19.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2005, s.72-73; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 3.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2006, s.189 vd.; Turhan Esener, **İş Hukuku**, 3.Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:432), Ankara, 1978, s.127; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri I)**, 2.Bası, Barış Yayınları, İzmir, 1994, s.133-138; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 2.Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.46-48.

²⁵⁶ Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, 5.Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara, 1984, s.56; Kenan Tunçomağ, **Türk İş Hukuku**, Cilt: I, İstanbul, 1971, s.154 vd.; Fevzi Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 4.Baskı, İzmir, 2005, s.34-35; Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.205 vd.; Resul Kurt, **İş Hukuku ve Sosyal Sigortalar Hukuku Mevzuatında Usul ve Esaslar**, 2.Baskı, İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Yayını, İstanbul, 2003, s.735 vd.

²⁵⁷ “Hizmet akdinin unsurları (...) "zaman" ve "bağımlılık" ve "ücret" unsurlarına göre ortaya konulur. Zaman unsurundan amaç; bir kimsenin günlük belirli bir zaman dilimi içerisinde iş gücünü bir işveren emrine tahsis etmesi(...) dir.” (Yargıtay HGK, 16.04.2003, E.2003/9-308, K.2003/303, www.mevbank.com, 24.04.2006).

Süreyi unsur olarak kabul eden görüşler Borçlar Kanunundan hareketle süre unsuruna ulaşmaktadır. Kavram “*hizmet akdi*” ismiyle Borçlar Kanunu’nda da tanımlanmıştır: Yasaya göre “*hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi de ona bir ücret vermeyi taahhüt eder*” (BK md.313/I). Borçlar Kanunu’ndaki tanımda bağımlılık unsuruna yer verilmemesi bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır²⁵⁸. Nitekim, mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nda 1971 yılında yapılan değişiklikle hizmet akdi tanımına bağımlılık unsuru eklenmiştir²⁵⁹. Benzer bir değişiklik ülkemizde Adalet Bakanlığı’nca hazırlanan Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında öngörülmektedir (BK Tasarısı md.392)²⁶⁰.

İş sözleşmesi ile hizmet akdinin birebir aynı kavramı ifade edip etmediği konusunda Türk Hukukunda zaman zaman tartışmalar yaşanmıştır. Günümüz bilimsel ve kazai içtihatlarında hâkim eğilim, her iki deyimle aynı müessesenin kast edildiği yönündedir²⁶¹. Ancak böylelikle sonuca bağlandığı görülen tartışmanın, yeni Borçlar Kanunu Tasarısının yasalaşması halinde tekrar alevlenmesi mümkündür. Tasarının altıncı bölümünün başlığı “*hizmet sözleşmeleri*”dir. İş sözleşmesi ifadesine yer verilmeyen Tasarı’da, kavram “*genel hizmet sözleşmesi*”, “*pazarlamacılık sözleşmesi*”, ve “*evde hizmet sözleşmesi*” olarak üç alt başlık altında incelenmektedir. Tartışma yaratabilecek bir başka gelişme de 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu²⁶²,nda da “*hizmet akdi*” ifadesinin kullanılması, bununla Borçlar Kanunu’nda tanımlanan hizmet akdinin ve iş mevzuatında tanımlanan iş

²⁵⁸ NARMANLIOĞLU böyle bir eksikliğin bulunmadığı, sözleşmenin niteliği ve özelliğinden bağımlılık unsurunun çıkarılabileceği, hatta aynı sonuca BK md.322 yorumlanarak da ulaşılabileceği görüşündedir (Narmanlıoğlu, 1994, s.134).

²⁵⁹ Esener, 1978, s.126.

²⁶⁰ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>, (25.11.2005).

²⁶¹ M. Kemal Oğuzman, **Hizmet “İş” Akdinin Feshi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s.3; Tunçomağ ve Centel, a.g.e., s.65; Çelik, a.g.e., s.70; Münir Ekonomi, **İş Hukuku-Ferdi İş Hukuku**, 3.Bası, Cilt I, İstanbul Teknik Üniversitesi Vakfı (Yay.No:18), İstanbul, 1987, s.75 vd.; Seza Reisoğlu, **Hizmet Akdi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:237) , Ankara, 1968, s.3 vd.; Aksi görüş için bkz.: “*Nihayet, hizmet akdi şeklinde anılmakla da iş akdi hizmet akdi olmaz*” (Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, 3.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976, s.32); “*Bir kere iş hayatını düzenleyen İş Kanunu’nun şümülü dışında kalan sözleşmeler, İş Kanunundaki koruyucu ve sınırlayıcı hükümlerden faydalanamayacağı için iş akdinden bahsedilemez. Ancak umumi olarak her türlü hizmeti tanzim etmiş olan Borçlar Kanunundaki hizmet akdi vardır denilebilir*” (Ali Arcaç, “İş Akdi Hizmet Akdinin Türkçesi midir?”, **Adalet Dergisi**, Yıl:43, Sayı:3, Mart’1952, s.396).

²⁶² Resmi Gazete, Sayı: 26200, Tarih: 16.06.2006.

sözleşmesinin veya hizmet akdinin kast edildiğinin belirtilmesidir (md.3/11). Bilinçli olarak kullanıldığı kuşkusuz olan söz konusu ifadelerin, “iş sözleşmesi”nden ayrı bir müessese için kullanılıp kullanılmadıkları meselesinin ileride tekrar yorumlanması zorunlu hale gelebilir²⁶³. Böyle bir tartışmada varılacak sonucun kullanılacak terim açısından da etkileri olacaktır. Örneğin “hizmet sözleşmesi” ifadesinin farklı kavramlar için kullanıldığı sonucuna varıldığını kabul edelim: Bu durumda iş sözleşmesine ait unsur içeren bir karma sözleşmede, tarafların veya konunun İş Kanunu md.4’de belirtilen istisnalara girmesi halinde, artık ortada “hizmet sözleşmesi”ne ait bir unsurun varlığından söz etmek gerekecek ve Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Yine de çalışmada, günümüzde geçerli genel eğilime uyularak her iki deyimle aynı müessesenin kast edildiği varsayılmış; ancak her bir somut durumda uygulanacak hükümlerin hangi yasaya dayandırılması gerektiği üzerinde durulmuştur.

B. Edimler

İş sözleşmesinin asli edimleri “süre ve bağımlılık temelinde iş görme” ile “ücret” olarak ayrıştırılabilir. Kuşkusuz, ücret edimi de önem taşımakla birlikte iş sözleşmesinin “tip tayin edici” karakteristik edimi “süre ve bağımlılık temelinde iş görme”dir. İzleyen başlık altında iş görme edimi özellikle süre ve -genel anlamıyla- bağımlılık boyutları açısından incelenecektir. Bağımlı çalışmanın saptanmasına ilişkin çeşitli ölçütlerin ortaya konması kavramsallaştırmayla ilgili üçüncü bölümde gerçekleştirilecektir. Ücret ise “tip açısından zaruri” olsa da artık modern iş hukuklarında karakteristik edim olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle çalışmanın amacı açısından gerektiği kadarıyla değinilecektir.

²⁶³ Örneğin Alman Hukukundaki “hizmet sözleşmesi bir akittir ki, hizmet vadeden taraf taahhüt ettiği edimi sunmakla, diğer taraf ise sözleşilen edimi ödemekle yükümlüdür” şeklindeki § 611 BGB hükmünün, iki farklı sözleşmeye işaret ettiği yönünde yorumlar vardır. Belirtilen yorumlara göre, “hizmet” terimiyle ücret karşılığı sunulan her türlü hizmetin kast edilmekte, dolayısıyla, hem “bağımlı” hem de “bağımsız” çalışma hizmet kapsamına girmektedir. Böyle bir bakış açısına göre iş sözleşmesi hizmet sözleşmesinin bir alt türüdür (Sözer, 1991, s.160 – 161; Seza Reisoğlu, 1968, s.4).

1. Karakteristik (Tip Tayin Edici) Edim: Süre ve Bağımlılık Temelinde İş Görme

İş sözleşmesinin unsurları geleneksel olarak, “iş görme”, “ücret”, “bağımlılık” ve “süre” olarak ayrıştırılmaktadır. İş sözleşmesini belirtilen şekilde “*unsurlarına*” ayırarak incelemek yararlı olabilir. Ancak çalışmada, salt iş sözleşmesi tipi değil, birden fazla tipe ait öğelerin bütünsel olarak kaynaşabildiği isimsiz sözleşmelerin incelenmesi hedeflenmektedir. Bu çerçevede iş sözleşmesi unsurlarının başka sözleşme tiplerine ait unsurlarla karıştırılması ihtimal dâhilindedir. Örneğin, “iş görme” unsuru salt iş sözleşmesinde değil vekâlet veya eser sözleşmelerinde de mevcuttur. O halde çalışmanın amacı açısından, sözleşmelerin “*unsurlarına*” ayrıştırılmasından ziyade, bütünsel anlamda tipik “*edimlerine*” ayrıştırılması gerekir. Böylece, sözleşmeler hukuku ve özellikle iş hukuku isimsiz sözleşmeleri açısından, tarafların “*karşılıklı edimlerini*” esas alan bir yaklaşımın benimsenmesi daha uygun görünmektedir. İş Kanunu’nun 8.maddesinde de ilke olarak aynı yöntem benimsenmiştir: “*İş sözleşmesi bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*”. Her ne kadar kanundaki tanımda iş görmenin “süre” boyutundan bahs olunmamışsa da istikrar kazanmış Yargıtay uygulamasıyla da teyit olunduğu üzere, iş sözleşmesinde iş görmenin belirli ya da belirsiz bir süreyle gerçekleşmesi şarttır²⁶⁴. Açıklanan nedenle, edimler açısından yaklaşıldığında iş sözleşmesinin belirleyici edimi “süre ve bağımlılık temelinde iş görme” şeklinde ortaya çıkmaktadır. İzleyen bölümlerde önce en genel anlamıyla iş görme edimi üzerinde durulacak, sonra da sırasıyla iş görmenin süre ve bağımlılık boyutları incelenecektir.

²⁶⁴ “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene ait işyerinde belirli veya belirli olmayan zamanda iş görmeyi ve buna karşılık işvereninde ücret ödemeyi yükledikleri bir iş hukuku sözleşmesidir” (Yargıtay 9.HD, 05.11.1997, E.1997/15273, K.1997/18646, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006); “(...) Diğer unsur olan bağımlılık ve bu kapsamda ele alınması gereken zaman unsuru, hizmet akdinin ayırt edici özelliğidir. (...)” (Yargıtay HGK, 02.02.2005, E.2004/10-737, K.2005/26, www.mevbank.com, 24.04.2006).

a. Genel Anlamıyla İş Görme Edimi

Genel anlamıyla iş görme edimi sadece iş sözleşmesinin değil, “*hizmet*”, “*eser*”, “*neşir*”, “*vekâlet ile özel çeşitleri*”, “*saklama*” ve “*ardıye*” gibi iş görme borcu doğuran başka sözleşmelerin de asli edimidir. Ancak, anılan edimin iş sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi için, belli bazı koşulların da sağlanması gerekir. Öncelikle iş görme, bir kimsenin “*iktisadi yönden iş olarak değerlendirilen her türlü çalışması*”dır²⁶⁵. İnsana özgü bir faaliyettir ve kişiseldir²⁶⁶; aksi kararlaştırılmadığı sürece taahhüt edenden başkası tarafından yerine getirilemez (BK md.320)²⁶⁷. İşin bedenen ya da fikren emek sarf edilerek yapılması önemli değildir; diğer tarafın maddi veya düşünsel bir ihtiyacını giderebilecek bir değer taşıması yeterlidir. Ancak işin, belirli veya belirsiz bir süre içinde sürekli bir borç ilişkisi gereği görülmesi gerekir²⁶⁸. Üstelik burada bağımsız değil bağımlı bir çalışma söz konusudur. O halde iş sözleşmesinin asli edimi iş görme olsa da belirleyici olarak süre ve bağımlılık unsurlarının da edime eklenerek o şekilde incelenmesi gerekir²⁶⁹. İş hukukunu ilgilendiren karma sözleşmelerde de aranacak edimin salt iş görme değil, süre ve bağımlılık temelinde iş görme olması gerekir.

Klasik iş hukukunda süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi bir sonuç sorumluluğunu içermez: Özenle görülen işin belli bir sonuç doğurmaması ya da sonucunun çok başarılı olması ücretin farklılaşması sonucunu yaratmayacaktır²⁷⁰. Bununla birlikte, küreselleşme sürecinde artık belirtilen nitelikteki iş görme ediminin yerini eser sözleşmesi benzeri bir sonuç sorumluluğuna bıraktığı yolunda görüşler de mevcuttur. Kuşkusuz küreselleşme süreci fordist üretim tarzının yerine post fordist

²⁶⁵ Çelik, a.g.e., s.72.

²⁶⁶ Hayvanların ya da robotların yaptıkları işler kavram dışında kalmaktadır (Narmanlıoğlu, 1994, s.63).

²⁶⁷ Dolaylı iş ilişkisi, BK md.320'deki kuralın aksinin kararlaştırılabildiği hallerdendir (Tankut Centel, **İş Hukuku (Bireysel İş Hukuku)**, Cilt:I, Beta Basım, İstanbul, 1994, s.64-65). Anılan ilişkiye örnek olarak, “*kapıcının (aradaki işçinin) çalışmasının bir kısmını veya tamamını sürekli şekilde kapıcının eşinin ifa etmesi*” gösterilebilir (Coşkun Saraç, **İşverenin Prim Ödeme Yükümlülüğü**, Türkiye İşçi Emeklileri Cemiyeti Yayınları (Yay.No:9), Ankara, 1998, s.19-20).

²⁶⁸ Tunçomağ ve Centel, a.g.e., s.66.

²⁶⁹ “(...) Mübadeleye konu olan bir insan eylemi olarak iş edimi iş sözleşmesinin temel unsurudur. Ancak ayırt edici (karakteristik) bir unsur değildir. (...) Tek başına iş sözleşmesini nitelemek” (Mollamahmutoğlu, 2005, s.205).

²⁷⁰ Tunçomağ, 1971, s.155.

üretim tarzını ve taylorist iş organizasyonu yerine de esnek iş organizasyonunu ikame etmiştir. Yine de fordist üretim tarzı gerçekte yok olmuş değildir. Emek yoğun aşamalar genellikle gelişmekte olan ülkelere kaydırılmakla birlikte, gelişmiş ülkelerde de gelişmekte olan ülkelerde de vasıflı beyaz yakalılar işgücü piyasalarında halen azınlıktadırlar. Hatta gelişmekte olan bir ülke olarak değerlendirilebilecek Türkiye’de klasik vasıfsız ve iş görme borcuyla yükümlü mavi yakalı işçilerin beyaz yakalılara oranı ezici üstünlüktedir. Kaldı ki beyaz yakalıların tümünün sonuç sorumluluğuyla yükümlü olduğunu da söylemek mümkün değildir. Sonuç olarak, iş sözleşmesinin temel unsurlarından biri olarak süre ve bağımlılık temelinde “iş görme”yi gösteren teorik yaklaşım, gerek yasal anlamda gerekse de sosyal politika anlamında hala büyük ölçüde geçerlidir.

b. İş Görmenin Süre Boyutu

İki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olan iş sözleşmesi, zaman içinde devamlılık arz eden, sürekli bir ilişkide söz konusu olabilir²⁷¹. Söz konusu devamlılığın “*hukuki nitelikli*” bir devamlılık olması gerekir; birbiriyle bağlı olmayan çeşitli taleplere dayanan iş görme iş sözleşmesine yol açmaz²⁷². Tek bir ifa ile son bulan iş ilişkileri iş sözleşmesinin konusunu oluşturmaz²⁷³. Ancak, sürenin belirli ya da belirsiz olması mümkündür. Ayrıca, “süreksiz” iş sözleşmelerinin tek bir ifa ile son bulmamaları nedeniyle iş sözleşmesi sayıldığını eklemek gerekir. Gerçekten, İş Kanunu md.10 uyarınca süreksiz işin ölçütü, o işin “*nitelik bakımından en çok otuz iş günü sürmesi*”dir. Süreksiz olması, o sözleşmenin iş sözleşmesi olmadığını değil bazı yönlerden İş Kanunu yerine Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olduğunu göstermektedir. Sonuç olarak süre unsurundan amaç, “*bir kimsenin günlük belirli bir zaman dilimi içerisinde işgücünü işveren emrine tahsis etmesidir*”²⁷⁴. Anılan zaman

²⁷¹ Çelik, a.g.e., s.79; Demir, 2005, s.34; Emine Tuncay Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı**, Ankara, 1987, s.2; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:505), İstanbul, 1976, s.24.

²⁷² Polat Soyer, **İşçinin İş Görme Borcu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ege Üniversitesi İktisat Fakültesi Sosyal Politika ve Çalışma Yönetimi Bölümü, İzmir, 1979, s.13.

²⁷³ Seza Reisoğlu, 1968, s.50; Ekonomi, 1987, s.66; Emine Tuncay Kaplan, a.g.e., s.2-3.

²⁷⁴ Yargıtay HGK, 16.04.2003, E.2003/9-308, K.2003/303, www.mevbank.com, 24.04.2006; “*Baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, "zaman" ve "bağımlılık" unsurlarını gerçekleştirecek biçimde işini yapıyorsa aradaki çalışma ilişkisi hizmet akdine dayanıyor demektir. "Zaman" unsuru, çalışanın işgücünü, belirli ya da belirli olmayan bir süre içinde işverenin buyruğunda*

dilimi içerisinde sürekli olarak fiilen iş görülmesi şart değildir; o işi görmeye hazır olarak beklenen zamanlar da süre açısından iş sözleşmesi niteliği araştırılırken dikkate alınır²⁷⁵.

Bağımlılık ölçütünün iş sözleşmesinin belirleyici bir unsuru olarak yerleşmesi sonrasında, süre unsuru eski önemini kaybetmiş gibi görünmektedir. Ancak yine de iş sözleşmesine özgü iş görme ediminin “*olmazsa olmaz*” bir unsurunun süre olduğunu her bir olayda hatırlamak gerekmektedir²⁷⁶. Yargıtay da “*süre*”nin bağımlılık ile birlikte iş sözleşmesinin belirleyici temel unsurlarından olduğu görüşündedir²⁷⁷; örneğin “*sonuçları hemen alınan işlerde bağımlılık ve zaman faktörleri*”nin oluşmadığının kabulü gerekir²⁷⁸.

bulundurma olgusunu kapsar. Hiç kuşkusuz, çalışan bu süre içinde işveren veya vekilinin buyruğu ve denetimi altında (bağımlı olarak) edimini yerine getirecektir” (Yargıtay 10.HD, 26.06.1986, E.1986/3116, K.1986/3882, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006); Aynı yönde bir başka karar için bkz.: Yargıtay 10.HD, 20.03.1990, E.1990/2547, K.1990/2749, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006.

²⁷⁵ “(...) İşin belli bir zaman kesiti içerisinde yerine getirilmesi ve yerine getirmek için hazır vaziyette beklemek; hizmet akdinin zaman unsurunu oluşturur” (Yargıtay 21.HD, 09.06.2003, E.2003/4282, K.2003/5425, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

²⁷⁶ Bu konuda mehz İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki hizmet akdi tanımına bağımlılık ölçütünün eklendiği 1971 yılından önce, İsviçre Federal Mahkemesi’nin vermiş olduğu 1964 tarihli bir karar fikir verici olabilir: “(...) Hizmet sözleşmesinin ayırıcı ölçüsü, belirli ya da belirsiz bir süre için hizmet edimlerinin yüklenilmesidir (...) Kanton Mahkemesi haklı olarak taraflar arasındaki ilişkinin bir hizmet sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir. Gerçekten, OR.319 / BK.313 gereğince, bu sözleşmenin ana unsuru –ücret bir yana bırakılırsa- süre üzerinde toplanmaktadır. Belirli ya da belirsiz bir süre için hizmetlerini başkasına vaad eden kimse, işçidir” (İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Resmî Külliyatı, 90 II 483, **İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları 1955 – 1964 (Özel Borç İlişkileri – Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması)**, II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (Yay.No:71), Ankara, 1968, s.114 vd.). Kuşkusuz, süre unsuru tek başına yeterli gelmez ancak, yokluğu da düşünülemez.

²⁷⁷ “(...) Diğer unsur olan bağımlılık ve bu kapsamda ele alınması gereken zaman unsuru, hizmet akdinin ayırt edici özelliğidir. (...)” (Yargıtay HGK, 02.02.2005, E.2004/10-737, K.2005/26, www.mevbank.com, 24.04.2006).

²⁷⁸ “Davalılardan Y.D.’nin kereste işleri yapılan işyerine diğer davalı İ.Y. tarafından kendi kamyonu ile getirilen duralitlerin indirilmesi için davalı Y.D. tarafından bu civarda bulunan bazı kişilerin duralitin kamyonundan indirilmesi için getirildiği, bu kişiler arasında davalının miras bırakanın da bulunduğu, duralitlerin kamyonundan indirilmesi sırasında murisin kamyon kapağının açılması ile kayan duralitlerin altında kalarak öldüğü anlaşılmaktadır. (...) Olayın bir iş kazası sayılabilmesi için 1475 sayılı İş Kanunu’nun 1. maddesindeki tarife göre taraflar arasında bir hizmet akti ilişkisinin bulunması ve bu hizmet akdine dayalı olarak bir ücret karşılığında, işveren bağlı olarak işyerinde çalışma koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. İşyerinde çalışma ve bağımlılık unsurları birlikte zaman unsurunu da ortaya çıkarır. **Bir işin sonuçlarının hemen alınmasını gerektiren işler (bağımlılık ve zaman açısından) hizmet sözleşmesinin oluşturduğunu göstermez.** Olayda davacıların miras bırakanının çalışmasında yukarıda açıklanan unsurlar mevcut değildir. Bu bakımdan aradaki ilişkiyi hizmet akdi ilişkisi olarak kabul etmek mümkün değildir” (Yargıtay 9.HD, 28.05.1991, E.1991/8501, K.1991/9026, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

c. İş Görmenin Bağımlılık Boyutu

(1) Genel Olarak

Modern iş hukuklarında iş sözleşmesindeki iş görme edimini diğer sözleşmelerden ayırmak için kullanılan temel ölçüt “bağımlılık” tır. Ancak kavram üzerinde uzlaşıldığını söylemek zordur. Bağımlılık unsuruna ilişkin ölçütler belirlenirken yasal düzenlemelerden çok bilimsel ve kazai içtihatlardan yararlanılmaktadır²⁷⁹.

Yargıtay iş ilişkisinin dinamik yapısı nedeniyle hukuksal dayanaklarının tanımının bazı durumlarda güçlük arz ettiğini ve ekonomi ile teknolojideki değişimin iş ve sosyal güvenlik hukukunu hızla dönüştürdüğünü vurgulamaktadır²⁸⁰. Bu nedenle, *-karma sözleşmelerin çözümlenmesinde türlü teorilerin ortaya çıkması benzeri-* bir ölçüt çeşitliliği bağımlılık konusunda da yaşanmaktadır. Kuşkusuz, sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçildiği tartışmalarının yaşandığı küreselleşme sürecinde iş ilişkileri derin bir başkalaşım geçirmektedir. LYON-CAEN 'in veciz ifadesiyle “*değişen her şey, kimseye tabi olmayan, bağımsız bir çalışmanın hüküm sürdüğü, hukuki rejimi bakir ve belirsiz kalmış alanların genişlemesine hizmet etmektedir*”²⁸¹. Yeni teknolojilerle değişen işgücü piyasasında, iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru sürekli zayıflamakta; özellikle bilgisayar ve internet kullanımıyla işverenin fiili denetimi ve gözetimi altında çalışma eski önemini yitirmektedir²⁸². O halde, “bağımlılık” hakkındaki görüşlerin sürekli değişmesi normaldir. Tek bir görüşe dayanılarak yapılan çözümler her zaman yeterli olmayabilir.

Tam anlamıyla bağımsız çalışmayla bağımlı çalışma arasında, her iki kavramın birbirine girdiği gri bölgelerin bulunduğu görülmektedir. Çeşitli ülkelerde “bağımsız iş sözleşmesi”, “bağımlı-ötesi kişi”, “ücretli benzeri kişi”, “ekonomik

²⁷⁹ Ali Güzel, “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1997, s.85 (Bağımlılık).

²⁸⁰ Yargıtay HGK, 02.02.2005, E.2004/10-737, K.2005/26, www.mevbank.com, 24.04.2006.

²⁸¹ Gérard Lyon-Caen, **Le droit du travail (Une technique réversible)**, Dalloz, Paris, 1995, s.21.

²⁸² Süzek, 2006, s.193 vd.; Halid Kemal Elbir, “Sosyal ve Ekonomik Sebeplerle Klasik Hizmet Sözleşmesinden Uzaklaşma Temayülleri”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi 1982 Yılı Konferansları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:3026), İstanbul, 1982, s.21 vd.

olarak bağımlı çalışanlar” gibi deyimler hep bu gri bölgeyi betimleme amacıyla kullanılmaktadır²⁸³. Burada beliren sorunlardan birisi, doğrudan doğruya “*bağımsız çalışanları*” inceleyen bir hukuk dalının bulunmamasıdır²⁸⁴. Kuşkusuz, NARMANLIOĞLU’nun işaret ettiği üzere Gelir Vergisi Kanunu md.65/II’de yer alan “*serbest meslek faaliyeti*” ve md.66/I’de yer alan “*serbest meslek erbabi*” tanımlarından yararlanılabilir²⁸⁵. Ancak, anılan düzenleme tüm bağımsız çalışanları değil sadece serbest meslek erbaplarını –*üstelik salt vergi yönüyle*- kapsamakta olup, doğrudan doğruya bağımsız çalışanlar hukukunun ilkelerini belirlemekten uzaktır. Dolayısıyla bağımlı çalışmayla bağımsız çalışma arasındaki gri bölgelerin sağlıklı şekilde belirlenerek –mevcutsa- bağımlılık ilişkisinin ortaya konması kolay olmamaktadır: Bağımlılık her iş ilişkisinde farklı yoğunluğa sahip olduğundan “*görelî*” özelliktedir²⁸⁶. Belirtilen nedenlerle bağımlılık ilişkisi araştırılırken yabancı hukuklarda “*hukuki bağımlılık*”, “*iktisadi bağımlılık*”, “*sosyal bağımlılık*”, “*kişisel bağımlılık*” gibi farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Gerçekte, anılan yaklaşımlar geliştirilirken dönemsel ekonomik koşulların yanı sıra yazarlarının politik görüşlerinin dahi etken olduğunu söylemek yanlış olmaz. Dolayısıyla meselenin salt hukuki değil aynı ölçüde sosyal politika boyutları da bulunmaktadır.

(2)Bağımlılık Unsuruna Yaklaşımlar

Günümüz modern iş hukuklarında hukuki bağımlılığı esas kabul eden görüşlerin baskın olduğunu öncelikle belirtmek gerekir. İş görmenin bağımlılık boyutu incelenirken geçmişte ileri sürülmüş görüşlerle günümüzde baskın hale gelen hukuki bağımlılık görüşünün açıklanması zorunludur ve ilk kısımda ele alınmıştır. Bununla birlikte, bazı alternatif yaklaşımları incelemek ve küreselleşmeyle yaşanan dönüşümün iş hukukunu “*bağımlılık açısından*” hangi noktalara götüreceği hakkında bazı varsayımlarda bulunmak da yararlı olacaktır. Zira, giderek artan isimsiz sözleşmelerin genellikle yer aldığı “*gri bölgeler*”de iş sözleşmesine ilişkin unsurların ve ağırlıklarının saptanması için, gelecekte “*bağımlılık*” kavramını yeniden

²⁸³ Antoine Mazeaud, Droit du travail, 4.éd., Montchrestien, Paris, 2004, s.272.

²⁸⁴ Güzel, Bağımlılık, s.87.

²⁸⁵ Narmanlıoğlu, 1994, s.137.

²⁸⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu, **Hizmet Sözleşmesi**, Ankara, 1995, s.21; Süzek, 2006, s.193.

tanımlamak gerekebilir. Açıklanan nedenlerle ikinci bölümde bu kavrama ilişkin görüşler incelenecektir.

(a) Baskın Görüş: Hukuki Bağımlılığı Esas Alan Yaklaşım

aa. Kavram

Günümüz iş hukuku açısından hukuki bağımlılığı esas kabul eden görüşlerin baskın olduğunu belirtmek gerekir²⁸⁷. Anılan görüşler uyarınca, ekonomik anlamdaki bağımlılık sadece iş sözleşmesinde değil, diğer sözleşmelerin büyük kısmında da mevcuttur. Aynı şekilde sosyal bağımlılık da ölçüt kabul edilmemelidir çünkü, işçinin sosyal durumuna benzer sosyal durumların görüldüğü başka hukuki ilişkiler de vardır. Hukuksal bağımlılıktan genel olarak “*işçinin iş edimini işverenin emir ve talimatı doğrultusunda ifa etmesi bağlamında tezahür eden hukuki konumu*” anlaşılmaktadır²⁸⁸. O halde iş sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden en önemli farkı, işverene işçinin kişiliği üzerinde –*emir ve talimat verme benzeri*- bir takım hak ve yetkiler tanınmasıdır. İş sözleşmesinde edim sonucundan ziyade “*işverence organize edildiğinden kişisel bağımlılık içinde görülen bir iş süreci*” söz konusudur²⁸⁹. Anılan süreçte hukuki bağımlılığın görünümü iki yönlü olmaktadır: “*işverenin işçiye emir ve talimat vermesi*” ve “*işçinin bunlara uyması*”. Burada, emir ve talimatlara uyulmaması halinde işverenin disiplin cezası verme yetkisinin bulunması önem taşır²⁹⁰. Aynı şekilde, işi gören kimsenin de söz konusu emir ve talimatlara uymayı kabul etmesi ve üstlenmesi gerekir: Böyle bir üstlenmenin bulunmadığı ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelenmesi mümkün değildir. Ancak verilen emir ve talimatın da üstlenilen işin özelliklerine uygun olması gerektiğinin unutulmaması gerekir. Özellikle sözleşmeler hukukunun sözleşme özgürlüğüne

²⁸⁷ Güzel, Bağımlılık, s.104; Süzek, 2006, s.191; Narmanlıoğlu, 1994, s.135; Seza Reisoğlu, 1968, s.51; Halid Kemal Elbir, **İş Hukuku**, 9.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s.61; Mollamahmutoğlu, 1995, s.21.

²⁸⁸ Mollamahmutoğlu, 2005, s.213.

²⁸⁹ Gerek “*hukuki bağımlılık*” gerekse “*kışisel bağımlılık*” terimleri genellikle aynı anlamda kullanılmaktadır (Süzek, 2006, s.192; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, a.g.e., s.47); GÜZEL ise “*bir kimsenin diğerine ekonomik yönden bağımlılığında ve kişisel ilişki temelinden soyutlamak açısından*” hukuki bağımlılık deyiminin tercih edilmesi gerektiği kanısındadır (Güzel, Bağımlılık, s.106).

²⁹⁰ Güzel, Bağımlılık, s.106-107.

çizdiği genel çerçeve içinde kalmak gerekir. İşçi kanun, sözleşme hükümleri, teamüller ve dürüstlük kurallarının sınırlarını çizdiği çalışma şartları dışındaki emirleri getirmekle yükümlü değildir²⁹¹.

Hukuksal bağımlılık kavramının içeriğinin belirlenmesinde “*işin işverene ait organizasyon çerçevesinde, onun yararına yapılması*” ölçütünden de ek olarak yararlanılabileceği kabul edilmektedir²⁹². 4857 Sayılı İş Kanunu md.2/III’de yer alan “*işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür*” hükmü, bu ölçütün mevzuata yansımalarıdır. Anılan ölçüt, hukuksal bağımlılığı yadsımaz; aksine onu tamamlayarak ve belirginleştirerek iş sözleşmesinin yeni teknoloji ve gelişmelere uyumunu sağlar²⁹³. İşçinin, tam manasıyla olmasa bile genel anlamda yönetimi ve talimatı altında çalıştığı işverenin “*çerçevesini çizerek organize ettiği*” bir işi yapması söz konusudur ve bu da bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı bazı durumlarda onun varlığına işaret eder. Burada işverenin yönetim yetkisi “*iş veya hizmeti organize etme yetkisi*” ve “*talimat verme, gözetim ve denetim yetkisi*” şeklinde kendini göstermektedir. İş organize etme yetkisinde ilke olarak işverenin iş görme amaçları ile kullanılacak araçları belirlemesi söz konusudur. Ancak bu ölçütte, belirlenmiş olan amaca ulaşmak için işçinin inisiyatif kullanması bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmayabilmektedir. İşverenin talimat verme, gözetim ve denetim yetkisi de bazı durumlarda zayıflamakta, böyle hallerde “*işçinin düzenli biçimde işverene yaptığı iş konusunda bilgi vermesi*” yeterli olabilmektedir²⁹⁴. Örneğin, laboratuvarında bir araştırmacıyı istihdam eden işverenin ona ne yapacağını söylemesi kolay değildir; gözetim altında tutabilir ancak tam manasıyla denetlemesi güçtür. Aynı şekilde, bir yazılımcının işin yürütümü aşamasında teknik bağımsızlığa sahip olması yüksek ihtimaldir. Böyle

²⁹¹ Narmanlıoğlu, 1994, s.136.

²⁹² Çelik, a.g.e., s.75; GÜZEL, iş organizasyonunda yer alma ölçütünün ek ölçüt değil temel ölçüt olduğu görüşündedir. Yazar Fransız Hukukunda yan ölçüt olarak da “*başkasının işyerine katılma ve başkası yararına iş yapma*” ile “*başkasının çalışmasına müdahale*” ölçütlerinin kullanıldığını belirtmektedir (Güzel, Bağımlılık, s.109, 112-113). Ancak bir iş organizasyonuna dâhil olan kişilerin iş sözleşmesi dışında başka sözleşmelerle de iş görebilmeleri mümkündür. Örneğin bir fabrikanın yemekhanesinin taşeronla verilmesi, bir döküm firmasının ürettiği muslukların parlatılıp paketlenmesi işini fabrika dışından sanayi sitesindeki taşeronlara yaptırması hallerinde iş sözleşmesi değil eser sözleşmesi söz konusudur. O halde iş organizasyonunda yer alma ölçütünden tamamlayıcı anlamda yararlanılması daha uygun görünmektedir.

²⁹³ Süzek, 2006, s.194-195; Güzel, Bağımlılık, s.109.

²⁹⁴ Güzel, Bağımlılık, s.110-111.

durumlarda işverenin, görülen işe dair ayrıntılı emir ve talimat vermesi kolay değildir. Yönetim yetkisine doğal bir sınır çizilmiş olan işveren o işin ancak çerçevesini çizebilecek ve organize edebilecektir²⁹⁵. Bununla birlikte, zayıf da olsa bağımlılığın bulunması şarttır. Kendine ait müşteri çevresi olan ve kar-zararı kendine ait olacak şekilde üstelik işverenin emir ve talimatı dışında çalışan kimseler hangi iş organizasyonunda yer alırlarsa alsınlar işçi sayılamazlar²⁹⁶. Kişinin işverenin iş organizasyonunda bağımlı olarak iş görüp görmediğini somut olarak saptamak için, “*çalışma saatlerinin veya işin yapılacağı yerin belirlenmesi*”, “*iş araçlarını ve hammaddelerini kimin sağladığı*”, “*hesap verme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı*”, “*işçinin ücreti kendisince ödenen yardımcı eleman istihdam etmemesi*” veya “*işin kimin tarafından yönetilip denetlendiği*” benzeri verilerden de yararlanılabilir²⁹⁷.

bb. Uygulama

Yargıtay’a göre, bir kimsenin işçi sayılabilesinin koşulu çalışmanın iş sözleşmesinden kaynaklanmasıdır. Anılan sözleşmede “*hukuki bağımlılık*” söz konusudur²⁹⁸ ve *-zaman unsuruyla birlikte-* iş sözleşmesinin ayırt edici özelliklerinden olup, genel olarak “*çalışan kişinin işverenin emir ve talimatları doğrultusunda çalışmasını sürdürmesini*” ifade etmektedir²⁹⁹. Burada söz konusu

²⁹⁵ Narmanlıoğlu, 1994, s.137; Güzel, Bağımlılık, s.108, 110.

²⁹⁶ Süzek, 2006, s.195.

²⁹⁷ Güzel, Bağımlılık, s.112, 117, 133, 123.

²⁹⁸ “*Hizmet akdinde, işin yürütümü ve gözetimi işverene ait olup ve hukuki nitelikte bağımlılık söz konusudur. Diğer bir deyimle işin yerine getirilmesi, işçinin inisiyatifine bırakılmamıştır. İşçi, işin yerine getirilmesi sırasında, verdiği emirler, direktifler, gözetim, kontrol ve hatta cezalandırılma yetkisiyle donatılmış şekilde işverenin otoritesi altındadır. Burada, işçinin işin yapılması sırasında, işverene tabi ve onun emir ve talimatlarına bağlı olması ve denetlenmesi bahis konusudur. Yani hizmet akdinde işçi bağımlıdır. Bu bağımlılık her an ve durumda çalışana denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, işçinin bunun dışında çalışma olanağı bulunmayan nitelikte bir bağımlılıktır*” (Yargıtay 9.CD, 05.03.1981, E.1981/725, K.1981/889, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

²⁹⁹ “*Belirtilen Yasaların gösterdiği ilke ve esaslar çerçevesinde Yargıtay’ın bugüne değin ortaya koyduğu içtihatlar ile bir kimsenin işçi sayılabilesi için hizmet akdi ile çalışması koşuldur.*

Hizmet akdinin unsurları ise "zaman" ve "bağımlılık" ve "ücret" unsurlarına göre ortaya konulur. Zaman unsurundan amaç; bir kimsenin günlük belirli bir zaman dilimi içerisinde iş gücünü bir işveren emrine tahsis etmesi, bağımlılık unsurundan amaç ise çalışan kişinin işverenin emir ve talimatları doğrultusunda çalışmasını sürdürmesidir. Görülen iş karşılığı işverenin belli bir zaman dilimi için ödemiş olduğu bedel ise ücret unsurunu oluşturur.

olan bağımlılık ilke olarak “her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte” bir ilişkidir³⁰⁰. Ancak, çalışma hayatında yaşanan hızlı dönüşüm nedeniyle bağımlılık unsuru, her bir somut olayın niteliği değerlendirilerek tespit olunmalıdır. Hatta “bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da, işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir. Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunmasıdır”³⁰¹. Çalışan kişinin gördüğü iş, çalıştırmanın amaç ve

Belirtilen unsurlara göre bir veya birden ziyade işveren emrinde çalışmasını sürdüren kişiler işçi statüsünde kabul edilir” (Yargıtay HGK, 16.04.2003, E.2003/9-308, K.2003/303, www.mevbank.com, 24.04.2006).

³⁰⁰ “Uyuşmazlık taraflar arasındaki ilişkinin hizmet akdine dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır. Çalışan Borçlar Kanunu'nun 313.maddesinin öngördüğü çerçevede ve "zaman" ile "bağımlılık" unsurlarını içerir biçimde çalışmaktaysa, oradaki çalışma ilişkisi hizmet akdine dayanıyor demektir. Bilindiği gibi "zaman" unsuru, çalışmanın işgücünü, belirli ya da belirli olmayan bir süre içinde, işverenin buyruğunda bulundurmasını kapsar. Hiç kuşkusuz, çalışan, bu süre içinde işveren veya vekilinin buyruğu ve denetimi altında (bağımlı olarak) edimini yerine getirecektir. Burada söz konusu olan bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. Bununla birlikte sigortalı sayılabilmek için bunlardan ayrı olarak hizmet sözleşmesinin öngördüğü edimin işverene ait işyerinde görülmesi koşulunun da gerçekleşmiş bulunması gerekir. Bu suretle, özellikle bağımlı çalışma unsurunun işveren için kolayca uygulanma olanağı sağlanmıştır. Başka bir deyişle sigortalı sayılabilmek için, hizmet sözleşmesindeki bağımlılığın üstünde, gerçekleştirilmesi mümkün gerçek bağımlı çalışma koşulu aranacaktır. Yok, eğer, çalışan, işgücünü, belirli ya da belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmaya yükümlü olmayarak, işverenin buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi, Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi gereği istisna akdine dayanıyor demektir” (Yargıtay 10.HD, 18.06.1990, E.1990/2951, K.1990/6089, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

³⁰¹ “(...) Diğer unsur olan bağımlılık ve bu kapsamda ele alınması gereken zaman unsuru, hizmet akdinin ayırt edici özelliğidir. (...) Bağımlılık, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, İş Hukuku'nun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da, işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir. Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunmasıdır. Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır. (...) Somut olayda; davacı, yeni doğan bebeklerden kan örneği alma işini yapmaktadır. İşin tanımlanan niteliği, özel ve belirli bir organizasyon altında, hastane ortamının kendine özgü duyarlılığı içinde hareket etmeyi zorunlu kılmakta olup, çalışmaların hizmet akdinin bir unsuru olan bağımlılık ögesinin dışlanarak yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, Kimya Meslek Lisesini bitirdikten sonra, uzun yıllar ekonomik kaygı duymaksızın davalı dernekte sadece gönüllülük esasına göre çalışmanın kabulü, hayatın olağan akışına ve sosyo-ekonomik gerçeklere de

menfaatine yöneldiği ve öylelikle yapıldığı sürece, bağımlılık ilişkisi dolaylı da olabilir³⁰². Sonuç olarak “bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır”³⁰³.

Kıta Avrupası’nda ve ülkemizde hukuki bağımlılığı esas alan yaklaşımın kökleri genel olarak Fransız Yargıtay’ının XX. Yüzyılın ilk yarısında verdiği

uymamaktadır” (Yargıtay HGK, 02.02.2005, E.2004/10-737, K.2005/26, www.mevbank.com, 24.04.2006); Benzer başka kararlar da vardır: “Davalı firmanın merkezi Almanya’da bulunan hasta taşıma (Ambulans) servisi olduğu ve Türkiye’de hastalanan kişilerin Almanya’ya nakli işini yürüttüğü anlaşılmaktadır. Davalı firmanın davacıya gönderdiği anlaşma metninde "... davacının görevinin Türkiye’deki hastaları tedavi eden hekimlerle temas kurmak, hastalığın teşhisi ve hastanın taşınmasının mümkün olup olmadığı ile nakliye aracı ve zamanı konusunda, daha sonra tıbbi nakliye standartları dikkate alınarak hızlı bir geri taşıma gerçekleştirebilmesi için öneriler hazırlamak olduğu, davacıdan istenilen çalışma şartlarının bütün yıl hazır bulunmak (ağırlıklı olarak yaz aylarında Haziran’dan Eylül’e kadar) ve ADAC - Doktorunun karar vermesine yardımcı olmak..." şeklinde görevlerinin belirtildiği ve yine 28.8.1995 tarihli faks mesajında davacıdan yaz sezonu olan Haziran - Eylül ortasına kadar anlaşma gereği Pazartesi’den - Cumartesi’ye olan çalışma günleri temel süre olarak 09.00’dan - 20.00’ye kadar hazır beklemesi istenmektedir. Yine taraflar arasında ücretin götürü ücret olarak da kararlaştırıldığı aynı yazışmalarda anlaşılmaktadır. (...) Davalı belli bir süre göstermek suretiyle davacının çalışmasını istemekte ve çalışmasının hangi konuları kapsadığını ve kendisinden talimat alınacağını belirtmektedir. Çalışma süresi belirtildiği gibi gösterilen çalışma saatlerinde kendilerinden emir ve talimat beklenmesi, izne ve tatile çıkmadan önce kendilerine bilgi verilmesi istenmektedir”. Yine işin ekonomik riskinin de davalıya ait olduğu yazışmalardan anlaşılmaktadır. Bütün bu anlatımlar karşısında taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olmayıp hizmet akdi olduğu ve hizmet akdinin temel unsurları olan zaman ve bağımlılık özelliklerinin ilişkide ağır bastığı belirlenmekle ve yine mahkemenin kabul ettiği şekilde işveren - işveren temsilciliği ilişkisinin hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özellikleri karşısında olayda mevcut olamayacağı ortada iken mahkemenin aksi düşünce ile dava dilekçesini görev yönünden reddetmesi hatalı olduğundan kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir. (Yargıtay 9.HD, 09.02.1999, E.1998/18888, K.1999/1810, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).; “Fransa’da ikamet eden davacı ile İstanbul’da faaliyet gösteren davalı yayıncılık şirketi yazılı olarak yapılan sözleşmenin 2. maddesinde yer aldığı gibi davacının yurtdışında davalının yayın danışmanlığını ve temsilciliğini yapmak, davalıya yayınlanmak üzere kitaplar seçmek ve önermek, yurtdışında halkla ilişkiler ve tanıtım konusunda danışmanlık yapmak, yayınevının iç ve dış imajına katkıda bulunmak ve telif hakları davalıya ait Türkçe yayınların yurtdışında telif satışını gerçekleştirmek üzere akit yapmışlardır. 5. maddede bu görevlere maddeler halinde açıklık getirilmiş ve ayrıca davacının yapacağı yazarlık ve çevirmenlik işleri için yeni bir sözleşme yapılacağı hükmü getirilmiştir. Üçüncü maddede davacıya aylık maktu ücretle birlikte ayrıca önerdiği kitapların satış fiyatının %2 sinin de telif olarak ödeneceği belirtilmiştir. Mahkemece aradaki sözleşmenin danışmanlık sözleşmesi olduğu, davacının Fransa’da yaşadığı, işverenin denetimi ve gözetimi altında işyerinde çalışmadığı bu nedenle hizmet akdi niteliğinde olmadığı gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiştir. Söz konusu sözleşmede, davacı kendi işgücünü, belli bir ücret karşılığı ve ona bağımlı olacak şekilde davalı işverenin emrine vermeyi taahhüt etmektedir. İş, ücret ve bağımlılık unsuru gerçekleşmiştir. Bizzat davalının gösterdiği işyerinin yurtdışı olması, davacının Fransa’da ikamet etmesi bağımlılık unsurunun yokluğu anlamına gelmez. Böyle olunca taraflar arasındaki sözleşme iş sözleşmesi niteliğinde olmakla yazılı şekilde işin esasına girilmeden görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup bozma nedenidir”(Yargıtay 9.HD, 03.06.2004, E.2004/1550, K.2004/13370, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

³⁰² Yargıtay 13.HD, 26.11.1994, E.1994/10149, K.1994/10482, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006.

³⁰³ Yargıtay HGK, 02.02.2005, E.2004/10-737, K.2005/26, www.mevbank.com, 24.04.2006.

kararlara kadar uzanmaktadır. O nedenle, anılan kurumun konuya ilişkin tutumunun da incelenmesi yararlı olacaktır.

Fransız Yargıtay'ı 6 Temmuz 1931 yılında verdiği “*Bardou*” kararıyla, “*çalışanın, kendisi için çalıştığı kişi karşısındaki hukuki durumunun, zayıf konumuna veya iktisadi anlamda bağımlı olmasına dayanılarak belirlenemeyeceği, ancak taraflar arasındaki sözleşmenin belirleyici olabileceği, kişinin ücretli sayılabilmesi için kendisi için çalıştığı kişiyle arasında bir hukuki bağımlılık ilişkisinin bulunması gerektiği, bahse konu sözleşmenin ise çalışanın işverenin emri, yönetimi ve denetimi altında bulunması sonucunu doğurmasının şart olduğu*” içtihadını benimsemişti³⁰⁴. Zaman içinde bu içtihat olgunlaşmış ve “ücretli” kavramından, “*gerçekleştirilen faaliyetin risklerini üstlenen ve kârından tek başına yararlanan bir başkasının emri altında çalışan kişinin; daha somut ifadeyle bir iş organizasyonu içinde başkası yararına çalışan kişinin*” anlaşılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Burada çalışan kişinin mesleğinin ya da sözleşmenin vadesinin önem taşımadığı çünkü ortada bir “*sosyal statü*” olduğu ve kamu düzeninden sayılması gerektiği kabul edilmekteydi³⁰⁵. 1996 yılına gelindiğinde ise Fransız Yargıtay'ı kavramı biraz daha daraltan bir yorumla, bağımlılık ilişkisinin belirleyici özelliğinin, “*işin, emir ve talimat verme, çalışmayı denetleme ve bağımlı kişinin kusurlu davranışı halinde ona yaptırım uygulama yetkisine sahip bir işverenin yönetimi altında yerine getirilmesi*” olduğu içtihadında bulunmuştur. Karara göre, bir iş organizasyonu çerçevesinde çalışmak, yalnızca işveren işin yerine getirilmesi koşullarını tek taraflı olarak belirliyorsa bir bağımlılık göstergesi olabilir³⁰⁶. 19 Aralık 2000 tarihli “*Labbane*” kararında ise “*sözleşmenin gerçek niteliğinin belirlenmesinde, taraflarca sözleşmeye verilen ada değil, uyumsuzluk konusu faaliyetin yerine getirildiği koşullara bakılması gerektiği*” vurgulanmıştır³⁰⁷. Bahsedilen karara konu sözleşmenin adı, –taksi sahibi şirket ile bağımsız çalışan kiralayan şoförden oluşan- taraflarca “*taksi kiralama*

³⁰⁴ Jean Pélissier, Alain Supiot ve Antoine Jeammaud, **Droit du travail**, 21.bası, Dalloz, Paris, 2002, s.190.

³⁰⁵ Lyon-Caen, 1995, s.23.

³⁰⁶ Pélissier, Supiot ve Jeammaud, a.g.e., s.192.

³⁰⁷ Aynı şekilde, Alman İş Hukukunda da “*bir iş ilişkisinin bulunup bulunmadığına objektif olarak karar verilmesi ve tarafların nitelemesine bakılmaması*” gerektiğinin kabul edilmektedir (Wolfgang Blomeyer, “Almanya’da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler” (Çev.:Tankut Centel), **Çalışma Hayatında Esneklik Semineri**, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, İzmir, 1994, s.211).

sözleşmesi” olarak belirlenmiştir. Fransız Yargıtay’ı bu sözleşmenin kiracının kiralayana bağımlılık hali içinde bulunması nedeniyle gerçekte bir iş sözleşmesi olduğu sonucuna varmıştır. Burada iktisadi bağımlılık unsuruna bir geri dönüşün söz konusu olmadığı, ortada bir sözleşmenin var olduğu ve ücretli olmanın temel koşulu olan “ taraflar arasındaki sözleşmeden doğma şartının” halen geçerli olduğu –yani hukuki bağımlılık görüşünden taviz verilmediği- hususlarının altı çizilmelidir³⁰⁸.

Nihayet, Fransa’daki Labbane kararına benzer bir dizi kararın Türk Yargıtay’ınca da uzun yıllardır istikrarlı olarak verilmekte olduğunu eklemek gerekir. 1973 yılında verilen bir kararda, “*sözleşmede ``müteahhit`` olarak adlandırılan kimse ile davacı işveren arasında zaman ve bağımlılık öğeleri gerçekleşecek biçimde hizmet akdi ilişkisi bulunduğu, bu durumda Borçlar Yasası’nın 355. maddesinde öngörülen biçimde bir eser oluşturulmasının söz konusu olmadığı, kaldı ki anılan yasanın tarafların gerçek amaçlarının göz önünde tutulması gerektiğini belirttiği*” vurgulanmıştır³⁰⁹. 1986 yılında verilen bir kararda, çalışmanın hangi ilkeler doğrultusunda olduğunun “*hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde saptanacağı*” zikredilirken³¹⁰; 1987 tarihli bir Hukuk Genel

³⁰⁸ Pélissier, Supiot ve Jeammaud, a.g.e., s.193; Labbane Kararı hakkında özgün bir inceleme ve karar metni için bkz.: Antoine Jeammaud, “L’avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail À propos de l’arrêt Labbane”, **Droit social**, No:3, Mars 2001, 227-238.

³⁰⁹ Yargıtay 10.HD, 21.09.1973, E.1972/769, K.1973/402, www.kazanci.com.tr, 24.04.2006.

³¹⁰ “*Davalıların, Belediye’ye ait merkez sebze ve meyve halindeki 69 numaralı kuru ve yaş sebze, meyve komisyonculuğu işyerinin işverenleri oldukları, işyerinin Kurum’un 115883-33 sayılı dosyasında tescilli bulunduğu adı geçen hamalların anılan işyerinde, üreticiden gelen ve pazarlanan malların yükleme ve boşaltma işlerini yaptıkları yönleri uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, davacılara ait bu işyerinde çalışan bu hamalların bu çalışmalarının sigortalı sayılıp sayılmayacağı noktasında toplanmaktadır.(...) Borçlar Kanunu’nun 313 üncü maddesi hizmet akdini, "işçi belirli veya belirli olmayan bir hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüd eder" şeklinde tanımlamıştır. Anılan tanımlamaya göre, bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için işgücünü belli veya belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmada yükümlü olması ve "zaman" unsuruyla "bağımlılık" unsurunun gerçekleşmesi gerektiği yönü açık seçiktir.*

Tanıklar, adı geçen hamalların davalılara ait işyerinde tahmil ve tahliye işi yaptıklarını, ücretlerini davacılar tarafından üreticiden kesilen ve işyerinde toplanan paradan aldıklarını, açıkça bildirmiş olmalarına karşın Belediye Yasası uyarınca çıkarılan Hal Yönetmeliği gereğince ve yeterince değerlendirilmeksizin yanlış yorumlanmak suretiyle tanık sözlerine itibar edilmemiştir. Hal böyle olunca, bu kişilerin davacılara ait işlerinde açıklanan ilkeler doğrultusunda çalışıp çalışmadıklarının hiç bir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde saptandığı söylenemez.

Mahkemece yapılacak iş, davacılara ait işyerinde çalışan hamalların yalnız davacıya ait işleri mi yaptığı; yoksa, iş oldukça başka işverenlere ait işleri de yapıp yapmadıkları, üreticiden alınan, tahmil ve tahliye işlerine ait ücretlerin nerede toplandığı ve ne şekilde ve kimin tarafından ödendiği, çalışma biçimine ve süresine, etkili emir ve talimat vermeğe yetkili olup olmadıkları,

Kurulu kararında “yapılan işin ve olayın tüm özelliklerinin göz önünde tutularak taraflarının gerçek amaçlarının araştırılması ve hangi yolda ne gibi bir maksadın gerçekleştirilmek istendiğinin saptanması” gerektiği vurgulanmıştır³¹¹. 2004 yılında verilen bir kararda “somut maddi ve hukuksal olgulara göre iş sözleşmesinin asli unsurları olan "zaman", "bağımlılık", işverenin denetim ve gözetimi altında işin yapılması ve günlük ücret ödenmesinin” mevcut olduğu, “aradaki ilişkinin iş sözleşmesi ilişkisi” olduğu, “dava dışı şirketlerle imzalanan garanti sözleşmesi ya da orkestra üyelerinden biri ile imzalanan tek tip istisna sözleşmeleri”nin ve ücretin ödenme biçiminin, “ilişkinin iş ilişkisi olmadığı anlamına gelmeyeceği” sonucuna varılmıştır³¹².

özellekle hamalların işyerlerine göre mi tahsis edildikleri, yoksa dosya içeriğinde sözü edilen "Parnol" deyiminden ne kastedildiği araştırılıp o yolda mı çalıştırıldıkları, işyeri değişikliğinde yetkinin kinde olduğu gibi hususlarını sağlıklı ve kesin bir biçimde belirlemek ve sonucuna göre karar vermektir. Hal böyle iken, nizam ve disiplini ve işçileri işverenlere karşı sosyal ve ekonomik bakımdan korumayı amaçlayan Belediye Yasası gereğince çıkartılan Hal Yönetmeliği'nin yanlış değerlendirilmesi suretiyle eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum'un bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır” (Yargıtay 10.HD, 15.04.1986, E.1986/1432, K.1986/2280, www.mevbank.com, 24.04.2006).

³¹¹ “ (...) Davacılar Rüstem'in 25.10.1983 tarihli mukaveleye göre, davalı müteahhidin yaptırdığı binanın yağlı boya badana ve benzeri işlerini diğer davalılarla birlikte yaptıkları hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, taraflar arasındaki ilişkinin hizmet akti ilişkisi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Tüm davacı tanıkları; davacıların davalı müteahhidin inşaatında 1 yıl kadar işçi olarak çalıştıklarını, davalı şahidi Hüseyin ise, Rüstem'in mukavele yaparak işi götürü olarak aldığını söylemişlerdir. Davalı müteahhit tarafından Sosyal Sigortalar Kurumuna verilen 7.12.1984 tarihli işe giriş bildirgesinde Rüstem'in işe giriş tarihi 1.11.1984 olarak gösterilmiştir. Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1985/6 Esas sayılı dosyasında, aradaki ilişkinin istisna akti ilişkisi olduğunun kabulüne yeter delil, 25.10.1983 tarihli mukavelede ise, bu konuda açıklık bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, yapılan işin ve olayın tüm özellikleri göz önünde tutularak tarafların gerçek amaçlarını araştırmak ve hangi yolda ne gibi bir maksadın gerçekleştirilmek istendiğini saptamak gerekir” (Yargıtay HGK, 15.04.1987, E.1986/10-718, K.1987/332, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

³¹² “ (...) Davacı, davalıya ait otel işyerinde 1995 yılında yapılan anlaşma gereği orkestra elemanı olarak müzik hizmetinde bulunduğunu, davalının iş sözleşmesini haksız olarak sona erdirdiğini belirterek ihbar ve kıdem tazminatları ile bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Mahkemece savunmaya değer verilerek davalı ile dava dışı şirketler arasında ses ve saz sanatçısı temini amacıyla garanti sözleşmesi ile orkestra çalışanlarından biri ile yapılan tek tip istisna sözleşmeleri bulunduğu sözleşmelerde kimin görev alacağını belli olmadığı bu sözleşmelerin takım sözleşmesi de sayılamayacağı, fatura yolu ile yapılan ödemelerin orkestra elemanlarınca kendi aralarında paylaşıldığı arada hizmet akti ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Hükme dayanak yapılan garanti ve tek tip istisna sözleşmeleri incelendiğinde, çalışma saatlerini davalı işverenin belirleyeceği, davalının koyduğu kurallara uyulacağı, yapılacak işin davalı tarafından düzenlenip denetleneceği, çalışılmayan günler için ücret ödenmeyeceği düzenlemelerine yer verilmiştir. Ayrıca 1997-1998 yılları günlük ücretler doğrudan davalı işyerince tek taraflı olarak belirlenmiştir. Somut bu maddi ve hukuksal olgulara göre iş sözleşmesinin asli unsurları olan "zaman", "bağımlılık", işverenin denetim ve gözetimi altında işin yapılması ve günlük ücret ödenmesi mevcut olup aradaki ilişki iş sözleşmesi ilişkisidir. Dava dışı şirketlerle garanti sözleşmesi ya da orkestra üyelerinden biri ile imzalanan tek tip istisna

(b) Alternatif Yaklaşımlar

aa. İktisadi Bağımlılığı Esas Alan Yaklaşım

Hukuki bağımlılık dışındaki yaklaşımlar içinde çarpıcı olanlarından birisi “*iktisadi bağımlılığı esas alan*” görüştür. İktisadi bağımlılığı esas alan görüşlerin hareket noktası, işçinin ekonomik pazar yaşamına tek başına katılmasının mümkün olmaması ve ekonomik geleceğini belirleyememesi olgularıdır³¹³. Belirtilen görüşe göre işverenin işi ve üretim araçlarını sağlaması, o işten kazanç elde edip hizmet bedelini ödemesi ve işçinin faaliyetlerini düzenli olarak yönetebilmesi halinde iktisaden bağımlılığın oluşmuş olup, bu da iş sözleşmesinin kurulması için yeterli olmalıdır. İşverenin doğrudan emir ve talimat vermemesi, işçiyi gözetim ve denetimi altında tutabileceği bir hiyerarşinin bulunmaması sonucu değiştirmez³¹⁴. Burada çalışan kişinin, kendisini asıl olarak geçindiren geliri işveren için yaptığı işten kazanmasının ve tüm çalışmasını düzenli gelir elde ettiği işverene hasretmesinin; yani “*ücrete bağımlı olmasının*” koşul olduğunu vurgulamak gerekir³¹⁵.

Küreselleşme sürecinde yaşanan değişimin işgücü piyasalarını geçmişte sanayi devrimiyle başlayan vahşi kapitalizm devrine benzer bir hale geri götürdüğü yer yer dile getirilmektedir. Klasik istihdam modelinin aksine “*istihdamın dışsallaştırılması*” suretiyle işyerinde işçinin sürekli olarak çalıştırılmasından kaynaklanan maliyetlerden kaçınılmaktadır³¹⁶. O zaman bağımlılık ölçütünün de esnekleşmek bir yana giderek gevşediğinden bahsedilebilir. Öğretide şu anda fazla üstünde durulmasa da geçmişte kabul edilen “*iktisadi bağımlılık*” ölçütünün en azından diğer ölçütlere ek olarak zaman içinde tartışılması zorunlu hale gelebilir.

sözleşmeleri ile ücretin ödenme biçimi aradaki ilişkinin iş ilişkisi olmadığı anlamına gelmez. Kaldı ki davalı aleyhine açılan emsal -davalarla ilgili kararlarda bu konu kesinleşmiştir. Yazılı şekilde red kararı verilmesi hatalıdır” (Yargıtay HGK, 15.12.2004, E.2004/9-422, K.2004/726, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

³¹³ Öner Eyrenci, “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (MESS Yay.No:162), İstanbul, 1991, s.5.

³¹⁴ Kamil Turan, **Ferdî İş Hukuku**, KAMU-İŞ, Ankara, 1993, s.13.

³¹⁵ Sözer, 1991, s.135; Güzel, Bağımlılık, s.103.

³¹⁶ Çelik, a.g.e., s.75.

Böyle bir tartışmada ekonomik bağımlılığın sözleşme ilişkisinden kaynaklanmasının, hukuki bağımlılık kuramına etki edip etmeyeceği ele alınabilir³¹⁷. Ancak günümüzde iktisadi bağımlılık, temel ölçüt olarak benimsenmese bile tümüyle vazgeçilmiş de değildir. Özellikle sosyal güvenlik hukukunda, hukuken bağımlı olmadıkları ve fakat iktisaden bağımlı oldukları görülen pek çok kişi *-sosyal kaygularla-* iş sözleşmesine göre çalışanlar gibi koruma altına alınmışlardır³¹⁸.

bb. Bağımlılık Unsurunun ve İş Sözleşmesinin Başkalaşacağını Öngören Yaklaşımlar: “Faaliyet Sözleşmesi” Örneği

Günümüz çalışma ilişkilerinde, *-görelî olması ve sınırda bazı durumlara sebebiyet vermesi nedeniyle-* bağımlılık unsurunun eski önemini yitirdiğine ilişkin görüşler de yer yer telaffuz edilmektedir³¹⁹. Bununla birlikte, bağımsız çalışma ile bağımlı çalışma arasındaki sınırlarda görülmeye başlanan kesişme noktalarının *“bağımlılık ilişkisini iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olma özelliğinden yoksun kıldığı veya iş sözleşmesi olarak nitelenmesinde hemfikir olunan bazı sözleşmelerde bu ilişkiyi silikleştirdiği”* sonucuna da varmamak gerekir³²⁰. Böyle bir sonuç, yaşanan dönüşüme aşırı bir anlam yüklenmesi anlamına gelebilir. Her şeye rağmen sanayileşmiş ülkelerde dahi işçilerin önemli kısmı halen klasik istihdam modeline göre çalışmaktadır ve gelecekte anılan modelin tümüyle ortadan kalkacağına dair

³¹⁷ Arzu Kuban, “Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Semineri**, Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü – İstanbul Barosu Başkanlığı, İstanbul, 6-7 Haziran 1997, s.63.

³¹⁸ Örnek olarak düşünür ve yazarlar, güzel sanat kollarında çalışanlar ve genelev kadınları gösterilebilir (Güzel, Bağımlılık, s.103).

³¹⁹ Tunçomağ ve Centel, a.g.e., s.51; “Yeni bilişim ve iletişim teknikleri iş ilişkisini şüphesiz yirmi yıldır bilinen şu yönlerden dönüştürmeye devam edeceklerdir: Daha az bağımlılık ve iş görme borcu, daha çok bağımsızlık ve sonuç sorumluluğu” (Jean – Emmanuel Ray, **Le droit du travail à l'épreuve des NTIC**, 2.Bası, Editions LIAISONS, Paris, 2001, s.263); “Öncelikle, taraflar arasındaki mücadele düşüncesi ile anılan iş hukukunun, sözleşmesel dayanışma penceresinden anlaşılması güçtür. Bağımlılık sonuç olarak işbirliği ile zor bağdaştır değil midir? Bununla birlikte, bireysel iş ilişkisinde iyi niyetin öneminin artmasıyla, iş hukukunda dayanışmacı bir öğreti çekinerek de olsa belirlemekte ve işbirliği mantığından hareketle iş ilişkisi üzerinde tekrar düşünmeyi önermektedir” (Pascal Lokiec, **Contrat et Pouvoir (Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels)**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2004, s.122).

³²⁰ Commissariat général du plan, **Le travail dans vingt ans (Rapport du groupe présidé par Jean Boissonnat)**, Odile Jacob, 1995, s.88 vd.’ndan aktaran: Jeammaud, 2001, s.228.

kesin bir yargıda bulunmak şimdilik mümkün değildir³²¹. Bağımlılık ilişkisi öneminden bir şey kaybetmiş değildir ancak daha esnek değerlendirilmesi ve içeriğinin yeni gelişmelere uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir³²².

İş sözleşmesinin dönüştürülmesi hakkındaki görüşlere çarpıcı bir örnek kısaca “*faaliyet sözleşmesi*” (contrat d’activité) olarak ifade edilebilecek Fransa’daki akımdır. Aslında “*faaliyet sözleşmesi*” terimi yeni değildir: Daha önce, Weimar Cumhuriyeti Almanyası’ndaki iş hukuku düzenlemelerinde kabul görmüş ve merkezi bir konumda yer almıştır³²³. Anılan akımda, “*iş sözleşmesi*” kavramının yerine gelecekte “*iş-eğitim sözleşmesi*” veya bir başka deyişle “*faaliyet sözleşmesi*” kavramının ikamesinin gerekeceği, bu sözleşmeler gereği 2015 yılında her çalışanın faal ömrünün yüzde onu kadar zamanı kendini geliştirmeye ve eğitime ayırmak durumunda kalacağı iddia edilmektedir³²⁴. LYON-CAEN anılan sözleşmedeki “*faaliyet*” kavramını, ücret veya başka bir karşılık mukabilinde vuku bulan, başkasına bağımlı veya az-çok değişik derecelerde bağımsız olarak ifa edilen, riskleri üstlenen başkası yararına veya riski de kendisine ait olmak üzere kendi yararına gerçekleşen bir olgu olarak tanımlamaktadır. Yazara göre, tüm bu durumlara uygulanacak ortak kuralların büyük kısmı tasarlanabilir, hayata geçirilebilir kurallardır: Günümüz pozitif hukukunda zaten bağımlı veya bağımsız her türlü faaliyete ortak olarak uygulanan azımsanmayacak sayıda düzenleme vardır³²⁵. “*Faaliyet sözleşmesi*” yaklaşımı özellikle, bir kimsenin esas gelirini bir başka kimseden elde ettiği halleri kapsamaktadır. İş zinciri sözleşmesi, anılan durumun

³²¹ Kuban, a.g.m., s.49; Örneğin Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde kısmi süreli çalışanların toplam istihdama oranı 1995’de %16 iken 2000 yılında %17,5 olmuştur. Aynı şekilde 1994’de %8,9 olan -belirli süreli işçiler dâhil- geçici çalışan oranı %12,5 olmuştur. 1995’de %15,8 olan kendi hesabına çalışanların oranı ise 2000 yılında %14,8’e düşmüştür (Faruk Sapancalı, **Sosyal Dışlanma**, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları (Yay. No: 09 . 1600 . 0000 . 000 / DK . 03 . 048.314), İzmir, 2003, s.152-153).

³²² Süzek, 2006, s.194; Ali Güzel, “Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Semineri**, Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü – İstanbul Barosu Başkanlığı, İstanbul, 6-7 Haziran 1997, s.18.

³²³ Jacques Le Goff, **Droit du travail et société (Tome I: Les relations individuelles du travail)**, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2001, s.274.

³²⁴ Jean, Boissonnat, “Ce n’est pas le travail qui manque! (A condition que nous sachions le réinventer)”, <http://dossiers.edicom.ch/temps/ts72/travail2.html>, 11.05.2006.

³²⁵ Lyon-Caen, 1995, s. 25.

tipik örneği olarak gösterilebilir³²⁶. BOISSONAT da çalışmanın kurumsal ve yasal çerçevesinin tekrar oluşturulmasının şart olduğu görüşündedir. Yazara göre yeni hukuk sistemi, iş yaratılması ile işçinin korunmasını uyumlulaştırma amacına yönelik olarak, iş sözleşmesini ortadan kaldırmayıp onu da kapsayan yeni bir kavramsallaştırmaya gitmeli ve “*faaliyet sözleşmesi*” ni benimsemelidir. Faaliyet sözleşmesi, tarafların hak ve borçlarını içeren ve zaman olarak bir hayli uzun, beş yıl süreli tasarlanmış bir sözleşme olmalıdır. Bu süre, işletmelerde üretken çalışma dönemlerinin yanı sıra, eğitimde geçen çalışma dönemi ile sosyal (örneğin ailevi nedenli) amaçlı izin dönemlerini de kapsar. Belirtilen dönemler boyunca “faal kişi” (aktif) nin, sosyal güvenceleri devam edecek; buna karşılık ücretlendirilme tarzı hissedilir şekilde değişebilecektir. Sözleşme, “faal kişi” ile serbest piyasa esaslarına göre kurulmuş bir işletmeler ağı ve diğer kamu veya özel şahıslardan (ticaret odaları, okullar, çeşitli dernekler vs.) oluşan bir topluluk arasında bağtlanacaktır. Geçici olarak siparişlerinde düşme yaşayan bir işletme, işçilerinin bir kısmını bir başka işletmeye ödünç olarak verebilecek, kısmi süreli çalıştırabilecek, eğitime gönderebilecek, bir süreliğine bağımsız bir faaliyette bulunmalarına yardımcı olabilecek veya kendi yararlarına başka sosyal faaliyetler için serbest zaman bırakabilecektir. Bütün bu zamanlar boyunca çalışan, belirli görevleri yerine getirmek koşuluyla faaliyet sözleşmesinin güvencelerini muhafaza edecek; işsizlik girdabına atılmayacaktır. Faaliyet sözleşmesinin ise mutlaka bir alt iş sözleşmesi içermesi yani faal kişinin bir işletme veya bir organizasyon tarafından çalıştırılması zorunludur. Yazara göre, bugünden yarına gerçekleştirilmesi mümkün olmasa da böyle bir dönüşümün, sosyal tarafların anlaşmaları yoluyla kademeli olarak uygulamaya konulması mümkün olabilir ve sürekli olarak güç kaybetmekte olan sendikalar için bu yeni anlayış bir fırsat teşkil edebilir³²⁷.

2. (Tip Açısından Zaruri) Karşı Edim: Ücret

İş sözleşmesinde işçinin süre ve bağımlılık temelinde iş görmesi ediminin karşı edimi işverenin ücret adı altında bir karşılık ödemesidir (İş K.md.8/I). Ücret iş

³²⁶ Larré ve Wauquier, a.g.e., s.38.

³²⁷ Boissonnat, Ce n'est pas le travail qui manque...

sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır³²⁸. Ücret karşılığı olmaksızın hukuken bağımlı olarak belirli ya da belirsiz süreli iş görmenin borçlanıldığı sözleşme ilke olarak “iş sözleşmesi” değil “vekâlet sözleşmesi”dir³²⁹. Böyle bir iş görme edimi hukuken borçlanılmamışsa o zaman “yardım ve nezaket fiili” söz konusudur³³⁰. Başka bir deyişle ahlaki bir görev olarak veya hatır için ücretsiz iş görülmesi, iş sözleşmesinin oluştuğunu göstermez³³¹. Öte yandan, sigortalılık açısından ücretin koşul olmadığını, çünkü sosyal sigorta ilişkisinin iş ilişkisinden daha geniş bir kavram olduğunu eklemek gerekir³³².

Yargıtay’a göre ücret, “görülen iş karşılığı işverenin belli bir zaman dilimi için ödemiş olduğu bedeldir”³³³. Süre ve bağımlılık temelinde bir iş görme gerçekleştirilmişse ve bu yasal bir çalışma zorunluluğu olmamasına rağmen yapılmışsa, ilke olarak ücret ödenmesi gerekir; aksi durum hayatın olağan akışına ters düşer, kural olarak her iş bir ücreti gerektirir³³⁴. Ayrıca, “çalışmanın ücretsiz oluşu ile ücretli olup da belli edilmemiş bulunmasını birbirinden ayırt etmek gerekir. İkinci halde şayet diğer unsurlar varsa, salt ücretin belli edilmemesinden ötürü iş sözleşmesinin yokluğundan söz edilemez. Böyle bir durumda ücret asgari ücretten az olmamak üzere, rayiç esas üzerinden belli edilir”³³⁵. Ücretin maktu olması şart değildir; yapılan iş ölçü alınarak götürü ücret alınması iş sözleşmesi niteliğini

³²⁸ Narmanlıoğlu, 1994, s.138; Süzek, 2006, s.190; Turan, a.g.e., s.13; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, a.g.e., s.48; “Hizmet akdinden söz edebilmek için ücret unsurunun varlığı şarttır” (Yargıtay 10.HD, 07.06.1977, E.1977/3789, K.1977/4372, Narmanlıoğlu, 1994, s.138).

³²⁹ Seza Reisoğlu, 1968, s.41; Süzek, 2006, s.190; Tunçomağ ve Centel, a.g.e., s.66; Bilgehan Taşman, **Bireysel İş Hukuku**, Cilt I, İstanbul, 1998, s.218.

³³⁰ Tunçomağ ve Centel, a.g.e., s.66.

³³¹ Yargıtay 9.HD, 18.06.2001, E.2001/8123, K.2001/10422, Süzek, 2006, s.190.

³³² Sözer, 1991, s.136; Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir: “Sosyal Sigortalar açısından hizmet akdinin unsurları zaman ve bağımlılıktır” (Yargıtay 10.HD, 27.01.2005, E.2004/9744, K.2005/315, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006); “Bir kimsenin sigortalı sayılması için hizmet akdine göre çalışması yeterli olup ücretin ödenme biçimi sonuca etkili değildir” (Yargıtay 21.HD, 04.02.1997, E.1997/544, K.1997/573, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006). 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu md.82/2’de de “günlük kazançları yukarıdaki fıkrada belirtilen alt sınırın altında olan sigortalılar ile ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden, günlük kazançları üst sınırdan fazla olan sigortalıların günlük kazançları da üst sınır üzerinden hesaplanır”, denilmek suretiyle aynı husus vurgulanmıştır.

³³³ Yargıtay HGK, 16.04.2003, E.2003/9-308, K.2003/303, www.mevbank.com, 24.04.2006.

³³⁴ Narmanlıoğlu, 1994, s.139; Yargıtay 9.HD, 22.12.1997, E.1997/17344, K.1997/21884, Çelik, a.g.e., s.73.

³³⁵ Yargıtay İBK, 18.11.1964, 2/4, 27.11.1964 Tarihli ve 11867 Sayılı RG, Süzek, 2006, s.190.

ortadan kaldırmaz³³⁶. Ancak, ilke olarak ücretin bir çalışma karşılığı olması gerekir: Çalışılmayan süre için ücret istenemez³³⁷.

Yirminci yüzyıl başlarında iş sözleşmesini eser sözleşmesinden ayıran belirleyici unsur olarak ücret öne çıkmıştı. Ücretin zamana göre olması durumunda ortada iş sözleşmesi; işin sonucuna göre belirlenmesi durumunda ise ortada eser sözleşmesi bulunduğu kabul ediliyordu. Ancak, zaman içinde parça başına ücretin yaygınlaşmasıyla ücretin belirleyiciliği ölçüt olmaktan çıkmıştır³³⁸. Hatta ücretin mutlaka nakden bir para edimi şeklinde ödenmesi her zaman şart değildir; karşılığın kısmen veya tamamen aynı olarak veya yatacak yer, elbise, yemek vs. olarak dahi ödenmesinin kararlaştırılması mümkündür³³⁹. İş Kanunu md.32/I’de geçen “*genel anlamda*” ibaresinin anlamı budur.

III. İş Sözleşmesinin Karakteristik (Tip Tayin Edici) Ediminin İsimsiz Sözleşmede Yer Almasının Anlamı

Süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimine rengini veren unsur olan bağımlılık, sadece iş sözleşmesini tespit etmeye yarayan teknik bir kavram değildir. Aslında ortada bir iktidar meselesi mevcuttur. İş Hukuku işverenin işçi üzerindeki iktidarını sınırlama amacına yöneliktir. Bağımlılığın ve dolayısıyla iş sözleşmesinin varlığı, klasik sözleşme hukukunun “*sözleşme özgürlüğü*”, “ *tarafların eşitliği*” gibi temel ilkelerine karşıt sonuçlara yol açar. İrade özgürlüğünü esas alan sözleşme hukukunun aksine, iradenin bağımlılığının temel alınmasının yarattığı çelişki iş hukukunu besleyen damarlardan biridir: “*Tarafların özgür iradeleriyle bağitlanan hizmet sözleşmesi aynı zamanda taraflar arasında bir hiyerarşi oluşturur*”³⁴⁰. İş hukukunun müdahaleci ve koruyucu anlamda gelişmesi, sadece işgücü piyasasını

³³⁶ Yargıtay 10.HD, 08.06.1995, E.1995/5048, K.1995/5358, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006; “*Hemen belirtmek gerekirse ücretin ödeme şekli hizmet akdinin oluşmasında önem taşımaz. Başka bir anlatımla ücret günlük muayyen bir miktar üzerinden ödenebileceği gibi prim veya bahşiş şeklinde de ödenebilir*” (Yargıtay 10.HD, 14.12.1998, E.1998/8419, K.1998/8824, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

³³⁷ Yargıtay 9.HD, 19.10.1999, E.1999/16029, K.1999/15954, Çelik, a.g.e., s.72.

³³⁸ Güzel, Bağımlılık, s.96, 124.

³³⁹ Seza Reisoğlu, 1968, s.41; Tunçomağ ve Centel, a.g.e., s.66-67; Ekonomi, 1987, s.74; Cevdet İlhan Günay, **İş Hukuku (Yeni İş Yasaları)**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.380; Taşman, a.g.e., s.217; Aksi görüş için bkz.: Mollamahmutoğlu, 1995, s.19.

³⁴⁰ Güzel, Bağımlılık, s.101-102, 106.

değil iktisadi piyasaları da etkiler³⁴¹. Örneğin çalışma saatlerinin düzenlenmesi ile aynı zamanda işçinin tüketime ayıracağı zaman da belirlenir. Çelişkinin kendini en fazla gösterdiği alanın ise, içinde iş sözleşmesine ait “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi*” bulunan “*isimsiz sözleşmeler*” olduğunu söylemek yanlış olmaz. İsimsiz sözleşme kavramı, sözleşme özgürlüğü ilkesinin doğrudan sonucudur ve içinde iş sözleşmesine ait karakteristik (*tip tayin edici*) edim bulundurması salt hukuk değil aynı zamanda bir sosyal politika sorunudur.

O halde, iş hukukunun klasik sözleşme hukukuna tamamen yaklaşmasının mümkün olamaması gerekir: Sözleşme serbestisi daima işçi aleyhine sonuçlar verir³⁴². Anılan hukuk dalının kendine özgü “*özelliği*” gereği, boşluklarının tamamıyla -içinden çıktığı- borçlar hukuku ilkelerine göre doldurulması her zaman uygun değildir³⁴³. İş hukuku hükümleri gerçekte borçlar hukukunun liberal hükümlerinin çalışma ilişkilerine uygulanmasını önlemek üzere getirilmiştir. O nedenle boşluk halinde çalışma ilişkilerine genel hükümlerin uygulanmasında mutlaka “*iş hukukunun temel ilkelerine uygun düşme*” koşulunun aranması gerekir³⁴⁴. Anılan ilkelerin başında “*işçi lehine yorum*” ve “*işçinin korunması*” ilkeleri gelmekte olup; Yargıtay iş sözleşmelerinin yorumlanmasında her ikisinden de

³⁴¹ Manfred Löwisch, “Sosyal Piyasa Ekonomisinde İşçinin Özgürlüğü”, Çev.: Tankut Centel, **İş Hukuku Dergisi**, Cilt:III, Kazancı Yayınları, 1993, s.22.

³⁴² Günümüzde gelinen noktada, iş hukukunun klasik sözleşme hukukuna eskisi gibi tamamıyla katılması hukuken zaten çok güç görünmektedir. Ancak, ekonomik koşullar ne olursa olsun, sosyal olarak da mümkün olmamalıdır. İş Hukuku kurallarının ortaya çıkışı çeşitli sosyal mücadele ve patlamalar sonrasında olmuştur ve gerilemesi de bu nedenle sosyal barışı bozabilir. Ayrıca iş hukukunun ve sosyal güvenlik hukukunun işçiyi koruyucu kuralları, iktisadi anlamda tüketicinin satın alma gücünün artırılması anlamına da gelir ve ekonomik krizleri engelleyici rol oynayabilir (Alpaslan Işıklı, **İş Hukuku**, 4.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002, s.9-10; Özellikle gelişmekte olan ülkelerde iş Hukukunun koruyucu kurallarının geriletilmesinin “*ucuz işgücüne dayalı ekonomik büyüme*” yönünde bilinçli bir tercih olduğu vefakat uygulamada tam tersine ekonomik sonuçlar doğurduğu yönünde bir inceleme için bkz.: Erdem Erdenk, “Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabette Karşılaştırmalı Üstünlüklere İlişkin Tercihlerin Gelir Dağılımına Etkisi ve Türkiye’nin Gümrük Birliği Tecrübesi”, **Prof.Dr.Toker Dereli’ye Armağan**, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt:55, Sayı, 1, İstanbul, 2006, s.1037 - 1057).

³⁴³ Örneğin, “*uzun müddet için yapılan hizmet akdinde, işçi hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır*” şeklindeki BK md.328 hükmü, 4857 Sayılı İş K. Md.25/I’den daha koruyucu bir hükümdür. Ancak, bu durum Borçlar Kanunu’nda istisna teşkil etmektedir.

³⁴⁴ Çenberci, 1984, s.43; Süzek, 1993, s.133-134; “*Esasen iradenin bağımsızlığı doktrinine karşılık olarak doğan iş hukukunda yaşamının hedeflerinden biri kuvvetliye karşı zayıf tarafı korumak ülküsüne yönelmiştir. Bu itibarla koruyucu iş kurallarını hükümsüz kılacak şartların kabulüne imkân yoktur*” (Yargıtay HGK, 10.11.1965, E.1964/9 - 634, K.1965/405, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

yararlanmaktadır. Örneğin “bir sözleşme hükmünün açık olmaması halinde”³⁴⁵, “işveren beyanlarının veya delillerin çelişkili olması halinde”³⁴⁶ veya “aynı güne rastlayan ödemelerin saatlerinin tespit edilememesi halinde”³⁴⁷ işçi lehine yorum ilkesi uygulanmıştır. “İş Mahkemesinin yetkisi”³⁴⁸ veya “işçinin bazı haklarından karşılıksız olarak vazgeçtiğinin iddia edilmesi”³⁴⁹ benzeri konularda ise işçinin

³⁴⁵ “1991 yılında ilk işe başlanıldığı sırada taraflar arasında düzenlenen hizmet akdinin 8/f bendinde “işveren işçiyi kendisine bağlı ve fakat başka işyerlerinde geçici ve sürekli çalıştırabilir.” hükmü konmuş ise de, değişik işyerlerinden yalnız İzmir'deki mi yoksa tüm ülkedeki işyerlerinin kastedildiği açık şekilde belirtilmemiştir. Bu sözleşmenin imzalandığı tarihte davalının İzmir dışında başka iş yerlerinin de olduğu belli değildir. Nitekim davacı uzun süre işverenin İzmir'deki muhtelif inşaat işyerlerinde çalıştırılmıştır. Sözleşmenin anılan maddesinin açık olmaması ve İş Hukukunun işçi lehine yorum ilkesi göz önünde bulundurulduğunda hizmet sözleşmesinin 8/f maddesinin yalnız davalının İzmir'deki işyerleri için geçerli olduğunun kabulü gerekir. Böyle olunca davacı kıdem tazminatı talep etmekte haklıdır” (Yargıtay 9.HD, 24.12.1997, E.1997/18436, K.1997/22429, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

³⁴⁶ “Taraflar arasındaki bir başka uyumsuzluk ise, ibranamenin altında ihtirazi kayıt olup olmadığı konusudur. Davacı işçinin sunduğu ibraname fotokopisinin altında dava konusu alacaklar yönünden ihtirazi kayıt bulunmakta, davalı işverenin sunduğu belge fotokopisinde ise bu ibare yer almamaktadır. Mahkemece ibranamenin aslı getirilmiş olup bu belgenin ise alttan ve üstten kesilmiş olduğu anlaşılmaktadır. İş Hukukunun işçiyi koruyucu ilkesi de gözetilerek anılan çelişkilerden hareket edilerek davacı işçi lehine yorum yoluna gidilmelidir. Böyle olunca davacının kanıtlanan fazla mesai, hafta tatili ve bayram, genel tatil alacaklarının kabulüne karar verilmelidir. Bu konuda bilirkişinin düzenlediği rapor ile davacı vekilinin bu rapora itirazları üzerinde durularak, gerekirse takdiri indirim yapılması hususu da düşünülme suretiyle bir karar verilmelidir” (Yargıtay 9.HD, 26.03.2002, E.2001/19795, K.2002/4950, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

³⁴⁷ “Bu konuda yapılacak iş, ihbar tazminatının davacı işçiyi ödendiği tarihin tespitinden ibarettir. Ödeme tarihi ile Kuruma başvuru tarihinin aynı güne rastlaması durumunda hangisinin daha önce gerçekleştiğinin tespitine çalışılmalıdır. Şayet ödeme saatinin tam olarak belirlenmemesi durumunda işçi lehine yoruma gidilmelidir” (Yargıtay HGK, 17.03.2005, E.2005/9 - 157, K.2005/178, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

³⁴⁸ “5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesine göre “İş Mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunan Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhu sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir...” Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacı İşçi Ankara'da çalıştığı dönem içinde kalan fazla mesai ve bayram tatili alacaklarını da talep etmiştir. Bundan başka çalışmasının ağırlıkla bölümü Ankara'da geçmiştir. Öteki batı ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de iş yargılaması işçinin korunması temel ilkesine uygun olarak özel bir düzenlemeye tabi tutulmuş ve bunun sonucu olarak da yargılamanın işçiler için en kolay şekilde mümkün mertebe en az masrafla ve en kısa sürede bitirilmesi için gerekli kurallara yer verilmiştir. 5521 sayılı Yasadaki yetki kuralı da bu kapsamda düşünülmeli ve yorumlamaya tabi tutulmalıdır. Kanun işçinin çalıştığı yeri özel olarak davanın açılacağı bir yer olarak öngörülmüştür. Davacı işçi bu kurala dayanarak ikametgâhının bulunduğu Ankara'da bu davayı açmayı tercih etmiştir. Son çalışmasının geçtiği yerde ve genel merkezin bulunduğu Bingöl'de bu davayı açabileceği gibi Ankara'da da açılmasında yasal bir engel yoktur” (Yargıtay 9.HD, 09.03.2000, E.2000/104, K.2000/2871, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

³⁴⁹ “Dayanak yapılan ibranamenin alt kısmında taksitler halinde ödenen kıdem tazminatı miktarı gösterilmiştir. Asıl olan işçinin haklarının tam ödenip ödenmediğinin tespitidir. Bu açıdan ibranameler dar yorumlanmak ve ödenmeyen alacaklar söz konusu ise hüküm altına alınmalıdır. İşçinin bazı haklarından karşılıksız olarak vazgeçtiğini kabul etmek işçinin korunması ilkesi ile bağdaşmaz. Aksi sabit oluncaya kadar geçerli kabul edilen, ihbar tazminatının ödenmediğini belirten ve işveren temsilcisinin imzasını da içeren iş müfettişliği raporu ve tutanağı tarihinin

korunması ilkesi uygulanmıştır. Delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği hallerde her iki ilkeye de başvurulmuştur³⁵⁰. Kanımızca, iş hukuku ile ilgili isimsiz sözleşmeler açısından da bakış açısının kural olarak benzer olması ve özellikle taraflar arasındaki bağımlılıktan kaynaklanan eşitsizliğin gözden kaçırılmaması gerekir. Ancak, ortada tam bir iş sözleşmesi bulunmayıp, sadece bazı unsurlarının sözleşmede kısmen yer alması bu yorumun uygulanmasını bir ölçüde zayıflatabilecektir.

Öte yandan günümüzdeki gelişmeler ve gidişat, iş sözleşmesi ile çalışan bağımlı işçiden, bağımsız çalışana doğru sürekli bir kayma bulunduğunu göstermektedir. Eski “işçi”, yeni “küçük girişimci” nin iş görmesi ise -genellikle henüz yeterince incelenmemiş “isimsiz sözleşmeleri” ortaya çıkarmaktadır. Bağımsız olduğu varsayılan bu küçük girişimci, kendisine “emir veren” konumundaki -çoğu zaman- “tek müşterisine” anılan isimsiz sözleşmelerle taşeronluk yapmaktadır³⁵¹. Aynı şekilde günümüzde neredeyse hâkim kavram olarak algılanmaya başlanan

ibranameden sonra olması karşısında ihbar tazminatının reddine karar verilmesi hatalıdır” (Yargıtay 9.HD, 15.05.2001, E.2001/5601, K.2001/8442, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

³⁵⁰ “Dosyadaki bilgi ve belgelere ve özellikle davalı tanığı Hatice Mert'in beyanına göre davacı rapor bitimi olan 23.11.1998 tarihinde işveren temsilcisini arayarak izin istemiştir. Keza davacı noter kanalı ile 24.11.1998 keşide tarihli ihtarname ile iş akdinin 23.11.1998 tarihinde feshedilmesi nedeni ve tazminatlarının ödenmesini işverenden talep etmiştir. Bu ihtarnameyi alan davalı işveren 3.12.1998 keşide tarihli ihtarname ile davacı işçiyi işe davet etmiştir. Bu olgulara göre davalı işverenin 23-24 ve 25.11.1998 tarihlerinde gelmediğine ilişkin tutanak tanzim etmesi ile davacının ihtarı üzerine karşı ihtarname çekmesi uygun bir davranış olmadığı gibi, 15 yıllık hizmeti olan bir işçinin tüm kıdem haklarını bertaraf ederek kendi isteği ile işten ayrılması hayatın doğal akışına aykırıdır. Kaldı ki davalı işveren bu yönde fesih hakkını kullanmadığı halde devamsızlık dışında birtakım nedenler ileri sürerek çelişkiye düşmektedir. Olayların gelişme seyrine göre davacı işçinin kendisinin hizmet akdini feshettiğini kabul etmek doğru değildir. Delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği durumlarda “işçinin korunması” ve “işçi lehine yorum” iş ilkelerinden hareket edilmelidir. Bu durumda ihbar ve kıdem tazminatlarının hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 9.HD, 13.04.2000, E.2000/1676, K.2000/5561, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006); “Olayların bu akışından davacının gerçekten ani olarak bir işinin çıkması üzerine izin almak zorunda kaldığı anlaşılmaktadır ki, davalı tanıklarından biri de bu durumu doğrular nitelikte açıklamada bulunmuştur.8 sene işyerinde çalışan niteliksiz bir kadın işçinin işsizliğin hüküm sürdüğü ülkemizde kolay kolay yeni bir iş bulamayacağı bilinen bir gerçektir. Kaldı ki davacı olayın hemen ertesi günü bölge çalışma müdürlüğüne başvurarak durumu yetkili mercie intikal ettirmiş ve konu hakkında soruşturma yapılmasını istemiştir. Bu şikâyet de kendisinin samimi olduğunu gösterecek niteliktedir. Davacı gibi bir işçinin işyerinde vuku bulan aleyhindeki bir durumu kanıtlamakta ne kadar güçlük çekeceği de düşünülmelidir. İşveren ise talimat verme durumunda olup işçi çalıştıran kişi sıfatıyla kolaylıkla yararına deliller bulabilir ve tanıklar dinletebilir. İş Hukukunda işçinin korunması temel ilkesi bu delil bulma gücü karşısında işçi lehine yorum yapılmasını gerektirir. Böylelikle ülkemizde de sosyal gelişmeler sağlanabilir” (Yargıtay 9.HD, 27.04.1999, E.1999/6279, K.1999/8076, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

³⁵¹ Lyon-Caen, 1995, s.24; Kuban, a.g.m., s.65.

“esneklik” kavramının iş hukukuna yansımaları, sosyal taraflar arasındaki ilişkilere devletin katı kurallar koyarak müdahil olmaması şeklinde olmaktadır. Bu durum tarafların iradelerine öncelik tanınmasını öngören sözleşme özgürlüğü ilkesinin çalışma hayatına geri dönmesi anlamına gelmektedir³⁵². Oysa iş hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak ayrılmasının “işçinin işverene bağımlılığı” ve “işçinin fiziki güvenliğinin korunması” gibi temel nedenleri vardı. İş ilişkisinde tarafların kuramsal planda eşit addedilmesi adaletsiz sonuçlar yaratmaktaydı ve reddi gerekirdi³⁵³. İş sözleşmesi genellikle şartları işverence belirlenen, işçinin sadece irade beyanıyla benimsediği bir iltihaki (katılmalı) sözleşmeydi ve işçiyi koruyucu hükümler bu nedenle de gerekirdi³⁵⁴.

Günümüzde ise iş hukuku, yaşanan küreselleşme dalgasıyla –ve çeşitli atipik çalışma biçimleriyle- geçtiğimiz yüzyılda zorunlu nedenlerle koptuğu sözleşme hukukuna giderek yaklaşmaktadır. Sözleşme hukukunda ise genel bir dengesizlik hali göze çarpmaktadır. Dengesizleştirilmiş sözleşme ilişkileri sözleşme hukukunun önemli bir niteliği haline dönüşmekte; yaşanan dönüşüm sonucu üç önemli oluşum ortaya çıkmaktadır: Hukukun giderek parçalanması, yeni koruma araçlarının belirmesi ve sözleşme hukuku dikkatle incelendiğinde arkasında tarafların bağımlılığının gözlemlenebilmesi³⁵⁵. O halde ilerleyen yıllarda iş hukuku isimsiz sözleşmelerinin daha fazla incelenmesi zorunlu hale gelecektir.

³⁵² GÜZEL, İşçi Kavramı, s.16 - 17.

³⁵³ Sarper Süzek, “İş Hukukunun Düzenleme Boşluklarının Doldurulması”, **İş Hukukunun Ulusal ve Uluslararası Temel ve Güncel Sorunları Semineri**, Ankara, 1993, s.130-131.

³⁵⁴ Elbir, 1987, s.62.

³⁵⁵ Urwana Coiquaud, **Le travail non salarié dépendant: étude de droit comparé France – Canada**, Thèse de doctorat effectuée en cotuelle à l’École des relations industrielles Faculté des Arts et des Sciences Université de Montréal et à l’Institut de droit des affaires Faculté de droit Université d’Aix – Marseille III, 2004, s. 73.

IV. İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmelerin Tabi Olacağı Kuralların Belirlenmesi Sorunu

A. Standart Bir Teorik Yöntem Belirlemenin İmkânsızlığı ve Esnek Bir Yaklaşımla İlk Saptamaları Yapmanın Pratik Yararı

Bir somut olayda karşı karşıya kalınan her bir isimsiz sözleşmenin yorumlanması öncesinde “*veri niteliğindeki*” bazı objektif hususların sistemli olarak araştırılması gerekir. Gerçekten, olaydaki isimsiz sözleşmenin şemasının yapılarak edimlerinin ayrıştırılması, hangi edimin hangi tipe ait olduğunun ve niteliğinin belirlenmesi ya da uyuşmazlığın hangi edim/edimler üzerinde toplandığının saptanması, meseleye doğrudan uygulanabilecek mevzuat hükümlerinin sıralanması gibi *-basit sayılabilecek-* işlemlerin bir plan ve sistem dâhilinde yapılmasının, yorum yapmaya elverişli bir ortam sağlayacağı kuşkusuzdur³⁵⁶.

Öte yandan, iş hukuku isimsiz sözleşmelerinde anılan verilerin sistematik şekilde toplanması “*yorum*” anlamına gelmez; çözüme yönelik bir standart yöntem de teşkil etmez. Somut olaydaki uyuşmazlığın çözümüne yönelik standart bir yöntem bulunmamaktadır; kanımızca buna imkân da yoktur. VOIRIN’in isabetle belirttiği üzere, saf bir mantık izlenerek geliştirilen ve gerçek hayatla uyuşmayan soyut fikir yapılarına itibar etmemek gerekir³⁵⁷. Örneğin, süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi içeren bir isimsiz sözleşmenin tamamına, *-iş hukukunun baskın karakteri ve sosyal özelliği dikkate alınarak-* her durumda iş sözleşmesi hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması şeklinde bir genelleme doğru olmaz. Bazı durumlarda böyle uygulamalar, süre ve bağımlılık temelinde iş gören kişinin dahi çıkarına aykırı sonuçlar doğurabilir. Ancak, söz konusu değerlendirmelerin isimsiz sözleşmelerin çözümlenmesine dair birikimden iş hukuku isimsiz sözleşmelerinde yararlanılmayacağı anlamına da gelmemesi gerekir. İş hukukunda isimsiz sözleşmeler yorumlanırken tek bir görüşten değil, somut olayın özelliğine uygun

³⁵⁶ Böyle bir deneme için bkz.: Takip eden başlık altındaki açıklamalar.

³⁵⁷ Pierre Voirin, *Interprétation judiciaire et interprétation administrative en droit social, Mélanges offerts à René Savatier*, Librairie Dalloz, Paris, 1965, s.955.

düşen farklı görüşlerden hareket edilebilmelidir. Nihayet, hangi görüşün uygulanacağı sorusunun cevabını verebilmek için her bir somut olaydaki sözleşme yapısının ayrıntılı olarak bir ön incelemeye tabi tutulması yararlı olacaktır.

B. İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmelerin Çözümlemesinde Esnek Bir Ön İnceleme Önerisi

Kanımızca, somut olayda karşılaşılan iş hukuku ile ilgisi olduğu düşünülen bir isimsiz sözleşmenin, yorumu öncesinde analitik şekilde incelenmesi yararlıdır. Böyle bir ön çalışma ile, uygun yorum yapmak için gerekli altyapı oluşturulabilir. Aşağıda her somut olayın özelliklerine göre değiştirilmesi mümkün, esnek bir ön inceleme önerisine yer verilmiştir.

→ ***Edimler Şemasının Çıkarılması***

Somut olayda karşılaşılan ve iş hukuku ile ilgisi olduğu düşünülen bir isimsiz sözleşme çözümlenirken öncelikle edimlerinin basit bir şema ile gösterilmesi sonraki aşamaların rahat geçilmesini sağlayacaktır. Şemada karşılıklı sözleşmenin tarafları ayrıştırılarak her birine düşen edim ya da edimler ait oldukları tarafa yazılır.

→ ***Edimlerin Hangi Sözleşme Tipine Ait Olduklarının Belirlenmesi***

Şema çıkarıldıktan sonra karşılıklı olarak ayrıştırılan edimlerin hangi sözleşme tipine ait olduklarının belirlenerek şemaya işlenmesi gerekir. Öncelikle, sözleşmede “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” ediminin bulunup bulunmadığı, somut olayın tüm özellikleri değerlendirilerek ayrıca araştırılır. Tüm isimsiz sözleşmeler için standart bir çözüm yöntemi olmadığından her incelenen sözleşmede söz konusu tip tayin edici edimin bulunup bulunmadığının belirlenmesi şarttır. İş görme iş sözleşmesi dışındaki sözleşmeler için de geçerli olabilir. İş görmeye iş sözleşmesinin tipik edimi niteliğini kazandıran unsurlar, “*süre*” ve “*bağımlılık*”tır. Süre unsurunun varlığı zorunlu olmakla birlikte tespiti genellikle güç değildir. Ancak, küreselleşme sonucu işgücü piyasalarının karşı karşıya kaldığı yeni çalışma biçimleri nedeniyle, bağımlılık unsurunun tespiti birçok durumda büyük güçlükler

arz ettiğinden çeşitli yaklaşımlardan yararlanılması gerekir³⁵⁸. Sonrasında, diğer edimlerin de hangi sözleşmeye ait olduklarını tespit etmek gerekir. Kuşkusuz, her edimin mutlaka bir sözleşme tipine ait olması şart değildir.

→ ***Edimlerin Niteliklerinin Belirlenmesi***

Üçüncü adımda tipleri tayin edilen edimlerin niteliklerinin de belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle “*asli edim – yan edim*” ayrımı yapılır. Ancak burada sözleşmedeki menfaatler dengesi de önem taşır. Çünkü, bir karma sözleşmedeki tiplerden birine ait asli ve tip tayin edici edimin aynı zamanda diğer sözleşme tipinin yan edimini teşkil etmesi dahi mümkündür. Daha sonra her bir asli edimin “*tip tayin edici edim*” mi yoksa “*tip için zaruri edim*” mi olduğu belirlenerek şemaya yazılmalıdır. Çünkü, çözümlenmesi amaçlanan her bir somut olayda uyumsuzluğun ilgili isimsiz sözleşmenin hangi edimine tekabül ettiği önem taşımaktadır.

→ ***Her Bir Tip Tayin Edici Edimin İsimsiz Sözleşmedeki Ağırlığının ve Uyuşmazlığın Hangi Edim veya Edimler Üzerinde Yoğunlaştığının Tespiti***

Dördüncü adım en önemli aşamalardan birisidir. Taraflar arasındaki menfaatler dengesi de göz önünde tutularak, her bir tip tayin edici edimin -*somut olay açısından*- sözleşmedeki ağırlığının belirlenmesi sağlıklı bir yorum için zorunludur. Örneğin, “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” ediminin ağırlığına ve sözleşmedeki önemine göre iş hukuku kurallarının ikinci planda tutulması bazen daha adil sonuç doğurabilir. Aynı şekilde, uyumsuzluğun hangi edim ya da edimler üzerinde yoğunlaştığı da uygulanacak hükümlerin tespiti açısından önem taşımaktadır.

→ ***Uyuşmazlık Konusu Edimleri Doğrudan Doğruya Düzenleyen Mevzuatın Sınıflandırılması***

Uyuşmazlık konusu edimleri doğrudan doğruya düzenleyen tüm hükümlerin dökümünün yapılması gerekmektedir. Döküm yapılırken hiyerarşik bir sıra gözetilmesi yararlı olacaktır. Önce emredici yasal hükümler, ardından tamamlayıcı

³⁵⁸ Bkz.: *İkinci Bölüm, II, B, 1, c, (2)* başlığı altındaki açıklamalar.

yasal hükümler, nihayet diğer mevzuat hükümleri gibi... Böylelikle incelenen sözleşmede birbiriyle çakışma ihtimali bulunan hükümlerden hangisinin tercih edileceği meselesinin çözümlenmesi kolaylaşabilir.

→ ***İsimsiz Sözleşmenin Türünün Belirlenmesi***

Nihayet, son aşamada incelenen isimsiz sözleşmenin türü belirlenmelidir. Öncelikle, sözleşmenin “*karma sözleşme*” mi yoksa “*kendine özgü sözleşme*” mi olduğu tespit edilir. Eğer karma sözleşme ise ne tür bir karma sözleşme olduğu da saptanmalıdır.

Böylelikle, somut olayda karşılaşılan sözleşmenin yorumlanarak tabi tutulacağı hükümlerin belirlenmesi aşaması için gerekli altyapı oluşturulmuş olacaktır. Yorum eldeki verilere hizmet etmeli; metnin özünden sapmaksızın adalet idealinin sağlanması hedefini gütmelidir³⁵⁹. İsimsiz sözleşmelerin yorumu öncesinde basit de olsa yukarıdaki aşamaların geçilerek ortaya çıkan veriler üzerinde yorum yapmak hata yapma olasılığını azaltacaktır.

C. İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmelerin Yorumunda Yapılabilecek Tespitler

Somut olayda karşılaşılan iş hukukuyla ilgili bir isimsiz sözleşmenin ön incelemesi yapılıp gerekli veriler toplandıktan sonra, tek bir yorum ve çözüm yöntemi benimsemek gerçekçi değildir. Ancak yorum aşamasında bazı genel nitelikli tespitlerden yararlanmak mümkün olabilir. Kuşkusuz her somut olayın özelliklerine göre bunlar esnetilebilir ya da değiştirilebilir. O halde, anılan tespitler yardımcı nitelik taşırlar ve bir “*yöntem*” ya da “*model*” olmaktan uzaktırlar.

Temel tespit şudur: “*İş hukukuyla ilgili bir isimsiz sözleşme, iş sözleşmesinden daha fazla bir anlam ifade eder*”. Kanımızca anılan önermenin bir ön kabul olarak yorum yapılırken daima göz önünde tutulması gerekir. Gerçekten, içinde böyle bir iş görme edimi bulundursa bile, isimsiz sözleşme iş sözleşmesinden

³⁵⁹ Voirin, a.g.e., s.955.

yapı ve nitelik açısından başka, daha fazla bir şeydir. O halde, iş hukuku ile ilgili her isimsiz sözleşmede “*iş hukuku düzenleme boşluğu*” olduğu söylenemez. Aynı nedenle, iş hukuku düzenleme boşluklarının doldurulmasına ilişkin yöntemler uygun düşmedikçe iş hukuku ile ilişkili isimsiz sözleşmelere uygulanmamalıdır.

Yorum esnasında, bütün iş hukuku isimsiz sözleşmeleri için tek bir yöntem veya model önererek onun üzerinde soyut teorik tartışmalara girmekten kaçınmak gerektiği kuşkusuz olmakla birlikte; özellikle karma sözleşmelerde birçok görüşün geliştirildiği de vakiadır. Kanımızca her bir somut olay kendi içinde değerlendirildikten sonra uyuşmazlığın, isimsiz sözleşmelerin çözümlenmesine yönelik görüşlerden duruma uygun düşeni seçilerek çözümlenmesi uygun olur³⁶⁰. Özellikle karma sözleşme söz konusuysa, duruma göre birleştirme, soğurma ya da kıyas görüşlerinden birisi seçilerek uygulanabilir. Bir isimsiz sözleşme türünün tüm örneklerinin aynı görüşle çözümlenmesi de şart değildir. Her bir somut olayda uyuşmazlık konusu edimle sınırlı farklı bir tercih yapmak da olasıdır. Eklemek gerekir ki, iş hukukuyla ilgili isimsiz sözleşmelerin çözümünde klasik sözleşme hukukuna ait görüş ve tekniklerden yararlanılması, iş hukukunun sosyal özelliğinin geri plana itilmesi anlamına gelmemeli; belirtilen koruyucu özellik yorum esnasında daima dikkate alınmalıdır.

İş hukuku ile ilgili bir isimsiz sözleşmede uyuşmazlık, “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” edimi üzerinde yoğunlaşıyorsa kural olarak iş sözleşmesi hükümleriyle çözümlenmesi uygun olur. Bununla birlikte, aynı sözleşmede iş hukuku kadar sosyal özellik taşıyan başka bir sözleşme tipinden edim de olması halinde, varılacak çözümün diğer türden sözleşmenin (*örneğin kiranın*) sosyal özelliğini bertaraf etmemesine dikkat etmek gerekir.

Uyuşmazlık “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” ediminde değil de bir diğer sözleşmenin tip tayin edici edimi üzerinde yoğunlaşıyorsa ve o tip açısından uyuşmazlık konusu mevzuatta açıkça düzenlenmişse, kanımızca kural olarak o hükmün uygulanması uygun olur. Söz konusu edimin aynı zamanda iş sözleşmesinin

³⁶⁰ Bkz.: *Birinci bölüm, II, A, 4, d* başlığı altındaki açıklamalar.

yan edimini oluşturması halinde dahi durum kanımızca değişmez. Ancak, bir hususun gözetilmesi gerekir: Somut olayda iş hukukunun sosyal özelliğini ve işçiyi himaye edici kurallarını dolanma niyeti varsa, bu niyet yapılacak yorumla mutlaka boşa çıkarılmalıdır. Öte yandan, diğer tip tayin edici edimin ait olduğu sözleşmeye ilişkin hükümlerde uyuşmazlık konusu hiç düzenlenmemişse, menfaatler dengesi de gözetilerek, uygun düştüğü ölçüde iş sözleşmesi hükümleri ya da başka bir tipe ait hükümler kıyasen uygulanabilir. Burada MK md.1’de yer alan usulün göz önünde tutulması gerekir³⁶¹.

Uyuşmazlık hem “*süre ve bağımluluk temelinde iş görme edimi*”ni hem de bir başka tipik edimi eşit şekilde ilgilendiriyorsa somut olayın özelliğine ve isimsiz sözleşmenin çeşidine göre birleştirme ya da soğurma görüşlerinden yararlanılabilir. Farklı tiplere ilişkin hükümler arasında çatışma varsa emredici hükümler tercih edilmelidir. Çatışan hükümlerin tümü emredici ise, o zaman menfaatler dengesi de göz önünde tutularak, adalete uygun bir çözüm araştırılacaktır. Farklı tiplere ait hükümlerden hiçbiri uyuşmazlığı açıkça dzenlemiyorsa, o zaman da yaratma (*kıyas*) görüşünden yararlanılarak uyuşmazlık çözümlenebilir.

Nihayet, yukarıdaki ihtimaller değerlendirilirken uyuşmazlık konusu edimin isimsiz sözleşmedeki ağırlığı ve menfaatler dengesi sürekli olarak tartılmalıdır. Yorum yapılırken analitik incelemeyle elde edilen verilere ve unsurlara dayanılması, isimsiz sözleşmenin bir bütün olarak taşıdığı anlamın göz ardı edilmesi anlamına gelmemelidir.

D. Kurmaca Bir Somut Olay zerinde Uygulama

nceki başlıklarda yer alan açıklamaların kurmaca bir somut olay üzerinde uygulanmaya çalışılması yararlı olacaktır.

³⁶¹ Bkz.: *Birinci Bölüm, II, A, 4, c başlığı* altındaki açıklamalar.

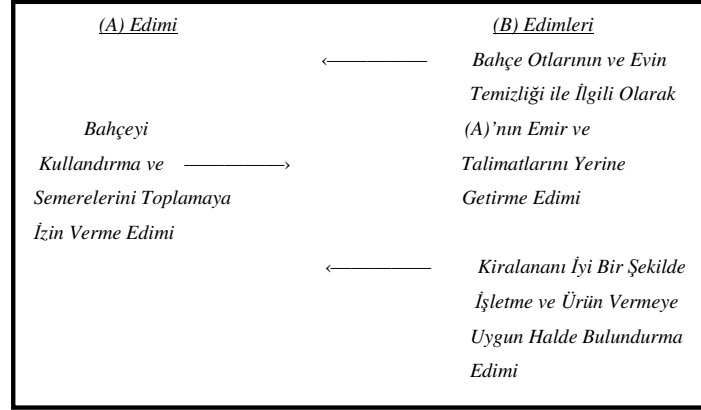
1. Olay

(A), içinde elli adet yaşlı ve verimsiz şeftali ağacı bulunan bahçesini (B)'nin kullanmasına ve semerelerini toplamasına izin verir. Taraflar arasındaki sözleşmeye göre (B), bahçe içindeki şeftali ağaçlarının bakımını *-masrafı kendinden olmak üzere-* yaparak, çıkacak ürünün tümünü kendisi alacaktır. Karşılığında, bahçenin ve içinde bulunan evin temiz kalmasını sağlayacak, ayrıca bu yönde *-bahçeye ve eve ara sıra gelip kalan-* (A)'nın vereceği emir ve talimatları da yerine getirecektir. Herhangi bir sürenin kararlaştırılmadığı sözleşme Ocak ayında yapılır ve (B) bahçenin ve evin bakımı ile temizliğini yapmaya başlar. Haziran ayında ürünün olgunlaşıp satıma elverişli hale gelmesine iki hafta kala (A) sözleşmeyi feshettiğini noter kanalı ile (B)'ye bildirir.

2. Ön İnceleme

→ *Edimler Şemasının Çıkarılması*

Sözleşmedeki edimler şemasının ilk hali aşağıdaki gibidir:



→ *Edimlerin Hangi Sözleşme Tipine Ait olduklarının Belirlenmesi*

Olayda önce “süre ve bağımlılık temelinde iş görme” ediminin bulunup bulunmadığı araştırmak gerekir. (B)'nin yerine getirmeyi üstlendiği davranışların bir kısmının iş görme niteliğinde olduğu şüphesizdir. Diğer bir kısmı ise ağaçların bakımına yönelik olarak ziraat masraflarını karşılama konusundadır.

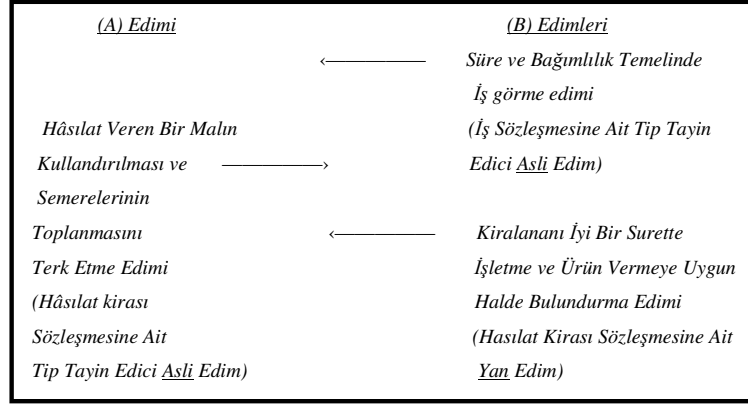
(B)'nin iş görme nitelikli davranışları iki kategoride oluşmuştur: “*Bahçe otlarının ve evin temizliği ile ilgili olanlar*” ve “*ağaçların bakımı ile ilgili olanlar*”. Bahçe otlarının ve evin temizliği ile ilgili olan iş görmenin süre boyutu açıktır: (B) tek bir seferlik edim taahhüdünde bulunmayıp, işgücünü belirli olmayan bir süre için (A)'nın emrine vererek belirsiz süreyle iş görmeyi vaat ettiğinden, iş görmenin süre boyutu gerçekleşmiştir. İş görmenin bağımlılık açısından olay değerlendirildiğinde ise, (B)'nin bahçe otlarının ve evin temizliğini yapmayı üstlendiği görülmektedir. Hatta (B), söz konusu temizlik işi ile ilgili olarak (A)'nın ayrıca vereceği emir ve talimatları da yerine getirmeyi kabul etmiştir. O halde bu sözleşmede (A)'nın (B)'ye sadece emir ve talimat vermesi değil, aynı zamanda yapılan işin her aşamasını denetleyebilmesi de söz konusudur. Kanımızca, çalışma saatlerinin açıkça belirlenmemesi ve (B)'nin (A) talimat vermediği zamanlarda kendi inisiyatifi ile bakım ve temizliği yapmaya devam etmesi nedenleriyle biraz gevşemiş de olsa, bağımlılık unsurunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Olayda (B)'nin (A) açısından anlam taşıyan temel edimi olan “*bahçe otlarının ve evin temizliğinin yapılması*”, hukuken iş sözleşmesine ait “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” edimi olarak değerlendirilmelidir.

(B)'nin “*ağaçların bakımına yönelik olan davranışları*” bu süre ve bağımlılık temelinde iş görme olarak değerlendirilemez: Bağımlılık unsuru bulunmamaktadır. Anılan iş görme ile ağaçların bakımına yönelik ziraat masraflarını karşılama davranışları, hâsılat kirası sözleşmesine ait “*kiralananı iyi bir surette işletme ve ürün vermeye uygun halde bulundurma*” edimi içinde değerlendirilmelidir (BK md.278/I). Öte yandan, (A)'nın yerine getirmeyi üstlendiği davranış ise, bahçesini (B)'nin işlemesine ve ortaya çıkacak ürünü almasına izin vermektir. BK md.270/I uyarınca bu davranış hâsılat kirası sözleşmesine ait “*hâsılat veren bir malın kullandırılması*” edimidir.

→ ***Edimlerin Niteliklerinin Belirlenmesi***

“*Süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” edimi, genel olarak iş sözleşmesine ait asli ve tip tayin edici bir edimdir. Aynı şekilde, “*hâsılat veren bir malın*

kullanılması ve semerelerinin toplanmasına izin verilmesi” edimi de genel olarak hâsılat kirası sözleşmesine ait asli ve tip tayin edici bir edimdir. Somut olaydaki sözleşme açısından da her iki edim asli edim teşkil etmektedir. (B)’nin “kiralananı iyi bir surette işletme ve özellikle ürün vermeye uygun halde bulundurmaya yönelik davranışları” ise hâsılat kirası sözleşmesinin yan edimi niteliğindedirler. Bu aşamada olaydaki edimler şeması aşağıdaki hale dönüşmektedir:



→ ***Her Bir Tip Tayin Edici Edimin İsimsiz Sözleşmedeki Ağırlığının ve Uyuşmazlığın Hangi Edim veya Edimler Üzerinde Yoğunlaştığının Tespiti***

Uyuşmazlık, bir tarafça “süre ve bağımlılık temelinde iş görme” ile “kiralananı iyi bir surette işletme ve ürün vermeye uygun halde bulundurma” edimlerinin yerine getirilmesine karşın, karşı edimi yerine getirmekten kaçınan diğer tarafın sözleşmeyi feshetmesinden kaynaklanmaktadır. Bir an için, iş sözleşmesine ait tip tayin edici edim karşılıksız kaldığından, somut olayda uyuşmazlığın süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi üzerinde yoğunlaştığı düşünülebilir. Ancak kanımızca, tersinin geçerli olması gerekir. Somut olayda iş sözleşmesine ait edim sorunsuz gerçekleşmiştir. Aslında hâsılat kirasına ilişkin tip tayin edici edimin yerine getirilmesinden kısmi olarak kaçınılması söz konusudur. Gerçekten, mal (B)’ye kullanılmakla birlikte, semerelerinin toplanmasına fırsat verilmemektedir. O halde somut olayda uyuşmazlığın hâsılat kirasına ilişkin tip tayin edici asli edim üzerinde yoğunlaştığı sonucuna varılmalıdır.

→ ***Uyuşmazlık Konusu Edimleri Doğrudan Doğruya
Düzenleyen Mevzuatın Sınıflandırılması***

Uyuşmazlık, kiraya verilen malın semerelerinin toplanmasına fırsat verilmeden sözleşmenin fesholunmasından kaynaklandığına göre somut olayda mevcut sözleşme tiplerinin özellikle sona ermelerine ilişkin hükümlerin tespiti gerekir. Hâsılât kirası sözleşmesi ile ilgili olarak konuyu doğrudan düzenleyen hükümler aşağıdaki gibidir:

- **BK md.285:** *Müddet hakkında akit veya mahalli âdet ile hilâfına bir hüküm tayin edilmemiş ise iki taraftan her biri en aşağı altı aylık bir ihbar müddetine riayet şartıyla akdi feshetmek salâhiyetini haizdir.*

Hilâfına bir mukavele yok ise, zirai gayrimenkullerde mahalli âdetçe cari ilk veya son bahar mevsimleri için diğer bütün icarlarda her hangi bir zaman için feshin ihbarı caizdir.

- **BK md.: 294:** *Zirai bir gayrimenkulün müsteciri akdin feshi zamanında henüz devşirilmemiş semereler üzerinde bir hak iddia edemez.*

Şu kadar ki müstecir ziraat masrafını hâkimin tayin ettiği miktarda olarak mucire tazmin ettirebilir ve bu tazminat işlemekte olan kiralara mahsup edilir.

İş sözleşmesi açısından ise bir tercihte bulunmak gerekmektedir. Somut olaydaki süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi, hem “tarım işi” niteliğindeki bahçe otlarını temizlemeyi, hem de “ev hizmeti” niteliğindeki evi temizlemeyi kapsamaktadır. 4857 Sayılı İş K. md.4/b ve md.4/c hükümleri uyarınca her iki durumda da İş K. Hükümleri uygulanamaz; Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. Anılan edimle ilgili olarak BK md.340, konuyu doğrudan düzenlemektedir:

BK md.340: *Hizmet akdinde, bir müddet tâyin edilmez ve böyle bir müddet işin maksut olan gayesinden de anlaşılmazsa, her iki tarafça feshi ihbar olunabilir.*

Böyle ne akit ne de kanun ile diğer bir müddet tespit edilmemiş olduğu takdirde, amele hakkında ihbardan sonra girecek hafta nihayet için, idarehane memur ve müstahdemleri hakkında ihbardan sonra girecek ikinci hafta ve diğer hizmet akitlerinde ihbardan sonra girecek keza ikinci hafta nihayet için akit fesholunabilir.

İş sahipleri ve işçiler için muhtelif ihbar müddetleri, mukavele edilmesi caiz değildir.

→ ***İsimsiz Sözleşmenin Türünün Belirlenmesi***

Somut olayda incelenen sözleşmede ortak amaç unsuru bulunmadığından, adi şirket sözleşmesi olduğu söylenemez. Edimler şemasının incelenmesinden ortada “*bire çok edimli (ikiz - kombine)*” tek bir karma sözleşme bulunduğu anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere anılan isimsiz sözleşme türünde taraflardan birinin birden fazla tipe ait edimi varken diğerinin ise tek tipten bir edimi –*çoğunlukla para-* bulunmaktadır. Bahsolunan tek tipten edimin para olması zorunlu olmadığından somut olaydaki sözleşmeyi bire çok edimli karma sözleşme olarak nitelemek mümkündür. Sözleşmede süre ve bağımlılık temelinde iş görme ediminin bulunması nedeniyle somut olayda aynı zamanda iş hukukuyla ilgili bir isimsiz sözleşme bulunduğu söylenebilir.

3. Yorum

Somut olayda bire çok edimli (*ikiz - kombine*) bir karma sözleşme söz konusu olduğundan birleştirme, soğurma ya da kıyas görüşlerinden birisi seçilerek uyumsuzluk çözümlenecektir. Her iki sözleşme tipine ait olarak yukarıda tespit edilen hükümler, özellikle feshi ihbar süresi yönünden birbirleriyle çelişmekte ve sözleşmeyle aksi kararlaştırılabilen tamamlayıcı nitelik taşımaktadırlar. Dolayısıyla hükümlerin birisinin emredici ve üstün nitelik taşıması söz konusu değildir. Aynı şekilde, sözleşmeye genel olarak bakıldığında da, her iki asli edimin, somut olayda

taraf menfaatleri açısından birbirine yakın değerde olduğu gözlemlenmektedir. Yan edim, dengeyi hâsılat kirası sözleşmesi lehinde bozmaktaysa da belirtilen tipin değerini kayıtsız şartsız baskıladığını söylemek zordur. O halde somut olayda tespit olunan bire çok edimli (*ikiz - kombine*) sözleşmenin birleştirme görüşü ile çözümlenmesi daha doğru olacaktır. Anılan görüşe göre karma sözleşmeye, içinde bulunan unsurların (edimlerin) ait olduğu akit tiplerine ait hükümler doğrudan doğruya uygulanmalıdır.

Uyuşmazlık açısından bakıldığında, uyuşmazlığın hâsılat kirası sözleşmesine ait tipik edim üzerinde yoğunlaştığı sonucuna yukarıda varılmıştı³⁶². Bu noktada “*iş hukukuyla ilgili bir isimsiz sözleşme, iş sözleşmesinden daha fazla bir anlam ifade eder*”, tespitini hatırlamak gerekmektedir. Ortada iş hukukuyla ilgili bir isimsiz sözleşme olsa da, uyuşmazlığın süre ve bağımlılık temelinde iş görme ediminde yoğunlaşmaması nedeniyle somut olay açısından uyuşmazlığa iş hukuku kurallarını uygulamak uygun düşmeyecektir.

Yukarıdaki tespitlerin sonucunda uyuşmazlığın hâsılat kirasına ilişkin hükümler uygulanarak çözümlenmesi daha uygun olacaktır. Akit süresiz olduğundan, BK md.285/I uyarınca (A)’nın sözleşmeyi feshedeceğini en az altı ay önceden (B)’ye bildirmesi gerekirdi. Kaldı ki altı ay önceden bildirilmesi halinde bile, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre zirai taşınmazlarda feshin yerel âdete göre ya ilkbaharda ya da sonbaharda yapılması mümkündür. Somut olayda mevsim koşuluna da riayet edilmemiştir. Şu halde, benzer bir olayda Yargıtay’ın da isabetle belirttiği üzere usulüne uygun yapılmış bir feshi ihbar yoktur³⁶³. (A)’nın kiralananın tahliyesini

³⁶² Bkz.: Bir önceki başlık altındaki açıklamalar.

³⁶³ “*Bu noktada, Borçlar Kanununun hâsılat kirasına ilişkin düzenlemeleri ile, fesih kavramı üzerinde kısaca durulmasında yarar görülmüştür.*

Hâsılat kirası, Borçlar Kanunu'nun 270 ve ardından gelen maddelerinde düzenlenmiş ve 285/I. maddede, süre yönünden aksine bir hüküm bulunmadıkça, tarafların en az altı aylık bir ihbar süresine uymak koşuluyla sözleşmeyi feshetme hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Somut olayda, davalı kiralayanların davacıya gönderdikleri 1.4.1999 tarihli ihtarnamenin, değinilen bu hükme uygun bulunduğu ve aynı maddenin ikinci fıkrasında zirai taşınmazlar yönünden fesih ihbarı için cevaz verilen mevsimde gerçekleştiği çekişmesizdir.

Fesih kavramının hukuksal niteliği konusuna gelince: Öğretide fesih; sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili bir şekilde sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir. (...) Bazı hallerde yasa, haklı nedenlere dayalı fesih yolundan farklı olarak, sadece devamlı borç ilişkilerine mahsus olmak üzere, herhangi bir haklı nedene dayanılması gerekmeksizin, ihbar sürelerine uyulması koşuluyla taraflardan birine sözleşmeyi sona erdirecek

istememesi mümkün olmayıp, (B) ürün hasadını yaparak yaptığı masraflar ile “süre ve bağımlılık temelinde iş görme”sinin karşılığını tahsil edecektir. Nihayet, böyle bir sonuç iş hukukunun koruyucu ve sosyal özelliğine de aykırı düşmez. Gerçekten, somut olayda hâsılat kirasının sona ermesine ilişkin hükümleri uygulamak (B)’nin lehine olacaktır.

bir fesih ihbarında bulunma olanağı tanır. (...) Fesih, sözleşmeden dönmeden farklı olarak, geçmişe etkili hüküm doğurmaz.

Fesih, olağan (süreli) ve olağaniüstü fesih olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan fesihle sözleşme ilişkisi, fesih beyanının muhataba ulaşmasının üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra ortadan kalkar.

Fesih ister olağan, ister olağaniüstü olsun, daima, geçmişe değil, ileriye etkili sonuçlar doğurur. (Eren, a.g.e.1248)

Fesih kavramına ilişkin bu genel açıklamalardan sonra, şimdi sıra, somut olay itibarıyla kira ve özellikle hâsılat kirası baz alınmak suretiyle, fesih ihbarının hukuksal sonuçları üzerinde durulmasına gelmiştir:

Somut olayda saptanması gereken ilk husus, belirsiz süreli bir hâsılat kirası sözleşmesinde, salt kiralayanın fesih ihbarında bulunmasıyla birlikte taraflar arasındaki sözleşmenin başkaca bir işleme ve özellikle bu yönde bir yargı kararına gerek bulunmaksızın sona erip, ermeyeceğidir.

Doğaldır ki, kiralayanın feshi ihbarının hukuksal alanda sonuç doğurabilmesi, ancak bu ihbarın yasal düzenlemelere uygun bulunması halinde mümkün olacaktır. Kiracının, kendisine ulaşan fesih ihbarını (yasal düzenlemeye aykırı dahi olsa) bu nitelikte kabul edip, sözleşmenin sona erdiğini benimsemek suretiyle kiralananı tahliye ve teslim etmesine herhangi bir yasal engelin bulunmadığı, eş söyleyişle, böyle bir durumda hukukun ilgilenmesi gereken bir uyumsuzluğun doğmayacağı ortadadır. Buna karşılık, feshi ihbara rağmen kiralanan tahliye edilmediği takdirde, kiralayanın bu istemle bir dava açması gerekeceği de açıktır.

Yargıtay’ın istikrarlı uygulaması, hâsılat kirasında kiralayanın önce Yasanın öngördüğü biçim ve içeriğe uygun feshi ihbarda bulunup, daha sonra, süresi içerisinde tahliye istemiyle dava açması gerektiği yolundadır. Kiralayanın feshi ihbarının yasanın aradığı koşullara uygun olup olmadığı, özellikle ihbara ilişkin yasal sürelerle uyulup uyulmadığı, (somut olayda olduğu gibi zirai taşınmazlar yönünden mevsimlerin uygun bulunup bulunmadığı) gibi hususlar, yöntemince açılmış bir tahliye davasında mahkemece değerlendirilecektir. Ancak böyle bir davada mahkemenin öncelikle davanın süresi içerisinde açılıp açılmadığı yönünde bir değerlendirme yapacağı kuşkusuzdur.(...)

Ne var ki, öğretide ve Yargıtay uygulamasında, Borçlar Kanunu’nun taşınmazlara ilişkin adi kirada feshin ihbarını düzenleyen 262/2. ve hâsılat kirasına ilişkin olup yukarıda değinilen 285/1. maddesindeki, sözleşmede süreye ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, tarafların fesih ihbarı yönünden en az altı aylık bir süreye uymalarını şart koşan düzenlemeler karşısında, her sözleşmenin, yapıldığı tarihten itibaren altışar aylık dönemlere bölünmesi esas kabul edilmektedir. Buna göre, kira sözleşmesinin kurulduğu tarihten başlayarak, her biri altı aylık dönemler belirlenmeli, fesih yönünden bu dönemlerin sonuna uygun düşecek şekilde üç ve altı aylık sürelerle uyularak ihbarda bulunulmalıdır. Söz konusu altı aylık dönemlerden birisi yönünden geçerli olmak bildirilen fesih iradesi, sadece o dönemle sınırlı olarak hüküm ifade eder; o dönemi takip eden dönem veya dönemler için herhangi bir geçerlilik taşımaz(...)” (Yargıtay HGK, 29.01.2003, E.2003/13-66, K.2003/38, www.kazanci.com.tr, 24.04.2006).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN İŞ HUKUKUNA ETKİLERİNİN ÖRNEK SÖZLEŞMELER ÜZERİNDE İNCELENMESİ

İş hukuku ile ilgili isimsiz sözleşmeler hakkındaki uyuşmazlıklarda tek bir çözüm yönteminin mümkün olmamasının zorunlu sonucu her bir somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesidir. Bir önceki bölümün son başlığında kurmaca bir somut olay üzerinde örnek uygulama yapılmıştı. Aşağıdaki bölümde ise, her isimsiz sözleşme çeşidinden birer örnek seçilerek ilk iki bölümde yapılan açıklamalar ışığında, genel özellikleri çözümlenmeye çalışılmıştır. Ancak, ikinci bölümde belirtilen “ön inceleme önerisi”³⁶⁴ tek tek somut olaylar için öngörüldüğünden, isimsiz sözleşme örneklerinin incelenmesinde bir hayli esnetilerek kullanılmıştır. Amaç iş hukukuyla ilgili isimsiz sözleşmelerin çözümlenmesi hakkında değişik fikirleri tartışmaya açmak olup; incelenen sözleşmelerin başka şekilde çözümlenemeyeceği iddia edilmemektedir. Öte yandan, iş hukuku ile ilgili isimsiz sözleşmelerin çözümlenmesi hakkında çalışmada kullanılan yaklaşımların, gerek öğreti gerekse de Yargıtay için yeni olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Çalışmanın bazı kısımlarında öğreti ve Yargıtay’dan farklı sonuçlara varılmış olmasını bu yönüyle de değerlendirmek gerekir.

Açıklanan nedenlerle önce karma sözleşme örnekleri *-üç ayrı çeşidi ile-* ele alınmış, ardından kendine özgü sözleşme örneği incelenmiştir. Bire bir tipik edimli karma sözleşme örneği olarak incelenen “*lojmanlı iş sözleşmesi*” ile bire çok tipik edimli karma sözleşme örneği “*işçi avukatlık sözleşmesi*”, iyi bilinen ve tanınan sözleşmelerdir; haklarında bir hayli Yargıtay kararı olması normaldir. Çalışmada ulaşılabilen birçok Yargıtay kararı ayrı başlıklarda toplanarak haklarında gerekli değerlendirmeler yapılmıştır. Ancak yabancı tipte yan edim içeren sözleşmelere örnek olarak incelenen “*emeğin sermaye payı olarak konulduğu adi şirket sözleşmesi*” hakkında aynı derecede karar olmadığından ayrı bir başlık altında

³⁶⁴ Bkz.: *İkinci Bölüm, IV, B* başlığı altındaki açıklamalar.

inceleme olanağı bulunamamıştır. Aynı durum, hakkında iş hukuku açısından yaklaşan karar tespit edemediğimiz “iş zinciri (*franchising*)” sözleşmesi için de geçerlidir.

I. Karma Sözleşmelere Örnekler

A. Bire Bir Tipik Edimli (*Çift Tipli*) Karma Sözleşmelere Örnek: Lojmanlı İş Sözleşmeleri

1. Genel Olarak

İşverenlerin işçilerine çalıştıkları süre içinde oturmaları için bedelsiz veya az bir bedelle lojman tahsis etmeleri durumuna uygulamada zaman zaman rastlanmaktadır. Lojman tahsisi iki taraflı fayda oluşturmaktadır. Lojman verilen işçiler kendileri için hayati önem taşıyan barınma sorununu çözümlenmektedirler. İşverenler ise hem verimin yükselmesini ve özellikle beyaz yakalı işçilerin işletmeyle bütünleşmesini sağlamakta, hem de ücrete dâhil olduğu kabul edilen –*ayni nitelikteki*- konut yardımının kendilerine sağladığı gelir vergisi ve sosyal sigorta avantajlarından yararlanmaktadırlar.

İşçiye lojman tahsis edilmesiyle elde edilen avantajlardan birisi, **193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu md.23/9**'da belirtilmiştir. Maddede, “*genel olarak maden işletmelerinde ve fabrikalarda çalışan işçilere ve özel kanunlarına göre barındırılması gereken memurlarla müstahdemlere konut tedariki ve bunların aydınlatılması, ısıtılması ve suyunun temini suretiyle sağlanan menfaatler ile mülkiyeti işverene ait brüt alanı yüz metrekaresi aşmayan konutların hizmet erbabına mesken olarak tahsisi suretiyle sağlanan menfaatler*” in gelir vergisinden istisna edildiği hükmü yer almaktadır. Anılan hükmün sonuna, bu konutların yüz metrekaresi aşması halinde, aşan kısma isabet eden menfaat için bu istisna hükmünün uygulanmayacağı da eklenmiştir. Bir diğer avantaj, **506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu md.77** ile getirilmiştir. Madde uyarınca, ayni yardımlar³⁶⁵

³⁶⁵ Lojman tahsisinin ayni yardım niteliğinde olduğu kuşkusuzdur.

sigorta primlerinin hesabına esas tutulacak kazançların aylık tutarının tesbitinde nazara alınmaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki: Sosyal Güvenlik Reformu olarak takdim edilen ve yürürlük tarihi 01.01.2007 olan 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 506 Sayılı Kanunun birkaç geçici maddesi hariç tümünü yürürlükten kaldırmıştır (md.106/1). Yeni 5510 Sayılı Kanun md.80/b’de ise *“görevin yerine getirilmesi için zorunlu olarak yapılan aynî yardımlar ile Bakanlıkça belirlenecek diğer aynî yardımların asgarî ücretin % 30’unu geçmeyen kısmı, prime esas kazançta tâbi tutulmaz”* hükmü vardır. Söz konusu maddenin b ve c bentlerinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler prime esas kazançta tâbi tutulacak; diğer kanunlardaki prime tâbi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmayacaktır (md.80/II). O halde 01.01.2007 tarihinden sonraki yeni dönemde işçilere lojman yardımı hakkında gelir vergisi istisnası devam edecek; ancak anılan yardım *“görevin yerine getirilmesi için zorunlu değilse”* ya da Bakanlıkça belirlenecek aynı yardımlar içinde yer almıyorsa sosyal sigorta primi istisnası devam etmeyecektir. Dolayısıyla yeni dönem için durum henüz belirsiz olmakla birlikte halen gelir vergisi ve sosyal sigorta avantajları devam etmektedir.

Uygulamada işçilere lojman tahsis edilen sözleşmeler genel olarak salt iş sözleşmesi olarak kabul edilmekte; lojman tahsisi ücret eki olmakla, iş sözleşmesi dışında bir değerlendirmeye gidilmemektedir. Öte yandan, lojman tahsis edilen iş sözleşmelerinin iş hukuku boyutunun yanı sıra kira hukuku boyutu da bulunmaktadır. Aşağıda gerekçeleriyle ortaya konulacağı üzere böylesi sözleşmeler klasik borçlar hukuku teorisine göre bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşmelerdir. Kuşkusuz, iş hukukunun özgün ve sosyal karakteri bulunduğu ve anılan nedenle klasik borçlar hukuku teorisinin doğrudan doğruya süre ve bağımlılık temelinde iş görülen sözleşmelere uygulanamayacağı bir gerçektir. Oysa gayrimenkul kirası sözleşmesi de sosyal karakteri nedeniyle borçlar hukukundan ayrılmış özgün bir disiplin olup, işçiye *“lojman tahsisi”* açısından konumuza dâhil olması gerekir.

Özgün ve sosyal nitelikli olmaları nedeniyle kamu düzenine ilişkin emredici hükümler içeren her iki hukuk disiplininin bağdaştırılmasında borçlar hukukunun

karma sözleşmelere ilişkin birikiminden yararlanmak mümkün olabilir mi? Çalışmanın izleyen kısmında söz konusu sözleşmeler “*lojmanlı iş sözleşmesi*” adı altında hukuki açıdan bütünsel bir incelemeye tabi tutularak bu sorunun yanıtı aranacaktır. Öncelikle bir terim tartışması ve kısaca kavram açıklaması yapılacaktır. Ardından lojmanlı iş sözleşmelerinin hukuki özellikleri incelenecektir. Sonrasında lojmanlı iş sözleşmelerine bağlanabilecek hüküm ve sonuçlar araştırılacaktır. Nihayet, lojmanlı iş sözleşmelerine ilişkin Yargıtay uygulaması ortaya konularak hukuki açıdan değerlendirilecektir.

2. Terim Tartışması ve Kavramlar

Lojman, “*şehir içindeki veya dışındaki bir kamu kuruluşunun, bir fabrikanın, bir işletmenin çalışanlarına az bir ücret karşılığı veya ücretsiz olarak verdiği konut*” olarak tanımlanabilir³⁶⁶. Hukuken konut kelimesini Medeni Kanun md.19’daki “*ikametgâh*” kavramının karşılığı olarak anlamak gerekir³⁶⁷. 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu md.19’da “*ikametgâh*” yerine “*yerleşim yeri*” ifadesi kullanılmakta ve “*yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Genel manada hayli geniş olan lojman kavramının konu açısından sınırlandırılması zorunludur. Çalışmada “*lojman*” ifadesiyle, süre ve bağımlılık temelinde iş gören kişilere, işverenince az bir ücretle ya da ücretsiz olarak tahsis edilen konutlar kast edilmiştir. İşverenin, işçisiyle yaptığı iş sözleşmesinde lojman tahsis etmeyi taahhüt etmesi veya sözleşme kurulduktan sonra lojman tahsis etmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğini değiştirerek, ona kira akdine özgü bir tipik edim borcu ekler. Böylelikle ortaya “*lojmanlı iş sözleşmesi*” olarak adlandırılabilir isimsiz bir karma sözleşme çıkar. Uygulamada lojmanlı iş sözleşmelerinin görüldüğü alanlar çeşitlidir. Örnek olarak, bekçiler, bahçıvanlar, işyeri kapıcıları, yurtdışında “*yurtdışı iş sözleşmesiyle*” çalışmaya gidenler dâhil olmak üzere, kendilerine lojman tahsis edilen her türlü işçi ya da işçi grubu gösterilebilir.

³⁶⁶ Meydan Larousse, Cilt:12, s.409.

³⁶⁷ Seza Reisoğlu, **Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, 2.Baskı, Ankara, 1975, s.418 – 419.

İş Hukukunda lojman kavramı çoklukla ya TİSGLK md.44 ve 78 vesilesiyle ya da kapıcılarla yapılan iş sözleşmeleri vesilesiyle incelenmiştir. Çalışmada daha genel bir bakış açısı geliştirilmeye çalışılacaktır. İZVEREN, benzer bir kavramı “*iş hukuku yönünden konut hakkı*” olarak isimlendirip incelemiştir. Yazara göre anılan hak, münferit iş ilişkisinde iş sözleşmesiyle kararlaştırılan ve –*aynı ücret kavramı içinde görünen intifa hakkı kapsamında*- işveren tarafından işçiye sağlanan bir meskende oturma ve bunu kullanma anlamına gelir³⁶⁸. Çalışmada anılan kavramın tercih edilmemesinin nedeni, içeriğinde kira sözleşmesinden değil intifa hakkından bahsolunması nedeniyle amaçlananı tam olarak anlatmamasıdır³⁶⁹.

Lojmanlı iş sözleşmesi ile işçiye lojman verilmesi, nakdi bir edim değildir. Çoğu zaman toplu iş sözleşmelerinde görülen “*işverenin işçilerine lojman veya kira yardımı yapmasına ilişkin*” hükümler, aynı değil nakdi talep hakkı doğurmaları nedeniyle lojman kavramı içinde değerlendirilemez³⁷⁰. İşverenin, işçinin otel parasını karşılaması da lojman sayılmaz. Otel sözleşmesi kira sözleşmesinden farklı edimleri içerir ve tahliye açısından lojmandan ayrılır. İşveren, işçi çalışmaya devam etse bile otel masrafını ödememek suretiyle kolayca otelden çıkarılmasını sağlayabilir. Aynı şekilde, işçinin kendisi adına kiraladığı evin kirasını işverenin ödemesi konumuz anlamında lojman anlamına gelmemektedir. Çünkü, böyle durumlarda kira ilişkisi işçi ile ev sahibi arasında kurulmakta, işverene sadece kira parasını işçiye ödemek düşmektedir. İşverenin, çalışmasına devam eden işçiye kira parasını ödemeyi kesmesi halinde işçi de kirayı ödemezse, ev sahibi kira hukukundan kaynaklanan haklarını işçiye karşı kullanacaktır. Bununla birlikte, işveren bir başkasına ait evi kendisi adına kiralayarak işçinin kullanımına tahsis etmişse, ortada lojmanlı iş sözleşmesinin konusunu oluşturan bir lojman bulunduğu kabul edilmelidir.

Öte yandan, iş ilişkisi ile ilgili olmaksızın işçinin işvereninden konut kiralayıp orada rayiç kirasını vererek oturması durumunda konumuzla ilgisiz iki ayrı

³⁶⁸ Adil İzveren, **İş Hukuku (I,II,III)**, Doğu Matbaası, Ankara, 1974, s.361.

³⁶⁹ Bkz.: Bir sonraki başlık altındaki açıklamalar.

³⁷⁰ Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku II (Toplu İş İlişkileri)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını (Yay.No: 09.1300.0000.000/DK.01.025.248), İzmir, 2001, s.701.

sözleşme oluşmaktadır³⁷¹. Bir konutun iş hukuku anlamında lojman olarak değerlendirilebilmesi için, işveren tarafından iş ilişkisi gereği işçiye sağlanmış olması gerekir³⁷². Aynı şekilde, işçi olmayan kimselere devlet kurumlarınca yasa ile tahsis edilen lojmanlar da konu dışındadır. Nihayet, işvereni ile birlikte ikamet eden işçilerle yapılan sözleşmeler de, sadece malın kullanılmasının değil aynı zamanda işçinin işesinin de söz konusu olması nedeniyle³⁷³, çalışma konusu dışındadırlar.

3. Lojmanlı İş Sözleşmelerinin Hukuki Özellikleri

Lojmanlı iş sözleşmesi karşılıklı (*tam iki tarafa borç yükleyen – sinallagmatik*) bir sözleşmedir. Akdin edimleri çoğu kez aşağıdaki gibi ayrıştırılabilir:

<u>İşçi Edimi</u>		<u>İşveren Edimleri</u>
	←→	Kullanıma Konut (Lojman) Tahsisi (Kira Sözleşmesine İlişkin Tip Tayin Edici Unsur)
Süre ve Bağımlılık Temelinde İş Görme (İş Sözleşmesine İlişkin Tip Tayin Edici Unsur)	←→	Ücret (Tip Açısından Zaruri Unsur)

³⁷¹ Kemal Oğuzman, **Hukuki Yönden İşçi – İşveren İlişkileri (Temel Bilgiler – Toplu İlişkiler)**, Cilt:I, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:2048), İstanbul, 1975, s.175; Şener Akyol, **Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s.115 – 116; Seza Reisoğlu, 1975, s.419; Esener, 1978, s.632; Ekonomi, 1987, s.142; İşveren, a.g.e., s.361; Hamdi Mollamahmutoğlu, **Türk Hukukunda Lokavt**, Gazi Büro Kitabevi, Ankara, 1993, s.112; Abdullah Berksun ve İbrahim Eşmelioğlu, **Açıklamalı Gerekçeli İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1989, s.628; Bülent Küpeli ve Metin Ürtiş, **Türk İş Hukukunda Grev**, Türk-İş, Ankara, 1996, s.108; H.Servet Çolakoğlu, **Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku**, İş Hukuku Yayınları:I, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1971, s.358.

³⁷² İhsan Erkul, **Türk İş Hukuku (2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ve Uygulaması)**, Cilt:III, Anadolu Üniversitesi Basımevi, Eskişehir, 1985, s.203.

³⁷³ Ali Nazım Sözer, **Hasta İşçinin İş İlişkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ege Üniversitesi İktisat Fakültesi, Sosyal Politika ve Çalışma Yönetimi Bölümü, İzmir, 1981, <http://www.sbe.deu.edu.tr/Personel/akademik/ansozer/Asozeryltez.pdf>, 12.11.2006, s.57.

Şemadan anlaşılacağı üzere lojmanlı iş sözleşmeleri bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşme olarak nitelenebilir. Akitte iki farklı tipe ilişkin edim karşılıklı olarak tarafların borçlarını teşkil etmektedir. Ücret ödeme edimi ise herhangi bir tipe özgü olmayıp sadece tip açısından varlığı zorunlu bir unsurdur. Bazı istisnai durumlarda ücret ediminin ortadan kalkması söz konusu olabilir ve yine de karma sözleşmenin türü açısından varlığı ile yokluğu arasında fark oluşmaz.

Bazen lojman karşılığında işçinin cüz’i bir para ödemesi de karşılaştırılabilir; ancak likit bir borç olması nedeniyle bu hal karma sözleşmenin tipine etki etmez. Çift tipli sözleşmelerin mantığını kavrayabilmek için likit bir borç olan “*para*” ediminin işlevini iyi tahlil etmek gerekir. KUNTALP, tip bakımından “*renksiz*” bir edim olan paranın ortaya çıkışının karşılıklı sözleşmelerde köklü bir değişim yarattığını vurgulamaktadır. Gerçekten, paranın ortaya çıkışıyla tek tipli karşılıklı sözleşmeler mümkün hale gelmiştir. Bir an için paranın mevcut olmadığını varsayarsak, örneğin bir sözleşmede süre ve bağımlılık temelinde iş görme borcunun karşılığında kira akdine ilişkin bir şeyin kullanımının devri borcunun yüklenilmesi halinde, o akdin hem iş sözleşmesi hem de kira sözleşmesi olarak nitelenebilmesi gerekirdi³⁷⁴. Bire bir tipik edimli (çift tipli) sözleşmelerde durum büyük ölçüde budur.

Bununla birlikte KANETİ, lojman karşılığında işçinin cüz’i bir para ödemesinin karşılaştırıldığı sözleşmeleri, aralarında tek taraflı bağımlılık bulunan “*bağlı (birleşik) sözleşmeler*” olarak kabul etmektedir. Yazara göre, bir iş sözleşmesiyle birlikte işverenin işçisine işyeri civarında emsaline göre ucuz fiyatla lojman kiralaması durumunda, kira sözleşmesi tek taraflı olarak iş sözleşmesine bağlanır. İş sözleşmesinin hükümsüz olması ya da ortadan kalkması durumunda, ona tek taraflı olarak bağlı olan kira sözleşmesi de hükümsüz olur veya ortadan kalkar. Ancak kira sözleşmesinin hükümsüzlüğü veya ortadan kalkması diğeri hakkında aynı sonucu doğurmaz. Çünkü anılan son hal, işçinin yeni bir konut bulup iş görmeye

³⁷⁴ Kuntalp, a.g.e., s.49.

devam etmesine engel değildir³⁷⁵. Kanımızca söz konusu örnekte bazı ayrıştırılmalar yapmak gerekmektedir. Öncelikle, işverenin iş sözleşmesinden ayrı biçimde işçisine rayiç fiyatla ev kiralaması durumunda hukuken birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme bulunduğunu kabul etmek gerekir³⁷⁶. Eğer kira bedeli rayicin altında ise bir ayırım yapılmalıdır: Edimler tek bir sözleşme potasında eritilmiş midir yoksa ortada iki sözleşme mi vardır? Edimler, tek sözleşme potasında eritilmiş ve birbirine karıştırılmışsa *-bire bir tipik edimli-* bir karma sözleşmenin varlığı kabul edilmeli ve mesele böylelikle çözümlenmelidir. Ancak, oluşumunu tamamlamış iki ayrı sözleşme mevcutsa bunların bağlantı içinde oldukları kuşkusuzdur; bağlı (*birleşik*) sözleşmeler olarak değerlendirilirler. KANETİ'nin kast ettiği durum bu olsa gerektir. Bu sonuncu halde dahi bağlantı içerisinde bulunan sözleşmelerin ikisinin de sosyal karakterli oldukları unutulmamalıdır. Hukuki yöntemleri teknik manada otomatik olarak uygulamak her zaman adil sonuçlar doğurmayabilir; boşluk bulunan hallerde yapılan her çözümlemenin sonuçları taraf menfaatleri ve hakkaniyet açısından tekrar tekrar değerlendirilmelidir.

İZVEREN, işçiye lojman verilmesi durumunu, "*iş hukuku yönünden konut hakkı*" olarak nitelendirmekte ve aynı ücret kavramı içinde görünen intifa hakkının söz konusu olduğunu belirtmektedir³⁷⁷. Kanımızca lojmanlı iş sözleşmelerinde - *istisnai hallerde hukuken mümkün olsa da-* intifa hakkı değil kira sözleşmesinin tipik bir edimi söz konusudur. 4721 Sayılı Medeni Kanun md.795 uyarınca intifa hakkı taşınmazlarda tapu kütüğüne tescil ile kurulur; hakkın kazanılması ve tescilinde, aksine düzenleme olmadıkça, mülkiyete ilişkin hükümler uygulanır. İntifa hakkının tesisi için, ölüme bağlı tasarruf veya sözleşme gibi bir iktisap sebebi bulunması zorunludur³⁷⁸. Örneğin iktisap sebebi bir kira sözleşmesi olabilir. Hatta M.K. md.706 gereğince resmi şekilde düzenlenmesi şartıyla bir lojmanlı iş sözleşmesine

³⁷⁵ Kaneti, a.g.e., s.22; EKONOMİ 'ye göre de lojmanda oturan işçi, işverene ayrıca bir miktar para veriyorsa aynı bir ücret eki değil ayrı bir kira akdi söz konusu olur. Ancak kira akdi iş sözleşmesine bağlı olarak yapılmışsa, iş sözleşmesinin sona ermesiyle kira akdi de ortadan kalkmalıdır (Ekonomi, 1987, s.142); Nihayet SEROZAN da işverenin işçiyle ücretli bir iş sözleşmesi kurması ve kendisine cüz'i bir kira parası karşılığında lojman tahsis etmesi halinde oluşan bağlılığın karma sözleşme oluşturmaya yetecek yoğunlukta olmadığı; ancak bağlı (birleşik) sözleşmeler oluşturabileceği kanısındadır (Serozan, Borçlar, s.60).

³⁷⁶ Bkz.: Bir önceki başlık alındaki açıklamalar.

³⁷⁷ İzveren, a.g.e., s.361.

³⁷⁸ M.Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi, **Eşya Hukuku**, 3.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.784.

dayanılarak da tapuda intifa hakkı kurulması mümkündür. Ancak böyle bir ihtimal tüm lojmanlı iş sözleşmesi hallerini kapsayamaz. Şöyle ki, bir kimsenin bir taşınmaz hakkında intifa hakkı kurulmasını isteyebilmesi için onun sahibi olması gerekir. Oysa bir işverenin kendi adına bir daire kiralayıp işçisine tahsis etmesi durumunda intifa hakkı kurması mümkün değildir. Kaldı ki taşınmazlarda intifa hakkının resmi şekle bağlı olması ve iş ilişkisinin sonunda ayrıca terkini gerektirmesi nedenleriyle, istisnalar hariç intifa hakkı tesisi yolunun tercih edilmesi –*hukuken mümkün olan hallerde dahi-* güçtür. O halde lojmanlı iş sözleşmesinde intifa hakkının değil kira sözleşmesinin bulunduğu kabulü gerekir.

Öte yandan iş hukuku öğretisinde, işverence işçinin kullanımına lojman tahsis edilmesi edimi genel olarak ücretin bir parçası olarak değerlendirilmekte³⁷⁹; ancak lojman tahsisinin temel ücret değil ücretin “*ayni (veya nesnel) eki*” niteliğinde olduğu vurgulanmaktadır³⁸⁰. Gerçekten, temel ücretin nakden ödenmesi gerekir; oysa ayni ödeme temel ücret dışındaki ücret ekleri için mümkündür³⁸¹. Ancak, lojman tahsisi edimini klasik bir ayni ödeme saymak güçtür ve bazı durumlarda sorunlara yol açabilir. REİSOĞLU da ayni bir eda karşılığında iş görmenin kural olarak iş sözleşmesinin niteliğini etkilemeyeceğini, ancak “*iş görme karşılığında bir şeyin kullandırılmasının kararlaştırılmasının*” sözleşmeye karma bir nitelik kazandırabileceğini belirtmektedir³⁸².

Örneğin ihbar, kıdem ve kötüniyet tazminatları dışında işçiye yapılacak herhangi bir ödemede sadece para biçimindeki temel ücretin esas alınması gerekir³⁸³. Aynı şekilde, İş K. md. 57/II ve md.50 gereğince “*fazla çalışma karşılığı olarak alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için*

³⁷⁹ Seza Reisoğlu, 1968, s.42 – 43; Oğuzman, 1975, s.175 – 176; Kenan Tunçomağ, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Basım, İstanbul, 1989, s.541; Akyol, 1967, s.116; Erkul, a.g.e., s.203; Seza Reisoğlu, 1975, s.419; Mollamahmutoğlu, 1993, s.113; Alın Çifter, **Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Etkisi**, Kocaeli Üniversitesi Basımevi, Kocaeli, 2001, s.65; Berksun ve Eşmelioğlu, TİSGLK, s.628.

³⁸⁰ Sözer, 1981, s.83 – 84; Ekonomi, 1987, s.141.

³⁸¹ Süzek, 2006, s.292; İzveren, a.g.e., s.133; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, 2006, s.133.

³⁸² Seza Reisoğlu, 1968, s.43.

³⁸³ Centel, a.g.e., s.146; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve E.Tuncay Kaplan/Seneyen, **İş Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.129 - 130.

aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar” benzeri ücret ekleri, yıllık izin ücreti ile ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin hesabında dikkate alınmaz. Bu noktada bir sorun belirmektedir. İş hukuku öğretisinde aynı bir ücret eki olarak ittifakla kabul edilen lojman tahsisi, işçinin yasal hakkı olan yıllık izin veya diğer ücretli tatil günlerinde ne şekilde yapılacaktır? Geçici süre için lojmanın tahliyesi gerçekçi değildir; sosyal ve insani açıdan kabul edilemez. TİSGLK md.44’de yer alan, “*lojmanın rayiç değerinin işverene ödenmesi*” hükmünün kıyasen uygulanması da mümkün olamaz; iş sözleşmesi askıda değildir. İşçinin geçici ve kusursuz olarak iş görme edimini yerine getirmesini olanaksız kılan - *iş kazası, hastalık, grev ve lokavt benzeri*- bir hal söz konusu olmayıp³⁸⁴ sözleşmenin ifasına rutin olarak devam olunmakta, bu arada işçi yasal hakkını kullanmaktadır. Bir sebepsiz zenginleşme olduğu ve bu nedenle rayiç bedelin işverene ödenmesi gerektiği dahi düşünülemez: İşçinin bu sürelerde çalışmaması haklı ve yasal bir nedene dayanmaktadır. Nihayet, bir iş hukuku düzenleme boşluğu da söz konusu değildir. Çünkü, oluşan sözleşme iş sözleşmesinden de kira sözleşmesinden de başka bir şeydir. O halde, meselenin çözümü için salt iş hukuku ve ücret eki açısından bakmamak gerekmektedir.

Lojmanlı iş sözleşmesinin “*işyeri uygulaması*” kavramı açısından da değerlendirilmesi gerekir. İşyeri uygulaması, işyerinde zaman içinde tekrarlanarak belirginleşen mutad davranışlardır³⁸⁵. Kavramın hukuki dayanağının “*sözleşme*” mi, “*güven sorumluluğu*” mu, “*gelenek hukuku*” mu yoksa iş hukukuna özgü daha farklı bir kurum mu olduğu konusu tartışmalıdır³⁸⁶. Genel eğilim, işverence yapılan devamlı ödemelerle oluşan işyeri uygulamalarının, işçilerin zımni kabulüyle iş sözleşmesi içeriği haline geldiği ve böylelikle bağlayıcılık kazandığı yönündedir³⁸⁷. Hukuki dayanağı ne olursa olsun işyeri uygulamasının başat özelliği “*genel*” nitelik

³⁸⁴ Süzek, 1989, s.14.

³⁸⁵ Polat Soyer, **Genel İş Koşulları**, BASİSEN Eğitim ve Kültür Yayınları (Yay.No: 11), İstanbul, 1987, s.42, 44.

³⁸⁶ Mustafa Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s.216 – 217.

³⁸⁷ Sarper Süzek, “İşyeri Uygulamaları”, **Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1997, s.152; Ekonomi, 1987, s.28 – 29; Centel, a.g.e., s.24; Çelik, a.g.e., s.103; Murat Şen, **İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s.45.

taşınması, bireysel uygulamaları içine almamasıdır³⁸⁸. Vasıflı bir işçisine tek yanlı olarak bir takım yararlar sağlayan işverenin davranışı ise, aynı koşullarla devamlılık arz etse bile işyeri uygulaması sayılamaz; belki zımni bir iş sözleşmesi hükmü anlamına gelebilir. Söz konusu işçinin işten çıkması veya çıkarılması ile yerine alınan işçiye aynı yararların sağlanması zorunluluğu yoktur³⁸⁹. O halde, işverenin çalışmakta olan bir işçisine devamlılık arz edecek şekilde lojman tahsis etmesi üzerine işçinin lojmanda oturmaya başlaması halinde genel özellikli işyeri uygulaması oluşmaz. Ancak, “*etkisi taraflar arasındaki sözleşmeyle sınırlı bir edim*” söz konusudur ve artık salt iş sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmaz. Böyle hallerde iş sözleşmesinin lojmanlı iş sözleşmesine dönüştüğünün kabulü uygun olur. Aynı şekilde, işverenin tüm işçilerine bireysel veya toplu iş sözleşmesi dışında tamamen tek taraflı iradesiyle devamlı olarak lojman tahsis etmesi halinde de mevcut iş sözleşmelerinin dönüştürüldüğünün ve lojmanlara taşınarak zımni anlamda uygulamayı onaylayan her bir işçisiyle işveren arasında lojmanlı iş sözleşmesi kurulmuş olduğunun kabulü uygun olur. Çünkü kira sözleşmesinin “*kullandırma*” ediminin ifası niteliğinde, tek taraflı bir tasarruf söz konusu olup; işçilerin zımni onayı ve “*aynı koşullarla devamlılık*” şartlarının gerçekleştiğinde “*sözleşme hükmü*” niteliğini alacaktır. Öte yandan, uygulamada bir işverenin tüm işçilerine işyeri uygulaması şeklinde lojman tahsis edebilmesi imkânsıza yakın bir durum olduğundan, lojmanlı iş sözleşmesi hükmüne dönüşen lojman uygulamasına rastlamak güçtür. Adedine göre bazı işçilere sıra ile ve işin gereği olarak lojman tahsis edilmesi benzeri uygulamaları ise Yargıtay –*devamlılık koşulunun oluşmaması gerekçesiyle*- işyeri uygulaması olarak nitelendirmemektedir³⁹⁰. Nihayet, lojman tahsisi sonrasında “*devamlılık*” koşulunun hangi anda gerçekleşerek iş sözleşmelerini lojmanlı iş sözleşmelerine dönüştürdüğü meselesi de önem taşımaktadır. Yargıtay’a göre, her yıl bir maaş olarak verilen ikramiyenin üç yıldan fazla tekrarı onu işyeri şartı haline getirir³⁹¹. Normal işyeri uygulamaları için anılan ölçütün uygulanması

³⁸⁸ Soyer, 1987, s.44.

³⁸⁹ Süzek, 2006, s.56 – 57.

³⁹⁰ Bkz.: *Üçüncü Bölüm, I, A, 5, c, (1)* başlığı altındaki 20.05.1981 tarihli karar.

³⁹¹ “*Öte yandan, davacı tanıkları olarak dinlenen işverenin eski ortağı ile işyerinden ayrılan diğer bir işçi ve halen işyerinde çalışmakta olan davalı tanığı "2000 yılına kadar işçilere her yılın başında bir maaş ikramiye verildiğini, yazılı sözleşme yapılmadan sözlü olarak gelenek halinde ve takdiren ikramiye ödemesi yapıldığını, şirketin ekonomik kriz içinde olması nedeniyle 2000 yılı başında ikramiye ödemesi yapılmadığını" beyan etmişlerdir. Bu beyanlardan, yazılı belge olmasa*

mantıklıdır. Fakat kanımızca, lojman tahsisinin niteliği böyle bir ölçütün uygulanmasını mümkün kılmamaktadır. Gerçekten, işçinin tahsisten yararlanmak için lojmana taşınması gerekir. Lojman tahsisi “sürekli” özellikte olduğundan sağlanan yararı “aylık ödenen rayiç kira” olarak somutlaştırmak yanlış olmaz. Ancak, üç aydan fazla devam etmeme halinde işyeri uygulamasının iş sözleşmesi haline gelmeyeceğini yani işçinin talep hakkının doğmayacağını varsaymak, işverene lojmanı tahsis ettikten kısa süre sonra bile tahliyesini isteme olanağını verecektir. Anılan hal, hem sosyal açıdan kabul edilemez, hem de 6570 Sayılı GKK buna izin vermez. Nihayetinde işçi lojmanda fuzuli şağil değildir. Taşınmak külfetli bir iş olduğundan, örneğin bir aylık süre için lojman tahsisi mantığa aykırı düşer. Nitekim SÜZEK de bu yönde kesin bir ölçü verilemeyeceğini, işçilerin dürüstlük kuralına ve olayın özelliğine göre uygulamanın gelecekte de tekrar edileceği sonucunu çıkarmalarına yetecek bir süre olması gerektiğini vurgulamaktadır³⁹².

Sonuç olarak, lojmanlı iş sözleşmesinin bire bir tipik edimli (*çift tipli*) bir karma sözleşme olduğu kabul edilmeli ve böylelikle çözümlenmelidir. İşçinin süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimine karşılık işverenin ücret ödeme ve lojman tahsisi edimleri söz konusudur. İş görme iş sözleşmesine, lojman tahsisi ise kira sözleşmesine ait tipik unsurlardır. İşçi sadece belirtilen nitelikteki iş görme ile her iki karşı edime de hak kazanmaktadır. Ücretli yıllık izin ile ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günlerinde iş sözleşmesi devam etmektedir; böyle hallerde işçinin iş görme borcunu yerine getirmediği söylenemez. O halde yasal dinlenme sürelerinde, kira akdine ait tipik bir edim olan lojman tahsisi açısından, işçinin kira borcunu ödemeyip temerrüde düştüğü düşünülemez. Bir an için iş sözleşmesinin baskın rolde olduğu düşünülebilir. Ancak, burada herhangi bir borçlar hukuku sözleşmesiyle değil, iş hukuku kadar sosyal ve emredici karakterde olan kira akdiyle karma ilişkiye girme söz konusudur. O nedenle, tipik bir iş hukuku düzenleme boşluğundan da söz

da ikramiye ödemesinin işyerinde gelenek haline geldiği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece, Yargıtay Kararlarında da belirtildiği gibi, işyerinde 3 yıldan fazla ikramiye ödemesi verilmesi halinde bu hususun artık işyeri şartı haline geldiği gözetilip, bozma kararına uyularak ikramiye alacağının hesaplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır” (Yargıtay HGK, 05.02. 2003, E.2003/9 - 11, K.2003/54, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

³⁹² Süzek, 2006, s.57.

edilemez. İzleyen bölümde iki farklı sözleşme tipinin karşılıklı karma ilişkiye girmesiyle oluşan boşluğun ne suretle doldurulabileceği araştırılacaktır.

4. Lojmanlı İş Sözleşmelerine Bağlanabilecek Hüküm ve Sonuçlar

Çalışmada “*lojmanlı iş sözleşmeleri*” olarak genel anlamda isimlendirilen sözleşme grubu birçok farklı görünüme sahip akdi bünyesinde barındırmaktadır. Lojmanlı iş sözleşmelerinin tabi olduğu hükümler araştırılırken, önce temel yaklaşım açıklanacak; ardından mevzuatta bulunan bazı hükümlerin ve değişik niteliklere sahip çeşitli meslek grubu mensuplarının yaptıkları sözleşmelerin özel olarak incelenmesine geçilecektir.

a. Temel Yaklaşım

Lojmanlı iş sözleşmesinin, iş ve kira sözleşmelerine ait unsurlar taşıyan “bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşme” olarak nitelenmesi, iş hukuku dışında bazı sonuçlara yol açar. Kuşkusuz, iş sözleşmesi herhangi bir karşılıklı sözleşme olarak değerlendirilemez. Çünkü, karşılıklı edimlerinden birisi taraflardan birinin (*işçinin ve ailesinin*) çoğunlukla tek geçim kaynağını teşkil eder. Ancak, iş yasalarının borçlar hukukuyla kaçınılmaz bağlarının bulunduğu da unutulmamalıdır; iş hukukunun kendine özgü özelliği olması, genel hükümlerden soyutlanması anlamına gelmez³⁹³. Üstelik lojmanlı iş sözleşmesi açısından bakıldığında, iş sözleşmesinin kendisi gibi ayrı yasaya ve sosyal karaktere sahip kira sözleşmesiyle karma ilişkiye girdiği görülmektedir.

Öğretide lojmanlı iş sözleşmesinin karma niteliği zaman zaman teslim edilse de genel yaklaşım iş sözleşmesinin kira sözleşmesini *-devreden çıkaracak ölçüde-* baskıladığı yönündedir. Örneğin REİSOĞLU, eskiden karma nitelikte olan kapıcılık sözleşmesinde, kapıcının verilen dairede oturmasının iş sözleşmesine göre belirleneceğini, kirayı sona erdiren sebeplerin ise ancak bunların iş sözleşmesini sona

³⁹³ Sarper Süzek, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Savaş Yayınları, Ankara, 1989, s.17, 101.

erdirmek için mühim bir neden teşkil ettikleri zaman dikkate alınacağını belirtmektedir. Yazara göre, iş sözleşmesi mühim bir sebep gösterilmeksizin fesholunsa bile kapıcının daireyi tahliye etmesi gerekecek; ancak iş sözleşmesi devam ederken dairenin kullanımına ilişkin hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesi kira sözleşmesine ait hükümlerle belirlenecektir³⁹⁴. ÇENBERCİ de konut kapıcılığı sözleşmesi henüz karma bir sözleşme iken yaptığı değerlendirmede, ortada geleneksel sözleşme hukuku açısından bir karma sözleşme bulunduğunu, ancak anılan sözleşmede iş sözleşmesi unsurunun çok baskın olması nedeniyle hukuki bir tahlile başvurulmadıkça diğer unsurların varlığının anlaşılmadığını belirtmektedir. Yazara göre, bu yüzden sözleşme imtisas (*soğurma*) görüşü ile çözümlenmeli ve iş sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır³⁹⁵. Konut kapıcısı gibi, işvereniyle aynı ortamda yaşayan ve iş tanımı normalden çok farklı –hatta bazen konutu zorunlu kılan- bir işçi hakkındaki böyle bir değerlendirme doğru olabilir. Gerçekten, kapıcının iş sözleşmesine son verildiğinde konutun gecikmeksizin tahliye edilmesi gerekir. Aksi durumda yeni kapıcının işini görmesi güçleşeceği gibi küçük bir sosyal çevre olan ana taşınmazda büyük huzursuzluk doğacaktır. Zaten konut kapıcılığının sonradan ayrıntılı şekilde düzenlenmesinin nedeni budur. Ancak, işverene ait fabrikada çalışan ve kendisine tahsis edilen lojmanda ikamet eden işçi hakkında, tümüyle iş sözleşmesinin uygulanması adil olmayan sonuçlara yol açabilir. Anılan işçilerin görev tanımları bambaşka olup işverenleriyle yaptıkları sözleşmedeki kira unsuru tümüyle iş sözleşmesi gölgesinde kalmış değildir. Kaldı ki 6570 Sayılı GKK’da yer alan emredici hükümler nedeniyle böyle bir durum hukuken de mümkün değildir. Gerçekten, “*belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (musakkaf olmayanları hariç) kiralanmalarında kiralayana kiracı arasındaki hukuki münasebetlerde*” GKK ile BK’nun buna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanması gerekir (GKK md.1). Özellikle tahliye konusundaki hüküm mutlak emredici ve geniş kapsamlıdır: “*Bu kanunla Borçlar Kanununda gösterilen haller dışındaki sebeplerle açılacak tahliye davaları, mukavelelerde aksine şart bulunsa dahi mesmu olmaz*” (GKK md.8).

³⁹⁴ Seza Reisoğlu, 1968, s.43.

³⁹⁵ Çenberci, 1984, s.166.

VIVIER, işçinin işverene ait konutta kaldığı bir iş sözleşmesinde, asıl olarak kira sözleşmesinin iş sözleşmesinden önce kurulup kurulmaması ölçütü önem taşıdığı görüşündedir: Kira sözleşmesi önce kurulmuşsa iki akit birbirinden bağımsızdır. İş sözleşmesi önce kurulmuşsa kira sözleşmesinin iş sözleşmesine tabi olması gerektiği kabul edilmelidir³⁹⁶. AKYOL bu sonuncu ölçüt yerine “*sözleşmelerin edimleri arasında tarafların ortak iradeleri ile kurulan bağlılık*” ölçütünü benimsemektedir. Yazara göre, bağlılığın bulunması halinde bağlı (*birleşik*) sözleşmelerden, “*muhtelit akitten tali mahiyette başka edaları da muhtevi tipik akitten söz açılır ve her ikisine birden temel akdin hükümleri uygulanmak gerekir*”³⁹⁷. Her iki görüş de tereddütle yaklaşılması gerektiği düşüncesindeyiz. Kira akdi önce kurulmuşsa sözleşmelerin bağımsız olduğu, aksi durumda ise kira akdinin iş sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı yönündeki görüş fazla otomatiktir. Her somut olayın özelliğine ve menfaatler dengesine göre oluşabilecek farklı durumlarda adaletli sonuçlar vermeyebilir. Evini kiralayan kimseyi beğenen bir işverenin onu işletmesinde işe aldığı her durumda sözleşmeleri birbirinden ayırmak mümkün olmayabilir. Örneğin ödenen kiranın aylık ücretten mahsup olunacağı veya kira bedeli düşürülerek ücretin içinde telakki edileceği kararlaştırılabilir. Böyle durumlarda iki ayrı sözleşmeden ziyade bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşme olduğu kabul edilmelidir. İş sözleşmesinden sonra kurulduğu her durumda kira akdinin iş sözleşmesi hükümlerine tabi olması da bütün durumlarda geçerli değildir; hatta karine olarak bile kabul edilmemesi gerekir. Şöyle ki bir işçinin, iş ilişkisinin tamamen dışında işverenin evini kiralaması olasıdır. O halde her somut olayda gerçek durumun saptanması gerekir ve sözleşmelerin hangisinin önce yapıldığı ölçütü karine teşkil edecek ölçüde genelleme yapmaya yeterli değildir. AKYOL’un bahsettiği üzere edimler arasında kurulan bağlılığın ölçü alınması düşünülebilir. Ancak, yazarın belirttiğinin aksine, edimler arasında kurulan ilgi “*bağlı (birleşik) sözleşmelere*” yol açmaz. Bağlı (*birleşik*) sözleşmeler tarafların, “*en az iki bağımsız tipik sözleşmeyi*” -karakteristik özelliklerini bozmaksızın- birinin muteberliğini diğerininkine bağlı kılarak birleştirmeleriyle ortaya çıkar. Oysa kira sözleşmesi taraflar arasındaki iş ilişkisinden ayrı olarak bağitlanmışsa, ortada iki ayrı

³⁹⁶ Gérard Vivier, *Le logement accessoire au contrat de travail*, Paris, 1953, s.5’den aktaran: Akyol, 1967, s.116.

³⁹⁷ Akyol, 1967, s.116.

sözleşme bulunmakla birlikte aralarında böyle bir bağlantı bulunmaz. Aksi durumda oluşacak lojmanlı iş sözleşmesinde ise iki bağımsız sözleşme yoktur; farklı tipte edimler tek bir sözleşme içinde birbirine lehimlenmiştir. O halde bir karma (*muhtelit*) sözleşme söz konusudur. Ancak, AKYOL'un nitelenmesinin aksine, yabancı tipte yan edim içeren bir sözleşme olarak nitelenmesi kolay değildir. Taşınmazın kiraya verilmesi edimi, taşıdığı sosyal ağırlık nedeniyle sıradan bir yan edim olarak nitelenemez; asli edim olarak değerlendirilmesi gerekir. Kuşkusuz, her bir somut olayda lojman tahsisinin iş görme edimine oranla akitteki önemini tartışmak ve gerekirse tek bir tipe ilişkin hükümleri tüm sözleşmeye uygulamak mümkün olabilir. Ancak, sözleşmesel durum ne olursa olsun bir işçinin özel yaşam alanını belirleyen ve gerektiğinde orayı terk etmesine yol açabilecek bir edimler bağının bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşme olarak değerlendirilmesi daha uygundur.

Öte yandan TUNÇOMAĞ daha genel bir yaklaşımla, bazı hallerde “iş - kira” bire bir tipik edimli karmasının, bütün olarak ele alınıp imtisas (*soğurma*) görüşüyle çözümlenmesinin ve böylelikle tiplerden birini öne çıkararak tek bir tipe ait hükümlerin uygulanmasının daha doğru olacağını savunmaktadır. Örneğin, belirli ev hizmetleri karşılığında bir odanın kiralanmasına ilişkin sözleşmede ağırlık noktasının “*kullanmanın sağlanması*”nda olduğu düşünülebilir; bu durumda sadece kira sözleşmesi hükümleri esas alınmalıdır. Aynı şekilde, bir kimsenin evde serbestçe oturma karşılığında evin kâhyası ve bahçıvanı olarak iş göreceği kararlaştırılmışsa, ağırlığın iş sözleşmesinde olduğu düşünülerek salt iş sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Nihayet yazara göre, “iş - kira” bire bir tipik edimli karmasında, işçiye kalacak yer dışında para da verilmesi söz konusuysa (*ki lojmanlı iş sözleşmesinde durum budur*), ağırlık noktasının iş sözleşmesinde toplandığı ve sadece iş sözleşmesine ait hükümlerle olayın çözümleneceği kabul edilmelidir³⁹⁸. Kanımızca belirtilen görüşe tereddütle yaklaşmak gerekir. Kira sözleşmesiyle iş sözleşmesi başka disiplinlere ait çok başka sözleşmelerdir. Öncelikle görev yönünden farklı mahkemelerce çözümlenirler. Bilhassa fesih yönünden her iki sözleşme de Borçlar Kanunu'ndan başka yasalarda -sosyal kaygı güdülerek- özel olarak emredici kurallarla düzenlenmiştir. Ayrıca KUNTALP'in de haklı olarak

³⁹⁸ Tunçomağ, 1977, s.22.

vurguladığı üzere, *-tip için zaruri unsur olarak nitelenen-* para ediminin de “iki farklı tip tayin edici karşılıklı edimin” yanında yer alması, akdin “iş - kira” bire bir tipik edimli karmaşı olarak nitelenmesini etkilemez³⁹⁹. Para edimi tip tayin edici özelliğe sahip olmadığı gibi karma sözleşmede ağır basan sözleşme tipini belirlemede tek ölçüt olarak kullanılamaz. Dolayısıyla kira akdinin sözleşmedeki ağırlığının, tarafların menfaatleriyle birlikte her olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi zorunludur.

Tartışılması gereken önemli bir konu, lojmanlı iş sözleşmeleri çözümlenirken “*imtisas (soğurma)* görüşüne ait tekniklerin”, iş hukuku öğretisince temel yöntem olarak benimsenmesidir. Kanımızca, bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma akit olan lojmanlı iş sözleşmeleri hakkında anılan görüşün standart şekilde uygulanması, adil olmayan sonuçlara yol açma ihtimali bir yana, GKK’nın emredici hükümlerine ve hukuk tekniğine aykırıdır. Meseleye salt iş hukuku penceresinden bakılmaması, çok disiplinli düşünülmesi gerekmektedir. İş mevzuatında işçi-işveren ilişkilerinin her şeyiyle eksiksiz düzenlenmediği vakiadır ve normal olan, düzenleme boşluklarının öncelikle bu hukukun ilke ve kurallarıyla çözümlenmesidir⁴⁰⁰. Öte yandan, bire bir tipik edimli karma sözleşme, iş sözleşmesinden başka bir şeydir. Lojmanlı iş sözleşmesi konusunda ise ortada salt “*iş hukuku düzenleme boşluğu*” değil, genel manada bir düzenleme boşluğu söz konusudur. Kuşkusuz, iki ayrı tipin bir araya gelmesi nedeniyle ortaya çıkan karma sözleşmenin, iş hukukunun işçiyi koruyucu sosyal niteliğine zarar verecek şekilde yorumlanmaması gerekir. Ancak, en az kendisi kadar sosyal nitelikli ve emredici hükümler taşıyan kira sözleşmesiyle karma ilişkiye giren iş sözleşmesinin, oluşan karma sözleşmenin bütününe otomatik olarak hâkim kılınmaması gerekir. Kira sözleşmesinin de kiracıyı koruyucu kendine özgü ilkeleri ve emredici hükümleri vardır. Hatta meseleye kira hukuku açısından bakıldığında değişik sonuçlara ulaşmak da mümkündür. Örneğin ANIL, kira bedelinin paradan başka bir şey, mesela hizmet olduğu durumlarda, taraflar arasında çıkan anlaşmazlıkların –*söz konusu ilişkinin üstün vasfının kira ilişkisi olması sebebiyle-* yine kira sözleşmesi kuralları çevresinde ve kira hükümlerine göre

³⁹⁹ Kuntalp, a.g.e., s.82.

⁴⁰⁰ Süzek, 2006, 33.

çözümlemesinin gerektiği kanısındadır⁴⁰¹. Gerçekten, kira sözleşmesinin kurulması için kira bedelinin para olması şart değildir; iş görme de olabilir⁴⁰². Bir an için, lojmanlı iş sözleşmesinde ağırlığın iş sözleşmesinde olduğu veya kira sözleşmesinin iş sözleşmesinin kurulması amacına yöneldiği ve bu nedenle imtisas (*soğurma*) görüşünün her durumda uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak, kira akdinin tipik ediminin tam anlamıyla gerçekleştiğinin unutulmaması gerekir. Öyle ki tarafların lojmanlı iş sözleşmesini, tipik edimlerine dokunmaksızın rayiç bedeller belirleyerek ikiye bölebilmeleri, iki ayrı sözleşme yaratabilmeleri dahi mümkündür⁴⁰³. Dolayısıyla kira sözleşmesinin tipik ediminin çok dikkatli bakılmadıkça görülmeyeceği, süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimince fazlasıyla gölgede bırakıldığı görüşüne tereddütle yaklaşmak gerekir. İşçi-kiracı, işveren-kiralayana oranla mali olanakları sınırlı bir kimsedir. Yaşamını sürdürebilmesi için çözümlemesi gereken en önemli iki sorun çalışacak iş ve barınacak bir ev bulmaktır. Sosyal açıdan anılan sorunlardan birisi diğerine üstün sayılamaz; bu yüzden özel koruyucu kanunlarla düzenlenmişlerdir. Kira sözleşmesi edimini tümüyle iş sözleşmesi edimine tabi kılmak, kırılğan yapıdaki iş sözleşmesinin fesih sebeplerini her iki tipik edime de uygulamak sonucunu doğurur. Bunun ekonomik açıdan zayıf durumda olan işçi – kiracı açısından somut anlamı, tek bir fesih bildiriyle hem çalıştığı işten hem de barındığı evden bir anda mahrum kalmasıdır. Anılan durum GKK'nın açık hükümlerine de aykırıdır.

O halde çözüm ne olmalıdır? Bir an için imtisas (*soğurma*) görüşünün otomatik olarak bütün lojmanlı iş sözleşmelerine uygulanmasını savunanların hukuken haklı olduğunu varsaysak bile; teknik anlamda hukuksal mantığın emrettiğini yapmak bazı durumlarda uygun düşmeyebilir. Özellikle, işçiye lojman verilmesi gibi birçok değişik görünümü bulunan ve sosyal açıdan büyük önem

⁴⁰¹ Yaşar Şahin Anıl, **Kira Akdinden Doğan Tahliye Davaları**, Beta Basım, İstanbul, 1991, s.148 – 149.

⁴⁰² Celal Erdoğan, Tahliye, **Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 1993, s.270; Kutsi Malatyalıoğlu ve Hami Ertaş, **Tahliye Davaları**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s.3; Anıl, a.g.e., s.148; Müslim Tunaboylu, **Açıklamalı – İctihatlı Kira Hukuku**, Cilt:I, Adil Yayınevi (Yay.No:102), Ankara, 1999, s.100.

⁴⁰³ Bu durumda birisi gayrimenkul kirası sözleşmesi (gayrimenkulün kullandırılması edimine karşılık kira parası edimi) diğeri iş sözleşmesi (süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimine karşılık ücret edimi) olmak üzere iki ayrı akit oluşacaktır.

taşıdığı açık olan bir konunun, tek ve genel bir yolla çözümlenmesi kolay değildir⁴⁰⁴. Kanımızca gayrimenkul kirası sözleşmesinin kendine özgü hukuki ve sosyal nitelikleri, akdin iş sözleşmesi hükümleri tarafından baskılanmasını engeller. Lojman tahsis etme sıradan bir aynı ücret eki değildir. O yüzden ki Yasa koyucu lojmanın hızla tahliyesini gerektiren bazı durumlarda özel hızlı tahliye hükümleri getirmiş⁴⁰⁵; ancak bunları genelleştirmemiştir. Özel düzenlemeler dışında kalan hallerde, kira sözleşmesi edimi ile sınırlı olarak, gayrimenkul kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması doğru olur. Süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimine ilişkin uyumsuzluklarda ise iş sözleşmesine ait hükümler uygulanacaktır. Böyle bir yöntem karma sözleşmelerin çözümlenmesine ilişkin görüşler içerisinde “birleştirme (terkip) görüşü”ne daha yakındır⁴⁰⁶. Ancak bu yaklaşım, her bir lojmanlı iş sözleşmesinde tekrar gözden geçirilmeli; somut olayın özelliklerine ve taraf menfaatlerine göre adaletsiz sonuçlara yol açılmaması için gereken durumlarda “*imtisas (soğurma) görüşü*”ne veya “*yaratma (kıyas) görüşü*”ne de başvurulabilmelidir. Örneğin “*lojman tahsisinin işçiye verilen toplam ücretin çok önemli bir kısmını teşkil etmediği*” veya “*lojmanın yeni bir işçiye tahsisinin gereğinin ortaya çıktığı*” durumlarda hâkim takdir yetkisini imtisas veya yaratma görüşlerinden yana kullanabilir⁴⁰⁷. Sonuç olarak lojmanlı iş sözleşmelerinde “*her somut olayın özelliğine göre değişik görüşlerin uygulanması görüşü*”ne göre davranılması, ancak çoğunlukla “*birleştirme (terkip) görüşü*”nden yararlanılması uygun olacaktır⁴⁰⁸. Farklı sözleşme tiplerine ait hükümlerin birbiriyle çelişmesi halinde ise, çelişen hükümlerin dayandığı nedenler ayrı ayrı araştırılarak bire bir tipik edimli sözleşmeye birlikte uygulamanın mümkün olup olmadığı karşılıklı olarak tartılmalıdır⁴⁰⁹. Bazen de emredici hükümlerin emredici olmayanlara tercih edilmesi, hepsi emredici ise

⁴⁰⁴ Toshio Yamaguchi, **La théorie de la suspension du contrat de travail**, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1963, s.115.

⁴⁰⁵ 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK) md.44 ile onun yaptırımı niteliğindeki md.78/Son hükmü, KMK Ek md.2. Ayrıntısı için bkz.: Bir sonraki başlık altındaki açıklamalar.

⁴⁰⁶ Ayrıntı için bkz.: *Birinci Bölüm, II, A, 4, b* başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁰⁷ Yamaguchi, a.g.e., s.115 - 116; Aslında YAMAGUCHI bu ölçütleri, lojmanlı iş sözleşmesinin askıya alındığı durumlarda işçinin kira ödeyip ödememesini ya da lojmanın geçici olarak tahliye edilip edilmeyeceğini belirlemek için önermektedir. Ancak kanımızca genel olarak lojmanlı iş sözleşmesinin tabi olacağı hükümler araştırılırken de bunlardan uygun düştükleri ölçüde yararlanılması mümkün olabilir.

⁴⁰⁸ Ayrıntı için bkz.: *Birinci Bölüm, II, A, 4* başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁰⁹ Tunçomağ, 1977, s.22.

menfaatler dengesinin gözetilerek uygun düşenin belirlenmesi, özel hükümlerin genel olanlara uygun olmasına dikkat edilmesi benzeri ilkeler gözetilebilir⁴¹⁰.

Farklı tipik edimlerinden sadece birisi çeşitli nedenlerle taraflarca sona erdirilen bir lojmanlı iş sözleşmesinin durumunu, “*kısmi fesih*” müessesesi açısından da tartışmak gerekmektedir. Kısmi fesih, “*bir sözleşmenin sadece bir veya birkaç hükmünü bildirimli olarak sona erdirmeye*” olarak tanımlanabilir⁴¹¹. ALP, iş ilişkisi yanında başka bir hukuki ilişkinin daha kurulduğu hallerde, eğer farklı hukuki ilişkiler bütünlük arz etmiyorsa, bunlardan birisinin sona erdirilmesinin mümkün olabileceği; hatta durumun bir hukuki ilişkinin “*tam feshi*” olarak dahi değerlendirilebileceği görüşündedir. Öte yandan yazara göre, asıl iş ilişkisinden bağımsız anlam taşımayan bir sözleşme koşulunun tek taraflı olarak kısmi feshinin geçerli olmaması gerekir. Ancak karşı tarafın da rıza göstermesi halinde kısmi fesih geçerli olacak, sözleşme yeni haliyle devam edecektir. Ayrıca İş Kanunu md.22 gereğince işverenin çalışma koşullarında işçinin rızası olmaksızın esaslı değişiklik yapamayacağını, buna karşılık tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebileceklerini de unutmamak gerekir. Esaslı olmayan değişiklikleri ise işveren tek taraflı olarak yapabileceğinden dolayı, kısmi fesih esaslı bir sözleşme koşulunu ortadan kaldırmaması şartıyla geçerli olabilecektir⁴¹². Kanımızca lojmanlı iş sözleşmesinde karşılıklı tipik edimlerin ikisi de –ait oldukları sözleşme tiplerinin özellikleri gereği- birçok somut durumda birbirinden ayrı olarak dahi anlam taşır ve bu nedenle edimlerden birisinin kısmi feshinin mümkün olması gerekir. Böyle bir kısmi feshin, süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi açısından “*çalışma koşullarında esaslı değişiklik*” anlamına geldiği ve İş K.md.22’deki usule uyulmasını gerektirdiği kuşkusuzdur. Ancak belirtilen usule uyulmaması, salt “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” edimi açısından iş hukukuna özgü bir takım hukuki sonuçlara yol açacaktır. Kira edimi açısından ise, kira ilişkisinin devam etmesine engel bulunmamaktadır.

⁴¹⁰ Kuntalp, a.g.e., s.135.

⁴¹¹ Alp, a.g.e., s.95.

⁴¹² Alp, a.g.e., s.95 vd.

Konuya genel hükümlerdeki imkânsızlık müessesesi açısından yaklaşıldığında da benzer sonuca ulaşılmaktadır. Sürekli borç ilişkileri açısından imkânsızlık, “*borçlunun edim sonucunu gerçekleştirebilmesini kesin olarak önleyen bir engelin bulunmasıdır*”⁴¹³. Karma sözleşmeler açısından ise sonradan tipik edimlerden birisinin ortadan kalkmasıyla meydana gelen kısmi imkânsızlık meselesi özellikle önem taşımaktadır. Kısmi imkânsızlık yalnızca bölünebilen borçlar açısından söz konusu olabilir; borç bölünemiyorsa tam imkânsızlık olduğu varsayılır. Kısmi imkânsızlıkta, imkânsız olmayan edimin aynen ifa yükümlülüğü devam eder. Ancak o haliyle sözleşme artık anlamsız bir hale geliyorsa alacaklı kısmi ifayı reddedebilir⁴¹⁴. Bire çok tipik edimli (*kombine*) karma sözleşmelerden farklı olarak bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşmelerde farklı tipte edimler karşılıklı yer alırlar ve birbirinden ayrıştırılmaları çoğu kez mümkündür. Edimlerin önemleri karşılaştırıldığında ise –*yukarıdaki paragraflarda gerekçeleriyle tartışıldığı üzere*– lojmanlı iş sözleşmesinde kira ediminin, çoğunlukla görmezlikten gelinemeyecek kadar ağırlığa sahip olduğu görülür. Dolayısıyla tipik edimlerden birisinin taraflarca sonlandırılması halinde diğeri çoğu zaman imkânsız hale gelmez ve hukuki ilişki kısmen devam eder.

O halde, farklı tipik edimlerinden sadece birisi çeşitli nedenlerle taraflarca sona erdirilen bir lojmanlı iş sözleşmesinde, diğeri tipik edime ait hukuki ilişkinin çoğunlukla kısmen devam edeceğini ileri sürmek yanlış olmaz. Ancak her iki tipik edim karşılıklı olarak yer aldıklarına göre birisi eksileceğinden; sözleşme şartlarının tekrar gözden geçirilmesi, ortadan kalkan tipik edimin, tip için zaruri edim teşkil eden “*para*” benzeri bir başka karşılıkla ikame edilmesi zorunludur. Konuyu değişik ihtimallere göre incelemek gerekmektedir.

İlk ihtimal, işçinin tarafı olduğu lojmanlı iş sözleşmesinin “*iş görme edimine ilişkin kısımları*”nın sona ermesi, örneğin işverence iş sözleşmesinin feshedilmesidir. Böyle bir durumda işçinin lojmanda oturmaya devam edip edemeyeceği meselesi, yukarıdaki paragraflarda yer alan açıklamalar ışığında her somut durum ve menfaatler dengesi ayrıca değerlendirilerek çözümlenmesi gerekir. Kural olarak

⁴¹³ Seliçi, a.g.e., s.90.

⁴¹⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.1218 - 1219.

lojmanda oturma edimi kira sözleşmesine ait olduğundan, yasalarda açıkça tahliyenin öngörüldüğü haller dışında tahliyenin ancak 6570 Sayılı GKK md.7 uyarınca istenebilmesi gerekir. Böyle bir tahliye sebebi yoksa lojmanlı iş sözleşmesinin kısmen fesholunduğu ve kira sözleşmesine dönüşerek hukuki ilişkinin evrildiği kabul edilmelidir. Bu durumda karşılıklı edimlerden “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” ortadan kalktığından, rayiç kira bedeli ile ikame edilmesi gerekir. Rayiç kira bedeli konusunda tarafların anlaşamaması halinde kira sözleşmesine özgü hukuki yollarla uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekir. Hâkimin sözleşmeye müdahale ederek değişen şartlara uyarlaması zorlama bir yol olacaktır. Anılan halde lojmanlı iş sözleşmesinin edim ve karşı edim dengesinin ekonomik anlamda bozulmuş olduğu ve genel işlem temelinin çöktüğü bir an için kabul edilebilirse de değişen hal ve şartların ortaya çıkmasında kusuru olan tarafın uyarlama davasını açabilmesi mümkün değildir⁴¹⁵. Dolayısıyla işverenin iş sözleşmesini feshettikten sonra lojmanı işçiye bedelsiz kullanılmamak için uyarlama davası açması zorlama bir yol olacaktır. Ancak her iki tarafça da kira tespiti davası açılmasına engel bulunmamaktadır. Görevli mahkeme ise artık ortada sadece kira sözleşmesi kaldığından HUMK md.8 uyarınca Sulh Hukuk Mahkemesi olacaktır⁴¹⁶.

İkinci bir ihtimal, iş sözleşmesi devam eden işçinin işverence lojmandan çıkarılmasıdır. SÖZER, işverence işçiye lojman sağlanmasının ücretin nesnel eklerinden olması nedeniyle, normal koşullarda işçi tarafından bedelini isteme hakkının bulunmadığını; ancak, işçinin kusuru olmaksızın edimi elde etmesi imkânsızlaşırsa, işçi bakımından bu edimi tazmin hakkının doğacağını haklı olarak belirtmektedir⁴¹⁷. İşçiyi bağımlılık ilişkisi gereği zorlayarak lojmandan çıkaran işverenin yaptığı fiil hukuken “*dolaylı ücret indirimi*”⁴¹⁸ olarak nitelenebilir. Lojmanlı iş sözleşmesinde işçiye lojman tahsisi esaslı bir sözleşme şartıdır ve tek taraflı olarak işverence değiştirilebilmesi için İş K. md.22 gereğince geçerli bir nedene dayanılması gerekir. Böyle bir geçerli nedeni bulunmayan işverenin,

⁴¹⁵ İbrahim Kaplan, a.g.e., s.152.

⁴¹⁶ Tunaboşlu, Cilt:II, s.1606.

⁴¹⁷ Sözer, 1981, s.84.

⁴¹⁸ Alp, a.g.e., s.205 – 206.

lojmanın rayiç kirasını eklemek suretiyle işçinin ücretini artırması şarttır. Aksi takdirde işçi İş K. md.22'den kaynaklanan haklarını kullanabilir.

Üçüncü ihtimal, iş sözleşmesi devam ederken işverence işçinin lojmandan çıkarılması için resmi mercilere başvurulmasıdır. Bu halde iş hukuku açısından geçerli bir neden olsa dahi tahliye için kural olarak 6570 Sayılı GKK md.7'de yer alan sebeplere dayanılması gerekir. Söz konusu sebeplere dayanılamaması halinde tahliye istenmesi mümkün olmamalıdır. Bununla birlikte, iş hukuku açısından geçerli bir nedenin varlığı halinde esaslı bir iş şartı olan lojman edimi iş sözleşmesi açısından ortadan kaldırılarak, iki hukuki ilişki⁴¹⁹ ayrıştırılabilir. Ancak anılan durumda işverenin artık ücret eki olarak lojman sağlama zorunluluğu bulunmayacağından, işçi-kiracının lojmanda oturmaya devam ederken rayiç kirasını işveren-kiralayana ödemesi gerekecektir. Artık kira ilişkisi iş ilişkisinden tamamıyla ayrıştırıldığından dolayı uyuşmazlık çıkması halinde Sulh Hukuk Mahkemesine kira tespit davası açmak mümkün olmalıdır.

Nihayet son bir ihtimal, lojmanda oturmaya devam eden işçinin iş sözleşmesini feshetmesidir. Bu halde de 6570 Sayılı Yasa md.7'de yer alan tahliye sebepleri oluşmamışsa işçi-kiracının, artık salt kiracı olarak rayiç kira bedelini işveren-kiralayana ödemek şartıyla lojmanda oturmaya devam etmesi gerekir. Rayiç bedelin tespitinde uyuşmazlık çıkması halinde artık ortada iş sözleşmesi kalmadığından, taraflarca HUMK md.8 gereğince Sulh Hukuk Mahkemesine kira tespiti davası açılabilir.

b. Özel Durumlar

(1) Çeşitli Meslek Grupları

(a) Kapıcılar

Kapıcı, pek çok kimsenin ortaklaşa yararlandığı bir binanın bakımı, korunması, temizliği, oturanların güvenliği, çarşı ve ayak hizmetlerinin görülmesi,

⁴¹⁹ İş ilişkisi ve kira ilişkisi.

varsa kaloriferinin yakılması, bahçenin düzenlenmesi benzeri işlerini görmesi için istihdam edilen kişidir. Kat malikleri kurulunca doğrudan doğruya yapılan veya söz konusu kurulun yetkilendirmesi sonrasında yöneticiyle kapıcı arasında kurulan sözleşme ise kapıcılık sözleşmesidir⁴²⁰. İşverenin işçiye lojman tahsis ettiği iş sözleşmeleri içinde sosyal açıdan en yaygınlarından birinin kapıcılık sözleşmesi olduğunu söylemek yanlış olmaz.

KUNTALP, kapıcılık sözleşmesinin edimlerini şöyle ortaya koymaktadır: “bir taraf öbürüne (kapıcıya) taşınmazın bir bölümünün kullanılmasını devreder (kiraya ait unsur), buna karşılık diğer taraf da (kapıcı) kalorifer yakmak, merdivenleri temizlemek gibi bir iş görmeyi (hizmet akdine ilişkin unsur) yüklenir”⁴²¹. Uygulamada birçok kapıcılık sözleşmesinde söz konusu edimler bulunmakla beraber işveren tarafın kapıcıya ödemesi gereken ücret ediminin de unutulmaması gerekir. Gerçekten Türk Hukuku’nda görevi nedeniyle kapıcıya konut verilmesi zorunlu değildir, ancak ücret ödenmesi esastır (Konut Kapıcıları Yönetmeliği md.6, 13). O halde konut kapıcısıyla yapılan iş sözleşmelerinde, kendisine görevi nedeniyle oturması için konut verilen hallerde edimleri şu şekilde ayırtırmak mümkündür:

<i>Kapıcı Edimi</i>		<i>İşveren Edimleri</i>
	←→	Kullanıma Konut Tahsis Etme (Kira Sözleşmesine İlişkin Tip Tayin Edici Unsur)
Süre ve Bağımlılık Temelinde İş Görme (İş Sözleşmesine İlişkin Tip Tayin Edici Unsur)	←→	Ücret (Tip Açısından Zaruri Unsur)

Geçmişte kapıcılık sözleşmesi hakkındaki genel ve yerleşik kanı, hukuken bir karma sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeydi⁴²². Yukarıdaki edimler şeması da belirtilen görüşü destekler görüntüdedir. Ancak bir sözleşmenin

⁴²⁰ Gültekin Şener ve Bülent Gürel, **Tüm Hukuk Sorunlarıyla Kapıcılar**, Üçer Matbaacılık, İstanbul, 1978, s.9.

⁴²¹ Kuntalp, a.g.e., s.11.

⁴²² Tandoğan, 1990, s.69; Kuntalp, a.g.e., s.80.

karma sözleşme olarak kabul edilebilmesi için farklı sözleşme tiplerinden edimler ödünçlemesi yetmez; aynı zamanda bir bütün olarak herhangi bir düzenlemeye de tabi olmaması gerekir. Kapıcılık sözleşmesinin çeşitlerinden birisini teşkil eden konut kapıcıları hakkında böyle bir düzenleme bulunmaktadır: Konut Kapıcıları Yönetmeliği⁴²³ ... 4857 Sayılı İş Kanunu md.110 gereğince çıkarılan Yönetmelik ile “konut kapıcılarının hizmetlerinin kapsam ve niteliği ile çalışma süreleri, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık ücretli izin hakları ve kapıcı konutları ile ilgili hususların düzenlenmesinde uygulanacak değişik şekil ve esaslar” ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Özellikle kapıcı lojmanının tahliyesi hakkında anılan yönetmeliğin 13.maddesiyle yapılan gönderme nedeniyle, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) Ek md.2 doğrudan doğruya uygulanır⁴²⁴.

Sonuç olarak, artık konut kapıcılarıyla yapılan kapıcılık sözleşmelerinin karma sözleşme olduğunu söylemek mümkün değildir; anılan akitler iş sözleşmesi haline dönüşmüş durumdadırlar⁴²⁵. Ancak, istisnai de olsa iş hanlarında çalışan kapıcılara konut tahsisi durumu Yönetmelik ve İş K. dışında kalmaktadır ve bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşme olarak düşünülebilir. Ancak böylesi sözleşmeler dahi KMK Ek md.2 kapsamına girdiğinden, karma sözleşme niteliklerinin tartışılabilceğini söylemek yanlış olmaz.

(b) Bekçiler

Bekçilere lojman tahsisi yaygın olarak görülen bir durum olup görevin mahiyeti gereği birçok durumda kaçınılmaz olmaktadır⁴²⁶. Ana taşınmazların korunması görevini yapan bekçiler, Konut Kapıcıları Yönetmeliği md.3/I uyarınca “kapıcı” sayılarak Yönetmeliğe tabi kılınmışlardır. Dolayısıyla, oturdukları lojmanların tahliyesi hakkında –Yönetmeliğin 13.maddesinde yapılan göndermeyle- KMK Ek md.2 uygulanır. Anılan maddeye göre, “kat malikleri kurulunca veya bu kurulca yetki verilen yönetici tarafından sözleşmeleri herhangi bir nedenle feshedilen

⁴²³ Resmi Gazete, Sayı: 25391, Tarih: 03.03.2004.

⁴²⁴ Bkz.: Bir sonraki başlık altındaki açıklamalar.

⁴²⁵ Aynı yönde bkz.: Tunçomağ, 1977, s.22 – 23; Cevdet İlhan Günay, **Şerhli İş Kanunu**, Cilt: III, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s.3740.

⁴²⁶ Tunçomağ, 1989, s.541.

veya sona eren, *kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçiler ile dışarıdan atanan yöneticiler kendilerine bu görevleri dolayısıyla bir yer tahsis edilmiş ise, bu yerleri on beş gün içerisinde boşaltmak zorundadırlar*". On beş günlük süre içinde boşaltılmayan yerler "yöneticinin veya kat maliklerinden herhangi birinin başvurusu üzerine başkaca tebligata lüzum kalmadan mahallî mülki amirlerin kararı ile bir hafta içinde zabıtaca boşalttırılır. İdare ve yargı organlarına yapılacak başvuru, bu kararların yerine getirilmesini durdurmaz. İlgililerin kanun ve sözleşmeden doğan hakları saklıdır" (KMK Ek md.2). Kanun ve sözleşmeden doğan haklar saklı tutulabileceğine göre, söz konusu tahliye hükmünün lojmanlı iş sözleşmesinde aksi kararlaştırılabilir. KMK kapsamı dışındaki işyerlerinde çalışıp da kendilerine lojman tahsis edilen bekçiler hakkında KMK Ek md.2'deki özel tahliye hükmünün uygulanması söz konusu değildir.

Bekçiler hakkında değinilmesi gereken bir başka husus, lojmanın işyeri sınırları içinde olması halinde, gördükleri işin işyerini korumak olmasının iş süresine nasıl etki edeceği meselesidir. Yargıtay'ın haklı olarak belirttiği üzere, böyle durumlarda bekçinin iş süresi normal yaşantısı ile iç içe geçtiğinden, normal yaşantısında geçen sürenin iş süresinden sayılması mümkün olmayacaktır⁴²⁷.

(c) Bahçıvanlar

Bahçıvanlarla yapılan lojmanlı iş sözleşmelerine zaman zaman rastlanmaktadır. Aslında bahçıvanlık bir tarım işidir ve İş K.md.4/I-b gereğince İş Kanunu'nun kapsamına girmez; Borçlar Kanununa tabidir. Ancak bazı özel durumlara değinilmesi gerekir. İş K.md.4/II-e uyarınca, "halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri" İş Kanunu kapsamı içindedir. O halde halkın faydalanmasına açık park veya bahçe işinde çalışan bir bahçıvan İş Kanununa tabi olacaktır. Aynı şekilde herhangi bir işyerinin bahçesinde görev yapan bahçıvan da İş Kanununun sağladığı güvencelerden yararlanacaktır. Öte yandan, bir müstakil evin bahçesinin bakımını yapan bahçıvanın iş ilişkisi,

⁴²⁷ Ayrıntı ve kararlar için bkz.: *Üçüncü Bölüm, I, A, 5, b, (1)* başlığı altındaki açıklamalar.

bahçıvanlığın müstakil bir evin günlük işlerinden sayılması dolayısıyla İş K.md.4/I-e’de yer alan ev hizmetlerinden sayılır ve İş Kanununa tabi olmaz⁴²⁸.

Nihayet KMK kapsamındaki ana taşınmazların bahçelerinde görev yapan bahçıvanların Konut Kapıcıları Yönetmeliği md.3/I uyarınca “kapıcı” sayılarak Yönetmeliğe tabi kılındıklarını ve oturdukları lojmanların tahliyesi hakkında – *Yönetmeliğin 13.maddesinde yapılan göndermeyle-* KMK Ek md.2’nin uygulanacağını eklemek gerekir⁴²⁹. Ancak KMK kapsamına girmeyen durumlarda Ek md.2’ye göre tahliye söz konusu olmayacaktır.

(d) Cami Görevlileri

Cami görevlileri ile yapılan lojmanlı iş sözleşmeleri bazen ilginç özellikler arz etmektedir. Meselenin bir yönüyle kamu hukuku niteliği taşıması ilişkiyi karmaşıklaştırmaktadır. Kuşkusuz, tüm cami görevlileri iş hukukunun konusuna girmez. 633 Sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun⁴³⁰ md.35 uyarınca, “*cami ve mescitler Diyanet İşleri Başkanlığının izni ile ibadete açılır ve Başbakanlıkça yönetilir. (...) Diyanet İşleri Başkanlığınca buralara imkânlar nispetinde kadro tespit edilir. Kadro tahsis edilinceye kadar buralarda görev yapanların mesleki ehliyetleri ile ilgili esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir*”. Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği⁴³¹,’nde ise “*ücreti köy bütçesi, dernekler veya vakıflarca ödenen cami görevlileri, ilgili il müftüsü veya kaymakamın teklifi üzerine vali tarafından*” atanır, hükmü yer almaktadır (md.13/f). O halde memur olmasalar ya da genel bütçeden maaş almasalar bile, Yönetmeliğin md.13/f’de sayılan kişilerin kural olarak atama usulü dışında görev yapmaları mümkün değildir. Ancak uygulamada binlerce camide anılan usule uygun ataması gerçekleştirilmemiş kişiler görev yapmaktadır⁴³². Yine de söz konusu

⁴²⁸ Münir Ekonomi, “Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (ÇMİS Yay.No:15), Ankara, 2004, s.30.

⁴²⁹ Bkz.: Bir önceki başlık altındaki açıklamalar.

⁴³⁰ Resmi Gazete, Sayı: 12038, Tarih: 02.07.1965.

⁴³¹ Resmi Gazete, Sayı: 25564, Tarih: 25.08.2004.

⁴³² Ali Nazım Sözer, “AB’nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler”,

kimselerle çalıştıranlar arasında fiili iş ilişkisi kurulmuş olduğunun ve işçilik haklarından yararlanabileceklerinin kabulü gerekir.

Cami görevlilerinin görev yaptıkları cami müstemilatına dâhil lojmanlar kamu malı niteliğinde olup camiyle bir bütün olarak değerlendirilir⁴³³. 6570 Sayılı GKK md.1/II uyarınca mabetlerin kira sözleşmesinin konusunu oluşturması ise yasaktır. İmamevinin kamu malı sayılması nedeniyle kullanımı ve görev sonunda tahliyesi 2946 Sayılı Kamu Konutları Kanunu'ndaki hükümlere göre olacaktır. O halde böylesi imamevlerinde ikamet eden cami görevlileri ile yapılan sözleşmeler lojmanlı iş sözleşmesi niteliğinde değildir. Öte yandan, fiili iş ilişkisi sona erdiğinde kamu hizmetinin sürekliliği gereği hemen yeni bir cami görevlisinin alınması gerekecektir. Dolayısıyla, lojmanın tahliyesi ile ilgili yorum yapılırken söz konusu hususların da göz önünde tutulması gerekecektir.

(2) Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu md.44 ve md.78 Hükümleri

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK) md.44 ile onun yaptırımı niteliğindeki md.78/Son hükmü, kanuni grev veya lokavta konu olan lojmanlı iş sözleşmeleri hakkındadır. 44.Maddeye göre, “işveren, kanunî bir grev veya lokavt süresince greve katılan veya lokavta uğrayan işçilerin oturdukları ve işveren tarafından sağlanmış konutlardan çıkmalarını isteyemez. Bu yasak, grev ve lokavtın işyerinde uygulanmaya başlamasından itibaren doksan gün devam eder. Bu konutlarda oturan işçiler, söz konusu süre içinde, konutlarıyla ilgili onarım, su, gaz, aydınlatma ve ısıtma masrafları ile rayiç kirayı işverene ödemek zorundadırlar. İşveren, konutların su, gaz, aydınlatma ve ısıtma hizmetlerini, kanunî grev ve lokavt süresince kısıntıya uğratabaz. Ancak bu hizmetlerin Kanunî grev ve lokavt yüzünden kısıntıya uğramış olanlarının devamı, işçiler tarafından istenemez”. Anılan maddeye aykırı olarak “işçileri konutlarından çıkaran veya bu

Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran, 2006, Yıl:1, Sayı, 2, s.194; Şükran Özçakmak, “Onyedî Bin İmam Kaçak”, **Milliyet Gazetesi**, 30.08.2004,
<http://www.milliyet.com/2004/08/30/guncel/axgun02.html>, 10.11.2006.

⁴³³ Bkz.: Üçüncü Bölüm, I, A, 5, a, (1) başlığı altındaki kararlar.

konutların su, gaz, aydınlatma veya ısıtma hizmetlerini kesen işveren veya işvereni bu yolda hareket etmeye zorlayan veya teşvik eden veya bunun için propaganda yapanlar üç aya kadar hapis ve otuzbin liradan az olmamak üzere ağır para cezası ile cezalandırılırlar” (md.78/Son)⁴³⁴.

Söz konusu hükümler genel olarak, lojmandan çıkarılma ihtimalinin grev kararının alınmasına ve uygulanmasına olumsuz etkide bulunmasını önleme kaygısıyla, işçiyi korumak amacıyla yönelik olarak getirilen, kamu düzenine ilişkin ve emredici nitelikte kurallar olarak değerlendirilmekte; o nedenle iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle ancak işçi lehine değiştirilebilecekleri kabul edilmektedir⁴³⁵. Kanuni grev veya lokavt süresince lojmandan yararlanma hakkının doksan günle sınırlanması, hüküm vazedilirken işçiyi koruma amacı güdüldüğü yargısına şüpheyle yaklaşmayı gerektirmektedir. Anılan sınırlama doksan günden sonra lokavtın konut hakkı üzerinde de askıya alıcı etki yaratması sonucunu doğurmaktadır; ancak bu durumu haklı kılacak bir sebep göstermek güçtür⁴³⁶. AKYOL, iş sözleşmesinin devam etmesi, işçinin grev sonunda işe başlamak zorunda olması nedeniyle, taraflar arasındaki bağlılığın devamı düşüncesine aykırı olan bu sınırlamanın sadece greve giden işçileri baskı altında tutmaya yarayacağını belirtmektedir⁴³⁷. TİSGLK md.44, 275 Sayılı Eski Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu md.28’in esasına dokunulmaksızın, sadece ifadesi değiştirilmiş halidir⁴³⁸. Eski 28.madde de yer alan doksan günlük sınırlamanın, -grev süresince iş sözleşmesinin sürüp gitmesi, bu süre içinde akdin bozulmaması, grev yapan işçinin çalışmamasının haksız bir davranış olmayıp bir hakkın kullanılması niteliğinde olması nedenlerinden dolayı- Anayasa md.2, md.36, md.41 ve md.42’deki sosyal ilkelere ve md.47’nin özüne aykırı olduğu gerekçeleriyle Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, konutta oturma hakkı işçiye işyerinde çalışması temel alınarak tanınmış bir hak olduğu için, grev hakkına dayanarak çalışılmayan durumlarda doksan günle sınırlandırılmasında grev hakkının özüne dokunan bir yön

⁴³⁴ 04.11.2004 Tarihli ve 5252 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md.5 uyarınca söz konusu ağır para cezası “*adli para cezasına*” dönüştürülmüş olup “*alt sınırı 450.- YTL., üst sınırı ise 100.000.-YTL.*” olarak güncellenmiştir.

⁴³⁵ İzveren, a.g.e., s.361; Günay, 2005, s.1120; Berksun ve Eşmelioğlu, TİSGLK, s.627.

⁴³⁶ Tunçomağ, 1989, s.541; Mollamahmutoğlu, 1993, s.112.

⁴³⁷ Akyol, 1967, s.118.

⁴³⁸ Berksun ve Eşmelioğlu, TİSGLK, s.626.

bulunmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, bu sınırlama ile işçilerin ve işverenlerin birbirlerine karşı olan çıkarları yerinde olarak bağdaştırılmıştır ve böylece hakkaniyete uygun bir yol tutulmuştur. Hatta öyle ki karar gerekçesinde, konut sağlayarak işçisini kazançlı duruma sokmuş olan bir işverenin, grev dolayısıyla işçisine konut sağlamamış bulunan bir işverene göre daha çok zarara uğradığı, iyiliğinin karşılığı bir bakıma ceza çekmiş gibi olduğu, işverenler arasında bir eşitsizlik doğduğu vurgulanmıştır. Kararda, grevin uzun süreceğinin anlaşılması halinde işçilerin kendilerine oturacak yeni bir yer bularak, doksan günün sonunda konutlarından çıkarıldıklarında sokak ortasında kalmak gibi kötülüklerden kendilerini koruyabileceklerinden de bahs olunmaktadır⁴³⁹. Kanımızca karara hak vermek mümkün değildir. Gerçekten, bir işveren sebepsiz yere iyilik yapmak için işçisine lojman tahsis etmez: Böylelikle bir takım vergi ve sosyal sigorta avantajlarından faydalanmayı amaçlar. Lojman tahsisi iş sözleşmesini karma nitelikli bir sözleşmeye çevirir ve aynı zamanda iş şartları açısından aynı bir ücret eki teşkil eder. Dolayısıyla işçi süre ve bağımlılık temelinde iş görmek suretiyle lojmanı kullanmasının karşılığını öder. İşverenin işçiye ihsanda bulunması söz konusu olmadığından diğer işverenlerle arasında eşitsiz bir durum da yaratılmaz. Kaldı ki işçi-kiracı grev veya lokavtın devamı süresince lojmanı bedelsiz değil rayiç kirasını ödeyerek kullanmaktadır; bu açıdan da işverenler arasında eşitsizliğe yol açılmaz. O

⁴³⁹ “Davacı, grev yapan işçinin çalışmaması haksız bir davranış olmayıp, bir hakkın kullanılması niteliğinde bulunduğu için, konuttan çıkarma hükmünün Anayasa'nın 47.maddesinin özüne ve dilekçede andığı öbür hükümlerine aykırılığını ileri sürmektedir.

Grev yapan işçinin çalışmaması, akde veya kanuna aykırı bir durum değildir. Ancak konutta oturma hakkı, işçiye işyerinde çalışması temel alınarak tanınmış bir hak olduğu için, bu hakkın grev hakkına dayanarak işçinin çalışmadığı durumlarda doksan günle sınırlandırılmasında grev hakkının özüne dokunan bir yön bulunmadığı gibi, mülkiyet hakkının kamu yararına aykırı olarak kullanılması niteliği veya sosyal devlet ilkelerine aykırı bir yönü dahi yoktur. Bu hüküm ile işçilerin ve işverenlerin birbirlerine karşı olan çıkarları, yerinde olarak bağdaştırılmıştır ve böylece hakkaniyete uygun bir yol tutulmuştur.

Nitekim, işverenin kira ile de olsa işçiye konut sağlaması, kendi için olduğu gibi kuşkusuz, işçi için de küçümsenmeyecek bir yararadır.

Konut sağlayarak işçisini kazançlı duruma sokmuş olan bir işveren, grev dolayısıyla işçisine konut sağlamamış bulunan bir işverene göre daha çok zarara uğramakta, iyiliğinin karşılığı bir bakıma ceza çekmiş gibi olmakta, işverenler arasında bir eşitsizlik doğmaktadır. Doksan gün sonra konuttan çıkarma yasağının kalkmasıyla işverenler arasında eşitlik sağlanmaktadır ve bu bakımlardan hüküm, hakkaniyete uygundur. Grev yapan işçilerin uzun süre sürecek grevleri sırasında konuttan çıkarılmaması kabul edilirse, bu hüküm işverenlerin işçilere konut sağlamaktan çekinmelerine yol açabilir ki bu da işçiler yararına olmaz.

Grevin uzun süreceğinin anlaşılması halinde işçiler kendilerine oturacak yeni bir yer bularak, doksan günün sonunda konutlarından çıkarıldıklarında sokak ortasında kalmak gibi kötülüklerden kendilerini koruyabilirler” (Anayasa Mahkemesi, T.19-20.10.1967, E.1963/337, K.1967/31, Resmi Gazete, Sayı: 13188, Tarih: 02.05.1969).

halde, doksan günlük sınırlamanın aslında grev hakkının sınırlanmasına yönelik bir hüküm olduğu yönünde öğretide getirilen eleştiriler yerindedir.

Doksan günlük sınırlayıcı süre, erteleme veya durdurma gibi durumlarda işlemez; ancak hesaplama iş günü üzerinden değil takvim günü üzerinden yapılır⁴⁴⁰. Ayrıca doksan günle sınırlanma işverenin konutların hizmetlerini kısıtlamama yükümlülüğü hakkında uygulanmaz çünkü Yasada açıkça “*grev veya lokavt süresince*” hizmetlerin kesilememesinden bahs olunmuştur⁴⁴¹. Doksan günün sonunda veya doksan gün dolmadan işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmişse, işveren o işçiyi konuttan çıkarabilir. Uyuşmazlığın iş sözleşmesinden kaynaklanması nedeniyle bu yöndeki davanın İş Mahkemesi’ne açılması gerektiği görüşü hâkimdir⁴⁴². Ayrıca BERKSUN ve EŞMELİOĞLU, işçinin işverence kendisinden istenen “*rayiç*” kira bedelinin ve konut giderlerinin gerçeği yansıtmaması halinde İş Mahkemesi’ne itiraz edebileceği görüşündedirler. Yazarlara göre, aynı şekilde işverenin de doksan günlük süre sonunda konuttan çıkmayan işçinin tahliyesi için İş Mahkemesi’ne başvurma hakkı vardır⁴⁴³.

TİSGLK md.44 ve md.78/Son hükümlerinin lojmanlı iş sözleşmesi olarak gruplandırığımız sözleşmeleri “*tip*” haline getirip getirmediğini de tartışmak gerekmektedir. Kira bedelinin artırımı ile tahliye, gayrimenkul kirası sözleşmesinin temel unsurlarındandır. Lojmanlı iş sözleşmesinde ayrıca para alınmaması ya da cüzi miktarda alınması nedeniyle kira bedelinin artırımı normal bir kira sözleşmesindeki kadar yoğun değildir. Mesele asıl olarak tahliye üzerinde yoğunlaşmaktadır. Lojmanlı iş sözleşmesini tipleştirmek isteyen bir yasa hükmünün tüm tahliye hallerini ayrıntısıyla düzenlemesi gerekir. Oysa anılan maddelerin sadece kanuni bir greve katılan ya da kanuni bir lokavta maruz kalan işçilerle yapılmış olan akitleri kapsadığı ve hükümlerinin grev veya lokavtta geçen sürelerle sınırlı olduğu görülmektedir. Az sayıda sözleşmeye çok sınırlı hallerde uygulanan bu maddeler bütün lojmanlı iş sözleşmeleri ile karşılaştırıldığında marjinal kalmaktadır. Sonuç

⁴⁴⁰ Tunçomağ ve Centel, a.g.e., s.492.

⁴⁴¹ Berksun ve Eşmelioğlu, TİSGLK, s.629.

⁴⁴² Tunçomağ, 1989, s.541; Çifter, a.g.e., s.66; Akyol, 1967, s.119.

⁴⁴³ Berksun ve Eşmelioğlu, TİSGLK, s.628.

olarak söz konusu hükümler lojmanlı iş sözleşmelerini karma sözleşme olmaktan çıkarmamaktadır.

TİSGLK md.44 hakkında öğretilerde çok çeşitli yorumlar getirilmiştir. OĞUZMAN'a göre, lojmanı kullandırma ediminin ücretin bir parçası olmasından dolayı, işverenin grev veya lokavt sırasında ücret ödeme borcu bulunmadığından işçinin lojmanın rayiç kirasını ve kullanımdan doğan masraflarını ödemesi normaldir⁴⁴⁴. AKYOL, konuttan yararlanmanın ücret eki olduğunu, grevle ücret borcu askıda kaldığına göre ferilerin asla tabi olduğunu, dolayısıyla konuttan yararlanma hakkının da askıda kalması gerektiğini ve normal olanın, greve katılan işçinin grev süresince lojmanı terk etmesi olduğunu belirtmektedir⁴⁴⁵. ERKUL da lojman benzeri sosyal yardımlar ücretin bir kısmını teşkil ettiğinden, işçilerin “*ilke olarak*” grev veya lokavtla birlikte lojmanı boşaltmaları gerektiği görüşündedir. Ancak yazara göre “*ne kadar uzun devam edeceği başlangıçta bilinmeyen bir durum için işçilerden derhal içinde yaşadıkları konutu terk etmelerini istemenin işçiler aleyhine çok ağır sonuçlar doğurabilecek bir durum olduğu açıktır*”⁴⁴⁶. Açıklanan nedenlerle AKYOL grev süresince konuttan yararlanmanın, iş sözleşmesinin askıda kalmasından değil saf hukuk açısından uygun düşmesinden kaynaklandığı, aynı nedenlerle diğer askıda kalma hallerinde dahi konuttan yararlanmanın devamının gerektiği sonucuna varmaktadır⁴⁴⁷. Kanımızca böyle bir madde getirilmeseydi de lojmanlı iş sözleşmesinin bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşme olarak kabul edilmesinin doğal sonucu, kanuni grev veya lokavt süresince işçinin lojmanda oturmaya devam etmesi ve fakat rayiç kirayı ödemesi olurdu. Gerçekten, kanuni bir greve katılan veya kanuni bir lokavta uğrayan işçilerin iş sözleşmelerinden kaynaklanan hak ve borçları grevin veya lokavtın sona ermesine kadar askıda kalır (TİSGLK md.42/II-III). O halde iş sözleşmesine ait tipik edim borcu (süre ve bağımlılık temelinde iş görme) ile karşılıklarından birisini oluşturan ücret borcunun (tip için zaruri edim) askıya alınmasıyla ortaya yeni bir geçici durum çıkmaktadır. Artık tam iki tarafa borç yükleyen bir akit bulunmamaktadır; devam eden akit sadece

⁴⁴⁴ Oğuzman, 1975, s.176.

⁴⁴⁵ Akyol, 1967, s.77, 116.

⁴⁴⁶ Erkul, a.g.e., s.203 - 204.

⁴⁴⁷ Akyol, 1967, s.117.

işverene kira akdine özgü kullandırma borcunu tek taraflı olarak yüklemektedir. Ancak lojmanda oturan işçinin fuzuli şağil olduğu da söylenemez. Tarafların iradeleriyle kurulan karma sözleşme bir yönüyle kira ilişkisi de içermektedir. O nedenle taraflar arasındaki ilişkinin, iş sözleşmesi edimlerinin askıda bulunduğu grev veya lokavt süresince kira ilişkisi olarak değerlendirilmesi ile rayiç kira ve kullanımdan doğan masrafların işçi tarafından işverene ödenmesi gerekir. TİSGLK md.44 ve md.78/Son ile belirttiğimiz çözüm garanti altına alınmıştır. Nitekim OĞUZMAN da aynı gerekçelerle olmasa bile, “*işçilerin hizmet akdine dayanarak konuttan istifade hakları grev süresince bir nevi kanuna dayanan kiracılık hakkına tahavvül etmiş olmaktadır*” sonucuna varmıştır⁴⁴⁸.

Nihayet, bağımsız dairelerin yanı sıra işyerindeki işçi yatakhaneleri de TİSGLK md.44 anlamında konut kavramına dâhil olduğunu vurgulamak gerekir, böylesi durumlarda işçiler grev halinde konutlarına ulaşabilmek için işyerine girebilirler⁴⁴⁹. Ancak ölçü, “*konuttan tam olarak yararlanma*” olmalı, işçi işyerine ancak anılan ölçü dairesinde girmeli, diğer kısımlara girmemelidir⁴⁵⁰. Tereddüt edilen durumlarda dürüstlük kuralından (M.K. md.2) yararlanılabilir⁴⁵¹.

5. Lojmanlı İş Sözleşmelerine İlişkin Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirilmesi

Lojmanlı iş sözleşmeleri hakkındaki tespit edebildiğimiz Yargıtay kararlarını kısımlar halinde bölerek incelemek mümkündür. Belirtilen yöntem, her bir kısmın değerlendirmesinin birbirine karıştırmasını önleyebilme olanağı sağlayacaktır.

⁴⁴⁸ Oğuzman, 1975, s.176; Ayrıca bkz.: Çifter, a.g.e., s.66; Melda Sur, **İş Hukuku – Toplu İlişkiler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.384.

⁴⁴⁹ Seza Reisoğlu, 1975, s.418, 420.

⁴⁵⁰ Akyol, 1967, s.120.

⁴⁵¹ Tunçomağ ve Centel, a.g.e., s.492.

a. İş İlişkisinin Niteliği Hakkında

(1) Kararlar

Yargıtay’a göre, çalıştığı şirkete ait lojmanda ailesiyle birlikte oturan işçinin karısının, lojman sakinlerine gündelik temizliğe gitmesi, işverene ait işyerinde çalışma anlamına gelmez⁴⁵². Ayrıca, yıkılmak üzere satın alınan ve bir süre sonra da yıktırılan bir köşkte oturan ve bahçıvan olarak görev yapan kişi hakkında, sadece “bahçıvanlığın sigortalılığı gerektiren işlerden olmamasına” dayanılarak karar oluşturulamaz; kişinin aynı zamanda iş sözleşmesi temelinde bekçi olarak iş görmesini gerektirecek bir durum olup olmadığına da araştırılması gerekir⁴⁵³.

⁴⁵² “Davacı, davalıya ait işyerinde işçi olarak çalıştığına dair yazılı bir belge ibraz edememiştir. Dinlettiği şahitler kocası ile birlikte işe girdiğini ve birlikte davalı şirketin işlerini yaptığını söylemişlerse de davalı şahitleri de davacının kocası ile birlikte şirkete ait lojmanda oturduklarını kocasının şirkette bekçilik, çaycılık ve temizlik gibi işlere baktığını, davacının ise, lojmanlarda oturan öğretmenlerin evine giderek gündelikçi olarak çalıştığını, işverene ait işyerinde çalışmadığını, bildirmişlerdir. Dosyadan kocasının işçi olarak çalıştığı ve onun tarafından da ihbar ve kıdem tazminatı davası açıldığı o davanın lehine sonuçlandığı anlaşılmaktadır. Davacının iddiası yönünden dosyada başkaca bir delil mevcut değildir. Kendisine ücret ödemesine ait herhangi bir belge de yoktur. Bütün bu durumlar birlikte değerlendirildiğinde davalı savunmasının ve davalı şahit ifadelerinin olayın cereyan tarzına uygun olduğunu gösterir. Böyle olunca davanın reddine karar vermek gerekir” (Yargıtay 9.HD, 04.06.1992, E.1992/534, K.1992/6018, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁴⁵³ “Davada çözümlenmesi gereken ve taraflar arasında uyuşmazlık konusu oluşturan husus ölçümlemeye konu edilerek davalıya ait olup yıktırılmak üzere satın alınan eski köşkte oturan kişinin hizmet akdi ile çalıştırılan bekçi durumunda olup olmadığıdır. Davacı eski köşkü yıktırarak üzere satın aldığı, daha önceden de bu binada oturmakta olan kişinin sadece insancıl düşüncelerle yıkım tarihine kadar oturmasına izin verdiğini, binada bekçiliği gerektiren bir durum olmadığını savunmuş, binada oturmasına izin verilen ve bu sebeple de ölçümleme yapılmasına neden olan (S.D.) adındaki kişi ise oturmasının bekçilik görevine dayandığını ileri sürmüştür. Bu durumda, yıktırılmak üzere satın alınan ve bir süre sonra yıktırılan binanın bir bekçiye gereksinimi olup olmadığını, başka bir ifade ile bu binada yıkım tarihine kadar korunması gereken ve ekonomik yönden değer arz eden kısım ve malzemelerin mevcut olup olmadığının tespitindeki zorunluluk açıktır. Mahkemece bu yolda bir inceleme ve saptama yapılmadan, sadece bahçıvanlık işleminin 506 sayılı Kanun bakımından sigortalılığı gerektiren işlerden olmadığından bahisle yazılı düşüncelerle Kurum işleminin iptaline karar verilmesi usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” (Yargıtay HGK, 29.05.1985, E.1985/10 - 302, K.1985/516, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006); Aynı yönde bkz.: “İş yasası açısından; tarım işi arazi üzerinde bitki veya hayvan yetiştirilmesi veya bunların ürünlerinin elde edilmesi ve değerlendirilmesi işidir. Davacı Dr. olan davalının içinde mesken bulunan bağ ve bahçesinde ürün yetiştirmekten ziyade bekçilik ve ayak işleri yaptığını göre, tarım işçisi olarak nitelendirilmesi isabetli olamaz. Davacının hukuki durumunun bu yönden değerlendirilerek işin esası incelenerek sonucuna uygun bir karar tesisi gerekirken, tarım işçisi olduğundan bahisle davanın reddi isabetsizdir” (Yargıtay 9.HD, 06.08.1981, E.1981/6726, K.1981/9557, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

Yargıtay, görülen işin “*kamu hizmeti*” niteliğinde olmasının, unsurları oluşmuşsa iş sözleşmesi temelinde çalışmaya engel teşkil etmediği görüşündedir⁴⁵⁴. O nedenle, köy ihtiyar heyetince istihdam edilen ve bu görevi nedeniyle her ay kendisine köy bütçesinden belirli bir ücret ödenen köy imamının işçi olduğunun kabulü gerekir⁴⁵⁵. Aynı şekilde, belediye ile yaptığı sözleşme gereğince kasaba camiinde din görevlisi olarak çalışan kişi de –*iş sözleşmesi belediye encümenince fesholunmadığı sürece*- işçi sayılır⁴⁵⁶. Ancak, cami görevlilerinin oturması için yapılan imamevi kamu malı niteliğindedir ve özel mülkiyete konu olamaz⁴⁵⁷.

(2) Değerlendirme

Yargıtay’ın iş ilişkisinin niteliği hakkındaki kararları genel olarak olumludur. Ancak, kanımızca cami görevlileri hakkındaki kararlarda hukuken durumun fiili iş

⁴⁵⁴ Yargıtay 9.HD, 18.11.2002, E.2002/24327, K.2002/21652, Ekonomi, 2004, s.27.

⁴⁵⁵ “Davacının, köy ihtiyar heyetince istihdam edilmiş köy imamı olduğu ve bu görevi nedeni ile de her ay kendisine köy bütçesinden belirli bir ücret ödendiği anlaşılmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki taraflar arasında hizmet akdinin varlığı için bunun yazılı olması şart değildir. Hizmet akdi ilişkisi sözlü olarak kurulabileceği gibi, fiilen çalışmış olmak ve bunun karşı tarafça da kabul edilmiş bulunması da yeterlidir. 1475 sayılı İş Kanununun 1. maddesine göre bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiye işçi denir. Olayda taraflar arasındaki ilişkide anılan kanun maddesindeki koşullar gerçekleşmiştir. Bu durum karşısında davacının işçi olduğunun kabulü gerekir. O halde istekler hakkında işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Yazılı şekilde davacının işçi olmadığından bahisle hüküm tesisinde isabet yoktur” (Yargıtay 9.HD, 02.11.1989, E.1989/6222, K.1989/9389, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁴⁵⁶ “Davacının hizmet akdi 29.3.1985 tarihinde belediye encümen kararı ile feshedilmiştir. Fesih yazısı kendisine tebliğ edilmek istenmiş, fakat tebellüğden imtina etmiştir. Fesihden haberdar olduğuna göre tebellüğden imtina etmiş olması feshin gerçekleşmesine engel değildir. Bu nedenle fesih gerçekleşmiştir. Bundan sonraki davacının ücret istediği 17.10.1988 tarihine kadar kasaba camiinde din görevlisi olarak çalışmış olması davalıya ücret ödeme yükümlülüğünü getirmez. Zira hizmet akdinin feshinden sonra din görevlisi olarak çalıştırılması için belediyeye tekrar bir hizmet akdi yapılmış değildir. Kendi kendine çalıştığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar şahitler belediyenin isteği üzerine çalıştığını söylemişlerse de olayın cereyan şekline göre bu ifadeler itibar edilemez. Böyle olunca ücret isteğinin reddine karar vermek gerekir” (Yargıtay 9.HD, 24.01.1991, E.1990/9602, K.1991/512, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁴⁵⁷ “392 parsel sayılı dava konusu taşınmaz, tapuda imamevi ve mezarlık olarak Yıldızlı Köyü adına kayıtlıdır. Tapulama Yasasının 36. maddesi uyarınca, kamu hizmetinde kullanılan köy orta malı niteliğinde olup özel mülkiyet konusu olamaz” (Yargıtay 9.HD, 24.04.1984, E.1984/1054, K.1984/3031, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006); “Bilindiği ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16. maddesinde ifade olunduğu üzere camiler kamunun ortak kullanmasına ayrılan kamu mallarındandır. Bu taşınmazların Kamu Tüzel kişileri dışında Özel ve Tüzel kişiler adına tesbiti ve tescili mümkün değildir. (...)Diğer taraftan din hizmetleri bir bütündür. Nitekim davacı derneğin çekişmeli taşınmazdaki yapılaşma üniteleri bu bütünlüğün oluşmasına yöneliktir. Aynı çap dâhilindeki camiye kuran kursundan veya imamevinden ayrı tutmak mümkün olmadığı gibi, camiye yaşatma amacının ekonomik dayanağını teşkil eden dükkânları da ayırmak olanaksızdır” (Yargıtay 9.HD, 24.01.1991, E.1990/9602, K.1991/512, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

ilişkisi olduğunu vurgulamak gerekir⁴⁵⁸. Söz konusu kişilerin oturmaları için lojman da verilmesi halinde işverenleriyle aralarında lojmanlı iş sözleşmesi oluşur. Ancak, verilen lojmanın görev yapılan camiiin eklentisi olması durumunda kamu malı sayılması nedeniyle kullanımı ve görev sonunda tahliyesi 2946 Sayılı Kamu Konutları Kanunu'na tabi olacaktır.

b. Lojman Verilmesinin Çalışma Süresine Etkisi Hakkında

(1) Kararlar

Yargıtay, görevi bekçilik olan bir işçinin işyerinde bulunan lojmanında ailesiyle birlikte yaşaması halinde, günlük veya haftalık çalışma süresinin normal hayat yaşantısı ile iç içe girdiği ve *“böyle bir düzen içinde normal aile yaşantısı içinde geçen sürenin iş süresinden sayılmasına olanak”* bulunmadığı kanısındadır⁴⁵⁹. Bu nedenle *“bekçi kulübesinde etraftı gözlemekle”* görevli bir bekçi, oturduğu işverene ait lojmanın yakınında bulunan ve açık havada çalışan başka bir bekçinin görev sahasına giren hurda malzemenin çalınmasından sorumlu tutulamaz⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Bkz.: Üçüncü Bölüm, I, A, 4, b, (1), (d) başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁵⁹ *“Davacı bekçilik yaptığı yerdeki lojmanda aile ve çocuklarıyla birlikte oturup hatta tavuk ve hayvan besleyerek yaşantısını sürdürmektedir. Günlük veya haftalık çalışma süresi normal hayat yaşantısı ile iç içe girmiştir. Böyle bir düzen içinde normal aile yaşantısı içinde geçen sürenin iş süresinden sayılmasına olanak bulunmadığı gibi, dosyada toplanan delil ve belgelere göre belirlenen işyerinin durumu itibarıyla de günlük 8 haftalık 48 saatten fazla sürelerin nöbet tutar gibi işine vermesi de olanak dışıdır. Bu itibarla davacı için fazla çalışma parasına hükmedilmesinde isabet görülmemiştir”* (Yargıtay HGK, 15.11.1985, E.1984/233, K.1985/905, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁴⁶⁰ *“Davacı işçinin davalıya ait işyerinde bekçi olarak görevli olduğu ancak görevini bekçi kulübesinde kalıp etraftı gözetlemek suretiyle işini yürüttüğü kendisinin oturduğu lojmanın karşısında tel örgünün sökülmesi suretiyle hurda malzemeleri alınıp götürüldüğü açık havada başka bir bekçinin de görev yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının oturduğu lojmanın yakın bir yerinden hurda malzemenin çalınmış olması davacı işçinin sorumlu tutulmasını gerektirmez. Olayın gerçekleştiği zamanında tam olarak tespit edilemediği görülmektedir. Bu koşullarda davacının işinin işveren tarafından haklı nedenle feshedildiği kabul edilemez. Böyle olunca ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin hüküm altına alınması gerekirken reddine karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”* (Yargıtay 9.HD, 16.09.1996, E.1996/6074, K.1996/16925, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

(2) Değerlendirme

Yargıtay'ın belirtilen kararları isabetlidir. Gerçekten, bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşme olan lojmanlı iş sözleşmesinde, süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi ile kira ediminin birbirinden ayrıştırılması gerekir. Farklı sözleşme tiplerine ilişkin olduklarından, kural olarak edimlerin her birine ait oldukları sözleşme kurallarının uygulanması uygun olacaktır. O halde süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi açısından çalışma saatlerinin sınırlanması doğrudur. Bir an için lojmanın işyeri içinde olması ve bekçilik görevinin özel niteliği nedenleriyle sürekli bir nöbet halinin söz konusu olduğu düşünülebilir. Ancak, 15.11.1985 tarihli karardan anlaşıldığı kadarıyla, işyerinin düzeni ve bekçinin görev tanımı sürekli bir nöbet halini gerektirmemektedir. Aynı şekilde 16.09.1996 tarihli kararda da, oturduğu lojmanın yakınından hurda malzeme çalınmasından sorumlu tutan bekçinin görev tanımında o bölgenin korunmasının bulunmayıp bekçi kulübesinden etrafı gözetlemenin bulunduğu; hırsızlık yapılan bölgenin korunmasının başka bir bekçinin görev sahasına girdiği belirtilmektedir. O halde bekçinin tarafı olduğu lojmanlı iş sözleşmesinde her iki farklı sözleşme tipine ait edimlerin ayrıştırılması ve süre ve bağımlılık temelinde iş görme süresinin bu şekilde saptanması doğrudur. Ancak, farklı olaylarda farklı çözüme gidilmesi de düşünülebilir. Örneğin, bekçinin görev tanımında "*lojman olarak da kullandığı bir bekçi kulübesinde işyerine tüm giriş çıkışları haftanın bir günü hariç yirmi dört saat kontrol etmek varsa*" gerçek durum uyarınca hareket etmek gerekir.

c. Lojmanın Ücret ve Kıdem Tazminatına Etkisi Hakkında

(1) Kararlar

Yargıtay'a göre iş sözleşmesinde işçiye lojman tahsis edileceği taahhüt edilmesine rağmen yerine getirilmemesi, işçiye sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı verir ve kıdem tazminatına hükmedilmesi gerekir. Taahhüdün yerine getirilmemesi

hali devamınca 1475 Sayılı İş K. md.18'deki⁴⁶¹ altı iş günlük süre ise işlemeyecektir⁴⁶². Öte yandan, eğer işçinin kendisine sosyal yardım mahiyetinde tahsis edilen lojmandan çıkarılması söz konusuysa, md.26'daki altı iş günlük süre “*fiilen tahliyenin gerçekleşmesinden itibaren*” işlemeye başlayacaktır⁴⁶³. Bir lojmanlı iş sözleşmesinden kaynaklanan kıdem tazminatının hesabında, konuttan aynen yararlanılması parayla ölçülmesi mümkün menfaatlerden sayılır ve son bir yıl içindeki parasal değeri hesaplanarak bunun bir güne düşen miktarının da ücrete eklenmesi gerekir⁴⁶⁴. Ancak eklemek gerekir ki lojman bedelinin aynı ücret sayılarak

⁴⁶¹ Bugün aynı hüküm 4857 Sayılı İş K. md.26'da yer almaktadır.

⁴⁶² “(...) 2) Davacıya Konya'daki işyerinde lojman tahsis edileceğine ilişkin hizmet akdi şartının gereğince yerine getirilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı iş akdini feshetmekte haklıdır. Sözü edilen şartın yerine getirilmemesi halinin devamınca altı iş günlük süre işlemeyiz. O halde kıdem tazminatına karar verilmesi gerekir. 3) Davacının otelde kaldığı süreye ait gerçek otel ücretine hükmedilmesi icap ederken, bilirkişinin yanlış değerlendirmesine dayanan ücret miktarına karar verilmiş olması isabetsizdir” (Yargıtay 9.HD, 02.07.1982, E.1982/5602, K.1982/6395, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁴⁶³ “Davacı sosyal hak olarak verilen evden fiilen 30.11.1996 tarihinde tahliye ettirildiğine göre davacının İş Yasasının 16/II maddesi gereğince fesih hakkı bu tarihten başlar.Davacı İş Kanununun 18.maddesi gereğince bu tarihten itibaren 6 iş günü içinde 4.12.1996 tarihinde hizmet akdini feshettiğine göre kıdem tazminatı isteminin kabulü gerekirken hatalı değerlendirilerek yazılı şekilde kıdem tazminatı talebinin reddedilmesi bozma sebebidir” (Yargıtay 9.HD, 17.02.1999, E.1999/1394, K.1999/2794, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006) Kararda U.Öztürk tarafından yazılan karşı oy yazısı da önem taşımaktadır: “Davalı işveren tarafından davacıya tebliğ edilen 11.9.1996 tarihli yazı ile tahsis edilen konutun boşaltılması istenilmiş ve davacı bu hususun iş şartlarının ağırlaştırılması olduğunu belirterek 4.12.1996 tarihinde iş akdini feshederek kıdem tazminatı isteminde bulunmuş ve mahkeme, İş Yasasının 18. maddesinde öngörülen 6 iş günlük süre içinde akit feshedilmediği gerekçesiyle istemi reddetmiştir.

İşveren tarafından davacıya tahsis edilen konutun boşaltılmış olarak teslimi işveren tarafından 11.9.1996 tarihinde davacıya tebliğ edilen yazı ile istenilmiştir.

Davacı Ankara Sulh Hukuk Mahkemesine vermiş olduğu 25.11.1996 tarihli ve kira bedeli tesbit talebini taşıyan dilekçesinde, "... hizmet sözleşmesi şartlarının tek taraflı olarak değiştirilmesi nedeniyle hizmet sözleşmesini feshedeceğim, açacağım kıdem tazminatından yararlanmak amacıyla kira bedelinin tesbitini talep ediyorum..." şeklinde beyanlarda bulunmakta ve fesih bildiriminde de 11.9.1996 tarihinde kendisine bildirim yapıldığını belirterek 30.11.1996 tarihinde daireyi boşaltmış ve 4.12.1996 tarihinde dava açmıştır.

İş Yasasının 18. maddesi hükmüne göre akdin fesih yetkisi, iki taraftan birinin 16. ve 17. madde hükümlerinde gösterilen hallerle dayanarak, bu çeşit davranışlarda bulunulduğunu öğrendiği günden itibaren 6 iş günü geçtikten sonra kullanılamaz.

Davacı kira parası alınmadan oturtulduğu daireden çıkarılacağını 11.9.1996 tarihinde öğrendiğini kabul etmekte ve Sulh Hukuk Mahkemesine vermiş olduğu dilekçe de akdi feshedeceğini beyan etmektedir.İşverenin iradesi 11.9.1996 tarihinde davacıya tebliğ edilmiş ve davacı bir takım gerekçeler göstermek suretiyle tahliye geciktirmiştir.Yine davacı 25.11.1996 tarihinde de akdi feshedeceğini beyan etmesine karşılık 30.11.1996 tarihinde daireyi tahliye edip 4.12.1996 tarihinde dava açmak suretiyle ıttıla tarihinden itibaren yasal süre içinde dava açmadığından, kıdem tazminatı talep etme hakkını kaybetmiş olduğundan mahkemenin bu yönde vermiş olduğu kararın onanması görüşüyle bozma kararına katılmıyorum”.

⁴⁶⁴ “İşçinin gıda, mesken, sağlık, yakacak ve aydınlatma gibi zaruri ihtiyaçlarını karşılayacak kıfayette olmak üzere iş karşılığında para veya ayın olarak yapılan ve arızı olmayan her türlü ödemelerin ve bu arada hususi surette iyi olan bir hizmetin karşılığı olarak ödenen primlerin veya bu mahiyetteki yıllık ikramiyelerin İş Kanunu'nun 13. maddesine göre hükmedilecek kıdem

kıdem tazminatının hesabında dikkate alınabilmesi için lojman tahsisine ilişkin olarak bireysel iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunması şarttır. Lojman adedine göre bazı işçilere sıra ile ve işin gereği olarak lojman tahsis edilmesi ise devamlılık arz etmediğinden kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacaktır⁴⁶⁵.

Nihayet bir dizi kararda, Libya'da işleri olan işverenle iş görme borcunu orada gören Türk işçiler arasında imzalanan yurt dışı iş sözleşmesinde “*yatacak yerin parasız olarak işverence karşılanacağı*” yönünde hüküm bulunması hali değerlendirilmiştir. Olayda işveren, işçilerin yatacak yerini temin etmiş, ancak Libya Yasaları uyarınca aynen temin edilen lojman değeri üzerinden yapılması gereken kesintileri işçilerine yansıtmıştır. Yargıtay'a göre yatak yardımından yararlanan işçinin, kesilecek verginin de mükellefi olduğunun kabulü gerekir. O halde, sözleşmede ayrıca hüküm bulunmadığı, hatta tersine sözleşmede yer alan brüt ücretten her türlü kanuni kesintinin yapılacağı ibaresi yer aldığına göre, aynen yerine getirilen yatak yardımından yapılacak kesintilerin işçilere yansıtılması normal karşılanmalıdır⁴⁶⁶.

tazminatının hesabına esas olan ücret mefhumuna dahil bulunduğu ve Ticaret Dairesi'nin bu yoldaki son içtihadının kanuna uygun bulunduğuna 15.5.1957 tarihinde ittifakla karar verildi” (Yargıtay İBK, 15.05.1957, E.1956/13, K.1957/10, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006); “*Kıdem tazminatı hesabına esas alınacak ücret iş Kanununun 26. maddesine göre ödenen ücrete ilaveten aynı Kanunun 14/11. maddesine göre işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatlerin de göz önünde tutulmak suretiyle bir günlüğe düşen geniş kapsamlı ücret kavramı esas alınmıştır. Davacıya yapılan konut yardımı parayla ölçülmesi mümkün menfaatlere girdiğinden son bir sene içerisindeki sağlanan bu menfaatin parasal değeri nazarı itibara alınarak bir günlüğe isabet eden miktarının tazminat hesabına katılması icap eder. Mahkemenin, konuttan aynen yararlandığından bahisle bu menfaati hesaba katmamış olması yasaya aykırıdır*” (Yargıtay 9.HD, 15.12.1986, E.1986/10136, K.1986/11165, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

⁴⁶⁵ “*İşçilere ferdi iş akitleriyle veya toplu iş sözleşmesi ile lojman tahsis edileceği, lojman tahsis edilmediği takdirde bunun yerine kira yardımı olarak bir miktar para verileceği kabul edilmiş ise, bu nitelikteki sosyal yardım kıdem tazminatı hesabında nazara alınabilir. Böyle bir hüküm yoksa lojman adedine göre bazı işçilere sıra ile ve işin gereği olarak lojman tahsis edilmesi devamlılık arz etmeyeceği cihetle, kıdem tazminatı hesabına dâhil edilemez. Bu cihet araştırılıp incelenmeden davacının faydalandığı lojman kira değerinin kıdem tazminatında nazara alınmış olması isabetsizdir*” (Yargıtay 9.HD, 20.05.1981, E.1981/2575, K.1981/7171, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

⁴⁶⁶ “*Davacının aylık brüt ücreti sözleşmede gösterilmiş ve her türlü kanuni kesintilerin sözleşmede kararlaştırılan brüt ücretten yapılacağı belirtilmiştir. Yine sözleşmede işçiye parasız yatacak yer sağlanması kabul edilmiştir. Davalı işveren davacının yatak ihtiyacını aynen karşıladığı anlaşılmaktadır. Ancak ücret bordrolarında işçiye aylık olarak sağlanan bu yardımın parasal karşılığının gösterilmesi ve bundan da ücretle birlikte vergi ve pirim kesilmesi Libya yasaları gereği olduğundan bu yolda uygulama yapılmıştır. Bunun sonucu olarak bordroda mevzuat gereği*

(2) Değerlendirme

Yargıtay'ın lojmanın ücret ve kıdem tazminatına etkisi hakkında verdiği kararlar genel olarak isabetlidir. Yine de gerekçelere ilişkin olarak bazı açıklamalarda bulunmak yararlı olacaktır. 02.07.1982 tarihli ilk kararda, işverenin lojman taahhüdünü yerine getirmemesinin işçiye haklı nedenle fesih hakkı vereceğine karar verilmesi hukuka uygundur. Gerçekten, kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 1475 Sayılı İş K. md.16/II – d⁴⁶⁷ uyarınca, işveren tarafından işçinin ücretinin kanun hükümleri veya iş sözleşmesi şartları gereğince hesap edilmemesi veya ödenmemesi haklı nedenle fesih nedenidir. Lojman da aynı ücret eki olduğuna göre, tahsis edilmemesi ücretin eksik ödenmesi anlamına gelir. Kararda altı iş günlük hak düşürücü sürenin lojman tahsis edilmediği sürece işlemeye başlamayacağına kararlaştırılması da isabetlidir. Lojman hemen sağlanabilecek bir aynı ücret eki değildir. Dolayısıyla işçi işe başlar başlamaz altı iş günlük sürenin başlaması düşünülemez. İşveren çok istese bile bazen lojman tahsisi zaman alabilir. 17.02.1999 tarihli ikinci kararda, altı iş günlük sürenin fiilen tahliyenin gerçekleşmesinden itibaren başlayacağı sonucuna varılması da isabetlidir. Her ne kadar somut olayda işverenin iki ay öncesinden evin tahliye edilmesi yönünde ihtarı varsa da, tahliyeye kadar geçen süre zarfında işçi-kiracı halen evden yararlanabildiğinden kira edimi devam etmekte, ücrette aynı ek açısından henüz bir azalma oluşmamaktadır. Ücretinde herhangi bir azalma bulunmayan işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi mümkün değildir. Böyle bir çözüm işverenin lojmanda oturan işçiye

yatak parası olarak gösterilen paradan yapılan kesintiler davacının ücretinden kesilmiş olmaktadır. Söz konusu yardımdan davacı işçi yararlandığına göre Libya yasaları uyarınca yapılması gereken kesintileri de davacı ödemek zorundadır. Zira bu konuda vergi mükellefi işçidir. Sözleşmede işçiye bedelsiz olarak sağlanan yatacak yer yardımından Libya yasaları uyarınca yapılacak kesintilerin de işverence karşılanacağına ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Aksine sözleşmede kararlaştırılan brüt ücretten her türlü kanuni kesintinin yapılacağı kabul edilmiştir. İşveren, davacı işçiye parasız yatacak yer temin etmek suretiyle kendine düşen yükümlülüğü yerine getirmiştir. Mahkemece bu yön dikkate alınmadan aksine düşünce ile yatak yardımı nedeniyle yapılmış olan kesintilerden davalının sorumlu tutulmuş olması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 9.HD, 08.09.2005, E.2005/28856, K.2005/28948, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006); Aynı yönde bkz.: Yargıtay 9.HD, 02.07.1996, E.1996/7421, K.1996/15056, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006; Yargıtay 9.HD, 07.03.1996, E.1995/246, K.1996/394, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006.

⁴⁶⁷ Söz konusu hüküm 4857 Sayılı İş K. md.24/II – e 'ye, “işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse” şeklinde aktarılmıştır. “İş sözleşmesi” ifadesi yerine “sözleşme” ifadesinin kullanılması isabetli olmuştur.

çıkmasını ihtar etmek suretiyle onu uzun süre baskı altında tutmasına da engel olacaktır.

20.05.1981 tarihli kararda bireysel veya toplu iş sözleşmesinde lojman tahsisine yönelik hüküm bulunmuyorsa, “*lojman adedine göre bazı işçilere sıra ile ve işin gereği olarak lojman tahsis edilmesinin*” devamlılık arz etmediğinden kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı sonucuna varılması üzerinde de durmak gerekmektedir. Öncelikle, işçilere işin gereği olarak sıra gözetilerek lojman tahsisinin “*devamlılık arz etmeme*” ile ilgisini kurmak zordur. Kanımızca burada kast edilen, işverenin tek taraflı uygulamasının “*genel nitelik*” taşımayıp belli bir şarta (*sıra koşuluna*) bağlanması nedeniyle iş sözleşmesi hükmüne dönüşmemesi olabilir. Böyle bir yorum Yargıtay’ın genel yaklaşımlarına da uygun düşmektedir. Gerçekten Yargıtay’a göre, çalışmayı teşvik niteliğindeki ikramiyeler bir kaç yıl üst üste verilse dahi teamül olarak addedilemez⁴⁶⁸. Ancak belirtilen görüş hakkında öğretide haklı bazı eleştiriler bulunduğunu da hatırlamakta yarar vardır. Örneğin, SÜZEK’e göre koşula bağlanan bir ikramiye söz konusuysa, koşulun gerçekleşmesiyle işçinin talep hakkı doğar⁴⁶⁹. ÇELİK ise, adına devam veya teşvik ikramiyesi de denilse, her yıl – *değişik devamsızlıklara sahip*- bütün işçilere aynı ölçüde ikramiye verilmesi halinde artık takdire ve koşula bağlı bir ödemedir söz edilemeyeceğine işaret etmektedir⁴⁷⁰.

d. Lojmanın Tahliyesi Hakkında

(1) Kararlar

Yargıtay’a göre işçi çalışmaya devam ettiği halde “*görevine ihtiyaç kalmaması sebebiyle*” lojmandan çıkarılamaz⁴⁷¹. Aynı şekilde çalışmaya devam

⁴⁶⁸ Yargıtay 9.HD, 07.08.1969, E.1969/5672, K.1969/8170, Süzek, 1997, s.154.

⁴⁶⁹ Süzek, 2006, s.58.

⁴⁷⁰ Çelik, a.g.e., s.104.

⁴⁷¹ “*Davacı işçinin Kahramanmaraş işyerine naklinden itibaren makine tamir ve bakım ustası olarak bu görevini sürdürdüğü, görevde herhangi bir değişiklik olmadığı, dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu itibarla lojmandan çıkartılması kararının neye istinaden verildiği anlaşılamamaktadır. Mahkemece davacı işçinin görevine ihtiyaç kalmadığı şeklinde bir gerekçeyle davanın reddine karar verilmiş ise de bu gerekçenin dayanakları kararda gösterilmiş değildir. Dosya içeriğine göre davanın reddinin doğru olmadığı anlaşılmakta ise de gerçek durumun anlaşılabilmesi için mahkemenin gerekçesinin dayanakları gösterilmediği için bu konuda kesin bir*

ederken kendi isteğiyle lojmanı tahliye eden işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle fesholunması da mümkün değildir; anılan durum yasada açıkça sayılan haklı nedenle fesih hallerine girmez⁴⁷². Bir başka kararda ise, kocasıyla beraber işveren şirketin Diyarbakır'da ki işyerinde işçi olarak çalışan kadının, eşinin iş şartlarının aleyhte esaslı şekilde değiştirilmesi nedeniyle sözleşmesini feshetmesi durumu incelenmiştir. Kocanın sözleşmeyi feshi üzerine işveren de tahsis ettiği lojmanın tahliyesini istemiştir. Buna karşılık kadın, kocasının Ankara'da iş bularak Diyarbakır'dan ayrılmak durumunda kalması ve kendisinin şirketin Ankara'daki işyerine nakil isteğinin kabul edilmemesi nedeniyle iş sözleşmesini feshetmiştir. Yargıtay'a göre tüm bu sebepler, kadının özel hayatına ilişkin olup işçinin haklı nedenle sözleşmeyi feshini mümkün kılan nedenlerden sayılmaz⁴⁷³.

*sonuca varılmamaktadır. Durumun açıklığa kavuşturulması, bunun sonucu olarak şayet dosya içeriğine göre izlenimi ortadan kaldıracak nitelikte hususlar varsa bunların tadadi edilmek suretiyle gösterilmesi için kararın bozulması gerekmiştir. Şayet farklı bir husus bulunmuyorsa dava kabul edilmelidir” (Yargıtay 9.HD, 23.09.1999, E.1999/13550, K.1999/14468, Cevdet İlhan Günay, **Şerhli İş Kanunu**, Cilt: II, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s.2261).*

⁴⁷² “Davacının hizmet sözleşmesi davalı tarafça kendisine hataen tahsis edilen konuttan çıkması nedeniyle feshedilmiştir. Oysa tazminatsız ve önelsiz fesih halleri İş Yasasının 17. maddesinde gösterilmiştir. Davalının fesih nedenini yasanın öngördüğü nedenlerden saymaya imkân olmadığı gibi kötüniyet de sayılmaz. O halde davacının ihbar ve kıdem tazminatlarının hesap ettirilip hüküm altına alınması gerekirken bu isteklerinin reddedilmesi isabetli görülmemiştir” (Yargıtay 9.HD, 23.02.1982, E.1982/714, K.1982/1999, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

⁴⁷³ “Taraflar arasındaki "alacak (tazminat)" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 3. İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 25.2.1991 gün ve 1990/417 Esas, 1991/921 Karar sayılı kararın incelenmesi davalı karşı davacı tarafından istenilmesi üzerine; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.10.1991 gün ve 1991/8944-13458 sayılı ilamı: (... Davacı ve kocası davalıya ait şirketin Diyarbakır'da ki işyerinde işçi olarak çalışmakta iken, önce kocası tarafından iş şartlarının aleyhte esaslı bir şekilde değiştirildiğinden bahisle hizmet akdi feshedilmiş, bu fesih üzerine işverence tahsis edilmiş olan lojmandan tahliyesi istenmiş, kocasının Ankara'da iş bularak Diyarbakır'dan ayrılmak durumunda kalması ve kendisinin şirketin Ankara'daki işyerine nakil isteğinin kabul edilmemesi nedeniyle davacı iş akdini feshetmiştir. Kocasının anılan sebepten hizmet akdini feshetmesi yine kocasına tahsis edilen lojmandan çıkarılmasının istenmesi ve şirketin Ankara'daki işyerine nakil isteğinin yerine getirilmemesi gibi sebepler 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesinin 2. bendinde gösterilen ve feshi haklı kılan nedenlerden sayılmaz. Zira burada işveren tarafından iş şartlarının esaslı bir tarzda değiştirilmesi, başkalaştırılması ve uygulanmaması gibi durumlar söz konusu değildir. Olay tamamen davacının kendi özel durumu ile ilgilidir. O halde, kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekir. Hizmet akdi, haklı bir neden olmaksızın davacı tarafından ve önel verilmeksizin feshedilmiş olduğuna göre ihbar tazminatına ilişkin mukabil davanın kabulü gerekir..) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. (...) Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır” (Yargıtay HGK, 24.06.1992, E.1992/9 - 300, K.1992/397, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

Yargıtay, lojmanlı iş sözleşmelerinde akdin imzasından sonra tahliye taahhüdü imzalanmasının mümkün olduğu; anılan taahhütle beraber, işten çıkarılan işçinin lojmanı tahliye etmemesi halinde belirli bir miktar cezai şart ödeyeceğine ilişkin kararlaştırılan hükümlerin de geçerli olduğu görüşündedir. Ancak BK md.161/Son gereğince hâkimin fahiş gördüğü cezai şartta indirime gitmesi şarttır⁴⁷⁴.

(2) Değerlendirme

23.09.1999 tarihli ilk karar somut olay açısından doğru bir karardır. Ancak karardaki ifadeden, işçinin geçekten görevine ihtiyaç kalmaması durumunda, örneğin işten çıkarılması halinde lojmandan da çıkarılabileceği sonucu çıkabilmektedir. Eğer Yargıtay'ın eğilimi bu yöndeyseniz kanımızca tereddütle yaklaşmak gerekir. Lojmanlı iş sözleşmesinin bire bir tipik edimli (*çift tipli*) karma sözleşme olmasının en önemli

⁴⁷⁴ “Davacı (Türkiye Vakfı Gen.Müd.)vekili dilekçesi ile; vakıflarında çalışması nedeni ile vakfa ait taşınmazın 1.10.1993 tarihinde imzalanan sözleşme ile lojman olarak davalıya kiraya verildiğini, davalı kiralanan oturmakta iken 1.1.1998 tarihinde sözleşmenin yenilendiğini ve sözleşmenin hususi şartlar 9.maddesi ile Vakıftaki görevi son bulduğu takdirde iki ay içinde konutu tahliye etmeyi tahliye etmemesi halinde de ödemekte olduğu kiranın 20 katını ödemeyi açıkça kabul ve taahhüt ettiğini, davalının iş akdinin feshedilmesi nedeni ile 30.9.1999 tarihinde görevinin sona erdiğini, ancak konutu tahliye etmediği gibi sözleşme gereği ödemesi gereken Aralık 1999 kirasını da ödemediğini bu nedenle yapılan icra takibi sonucu tahliye edildiğini, Ankara 6.İcra Dairesi Müdürlüğünün 2000/2081 sayılı dosyasında 2000 yılı Mayıs ayı kirasının tahsili için yapılan takibe davalının haksız itiraz ettiğini ileri sürerek, borçlu (davalının)itirazının iptali ile icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, sözleşmedeki şartın tek taraflı olarak düzenlendiğini ve belirli bir tarihte kayıtsız ve şartsız tahliye taahhüdünü içermediğinden tahliye taahhütnamesi niteliğinde olmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, 6570 Sayılı Kanununun 9.maddesi gereğince sözleşmelerde kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağı öngörüldüğünden geçersiz olan bu sözleşmeye dayanılarak yapılan takipte dayanaktan yoksundur gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında yapılan (yenilenen)1.01.1998 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin hususi şartlar kısmının 9.maddesinde ... görevi son bulduğu takdirde iki ay içinde konutu tahliye edecektir. Konutun tahliye edilmemesi halinde, bu sürelerin bitiminden itibaren ödemekte olduğu aylık konut kirasının 20 (yirmi)katı kira ödemeyi kabul ve taahhüt eder, hükmü bulunmaktadır. Sorun sözleşmedeki bu hükmün ne anlam ifade ettiği noktasındadır.

Davalı (kiracı), kira ilişkisi devam ederken (yenilenen kira sözleşmesinde)tahliye taahhüdünde bulunmuş ve tahliyesini taahhüt ettiği (sözleşme süresinin sona erdiği)tarihte kiralananı boşaltmadığı takdirde kiranın ödemekte olduğu aylık konut kirasının 20 (yirmi)katı olarak ödeneceğini de kabul etmiştir. Tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırdıkları bu hüküm geçerlidir. Başka bir anlatımla kira sözleşmesinin imzalanmasından sonra (yenilenen sözleşmede) düzenlenmiş tahliye taahhüdü geçerlidir. Taahhütle birlikte kabul edilen cezai şart da geçerlidir. Cezai şart, sonradan taraflar arasında düzenlenmiş bulunan tahliye taahhüdünün bir müeyyidesi niteliğindedir. O halde mahkemece BK.nun 161/son madde hükmü de gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle isteğin reddi doğru görülmemiştir” (Yargıtay 3.HD, 21.05.2001, E.2001/4283, K.2001/4602, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

sonucu lojmanın tahliyesi aşamasında ortaya çıkmaktadır. Daha önce ayrıntısıyla tartışıldığı üzere, anılan sözleşmelerin kira tipine ait edimleriyle ilgili uyuşmazlıkların –*özel istisnai haller haricinde*- kira sözleşmesi hükümleriyle çözümlenmesi gerekir. Sadece hukuk tekniğinden değil, aynı zamanda 6570 Sayılı GKK'un gayrimenkul tahliyesi hakkındaki 7.maddesinin açık emredici hükmünden de aynı sonuca varılabilir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla aksini kabul etmek için istisnai özel bir hal bulunmamaktadır. O halde, Yasanın açık hükmüne uymak ve iş görme edimine ilişkin olarak iş sözleşmesi hükümlerini, kira edimine ilişkin olarak ise kira sözleşmesi hükümlerini uygulamak gerekir. Somut olayda yasal tahliye sebeplerinden hiçbirisi gerçekleşmemiştir. İşçi de çalışmaya devam ettiğine göre lojmandan çıkarılmaması yönünde varılan sonuç isabetlidir. Eğer işçi işten çıkarılmış olsaydı, artık iş görmediğinden rayiç kira bedelini işverene ödemesi şartıyla kira hukukuna göre lojmanda oturmaya devam edebilmesi gerekirdi⁴⁷⁵. Benzer nedenlerle 23.02.1982 tarihli ikinci kararda, çalışmaya devam eden işçinin kendi isteğiyle lojmandan çıkmasının işverenine sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı vermediği sonucuna varılması isabetli olmuştur. İki ayrı tipe ilişkin edimlerin, açıkça birbirleriyle çatışmadıkları veya taraf menfaatleri açısından adaletsiz sonuçlara yol açmadıkları sürece ait oldukları tip hakkındaki hükümlere tabi olması gerekir. Öte yandan, kendi isteğiyle lojmandan çıkarak aynı ücret eki olan lojman ediminin aynen ifasını kabul etmeyen işçinin, lojmanın rayiç kira bedelini nakden talep edemeyeceğinin de unutulmaması gerekir.

24.06.1992 tarihli kararda varılan “*olayın tamamen davacı kadının kendi özel durumu ile ilgili olup iş ilişkisine etkisinin olamayacağı*” yargısı üzerinde durulmalıdır. Bir önceki paragrafta da açıklandığı üzere, lojmanlı iş sözleşmesinde kira edimine kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekir. Böyle bir yaklaşımın doğal sonucu, iş ilişkisine ait gelişmelerden kira ilişkisinin doğrudan etkilenmemesidir. Karardan, davacının kocasının iş şartlarının gerçekten aleyhte esaslı biçimde değiştirilip değiştirilmediği anlaşılamamaktadır. Ne olursa olsun sözleşmeyi fesheden kocanın kira ilişkisi devam etmeli ve fakat o da işverene lojmanın rayiç kira bedelini ödemelidir. Eğer istifa eden kocayla lojmanlı iş

⁴⁷⁵ Bkz.: *Üçüncü Bölüm, I, A, 4, a* başlığı altında yer alan açıklamalar.

sözleşmesi yapılmış, başka bir deyişle lojman sadece kocaya tahsis edilmiş –*ki karardan öyle anlaşılmaktadır*–; ancak davacı kadınla normal iş sözleşmesi yapılmış ise değişik ihtimallere göre davranılmalıdır. Eğer koca önceden anılan işe girerek eşiyile birlikte lojmanda oturmaya başlamışsa ve bir süre sonra kadın da aynı işyerinde çalışmaya başlamışsa lojman davacı kadının aynı ücret eki olarak kabul edilemez. Bu durumda kocanın rayiç kira bedelinin tamamını ödemesi gerekir. Ancak karı-koca aynı anda işverenin yanında çalışmaya başlamışlarsa lojmanın kâğıt üzerinde sadece kocaya tahsisli görünmesi nedeniyle kadının aynı ücretine dâhil edilmemesi hayatın olağan akışına aykırı düşer. Kanımızca böyle hallerde bir düzenleme boşluğu söz konusudur. Özel hukukta “*lojman tahsisi*” diye resmi ve uyulması mecburi bir usul yoktur ve kira hukuku açısından da kira sözleşmesinin yazılı yapılması zorunlu değildir. O halde koca ile yazılı lojmanlı iş sözleşmesi yapılması, otomatik olarak kadın ile yapılan sözleşmede lojman kullanımının hesaba katılmadığı neticesini doğurmaz. Somut olayın incelenmesi gerekir: Çoğu zaman böyle hallerde her iki eşin ücreti belirlenirken verilen lojman bedeli de hesaba katılır. Gerçek durumu her somut olayda hâkim takdir edecektir. Karara konu olayda hâkimin bu sonuca varması durumunda bazı hukuki sonuçlara da hükmetmesi gerekir. Öncelikle lojmanın aynı zamanda davacı kadının da ücret ekini teşkil etmesi nedeniyle, kocanın rayiç bedelin tamamını değil payına düşen kısmını ödemesi; diğer yarısını ise aynı evde yaşadığı eşi olan davacı kadının, süre ve bağımlılık temelinde iş görmeye devam etmek suretiyle karşıladığı kabul edilmelidir. Bir diğer husus, lojmandan geçerli sebep bulunmaksızın tahliye edilmesi nedeniyle davacı kadının ücretinde ve çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşmasının, kadına sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı vermesi ve böylelikle kıdem tazminatına hak kazandırmasıdır. Sonuç olarak, kocanın fesih sonrasında Ankara’ya çalışmaya başlaması, rayiç bedeli işverene ödeyerek lojmanda oturmasına engel değildir. Kuşkusuz, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (4721 Sayılı MK md.2/II): Hiçbir hukuki yararı olmadığı halde sırf intikam almak için rayiç bedeli ödeyip lojmanı boş tutma halinde tahliyeye karar vermek gerekir. Ancak somut olayda kocanın eşi davacı kadın müşterek ikametgâhta oturmaya devam ettiğinden böyle bir durum da söz konusu değildir.

21.05.2001 tarihli karar Yargıtay'ın 3.Dairesince verilmiştir. Lojmanlı iş sözleşmelerinde kira edimine ilişkin uyuşmazlıkların genellikle iş hukuku uyuşmazlıklarına bakan 9.Daire tarafından çözümlendiği hatırlandığında, söz konusu kararın önemi artmaktadır. Somut olayda, işveren-kiralayan vakıf ile işçi-kiracı arasında bir tek karma sözleşme değil, iki ayrı sözleşme yapıldığı görülmektedir: iş sözleşmesi ve kira sözleşmesi. Burada kiracının rayiç kira bedelini mi yoksa vakıfta çalışması nedeniyle cüz'i bir bedel mi ödediği açık değildir. Rayiç kira bedeli ödendiği kabul olunursa iki ayrı sözleşme bulunduğu kabulü doğrudur. Ancak cüz'i bir bedel ödenseydi tek bir karma hukuki ilişkiler yumağından bahsetmek ve uyuşmazlığı o şekilde çözümlenmek gerekecekti. Yargıtay da iki ayrı sözleşme bulunduğunu kabul etmiş ve uyuşmazlık kira sözleşmesine ilişkin olduğundan isabetli olarak 3.Daireye gönderilmiş ve tamamen kira hukuku kurallarına göre çözümlenmiştir. Belki şu noktaya değinilebilirdi: Olaydaki iki sözleşme “*bağlı (birleşik) sözleşmeler*” olarak değerlendirilebilir miydi? Bağlı (*birleşik*) sözleşmeler, en az iki bağımsız tipik sözleşmenin -*karakteristik özelliklerini bozmadan*- birinin muteberliği diğerinkine bağlı kılınarak birleştirilmesiyle ortaya çıkarlar⁴⁷⁶. Kira sözleşmesinde, kiracının vakıftaki çalışmasının son bulduğu takdirde lojmanın da iki ay içinde tahliye edileceğinden bahsolunduğuna göre tek taraflı bağımlılık açıkça taraf iradeleriyle kurulmuştur. Ancak yine de hâkim, kira sözleşmesinin feshine ilişkin kiracıyı koruyucu sosyal karakterli hükümlerin, bağlı (*birleşik*) sözleşmeler olduğu gerekçesiyle dolanılmamasına dikkat etmelidir. Nihayet, iki sözleşme arasında kurulan tek taraflı bağımlılık nedeniyle tahliye taahhüdünün özgür iradeyle imzalanmış olması hususunun tartışmalı olabileceği de düşünülebilir. Gerçekten, iş sözleşmesi kira sözleşmesine oranla kırılgan yapıya sahip olup feshi daha kolaydır. İş sözleşmesinden kaynaklanan bağımlılık ilişkisi ve işten çıkarılma ihtimali varken tarafların özgür iradeleriyle tahliye taahhüdü imzaladıklarını söylemek bazen mümkün olmaz; her somut olayda durumun ayrıca araştırılması gerekir. Dolayısıyla önüne böyle bir olay gelen hâkimin öncelikle, işçi-kiracının iş sözleşmesinden kaynaklanan bir baskı altında kira sözleşmesindeki tahliye taahhüdünü imzalayıp imzalamadığını araştırması; böyle bir durum varsa tahliye taahhüdünü geçerli kabul etmemesi uygun olacaktır.

⁴⁷⁶ Bkz.: *Birinci Bölüm, III, A başlığı* altındaki açıklamalar.

e. Görev Meselesi Hakkında

(1) Kararlar

Yargıtay, lojmanlı iş sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların ise 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md.1 uyarınca göre İş Mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği düşüncesindedir⁴⁷⁷. Meselenin İş K. kapsamında olup olmaması da önem taşıdığından, örneğin tarım işlerinden sayılan işler İş Mahkemesinin görevi dışında kalacaktır. Ancak bir tavuk çiftliğinde çalışan işçi sadece tavukların bakımı ile uğraşmayıp aynı zamanda bekçilik veya şoförlük benzeri işler de görüyorsa o zaman uyuşmazlığın çözümünde İş Mahkemesinin görevli olacağının kabulü gerekir⁴⁷⁸.

(2) Değerlendirme

09.06.1966 Tarihli kararda, iş sözleşmesi gereği olarak işçiye verilen konutun kira bedeline ilişkin uyuşmazlıkların 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md.1 uyarınca İş Mahkemesince çözümlenmesi sonucuna varılması konusunu tartışmaya açmak yararlı olabilir. Lojmanlı iş sözleşmesi bire bir tipik edimli (*çift tipli*) bir karma sözleşme olup iş sözleşmesinden başka bir şeydir. Anılan sözleşmede yer alan süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimine ilişkin uyuşmazlıkların konunun uzmanı olan İş Mahkemesince çözümlenmesi hem akla hem de yasaya uygundur. Ancak, kanımızca kira edimine ilişkin uyuşmazlığın *-istisnai durumlar*

⁴⁷⁷ “Uyuşmazlık işçi ile işveren arasında ve iş sözleşmesinin gereği olarak işçiye verilen konutun kira bedeline ait olup, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesine göre, iş mahkemesinin vazifesi dâhilindedir. Mahkemenin görevsizlik yönünden dava dilekçesinin reddine karar vermesi yanlış ise de; davanın reddi, sonucu itibarıyla doğru olduğundan hükmün onanması gerektir” (Yargıtay 9.HD, 09.06.1966, E.1966/5311, K.1966/5037, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁴⁷⁸ “İşyeri tavuk çiftliği olup dosya içeriğine göre davacının tavukların bakımı, yetiştirilmesi gibi işleri yaptığı ve işveren tarafından tahsis edilen konutta yatıp kalkmakta olduğu anlaşılmaktadır. Şayet işçi salt tavukların bakımı ve yetiştirilmesi ile görevli ise o takdirde 1475 sayılı iş kanununun 5. maddesinin 2. bendi kapsamında bir işyerinde çalıştığı söz konusu olur ki böyle bir durumda iş kanunu hükümleri uygulanamaz. Bunun sonucu olarak da İş Mahkemesi bu davayı görmeye görevli olmadığı için dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar vermek gerekir. Davacı kimi tarım işçileri ile birlikte ayrıca bekçilik, şoförlük gibi işleri de yürütmekte ise bu durumda karma nitelikte işler söz konusu olduğundan İş Mahkemesinin görevli olduğu düşünülmüştür. Dosya içeriği görev bakımından bir karar vermeye elverişli değildir. Bu itibarla konu ayrıntılı bir inceleme ve araştırmaya tabi tutularak hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmelidir” (Yargıtay 9.HD, 11.06.1999, E.1999/7453, K.1999/8801, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006); ; Aynı yönde bkz.: Yargıtay 9.HD, 25.02.1999, E.1999/1219, K.1999/3616, Münir Ekonomi, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları**, KAMU-İŞ Yayını, Ankara, 2002, s.37.

haricinde- kira sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanarak çözümlenmesi gerekir. Böyle bir uygulama ise İş Mahkemesinin görev alanına girmemektedir. İş Mahkemeleri Kanunu md.1 uyarınca İş Mahkemeleri “*İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle (...) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile*” görevlidir. 4857 Sayılı İş Kanunu md.2’de de işçi “*bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi*” olarak tanımlanmaktadır. Oysa işçi-kiracı, katıksız bir iş sözleşmesine değil lojmanlı iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişidir. İşçi-kiracı bir yönüyle süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimini ifa ettiğinden, iş hukukuna ilişkin talep ve uyuşmazlıklarda iş mahkemesinin yetkili olması normaldir. Hatta lojmanın bir ayni ücret eki olarak iş hukukuna ilişkin tazminat hesaplarında⁴⁷⁹ dikkate alınması gerekli haller de İş Mahkemesinin görevindedir. Ancak uyuşmazlığın lojmanın kullanımını yani kira sözleşmesini ilgilendirdiği tahliye veya rayiç bedelin tespiti hallerinde kanımızca HUMK md.8 uyarınca Sulh Hukuk Mahkemesinin yetkisinin kabulü gerekir.

B. Bire Çok Tipik Edimli (İkiz-Kombine) Karma Sözleşmelere Örnek: İşçi Avukatlık Sözleşmeleri

1. Genel Olarak

Avukatların süre ve bağımlılık temelinde iş görmeyi üstlendikleri sözleşmeler hayli yaygın olmakla birlikte, hukuki açıdan akademik planda yeterince incelenmemiştir. Oysa konu hukuki özellikleri itibariyle ilginç, çok kişiyi ilgilendirmesi dolayısıyla önemli ve bağdaşması güç farklı statüleri bünyesinde birleştirmesi itibariyle karmaşıktır. Belirtilen özellikleri nedeniyle anılan sözleşmenin, başlı başına bir doktora çalışmasının konusunu teşkil edebilecek kapsama sahip olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak çalışmamızda amaç iş hukukuyla bağlantılı isimsiz sözleşmeleri bütünsel bir çerçevede içinde örneklerle incelemek olduğundan, konunun ayrıntısına fazla girilmeyecektir.

⁴⁷⁹ Örneğin kıdem tazminatının hesabında İş Mahkemesinin lojmanın rayiç bedelini tespit etmesi gerekir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle takip eden kısımda önce “*işçi avukatlık*”, “*işçi avukatlık sözleşmesi*”, “*işçi avukatlık ilişkisi*” terimlerinin tercih edilme nedenleri açıklanarak kavramlar kısaca tanımlanacaktır. Sonrasında, işçi avukatlık sözleşmesinin tip tayin edici unsurlarından birini teşkil eden avukatlık sözleşmesi tanımlanarak hukuki nitelikleri ortaya konulacaktır. Ardından, işçi avukatların süre ve bağımlılık temelinde iş görmeyi üstlendikleri sözleşmelerin hukuki özelliklerinin incelenmesine geçilecektir. Nihayet, anılan sözleşmelere hangi tipe ait hükümlerin uygulanacağı meselesine Yargıtay kararları da dikkate alınarak çözüm aranacaktır.

2. Terim Tartışması ve Kavramlar

Başka bir avukatın yanında çalışan avukatlar, ekonomik, sosyal ve hukuki durumları itibariyle genellikle “*işçi avukat*” olarak adlandırılmaktadır⁴⁸⁰. Özel hukuk tüzel kişilerinde süre ve bağımlılık temelinde iş gören avukatların durumu da benzerdir ve onlar hakkında da “*işçi avukat*” deyiminin kullanıldığı görülmektedir⁴⁸¹. Her iki kategorideki işçi avukatların ortak özellikleri, baroya kayıtlı olmaları, kendine ait bürolarının olmaması, bağımsız olmamaları, gelir vergisi mükellefi olmamaları, Sosyal Sigortalara kayıtlı işçi olarak iş görmeleri ve mesleki kimliklerinin ön planda olmaması olarak özetlenebilir. Başka bir avukat yanında çalışan işçi avukatların farklı olarak, çoğunlukla müvekkilden vekâletname almaksızın yetki belgesiyle resmi mercilerde iş takip ettiği, işveren avukatın talimatı doğrultusunda duruşmalara girdiği ve genellikle sigorta primlerinin işçi asgari ücreti üzerinden ödendiği gözlemlenmektedir⁴⁸².

Bir görüşe göre, tüm çalışmasını tek bir işverene hasretmeyen ve ayrıca bağımsız bürosu da bulunan avukatlar, işçi avukatlar kavramının dışında tutulmalı ve bunların işverenleri ile aralarında kurduğu ilişki “*serbest avukatın iş ilişkisi*” olarak

⁴⁸⁰ Güneş Gürseler, “Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:63, Mart/Nisan 2006, s.67; Figen Erbek, “Kimseden Çekmedim Avukatlardan Çektiğim Kadar”, **Gümüşü Aylık Hukuk Dergisi**, Sayı:26, Nisan 2005, <http://www.gunisiyhukuk.com/kimsedencekmedimavukatlar.html>, 10.10.2006.

⁴⁸¹ K.Ahmet Sevimli, “Yargıtay’ın Serbest Avukatların da İş Sözleşmesiyle Çalışabileceğini Tespit Eden Kararı ve Sonuçları Üzerine”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:3, 2004, s.973.

⁴⁸² Gürseler, a.g.e., s.67 – 68.

nitelenmelidir⁴⁸³. Ancak çalışmada, bağımsız bürosu olduğu halde bir işveren yanında süre ve bağımlılık temelinde iş gören avukatların, kısmi süreli de olsa işçi sıfatını taşımaları nedeniyle “*işçi avukat*” kavramı içinde incelenmesi tercih edilmiştir.

Öte yandan İstanbul Barosu’nca hazırlanan 30.03.2005 tarihli “*Gerekçeli Avukatlık Kanunu Değişiklik Tasarı Taslağı*”nda süre ve bağımlılık temelinde iş gören avukatlar için “*bağlı (bağımlı çalışan) avukat*”, bunların işverenleriyle aralarındaki hukuki ilişki için “*bağımlı avukatlık ilişkisi*” ve iş gördükleri sözleşme için “*avukatlık iş sözleşmesi*” terimleri önerilmektedir⁴⁸⁴. Bağımlılık, başka kimseler yanında çalışan avukatlarla işverenleri arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi boyutunu tek başına tanımlamaya yetmemektedir; iş ilişkisinde süre unsuru da önem taşımaktadır. O nedenle süre ve bağımlılık temelinde iş gören avukat için “*işçi avukat*” ve işçi avukatla işvereni arasındaki hukuki ilişki için “*işçi avukatlık ilişkisi*” terimleri kavramı daha iyi karşılayacaktır. Avukatlık iş sözleşmesi terimi ise “*olması gereken*” anlamında daha uygun olmakla birlikte, hukuken ve sosyolojik olarak günümüzdeki durumu tam olarak tespit eden ifadenin “*işçi avukatlık sözleşmesi*” olduğu düşünülebilir.

İşçi avukatların süre ve bağımlılık temelinde iş gördüğü sözleşmelerde ekseriyetle hem iş sözleşmesine hem de avukatlık sözleşmesine ait edimlere rastlanmaktadır. İş sözleşmesi önceki bölümlerde incelenmişti⁴⁸⁵. İzleyen başlıkta avukatlık sözleşmesi de tanımlanarak, konuyla ilgisi olduğu ölçüde hukuki özelliklerinden bahsölunacaktır.

⁴⁸³ Sevimli, a.g.e., s.973 – 974.

⁴⁸⁴ İstanbul Barosu, “Gerekçeli Avukatlık Kanunu Değişiklik Tasarı Taslağı - 30.03.2005”, **İstanbul Barosu Erişim Sayfası**, , <http://www.istanbulbarosu.org.tr/baromeclik/sem.doc>, 09.10.2006, s.20; Aynı yönde bkz.: Kemal Aytaç, “Avukatlık Nereye Gidiyor?” , **Gümüşgü Aylık Hukuk Dergisi**, Sayı:16, Haziran 2004, <http://www.gunisiyhukuk.com/avukatliknereye.html>, 10.10.2006.

⁴⁸⁵ Bkz.: İkinci Bölüm II numaralı başlık vd.’ndeki açıklamalar.

3. Avukatlık Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Nitelikleri

Avukatlık sözleşmesi kavramı öğretide yaygın olarak dile getirilse de 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nda 02.05.2001 Tarihli ve 4667 Sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde herhangi bir yasada açıkça yer almamaktaydı ve isimsiz bir sözleşme olarak görülmekteydi⁴⁸⁶. Yapılan değişiklik sonrasında 1136 Sayılı Yasanın eskiden “*avukatlık ücreti*” olan on birinci kısım başlığı “*avukatlık sözleşmesi*” olarak değiştirilmiş, eskiden “*avukatlık ücretinin serbestçe kararlaştırılması*” olan 163.madde başlığı ise “*avukatlık sözleşmesinin kapsamı*” olarak belirlenmiştir. Böylelikle, açıkça tanımlanmasa bile sözleşmenin kapsamı ve bazı özellikleri ortaya konulmuştur ve artık avukatlık sözleşmesi isimli bir sözleşme tipidir. Söz konusu tipleştirme 2001 yılında yapılmış olmasına karşın, 1990’lı yılların başından bu yana çeşitli tasarılarla gündeme gelen tartışmalar sonucunda ortaya çıkmış bilinçli bir tercihtir⁴⁸⁷. Ancak, avukatlık sözleşmesi yasada isimlendirilse bile bilinçli olarak açıkça tanımlanmamış olup, Avukatlık Yasasında da Borçlar Kanununda da ayrıntıya

⁴⁸⁶ Nejat Aday, **Avukatlık Hukukunun Genel Esasları**, 2.Baskı, Beta Basım, İstanbul, 1997, s.89; Özcan Günergök, **Avukatlık Sözleşmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.27.

⁴⁸⁷ İYİMAYA'nın 1993 Tarihli bir toplantıda söyledikleri bu anlamda fikir verici olabilir: “*Gerçekten, (...) sanayileşmenin artık dönemini bitirdiği, iletişimin yoğunlaştığı, ilişkilerin karmaşalığa dönüştüğü dünyamızda Borçlar Kanununun klasik tipleri sorunları çözmekte yetersiz kalmış, yeni tiplerin ortaya çıkması zorunluluğu doğmuştur. Bizlerden önce mimarlar Türk Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi adı altında yeni tip ihdasını başarmışlardır dahi. Bu yasa çalışmalarında avukatlık sözleşmesi diye yine bir tip ortaya çıktı. Bu bir zihin sporunun yahut sadece bir basit düşüncenin ürünü değil, temeli olan bir model durumundadır. Bizim avukatlık Yasası bir takım hükümleriyle zaten Borçlar Kanununun vekâlet akdindeki sistematikten tamamen ayrılmış durumdadır. Ne var ki Yasada özel bir kural olmadığı için Borçlar Kanununun avukatlığın işlevi ile özen yükümü ile bağdaşmadığı bir takım hükümleri yargıda, ilişkilerimizde, sorunların çözümünde aynen kullanılageliyordu. İşte bu nedenle avukatlık sözleşmesi yeni bir tip olarak ortaya çıktı*” (Ahmet İyimaya, Ankara Barosunca düzenlenen Avukatlık Yasa Tasarısı Hakkındaki 11.03.1993 ve 12.03.1993 günlü toplantıların bant çözümünden, Ankara Barosu Dergisi, 1993/3, s.401'den aktaran: Nazif Kaçak, **Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s.542); Yargıtay da aynı yıl verdiği kararlarda “*avukatlık sözleşmesi*” ifadesini kullanıyordu: “*Taraflar arasındaki tarihsiz vekâlet sözleşmesinin 1.maddesiyle davacı avukatın, davalı şirketin İstanbul ilinde açılacak bütün kazai, idari davalarla vergi ihtilaflarını ve icra muamelelerini vekâletnamesindeki yetki dâhilinde takip edeceği ve hukuki istişareye lüzum görülen durumlarda düşüncelerini bildireceği öngörülmüş ve bu işler karşılığı davacıya serbest meslek makbuzu karşılığı maktu ücret ödeneceği ve yine mahkeme ve icra dairelerince takdir edilecek vekâlet ücretinin avukata ait olacağı kabul edilmiştir. Sözleşme bu içeriği itibarıyla avukatlık sözleşmesidir. Sözleşmenin nitelik ve kapsamı davacı vekilin hukuki yardımı davalıya bağımlı olarak devamını sürdürmeyip bu edimini ifada avukat olarak bağımsız olacağı göz önünde tutulduğunda bu tür davalarda çözüm yeri İş Mahkemeleri olmayıp genel mahkemeler olduğunda kuşku ve duruşmaya yer olmamalıdır*” (Yargıtay 13.HD, 22.04.1993, E.1993/2218, K.1993/3444, Eraslan Özkaya, **Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.104 - 105).

girilmemesi nedeniyle, birçok yönden öğreti ve yargının yorumlarına bırakılmış durumdadır⁴⁸⁸. Sözleşmenin oluşum sürecinde yararlı olacağı düşüncesiyle yasal bir tanımlama yapılmamışsa da uygulamada yeknesaklığın sağlanması açısından yasal bir tanım yararlı olabilirdi⁴⁸⁹.

Avukatlık Yasası md.163'e göre, avukatlık sözleşmesinin serbestçe düzenlenmesi gerekir. Sözleşme edimleri, avukatın belli bir hukuki yardımda bulunması karşılığında, diğer tarafın belli bir meblağı yahut değeri yerine getirmesi olarak belirtilmiştir. Eğer sözleşme yazılı şekilde yapılmamışsa genel hükümlere göre ispatlanacaktır. Sözleşmenin yasaya aykırılık taşımayan şartlara bağlanması mümkün olup, öngörülen avukatlık ücretinin 1136 Sayılı Yasada belirtilen tavanı aşması durumunda akit anılan tavan miktarında geçerli olacaktır. İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemeyeceği gibi yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, avukatlık sözleşmesinin tümünü geçersiz kılmayacaktır.

Yasadaki kapsamdan yola çıkarak GÜNERGÖK avukatlık sözleşmesini, “*avukatın belli bir hukuki yardımda bulunmayı üstlendiği, taraflarca ücret alınmaması kararlaştırılmadığı sürece avukatın ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran bir sözleşme*” olarak tanımlamaktadır. Yazara göre anılan sözleşme, mesleğe hâkim olan kamusal kurallara rağmen maddi hukuka tabi bir özel hukuk ilişkisidir⁴⁹⁰. ÖZKAN'a göre avukatlık sözleşmesi, “*vekâlet verenin yerine getirilmesini arzuladığı avukatlık hizmetini ortaya koyan ve avukatın da müvekkiline karşı çerçevesi dâhilinde faaliyette bulunmayı bir ücret karşılığı taahhüt ettiği ivazlı*” bir sözleşmedir⁴⁹¹. GÜNER'e göre avukatlık sözleşmesi, “*baro levhasına yazılı olup, mesleğini serbest olarak yapan avukat ile iş sahibi arasında bağitlanan, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, hukuki sorun ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini konu edinen, tam iki tarafa borç yükleyen*” bir sözleşmedir⁴⁹².

⁴⁸⁸ Meral Sungurtekin Özkan, **Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri**, 2.Baskı, Barış Yayınları (Fakülteler Kitabevi), İzmir, 1999, s.147; Günergök, a.g.e., s. 28.

⁴⁸⁹ Semih Güner, **Avukatlık Hukuku**, 2.Baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2003, s.196.

⁴⁹⁰ Günergök, a.g.e., s.46, 21.

⁴⁹¹ Özkan, a.g.e., s.147.

⁴⁹² Güner, 2003, s.197.

Avukatlık sözleşmesinin esaslı edimleri, “*ücret*” ile “*avukatın avukatlık tekeli kapsamına giren bir hizmet yerine getirmesi*” olarak ayrıştırılabilir⁴⁹³. Söz konusu hizmetlerin kapsamı bir hayli geniştir. Müvekkilin resmi merciler önünde temsilinden, hukuki ilişkilerin düzenlenmesine yardımcı olmaya; bir sözleşme veya vasiyet metninin hazırlanmasından resmi sicil kayıtlarının incelenmesine, yazılı veya sözlü danışmaya kadar birçok faaliyet avukatlık mesleğinin konusunu teşkil eder⁴⁹⁴.

Avukatlık sözleşmesinin tarafları olan avukat ile müvekkili arasındaki ilişki Türk Hukukunda genel olarak birçok yazarca vekâlet ilişkisi olarak nitelenmektedir⁴⁹⁵. Mesela TÜRKER, 1136 Sayılı Yasada avukatlık sözleşmesi olarak adlandırılan akdin, genel kuralları Borçlar Kanunu’nun 386 – 398.maddelerinde, özel kuralları ise Avukatlık Yasası’nın 163 – 166.maddelerinde düzenlenen vekâlet sözleşmesi olduğunu belirtmektedir⁴⁹⁶. GÖKCAN ise geniş anlamıyla vekâlet akdi Borçlar Kanununda düzenlenmekle birlikte avukatlığa ilişkin özel görünümünün Avukatlık Yasasında düzenlenerek böylelikle isimlendirildiğini vurgulamaktadır⁴⁹⁷. Bu noktada, avukatlık sözleşmesinin vekâlet akdinin özel bir türü olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşlerin ayrıntısına girmek gerekmektedir. Anılan görüşler uyarınca avukatlık sözleşmesi, avukatın yükümlenebileceği işler ve çalışma alanı açısından vekâlet akdini özel bir şekilde belirler⁴⁹⁸. Dolayısıyla Avukatlık Yasasındaki düzenleme ve özellikle de sık sık vekâlet teriminin kullanılması dikkate alındığında, avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisinin özel bir türü olduğunu söylemek kolaylaşır. Hatta “*mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahak olur*” şeklindeki BK md.386/III hükmü de aslında aynı sonuca çıkmaktadır: “*Avukatlık sözleşmesinde ücretin esas olduğuna, ücret kararlaştırılmasa dahi asgari ücret tarifesi uygulanacağına ilişkin*”

⁴⁹³ Aday, a.g.e., s.95.

⁴⁹⁴ Özkan, a.g.e., s.152 -153.

⁴⁹⁵ Günergök, a.g.e., s. 22.

⁴⁹⁶ Fuat Türker, “Avukatlık Sözleşmesi, Avukatlık Ücreti, Bunlardan Doğan İhtilafları Çözüm Usulü”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Sayı:1, Nisan 2003, s.29, <http://www.eskisehirbarosu.org.tr/d1.pdf#search=%22%20%22avukatl%C4%B1k%20s%C3%B6zle%C5%9Fmesi%22%20filetype%3Apdf%22>, 26.09.2006.

⁴⁹⁷ Hasan Tahsin Gökcan, **Açıklamalı Avukatlık Yasası**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s.284.

⁴⁹⁸ Feridun Müderrisoğlu, **Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1974, s.19.

Avukatlık Yasası md.163 vd. hükümleri ile genel nitelik taşıyan Borçlar Kanunu hükmünde yer alan “*teamül*” şartı –*hem de yasal düzeyde-* yerine getirilmiştir⁴⁹⁹. Nihayet, anılan görüşlere göre, “*vekâlet akdi ile avukatlık sözleşmesine farklı hükümler uygulanması*”, Borçlar Kanunundaki “*hizmet akdi ile İş Kanunundaki iş (hizmet) sözleşmesine farklı hükümler uygulanması*” durumu ile benzeşir. Bilindiği üzere Borçlar Kanunundaki hizmet akdi ile İş Kanunundaki iş (hizmet) sözleşmesinin aynı kavramı ifade ettiği ön kabulü üzerinde uzun zaman önce uzlaşmaya varılmıştır ve bu da avukatlık sözleşmesinin vekâlet akdinin özel bir türü olarak kabul edilmesi yönündeki görüşleri destekler⁵⁰⁰.

Bununla birlikte bazı durumlarda yukarıda belirtilen niteleme eksik kalabilmektedir. Örneğin Avukatlık Yasası md.35/I uyarınca “*kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek (...) yalnız baroda yazılı avukatlara aittir*”. Bir avukatın sadece bir tek hukuki mütalaa hazırlamak üzere bir kimseyle anlaşması durumunda vekâlet ilişkisinin var olduğu kabul edilecek midir⁵⁰¹? Ya da Avukatlık Yasası md.12/c’de, “*özel hukuk tüzelkişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık*” yapmanın avukatlıkla bağdaşabilen işlerden olduğu açıkça belirtilmiştir. Bir şirkette süre ve bağımlılık temelinde iş gören avukat ile çalıştığı şirket arasında saf bir “*vekil – müvekkil ilişkisi*”nden bahsolunabilir mi? Nihayet, kendi bürosunda bağımsız olarak çalıştığı halde, aylık belirli bir ücret karşılığında bir şirketin hukuki işlerini yürüten ve hukuki danışmanlığını yapan bir avukatla şirket arasındaki ilişkinin niteliğinde hangi sözleşme tipi ağır basmaktadır? Sorular çoğaltılabilir.

Avukatlık ile vekâletin birbirleriyle iç içe girmiş kavramlar olduğu tartışmasızdır. Nitekim Avukatlık Yasasının bazı maddelerinde halen “*vekâlet*” ifadesine yer verilmektedir⁵⁰². Ancak avukatlık ilişkisi ayrıştırıldığında, avukatlık sözleşmesinin vekâlet akdinden daha geniş kapsamlı olduğu ortaya çıkmaktadır.

⁴⁹⁹ Sevimli, a.g.e., s.970 – 971; ÖZKAN bu nedenle avukatlık sözleşmesinin “*ivazlı vekalet sözleşmesi*” olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir (Özkan, a.g.e., s.156).

⁵⁰⁰ Sevimli, a.g.e., s.970.

⁵⁰¹ Bu konuda eser sözleşmesinin de söz konusu olabileceği yönünde çeşitli tartışmalar için bkz.: Günergök, a.g.e., s. 24 vd.

⁵⁰² Örneğin md.39, 41, 42, 54, 56, 162, 164 vs.

Gerçekten, vekâlet ilişkisi avukatla müvekkil arasındaki bir iç ilişki iken⁵⁰³ temsil ilişkisi üçüncü kişilerle yapılan ilişkilerde söz konusudur ve dış ilişkiye dairdir. Vekâlet ile temsil, karşılaştırılması güç iki ayrı müessesedir: Birincisi bir sözleşme tipi iken ikincisi tek başına hukuki işlem olduğu tartışmalı olan bir yetkidir. Dolayısıyla bir kimse vekil olduğu halde müvekkilinin temsilcisi olmayabilir⁵⁰⁴. Avukatlık sözleşmesinde ise her iki müessesenin bir arada bulunması mümkündür.

Öte yandan, avukatlık sözleşmesi artık tipik bir akit olduğundan dolayı, ne adi vekâlet sözleşmesi, ne eser sözleşmesi ne de kendine özgü bir sözleşme olduğunu söylemek mümkündür. Kuşkusuz, yasal düzenlemede bilinçli olarak önemli boşluklar bırakılmış olması nedeniyle, boşluk bulunan hallerde, uygun düşen tipik sözleşme hükümlerinin kıyasen avukatlık sözleşmesine uygulanması gerekir⁵⁰⁵. Ancak, yine de avukatlık ilişkisinin vekâlet ilişkisinin özel bir türü olduğunu söylemek, Borçlar Kanununun özel kısmında özel ve tipik bir sözleşme olarak düzenlenen vekâlet akdine taşıdığından daha fazla anlam yüklemek olacaktır. Avukatlık Yasasının birçok yerinde “*vekâlet*” kelimesinin kullanılması normaldir. Çünkü, hem avukatlık sözleşmesinin yasaya girene kadar “*kendine özgü*”, yasaya girdikten sonra ise “*tipik*” bir sözleşme olarak kabulünden önce yerleşmiş alışkanlıklar vardır; hem de gerçekten avukatlık ilişkisinde edimlerin bir kısmı vekâlet sözleşmesiyle örtüşmektedir. Teamül halinde ücrete hak kazanılacağı yolundaki BK md.386/III hükmü gereğinin Avukatlık Yasasıyla yerine getirildiği yolundaki görüş için ise şu denilebilir: Avukatlık sözleşmesinin vekâlet sözleşmesindeki gibi ücretsiz yapılamaması, sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyledir⁵⁰⁶. Dolayısıyla avukatlık sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden farkı sadece ücretin zorunlu olması noktasında değildir. Başta yüksek düzeydeki özen borcu olmak üzere, özellikle kamu mesleği özelliğine ve meslek kurallarına ilişkin birçok fark mevcuttur.

⁵⁰³ “*Vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını ilizam eyler*” (BK md.386/1).

⁵⁰⁴ Aday, a.g.e., s.90 – 92.

⁵⁰⁵ Günergök, a.g.e., a.29.

⁵⁰⁶ Veysel Başpınar, **Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2004, s.98.

Ayrıca, “avukatlık sözleşmesi – vekâlet akdi” ikilemi, “hizmet akdi – iş (hizmet) sözleşmesi” ikileminden başka bir şeydir. Hizmet akdi ile iş (hizmet) sözleşmesi terimleri, -bazı durumlarda farklı yasalara tabi olmakla birlikte- kökeninde aynıdırlar. Birisinin içine başka bir sözleşme ilişkisine ait edim karışmamıştır. Üstelik, yeni Borçlar Kanunu Tasarısının altıncı bölümünün başlığının “hizmet sözleşmeleri” olması, tasarının yasalaşması halinde “hizmet sözleşmesi – iş sözleşmesi” terimleriyle farklı kavramların ifade edildiği hakkında yeni bir takım tartışmaların ortaya çıkmasına yol açabilir⁵⁰⁷.

Nihayet, Avukatlık Yasasında düzenlenen avukatlık sözleşmesinin bazı görünümünde, vekâlet akdi dışında başka sözleşme tiplerine ilişkin bir takım edimler ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, yargı yerlerinde müvekkili temsil etmede hem vekâlet sözleşmesi unsuru, hem de bir sözleşme olduğu dahi tartışmalı olan temsil söz konusudur. İlk defa karşılaşılan bir kimse için ücret karşılığı bir hukuki mütalaa hazırlanması ise eser sözleşmesi olarak değerlendirilebilir. Eğer avukat süre ve bağımlılık temelinde iş görüyorsa iş sözleşmesine ilişkin edimlerden de bahsedilebilecektir. Ayrıca, tüm bu edimlerin ifasında avukatın –meslek kuralları gibi- bir takım kamusal nitelikli kurallarla da sınırlı olduğunu unutmamak gerekir. Özetle avukatlık sözleşmesinde vekâlet sözleşmesinin özel bir türünün düzenlenmesi değil, değişik tipte edimlerin kamusal kurallarla harmanlandığı bir sözleşmenin yasayla tanınması söz konusudur.

4. İşçi Avukatlık Sözleşmelerinin Hukuki

Özellikleri

a. Genel Özellikler

Avukatlık Yasası’nda “özel hukuk tüzelkişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık” yapmak, -kural olarak bağımsız olan- avukatlık mesleği ile birleşmesi mümkün bir iş olarak tanımlanmıştır (md.12/c). Madde metninden de anlaşıldığı üzere, avukatların süre ve bağımlılık temelinde iş görmeyi üstlendikleri sözleşmeler başlıca iki şekilde

⁵⁰⁷ Bkz.: İkinci Bölüm, II, A başlığı altındaki açıklamalar.

karşımıza çıkmaktadır: özel hukuk tüzel kişilerinde çalışma ve bağımsız bir avukat - *ya da avukatlık ortaklığı-* yanında çalışma. Memur statüsünde görev yapan avukatların hukuki durumu konu dışında kalmaktadır. Aynı şekilde Avukatlık Yasası md.11 ve md.12/C uyarınca avukatların gerçek kişilerin yanında süre ve bağımlılık temelinde çalışması yasak olduğu için⁵⁰⁸, böylesi çalışan avukatların durumları da incelenmeyecektir.

Bir görüşe göre işçi avukatlar, avukatlık ve iş sözleşmelerinden oluşan bir “*atipik (birleşik) sözleşme*”yle çalışırlar ve belirtilen sözleşmede baskın unsur iş sözleşmesi olup, uyuşmazlıkların atipik sözleşmelerdeki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kurullarla çözümlenmesi gerekir⁵⁰⁹. Kanımızca, işçi avukatlık sözleşmesinin atipik (*isimsiz*) bir akit olduğu açıktır. Ancak, “*bağlı (birleşik) sözleşmelerin*” isimsiz (*atipik*) bir sözleşme olarak nitelenmesi mümkün olmadığı gibi, işçi avukatlık sözleşmelerini de “*bağlı (birleşik) sözleşmeler*” grubuna sokmak kolay değildir. Bağlı (*birleşik*) sözleşmeler ile karma sözleşme kavramları arasındaki sınırlar bazen belirsiz olabilmekle birlikte, burada birbirinden ayrı telakki edilebilecek, “*karakterleri bozulmamış ve muteberlikleri birbirine bağlı*” iki sözleşme bulunmamaktadır. Aksine ortada edimleri birbirine yumak gibi karışık bütünleşmiş tek bir sözleşme vardır ve asli unsurları aşağıdaki gibi ayrıştırılabilir:

<u><i>İşveren Edimi</i></u>		<u><i>İşçi Avukat Edimleri</i></u>
	←→	Avukat Sıfatıyla Müvekkili Temsil Etme (<i>Avukatlık Sözleşmesine İlişkin</i> <i>Tip Tayin Edici Unsur</i>)
Ücret (<i>Tip Açısından Zaruri Unsur</i>)		
	←→	Süre ve Bağımlılık Temelinde İş Görme (<i>İş Sözleşmesine İlişkin Tip</i> <i>Tayin Edici Unsur</i>)

Yukarıdaki şemaya bakıldığında bir an için, “*tip açısından zaruri unsur*” olan “*ücret*”in likit bir borç olduğu ve farklı tiplere ait edimler nispetince rahatlıkla

⁵⁰⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.499.

⁵⁰⁹ Sevimli, a.g.e., s.976.

bölünebileceği, böylelikle ortaya bağlı (*birleşik*) sözleşmeler çıkabileceği düşünülebilir. Ancak uygulamada bir işçi avukatın hangi edimi için ne kadar ücret aldığı ayrıştırılması çoğu zaman mümkün değildir. Resmi mercilerde takip ettiği işler için asgari ücret tarifesinde yer alan ücretleri ayırarak kalanının iş sözleşmesine ait olacağı da söylenemez. Çünkü zaten işçi avukatın çalıştırılma nedeni, çoğu zaman şirketlerin tek tek vekâlet ücretleri ödemeleri halinde oluşacak fazla maliyetten kaçınmak istemeleridir. Bu yüzdendir ki Türkiye Barolar Birliğince hazırlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin⁵¹⁰ 1. Kısmının 4. Bölümünde, “*Kamu Kurum ve Kuruluşlarıyla Özel Kişi ve Tüzel Kişilerin Sözleşmeli Avukatlarına Ödeyecekleri Aylık Avukatlık Ücreti*” 600.00 YTL olarak belirtildikten sonra, “*Takip edilen dava, takip ve işlerde tarifeye göre hesaplanacak vekalet ücreti yıllık avukatlık ücretinin üzerinde olduğu takdirde aradaki eksik miktar avukata ödenir*” hükmü eklenmiştir. O nedenle, süre ve bağımlılık temelinde iş gören işçi avukatların “*bire çok tipik edimli (ikiz - kombine) karma sözleşme*” ile çalıştıkları sonucuna varmak daha akla yakındır.

Aynı sonuca başka bir yol izlenerek de varılabilir. Avukatlık Yasası md.12/c uyarınca “*özel hukuk tüzelkişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık*”, avukatlıkla birleşebilen işlerdendir. Süre ve bağımlılık temelinde iş görmek avukatlık niteliğini ortadan kaldırmamakta; tersine belirtilen işin avukatlıkla birleştiği yasal düzeyde kabul edilmektedir. Avukatın iş sözleşmesiyle çalışması, kamusal niteliklere sahip avukatlık mesleğini yerine getirmesine yeterli olmadığından, avukatla işvereni arasında bir de avukatlık ilişkisi kurulur ve böylelikle ortaya bir karma sözleşme çıkar. Aradaki ilişkinin avukatlık kısmının sözleşmesel kaynağı iş sözleşmesi olmayıp akde “*karma*” özelliğini veren avukatlık sözleşmesidir⁵¹¹. Hatta bir adım ileri gidilerek, avukatlarla iş sözleşmesi yapılma nedeninin, çoğu zaman bir avukatlık ilişkisi kurulması olduğu ve iş ilişkisinin avukatlık ilişkisinden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri tamamıyla bastıramaması gerektiği de söylenebilir. Ekleme gerekir ki süre ve bağımlılık temelinde iş gören işçi avukatların işverenleriyle olan sözleşmelerinde, iş sözleşmesi “*vekâlet akdi*” ile değil “*avukatlık sözleşmesi*” ile karma sözleşme ilişkisine girer.

⁵¹⁰ Resmi Gazete, Sayı: 26375, Tarih: 13.12.2006.

⁵¹¹ İstanbul Barosu, a.g.e., s.20.

b. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Yanında Çalışan İşçi Avukatlar

İşçi avukatların özel hukuk tüzel kişilerinin yanında süre ve bağımlılık temelinde iş görmesi durumunda ortada Avukatlık Yasası anlamında tam bir avukatlık sözleşmesi bulunduğundan söz edilemez. Böyle hallerde avukatın bağımsızlığının büyük ölçüde azaldığı ve meslek kurallarına riayetle sınırlı bir hale geldiği söylenebilir. Ayrıca normalde müvekkilce verilen her bir iş ayrı avukatlık sözleşmesinin konusunu teşkil ederken, süre ve bağımlılık temelinde iş gören avukat belli bir süre içinde rutin olarak verilen işleri yapar. Bununla birlikte işverenin avukata hukuka aykırı talimat verme hakkının bulunmaması gerekir⁵¹².

Öte yandan, özel hukuk tüzel kişilerinin iş sözleşmesiyle avukat istihdam edebilmelerinin evrensel anlamda kabul edilen avukatlık meslek kuralları ile ne derece bağdaştığının da sorgulanması gerekir. İLHAN, Baro ve Avukatlık Yasası dışında, genel hiyerarşi kuralları içinde bağımlı avukatlığı, avukatlığın temel niteliği olan savunma bağımsızlığı ile bağdaştırmanın kolay olmadığını haklı olarak vurgulamaktadır⁵¹³. Örneğin Avrupa Birliği ülkelerinde şirketlerin avukat istihdam etmesi mümkün değildir: “*Şirket hukukçusu*”⁵¹⁴ çalıştırabilirler. Söz konusu şirket hukukçuları, davalara girmek başta olmak üzere bazı önemli avukatlık yetkilerini kullanamazlar. Çünkü avukatlar gibi bağımsız değillerdir: Müvekkillerini seçemez, ücretlerini belirleyemez, davanın safahatına serbestçe karar veremez ve gördükleri davayı bırakamazlar. Görev tanımları da bambaşkadır. Bir şirket hukukçusunun asli görevi, şirket işlerinde hukuki bir ihtilafı karşılaşılmasının önüne geçmektir. İhtilaf çıktıktan sonra ise bağımsız avukatlık büroları devreye girecek, olası davaları onlar

⁵¹² Günergök, a.g.e., s.30 – 31, 45.

⁵¹³ Cengiz İlhan, “Kısaca Ülkemizde Avukatlık”, **Avukatlığın Dünü, Bugünü ve Yarını Paneli**, İzmir Barosu, 5 Nisan 2004, İzmir, Türk Hukuk Sitesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_133.htm, 26.09.2006.

⁵¹⁴ Kavram İngilizce’de “*şirket hukukçusu*” (company lawyer), Fransızca’da ise “*işletme hukukçusu*” (juriste d’entreprise) olarak geçmektedir.

yürütecektir⁵¹⁵. Şirket hukukçularının barolara kayıt olması genellikle mümkün değildir; kimi ülkelerde bunlara özel ayrı mesleki kuruluşlar oluşturulmuştur⁵¹⁶. Şirket hukukçuluğu müessesesi, Türk Hukuk sistemine henüz yabancı bir sistem olduğu gibi aynı zamanda mevzuata da aykırı düşmektedir. Gerçekten, Avukatlık Yasası md.35/I uyarınca “*kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek (...) yalnız baroda yazılı avukatlara aittir*”⁵¹⁷. O nedenle, baroya kayıtlı olmayan bir kimsenin şirketlerde hukuk müşaviri olarak süre ve bağımlılık temelinde iş görmesi yasal anlamda mümkün değildir. Ancak, uygulamada çok sayıda avukatın yasaya aykırı olarak baroya kayıtlı olmaksızın şirketlerde çalıştıkları da gözlemlenmektedir⁵¹⁸.

c. Başka Avukat veya Avukat Ortaklıkları Yanında Ücretli Olarak Çalışan İşçi Avukatlar

Başka avukat yanında çalışan işçi avukatların özel durumlarından da söz etmek gerekir. Özel hukuk tüzel kişilerinde çalışan avukatların hukuki durumu açısından anılan kişiliğin şirket, kooperatif veya dernek olması fark etmemektedir. Ancak, özel hukuk tüzel kişisinde iş görme ile bağımsız avukat yanında iş görme

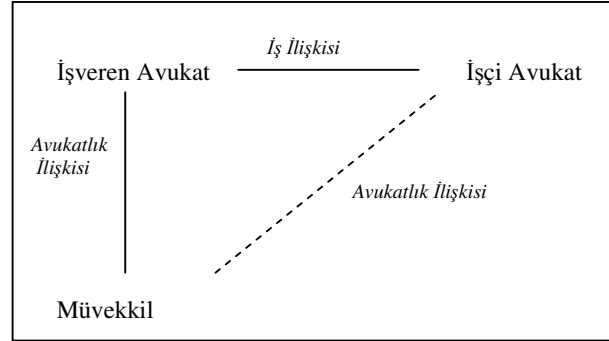
⁵¹⁵ Erkan Acar, “Avukatlarımız AB Standartlarına Uymuyor”, Avrupa Birliği Barolar Konseyi Türkiye Temsilcisi Belkıs Baysal ile Röportaj, **Aksiyon Dergisi**, Sayı:582, 30.01.2006, <http://www.aksiyon.com.tr/detay.php?id=23274>, 08.09.2006.

⁵¹⁶ Örneğin Belçika’da şirket hukukçularının sicilini tutmak, hukuki bilgisini geliştirmek ve meslek kurallarını belirlemek benzeri bir dizi işlevi yerine getirmek üzere bir meslek kuruluşu kurulması amacıyla 1 Mart 2000 Tarihli “*İşletme Hukukçuları Birliğini Kuran Kanun*” (<http://www.csipme.fgov.be/fr/03/03/pdf/01/02/prof/11.pdf#search=%22droit%20travail%20%22Juriste%20d%20entreprise%22%20filetype%3Apdf%22>, 08.09.2006) çıkarılmıştır. Avrupa çapında ise on yedi meslek kuruluşunun katılımıyla Belçika yasalarına göre faaliyet gösteren ECLA (Avrupalı Şirket Hukukçuları Birliği – www.ecla.org) 1983 yılından bu yana faaliyetini sürdürmektedir.

⁵¹⁷ “*Taraflar arasındaki akit ile davacılar kendi dava dilekçelerindeki açıklamalardan anlaşıldığı üzere gayrimenkulün yeşil sahadan çıkarılmasını ve ifrazını ve satışını sağlamayı üzerine almışlardır. Gayrimenkulün yeşil sahadan çıkarılması ve ifrazı işleri mahiyette hukuki yardım işleridir. Hukuki yardım yapmak üzere akit yapmak salahiyeti Avukatlık Kanununun 22 nci maddesi hükümlerince ancak avukatlara tanınmıştır. Davacıların biri mahiyette hem hukuki yardımı, hem de simsarlığı içine alan bir akit olması itibariyle muhtelit akitlerdendir. Hadiselerin seyri itibariyle yani gayrimenkul yeşil saha olmaktan çıkarılmadıkça paylaşılması ve satışı düşünülemeyeceğinden dolayı tarafların esas maksadı hukuki yardımı sağlamaktır. O halde akit az önce belirtilen kanun hükmü uyarınca hükümsüzdür ve hükümsüz olan bir akde dayanılarak açılmış olan davanın reddi neticesi itibariyle doğrudur*” (Yargıtay 4.HD, 18.07.1957, E.1957/3184, K.1957/4609, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁵¹⁸ İstanbul Barosu, a.g.e., s.20.

durumları bazı farklılıklar da arz etmektedir. Mesela şirket avukatlığında, iş ilişkisinin tarafları ile avukatlık ilişkisinin tarafları aynıdır. Oysa bağımsız avukat yanında çalışmada durum daha karmaşık olup hukuki ilişkiler ve taraflar aşağıdaki gibi ayrıştırılabilir:



Şemada görüldüğü üzere, iş ilişkisinin tarafları “bağımsız avukat (işveren) ile sigortalı avukat (işçi)” olsa bile, işçi avukatın avukatlık ilişkisi dolaylı olarak “müvekkillerle avukatlar” arasında kurulmaktadır. Hukuki nitelendirme açısından, - özel hukuk tüzel kişilerinde çalışan işçi avukatların sözleşmeleri benzeri- “bire çok tipik edimli (ikiz - kombine)” bir karma sözleşme ilişkisi belirtilen durum için de söz konusudur. Yine de şirket avukatlarınca yapılan işçi avukatlık sözleşmelerinde, kanımızca iş veya avukatlık sözleşmelerinden birisi diğerine üstün değilken⁵¹⁹, başka avukat yanında çalışan işçi avukatların sözleşmelerinde iş sözleşmesi avukatlık sözleşmesine baskın karakter taşımaktadır. Bu durum uygulanacak hükümler açısından bazı farklı sonuçlara yol açmalıdır⁵²⁰.

5. İşçi Avukatlık Sözleşmelerine Bağlanabilecek Hüküm ve Sonuçlar

a. Temel Yaklaşım

İşçi avukatlık sözleşmelerinin bire çok tipik edimli (ikiz - kombine) akit olarak kabulünün doğrudan sonucu, sözleşmenin hukuki çözümlemesinde, bire çok

⁵¹⁹ Yargıtay aksi görüştedir. Kararlar ve değerlendirmelerimiz *Üçüncü Bölüm, I, B, 6, b, (1) ve Üçüncü Bölüm, I, B, 6, b, (2)* başlıkları altında yer almaktadır.

⁵²⁰ Ayrıntı için bkz.: *Üçüncü Bölüm, I, B, 5, b, (2)* başlığı altındaki açıklamalar.

tipik edimli sözleşmelerdeki uyuşmalıkların çözümüne ilişkin borçlar hukuku birikiminden yararlanılması olacaktır⁵²¹. Ancak bu karma sözleşmeyi oluşturan farklı edimlerin ait oldukları sözleşme tiplerinin, kendilerine has ayrı yasalara sahip çok farklı disiplinlerde yer aldıklarının da hatırlanması gerekir. Örneğin, avukat sıfatıyla müvekkil işveren adına hareket etme edimi, 1136 Sayılı Yasada düzenlenen avukatlık hukukuna ait olup en temel özelliği “*avukatın bağımsızlığı*”dır. Süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi⁵²² ise öncelikle İş Kanununda düzenlenmiş olan iş hukukuna aittir ve temel özelliği “*işçi lehine yorum*”dur. Dolayısıyla her iki disipline ait kurallardan hangilerinin somut olaya uygulanacağı, hangi yasa hükümlerinin görmezden gelinmesi gerekeceği konusu hayli karmaşık sorunlara yol açacaktır. Her “*işçi avukatlık ilişkisi*”nin bu anlamda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Bir önceki paragrafta yer alan açıklamalar gözden uzak tutulmamak kaydıyla genel bir yaklaşım olarak işçi avukatlık sözleşmeleri çözümlenirken birleştirme görüşü uygulanmalıdır: O halde anılan sözleşmelerde kural olarak esas edimlerden her biri, ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümlere tabi olmalıdır. Ancak avukatlık sözleşmesi ile iş sözleşmesi hükümlerinin birbiriyle çelişmesi halinde, çelişen hükümlerin dayandığı nedenlerin sözleşmenin amacıyla birlikte gözetilerek karar verilmesi gerekir⁵²³.

Nihayet, süre ve bağımlılık temelinde iş gören avukatlar hakkında, “*diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur*” şeklindeki BK md.386/II hükmünün tamamlayıcı bir kural olarak da olsa uygulanmamalıdır. Avukatlık sözleşmesi ve iş sözleşmesi olmak üzere iki tipik sözleşmeden bir karma sözleşme oluşmuştur ve BK md.386/II bir son çare hükmü olduğundan belirtilen iki tipe ait hükümlerin öncelikle uygulanması gerekir⁵²⁴.

⁵²¹ Bire çok tipik edimli sözleşmelerin çözümlenmesi hakkında teorik bilgi için bkz.: *Birinci Bölüm, II, A, 4, d* başlığı altındaki açıklamalar.

⁵²² Örneğin hukuki konularda müşavirlik yapma bu kapsamda değerlendirilebilir.

⁵²³ Bu konuda örnek için bkz.: Üçüncü Bölüm, I, B, 6, f, (1) başlığı altında yer alan Yargıtay 9.HD'nin 30.06.2005 Tarihli ve E.2004/33336, K.2005/23372 Sayılı kararı ile aynı başlığı takip eden başlıkta yer alan eleştirileri.

⁵²⁴ Bu konuda bkz.: *III.Bölüm, II, E, 3* başlığı altındaki açıklamalar; Öte yandan GÜMÜŞ, bir hizmet edimini içerdikleri ölçüde karma ve kendine özgü sözleşmelerin, sorumluluk ve kusura ilişkin

TUNÇOMAĞ'ın, “eğer bir hukuki ilişkinin hizmet veya vekillik sözleşmesi olarak nitelenmesinde kuşku ve duraksama varsa, o ilişki BK md.386/II gereğince vekillik sözleşmesi olarak kabul edilmelidir” şeklindeki görüşü⁵²⁵ kabul edilse dahi durum değişmemektedir. Çünkü, ortada tek bir sözleşme tipi değil iki ayrı tipik sözleşmenin karması mevcuttur.

b. Özel Durumlar

Karma sözleşmelerin çoğunda olduğu gibi, işçi avukatlık sözleşmesi hakkında da yeknesak tek bir görüş benimseyerek müessesenin tüm görünümünü çözümlenmek mümkün değildir. Akdin kapsamı hayli geniş olduğundan, bir önceki başlıkta benimsenen temel yaklaşımın somut olaylara uygulanmasında bazı farklı durumlar için farklı sonuçlara ulaşılması söz konusudur. İzleyen kısımda, işçi avukatlık sözleşmesinin, özel hukuk tüzel kişilerinin yanında çalışılmasına ya da başka avukat yanında iş görülmesine göre gösterdiği farklılıklar incelenecektir.

(1) Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Yanında Çalışan İşçi Avukatlar

Özel hukuk tüzel kişilerinde çalışan işçi avukatların ücretlerine ilişkin olarak, Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'nca hazırlanan “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi”⁵²⁶ nin birinci kısmının dördüncü bölümünde asgari sınırlar getirilmiştir. Anılan tarife gereğince “kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel kişi ve tüzel kişilerin sözleşmeli avukatlarına ödeyecekleri aylık avukatlık ücreti” 600.00 YTL. olup “takip edilen dava, takip ve işlerde tarife göre hesaplanacak vekâlet ücreti yıllık avukatlık ücretinin üzerinde olduğu takdirde aradaki eksik miktar avukata ödenir”

özen ölçüsü bakımından BK md.386/II gereği, BK md.390 /I – II'ye, diğer hususlarda ise yaratma ve kıyas yoluyla bulunacak hükümlere tabi olduğu görüşündedir (Mustafa Alper Gümüş, **Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, Beta Basım, İstanbul, 2001, s.20). Ortada iki tipik sözleşmeden mütevellit bir karma sözleşme bulunması nedeniyle bu görüşe katılmak güçtür. Kaldı ki BK md.390/I'de vekilin sorumluluğu hakkında işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere atıfta bulunulduğunun da göz ardı edilmemesi gerekir.

⁵²⁵ Tunçomağ, 1977, s.842.

⁵²⁶ Resmi Gazete, Sayı: 26375, Tarih: 13.12.2006.

(1.fıkra). Anılan düzenleme Avukatlık Yasası md.35/I ve 168/I ile uyum içinde bulunmaktadır.

Öte yandan özel hukuk tüzel kişilerinde çalışan işçi avukatların da iki kategoride ele alınması mümkündür: resmi mercilerde vekâletnameyle iş takip edenler ve bu şekilde işvereni temsil etmeyip sadece hukuki danışmanlık yapanlar. Çözümlemede izlenecek yöntem açısından her iki kategorinin birbirinden önemli farkları bulunmaktadır.

(a) Resmi Mercilerde Vekâletnameyle İş Takip Edenler

Resmi mercilerde vekâletnameyle iş takip eden işçi avukatlar işvereni temsil ederler ve avukatlığa ilişkin yetkileri daha sık kullanırlar; doğal olarak sorumluluk dereceleri de aynı şekilde artar. Örneğin, bir davada işvereni temsil eden işçi avukatın özen borcu normal bir işçiye oranla daha fazla olacaktır. Aynı şekilde işçi avukat, resmi merciler önünde Avukatlık Yasasından kaynaklanan tekel niteliğindeki yetkilerini de işverenin emrine verebilir. Dolayısıyla ortada normal bir işçi bulunmamaktadır. Her şeyden önce sunulan edimlerin nitelikleri diğer işçilerin edimlerinden farklıdır. İşveren şirketin edimi “*ücret*” ödemekten ibaret iken işçi avukatın edimleri, “*avukat sıfatıyla müvekkil işveren adına hareket etme*” (avukatlık sözleşmesi edimi) ile “*süre ve bağlılık temelinde iş görme*” (iş sözleşmesi edimi) dir.

Menfaatler dengesine bakıldığında durum daha iyi seçilmektedir. İşveren aynı zamanda avukatın müvekkili konumunda olup, işçi avukatı istihdam etmesindeki önemli bir saik, onun “*kendisini resmi merciler önündeki tüm işlerinde temsil etmesi*” ile “*bunun karşılığının parça başı hesaplanmak yerine toptan şekilde tek bir ücret olarak ödenmesinin daha ekonomik olması*”dır. Bunun yanında elbette bir avukatın emir ve talimatı altında her an hukuki müşavirlik için hazır bulunması da aynı derecede önem taşımaktadır. İşverenin menfaati ve sözleşmeden beklentisi, çalıştırdığı işçi avukatın her iki edimi de gerçekleştirmesi, avukatlık yetkilerini

kendisi için sonuna kadar kullanmasıdır. İşveren işçi avukatın yetkilerinden yararlanırken sorumluluklarına ortak olmamaktadır. İşçinin menfaati ve beklentisi ise giderek belirsizleşen avukatlık ortamının risklerinden kurtulmak ve avukatlık yetkilerini kullanarak aylık belirli bir geliri garantilemektir. Sonuçta Yargıtay'ın görüşünün aksine⁵²⁷, bu türden sözleşmelerde çoğu zaman bir edimin diğerine üstünlüğü söz konusu değildir. O halde, her somut olayda ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir birlikte, karma sözleşmelere ilişkin birleştirme görüşü böylesi durumlarda kural olarak uygulanmalı; ancak, menfaatler dengesi ve hakkaniyet gerektirdiği ölçüde anılan kural dışına çıkabilmek de mümkün olmalıdır. Ayrıca sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca söz konusu yöntemle uygulanması kararlaştırılan yasal hükümler dâhilinde, taraflar arasındaki işçi avukatlık sözleşmesine de itibar edilmesi gerekecektir. Zikredilen açıklamalar ışığında her bir tipik edime ilişkin bazı özel hallerin incelenmesi uygun olacaktır.

**aa. Avukat Sıfatıyla Müvekkil İşveren
Adına Hareket Etme Edimi
Açısından Değerlendirme**

Avukat sıfatıyla müvekkil işveren adına hareket etme edimi, işveren adına davalara girmek, adli işleri takip edip ilgili evrakı hazırlamak veya resmi dairelerdeki işleri takip etmek gibi, Avukatlık Yasası md.35'de ayrıntısı belirtilen bir takım eylemleri içerebilir. Kuşkusuz aynı maddenin en başında belirtilen “*kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek*” edimini, *-müvekkil işveren adına hareket etmeyi içermemesi sebebiyle-* ayrı düşünmek gerekir⁵²⁸.

İşçi avukatlık sözleşmesinde uyuşmazlık, avukat sıfatıyla müvekkil işveren adına hareket etme ediminden kaynaklanıyorsa, kural olarak karma sözleşme teorisindeki birleştirme görüşü uygulanmalıdır. Öncelikle anılan edimin ait olduğu yasal tipin “*avukatlık sözleşmesi*” olduğu tespiti yapılmalı, ardından 1136 Sayılı

⁵²⁷ Bu konuda bkz.: *Üçüncü Bölüm, I, B, 6, f, (1)* başlığı altında yer alan Yargıtay 9.HD'nin 30.06.2005 Tarihli ve E.2004/33336, K.2005/23372 Sayılı kararı ile aynı başlığı takip eden başlıkta yer alan eleştirileri.

⁵²⁸ Bu nedenle söz konusu edim bir sonraki başlıkta incelenecektir.

Avukatlık Yasası'nın ilgili olabilecek hükümleri taranmalıdır. Avukatlık Yasasında hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanununun adi vekâlete ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Orada da hüküm bulunmuyorsa kanımızca iş sözleşmesine ilişkin yasal hükümlere bakılabilir. Hiçbir özel yasal hükme rastlanmaması halinde GÜNERGÖK'ün ifade ettiği üzere Borçlar Kanununun genel hükümlerine, nihayet hala boşluk varsa Avukatlık Meslek Kurallarına dahi başvurulabilmelidir⁵²⁹. Eğer avukatlık sözleşmesi hükümleri ile iş sözleşmesi hükümleri arasında çelişki bulunuyorsa menfaatler dengesi de gözetilmek kaydıyla, kural olarak avukatlık sözleşmesi hükümlerine öncelik verilmesi gerekir. Hatta avukatlık hukukuna ilişkin “*avukat bağımsızlığı*” ve iş hukukuna ilişkin “*işçi lehine yorum*” ilkeleri de dikkate alınmalıdır.

Örnek vermek gerekirse, dava ve takipler sonucu karşı tarafça ödenmesi takdir edilen vekâlet ücretlerinin karine olarak müvekkil işverene mi yoksa işçi avukata mı ait olacağına yanıt aranırken önce sorunun hangi edimden kaynaklandığı tespit olunmalıdır. Meselenin “*iş görme*” ediminden değil “*avukat sıfatıyla müvekkil işveren adına hareket etme*” ediminden kaynaklandığı açıktır: Bir davayı müvekkil işvereni adına işçi avukatın takip ederek sonuçlandırması edimi sonucu karşı tarafın ödemesine karar verilen bir vekâlet ücreti söz konusudur. Belirtilen nedenle kanımızca Avukatlık Yasasında ilgili hüküm olup olmadığına bakılmalıdır. Anılan yasanın 164.maddesinin son fıkrası tam olarak bu konuyu düzenlemektedir: “*Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir*”. O halde aksi kararlaştırılabilmekle birlikte kural olarak müvekkil işverenin, taraf olduğu davalar neticesinde avukatla temsil edilmesi nedeniyle lehine takdir olunan vekâlet ücretlerini işçi avukata vermesi gerekmektedir. Eklemek gerekir ki Yargıtay aynı görüşte değildir⁵³⁰.

ÖZKAN, avukatlık sözleşmesi açısından, avukatlık ilişkisinin Borçlar Kanununun hizmet ve vekâlet sözleşmesi kalıplarına sığdırmayacağını haklı olarak

⁵²⁹ Günergök, a.g.e., s.31.

⁵³⁰ Bu konuda bkz.: *Üçüncü Bölüm, I, B, 6, f, (1)* başlığı altında yer alan Yargıtay 9.HD'nin 30.06.2005 Tarihli ve E.2004/33336, K.2005/23372 Sayılı kararı ile aynı başlığı takip eden başlıkta yer alan eleştirileri.

vurgulamaktadır. Yazara göre avukatlık, yüksek özen yükümlülüğünün söz konusu olduğu “devlet garantili hizmetler”den olduğu için, BK md.390 yoluyla BK md.321’de yer alan “işçi özeni” yükümlülüğü uygulanmaması gerekir⁵³¹. O halde, süre ve bağımlılık temelinde çalışan avukatın, “iş görme” edimi açısından iş sözleşmesine ilişkin işi özenle yapma borcu geçerli olsa da “avukat sıfatıyla müvekkil işveren adına hareket etme” edimi açısından daha yüksek bir özen borcunun söz konusu olması gerekir. Ayrıca Avukatlık Yasası md.34 uyarınca, anılan özen borcu salt işverenine yönelik değil aynı zamanda meslek kuralları gereği kamuya yönelik olarak da yerine getirilmelidir.

bb. Süre ve Bağımlılık Temelinde İş Görme Edimi Açısından Değerlendirme

Genel olarak değerlendirmek gerekirse, süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi açısından işçi avukatla işvereni arasındaki ilişkiye öncelikle 4857 Sayılı İş Kanunu’nun uygun düşen hükümlerinin uygulanması gerekir. Örnek olarak, kıdem tazminatına ilişkin olarak 120.madde gereğince halen yürürlükte olan 1475 Sayılı Kanunun 14.maddesi, ihbar tazminatına ilişkin olarak md.17 hükmü, iş güvencesine ilişkin olarak md.18 vd. hükümleri, çalışma ve dinlenme süreleri ile yıllık ücretsiz izin veya ücret benzeri müesseselere ilişkin hükümler gösterilebilir. Ancak, kanımızca her bir İş Kanunu hükmünün avukatlık mesleğinin özellikleriyle bağdaşp bağdaşmadığı açısından incelenmesi de gerekmektedir. İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde ise klasik iş hukuku silsilesi izlenerek Borçlar Kanunundaki hizmet akdine ilişkin hükümlere başvurulacaktır. Kuşkusuz, koşulları varsa 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu’na, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’na ve hatta –işçi avukat kapsam dışı tutulmamişsa- varsa toplu iş sözleşmesi hükümlerine dahi başvurulabilir.

Öte yandan, bir işçi avukat, işverenin vekâletnamesine sahipse iş güvencesi açısından ilginç bir durum ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, İş K.md.18/Son uyarınca,

⁵³¹ Özkan, a.g.e., s.149.

işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında, iş güvencesi hükümleri uygulanmaz. İş K.md.2/III'de işveren vekili, “*işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimseler*” olarak tanımlanmaktadır. Vekâletname sahibi bir işçi avukatın, işe ilişkin hukuki işlemleri yapması ve sorunların çözümüyle ilgilenmesi nedeniyle işin yönetiminde görev aldığı söylenebilir. Aynı avukatın işçilerce açılan davalarda işvereni temsil etmesi benzeri işlemleri de işveren adına hareket ettiğini gösterir. Özetle her bir somut olayda ayrıca incelenmek gerekmele birlikte, vekâletname sahibi işçi avukatların genellikle işveren vekili olarak değerlendirilebileceği sonucuna varmak yanlış olmaz. İşveren vekilliği eğer İş K.md.18/Son'da özellikleri belirtilen derecede ise, işçi avukatın artık iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün olmayacaktır⁵³².

(b) Sadece Hukuki Danışmanlık Yapanlar

Bir işçi avukat, işverenini resmi merciler önünde hiçbir surette temsil etmiyor, davalara girmiyorsa menfaatler dengesi ve görülen işin niteliği gereği, iş sözleşmesinin baskın olduğunun kabulü ile ilke olarak iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bazı Avrupa ülkelerinde “*şirket hukukçusu*” olarak adlandırılan böyle durumlarda, öne çıkan edim “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*”dir. “*Avukat sıfatıyla müvekkil işveren adına hareket etme*” edimi ise ya hiç bulunmamakta ya da işçi avukatın görev tanımında önemsiz bir yer işgal etmektedir.

(2) Başka Avukat Veya Avukatlık Ortaklıkları Yanında Ücretli Olarak Çalışan İşçi Avukatlar

Hukuki nitelendirme açısından, avukat yanında çalışan işçi avukatların yaptıkları işçi avukatlık sözleşmeleri “*bire çok tipik edimli (ikiz - kombine)*” karma sözleşmelerdir. Ancak farklı olarak, anılan sözleşmelerde iş sözleşmesi avukatlık

⁵³² Sevimli, a.g.e., s.978.

sözleşmesine oranla baskın karakter taşımaktadır. Çünkü ortada işveren avukatın işyerinde, emir ve talimatı altında, süre temelinde görülen bir iş vardır ve hukuki bilgisi nedeniyle işveren avukatın işçi avukatı –*özellikle avukatlık mesleğinin yapılışı açısından*- denetleyebilme olanağı çok daha fazladır. Şirket avukatlarında ise bu denetim işverenin hukuken donanımlı olup olmamasına göre değişse de, genellikle çalışma saatlerinin belirlenmesi ve benzeri şekli unsurlar açısından yapılabilir. Böyle bir durumda dahi adliyede işi olduğunu söyleyen bir avukatın rahatlıkla belirtilen denetimden kaçınabilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu türden işçi avukatlık sözleşmelerinde kural olarak iş sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Ancak, işçi avukatlık ilişkisinin konusunu oluşturan edimlerden diğerinin “*başkasını temsilen de olsa avukatlık mesleğinin yapılması*” olması sebebiyle, menfaatler dengesi de gözetilmeli ve uygun düştükçe avukatlık sözleşmesi hükümleri de uygulanabilmelidir. Örneğin, özellikle avukatlık mesleğinin yerine getirilmesinde gereken yüksek özen borcu açısından avukatlık sözleşmesine özgü kuralların uygulanması gerekebilir.

Bir başka avukat yanında çalışan işçi avukatların alacakları asgari ücrete ilişkin olarak yakın zamana kadar geçerli olan bir tartışmadan da bahsetmek gerekir. Eski Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin⁵³³ birinci kısmının dördüncü bölümünün 2.fıkrasında “*bir avukat yanında aylıklı olarak çalışan avukatın aylık ücreti*” nin 1000.00 YTL. olduğu belirtilmekteydi. AYDIN, söz konusu düzenlemenin Avukatlık Yasası md. 168/1 hükmü ile çeliştiği görüşündeydi. Yazara göre Av.Yasası md.168/1’de, “*yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren*” bir tarifeden söz ediliyordu. Şirketlerde süre ve bağımlılık temelinde iş gören avukatların ücretlerinin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündü. Ancak başka avukat yanında iş sözleşmesiyle çalışan avukatlar yasada belirtilen işlemleri üçüncü şahıs/müvekkiller adına yaptıklarından dolayı alacakları ücretin asgari sınırının anılan tarifeyle belirlenmemesi, bu hususta işçiler hakkındaki asgari ücretin geçerli olması gerekirdi⁵³⁴. GÜRSELER ise bir avukat yanında aylıklı olarak çalışan avukatın, aldığı eğitim, mesleği, sosyal durumu görmezden gelinerek

⁵³³ Resmi Gazete, Sayı: 26013, Tarih: 04.12.2005.

⁵³⁴ Murat Aydın, “Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinin Eleştirisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:63, Mart/Nisan 2006, s.93 – 94.

vasıfsız bir işçi statüsünde işçi asgari ücreti ile çalıştırılmasının ya da resmi kayıtların bu şekilde olmasının mesleğin onurunu çığnediği, meslek düzenini bozduğu görüşündeydi. Yazara göre Türkiye Barolar Birliği'nin başka avukat yanında çalışan avukatlar hakkında asgari ücret belirlemesi, işçi avukatların en azından vasıfsız işçilerin tabi olduğu asgari ücretten fazla bir ücret alması kaygısıyla gerçekleşmişti ve Avukatlık Yasası md.76, md.95/4 ile md.121/18 hükümlerine uygundu⁵³⁵. Yeni Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi⁵³⁶,nde tartışma yaratan cümleye yer verilmeyerek tartışmanın sonlandırıldığı görülmektedir. Bugün için artık başka avukat yanında çalışan işçi avukatların, işçiler için belirlenen asgari ücrete tabi olacaklarını söylemek yanlış olmayacaktır.

6. İşçi Avukatlık Sözleşmelerine İlişkin Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirilmesi

İşçi avukatlık sözleşmeleri hakkındaki tespit edebildiğimiz Yargıtay kararlarını kısımlar halinde bölerek incelemek mümkündür. Belirtilen yöntem, her bir kısmın değerlendirmesinin birbirine karıştırmasını önleyebilme olanağı sağlayacaktır.

a. İşçi Avukatlara BK md.353'ün Uygulanması Hakkında

(1) Karar

Yargıtay önüne gelen bir davada, aylık belirli bir ücret karşılığında kooperatifin hukuk işlerine bakmayı üstlenen bir avukatın, kooperatif zararına olmamak şartıyla başka davalarını almaya devam etmesi durumunu incelemiştir. Verilen kararda, avukatın işlerini kendi yazıhanesinde yürütmesinin bir yıl süreli sözleşmeyle kararlaştırılması ve süre sonunda tarafların susması ile sözleşmenin bir

⁵³⁵ Gürseler, a.g.e., s.70 - 71.

⁵³⁶ Resmi Gazete, Sayı: 26375, Tarih: 13.12.2006.

yıl daha uzayıp birinci ayında sona erdirilmesi nedeniyle, BK md.353'ün göndermesiyle md.325'in uygulanması gerektiğine hükümlenmiştir⁵³⁷.

(2) Değerlendirme

Burada önem arz eden husus “*Serbest Hizmetlerde Tatbik Edilecek Hükümler*” başlığını taşıyan ve “*Bu babın hükümleri hizmet akdinin teşekkül unsurlarını havi olmakla beraber ilmi veya bedii malumatı mahsusayı haiz olanlar tarafından ücretle yapıla gelen mesai hakkındaki akitlere de tatbik olunur*” ifadesini içeren BK md.353'tür. Madde ile bilimsel veya estetik açıdan bir yetiştirme süreci gerektiren doktor, avukat, öğretmen, yazar, mühendis veya sanatçı benzeri kişiler kastedilmektedir⁵³⁸. Öğretide yer yer ifade edildiği üzere BK md.353 aslında gereksiz ve tekrarlayıcı bir hükümdür⁵³⁹. Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında⁵⁴⁰ benzer bir hükme yer verilmemesi de bu yargıyı desteklemektedir. Gerçekten, böyle bir hüküm bulunmasaydı da iş sözleşmesiyle

⁵³⁷ “Sözleşmede; "Avukat Fikret, kooperatifin hukuk işlerine bakacaktır. Ne dava ne istişare için ayrı para almayacak ve kooperatiften net 7.500 TL. aylık alacaktır. Kooperatif zararına olmamak şartıyla başka davalarını almaya devam edecek ve işlerini kendi yazıhanesinde yürütecektir. Vekâlet işi bir sene müddetle devam edecek bu sene sonunda taraflar 15 gün evvel sözleşmeyi feshettiğini yazılı olarak bildirmediği takdirde bir sene daha otomatik olarak uzayacaktır" sözlerine yer verilmiştir.

Sözleşmenin süre sonunda yenilenmemesi için, 15 gün evvelinden davalı tarafından irade bildiriminde bulunulmadığı, aksine sözleşmenin bitim tarihi 25.10.1978 tarihinden sonra 27.11.1979 tarihinde yenilememe iradesinin bildirildiği davacının da yeni dönemde de 35 gün kadar çalışarak ayrıldığı yönlerinde yanlar arasında uyumsuzluk yoktur.

Mahkeme, sözleşmenin 3. maddesine dayanarak, sözleşmenin bir yıl daha yenilendiğini kabul etmiş; aylık 7.500 TL.sından, bir yıllık ücret tutarı 90.000 TL sınun tamamına hükmetmiştir. Sözleşmenin bu hükmünü mahkemenin yorumlamasında yasaya aykırı bir yön görülmemiştir. Ne var ki bir yıllık ücretin tamamına hükmederken eksik inceleme yaparak sonuca kavuşmuştur. Gerçekte de olayımıza özgü vekâlet ilişkilerinde hizmet akdi hükümlerinin uygulanacağı, BK.nun 353. maddesinin açık hükmü ile belirgindir. Öyleyse; uyumsuzluğu anılan madde delaletiyle BK.nun 325 maddesi ile çözümlenmek gerekir. Yanlar arasında 1 yıl daha uzayan sözleşmenin, süresi dolmadan davalı müvekkil tarafından bozulduğu açıktır. Sözleşmenin 2. maddesince, davacı; başka davaları iş yürütme yönünden bağımsız bırakılmıştır.

BK.nun 325. maddesi; davacının tasarruf ettiği yahut diğer bir işle kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur, hükmünü koymuştur. O halde bu madde göz önünde tutulup, gerekirse bilirkişi eliyle inceleme yapılarak varılacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekir. Mahkemenin eksik inceleme ile bu bölüm isteğin tamamını karar altına alması yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir” (Yargıtay 13.HD, 04.02.1982, E.1982/139, K.1982/629, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

⁵³⁸ Tunçomağ, 1977, s.810.

⁵³⁹ Senai Olgaç, **Hizmet Akdi**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977, s.102; “O halde BK md.353 gerçekte hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanını genişleten değil, fakat bu hükümlere tabi bir grup ilişkinin bu niteliğini kuşkusuz belirten bir hükümdür” (Tunçomağ, 1977, s.810).

⁵⁴⁰ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>, (25.11.2005).

çalıştırılan serbest meslek sahipleri için uygun düşen iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

TUNÇOMAĞ, eskiden serbest meslek sahiplerinin hizmet akdiyle çalıştırılmaları halinde hizmet akdine ilişkin hükümlere tabi olup olmayacakları meselesinin tartışmalı olması nedeniyle BK md.353'ün yararının olduğunu, ancak günümüzde böyle bir hükme ihtiyaç bulunmadığını haklı olarak vurgulamaktadır⁵⁴¹. Gerçekten, bir yasa hükmü yorumlanırken çok yönlü düşünmekte ve sadece lafzıyla yetinmemekte yarar vardır. Nitekim anılan hükmün lafzına bakıldığında, belirtilen kişilerin İş Kanunu hükümlerinden yararlanamamaları, sadece Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin hükümlerinden yararlanmaları gibi olumsuz bir sonuca dahi varılabilir. Oysa derinlemesine bir yorumla, Borçlar Kanunu'nun yasalaştığı dönemde ayrı bir İş Kanunu'nun bulunmaması nedeniyle maddenin bu şekilde çıkarıldığı, mutlak emredici bir nitelikte kaleme alınmadığı, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda ilgisi bulunan başka sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerin de uygulanabileceği sonucuna varılacaktır. Konumuz açısından bakıldığında ise işçi avukatların, *-avukatlık ve iş sözleşmelerinden mütevellit karma sözleşme temelinde çalışmaları nedeniyle- durumlarına uygun düştüğü ölçüde*⁵⁴², hem İş Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümlerine hem de Avukatlık Kanunu'nun avukatlık sözleşmesi hükümleriyle vekâlet akdine ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olabilecekleri sonucuna varılabilir.

b. İşçi Avukatlık Sözleşmesinde Vekâlet Akdinin İş Sözleşmesinden Kaynaklandığı Hakkında

(1) Kararlar

Yargıtay, işçi avukatlık sözleşmesinde “*vekâlet sözleşmesinin iş sözleşmesinden kaynaklandığı*” düşüncesindedir. Bir kararda, şirket avukatının şirket

⁵⁴¹ Tunçomağ, 1977, s.810.

⁵⁴² Uyuşmazlık konusu edimlerin ait olduğu sözleşme tipine ve menfaatler dengesine göre uygulanacak hükümler değişecektir.

merkezinde bulunan dava dosyalarını incelemek, ihtilaflı konularda mütalaa vermek, davaları ve icradaki işleri takip etmekle yükümlü kılınarak, şirket merkezindeki mesaisinin şirketçe tanzim edileceğinin sözleşmede öngörülmesinin, taraflar arasında akdedilen mukavelenin tamamen hizmet akdi niteliğinde olması anlamına geldiği, böyle hallerde vekâlet akdinin iş sözleşmesinden kaynaklandığı sonucuna varılmıştır. Hatta aynı karara göre, hariçten iş almanın serbest olması da durumu değiştirmez; koşulları mevcutsa iş ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir⁵⁴³. Yine bir başka kararda, vekâlet akdi - hizmet akdi karma sözleşmesinde işin ücret karşılığında ve işyerinde işverence sağlanan yerde yapılmasının, hizmet akdinin oluştuğunu gösterdiği vurgulanmaktadır⁵⁴⁴.

(2) Değerlendirme

Karar sonuçları açısından somut olaya uygun olmakla birlikte, gerekçesinin tartışılmasında yarar vardır. İşçi avukatlık sözleşmesinde, taraflar arasındaki ilişkinin “tamamen hizmet akdi niteliğinde” olduğu tespiti ile buna “vekâlet akdinin iş sözleşmesinden kaynaklandığı” sonucunun bağlanması Yargıtay’ın genel olarak benimsediği bir tutumdur ve kanımızca tartışmaya açıktır. Mesele, avukatla iş sahibi arasındaki ilişkinin adını açıkça “avukatlık ilişkisi” olarak adlandırmayıp vekâlet ilişkisi denmesinden kaynaklanmaktadır. İkisi aynı şey değildir⁵⁴⁵. Avukatlık ilişkisi

⁵⁴³ “Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin parasının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği görev yönünden reddetmiştir. (...)Taraflar arasında akdedilen mukavele tamamen hizmet akdi niteliğinde bulunmaktadır. İşçinin iş görme ve işverenin ona karşı ayda belirli ücret ödeme ve işverene tabiyet unsurları bu mukavelenin içinde mevcuttur. Vekâlet akdi iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacı avukat şirket merkezinde bulunan dava dosyalarını incelemek, ihtilaflı konularda mütalaa vermek davaları ve icradaki işleri takip etmekle yükümlü kılınmış hatta şirket merkezindeki mesaisinin şirketçe tanzim edileceği sözleşmede öngörülmüştür. Davacı avukatın hariçten iş almak serbest olması aradaki ilişkinin hukuki niteliğine etkin değildir. Bu durumda davanın esasına bakılıp sonuçlandırılması gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır” (Yargıtay 9.HD, 28.09.1987, E.1987/8744, K.1987/8587, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁵⁴⁴ “Vekalet akdi ile hizmet akdi karma sözleşmesinde işin ücret karşılığında ve işyerinde sağlanan yerde yapılması, hizmet akdinin oluştuğunu gösterir (...)Taraflar arasındaki sözleşme vekalet akdini içerdiği gibi hizmet akdini de içermektedir. Bu yönü itibariyle bir karma sözleşme niteliğindedir. Nitekim sözleşmede davacının aylık belirli bir ücret ödenmek suretiyle çalışacağı öngörülmüş ve işyerinde bu çalışmalarını için yer de sağlanmıştır. Böylece hizmet akdinin unsurları oluşmuştur. Davacı sözleşmedeki aylık ücretlerinin ödenmediğini iddia ederek istekte bulunmuştur. Bu durumda davaya bakılarak sonuçlandırılması gerekirken görevsizlik kararı verilmiş olması doğru değildir” (Yargıtay 9.HD, 28.09.1987, E.1987/8744, K.1987/8587, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁵⁴⁵ Bkz.: Üçüncü Bölüm, I, B, 3 başlığı altındaki açıklamalar.

vekâlet ilişkisinden daha geniş, daha ağır sonuçları ve sorumlulukları olan bir sözleşmedir. Bir işçi avukatın işvereniyle olan ilişkisinde, iş sözleşmesince her zaman bastırılabilir bir sözleşme değildir: özellikle avukat sıfatıyla müvekkil işverenin temsil edildiği hallerde her iki ilişki de önem taşır. O halde kararlarda vekâlet ve iş sözleşmelerinden değil, avukatlık ve iş sözleşmelerinden çeşitli edimler alan bir karma sözleşme olduğu ön kabulünün açıkça vurgulanması daha uygun olabilirdi. Oysa kararların ruhundan, her iki olayda da “*yabancı tipte yan edim içeren bir karma sözleşme*” olduğunun dolaylı olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır⁵⁴⁶.

Aslında işbu karma sözleşmede, bire çok tipik edimli (*ikiz - kombine*) karma sözleşme özelliğinin ağır bastığını söylemek yanlış olmaz. Yukarıda belirtildiği üzere edimler arasındaki ilişki bunu gerektirmektedir⁵⁴⁷. Somut olaydaki sözleşmenin avukatlık ilişkisi kısmında, vekâlet akdinden gelen edimler az olmayıp birçok yönlerden başlı başına belirleyici durumdadır. Sözleşmenin tabi olacağı hükümler belirlenirken Avukatlık Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun vekâlete ilişkin hükümlerinin de uygun düştükçe uygulanması söz konusudur. Öte yandan iş sözleşmesindeki “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” ediminin de oluştuğu açıktır ve bu yönüyle de İş Kanunu hükümlerinin de uygulanması gerekir. Söz konusu yasalardaki hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi her bir somut olayın niteliğine ve taraflar arasındaki menfaat dengelerine göre değişecektir. Dolayısıyla sözleşmenin salt iş sözleşmesi olarak kabul edilerek vekâlet akdinin de iş sözleşmesinden çıktığı gerekçesi olayın hukuki özellikleriyle bağdaşmamaktadır. Ortada bir ikiz (kombine) karma sözleşme olduğunun kabul etmek ve iş hukukunun yorum yöntemlerini de gözden kaçırmadan karma sözleşmelere ilişkin birikimden yararlanmak suretiyle mesele teknik açıdan daha uygun bir çözüme kavuşturulabilirdi.

⁵⁴⁶ Kararların birincisinde ilişki tamamen hizmet akdi niteliğinde görülmekte, vekâlet akdinin de iş sözleşmesinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Bunun borçlar hukuku bakımından anlamı, asıl edim olan iş sözleşmesine yabancı tipte vekâlet edimi içeren karma sözleşmedir. İkincisinde ise ortada vekâlet – iş karması olduğu teslim edilmekle birlikte, işin işverenin işyerinde ve ücret karşılığı yapılmasının, hizmet akdinin oluştuğunu gösterdiği ifade edilmektedir. Çelişkili gibi görünen bu yargı, yalnızca sözleşmenin “*yabancı tipte yan edim içeren karma sözleşme*” olarak kabulü durumunda anlam taşımaktadır.

⁵⁴⁷ Bkz.: *Üçüncü Bölüm, I, B, 4, a* başlığı altındaki açıklamalar.

Ancak taraflar arasındaki menfaatler dengesine bakıldığında taraflardan birisi emir ve talimat verme yetkisine sahip işveren konumunda, diğeri ise süre ve bağımlılık temelinde iş gören bir işçi konumundadır. Avukatlık ilişkisi de önem taşımakla birlikte, davadaki talepler net bir şekilde süre ve bağımlılık temelinde iş görme ediminden kaynaklanan taleplerdir. Dava konusu olayda talep konusu ihbar ve kıdem tazminatlarıyla yıllık ücretli izin parasının ödetilmesi hakkındadır. Açıklanan nedenlerle gerekçesi kanımızca eksik olsa da neticesi itibariyle doğru ve uygun bir karardır.

c. İşçi Avukatlık Sözleşmesini Oluşturan Edimlerin Birbirinden Ayrılabilmesi Hakkında

(1) Karar

Yargıtay'ın, somut olayın özelliğine göre, avukatlık sözleşmesiyle iş sözleşmesini tamamıyla birbirinden ayırdığı bazı özel durumlar oluşabilmektedir. Nitekim bir kararda, şirkette hem mali müşavir hem de avukat olarak çalışan bir kimsenin, “*avukat olarak takip edeceği davalarla ilgili vekâletten istifa*” etmesi ve fakat mali müşavir olarak görevine devam etmesi halinde, iş sözleşmesinin sona ermiş sayılmayacağına, dolayısıyla avukat kişinin kıdem tazminatı hakkının devam etmesine hükümlenmiştir⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ “Mahkemece, davacının mali müşavirlikle ilgili hizmet akdinin davalı tarafından sona erdirilmediği, birden fazla müşavir edinilmesinde akdin feshi hususunda zımnî bir irade açıklaması kabul edilemeyeceği görüşü ile davanın reddine karar verilmiş ise de, dosyadaki tüm bilgi ve belgelerden işyerindeki mali müşavirlik işinin başka bir şirkete verilerek davacının fiilen mali müşavirlik işinden uzaklaştırılmış olduğu, böylece hizmet akdinin işveren tarafından sona erdirildiği anlaşılmaktadır. Gerçi bu konudaki davacının noterlik aracılığıyla gönderdiği ihtarnameye davalının cevabi ihtarnamesinde mali müşavirlikten 3.4.1986 tarihinde istifa ettiği, 1.5.1989 tarihinde de Genel Kurulda murakıplık görevinin seçilememek suretiyle düştüğü, bu nedenle kıdem tazminatı isteyemeyeceği bildirilmiş ise de, davacının 3.4.1986 tarihindeki istifasının mali müşavirlik işine ilişkin bulunmadığı, oradaki ifadesinin avukat olarak takip edeceği davalarla ilgili vekâletten, istifaya ait olduğu görülmektedir. Buna karşılık dosyadan davacının 1986 yılından sonrada mali müşavirlik işini sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Az önce açıklandığı üzere bu husus mahkemenin de kabulindedir. Zira mahkemece işverenin birden fazla müşavir edinebileceği bunun da hizmet akdinin feshi anlamına gelmeyeceği belirtilmek suretiyle davacının mali müşavirlik işini sürdürdüğü kabul edilmiş bulunmaktadır. Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde hizmet akdinin zımnî ve eylemli olarak davalı tarafından sona erdirildiğinin kabulü gerekir. Böyle olunca davacı kıdem tazminatına hak kazanır. Yazılı şekilde

(2) Değerlendirme

Yargıtay'ın kararı sonucu açısından haklıdır. Ancak gerekçe konusunda biraz daha ayrıntıya girmek yararlı olacaktır. Mali müşavir işçi avukatın, “*avukat olarak takip edeceği davalarla ilgili vekâletten istifa*” etmesi öncesindeki sözleşme edimleri aşağıdaki gibi ayrıştırılabilir:

<i>İşveren Şirket Edimi</i>	<i>Mali Müşavir İşçi Avukat Edimleri</i>
	←→ Avukat Sıfatıyla Müvekkili Davalarda Temsil Etme (<i>Avukatlık Sözleşmesine İlişkin Tip Tayin Edici Unsur</i>)
Ücret (<i>Tip Açısından Zaruri Unsur</i>)	←→ Mali Müşavirlik Yapma (<i>Mali Müşavirlik Sözleşmesine İlişkin Tip Tayin Edici Unsur</i>)
	←→ Süre ve Bağımlılık Temelinde İş Görme (<i>İş Sözleşmesine İlişkin Tip Tayin Edici Unsur</i>)

Yukarıdaki şemaya bakıldığında tipik bir “bire çok tipik edimli (*ikiiz - kombine*)” karma sözleşmeyle karşı karşıya olduğumuzu söylemek yanlış olmaz. İşçi avukatlar hakkındaki klasik bire çok tipik edimli sözleşme şemasından⁵⁴⁹ farkı ise işçi avukata iki farklı tipte edim değil, üç farklı tipte edimin düşmesidir. Mali müşavir işçi avukatın avukat olarak takip edeceği davalardaki vekâletten istifa etmesi sonrasında ise ortaya şöyle şema çıkmaktadır:

davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 9.HD, 05.11.1991, E.1991/11795, K.1991/13092, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁵⁴⁹ Şema için bkz.: *Üçüncü Bölüm, I, B, 4, a.*

<u>İşveren Edimi</u>	<u>Mali Müşavir İşçi Edimleri</u>
Ücret (Tip Açısından Zaruri Unsur)	←→ Mali Müşavirlik Yapma (Mali Müşavirlik Sözleşmesine İlişkin Tip Tayin Edici Unsur)
	←→ Süre ve Bağımlılık Temelinde İş Görme (İş Sözleşmesine İlişkin Tip Tayin Edici Unsur)

Bu noktada şöyle bir soru akla gelmektedir: İşçi avukatlık sözleşmelerinde “kısmi fesih” mümkün müdür? Örneğin bir şirket avukatının –mali müşavirlik benzeri başka bir görevi bulunmasa bile- görev tanımında “hukuki meselelerde danışmanlık yapmak veya mütalaalar vermek” ve “çalışma saatlerine riayet etmek” benzeri koşullar varsa, sadece görmekte olduğu davalardaki vekâlet görevinden haklı bir nedenle istifa etmesi, tüm işçi avukatlık sözleşmesini sona erdirecek midir? İşçi avukatlık sözleşmesine kısmi fesih müessesesi⁵⁵⁰ açısından yaklaşıldığında bazı ilginç sonuçlara ulaşılmaktadır. Öncelikle, iş ilişkisi yanında başka bir hukuki ilişkinin kurulduğu sözleşmeler çeşitlidir. Örneğin bağlı (birleşik) sözleşmeler söz konusu olduğunda, birbirleriyle ilgili sözleşmelerden birinin feshi, diğerinin de ortadan kalkmasına yol açacaktır. İşçi avukatlık sözleşmesindeki gibi bire çok tipik edimli bir karma sözleşme söz konusuysa, somut olayda farklı tipteki edimlerin birbirinden ayrılabilir olup olmadığına bakmak gerekir. Bir işçi avukatın görev tanımında avukatlık sıfatıyla müvekkili adına hareket etme edimi ağırlıklı yer tutuyorsa, “davalardaki vekâletten istifa” etme halinde iş görme edimi işveren için fazla anlam taşımayabilecektir. Yine de sözleşmenin esaslı unsurunda yapılan böyle bir değişikliğe karşı tarafın onay vermesi durumunda İş Kanunu md.22 uyarınca geçerli olması gerekir. Dolayısıyla her somut olayın özelliklerinin ayrı ayrı ele alınması şarttır.

⁵⁵⁰ Kısmi fesih hakkındaki açıklamalar için bkz.: *Üçüncü Bölüm, I, A, 4, a* başlığı altındaki açıklamalar.

Karar konusu olaya geri dönersek, mali müşavir işçi avukat yalnızca “*avukat olarak takip edeceği davalarla ilgili vekâletten istifa*” etmiştir. Geriye kalan farklı tipteki edimlerden birincisi mali müşavirlik gibi, başlı başına önem taşıyan bir edimdir. İkincisi ise çalışma saatleri içinde, hukuki konularda danışılmaya ve gerektiğinde dilekçeler yazmaya hazır şekilde beklemeyi de kapsayan “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” edimidir. Her iki edimin de işveren şirket için anlamlı ve önemli olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, davalarla ilgili vekâletten istifa sonrasında da kişi, mali müşavir işçi olarak çalışmasına devam etmiş ve işvereni de itiraz etmemiştir. Böyle bir durumda avukatlık ilişkisi değilse de iş ilişkisi devam edeceğinden, avukat iş sözleşmesini feshetmiş sayılmayacak, kıdem tazminatı ve benzeri hakları kaybolmayacaktır. Kuşkusuz işveren şirket kısmi feshi kabul etmeyip iş sözleşmesini feshedebilirdi. Ancak o durumda da sözleşmeyi avukat feshetmediğinden İş Kanunundan kaynaklanan hakları kaybolmayacaktı. Avukatlık Yasası md.174 uyarınca avukat, haklı bir sebebi olmasa da ücrete ilişkin sonuçlarını göze almak kaydıyla her zaman vekâletten istifa edebilir. O halde, avukatın bu hakkını kullanması durumunda, işveren için otomatik olarak haklı nedenle fesih hakkının doğduğundan bahsolunamaz. Öte yandan, devam eden edimlerin kendisi için anlamsız hale geldiği düşüncesindeki işveren, geçerli nedenle sözleşmeyi feshedebilecektir. Sonuç olarak, Yargıtay doğru bir karar vermiştir.

d. İşçi Avukatların Bağımsız Bürolarının Olabilmesi ve Bağımlılık İlişkisinin Ölçütü Hakkında

(1) Kararlar

Yargıtay’ın bağımlılık ilişkisinin ölçütü hakkındaki genel görüşünü şöyle özetlemek mümkündür: Taraflar arasında iş sözleşmesinin imzalandığı, avukatın şirkete ait genel müdürlük hizmet binasında çalıştığı, hukuki konularda yazılı ve sözlü değerlendirme ve mütalaa verdiği, uyuşmazlıkların avukatlara tevdi edilmesi

karşılığı aylık ücretin ödeneceğinin kararlaştırıldığı bir hukuki ilişkide, somut hukuki olgular, avukatın süre ve bağımlılık temelinde iş gördüğünü gösterir⁵⁵¹.

Bir işçi avukatın kendisine ait bağımsız bürosunun da bulunması durumunda ise, iş sözleşmesinin oluşup oluşmadığı hakkında zaman içinde değişiklik gösteren bir dizi karar verilmiştir. Geçmişteki Yargıtay eğilimine göre bir avukatın işçi sayılabilmesi için hem iş sözleşmesinin var olması hem de işin işverenin gözetimi ve denetimi altında ve işyerinde yapılması gerekmektedir. Şayet avukat işverenin işyerinde çalışmayıp, kendi bağımsız yazıhanesinde çalışmasını sürdürüyorsa taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığı kabul edilmekteydi⁵⁵². Bununla birlikte, ayrıca bağımsız bürosu bulunan bir avukatın, işverenin işyerinde kendisine ayrılacak bir odada haftada on saat işverenin işlerini görmesi halinde “denetim ve

⁵⁵¹ Yargıtay 9.HD, 13.12.2004, E.2004/12210, K.2004/27496, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006. Karar metni hakkında bkz.: *Üçüncü Bölüm, I, B, 6, e, (1)*.

⁵⁵² Yargıtay HGK, 28.01.1977, E.1976/3520, K.1977/89, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006; Aynı yönde bkz.: “Taraflar arasındaki alacak davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 3. İş Mahkemesince davanın reddine dair verilen 8.5.1975 gün ve 749-909 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 1.7.1975 gün ve 19470-36756 sayılı ilamı ile, "taraflar arasındaki sözleşme, metninden anlaşılacağı gibi bir hizmet akdidir. Davacı, bu sözleşme ile davalının idari ve hukuki anlaşmazlıklarının çözümünde sürekli olarak görevlidir. Ayrıca sözleşmede 1475 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı da açıkça belirtilmemiştir. Sözleşmenin bu sebeple vekalet akdi olarak kabulü doğru görülmemiştir. İsteğin incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi" gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir (...) Bir kimsenin 1475 sayılı İş Kanununa göre işçi sayılabilmesi için taraflar arasındaki ilişkinin hizmet akdine dayanması ve bu akdin konusu olan işin işverenin denetim ve gözetimi altında işyerinde görülmesi zorunludur. Olayda avukatın bağımsız bürosu olmasına göre az önce açıklanan koşulların ikincisi gerçekleşmemiştir. O halde, usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekir” (Yargıtay HGK, 13.04.1977, E.1976/9-1635, K.1977/355, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006); “Davacı 1.000 lira maktu ücretle çalışmakta olup hizmet sözleşmesi uyarınca görmekle yükümlü olduğu işi kendi yazıhanesinde ifa etmektedir. Bu suretle olayda, hizmet sözleşmesi ile yapılması gereken işin işverenin devamlı denetim ve gözetimi altında, işverenin işyerinde görülmediği anlaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak davaya bakmakla Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir” (Yargıtay HGK, 03.06.1977, E.1977/4-452, K.1977/580, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006); “Bir kimsenin 1475 sayılı İş Kanununa göre işçi sayılabilmesi için yanlar arasındaki ilişkinin hizmet akdine dayanması ve ayrıca bu akdin konusu olan işin işverenin denetim ve gözetimi altında işyerinde görülmesi zorunludur (1475 sayılı İş Kanunu md. 1). Diğer bir anlatımla, egemen olan bilimsel ve yargısal inançlara göre hizmet akdinin ve bu akde göre işçi sayılmanın ayırıcı ve belirleyici özellikleri zaman ve bağımlılık unsurlarında toplanmaktadır. Bu unsurların vücut bulması için de çalışanın, çalıştırının işyerinde ve onun denetimi ve gözetimi altında edimini ifa etmesi zorunludur. Aksi durumlarda çalışanın 1475 sayılı İş Kanunu anlamında işçi sayılması mümkün değildir. Yanlar arasında düzenlenen 1.4.1987 tarihli hizmet sözleşmesinin 3. maddesinde, davacı avukatın işleri bağımsız bürosunda yöneteceği kabul edilmiştir. Bu durumda az yukarıda açıklanan koşullardan birinin gerçekleşmediği çok açıktır. Bu nedenlerle, davaya bakmaya Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olduğu düşünülmeden hukuki tanım ve değerlendirmede hataya düşülerek görevsizlik kararı verilmesi usule ve yasaya aykırıdır, bozma nedenidir” (Yargıtay 13.HD, 20.09.1991, E.1991/6640, K.1991/8202, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

gözetim altında iş görme” koşulu gerçekleşmiş sayılıyor ve sözleşme iş sözleşmesi olarak değerlendiriliyordu⁵⁵³.

Zaman içinde yaşanan gelişmeler, Yargıtay’ı değinilen eğilimini esnetmeye sevk etmiştir. Gerçekten, artık aylık maktu bir ücret karşılığı tüm hukuki işlerini görmeyi ve danışmanlığını üstlendiği bir şirkete karşı, serbest meslek makbuzu keserek işlerini bürosundan yürüten bir avukatla şirket arasındaki ilişkinin, vekâlet ilişkisini aşarak hizmet ilişkisine dönüştüğü kabul edilmektedir⁵⁵⁴. Kuşkusuz, böylesi hallerde somut olaydan, avukatın işverenin emir ve talimatlarına riayeti ile özellikle onun denetim yetkisine tabiiyetinin açıkça anlaşılması gerekir⁵⁵⁵. Öte yandan,

⁵⁵³ “Avukat ise sendika ile akdedilen ve avukatın haftada on saat sendikaca ayrılacak odada sendikanın işlerine bakılmasını öngören sözleşme, kararlaştırılan hizmet işverenin işyerinde onun denetim ve gözetimi altında görüldüğünden bir hizmet sözleşmesidir. Davacının sözü edilen süre dışında şahsi yazıhanesinde çalışması hizmet sözleşmesinin niteliğini etkilemez. Bu sözleşmeden doğan davalarda iş mahkemeleri görevlidir” (Yargıtay HGK, 22.09.1976, E.1976/9 - 9, K.1976/2553, Kaçak, a.g.e., s.32).

⁵⁵⁴ “Davacı davalı ile aralarında hizmet ilişkisi bulunduğunu, iş akdinin haksız feshedildiğini ileri sürerek kıdem ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti talebinde bulunmuştur. Davalı ise aralarındaki ilişkinin hizmet akdi değil vekâlet akdine dayandığı gerekçesi ile davanın reddini talep etmiştir. Mahkeme ise davacının ücretinin keseceği serbest meslek makbuzu karşılığı ödendiği, davacının kendine mahsus, işyerinin mevcut olup sadece davalı şirketin işlerini değil başka avukatlık işlerini de yaptığı, bağımlılık unsurunun olmadığı gerekçesi ile davayı görevsizlik nedeni ile reddetmiştir. Taraflar arasında yıllık olarak yapılan avukatlık ücret sözleşmelerinde belirli dosyada vekâlet değil davalının açmış olduğu, davalıya karşı açılan tüm davalar ve icra takiplerine davacının bakacağı, hukuki konularda danışmanlık yapacağı-kararlaştırıldığı gibi, davacıya bu hizmetlerinin karşılığının aylık maktu ücret olarak ödeneceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmelerin bu hali ile vekâlet ilişkisini aştığı, bağımlılık unsurunun olduğu hizmet ilişkisine dönüştüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle davanın esasına girmek gerekirken görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır” (Yargıtay 9.HD, 10.01.2005, E.2004/31580, K.2005/432, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁵⁵⁵ “Davalı işveren ile avukatlık hizmet sözleşmesi imzaladığını belirten davacı sözleşmenin haksız feshedilmesi nedeni ile kıdem tazminatının hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Mahkemece savunmaya değer verilerek, davalı ile -davacının da içinde bulunduğu üç kişiden oluşan- Başkent Hukuk Bürosu ile sözleşme imzalandığı, sözleşmede davacının işgücünün davalı tarafından örgütlendiğine dair bir hüküm bulunmadığı, hizmet akdi ilişkisinde önemli olan işçinin kişiliği, iş niteliği ve mesleki becerisi olduğu, vekâlet ilişkisinde ise önemli olanın işin görülmesi olduğu, davalı sözleşmeyi yaparken hukuk bürosunu taraf kabul ettiği, avukatların kişiliği, niteliği ve mesleki becerilerini ön planda tutmadığı, arada hizmet değil vekâlet ilişkisi bulunduğu gerekçeleri ile davanın reddine karar vermiştir. Taraflar arasındaki sözleşme incelendiğinde, belirli süreli imzalandığı, danışma, dava ve icra takip işleri için part – time avukatlık hizmeti karşılığı aylık ücretin ödeneceği, avukatın belirli aralıklarla davalıya takip ettiği işler ile ilgili rapor vereceği, talimatlara uyacağı gibi hükümlere yer verildiği anlaşılmaktadır. Somut bu hukuki olgulara göre, davacı avukatlık hizmetini belirli bir süre içinde davalı işverenin denetimi ve gözetimi altında, her ay için kararlaştırılan ücret karşılığında işverene bağlı olarak vermektedir. İş sözleşmesinin unsurları olan zaman, bağımlılık ve ücret koşulları gerçekleşmiştir. Burada davacının üç avukat ile birlikte Başkent Hukuk Bürosu olarak sözleşmeyi imzalaması sonuca etkili değildir. Zira diğer avukatlar davacının kurduğu, ancak tüzel kişiliği olmayan hukuk bürosunda sigortalı olarak çalışmaktadır. Bu olgu aradaki ilişkiyi vekâlet ilişkisine dönüştürmez. Mahkemece arada vekâlet

“ilişkinin hizmet akdine mi, yoksa vekâlet akdine mi dayandığı sorununun çözümünde iş ücret ve bağımlılık unsurları yanında yapılacak işin zamanla mı yoksa sayı ile mi sınırlandırılmasının da dikkate alınması gerekir”. Ücret niteliğinde net ve muntazam bir sürekli ödeme yapılması koşuluyla, bazı dosyalar için prim vasfında başka ödemelerin kararlaştırılması dahi zamanla sınırlanma olarak kabul edilir⁵⁵⁶. Söz konusu işin sayıyla sınırlandırılması vekâlet akdinin varlığını, zamanla sınırlandırılması ise iş sözleşmesinin varlığını gösterir⁵⁵⁷. Avukatın ayrı bir avukatlık bürosunun varlığı ise bu durumu değiştirmeyecektir⁵⁵⁸.

(2) Değerlendirme

SEVİMLİ, Yargıtay’ın son yıllardaki yönelimi ile bağımlılık unsurunun, vekâlet sözleşmesi ile iş sözleşmesini ayırt etmekte tek ölçüt olmaktan çıkmış olduğunu belirtmektedir⁵⁵⁹. Kanımızca Yargıtay’ın eski kararlarıyla bugünkü kararları arasında derin bir yönelim farkı bulunmamaktadır. Yargıtay eskiden beri iş

ilişkisi olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır” (Yargıtay 9.HD, 03.05.2004, E.2003/23046, K.2004/10431, Sosyal Hukuk Sitesi, <http://web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/kararavukat.doc>, 26.12.2006).

⁵⁵⁶ “Taraflar arasındaki "avukatlık sözleşmesi" başlıklı belge incelendiğinde 2. maddede ödenecek ücret tanımlanırken takip edilecek bazı dosyalarda ödeneceği kararlaştırılan prim vasfındaki ödemenin yanında ayrıca aylık net danışmanlık ücretinin de verileceği kararlaştırılmıştır. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre, bu ilişkinin hizmet akdine mi, yoksa vekâlet akdine mi dayandığı sorununun çözümünde iş ücret ve bağımlılık unsurları yanında yapılacak işin zamanla mı yoksa sayı ile mi sınırlandırılmasının da dikkate alınması gerekir.

Somut olayda davacının sürekli şekilde çalıştığı ve sözleşmede öngörülen net danışmanlık ücretinin her ay muntazam olarak ödendiği anlaşılmaktadır. Ödenen bu ücret bazı takip edilen işlere göre ödenen prim vasfındaki ek ödemenin dışındadır. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında, davacının hizmet akdine dayalı olarak çalıştığı kabul edilmeli ve işin esasına girilerek bir karar verilmelidir” (Yargıtay 9.HD, 22.01.2001, E.2001/360, K.2001/582, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁵⁵⁷ Yargıtay 9.HD, 20.06.1996, E.1996/3092, K.1996/14111, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006; Aynı yönde bkz.: “Belirtmek gerekir ki, mahkemenin de kabulünde olduğu gibi taraflar arasında bir vekâlet ilişkisi söz konusudur. Bu sözleşmede takip edilen iş başına vekâlet ücreti kararlaştırılmış olup ayrıca aylık bir ücrete yer verilmemiştir. Bu hukuki olguya göre taraflar arasında hizmet akdi ilişkisi bulunmadığından ve uyumsuzluk iş kanunundan kaynaklanmadığından uyumsuzluğun iş mahkemesinde çözüm olanağı yoktur. Mahkemece yerel mahkemelerin görevli olduğu dikkate alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesi hatalıdır” (Yargıtay 9.HD, 12.11.2001, E.2001/18397, K.2001/17552, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁵⁵⁸ “Dava konusu olayda davacının sürekli şekilde çalıştığı ve ücretlerinin her ay için ödendiği ve sayı ile iş yapmadığı anlaşılmaktadır. Davacının kendisine ait avukatlık bürosunun bulunması sonuca etkili değildir. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında davacının hizmet akdine bağlı olarak işyerinde çalıştığı kabul edilerek işin esasını incelenip sonucuna göre bir karar verilmelidir” (Yargıtay 9.HD, 15.09.2003, E.2003/15847, K.2003/14406, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁵⁵⁹ Sevimli, a.g.e., s.975.

sözleşmesinin unsurlarının iş görme, ücret, bağımlılık ve süre olduğunu isabetli olarak kabul etmektedir. Eski kararları ile ilgili olarak ise, Yargıtay'ın “*bağımlılık*” unsurunun var olmadığı bariz olarak seçilebilen kararlarda, “*zaman*” da dâhil olmak üzere diğer ölçütleri incelemeye dahi gerek duymadan karara vardığını söylemek yanlış olmaz. Üzerindeki ağır iş yükü nedeniyle Yargıtay'ın bu yönelimi doğal karşılanmalı ve gayet kısa içerikteki böylesi kararlara taşıdığından fazla anlam yüklemekten kaçınılmalıdır. Örneğin, Yargıtay eski kararlarında ayrı bağımsız bürosu bulunan tüm avukatların avukatlık ilişkisine göre çalışacağını belirtmemektedir: İşvereni olduğunu iddia ettiği kimsenin işlerini bağımsız bürosundan yürüten avukatların avukatlık ilişkisi ile çalıştığı vurgulanmaktadır. Haftada on saat işverenin işyerinde kendisine ayrılacak odada onun işlerine bakmanın hukuki bağımlılığın oluşması için yeterli olacağı, avukatın sözü edilen süre dışında şahsi yazıhanesinde çalışmasının hizmet sözleşmesinin niteliğini etkilemeyeceği sonucuna bu nedenle varılmıştır⁵⁶⁰. Bir an için, işveren şirketin işlerinin tamamını kendi bağımsız bürosundan yürüterek –*aylık kestiği serbest meslek makbuzu karşılığı*- çalışan avukatların durumu farklı değerlendirilebilir⁵⁶¹. Ancak, bu durum bürosu bulunup da müvekkili şirketlerden aylık toptan vekâlet ücreti alan avukatların tümü için otomatik olarak geçerli değildir. Böyle hallerde işçi avukatlık ilişkisinin oluştuğunun kabul edilebilmesi için, serbest avukatla müvekkili şirket arasındaki ilişkinin, avukatlık ilişkisini aşarak işçi – işveren ilişkisine dönüştüğünün somut olayda açıkça seçilebilmesi gerekir. Kanımızca Yargıtay da benzer yaklaşımdadır⁵⁶². Örneğin bir takım bankaların, sözleşmeli çalıştıkları bağımsız avukatlara emir ve talimat verme ile denetim yetkileri çok fazladır. Hatta bunlardan bazıları sözleşmeli avukatlarının takip ettiği işlemlerin durumunu, kendilerinin verdikleri özel bilgisayar programlarından eş zamanlı olarak izleyebilmekte; böyle sistemin bulunmadığı durumlarda ise haftalık ve aylık ayrıntılı raporlarla işlerinin görülmesini sıkıca denetlemektedirler. Böylesi hallerde, bağımsız bürosu bulunan

⁵⁶⁰ Bkz.: Bir önceki başlık altında yer alan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.09.1976 tarihli ve E.1976/9 - 9, K.1976/2553 Sayılı Kararı.

⁵⁶¹ Bkz.: Bir önceki başlık altında yer alan Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 10.01.2005 tarihli ve E.2004/31580, K.2005/432 Sayılı Kararı.

⁵⁶² Bkz.: Bir önceki başlık altında yer alan Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 03.05.2004 tarihli ve E.2003/23046, K.2004/10431 Sayılı Kararı.

avukatın aslında bankanın emir ve talimatı altında süre ve bağımlılık temelinde iş gördüğünün kabulü uygun olacaktır.

Yargıtay'ın ayrı bürosu bulunan avukatların özel hukuk tüzel kişileriyle olan ilişkilerinin niteliğini belirlerken yararlandığı “*işin zamanla veya sayıyla sınırlanması*” ölçütü hakkında öğretilerdeki bazı yorumlardan da bahsetmek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki genel olarak vekâlet akdinin iş sözleşmesinden tefrikinde “*zaman*” ölçütü kullanılagelen yöntemlerden birisidir. İş görme belli bir süre temelinde organize ediliyorsa iş sözleşmesi, yapılacak işler birer birer gösteriliyorsa vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilir. Bununla birlikte tek başına yetersiz olan anılan ölçütün yanına iş sözleşmesinin esaslı diğer bir unsurunu, “*bağımlılık*” unsurunu da eklemek gerekmektedir⁵⁶³.

SEVİMLİ Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında, bağımsız bürosu bulunan bir avukatın, bağımlılık unsurunun yokluğu nedeniyle iş sözleşmesiyle çalışamayacağı görüşünü benimsediği; ancak sonradan tavır değiştirerek “*zaman*” ölçütünün de benimsenmesi sonrasında artık işlerini bürosunda yürüten serbest avukatların da iş ilişkisiyle çalışabileceklerini kabul ettiği düşüncesindedir. Yazara göre anılan ölçüt, “*işveren tarafından verilen görevlerin tamamlanmasıyla, kural olarak iş sözleşmesinin sona ermeyeceği; verilen görevlerin sözleşmenin konusunu oluşturan işin parçaları olduğu*” şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁶⁴. ULUCAN iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarının yanı sıra “*zaman*” unsurunun da varlığının iş sözleşmesi açısından önemini teslim etmekle birlikte, “*sayı ile yapılmama*” ölçütü hakkında tereddütlerini belirtmektedir. Yazara göre iş, ücret ve bağımlılık unsurlarının varlığı halinde ayrıca işin sayıyla yapılmamış olmasını ek bir unsur olarak aramaya gerek yoktur, çünkü işin sayı ile yapılması tek başına bir vekâlet veya eser sözleşmesinin varlığına delalet etmez⁵⁶⁵. EKMEKÇİ ise bir adım ileri giderek, “*avukatın çalışma*

⁵⁶³ Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt:II, 2.Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Yay.No:126), Ankara, 1982, s.200 - 201; Turan, a.g.e., s.23; Esener, 1978, s.131; Müderrisoğlu, a.g.e., s.16; Özkan, a.g.e., s.154; Aday, a.g.e., s.93; Güner, 2003, s.191 – 192; TUNÇOMAĞ ise zaman unsurunun yeterli olduğu düşüncesindedir (Tunçomağ, 1977, s.842).

⁵⁶⁴ Sevimli, a.g.e., s.969, 975.

⁵⁶⁵ ULUCAN, Yargıtay'ın kararında ayrıntıya girilmediği için aksi düşüncede olduğunu söylemenin de mümkün olmadığını da eklemektedir (Devrim Ulucan, “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin

şekli itibariyle, iş, ücret ve bağımlılık unsurları tespit edilebildiği takdirde, ayrıca işin sayı veya zamanla sınırlı olarak yapılmış olup olmamasının hiçbir önemi” olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre işin zamanla ya da sayıyla sınırlanması bağımsız ölçüt olamaz, ancak bağımlılık ilişkisinin tespitinde ek bir ölçüt teşkil edebilir. Üstelik sayı ile iş yapılması sadece vekâlet akdinde söz konusu olmaz, iş sözleşmesinde de parça başına çalışıldığı haller vardır. Nihayet, bu gibi ölçütlerin asli unsur haline getirilmesi, avukatlıkta giderek yaygınlaşan “*iş sayısına bakılmaksızın aylık sabit ücretle çalışma ve zaman zaman müvekkil işyerine gitme*” durumlarında karışıklıklara sebebiyet verebilir⁵⁶⁶.

Kanımızca iş sözleşmesiyle avukatlık sözleşmesi ayrımı incelenirken yararlanılan “*işin zamanla veya sayıyla sınırlanması*” ölçütünün hukuki açıdan yeni bir durum olmadığını, iş sözleşmesi edimlerinin yakından incelenmesiyle aynı sonuca her zaman varılabileceğini söylemek mümkündür. Gerçekten, bir ilişkinin iş sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için iş görme, ücret ödeme ve bağımlılık unsurları yetmez; devamlılık arz etmesi, belirli ya da belirsiz bir süre unsurunu içermesi de gerekir. Bu nedendir ki çalışmamızda iş sözleşmesi incelenirken tarafların edimleri, “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” ve “*ücret*” olarak ayrıştırılmıştır. Yargıtay’ın bürosu olan avukatlarla ilgili olarak verdiği karar belirtilen hususun vurgulanmasından başka bir şey değildir. İşin zamanla sınırlanması tek veya asli ölçüt olmayıp diğer iş sözleşmesi unsurlarından birisi olarak kabul edilmiştir ve “*sayı ile sınırlanmama*” da tek başına bir ölçüt olarak kabul edilmemiştir. Kararda kast edilen sonuç şu olsa gerektir: “*Diğer unsurların yanı sıra zaman unsurunun da bulunması gerekir*”. Eğer iş, ücret, bağımlılık ve zaman unsurları varsa, parça başı iş görülmesi elbette iş ilişkisinin varlığını zedelemez. Kaldı ki, Yargıtay’ın seri halinde birbirine benzer şekilde verdiği bu tür kararlarla, yoğun iş yükü altında hızlı çalışmayı sağlayacak pratik çözümlere ve

Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (MESS Yay.No:279), İstanbul, 1998, s.12 – 13); KUTAL da ULUCAN’ın tebliğinin genel görüşmesinde benzer görüşleri vurgulamış ve karardaki cümlelerin muhtemelen aceleye getirilmiş ibareler olduğunu vurgulamıştır (s.47).

⁵⁶⁶ Ömer Ekmekçi, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2005, s.16 – 17.

formüllere ulaşmayı gözettiği de söylenebilir. Nitekim, ULUCAN'ın yukarıda değinilen tebliğinin genel görüşmesinde Yargıtay adına söz alan Dr. Ekrem SERİM, “sayı ile yapılmama”yı ana faktör değil bir yan unsur olarak kabul ettiklerini, öğretide de aynı görüşü kabul edenlerin bulunduğunu, esas olanın bağımlılık ve ücretin ödenmesi olduğunu ifade etmiştir⁵⁶⁷.

e. Görev ve Yetki Meselesi Hakkında

(1) Kararlar

Yargıtay, iş sözleşmesinin unsurları olan “*zaman, bağımlılık ve ücret*” koşulları gerçekleşmişse işveren ile yanında çalışan işçi avukat arasındaki uyuşmazlıkların 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md.1 uyarınca İş mahkemelerinde görüleceği görüşündedir⁵⁶⁸. Görev meselesi kamu düzenine ilişkin

⁵⁶⁷ ULUCAN ise SERİM'e yanıtında karardaki ifadenin “sayı ile yapılmama”yı temel unsur gibi göstererek yanlış anlamalara yol açtığını belirtmiştir (Genel Görüşme, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (MESS Yay.No:279), İstanbul, 1998, s.35, 59).

⁵⁶⁸ “*Davacı işveren, davalı avukatın aylık belirli ücret karşılığı iş sözleşmesi ile çalıştığını, Avukatlık Hizmet ve Ücret Sözleşmesinde ödenecek aylık ücret harici ayrıca bir vekâlet ücreti ödenmeyeceği hükmünün bulunmasına rağmen, şirket bünyesinde bulunan avukatların takip ettiği dosyalar sebebiyle hak kazandıkları vekâlet ücretinin 3.292.415.920.- TL'lik kısmını çekerek haksız kazanç sağladığını belirterek, bu miktarın tahsilini talep etmiştir. Davalı arada vekâlet ilişkisi olduğunu, vekâlet ilişkisi nedeni ile Baro Hakem Kurulunun görevli olduğunu savunarak görevsizlik kararı verilmesini beyan etmiştir.*

Mahkemece, davacı şirket nezdinde çalışan davalı dışındaki avukatların yürüttükleri dosyalar üzerinden toplanan vekâlet ücretinin davalı avukatın aldığı, bu vekâlet ücretleri ile ilgili dosyaların takibini de yapmadığına ilişkin, davacı talebinin sebepsiz zenginleşme nedeni ile iade istemine dayandığını, bu durumda da genel mahkemelerin davaya bakmakla görevli olduğu, gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiştir.

Görev kamu düzenine ilişkin olup, resen dikkate alınır. Taraflar arasındaki sözleşme incelendiğinde, belirli süreli imzalandığı, davacı şirketin Genel Müdürlük hizmet binasında çalıştırılmak, hukuki konularda yazılı ve sözlü değerlendirme ve mütalaa vermesi, şirketin uyuşmazlıklarını avukatlara tevdi etmesi hizmeti karşılığı aylık ücretin ödeneceği hükmüne yer verildiği anlaşılmaktadır. Somut bu hukuki olgulara göre davalı avukatlık hizmetini belirli bir süre içinde davacı işverenin denetimi ve gözetimi altında ve her ay için kararlaştırılan ücret karşılığında işverene bağlı olarak vermektedir. İş sözleşmesinin unsurları olan “zaman, bağımlılık ve ücret” koşulları gerçekleşmiştir. İş sözleşmesi ile çalışan davalının, sözleşme dışına çıkarak, haksız menfaat temin ettiği ileri sürülmektedir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununa göre, iş mahkemeleri iş kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarını çözümlenmekle görevlidir. Davacı, işveren ve davalı ise, işçi Esas konumunda olup, uyuşmazlık iş sözleşmesinden kaynaklandığından görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır. İşin esasına girilerek uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekir” (Yargıtay 9.HD, 13.12.2004, E.2004/12210, K.2004/27496, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

olduğundan, işçi avukatlara ilişkin uyuşmazlıkların görüleceği davaların genel mahkemelerde mi yoksa İş Mahkemelerinde mi görüleceği hususunun ise resen dikkate alınması gerekir. Eğer görev ve yetki itirazı aynı anda yapılmışsa mahkemenin önce görev meselesini çözüme kavuşturması gerekir. Yetki meselesini daha sonra görevli mahkeme çözümleyecektir⁵⁶⁹.

(2) Değerlendirme

Yargıtay'ın zikredilen kararlarına birçok durumda hak verilebilir. Ancak, yine de işçi avukat ile işvereni arasındaki uyuşmazlıkların iş mahkemesinde çözülmesi görüşünün bütün vakalarda uygulanmaması gerekir. Bilhassa özel hukuk tüzel kişileri yanında süre ve bağımlılık temelinde çalışan işçi avukatların, resmi mercilerde vekâletname ile iş takip ettikleri hallerde meselenin ayrıntısına girilmelidir. Eğer somut olayda uyuşmazlık, “süre ve bağımlılık temelinde iş görme” ediminden değil de “avukat sıfatıyla müvekkil işverenleri adına hareket etme” ediminden kaynaklanıyorsa, -müddeabih değerine göre- davanın Sulh Hukuk Mahkemesinde veya Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmesi de mümkün olabilmelidir.

Nitekim 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md.1 uyarınca İş Mahkemeleri “İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle (...) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile” görevlidir. 4857 Sayılı İş Kanunu md.2’de de işçi “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi” olarak tanımlanmaktadır. Oysa işçi avukat, katıksız bir iş sözleşmesine değil “bire çok tipik edimli bir karma sözleşme” olan işçi avukatlık sözleşmesine dayanarak çalışan kişidir. İşçi avukat bir

⁵⁶⁹ “Davacı taraf, davalı şirketin hizmet sözleşmesini feshettiğinden söz ederek kıdem, ihbar, kötünîyet tazminatları ile ücret isteklerinde bulunmuştur. Davalı taraf davacılarla aralarındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığını savunmuş, şirket merkezinin de İstanbul'da oluşu nedeniyle görev ve yetki itirazlarında bulunmuştur. Mahkemece, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet akdine dayalı olduğunun açıkça anlaşıldığı ancak davalı tarafın aynı zamanda yetki itirazında bulunduğunu böyle durumda özellikle yetki itirazının çözümlenmesi gerektiği ileri sürülerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9. maddesi uyarınca mahkemenin yetkisizliğine karar verilmiştir. Karar davacı tarafça temyiz edilmiştir. Medeni Usul Hukukuna göre görev ve yetki itirazlarının birlikte yapılması halinde öncelikle görevsizlik kararı verilir. Yetki itirazı görevli mahkemede incelenir. Aksi düşünce ile hüküm kurulması bozmayı gerektirir” (Yargıtay 9.HD, 27.11.1997, E.1997/16274, K.1997/19869, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

yönüyle süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimini ifa ettiğinden, iş hukukuna ilişkin talep ve uyuşmazlıklarda iş mahkemesinin yetkili olması normaldir. Ancak, uyuşmazlığın avukat sıfatıyla müvekkil işveren adına hareket etme ediminden kaynaklanması durumunda genel mahkemelerin yetkisinin kabul edilmesi gerekir.

f. Dava ve Takiplerde Karşı Tarafça Ödenmesi Takdir Olunan Vekâlet Ücretleri Hakkında

(1) Kararlar

Yargıtay'a göre Avukatlık Yasası vekil-müvekkil arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir yasadır. Bir şirket ile avukatı arasında işçi-işveren ilişkisi bulunuyorsa uyuşmazlığın İş Kanunu hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Belirtilen türden bir hizmet ilişkisinde ücreti dışında *-dava veya takiplerden kaynaklanan vekâlet ücretleri benzeri-* ek bir alacağı olduğunu iddia eden işçi avukatın ise bu alacağın varlığını kanıtlaması gerekir⁵⁷⁰. Hatta bir şirketin, süre ve bağımlılık temelinde iş gören avukatına, üçüncü bir şahsın vekâletli hukuki işini gördürmesi halinde bile *-eğer işin sonucu işveren şirketi etkiliyorsa-*, avukatın

⁵⁷⁰ “Davalı işveren yanında hizmet akdi ile aylık ücretli olarak çalışan davacı avukat, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 4667 sayılı Yasa ile değişik 164. maddesi uyarınca karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olacağı öngörüldüğünden vekil sıfatı ile yaptığı dava ve takiplerin vekâlet ücretini talep etmektedir.

Mahkemece, davalı işverenin davacıyı azletmesi haksız olduğundan vekâlet ücretlerinin kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacı avukatın 25.4.2002 - 27.9.2002 arasında davalı yanında aylık ücretli ve hizmet akdine dayanarak avukat olarak çalıştığı, davalının 13.5.2002 tarihinde verdiği vekaletnameye dayanarak davacı avukatın, davalı adına icra takipleri yaptığı, davacının 30.9.2002 günlü ihtar ile yaptığı takipler nedeni ile aralarındaki şifahi anlaşmaya dayanarak vekalet ücretlerini istediği, davalı işverenin bunun üzerine 1.10.2002 günlü ihtar ile davacıyı vekillikten azlettiği ve aynı gün çektiği diğer bir ihtar ile aralarındaki şifahi anlaşmaya göre dosyalardan doğacak vekalet ücretinin şirkete ait olduğunu belirttiği uyuşmazlık konusu değildir.

Avukatlık yasası vekil-müvekkil arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir yasadır. Somut olayda ise taraflar arasında işçi-işveren ilişkisi bulunduğundan uyuşmazlığın İş Yasası hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Hizmet ilişkisinde ücreti dışında ek bir alacağı olduğunu iddia eden davacının bu alacağın varlığını kendisinin kanıtlaması gerekir. Taraflar arasında bu konuda yazılı bir akit olmadığına ve davacı da bu konuda başkaca bir delil sunmadığına göre söz konusu alacağın varlığını kanıtlayamamıştır. Kaldı ki söz konusu icra takipleri henüz derdest olup sonuçlanmadığından tahakkuk etmiş ve davalı tarafından tahsil edilmiş bir vekâlet ücreti de mevcut değildir. Bu durumda davacının isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 9.HD, 30.06.2005, E.2004/33336, K.2005/23372, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

üçüncü şahısla arasındaki ilişkinin sadece görünürde olduğu ve gerçekte iş ilişkisinden alınan ücret ile üçüncü şahsa yapılan işin karşılığının alınmış bulunduğu varsayılmıştır⁵⁷¹. Öte yandan, eğer bir işçi avukatlık sözleşmesinde şirket lehine hükmedilip tahsil edilen vekâlet ücretlerinin şirket yönetim kurulunun belirleyeceği esaslara göre ödeneceği yönünde bir hükme yer verilmişse o konuda verilecek yönetim kurulu kararında belirlenen esaslar geçerli olacaktır⁵⁷². Ancak sözleşmede anılan vekâlet ücretlerini işçi avukatın alacağı kararlaştırılsa dahi, davalar veya icra takipleri henüz derdest ise, tahakkuk etmiş bir vekâlet ücretinden de bahsolunamayacağından avukatça talep olunamayacaktır⁵⁷³.

(2) Değerlendirme

Kanımızca bir şirket avukatı ile çalıştığı şirket arasındaki ilişkinin sadece işçi – işveren ilişkisi olarak görülmemesi gerekir. Avukatlık mesleğinin özelliği gereği

⁵⁷¹ “Davacı ile davaya katılan ortaklık arasında hizmet sözleşmesi vardır. Davaya katılan bu sözleşme uyarınca davalı ile arasındaki ilişkiye göre sonunda kendisine yüklenmesi gerekli bir uyumsuzluk sonucunun giderilmesi ödevini davacıya yüklemiştir. Bu ödevin yapılması dış ilişki yönünden, davalının davacıya vekil kılınmasına bağlıdır. Bu vekâletname sağlanmıştır. Ancak, davacının gördüğü hizmet, aslında Azot Sanayi Ortaklığı ile davacı arasındaki hizmet ilişkisinin kapsamı içinde bulunmaktadır. Bu yön, hizmetin görülmesi için davacının statüsünün değiştirilmesinden ve dosyada örnekleri bulunup doğruluğuna itiraz edilmeyen 21 Nisan 1960 ve 25 Nisan 1960 günlü yazılardan açıkça anlaşılmaktadır. Böylece davaya katılan Azot Ortaklığı, davalıdan sağladığı vekâletname ile görünüşte davalı yararına fakat gerçekte sonuçları kendisine dönmesi gerekli işi, davacı ile arasındaki hizmet sözleşmesi uyarınca davacıya yaptırmıştır. Bu nedenle davacının görünüşteki vekâlet ilişkisine dayanarak fakat karşılığını aradaki hizmet ilişkisi uyarınca Azot Sanayi Ortaklığından aldığı iş parasını bir ikinci defa davalıdan isteyemez” (Yargıtay 4.HD, 06.11.1970, E.1970/6311, K.1970/7991, Kaçak, a.g.e., s.435).

⁵⁷² “Davacının davalı işyerinde avukat olarak çalıştığı hizmet sözleşmesinin 6. maddesinde “şirket lehine hükmedilip tahsil edilen vekâlet ücretinin Yönetim kurulunun belirleyeceği esaslara göre ödenir” kuralına yer verildiği görülmektedir. Davalı şirketin dava konusu 19.7.1994 tarih ve 40 sayılı Yönetim Kurulu kararında 20.10.1993 tarih ve 64/2 numaralı kararı ile şirket lehine hükmedilip tahsil edilecek vekâlet ücretleri konusunun daha sonraki toplantılarda görüşülüp karara bağlanması uygun görüldüğünden bahisle şirket lehine hükmedilip tahsil edilen icra takipleri ve davalardan dolayı tahakkuk eden yasal vekâlet ücretlerinin net olarak ilgili avukatlara ödenmesi esası kabul edilmiştir. Ancak bu karar 1994 yılında, tahakkuk eden vekâlet ücretlerine ilişkin bulunmamaktadır. Zira 9.12.1994 tarihli 84 sayılı davalı şirket yönetim kurulu kararında iptaline karar verilen 19.7.1994 tarih ve 40 nolu karar o tarihten önceki yıl sonu itibarıyla tahakkuk edip tahsil edilen ve kazanılmış hak oluşturan, 1993 yılı vekâlet ücretlerinin ödenmesi esasını göstermekte olup 1994 yılı sonunda tahakkuk edecek ve tahsil olunacak vekâlet ücretleri ile ilgili bulunmamaktadır. Davacının icra takiplerinde mesaisi 1994 yılı için söz konusu olduğu gibi muvafakat ettiği 64 sayılı Yönetim Kurulu Kararının 2. paragrafında anılan yıl için toplam net 180.000.000 TL'nin hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır” (Yargıtay 9.HD, 23.06.1998, E.1998/8441, K.1998/10666, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

⁵⁷³ Yargıtay 9.HD, 30.06.2005, E.2004/33336, K.2005/23372, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006.

aradaki vekâlet ilişkisinin iş ilişkisinden doğduğunu söylemek doğru değildir. Avukatlık öyle bir meslektir ki süre ve bağımlık temelinde yapılırsa dahi vekâlet ilişkisi iş ilişkisiyle birlikte doğar. Hatta şirket avukatlarının duruşmalara girmelerinin, barolara kayıt olmalarının yasak olduğu birçok ülkenin aksine, ülkemizdeki şirket avukatlarının temel görev tanımlarının çoğu zaman *-hukuki mütalaalar vermekten çok-* vekil sıfatıyla davaları ve icra takiplerini takip etmek olduğunu söylemek yanlış olmaz. O halde ortalama bir işçi avukat ile işvereni arasındaki hukuki ilişkide ne vekâlet ilişkisi iş ilişkisinden ne de iş ilişkisi vekâlet ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Üstelik genellikle iş ilişkisinin diğerine üstünlüğü dahi söz konusu değildir. Çünkü işvereni adına Adliyede davalara giren, takipleri yürüten işçi avukat, basit bir işçinin sahip olmadığı bir takım kamusal yetkileri kullanır. Bu açıdan bakıldığında bire çok tipik edimli karma sözleşme olan işçi avukatlık sözleşmesindeki, avukat sıfatıyla müvekkil işveren adına hareket etme edimi söz konusudur. Anılan edime öncelikle Avukatlık Yasası'nın uygulanması gerekir.

Yukarıdaki yaklaşımın önemli bir sonucu, *“dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir”* şeklindeki 1136 Sayılı Avukatlık Yasası md.164/Son hükmünün şirket avukatlarına da uygulanmasıdır. Kuşkusuz *-Yargıtay'ın da açıkça vurguladığı gibi-* anılan hüküm emredici nitelik taşımamaktadır ve aksi her zaman karşılaştırılabilir⁵⁷⁴. Ancak

⁵⁷⁴ “1136 Sayılı Kanunun 164. maddesinde yer alan *“Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa belirlenecek vekâlet ücreti avukata aittir.”* hükmü, taraflar arasındaki sözleşmeye de uygulanabileceği bir an için kabul edilmiş olsa dahi, sözleşmenin 4. maddesinde, taraflar dava sonunda tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin avukata ait olacağını, ancak bu miktarın 657 sayılı Yasa ile sınırlı olarak ödenebileceğini serbest iradeleri ile kararlaştırmışlardır. Bu hükmün geçerli olup olmadığı BK. mad 19/11-20 ye göre değerlendirilmelidir.

BK. mad. 19/11-20/1 uyarınca emredici hukuk kurallarına, ahlaka (adaba) kamu düzenine yahut kişilik haklarına aykırı olmamak koşulu ile taraflar akdın muhtevasını diledikleri gibi karşılaştırabilirler.

Anılan hükmün emredici olup olmadığı ise öncelikle metnin yazılışından düzenleme amacından anlaşılır. Genel ahlak kamu düzeni, kişilik hakları, zayıfın korunması amaçlanan hükümler emredicidir. Avukatlık Kanunu mad. 164/2. fıkrasında yer alan *“yüzde yirmi beşi geçmemek üzere”* üçüncü fıkrada *“mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz”* keza *“Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekâlet ücreti karşılaştırılmaz”* ifadelerine rağmen mahkemece karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin avukata ait olacağına ilişkin mad. 164/f. son hükmü yasaklayıcı bir anlatım içermediği gibi, bu hükmün genel ahlak, kamu düzeni kişilik hakları ve zayıfın korunması haklarına ilişkin olmadığı, bu nedenle düzenleyici norm olduğu kabul edilmelidir.

özellikle üç nedenle, 164.maddenin işçi avukat lehinde bir karine teşkil etmesi gerekir. Birincisi, ülkemizde avukat sıradan bir işçi değildir; baroya aidat ödeyen, bir takım kamusal yükümlülükleri ve yetkileri olan, her şeyden önce uymakla yükümlü olduğu ayrıntılı meslek kuralları bulunan bir çalışandır. İkincisi, örneğin ülkemiz açısından davalarda ve icra takiplerinde çalıştıkları şirketleri temsil yetkisi bulunan işçi avukatların çalıştırılmasından, işveren konumundaki şirketlerin çok önemli kârlar elde etmesidir. Gerçekten avukat istihdam eden ortalama düzeyde bir şirket, serbest piyasa koşullarında her bir hukuki mesele için ayrı vekâlet ücreti belirlenmesi durumuna oranla çok daha az masraf yapmaktadır. Üçüncü olarak, “vekâlet ücreti”, avukatlık mesleğine özgü, iş ilişkisinden bağımsız, iş sözleşmesi kurallarıyla izahı güç olan bir müessesedir; doğrudan doğruya iş ilişkisindeki tarafların karşılıklı borçlarına ait kurallara tabi tutulamaz. Özetle, taraflar arasındaki menfaatler dengesi de göz önünde tutulduğunda, Avukatlık Yasası md.164/Son hükmünün süre ve bağımlılık temelinde iş gören işçi avukatlar için de bir karine teşkil etmesi gerekmektedir.

Bundan ayrı 164. maddenin son fıkrasında yer alan "aksi kararlaştırılmadıkça" ifadesinin 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen metinde yer almaması bu hükmün (164. maddenin son fıkrası (ilk cümlesinin) aksine sözleşme yapılamayacağı sonucunu doğurmaz. Böyle bir düzenleme ile hükmün yasak -buyruk- koyan emredici hukuk normu haline geldiği de kabul edilemez” (Yargıtay 3.HD, 14.07.2005, E.2005/7644, K.2005/7978, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006); Aynı yönde:

*“Bu değişiklik 163.maddede yapılan ve avukat ile iş sahibi arasındaki avukatlık sözleşmesinin yazılı olması şartını kaldıran düzenleme ile paralel bir düzenlemedir. Yani avukat ile iş sahibi isterlerse karşı tarafa yüklenen vekalet ücretinin iş sahibine ait olacağına ilişkin sözleşme yapabilirler” (Aydın, a.g.e., s.80); Aksi görüş için bkz.: Deniz Küzeci ve Kemal Vuraldoğan, “Avukata Ait Olan Vekalet Ücreti Kimin Lehine Hükmedilmelidir?”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:64, Sayı:2006/1, (Türk Hukuk Sitesi, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_268.htm, 26.09.2006); Özgür Biyan, “Karşı Tarafın Avukatına Ödenen Bedellerin Gelir Vergisi ve KDV Karşısındaki Durumu”, **Mali Pusula**, Yıl:2, Sayı:18, Haziran, 2006, <http://www.inisiyatif.net/document/35.pdf#search=%22%20%22avukat%4%B1k%20s%C3%B6zle%C5%9Fmesi%22%20filetype%3Apdf%22>, 27.09.2006, s.3.*

C. Yabancı Tipte Yan Edim İçeren Sözleşmelere Örnek: Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulduğu Adi Şirket Sözleşmeleri

1. Genel Olarak

Adi şirket sözleşmesine emeğin sermaye payı olarak konulmasının iş hukukunda bir yansıması bulunmaktadır. Söz konusu yansımayı saptayabilmek için sözleşmenin konuyla ilgili yanlarını kısaca da olsa ortaya koymak gerekmektedir. Öte yandan, “emek” kavramı “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” kavramından daha geniş bir içeriğe sahip olup konusu iş görme olan bütün sözleşmelerdeki iş görme edimlerini kapsamına alır. Bununla birlikte, çalışmanın amacı açısından emek, “*süre ile bağımlılık temelinde iş görme*” niteliğindeki emek olacaktır. O halde, öncelikle adi şirket sözleşmesi üzerinde kısaca durulacak, ardından *-konumuza doğrudan etki etmesi sebebiyle-* emek kavramının çerçevesi çizilecektir. Sonrasında emeğin sermaye payı olarak konulduğu adi şirket sözleşmelerinin hukuki özellikleri incelenecek; nihayet anılan sözleşmelere bağlanabilecek hüküm ve sonuçlar açıklanacaktır.

2. Adi Şirket Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Nitelikleri

Borçlar Kanunu'nun “*adi şirket*” başlıklı 23. babının başındaki 520/I. maddesi uyarınca şirket, iki veya daha fazla şahsın, emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek için birleştirmeyi iltizam ettikleri bir sözleşmedir. Zikredilen madde salt adi şirketi değil her çeşit şirketi tanımlamaktadır; buna göre sadece iktisadi amaçla değil her çeşit ortak amaçla şirket kurulabilir⁵⁷⁵. O halde adi şirket müessesesi hukukumuzda bir “*ana şirket*” olarak belirlemektedir. Adi şirket

⁵⁷⁵ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 9.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2003, s.56; Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, Beta Basım (Yay.No:743), İstanbul, 1998, s.9; Adi şirketin sadece iktisadi amaca yönelik olarak kurulabileceği yönündeki aksi görüş için bkz.: Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku (II.Şirketler Hukuku)**, 2.Baskı, Ankara, 1973, s.126; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku**, 4.Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2003, s.23; Orhan Nuri Çevik, **Uygulamada Şirketler Hukuku**, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994, s.19.

sözleşmesine ilişkin hükümler boşluk olması halinde derneklere, hatta kuruluşu tam gerçekleşmeyen ticaret şirketlerine bile uygulanır; genel hüküm niteliğindedirler⁵⁷⁶.

BK md.520’de yapılan tanımlamanın eksikliği ve yetersizliği hakkında yer yer görüşler dile getirilmiştir. Bir görüşe göre, adi şirket sözleşmesinin katılanlar arasında şahsi bağlantı kurmasının ve şahıs birliği doğurmasının yasada yer almaması eksiklik⁵⁷⁷. Bir başka görüş, anılan durumun eksiklik olarak değerlendirilemeyeceğine, çünkü şahıs birliğinin tüzel kişilik oluşturmaması sebebiyle hukuksal değerinin sınırlı olduğuna ve adi şirketin unsurunu değil sonucunu teşkil ettiğine dairdir. Ancak, “*ortak amaç için birlikte çaba*” unsurunun yeterince açık vurgulanmaması eksiklik olarak kabul edilebilir⁵⁷⁸. Yine de adi şirket sözleşmesinin borç doğurucu yönünün şahıs birliği kurucu yönüne ağır bastığını vurgulamak gerekir⁵⁷⁹.

Kural olarak adi şirket sözleşmesinin kurulması yazılı şekil şartına bağlı değildir; yazılı şekil geçerlilik değil ispat şartıdır⁵⁸⁰. Ancak, yasal olarak devri özel bir şekle tabi kılınmış bir şeyin sermaye payı olarak konması halinde o şekle riayet zorunludur. Örneğin, “*ortaklığa sermaye olarak taşınmazın konulması vaad edilmişse bu vaadin noterlikçe düzenlenme biçiminde yapılması gerekir. Bu koşula uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz olup taraflara hiçbir hak sağlamaz*”⁵⁸¹. Öte yandan “*bu zorunluluk ortaklık sözleşmesinin tümünü kapsamaz. Ortaklık sözleşmesinin taşınmaz mallarla ilgili bölümünün kamusal biçimde düzenlenmesi geçerlidir, yeterlidir*”⁵⁸².

Adi şirketin tüzel kişiliği yoktur ancak, yine de sözleşme ile ortaklardan bağımsız bir kişisel birlik söz konusudur⁵⁸³. Sözleşme unsurları “*şahıs*”, “*sözleşme*

⁵⁷⁶ Tuğrul Ansay, **Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Yay.No:59), Ankara, 1967, s.34.

⁵⁷⁷ Ümit Doğanay, **Adi Şirket Akdi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No: 305), İstanbul, 1968, s.4-5.

⁵⁷⁸ Barlas, a.g.e., s.9-10.

⁵⁷⁹ Macit Yalman ve Erbay Taylan, **Adi Ortaklık**, Ankara, 1976, s.19.

⁵⁸⁰ Pulaşlı, a.g.e., s.12; Yargıtay 13.HD, 28.06.1984, E.1984/3290, K.1984/4923, Çevik, a.g.e., s.23.

⁵⁸¹ Yargıtay 13.HD, 18.02.1980, E.1979/6916, K.1980/974, Çevik, a.g.e., s.23.

⁵⁸² Yargıtay 13.HD, 30.03.1981, E.1981/696, K.1981/2220, Çevik, a.g.e., s.23.

⁵⁸³ Doğanay, a.g.e., s.4-5, 31; Barlas, a.g.e., s.13; Yalman ve Taylan, a.g.e., s.18, 20.

ilişkisi”, “katılma payı”, “ortak amaç” ve “ortak amacın gerçekleştirilmesine katılma niyeti (işbirliği)” olarak ayrıştırılabilir⁵⁸⁴. Yargıtay da bir ilişkinin “yalın (adi) ortaklık olarak tanımlanabilmesi için, Ticaret Yasası’nda tanımlanan ortaklıkların belirli niteliklerini taşımaması koşulu yanında; ilişkide ayrıca sözleşme, sözleşmeyi yapacak kişiler, katılma payı, ortak amaç ve işbirliği öğelerinin bulunması gerektiği” kanısındadır. Sayılan öğelerden “sözleşmenin varlığı ya bağlayıcı (iltizamî) işlem ya da amaç doğrultusunda bir çalışmanın varlığı ile belirlenir. Amaç doğrultusunda çalışma ise az-çok işbirliğini gerektirir. Bu öğenin bulunması sözleşmeyi sonuca katılmalı hizmet ya da ödünç gibi öteki tür sözleşmelerden ayırır”⁵⁸⁵.

Adi şirket sözleşmesine emeğin sermaye payı olarak konulması durumunda ortaya iş sözleşmesi benzeri bir durum çıkar⁵⁸⁶. Ancak her çeşit emek aynı hukuki sonucu doğurmaz: inceleme konusunu iş hukukunun ilgi alanına giren emek koyma halleri ile sınırlamak gerekmektedir.

3. Çalışmanın Konusu Açısından “Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulması” Kavramının Sınırlandırılması

Adi şirkete sermaye olarak emek konulmasının ara sıra tavsiyelerde bulunmaktan tam gün çalışmaya kadar birçok değişik görünümü vardır⁵⁸⁷. Şirket için taahhüt edilen kişisel çalışma, devamlı, geçici, dönemsel veya bir defalık olabilir. Hatta bir şirket ediminin yerine getirilmesine yönelik olarak ortağın şirket dışı çalışma şeklinde emeğini koyması da mümkündür⁵⁸⁸. Ancak, iş hukukunun ilgi alanına giren emeğin kapsamı daha dar olduğundan, çalışmanın konusu açısından emek kavramının sınırlandırılması zorunludur. Burada iş sözleşmesinin karakteristik

⁵⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Doğanay, a.g.e., s.9 vd.; Barlas, a.g.e., s.13 vd.; Yalman ve Taylan, a.g.e., s.18 vd.

⁵⁸⁵ Yargıtay 13.HD, 24.11.1980, E.1980/6387, K.1980/6111, Hayri Domaniç, **Adi, Kolektif ve Komandit Şirketler**, Temel Yayın-Dağıtım, İstanbul, 1988, s.70.

⁵⁸⁶ Doğanay, a.g.e., s.43.

⁵⁸⁷ Ali Nazım Sözer, “Sendikalar Kanunu Açısından İşçilerin Şirket Ortaklığı”, **İktisat ve Maliye Dergisi**, Cilt:XXX, Sayı:7, Ekim, 1983, s.271.

⁵⁸⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, a.g.e., s.55.

edimini teşkil eden “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” ediminin adi şirkete sermaye olarak konulduğu durumlar incelenecektir. Örneğin, “*yöneticilik yapan adi şirket ortağının*” durumu konu dışı bırakılacaktır. Çünkü, BK md.530/I'deki açık hüküm dolayısıyla yönetici ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler vekâlet sözleşmesi kurallarına tabidir ve aksi kararlaştırılmadıkça iş sözleşmesi kurallarının kıyasen dahi uygulanması söz konusu olamaz⁵⁸⁹.

Öncelikle, sonuca katılmalı iş sözleşmesi ile emeğin sermaye payı olarak konulduğu adi şirket sözleşmesi birbirinden ayrılmalıdır. Sonuca katılmalı iş sözleşmesi, iş görme sonrasında ortaya çıkan ürünün işveren ve işçi arasında daha adaletli paylaşılması için işçinin işverenin kazancına katılması olarak tanımlanabilir⁵⁹⁰. Anılan sözleşmenin “*ortak amaç için çalışma ve iş birliği*” içermemesi, adi şirket sözleşmesi ile farklarının başında gelir⁵⁹¹. O nedenle işçinin zarara katılması da söz konusu olamaz. Oysa adi şirket sözleşmesinde kural olarak tüm ortaklar zarara katılırlar⁵⁹². İstisnai olarak yalnızca emeğini koyan ortakların zarara katılmaması kararlaştırılabilirse de bu durum üçüncü şahıslara karşı etkili değildir⁵⁹³. İcrai takibat durumunda zarara katılmaması kararlaştırılan ortağın önce borcu ödemesi ardında diğer ortaklara rücu etmesi gerekir. Öte yandan, işçi gördüğü işin ücretini isteyebilir ancak, işverenden taahhüt ettiği hizmetin ifasının kabulünü talep edemez. Adi şirkette ise emeğini koyan ortak, ediminin ifasının kabulünü isteyebilir. Ayrıca işçinin kontrol hakkı adi şirkete emeğini koyan ortağa oranla daha dardır; işletmeye müdahale hakkı ise yoktur. Nihayet, sonuca katılmalı iş

⁵⁸⁹ Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararı fikir verici olabilir: “*Yönetici ortak yönetim işlerini bir işçi ya da müstahdem gibi bir tabiiyet ilişkisi çevresinde değil, diğer ortaklarla eşit hakları bulunan bir kimse olarak (ortak sıfatıyla) yürütür. Diğer ortaklar yönetici ortağın yanındadırlar; yoksa tüzel kişiliği bulunmayan ve ortakların dışında bağımsız bir hukuki yapısı olmayan adi şirket, yönetici ortağın üzerinde bir işveren durumunda değildir. (...) Ancak bulunduğu durumdan ötürü kural olarak, vereceği talimatla başkasının zarara uğramasını önleyebilen kimse işveren (adam kullanan) sayılır. İşverenle kullanılan kişi arasındaki bu tabiiyet ilişkisi, bir adi şirketin ortakları ile yönetici ortak arasında yoktur*” (İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Resmî Külliyyatı, 84 II 981, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, s.207 – 208).

⁵⁹⁰ Doğanay, a.g.e., s.60; Yalman ve Taylan, a.g.e., s.36 – 37; Belirtmek gerekir ki Türk İş Hukuku Öğretisinde “*sonuca katılmalı hizmet akdi*” terimi kullanılmamaktadır. Tanımdan anlaşıldığı kadarıyla terim ile ücretin “*komisyon*” ya da “*kardan pay alma*” şeklinde belirlendiği iş sözleşmeleri kast edilmektedir.

⁵⁹¹ Yargıtay 13.HD, 24.11.1980, E.1980/6387, K.1980/6111, Domaniç, a.g.e., s.70.

⁵⁹² Doğanay, a.g.e., s.61.

⁵⁹³ Yalman ve Taylan, a.g.e., s.36 - 37.

sözleşmesinde işletmeyi işveren temsil eder, bağlantıları o yapar; işçiyle arasında ast-üst ilişkisi vardır⁵⁹⁴. Adi şirket sözleşmesinde ise emeğini koyan ortak ile diğer ortaklar arasındaki ast-üst ilişkisi diğerindeki kadar belirgin değildir. Sayılan esaslara göre sonuca katılmalı iş sözleşmesi olarak değerlendirilebilecek sözleşmeler çalışma konumuzun dışında kalmaktadır.

Öte yandan gerçek durum, ortada adi şirket değil iş sözleşmesi olduğunu gösteriyorsa zaten iş sözleşmesi olduğu kabul edilerek ona ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Karşılıklı sözleşmelerden olmayan adi şirket sözleşmesinde, emeğini koyan ortağa *-kardan pay yerine-* doğrudan doğruya ücret verilmesi, gerçekte hizmet akdinin varlığına ilişkin güçlü bir işaret olarak kabul edilebilir⁵⁹⁵. Ancak ortak bir amacın ve amaca ulaşmak üzere bir ortak çabanın varlığı halinde, edimlerden birisi süre ve bağımlılık temelinde iş görme ise bu sözleşmeyi adi şirket – iş sözleşmesi karması olarak nitelemek uygun olur. Burada karşısına gelen davada hâkimin ilk arayacağı husus, “*bireylerdeki duygu ve duygunun oluşturduğu irade*” olmalıdır. Taraf iradelerinin kar-zararı paylaşma niyetleri⁵⁹⁶, birliğe emek vs. şeklinde katılmak üzerinde hem fikir olduklarının anlaşılması, adi şirket sözleşmesinin varlığına işaret teşkil edebilir. Ayrıca hâkimin adi şirket sözleşmesinin esaslı unsurları olan “*ortak amaç*” ile “*ortak amaca yönelik çabanın*” gösterileceği konuların belirgin olmasını da gözetmesi gerekir⁵⁹⁷.

Bu noktada, konunun iş hukukuyla bağıını vurgulayan ilginç bir yaklaşımdan da bahsetmek gerekir. GÜZEL, “*bağımsız çalışma*”nın esaslı öğeleri olarak, “*üretim araçlarına sahip olma*”, “*zarardan sorumlu olma*” ve “*kara iştirak*”i gösterdiği bir yazısında, ortaklık ilişkisinde her üç öğenin de mevcut bulunduğunu; dolayısıyla artık bağımlılık ilişkisinin mevcudiyetinin araştırılmasının gereksiz olduğunu belirtmektedir. Yazara göre ortaklar eşittir ve “*eşitler arasında bağımlılık söz konusu*

⁵⁹⁴ Doğanay, a.g.e., s.61.

⁵⁹⁵ Doğanay, a.g.e., s.43 – 44.

⁵⁹⁶ Bu ölçüt her zaman mutlak değildir; yalnızca emeğini koyan ortağın sadece kara katılması kararlaştırılabilir (BK md.523/2). Ancak diğer ölçütlerin yanında yararlanılabilir.

⁵⁹⁷ Ancak sözleşmenin mevcudiyeti için temel unsurlardan olmayan kar ve zararın paylaşırma ölçüsünün, eşitlik ve aktif işbirliğinin araştırılması gerekmez (Yalman ve Taylan, a.g.e., s.23).

*olamaz*⁵⁹⁸. Gerçekten, iş hukuku öğretisinde, adi şirket sözleşmesi ortakları arasında eşitliğin, iş sözleşmesi tarafları arasında ise hiyerarşinin söz konusu olduğu; “*taraflar arasında ortaklık bulunması halinde iş ilişkisinden bahsetmek imkânı*” olmadığı görüşü taraftar bulmaktadır⁵⁹⁹. Oysa ortaklık ilişkisinin bağımlılık ilişkisi ile bağdaşmayacağı yönünde kesin bir yargıda bulunmak her zaman doğru olmayabilir. Adi şirket sözleşmesinde her ortağın eşit konumda bulunması mutlak değil yedek hukuk kuralına dayanmaktadır; aksi her zaman karşılaştırılabilir (BK md.523/I). Ayrıca eşitlik ve kar-zararın paylaşırma ölçüsü adi şirket sözleşmesinin esaslı unsurlardan değildir⁶⁰⁰. Kaldı ki hayatın akışı içinde hem şirket sözleşmesi niteliği taşıyan hem de bağımlılık ilişkisi içeren sözleşmeler yapılmaktadır. Ancak, şu noktanın da kuşkusuz unutulmaması gerekir: “*tabiatı gereği ortaklık ilişkisi ile bağdaşmayan işlerde emek ortaklık payı olamaz*”⁶⁰¹. Bir ortaklık ilişkisinin taraflarının her zaman eşit olması gerekmez de, bir ortağın kasaya bakması diğerinin ise tuvalet temizlemesi benzeri bir durumda, tuvalet temizliğinin ortaklık ilişkisi ile bağdaşmadığı söylenebilir. Ancak yine de her somut olay kendi koşulları içerisinde değerlendirilmelidir.

Bağımlı emeğin sermaye payı olarak konulduğu adi şirket sözleşmesine uygulamada rastlanan bir örnek, ticaretle uğraşması yasak olan bir memurun bakkal açmak için kendi mülkünde gerekli yatırımı yapması ve işletmesi şartıyla bir başka kişiyle elde edilen karı paylaşmak üzere anlaşmasıdır. Mülk ve mallar memurun olmakla birlikte, gizlice yazılı sözleşme yapılan kimse kendi adına vergi beyanında bulunacak ve memurun belirlediği belli mesai saatlerine riayet ederek mülk sahibinin talimatlarını yerine getirecektir. Karşılığında elde edilen kar karşılaştırılacak esaslar dâhilinde paylaşılacak, emeğini koyan ortağa ayrıca ücret verilmeyecektir. Bu türden örnekler “*gizli adi şirket*” (*iç ortaklık*) olarak adlandırılmakta ve genellikle geçici işler veya yasadan kaynaklanan yasakları dolanmak için gerçekleştirilmektedir⁶⁰².

⁵⁹⁸ Güzel, Bağımlılık, s.101.

⁵⁹⁹ Narmanlıoğlu, 1994, s.145; Güzel, Bağımlılık, s.101; Mollamahmutoğlu, 1995, s.34.

⁶⁰⁰ Yalman ve Taylan, a.g.e., s.23.

⁶⁰¹ Sözer, 1983, s.271.

⁶⁰² Pulaşlı, a.g.e., s.21; Çevik, a.g.e., s.21; Nizam İpekçi, **Şirketler Hukuku İlkeleri**, Ankara, 1986, s.29; Bugün için hakkında ayrı bir yasal düzenleme bulunmayan gizli adi şirket, eski 865 Sayılı Eski Ticaret Kanunu’nda bazı farklılıklarla da olsa “*hususî şirket*” adıyla düzenlenmişti (Yalman ve Taylan, a.g.e., s.20 - 21). Yeni Ticaret Kanunu’na hususî şirketlerin düzenlenmemesinin nedeni,

Gizli ortaklığın adi şirketin özel bir türü olduğu genel kabul görmektedir⁶⁰³. Dışarıya karşı sorumlu olarak görünen emeğini koyan ortağın, iç ilişkide hiçbir zarara katılmayacağı kararlaştırılsa bile, sözleşme ilişkisi iş sözleşmesine yaklaşmakta ancak asla bir iş sözleşmesi teşkil etmemektedir⁶⁰⁴. Ancak, ortada basit bir adi ortaklık sözleşmesi de bulunmamaktadır. Belirtilen türden sözleşmelere adi şirketlere ilişkin hükümlerin yanı sıra mahiyetleri ile uyduğu ölçüde hizmet akdine ilişkin hükümlerin de uygulanabilmesi mümkün olmalıdır.

Bir başka örnek, ziraatte “*ortakçılık*” (yarıcılık) olarak isimlendirilen sözleşmedir. Bir kimsenin, çıkacak mahsulün paylaşılması şartıyla tarlasının sürülüp, işlenip, ürünün toplanmasını çiftçiliği iyi bilen birisine bırakması durumunda taraflardan birisinin emeğini koyduğu bir adi şirket sözleşmesi kurulur⁶⁰⁵. Yargıtay’a göre, böyle bir durumda tarla sahibi mahsulün üzerinde mülkiyet hakkı kazanmaz; yalnızca mahsulün satılmasıyla elde edilecek paradan payına düşeni talep hakkını kazanır. O halde tarla sahibi, ortaklık şartlarından açıkça anlaşılmadıkça, mahsulün satıldığı fabrikaya iade için başvuramaz, sadece ortağına karşı bir alacak hakkı mevcuttur⁶⁰⁶. Örnekler çoğaltılabilir. Bu noktada, emeğin sermaye payı olarak konulduğu adi şirket sözleşmesine uygulanacak hükümlerin tartışılmasından önce,

gereğesinde böylesi ortaklıklara adi şirkete ilişkin BK hükümlerinin uygulanmasının daha doğru olacağı düşüncesi olarak belirtilmiştir (Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, a.g.e., s.47 vd.).

⁶⁰³ Ancak, BK’nun adi şirkete ilişkin hükümlerinde genel olarak dış ortaklığın düzenlendiğinin unutulmaması gerekir (Fatih Bilgili, **İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.45). Öte yandan, bölüm başlığı adi şirket olsa da örneğin md.520’de genel olarak şirket sözleşmesi –bir hayli de esnek olarak- düzenlenmiştir.

⁶⁰⁴ Salt emeğini koyan ortağın zarara katılmayacağına kararlaştırılması kuşkusuz üçüncü şahıslara etki etmeyecek; iç ilişkide belirleyici olacaktır.

⁶⁰⁵ Karayalçın, a.g.e., s.132; Şakir Berk, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:292), Ankara, 1972, s.227; DOĞANAY ise ortakçılık sözleşmesini sonuca katılmalı hasılat kirası akdi olarak kabul etmektedir. Ancak yazar, kiralayanın masraflara katıldığı durumlarda anılan sözleşmeyi adi şirket sözleşmesinden ayırt etmenin imkansızlaştığını da eklemektedir (Doğanay, a.g.e., s.62).

⁶⁰⁶ “*Ortaklık münasebeti altında borç doğuran bir münasebet olduğu için ortakların alacaklarda veya mallarda ortaklaşa malik oldukları, sadece ortaklık münasebetine dayanılarak, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez; bu yönün ortaklık şartlarından anlaşılması gerekir. Bir kimsenin tarlasına ortağın ekeceği pancarı ortak tarafından şeker fabrikasına satılıp mal parasının ortaklar arasında paylaşılması amacıyla yapılan ortaklık akdinde, o kimse kural olarak, pancarlar üzerindeki mülkiyet hakkını değil, sadece pancar parasından payına düşecek olanı ortağından isteme hakkını (yani ortağına karşı bir alacak hakkı) kazanmış olur*” (Yargıtay HGK, 03.04.1963, E.1963/5-İİD, K.1963/6, Hasan Birkaş, **Ticaret Şirketleri ve Tatbikat**, 4.Baskı, Ercivan Matbaası, İstanbul, 1975, s.15).

“*isimsiz sözleşme*” olarak telakki edilip edilemeyeceği meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

4. Emegın Sermaye Payı Olarak Konulduğu Adi Şirket Sözlşmelerinin Hukuki Özellikleri

Emegın sermaye payı olarak konulduğu adi Şirket sözlşmesinin “*isimsiz sözleşme*” olup olamayacağı meselesinin çözümü için adi Şirket sözlşmesinin bazı teknik özelliklerinin ortaya konması gerekmektedir. Öncelikle, adi Şirket müessesesi bir yanıyla şahsın hukukuna ait özellikler taşısa da, tarafları için borçlar doğurduğundan dolayı, borçlar hukuku karakteri ağır basmaktadır. Ancak, bu durum ortada klasik bir borçlar hukuku sözlşmesi olduğu anlamına gelmez. Çok taraflı bir hukuki muamele olan adi Şirkette iki veya daha çok taraf olabilir. Sözlşmedeki borç konusu da kanunda açıkça belirlenmemiştir; edimler birkaç farklı sözlşmeye ait olabilir⁶⁰⁷. Ayrıca karşılıklı sözlşmelerde ifada bulunan tarafın kendi edimi üzerinde hakkı kalmaz. Ancak, adi Şirket sözlşmesinde edim ifa edilse de, o değer üzerinde ifa eden ortak söz sahibi olmaya devam eder⁶⁰⁸. Karşılıklı sözlşmelerin aksine “*edimlerin değişimi*” değil, birleşerek aynı ortak amaca yönelmeleri söz konusudur⁶⁰⁹. O nedenle, adi Şirket sözlşmesinde edimlerin birbirinin ivazı olarak kabul edilmemesi gerekir⁶¹⁰.

Adi Şirkette edimlerin birleşiminin söz konusu olmasının pratik sonucu, bir tarafın borçlanmasıyla salt diğer tarafın alacak hakkı kazanmayıp “*şahıs birliği*” olarak ortakların tümünün anılan hakkı kazanmasıdır. Taahhütte bulunan “*her ortak taahhüdü nedeniyle hem alacaklı hem borçlu durumuna girmektedir*”⁶¹¹. Bu alacaklılık ve borçluluk, kendisi dışındaki diğer ortaklara karşı değil, Şirkete karşı söz konudur⁶¹². Üstelik edimler arasında ortak amacın gerçekleştirilmesi için ne derecede

⁶⁰⁷ Doğanay, a.g.e., s.21-22.

⁶⁰⁸ Barlas, a.g.e., s.47.

⁶⁰⁹ Hatemi, Serozan ve Arpacı, a.g.e., s.576; Doğanay, a.g.e., s.21-22.

⁶¹⁰ Barlas, a.g.e., s.46.

⁶¹¹ Yalman ve Taylan, a.g.e., s.19.

⁶¹² İpekçi, a.g.e., s.31.

gerekiyorsa o derecede bağıllık vardır⁶¹³. Belirtilen açılardan da alışlagelen borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı niteliğe sahiptir.

Yine de adi şirketin bir “sözleşme” olduğunu unutmamak gerekir: Adi şirket akdi “karar” değildir. Kararların aksine çoğunluğun mutabık kalması kuruluşuna yetmez; kurucuların tümünün karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları şarttır. “Müşterek hukuki muamele”den de bahsolunamaz. Birden fazla kişinin, üçüncü şahıslara karşı birlikte hareket etmek üzere –aralarında borç ilişkisi kurmaksızın– birbirine paralel ortak irade beyanlarında bulunması söz konusu değildir. Aksine, adi şirkette ortaklar birbirlerine karşı kendilerini borç altına sokarlar ve ortak amacı gerçekleştirmek üzere aralarında şahsi ilişki kurarlar⁶¹⁴.

Öğreti, ağırlıklı olarak adi şirketin karşılıklı (tam iki tarafa borç yükleyen – sinallagmatik) sözleşmelerden olmadığı; kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu görüşündedir⁶¹⁵. Yargıtay’a göre de, “*adi ortaklık karşılıklı borçları kapsayan bir akit olmayıp herkesin belli bir amaca ermek için bir takım borçlar altına girdiği bir akittir ve buradaki borçlar hukuk bakımından birbirinin karşılığı sayılmaz*”⁶¹⁶. Gerçekten, adi şirket sözleşmesinin karşılıklı sözleşmelerden olmadığı açıktır. Ancak kendine özgü sözleşme olarak nitelenmesi de doğru değildir. Eğer yasal düzenleme olmasaydı “kendine özgü” nitelemesi doğru olabilirdi. BK md.520 vd. hükümleri karşısında, “*iki veya daha çok tarafa borç yükleyen*” ama karşılıklı sözleşmelerden farklı “*tipik*” bir sözleşme” olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır.

Adi şirket sözleşmesinin ortak amaç unsuru nedeniyle karşılıklı sözleşmelerden ayrılması, isimsiz sözleşmelerin parçasını oluşturmasını, özellikle karşılıklı borçlar hukuku sözleşmeleriyle bir araya gelerek “*karma sözleşme*” oluşturmasını tartışmalı hale getirmektedir. BARLAS adi şirket sözleşmesinin karma

⁶¹³ Adi şirket sözleşmesi edimleri arasında doğuştan ve görev bakımından bağıllık hakkında daha fazla ayrıntı için bkz.: Doğanay, a.g.e., s.26.

⁶¹⁴ Yalman ve Taylan, s.18-19; Doğanay, a.g.e., s.19-21; Barlas, a.g.e., s.41.

⁶¹⁵ Doğanay, a.g.e., s.22; Yalman ve Taylan, a.g.e., s.19, 47.

⁶¹⁶ Yargıtay HGK, 11.12.1963, E.1963/4-26, K.1963/96, Birkaş, a.g.e., s.15; Aynı yönde bkz.: Yargıtay 13.HD, 07.12.1967, E.1966/3944, K.1967/4529, Doğanay, a.g.e., s.23.

ya da bileşik sözleşmelerden olmadığı görüşündedir⁶¹⁷. DOĞANAY, karşılıklı sözleşmelere özgü hükümlerin uygulanmasını mümkün kılmak için yapay ve zorlama yöntemlerle karşılıklı sözleşme kurumunun kapsamının genişletilmeye çalışılmasının, kavramın belirsizleşmesine yol açtığını; oysa hükmün konulma gayesinin esas olduğunun gözden kaçırılmaması gerektiğini vurgulamıştır⁶¹⁸. BİLGİLİ, klasik “*dış adi şirket*” sözleşmeleri dışında kalan adi şirket sözleşmelerini “*atipik ortaklık sözleşmeleri*” olarak nitelemektedir⁶¹⁹. SEROZAN ise katımlı kira (şirket-kira) ya da faizsiz finans kurumlarıyla yapılan katımlı ödünç (şirket-ödünç) benzeri sözleşmelerin karma nitelik taşıdığı görüşündedir. Yazara göre, böylesi sözleşmeleri kendine özgü sözleşmeler olarak nitelenmesi uygulama açısından herhangi bir değişiklik yaratmaz⁶²⁰.

KUNTALP ise “*Karışık Muhtevalı Akit*” adlı kitabında adi şirket sözleşmesinin niteliği üzerine ayrıntılı bir değerlendirme yapmış ve anılan sözleşmenin doğası gereği bir karma sözleşmeye sebebiyet veremeyeceği sonucuna varmıştır. Burada sözleşmelerin “*tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitler*” ve “*tipleri güdülen gayeye bağlı akitler*” olarak iki üst başlık altında toplanmasından bahsetmek gerekir. **Birinci gruptaki** sözleşmelerin temel özellikleri, edimlerin içeriklerinin ve yüklenilme biçimlerinin, sözleşmenin tipini doğrudan etkilemesi, tipe sıkı bağlılık içinde olmalarıdır. Örneğin, satım sözleşmesinin asli edimi olan teslim ve mülkiyetin nakli tip belirleyici role sahiptir. İş sözleşmesinde süre temelinde bağımlı olarak iş görme edimi, kirada ise kullandırma edimi benzer şekilde tip belirlerler. Oysa **ikinci gruptaki** sözleşmelerde, tipi güdülen amaç belirler; edimler ise farklı tiplerden devşirilebilir. Bu tür sözleşmelere en tartışmasız örnek adi şirket sözleşmesidir⁶²¹. Gerçekten, bir adi şirket sözleşmesinde güdülen “*ortak amaç*” sözleşmede tip belirleyici role sahiptir. Edimler ise kira sözleşmesinden iş sözleşmesine kadar çeşitli sözleşmelere ait olabilir; yasa burada zımni bir karışım öngörmüştür.

⁶¹⁷ Barlas, a.g.e., s.48, 43.

⁶¹⁸ Doğanay, a.g.e., s.24.

⁶¹⁹ Şirketler hukukunda “*sınırlı sayı*” ilkesi hakkındaki tartışmalar için bkz.: Bilgili, a.g.e., s.45 vd.

⁶²⁰ Serozan, Borçlar, s.67 – 68.

⁶²¹ Kuntalp, a.g.e., s.68.

Yukarıdaki görüşlerde genel anlamda haklılık payı olduğu söylenebilir. Ancak, ortak amaca yönelik olan adi şirket sözleşmesinin karşılıklı sözleşmelerle hiçbir şekilde “*karma sözleşme*” ilişkisine giremeyeceğini söylemek gereğinden fazla ağır bir değerlendirme olabilir. Özellikle **iki ortaktan oluşan adi şirketler açısından** –*istisnaları saklı olsa da*- karşılıklı sözleşmelerden pratik anlamda fazla bir fark bulunmamaktadır⁶²². TEKİNAY da böyle bir şirketin “*karşılıklı edimleri havi akit*” niteliğinde kabul edilebileceği görüşündedir⁶²³. Gerçekten, teknik tartışmalar bir yana, iki ortaklı bir adi şirkette her ortağın koyduğu pay ile şirkete sağladığı katkı fiilen kolayca ayrıştırılabilir. BK md.521/I’de yer alan “*hilafına mukavele olmadıkça sermayeler şirketin gayesinin ehemmiyet ve mahiyette ve yekdiğerine müsavî olmak lazımdır*” hükmü de aynı görüşü destekler niteliktedir. Benzer şekilde, karşılıklı sözleşmelerde de değişilen edimler arasında denklik ilişkisi esastır: borçlanan kişi ilke olarak, kaybettiği malvarlığına denk düşecek bir hak veya yarar kazanmayı hedefler⁶²⁴.

İkiden fazla ortaktan oluşan adi şirketler açısından durum daha karışıktır. Ancak adi şirkette ortak amaç söz konusu olsa da ortaklar arasında çıkar çatışması olduğunun unutulmaması gerekir. Her ortağın en az sermaye payı ve yükümlülük ile en fazla hak sahibi olmayı amaçlaması eşyanın tabiatı gereğidir⁶²⁵. O halde, sözleşme tipleri arasındaki sınırların belirsizleştiği bazı durumlarda karma sözleşmelere ilişkin birikim ve yöntemlerden yararlanmak mümkün olmalıdır. Karma sözleşme, çeşitli yasal tiplere ait asli ya da tali unsurların yasanın öngörmediği biçimde -birbirleriyle veya kendine özgü başka unsurlarla- tek bir sözleşmede bütünleşmesiyle oluşan akittir. Burada “*yasanın öngörmediği biçimde*” tabiri üzerinde yoğunlaşmak gerekir. Yasanın adi şirket sözleşmesinin çeşitli karşılıklı sözleşmelere ait edimler içerebileceğini belirtmiş olması tek başına, yasa tarafından düzenlenmiş, hüküm ve sonuçları açıkça bağlanmış bir müessese karşısında olduğumuzu göstermez. Özellikle emek konusunda yasa, “*emeğin sermaye payı olarak konulabileceğini*” belirtmiş (BK md.520/I, md.521/I) ve “*yalnızca emeğini koyan ortağın zarara ortak*

⁶²² Yalman ve Taylan, a.g.e., s.44-45.

⁶²³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.1099.

⁶²⁴ Karşılıklı sözleşmelerdeki denklik ilişkisinin BK md.521 hükmüne aykırı olduğu yönündeki aksi görüş için bkz.: Doğanay, a.g.e., s.27.

⁶²⁵ Doğanay, a.g.e., s.21.

olmayarak yalnızca kara iştirak ettirilebileceğinin kararlaştırılmasının mümkün olduğu” hükmü (BK md.523/II) dışında herhangi bir kural koymaktan kaçınmıştır. Bir de *–süre ve bağımlılık temelinde iş görmeye ilgisi olmamakla birlikte-* ücret alan yönetici ortağın vekâlet sözleşmesine göre sorumlu olacağı (BK md.528/II) ile ortaklararası ilişkilerin yasa veya sözleşme aksini söylemedikçe vekâlet hükümlerine tabi olacağı hükümleri vardır (BK md.530/I). Oysa adi şirketin kapsamı öylesine geniştir ki belirtilen hükümlerin, her bir tipik edimi “*yasanın öngörmesi*” anlamını taşıdığını söylemek zordur. İstisnai olarak, sermaye payının bir şeyden yararlandırılması olması halinde adi kiranın; mülkiyet olması durumunda ise satım sözleşmesinin “*hasar ve tekeffüle ilişkin hükümlerinin*” uygulanacağına ilişkin hükümler öngörme niteliğinde sayılabilir (BK md.521/II). Ancak, bilhassa emeğin sermaye payı olarak konulması hakkında yasada yer alan hükümlerin, genel olarak sözleşme serbestisinin vurgulanmasıyla eşdeğer olduğunu söylemek yanlış olmaz: Yasanın, emeğin sermaye payı olarak konulabildiği bir adi şirket sözleşmesini “*yasaklamamasıyla*” “*yapılabileceğini bildirmesi*” arasında *–sözleşme serbestisi ilkesi göz önünde tutulduğunda-* bir fark bulunmamaktadır.

Öte yandan, ortak amaca yönelik adi şirket sözleşmesi ile değişim amacına yönelik karşılıklı sözleşmelerin bir araya gelerek karma sözleşme oluşturmasını yasaklayıcı bir hüküm de göze çarpmamaktadır. Tersine, adi şirketle diğer sözleşmeler arasındaki bu derin farklılık nedeniyle çeşitli hükümler arasında çıkabilecek çatışmaların giderilmesinde karma sözleşmelere ilişkin yöntemler uygulamada işe yarayabilir. Örneğin, bir adi şirkette ortaklardan birinin çok yüksek değerli gayrimenkulünü kullandırmayı sermaye olarak koyması ve diğer ortakların ayrıca bu ortağa her sene belli bir meblağı kira olarak vermeyi üstlenmeleri halinde ortada saf bir adi şirket sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Ortaya çıkan sözleşmede anılan ortağın ediminin bir kısmı ortak şirket amacına (societas), bir kısmı da karşılıklı sözleşmelere özgü değişim (sinalagma) amacına yöneliktir⁶²⁶.

⁶²⁶ Heinrich Hoeniger, **Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge**, I. Bd., Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim/Leipzig, 1910, s.52, 184, 278’den aktaran: Kuntalp, a.g.e., s.69, 75, 76.

KUNTALP, yukarıdaki örnekte tek bir şirket sözleşmesi değil; ayrı ayrı “*adi şirket*” ve “*kira*” sözleşmeleri bulunduğu görüşündedir. Yazara göre, aslında önce taraflar arasında bir kira sözleşmesi yapılmış, taşınmazın kullanımını diğer ortaklara terk edilmiştir. Sonra da taşınmazın sahibi ortak, diğer ortaklarla bir adi şirket sözleşmesi yapmış ve sermaye payı olarak da taşınmazın kullanımını değil kira bedelinin “*her sene kendisine ödenmesi kararlaştırılan meblağ*” dışında kalan kısmını koymuştur⁶²⁷. Belirtilen görüş birkaç açıdan eleştirilebilir. Önce bir kira sözleşmesi yapıldığı, ardından da adi şirket sözleşmesi yapıldığı yorumu tümüyle yanlış olmasa bile “*zorlama*” olarak değerlendirilebilir. Şöyle ki, somut olayda temel nokta bir ortak amacın gerçekleştirilmesidir. O yüzden ki mal sahibi, değerli gayrimenkulünün kullanımını şirkete tahsis etmiş ancak mağdur olmaması için böyle bir formül geliştirilmiştir. Öncelikli amacı malını kiraya verip, alacağı paranın bir kısmıyla adi şirkete ortak olmak olsaydı, değerli taşınmazını rahatlıkla başka kimselere kiraya verip her yıl elde edeceği parayı sermaye olarak koymayı taahhüt ederdi. Oysa gaye, taşınmazın özelliklerinden şirketin yararlandırılarak ortak amacın gerçekleşmesine katkı sağlayacak tek bir sözleşme akdetmektir. Öte yandan, iki ayrı sözleşme olduğu varsayılsa dahi, bunların “*bağlı (birleşik) sözleşmeler*” teşkil ettiğini kabul etmek gerekir: Aynı taşınmaz tahsis edilerek iki ayrı edim borcu taahhüt edilmek suretiyle her iki sözleşmenin muteberlikleri birbirlerine bağlı kılınmış ve böylelikle birleştirilerek iktisadi açıdan da bir bütün haline getirilmiştir. Bu, şekilde karşılıklı sözleşmelerle birleştirilme kabiliyetine sahip olan adi şirket sözleşmesinin bazı hallerde aynı şekilde karma sözleşme ilişkisine girmesi de mümkün olabilir. Zaten karma sözleşmeler ile *bağlı (birleşik) sözleşmeler* arasındaki sınırlar birçok durumda belirsizdir. Nitekim HATEMİ, SEROZAN ve ARPACI, “*bileşik sözleşmeyle karma sözleşme arasındaki sınırların adamakullu silik*” olduğunu vurguladıktan sonra, “*İsviçre’de bileşik sözleşme olarak görülen kimi inşaat ve kapıcılık sözleşmelerinin ülkemizde karma sözleşme olarak nitelendiklerine*” işaret etmişlerdir⁶²⁸. KANETİ ve SUNGURBEY de, öğreti ve Yargıtay içtihatlarında çift tipli karma sözleşme olduğunda tartışma bulunmayan⁶²⁹ “*arsa payı karşılığında kat*

⁶²⁷ Kuntalp, a.g.e., s.76.

⁶²⁸ Hatemi, Serozan ve Arpacı, a.g.e., s.44.

⁶²⁹ “*Görülüyor ki davalının edimi (borcu) eser sözleşmesinin (istisna akdinin); davacının karşı edimi ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece taraflar arasında arsa payı karşılığında kat (apartman) yapımı diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme*

yapımı” sözleşmesinin, birincisi “*gayrimenkul satış vaadi*”, ikincisi ise “*inşaat sözleşmesi*” olarak iki ayrı sözleşmeye bölünerek vergi avantajı sağlanması durumunda, her iki sözleşmenin bağlı (*birleşik*) sözleşmeler olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündedirler⁶³⁰. Benzer yönleri bulunan bir olayda Yargıtay “*gayrimenkul satış vaadi ve inşaat sözleşmesi başlıklı bir sözleşmenin içeriği itibarıyla hukuki nitelikçe (...) satış vaadi, eser yapma vaadi ve adi ortaklık sözleşmelerinin birbirinden ayrılmayacak şekilde unsurlarını ihtiva eden birinin diğerine üstün egemenliği bulunmayan karma tipli bir sözleşme olduğu*” sonucuna varmıştır⁶³¹. O halde arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesi koşullarında gerçekleştirilecek bazı oynamalar ve değişikliklerle adi şirket haline getirilmesi mümkün olabilir: Arsa sahibi ile müteahhitin bir apartman yapıp dairelerini bölüşme amacıyla bir adi şirket kurması mümkündür. Sermaye payı olarak arsa sahibinin

ilişkisi kurulduğu açıktır” (Yargıtay HGK, 09.06.1982, E.1979/15-1613, K.1982/565, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006); Aynı yönde bkz.: Yargıtay HGK, 19.03.2003, E.2003/15-124, K.2003/175, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006; Yargıtay 15.HD, 06.05.2003, E.2002/6192, K.2003/2460, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006.

⁶³⁰ “*Bir iktisadi amaca tek bir sözleşmeyle ulaşmak mümkün iken, tarafların bu sözleşmeyi parçalayarak bu ortak iktisadi amaca ayrı belgelere dercedilen birden fazla sözleşme yaparak ulaşmayı öngörmeleri halinde, aralarındaki iktisadi bağlılık dolayısıyla bu sözleşmelerin kural olarak birleşik sözleşme niteliğini taşıdığı (...)*”(Kaneti ve Sungurbey, a.g.e., s.675, 679).

⁶³¹ “*Davacı şirket, davalı ile aralarında düzenleyip imzaladıkları 2.7.1990 tarihli sözleşmede; davalının dava dışı üçüncü şahıs aleyhine açtığı şufa davasında belirlenen şufa bedeli 5.000.000.000 TL'yi davalıya ödemeyi yükümlendiğini, davalının da buna karşılık şufa davası sonucunda kazanacağı taşınmazdan 250 dönüm miktarının tapusunu vermeyi taşınmaz üzerine inşaat yaptırmayı, kendisinin de bu inşaatları yapmayı üstlendiğini, şufa bedelini sözleşildiği gibi ödemediğini, ancak davalının sözleşme gereği vermesi gereken 250 dönüm taşınmaz tapusunu süresi içinde ihtarına rağmen vermediğini, edimlerini yerine getirmekten kaçındığını, böylece zararına neden olduğunu, bankadan kredi olarak alıp davalıya ödediği 5.000.000.000 TL için zararının 55.000.000.000, 250 dönüm taşınmazın raîç değeri için 250.000.000.000, kendisince yapılacak inşaatlar nedeniyle zararının da en az 300.000.000.000 TL olduğunu öne sürerek şimdilik fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla 150.000.000.000 TL'nin reeskont oranında faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. (...) taraflar arasında düzenlenen 02/07/1990 tarihli "Gayri Menkul Satış Vaadi ve İnşaat Sözleşmesi" başlıklı sözleşmenin içeriği itibarıyla hukuki nitelikçe tapuda kayıtlı taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesini amaçlayan satış vaadi, eser yapma vaadi, adi ortaklık sözleşmelerinin birbirinden ayrılmayacak şekilde unsurlarını ihtiva eden birinin diğerine üstün egemenliği bulunmayan karma tipli bir sözleşme olduğu, davalının bu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek edimini ifa etmekten kaçınma hakkını kullanmasının, Medeni Kanunun 2. Maddesinde kabul edilen bir hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği, bu durumda davacının sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan olumlu zararlarını isteyebileceği vurgulanarak sözleşmenin karma niteliği sözleşme hükümlerine göre tarafların birbirine yönelik edim ve karşı edimlerini, bunların taraflara sağladığı yararlar ve yine davalının savunmalarında açıklandığı üzere sözleşmenin davalı yanca yerine getirilmesinde kusursuz ifayı ortaya koyacak (BK. Madde 117) koşullarının meydana gelip gelmeyeceği tüm sözleşmedeki hükümler göz ardı edilmeksizin bütünü ile değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gereğine işaret edilmiştir (...) davaya konu sözleşmede davacıya salt 250 dönüm arsa tapusu değil, "250 dönüm araziye isabet eden payın mülkiyetinin verileceği" öngörülmüştür” (Yargıtay HGK, 23.01.2002, E.2001/13-1039, K.2002/16, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).*

arsasını, müteahhitin ise parasını ve emeğini koyması halinde neticede “*arsa payı karşılığında kat yapımı*” sözleşmesine çok benzer bir adi şirket sözleşmesi ortaya çıkacaktır. Burada ayrıma temel teşkil eden nokta, bir “*ortak amacın*” ve “*ortak amaç uğruna birlikte çalışmanın*” var olup olmamasıdır. İki sözleşme arasındaki farklar ise özellikle arsa sahibi ortağın eserin yapımını denetlemesi ve zarara katılma noktalarında ortaya çıkacaktır. Örneğe geri dönülürse, değerli taşınmazının kullanılmasını sermaye olarak koyan ortak, taahhüt ettiği tek bir edime karşılık olarak adi şirket sözleşmesinden kaynaklanan kar payı ile kira sözleşmesinden kaynaklanan kira parası edimlerini talep hakkına kavuşacaktır. Böyle bir sözleşmeyi “*karma sözleşme*” olarak nitelemek mümkündür.

Kuşkusuz, adi şirkete sermaye olarak salt para konulursa, “*tip tayin edici*”⁶³² özellik taşımadığından sözleşme karma özellik taşımayacaktır. Ancak bir veya birkaç karşılıklı sözleşmenin tip tayin edici esaslı bir ediminin (örneğin emeğin) sermaye payı olarak konulması halinde, bir karma sözleşme olarak telakki edilmesi mümkündür. Adi şirket sözleşmesinde ortak amaç unsuru her zaman baskın geleceğinden dolayı da böyle bir sözleşmenin “*yabancı yan edim içeren karma sözleşme*” olarak nitelenmesi uygun olacaktır. FEYZİOĞLU da konuya benzer şekilde yaklaşmış ve bir adi şirket ortaklarından birinin sermaye olarak çiftliğinin kullanımını koyması halinde yabancı yan edim içeren karma bir sözleşme bulunduğu sonucuna ulaşmıştır⁶³³. Kanımızca, aynı sonuca adi şirkete ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinin öncelikli olarak ve doğrudan uygulanmasından yola çıkılarak da varılması mümkündür⁶³⁴.

Sonuç olarak, adi şirket sözleşmesinin, karşılıklı sözleşmelerle bir araya geldiği bazı durumlarda “*karma sözleşmenin*” veya “*bağlı (birleşik) sözleşmelerin*” mümkün olabileceği söylenebilir. Sermaye payı olarak emeğin (süre ve bağımlılık

⁶³² Bkz.: *Birinci Bölüm, I, C, 3, c* başlığı altındaki açıklamalar.

⁶³³ Feyzioğlu, a.g.e., s.54.

⁶³⁴ Ancak eklemek gerekir ki, Yargıtay böyle durumlarda karma sözleşme oluşacağını ilke olarak kabul etmekle birlikte, adi şirket sözleşmesinin diğer sözleşmelere karşı herhangi bir üstünlük taşımayabileceği görüşündedir (Yargıtay HGK, 23.01.2002, E.2001/13-1039, K.2002/16, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

temelinde iş görmenin) konulduğu adi şirketlerin ise kural olarak “*yabancı yan edim içeren karma sözleşme*” teşkil ettiği kabul edilebilir.

5. Emegın Sermaye Payı Olarak Konulduğu Adi Şirket Sözleşmelerine Bağlanabilecek Hüküm ve Sonuçlar

a. Temel Yaklaşım

Adi şirket sözleşmesinin karşılıklı sözleşmelerden olmadığını kabul etmek, karşılıklı sözleşmelere ilişkin ilke ve hükümlerin adi şirket sözleşmesine “*doğrudan*” uygulanmasının mümkün olamaması sonucunu doğuracaktır. Süre ve bağımlılık temelinde iş görme ediminin adi şirkete sermaye olarak konulduğu hallerde ise “*yabancı yan edim içeren karma sözleşme*” olarak nitelenebilecek bir isimsiz akit söz konusudur.

Böyle durumlarda ortaya iş sözleşmesini andıran, ona benzeyen bir durum çıkar. Ortakların katılma payı olarak iş görmeyi taahhüt etmeleri de mümkündür. Borçlanılan hizmetin şahsen yerine getirilmesi şart değildir; borcun ifası emek koyan ortağın emrinde çalışan veya ona yardım eden kişilere bırakılabilir. Ancak bu halde iş sözleşmesinin edimini teşkil eden “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*”den bahsedilemez. Ortağın şahsı dikkate alınarak sermaye olması kabul edilen hizmet taahhütleri halinde ise doğal olarak başkasının edimi ifası kabul edilemez; böyle bir durumda adi şirket ile iş sözleşmesi birbirine daha çok yaklaşır⁶³⁵. HATEMİ, SEROZAN ve ARPACI, diğer sözleşmelerle adi şirket sözleşmesi arasındaki sınırın bir hayli silindiği tartışmalı durumlarda “*atipik bir sözleşme bulunduğunu varsaymak ve değişik kuralları kıyas filtresinde süzerek birlikte uygulamak*” gerektiği görüşündedirler⁶³⁶.

⁶³⁵ Doğanay, a.g.e., s.43; Aynı yönde bkz.: Kenan Tunçomağ, **İş Hukuku**, Cilt:II, 2.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s.59; Sözer, 1983, s.271; Can Tuncay, **İşçi Sendikası Üyelığının Kazanılması ve Sona Ermesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:2097), İstanbul, 1975, s.153.

⁶³⁶ Hatemi, Serozan ve Arpacı, a.g.e., s.580.

FEYZİOĞLU adi şirket sözleşmesinde, sermaye payının bir şeyden yararlandırılması olması halinde adi kiranın; mülkiyet olması durumunda ise satım sözleşmesinin “*hasar ve tekeffüle ilişkin hükümlerinin*” uygulanacağına ilişkin BK md.521/II hükmünden yola çıkarak, her iki sözleşmenin de “*hasar ve tekeffül*” haricindeki hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna varmaktadır. Yazara göre Kanun, yararlandırma veya mülkiyet koyma hallerinde uygulanacak hükümleri adi kira ve satım sözleşmesinin hasar ve tekeffüle ilişkin kısımlarıyla sınırlamış, diğer konularda bilinçli olarak susmuştur. O halde, böyle durumlarda kural olarak sözleşmenin tümüne adi şirkete ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. Ancak yararlandırma veya mülkiyet koyma edimleri açısından –*ve bu edimlerle sınırlı kalmak kaydıyla*- adi kira ve satım sözleşmelerinin fesih vs. hükümleri değil “*sadece hasar ve tekeffüle ilişkin hükümleri*” uygulanmalıdır⁶³⁷. Gerçekten, Yasa’nın açık hükmü karşısında yazara katılmak gerekir. Süre ve bağımlılık temelinde iş görme ediminin sermaye olarak konulması halinde ise, Yasa herhangi bir sınırlayıcı kural içermediğinden, adi şirket sözleşmesinin amacına aykırı düşmemek kaydıyla uygun nitelikteki hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanabilecektir. DOĞANAY da, emeğin sermaye olarak konulduğu durumlarda, “*Borçlar Kanunu’nun hizmet akdi ile ilgili hükümlerinin adi şirket akdine, yapısına uygun düşmek kaydıyla kıyas yoluyla uygulanabileceği*”ni isabetli olarak belirtmektedir⁶³⁸.

Yukarıdaki saptamanın genişletilmesi de mümkün olmalıdır. Kapsamına giren durumlarda 4857 Sayılı İş Kanunu’nun uygun hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanabilmesi gerekir. Örneğin, İş K. md.4/1 uyarınca, “*507 Sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanununun 2.maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde*” İş K. hükümleri uygulanmaz. Anılan istisna haricindeki hallerde, mesela dört ortaklı bir adi şirketçe işletilen bir işyerinde, belirli veya belirsiz süreyle bağımlı olarak emeğini koymuş vefakat “*denetim, kar paylaşımı*” benzeri hususlardan dolayı adi şirket sözleşmesine göre çalıştığı hal icabından açıkça anlaşılan kişiler hakkında İş K.’nin uygun düşen hükümlerinin kıyasen uygulanabilmesi mümkün olmalıdır. Ancak, şirket sözleşmesinin niteliği gereği, adi şirkete ilişkin bir hükmün mevcut olduğu durumlarda öncelikli olarak o hükümler uygulanacaktır.

⁶³⁷ Feyzioğlu, a.g.e., 54; Karşı görüş için bkz.: Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, a.g.e., s.55.

⁶³⁸ Doğanay, a.g.e., s.44.

BK md.523'e göre “*şeriklerden biri sermaye olarak yalnız emeğini ortaya koymuş ise zarara ortak olmayarak yalnız kara iştirak ettirilmesi şart edilebilir*”. Hüküm açık olmasına rağmen ortaklar dışındaki şahıslara –örneğin şirket alacaklılarına- karşı sadece emeğini koyan ortağın sorumlu olup olmayacağı önem taşımaktadır. Yalnız emeğini koyan ortağın zarara katılmayacağı kararlaştırılsa bile, müteselsil sorumluluk ilkesi esastır ve alacaklılar anılan ortaktan da tahsilât yapabilirler. Emeğini koyan ortağın sonradan diğer ortaklara rücu etmesi mümkündür⁶³⁹.

Sermaye olarak sadece emeğini koyan ortağın zarara katılmayacağı şirket sözleşmesinde kararlaştırılabilirse (BK md.523/II) de kardan pay almayacağı kararlaştırılmaz; kardan pay alma oranları değişik tutulabilir ama anılan hak sözleşmeyle ortadan kaldırılamaz⁶⁴⁰. Ancak, anılan ortak, kara iştirak etmesinin yanı sıra sözleşmede kararlaştırılmadıkça, ayrıca ücret isteyemez⁶⁴¹. Yasa'nın yalnız emeğini koyan ortakların zarardan müstesna tutulabilmesine imkân tanımalarının nedeni, -sosyal koruma kaygısından çok- zarar eden bir adi şirkette bu durumdaki ortakların emeklerinin harcanıp gitmiş olmasından ve zaten böylelikle zarara iştirakin gerçekleşmiş olmasıdır⁶⁴². Amaç, iki kez zarara katlanma durumu yaratmamaktır. Sosyal koruma kaygısıyla hareket edilseydi mutlak emredici hüküm koymak daha etkili olurdu⁶⁴³.

Adi şirket sözleşmesinin içerdiği edimlerin nitelikleri ve birbirinden farklı olup olmadığı da önem taşır. Örneğin, iki ortaklı bir adi şirkette edimlerden birisinin emek, diğerinin malını kullandırma olduğu varsayıldığında, değerlendirilmesi gereken üç sözleşme tipi olacaktır: Adi şirket sözleşmesi, iş sözleşmesi ve kira sözleşmesi. Ancak edimlerin her ikisinin de aynı olması halinde, örneğin her iki ortağın da emek koyduğu ideal amaçlı bir adi şirkette, birbiriyle çatışabilecek iki

⁶³⁹ Pulaşlı, a.g.e., s.25; Mustafa Hacıkamiloğlu, **Uygulamalı İçtihatlı Ticaret Şirketleri**, Formül Matbaası, İstanbul, 1972, s.3.

⁶⁴⁰ Pulaşlı, a.g.e., s.27.

⁶⁴¹ Karayalçın, a.g.e., s.136, 141; Soysal Özenli, **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Kazancı Hukuk Yayınları (Yay.No:62), Ankara, 1988, s.59.

⁶⁴² Hatemi, Serozan ve Arpacı, a.g.e., s.589.

⁶⁴³ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, a.g.e., 61.

sözleşme bulunmaktadır: Adi şirket sözleşmesi ve iş sözleşmesi. Tüm bu sözleşmelerin birbirleriyle çatışması muhtemel hükümleri ortaya sorunlar çıkarabilecektir. Yine de baskın olan sözleşmenin adi şirket olduğunun, uygulanacak hükümler belirlenirken unutulmaması gerekir. Sonuç olarak, süre ve bağımlılık temelinde iş görmenin sermaye payı olarak konduğu adi şirket sözleşmelerinin –adi konmasa da- yabancı yan edim içeren karma sözleşmeler gibi çözümlenmesinin öğretide genellikle kabul gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

b. Özel Durumlar

(1) Borçlar Kanununun Diğer Hükümlerinin Uygulanması

YALMAN ve TAYLAN, karşılıklı sözleşmelerle iki ortaklı adi şirket sözleşmeleri arasında “*hem şekil hem de menfaatler durumu bakımından önemli bir fark*” bulunmadığına çünkü, ortak amaç için karşılıklı taahhütte bulunan iki kişinin birbirlerine karşı olan yükümlülüklerinin de dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedirler⁶⁴⁴. Böyle hallerde ortaya adi şirket sözleşmesine özgü bir sinerji çıkmaktadır ancak uygulama anlamında karşılıklı sözleşmelere ilişkin bir çok hüküm ve esasın –*BK md.520 vd.da aksine hüküm olmadığı sürece*- iki ortaklı adi şirketlere de uygulanmasından sakınca doğmaz. Adi şirket iktisadi değil ideal amaçlı olsa bile durum değişmez; edimlerin karşılıklı taahhüdü söz konusudur.

İkiden fazla ortaktan oluşan adi şirketlerde durum kuşkusuz daha farklı olacaktır. Anılan şirketlerde “*ortak amaca yönelik karşılıklı borçlanma*” değil “*ortak amaç için borçlanma*” söz konusudur. O halde karşılıklı sözleşmelere ilişkin genel veya özel hükümler ancak mahiyeti ile bağdaştığı ölçüde uygulanabilecektir⁶⁴⁵. Çünkü böylesi adi şirketlerde her bir ortağın ediminin diğer ortak veya ortakların edimlerinin karşılığını teşkil etmesi güçtür⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Yalman ve Taylan, a.g.e., s.44-45.

⁶⁴⁵ Yalman ve Taylan, a.g.e., s.47-48.

⁶⁴⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e., s.1099.

DOĞANAY, katılma payı karşılığında doğrudan doğruya bir karşılık (ivaz) öngörülmesinin şirket kavramıyla bağdaşmadığını belirtmektedir. Hatta yazar bir adım ileri giderek böyle ivaz öngörülen durumlarda, ikiden fazla ortak söz konusuysa, adi şirket ile emeğini koyan ortak arasındaki ilişkiyi çoğu zaman iş sözleşmesi olarak nitelemenin uygun olacağını; hatta şirket iki ortaklı ise ortada aslında şirket akdi değil de salt iş sözleşmesi bulunduğu kabulünün gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁴⁷. Kanımızca, sözleşme hukukunda böyle kesin genellemelere tereddütle yaklaşmak gerekir. Katılma payı karşılığında doğrudan doğruya bir ivaz öngörülmesi, iş sözleşmesi ile adi şirket sözleşmesini tefriye yarayan önemli belirtilerden birisidir. Bununla birlikte, bazen aksi kanıya varmayı gerektiren vakalar da ortaya çıkabilir. Örneğin, doğrudan doğruya ivaz öngörülen iki ortaklı bir adi şirkette, her iki ortağın da emeğini koyması mümkündür⁶⁴⁸ ancak, böylesi hallerde sözleşmeyi iş sözleşmesi saymak mümkün olamaz: Çünkü, işveren olmaksızın sadece iki işçi arasında iş sözleşmesi kurulamaz. Aynı şekilde, “*dolaylı iş ilişkisi*”nin bulunduğu üçlü hukuki ilişkilerde de DOĞANAY’ın varsayımının tersi haller ortaya çıkabilir. İşverenle işçisinin aralarında anlaşarak, “*işçinin yardımcı kullanmasını*” bir başka deyişle “*iş görme borcunun devrini*” kararlaştırmaları, dolaylı iş ilişkisi olarak adlandırılmaktadır⁶⁴⁹. Tamamlayıcı bir kural olan BK.md.320 açısından bunda bir sakınca bulunmamaktadır. Dolaylı iş ilişkisinin bulunduğu bir üçlü hukuki ilişkide, iki işçi “*üçüncü şahıs işveren için süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” edimlerini bir araya getirerek ortak bir amaç doğrultusunda adi şirket kurabilirler. Bu durumda işçilerden her biri üçüncü şahıs işverene karşı “*işçi*” sıfatını, birbirlerine karşı ise “*ortak*” sıfatını taşıyacaklardır. Aynı şekilde her biri ile işveren arasında iş sözleşmesi kurulmuş olsa da birbirleri arasında “*her iki ortağın da şahsi emeklerini sermaye olarak koydukları*” bir adi şirket sözleşmesi kurulacaktır. Sonuç olarak, katılma payı karşılığında doğrudan doğruya ivaz öngörülen durumlarda, şirket iki ortaklı ise ortada adi şirket akdi değil iş sözleşmesi bulunduğu yönündeki önerme her durumda doğrulanmamaktadır.

⁶⁴⁷ Doğanay, a.g.e., s.43 -44.

⁶⁴⁸ Demir, 1999, s.23 – 24; Murteza Aydemir, **Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları**, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası) Yayını (Yay.No:185), İstanbul, 1993, s.52.

⁶⁴⁹ Centel, a.g.e., s.65; Saraç, a.g.e., s.19.

Öte yandan, BK md.530'a göre, kanunun adi şirket babında veya şirket sözleşmesinde diğer bir hüküm mevcut olmadıkça, şirketi yöneten ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olur. O halde sermaye olarak süre ve bağımlılık temelinde iş görmeyi koyan bir ortak ile yönetici ortak arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını kabulü gerekir.

BK'ndaki hizmet akdine ilişkin hükümler içinde, emek koyulan adi şirket sözleşmelerine uygulanması mümkün olanlara şu örnekler verilebilir⁶⁵⁰:

- *“Hizmet mukavelesinin şartları kanuna ahlâka (adaba) muğayir olmamak üzere istenildiği gibi tayin olunabilir”* şeklindeki md.319
- *“Hilâfî mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez. İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir”* şeklindeki md.320
- *“İşçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur. Kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icap eden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetebilir”* şeklindeki md.321

BK'ndaki hizmet akdine ilişkin hükümler içinde, adi şirket sözleşmesinin niteliği ile bağdaşmayanlara ise şu örnekler verilebilir⁶⁵¹:

- *“Uzun müddet için yapılan hizmet akdinde, işçi hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır”* şeklindeki BK md.328

⁶⁵⁰ Doğanay, a.g.e., s.44.

⁶⁵¹ Sözer, 1983, s.272.

- “İşçi yalnız hizmetinin nevini ve müddetini havi bir şahadatname vermesini, iş sahibinden isteyebilir. İşçi sarahaten talep ettiği takdirde şahadetname, hal ve hareketini sa'yinin keyfiyetini de ihtiva etmek lâzımdır” şeklindeki md.335
- “Hilâfına mukavele ve âdet yok ise, iş sahibi ile birlikte ikamet eden işçinin iâşe ve süknası, ücretten bir kısım teşkil eder. İş sahibi, bu halde kendi kusuru olmaksızın nispeten kısa bir zaman için hizmetini ifaya muktedir olamayan işçiyi görüp gözetmek ve muktazi tedaviyi ifa ettirmek üzere iâşesiylede mükelleftir” şeklindeki md.337
- “Bir hizmet akdi, bir tarafın yaşadığı müddetçe yahut on seneden fazla için yapılmış ise işçi, bunu on sene geçtikten sonra her zaman ve bir aylık bir ihbar müddetine riayet şartıyla tazminat dahi vermeksizin feshedebilir” şeklindeki md.343.

DOĞANAY, adi şirkete ilişkin BK hükümlerinde “sona erme halleri” özel olarak düzenlendiğinden dolayı, hizmet sözleşmesinin sona ermeye ilişkin hükümlerinin kural olarak uygulanamayacağını haklı olarak vurgulamaktadır. Ancak, belli durumlarda tamamlayıcı olarak bazı hizmet akdi hükümlerinin uygulanması da mümkündür. Örneğin, adi şirket sözleşmesinin haklı nedenle feshine ilişkin BK md.535/7’de hangi durumların mahkemece “haklı neden” olarak takdir edileceği belirtilmemiştir. Bu noktada, “işçinin kendi kusuru olmaksızın duçar olduğu nisbeten kısa bir hastalığı yahut kısa müddetli bir askerî mükellefiyeti ifa etmesi, muhik sebep olarak kabul edilemez” yolundaki BK md.344/II hükmünün kıyasen uygulanmasının genellikle hakkaniyete uygun olacağı düşünülebilir⁶⁵². Fakat belirtilen nedenlerle ifade gerçekleşen gecikmenin şirket amacını imkânsız kılması durumunda artık diğer ortaklardan sözleşmeye devam etmeleri beklenemeyecek ve BK md.535/1 uyarınca sözleşme sonlandırılacaktır⁶⁵³.

Hakkında özel bir hüküm bulunmayan iş görme sözleşmelerine vekâlet hükümlerinin uygulanacağını öngören BK md.386 hükmünün de unutulmaması gerekir. Ancak, adi şirket sözleşmesine emek de koyulsa çoğu durumda bütünsel

⁶⁵² Özellikle nisbeten kısa süre hakkında bkz.: Sözer, 1981, s.110 vd.

⁶⁵³ Doğanay, a.g.e., s.44.

olarak iş görme sözleşmesinden daha fazla bir şeydir. Ayrıca, SEROZAN'ın haklı olarak ifade ettiği gibi, anılan hükmün isimsiz sözleşmelere doğrudan doğruya uygulanmasındansa, önce bir süzgeçten geçirilmeli, hakkaniyet ve durumun özellikleri gerektiriyorsa, başka sözleşme hükümleri kıyasen uygulanabilmelidir⁶⁵⁴.

Sonuç olarak, emeğin sermaye payı olarak konulduğu adi şirketler hakkında BK'nun adi şirketlere ilişkin hükümleri şirket akdinin baskın yapısı gereği öncelikli olarak ve doğrudan doğruya uygulanacaktır. BK'nun hizmet akdine ilişkin hükümleri açısından ise böyle bir durum yoktur ve doğrudan uygulanmaları söz konusu değildir. Doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunan Sen.K.md.2'nin ise ayrı bir bölümde incelenmesi gerekmektedir.

(2) 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu md.2 Hükümlerinin Uygulanması

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2.maddesine göre, *“bu Kanun bakımından (...) adi şirket mukavelesine göre ortaklık payı olarak esas itibariyle fiziki veya fikri emek arzı suretiyle -bu mukavelenin aynı durumdaki herkese fiilen açık olması kaydıyla- bir işyerinde çalışanlar da işçi sayılırlar”*. Aynı madde uyarınca, *“bir adi şirkette fiziki veya fikri emek arzı suretiyle ortak olanların dışındaki ortaklar da bu Kanun bakımından işveren sayılırlar”*. Söz konusu hükümde kural olarak hizmet sözleşmesi temelli bir yaklaşım vardır ve işçi, hizmet sözleşmesiyle çalışan kişi olarak betimlenmektedir. Sen.K. md. 2/II'nin adi şirket sözleşmesinde emek koyan ortağı da tanıma dahil etmesi, bunların hizmet akdine göre çalıştığının varsayıldığını değil; sadece Sen.K.'nin doğrudan doğruya kapsamına alındıklarını ifade eder⁶⁵⁵. Öğretide hükmün mahiyeti açıklanırken, hükmün ilk kez ihdas edildiği 274 Sayılı Sendikalar Kanunu⁶⁵⁶ tasarı halindeyken Mecliste görüşülmesi esnasında konuşan Geçici Komisyon Sözcüsünün sözlerine de

⁶⁵⁴ Serozan, Atipik, s.1224 – 1225.

⁶⁵⁵ Güzel, Bağımlılık, s.89.

⁶⁵⁶ Resmi Gazete, Sayı: 11462, Tarih: 24.07.1963.

atıf yapılmaktadır⁶⁵⁷. Anılan konuşmada, ortada karşılanması gereken bariz bir ihtiyaç bulunduğu, işçilerin saflığından istifade eden bazı işverenlerin işçileri kendisine ortak hale getirmek suretiyle her türlü haklarından mahrum ettiği, bu hallerin çok kere eğlence yerlerinde, lokantalarda görüldüğünden bahsolunmaktadır⁶⁵⁸. Konuşma hayli ayrıntılı olmakla ve hükmün mahiyetini güzel

⁶⁵⁷ Tuncay, a.g.e., s.152; Sözer, 1983, s.273 - 274; Fevzi Şahlanan, **Sendikalar Hukuku**, İstanbul, 1995, s.152; ; Demir, 1999, s.21; Öner Eyrenci, **Sendikalar Hukuku**, Banka ve Sigorta İşçileri Sendikası (BANKSİS Yay.No:3), İstanbul, 1984, s.101.

⁶⁵⁸ “*Bu arada yine peşin olarak arz edeyim: Sayın Çalışma Bakanı ile bilmutabaka, Komisyonun teklif ettiği bir değişiklik olacaktır, kendi metninde:*

O da şudur: Bugüne kadar ki tatbikatımızda bir aksaklık görülmüştür. Bazı işverenler yanlarında bilfiil, münhasıran bedeni hizmet arzı suretiyle çalışan işçileri kendilerine ortak yapmak suretiyle bunları sendika kurma hakkından mahrum etme yoluna gitmektedirler. Bu durumda çalışan işçilerin sermayeye iştiraki bahis konusu olmaksızın, bunlar İş Kanununun ve İşçi Sigortaları Kanunlarının hükümlerinden de kaçırılmak istenmektedir. Şimdi biz burada münhasıran sendikalara üye olma ve sendikaları kurma hakkı bakımından bu hususun üzerinde duruyoruz. İş Kanunu geldiği zaman da mütenazır hükümlerin İş Kanununa derci icabedecektir.

Şimdi, Hükümetin getirdiği metinde ortaklık açık olmak kaydıyla herhangi bir kimse bir işyerinde işçiler işverene ortak olarak çalışıyorsa, bu işçiler işveren olmazlar, işçi sıfatını muhafaza ederler diye bir madde teklif etmişlerdi. Komisyonumuz, ortaklık tabirini çok muğlak buldu. Yüksek malumunuz olduğu veçhile ortaklık, muhtelif hukuki şekiller altında tecelli eder. Bir ticari gaye ile kollektif şirket, komandit şirket, limited şirket ve anonim şirket veya Borçlar Kanunu'na göre adi şirket mukavelesine dayanarak ortaklık yapılabilir. Bunun dışında halk arasında ortaklık denilen şeyin çok kere başka akitlere dayandığı malumdur. Ortaklık denilince, binaenaleyh, bunun bir sağlam hukuki kıstasını bulmak mecburiyetinde idik. Bunu üçüncü maddenin tanziminde nazarı dikkate almıştık. Üçüncü maddedeki bu tanzim tarzı bilahare Plan Komisyonu'ndaki hukuki maksadı kafi derecede ifade etmez bir şekil almış ve tekrar Hükümetin ortaklık mefhumunu tarif etmeden bırakan metnine döndürülmüş; o da biraz evvel arz ettiğim gibi, kesin bir kıstasa dayanmadığı için uygun görülmedi. Neticede Sayın Bakanla şöyle bir metin üzerinde mutabakata varıldı: İkinci maddenin birinci bendine eklenmek üzere, “adi şirket mukavelesine göre bir işyerinde ortaklık payı olarak esas itibariyle bedeni veya fikri emek arzı suretiyle çalışanlar (esas itibariyle diyoruz; çünkü daha ziyade bedeni veya fikri olarak çalışıp ufak bir miktar para da vermiş olabilirler) bu kanuna göre işçidir”, diyeceğiz. Esas itibariyle ortaklık bedeni veya fikri saya dayanıyorsa parayla iştirak ikinci planda kalmıştır. Buna ait bir kayıt koyduk. Bu mukavelenin aynı durumdaki herkese açık olması kaydıyla. Şimdi burada bir mesele karşımıza çıkıyor. Borçlar Kanunu'nda bir hüküm var: Adi şirket mukavelesine iltihakta yeni şerik alınması adi şirkette mevcut şeriklerin hepsinin mutabakatına bağlanmıştır. Bu hüküm muvacehesinde acaba bu mukavelenin aynı durumdaki herkese açık olması kaydı konulabilir mi?

Muhtelif eksperlerle yaptığımız, ezcümle Medeni Hukuk doçentlerinden Muammer Aksoy'la yaptığımız temastan sonra şu neticeye vardık ki bir kere, Borçlar Kanunu'nun bu hükmünün amir bir hüküm mü yoksa tamamlayıcı bir hüküm mü olduğu doktrinde tam olarak tespit edilmemiştir. Kaldı ki şeriklerin tamamının mutabakatı mukaveleye yazıyla dercedilmek suretiyle peşin olarak da verilebilir. Nihayet, şunu tespit etmiş bulunuyoruz ki özel kanunlar özel hükümleri Medeni Hukukun ve Borçlar Hukukunun esaslarına nisbetle daima vazedebilirler. Ortada karşılanması gereken bariz bir ihtiyaç vardır. İşçilerin saflığından istifade eden bazı işverenlerin (bu, çok kere eğlence yerlerinde, lokantalarda görülmektedir) işçileri kendisine ortak hale getirmek suretiyle, işçiyi her türlü haklarından mahrum etmektedir. Çünkü o işçi bu takdirde bir işveren sayılmaktadır. “Bir işyerinde ortaklık payı olarak esas itibariyle bedeni veya fikri emek arzıyla çalışanlar” denmekle iktifa edilirse o zaman da hakikaten ortaklık halinde olan kimseleri de işçi saymış oluruz ki bu da doğru olmaz. Aslında buraya her gelen işçi gibi oraya girip çalışmakta, çıktuktan sonra yerine başka biri girmektedir. İşte bu muvazaalı ortaklığın karakteristik vasfı budur. İşte mütehasıslarla yaptığımız istişare sonunda Hükümetle mutabakat halinde şu hükmün de buraya ilavesini zaruri görüyoruz: “Adi şirket mukavelesine göre bir işyerinde ortaklık payı

anlatmakla birlikte bir yönden kanımızca berraklık getirememektedir: “*Bu mukavelenin aynı durumdaki herkese fiilen açık olması kaydıyla*” ifadesi muğlâk kalmaktadır.

Gerçekten, esas itibariyle fiziki veya fikri emek arzı suretiyle çalışmak ifadesi açıktır: Bir adi şirkete salt emeğini koyan ortakların yanı sıra; asıl olarak emeğini koymakla birlikte, nispeten önemsiz oranda başka türden sermaye payı da koymuş olan ortaklar hükmün kapsamı içindedir. Ancak, Sen.K. md.2’de yer alan adi şirket ile ilgili düzenlemenin en önemli kısmı, “*bu mukavelenin aynı durumdaki herkese fiilen açık olması kaydıyla*” ibaresidir. TUNÇOMAĞ, anılan ibarenin anlamını saptayabilmenin kolay olmadığını haklı olarak vurgulamaktadır⁶⁵⁹. TUNCAY’a göre, belirtilen koşul, “*bir işyerine esas itibariyle emek arzı suretiyle çalışmak üzere bir işçinin girmesi, o çıktıktan sonra yerine başkasının girip çalışması olanağının açık tutulması*” anlamına gelmektedir⁶⁶⁰. Yazar, adi şirkete yeni ortak alınmasını oybirliği şartına bağlayan BK md.532’yi emredici hüküm olarak yorumlamakta, ancak - “*işçilerin saflığından yararlanan bazı işverenlerin bunları kendilerine ortak gösterip işçiyi her türlü haklardan yoksun bırakmalarını*” önlemeye yönelik olarak Sen.K.md.2 ile yasal bir istisna getirildiği sonucuna varmaktadır. Belirtilen görüşe göre, anılan istisna sayesinde, bir adi şirkete gerçekten ortak olup da esas itibariyle bedeni veya fikri emek arzı suretiyle çalışanların işçi sayılması önlenmiştir⁶⁶¹. SÖZER ise, şirkete yeni işçi almanın olağan şirket işlerinden olduğunu, şirket yönetiminin kural olarak tüm ortaklara ait olması nedeniyle “*idareci ortak veya ortakların şirkette bir işçi istihdam etmeleri mümkün iken, kural olarak diğer ortakların rızası olmaksızın şirkete yeni bir ortak almaları*”nın mümkün olmadığını vurgulamaktadır⁶⁶². Yazara göre Sen.K.md.2’de, idareci ortağın şirkete işgücü sağlamasından, “*zaten işçi sayılması gereken kimselerin muvazaa yoluyla işçilik haklarından mahrum bırakılmaması*”ndan bahs olunmaktadır. Hükmün hedefi şirket

olarak esas itibariyle bedeni veya fikri emek arzı suretiyle çalışanlar” (274 Sayılı Kanununun TBMM’deki Görüşmelerinde Geçici Komisyon Sözcüsünün Konuşması, Türk-İş, **Sendikalar ve Grev Lokavt Hakları**, Türk-İş Yay.No:35, Ankara, 1964, s.697 - 698).

⁶⁵⁹ Tunçomağ, 1985, s.59.

⁶⁶⁰ Tuncay, a.g.e., s.154; Aynı görüş için bkz.: Fevzi Demir, **Sendikalar Hukuku**, 4.Baskı, Barış Yayınları (Fakülteler Kitabevi), İzmir, 1999, s.21.

⁶⁶¹ Tuncay, a.g.e., s.154 - 155.

⁶⁶² Sözer, 1983, s.273.

ortaklarının işçi sayılması değildir. Anılan görüş uyarınca, BK md.532 oybirliği ile gevşetilmesi⁶⁶³ mümkün bir hükümdür; ancak, sözleşmeyle idareci ortağa yeni ortak alma yetkisinin tanındığı durumlarda, ortak alma ile işçi alma halleri birbirine karışır. Bu noktada, gerçekte hizmet akdinin söz konusu olup olmadığının tayini gerekecektir⁶⁶⁴.

Öğretideki yaklaşımlara genellikle hak verilebilirse de “*bu mukavelelerin aynı durumdaki herkese fiilen açık olması kaydıyla*” ibaresini açıklayabilmek için hükme kaynaklık eden 274 Sayılı Yasa’nın çıkarıldığı dönemin Çalışma Bakanı’nın, Yasa’nın Cumhuriyet Senatosu’ndaki madde görüşmeleri sırasında söylediklerine de bakmak yararlı olacaktır:

“(…) İkinci maddenin birinci bendinde atf yapılan bazı kimselerle ilgili ibareler kanuna konulurken, Hükümetin ve Millet Meclisi’ndeki Komisyonun ne düşündüğü hakkında kısaca maruzatta bulunmak üzere huzurunuzu işgal etmiş bulunuyorum.

Bazı ahvalde müessese sahipleri, işverenler bir kısım işçilerini müesseselerine hissedar yapmaktadırlar. Prensip olarak, bu Hükümette ve Millet Meclisi Komisyonunda da teşvike değer bir hareket tarzı olarak görülmüştür. Ancak buna karşı bazı tahditler konmazsa bu, sarı sendikacılığı doğuracak bir yol olarak kullanılabilir. Çünkü işveren dilediği kimseye ortaklık kapısını açık tutar, dilemediğine kapalı tutar. Öylelikle işçiler arasında bir ayırım gözetir. Eğer böyle ise tatbikat, o zaman işçi sendikasının hissedar yapılan o işçiyi sendikadan çıkarma yetkisi olmamalıdır. Buna kimse karşılamaz ama bir işveren hakikaten örnek bir düşünce ile iyi niyetle sını demokrasiyi bir şekli ile kendi müessesesine uygulamış olmak için işçilerine hissedarlığı teklif ediyorsa; eğer bu teklif bütün işçilere açıksa o takdirde hissedar esas itibariyle fikri veya bedeni mesailerıyla, ama belki kısmen de parası ile hissedar olan işçilerin sendikalılık vasfına halel gelmiş olmayacaktır..

İkincisi, bazı işverenler İş Kanunundan ve hatta İşçi Sigortaları Kanunundan kendisini kurtarmak için, bilhassa küçük bazı işyerlerinde

⁶⁶³ Örneğin oyçokluğu ile karar olanağı tanınması, idareci ortağa yeni ortak alma yetkisi verilmesi vs.

⁶⁶⁴ Sözer, 1983, s.273 - 274

yanlarında çalıştırdıkları herkesi ortak etmekte ve bu şekilde, bunlar işçi değildir, biz burada hepimiz ortağız, bunlar da benim gibi işverendir, demek yoluna gitmektedirler. Buna karşılık o kimselerin işçilik durumlarının, yani fiilen işçi iseler daha muhkem hale getirilmesi Kanunda düşünülmüştür. O bakımdan bilhassa adi şirket mukavelesine göre bir işyerinde ortaklık payı olarak esas itibariyle bedeni veya fikri emek arzı suretiyle çalışanlar, bu mukavelenin aynı durumdaki herkese açık olması kaydıyla, bu kanun bakımından işçi sayılırlar, denmiştir. Ve yine aynı düşünce ile de üçüncü maddenin dördüncü bendinde başka bazı şekillerde ortakların işçilik vasıflarına hanel gelmeyeceği belirtilmiştir”

665

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, Sendikalar Kanununda yer alan adi şirket ortakları ile ilgili düzenlemenin asıl ihdas nedeni, işverenlerin çalıştırdıkları işçileri ortakları gibi gösterip çalışma mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerden sıyrılmalarını zorlaştırmaktır. Ancak, gerçekte iş sözleşmesine göre çalışmasına rağmen, adi şirket ortağı olarak gösterilen kişiler Yargıtay’ın yerleşik uygulamaları gereği zaten işçi sayılır ve her türlü haktan yararlanırlar. Sen.K.’da bunların üye olabilmelerine fazladan vurgu yapılması gereksiz olduğu gibi sınırlayıcı ters etki dahi yaratabilir. Yine aynı açıklamalar uyarınca “*bu mukavelenin aynı durumdaki herkese fiilen açık olması kaydıyla*” ibaresinin konulma nedeni, işverenlerin çalıştırdıkları sendikalı işçilerin bazılarını kendilerine ortak yaparak onları kendi istekleri yönünde sendikal faaliyette bulunmaya–yani sarı sendikacılığa–zorlamalarını önlemektir. Kanımızca iyi niyetle yapılmış da olsa söz konusu ibare tüm düzenlemeyi kadük kılmaktadır. Durumu çeşitli ihtimallere göre değerlendirmek gerekmektedir.

Kötü niyetli bir işverenin (mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini dolanmak amacıyla) **işçilerini kendisine ortak yapması halinde**, sendikalaşmayı önlemek için, “*ortaklık teklifini*” çalışanların tümüne birden yapmayıp bazı işçilerle sınırlı tutması –hatta bir tek işçiyi teklifin dışında bırakması– yetecektir. **İyi niyetli**

⁶⁶⁵ 274 Sayılı Kanunun Cumhuriyet Senatosu’ndaki Madde Görüşmelerinde Dönemin Çalışma Bakanı Bülent Ecevit’in Konuşması, Türk-İş, a.g.e., s.912.

bir işverenin endüstriyel demokrasiyi sağlamak amacıyla bazı işçilerine ortaklık teklif etmesi halinde ise ortak olan işçilerin sendika üyelikleri düşecektir. İster iyi niyetli ister kötü niyetli olsun **bir işverenin**, sendika üyelik hakkı elde edeceklerini bile bile, **tüm işçilerine birden ortaklık teklif etmesi** ise gerçekleşmesi imkânsıza yakın bir olaydır. O halde, sarı sendikacılığı önleme kaygısı ile getirilen ibare, bazı hallerde sendikalaşmayı engelleyici niteliğe de bürünebilmektedir. Öte yandan, 274 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun işyeri sendikacılığına cevaz vermesi de hatırlanmalıdır (md.9). Günümüzde ise işkolu 2821 Sayılı Sen.K.md.3 uyarınca işkolu sendikacılığı zorunlu olduğundan, işverenlerin işçilerine ortaklık teklif ederek sendikalaşma hareketini kırabilmeleri fiilen çok mümkün görünmemektedir.

Bir başka husus, “*bu mukavelenin aynı durumdaki herkese fiilen açık olması kaydıyla*” ibaresinin, BK md.532’de yer alan “*şeriklerden hiç biri diğerlerinin rızası olmadıkça şirkete üçüncü şahsı alamaz*” hükmü karşısındaki durumudur. 274 Sayılı Sen.K. Teklifi hakkındaki 29.03.1963 Tarihli ve 52 Karar Sayılı TBMM Plan Komisyonu Raporu’nda adi şirketin Borçlar Kanunu’nun mahsus bölümünde tedvin edildiği, bu şirketin Kanun hükmüyle umuma açık sayılamayacağı, iştirakin ortakların rızasına bağlı olmasının esas olduğu, tezatların ve yanlış anlamaların giderilmesi gerektiği belirtilmektedir⁶⁶⁶. Aynı şekilde TBMM’deki görüşmelerde Geçici Komisyon Sözcüsü de Borçlar Kanunu’nun bu hükmünün emredici mi yoksa tamamlayıcı mı olduğunun öğretide netleştirilemediğini, kaldı ki ortakların tamamının mutabakatının sözleşme ile önceden alınabileceğini, ayrıca özel kanunların, Medeni Hukukun ve Borçlar Hukukunun esaslarına nisbetle her zaman özel hükümler getirebileceğini haklı olarak ifade etmiştir⁶⁶⁷. Gerçekten, bir an için BK md.532’nin emredici olduğu düşünülse bile, Sen.K.md.2 ile bu hükme özel bir yasal istisna getirildiğinin kabulü gerekir⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ Şemsettin Kırıl, **2821 Sayılı Sendikalar Kanunu**, Banka – Sigorta İşçileri Sendikası (BASİSEN), İstanbul, 1988, s.261.

⁶⁶⁷ Bkz. Bu başlık altında yukarıdaki paragraflarda ayrıntısı yer alan Geçici Komisyon Sözcüsü’nün konuşması.

⁶⁶⁸ Tuncay, a.g.e., s.154.

Nihayet, Yeni Sendikalar Kanunu Tasarısında⁶⁶⁹ sermaye payı olarak emeğini koyan adi şirket ortakları hakkında Sen.K.md.2’de yer alan düzenlemeye artık yer verilmediği gözlemlenmektedir. 1963 yılından beri uygulaması yerleşmeyen, hatta anlamı dahi güç anlaşılan bir düzenlemenin ortadan kaldırılması olumlu algılanmalıdır. Öte yandan, tasarıdaki işveren tanımında, “*bir adi ortaklıkta fiziki veya düşünsel emek sunmak suretiyle ortak olanların dışındaki ortaklar da, bu Kanun bakımından işveren sayılırlar*” demek suretiyle eski hüküm Türkçeleştirilerek muhafaza edilmiştir. Belirtilen hükmün muhafaza edilerek md.2’deki işçi sayılmaya yönelik düzenlemenin kaldırılması çelişki olarak yorumlanmamalıdır. Bir adi şirkette, sermaye olarak emeğini koyan ortaklar dışında işçilerin çalışması da mümkündür. Böyle hallerde sermaye olarak emeğini koyan ortağın dışındaki ortakların Sen.K. anlamında işveren sayılması sosyal açıdan olumlu karşılanabilir.

6. Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulduğu Adi Şirket Sözleşmelerine İlişkin Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirilmesi

Emeğin sermaye payı olarak konulduğu adi şirket sözleşmeleri hakkında tespit edebildiğimiz Yargıtay kararlarını kısımlar halinde bölerek incelemek mümkündür. Belirtilen yöntem, her bir kısmın değerlendirmesinin birbirine karıştırmasını önleyebilme olanağı sağlayacaktır.

a. Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulduğu Adi Şirket Sözleşmelerinin İş Akitlerinden Tefriki Hakkında (1) Kararlar

Yargıtay, emeğin sermaye payı olarak konulduğu adi şirket sözleşmelerini iş sözleşmelerinden ayırmada, çok yönlü olarak tüm delillerin toplanmasına ve bütünsel

⁶⁶⁹ http://www.sendikanet.org/tr/modules/news/article.php?storyid=1672target=_self, 05.01.2007.

olarak değerlendirilmesine dikkat etmektedir. Gerçekten, üçüncü kişilere verilen teklif mektuplarının başlığında taraf isimlerinin yan yana yazılmasından, tarafların kar payına göre çalışacaklarına dair şahit beyanlarına; taraflardan birisi adına Sosyal Sigortalar Kurumu'na verilen giriş bildirgesinin bir ay sonra kapatılmasından, işçi olduğunu iddia eden tarafın işe girdiği anda ne kadar ücret aldığını söyleyememesine kadar bazı olguların bir arada bulunması adi şirket sözleşmesinin varlığına delalet eder⁶⁷⁰. Bununla birlikte, Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre, bir sözleşme -

⁶⁷⁰ “Uyuşmazlık, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin hizmet akdine mi yoksa adi ortaklığa mı dayandığı konusunda toplanmaktadır. Davalı tarafından dosyaya ibraz olunan teklif mektuplarının başlık kısmında davacı ile davalının isim ve adreslerinin firma adı olarak yan yana bulunduğu, bu mektuplarla her ikisinin birlikte üçüncü şahıslara karşı iş alma konusunda girişimlerde buldukları ve birlikte hareket ettikleri hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki ilişkinin niteliği konusunda şahitler dinlenmiştir. Bunlardan ortak şahit "taraflar arasında kar payına göre çalışma yapılacağı konuşulmuştu ve kar payının uygulanıp uygulanmadığını bilmiyorum, davacı T.İ. işveren vekili gibi çalışıyordu ve T.İ. ortaklığım kesin bir neticeye bağlanmaması nedeniyle işi kendisi bırakıp gitti" ifadesinde bulunmuştur. Her ne kadar davacının ikinci şahidi "davacı davalının işyerinde çalıştı, çalışmamız çeşitli şantiyelerde geçmiştir ... davacı şantiye şefimiz ve mühendisimiz olarak görevli idi" demiş ise de, davalının ikinci şahidi konuyla ilgili olarak açık, kesin ve ayrıntılı bir şekilde "... davalının ... muhasebesini tutmaktayım ve halen de bu işi devam ettirmekteyim ve davacı 1989'dan beri davalı ile ortak olarak çalışmaktadırlar ... her iki taraf şirket olarak olabilmek için devamlı olarak benden bilgi talep ediyorlardı ve resmi olarak ortaklıkları yoktur ... davacı ile davalı ortak (adi ortaklık) ve müşterek imza ile bir takım teklifler vermişler ve ihalelere girmişlerdir ve davalı ücret almıyordu... işyerinde ortaklık V.T.İ.ortaklığı olarak geçiyordu" demiştir. Gerek müşterek tanık ve gerekse davalının yukarıya ayrıntılı olarak ifadesi alınan son tanığın beyanları; teklif mektuplarındaki tarafların birlikte hareket edip birlikte ihalelere katılmaları olgusunu doğrulamakta ve gerçekten aralarında bir hizmet akdi ilişkisi değil, adi ortaklık bulunduğunu göstermektedir.

Her ne kadar, davalı adına SSK'ye giriş bildirgesi verilmiş ise de, takriben bir ay sonra davacının hem ortak hem işçi olamayacağı düşüncesiyle, sigorta kaydının kapatıldığı anlaşılmaktadır. Esasen, bu konuda taraflar arasında bir uyuşmazlık da yoktur. Bu olgu da aralarındaki ortaklık ilişkisini doğrulamaktadır. Aksi halde, davalının sigortadaki kaydının kapatılmaması gerekirdi.

Üzerinde durulması gereken diğer bir önemli nokta da, mühendis olan davacının bir yıl gibi uzun süre ücret almadan işçi olarak çalışması ve bu konuda bir talepte bulunmamasıdır. Davacı, ücret talebinde bulunurken anlaştığı ücret miktarını ve bir yıl önceki almakta olduğu ücretin ne olduğunu dahi açıklayamamıştır. Davacı gerçekten işçi olarak çalışmış olsa idi, almakta olduğu ücretin miktarını açık ve kesin şekilde belirtmesi gerekirdi. Mahkeme dahi bu ücretin miktarının ne olduğunu tespit edememiş ve Ticaret Odası Başkanlığı'na başvurma gereksinimini duymuştur.

Tüm bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutularak, davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksine düşünce ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 9.HD, 20.05.1993, E.1992/13224, K.1993/8851, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006); Aynı yönde bkz.:

“Davacı vekili, dava dilekçesinde müvekkilinin kardeşi olan davalı Z.Yılmaz'ın ortağı bulunduğu davalı şirkette 4,5 yıl süreyle gayri resmi ortak olarak çalıştığını, şirketin bu dönem boyunca elde ettiği kazancın yarısına hak kazandığını ileri sürmektedir. Hiçbir yazılı anlaşma ve şirket kaydına dayanmayan ortaklık iddiasının yasal geçerliliği bulunmadığından kabul görmemesi isabetlidir. Ancak, limited şirketin gayri resmi ortaklığı iddiası dışında dava dilekçesinde ve delil listesinde açıklanan tüm olgular telif edildiğinde davanın özünde, davacının davalı tarafla bir tür adi ortaklık ilişkisi içerisinde kendi olanaklarının da katkısı ile sağlanan iş makinelerini ve kişisel emek-çabasını koyarak davalı şirketin aldığı inşaat ihalelerinin yürütülüp sonuçlandırılmasında aldığı vekaletnameyle hizmet verdiği, bundan dolayı elde edilen şirket

*tarafarla nasıl adlandırılırsa adlandırılınsın- gerçekte iş sözleşmesi koşullarını içeriyorsa, iş sözleşmesi sayılır*⁶⁷¹. Öte yandan Yargıtay'ın, “*tarafaların ortak olduklarının anlaşılması halinde aralarında tabiiyet ve dolayısıyla hizmet ilişkisi bulunamayacağı*” görüşünde olduğunu da vurgulamak gerekir⁶⁷².

(2) Değerlendirme

Yargıtay'ın iş sözleşmesi ile adi şirket sözleşmesinin tefrikinde her türlü delili bütünsel olarak değerlendirmesine ve gerçekte iş sözleşmesi özelliklerini taşıyan bir akdin, farklı adlandırılırsa dahi iş sözleşmesi sayılacağına ilişkin kararları isabetlidir. Ancak, adi şirket ortakları arasında bağımlılığın ve dolayısıyla da iş ilişkisinin söz konusu olamayacağına ilişkin 30.10.1985 tarihli kararına tereddütle yaklaşmak gerekir. Kanımızca, adi şirket ortaklarının eşit konumda bulunmalarının yedek hukuk kuralı olması, aksinin kararlaştırılabilmesi (BK md.523/I) ve hayatın akışı içinde adi şirket sözleşmesi niteliğinde olmasına rağmen süre ile bağımlılık temelinde iş görme

kazançları üzerinde hak sahipliği iddiasına ilişkin bulunduğu kabulü gerekmektedir. Adi ortaklık veya hizmet sözleşmesi çerçevesinde hukuki ilişki iddiası bağlamında davacının gösterdiği kanıtlar üzerinde durularak, ilgili belediyeler ve kamu kuruluşları kayıt ve dosyaları ile maliye kayıtları getirtilip, davalı şirketin inşaat taahhütlerinde kullandığı iş makinelerinin aidiyeti ve edinilme biçimleri araştırılıp, gerekirse davacı tanıkları da dinlendikten sonra uyumsuzluğun çözümü gerekirken, biçimsel anlamda limited şirket ortaklığı iddiasının geçerliliğinden uzak olmasından hareketle uyumsuzluğun esasına girilmeden eksik incelemeye dayalı karar verilmesi doğru görülmemiştir” (Yargıtay 11.HD, 26.02.2004, E.2003/7200, K.2004/1761, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006).

⁶⁷¹ Yargıtay 10.HD, 21.09.1973, E.1972/769, K.1973/402, www.kazanci.com.tr, 24.04.2006; Yargıtay HGK, 15.04.1987, E.1986/10-718, K.1987/332, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006; Yargıtay HGK, 15.12.2004, E.2004/9-422, K.2004/726, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006; “*Davacı, davalıya ait işyerinde işçi olarak çalıştığını iddia ederek, ücret ve fazla mesai isteğinde bulunmuştur. Davalı ise davacının işyerine ortak olarak girdiğini fakat ortaklık için gerekli sermayeyi bulamadığı için ayrıldığını savunarak davanın reddini talep etmiştir. Davacı tanığı, davacının işyerine fizyoterapist olarak işçi statüsünde işe girdiğini bildirmiştir. Davalı tanıkları ise savunmayı doğrular şekilde beyanda bulunmuşlardır. Bir an için davacının işyerine ortak olmak amacıyla hareket ettiği düşünülse dahi, bu ortaklığın gerçekleşmediği sabit olmuştur. Ancak davacının bu işyerinde fizyoterapist olarak bir süre çalıştığı da bir gerçektir. Bu durumda taraflar arasında hizmet akdi kurulduğunun kabulü gerekir. Önceden ücret kararlaştırılmamış dahi olsa bu durum işçi statüsünde çalışmadığı anlamına gelmez. Esasen işyerinde sorumlu müdür olan doktor da davacı tanığı olarak davacının işçi statüsünde çalıştığını doğrulamıştır. O halde, dava konusu haklar bakımından işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir” (Yargıtay 9.HD, 19.02.1990, E. 1989 / 9766, K. 1990 / 1667, Kılıçoğlu, 1999, s.226) ; “*Davacının davalı limited şirkette (1) hisseye sahip hissedar olduğu anlaşılmaktadır. Ancak şirketin pazarlama işlerini ücret karşılığında ifa ettiği de dosyadaki bilgi ve belgelerden ve iş müfettişi raporundan görülmektedir. Bu şekildeki ilişkinin gerek çalışma ve gerekse ücret ödeme bakımından düzenli ve süreklilik arz etmesi itibarıyla hizmet akdi olarak kabulü gerekir” (Yargıtay 9.HD, 16.12.1985, E. 1985 / 11269, K. 1985 / 11945, Berksun ve Eşmelioğlu, Sen.K., s.103).**

⁶⁷² Yargıtay HGK, 30.10.1985, E.1984/9-246, K.1985/861, Narmanlıoğlu, 1994, s.145.

unsurunu da taşıyan sözleşmelere rastlanabilmesi nedenlerinden dolayı, bazen özel durumların ortaya çıkabileceğinin kabulü uygun olurdu⁶⁷³.

**b. Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulduğu
Adi Şirket Sözleşmelerinin Sona Ermeleri
Hakkında
(1) Kararlar**

Yargıtay'a göre, şirket sözleşmesindeki borçlar hukuki açıdan birbirinin karşılığı sayılamaz: O halde, ortaklardan birinin sermaye borcunu ifadan kaçınması halinde diğerlerinin de *-BK md.81 uyarınca karşılıklı sözleşmelerdeki gibi-* sermaye borcunu yerine getirmekten kaçınması söz konusu olamaz. Bunun anlamı, emeğin sermaye olarak konulmasının üstlenildiği bir adi şirket sözleşmesinde anılan edimin yerine getirilmemesinin, diğer ortaklara ancak BK md.535/7 uyarınca, ortaklığın feshini isteme yetkisini verebileceği ve böylelikle şirketin hâkim kararıyla ortadan kaldırılabilmesidir. *“Fesih istenmedikçe sermaye koymamış olan ortağa kar payı ödemekten kaçınılamaz”*⁶⁷⁴. Çünkü *“adi ortaklıkta ortaklardan birisinin sözleşme ile yüklendiği borçlarını yerine getirmemesi ortaklığın hukuken kurulmuş sayılmasına*

⁶⁷³ Ayrıntı için bkz.: Üçüncü Bölüm, I, C, 3 başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁷⁴ *“Ormandan tomruk kesilmesi ve taşınması konusunda taraflar arasında sözlü bir ortaklık anlaşması yapılmıştır. Bu anlaşmaya uygun olarak kesim işi bitirdikten sonra çekime başlanmışsa da, ilk altı gün içinde davacı Kamil'in başka yerde bulunması yüzünden bu işe katılmadığı ve kendisine düşen çekim işinin yerine getirilmesinde damadı Yusuf Uğraşkan'ı görevlendirdiği, bu kişi davacı adına 6 gün gecikme ile çekim işine katılıp bu ödevi yerine getirmek istemişse de, davalıların kabul etmemeleri karşısında işe başlayamadığı ve böylece çekim işini davalıların bitirdikleri anlaşılmaktadır.*

Davacı, bu ortaklığa B.K. 521. maddesinde sayılan kendi çalışmasını ve giderlere katılmasını sermaye olarak koymuştur. Burada üstü kapalı (zımni) bir şart vardır. Bu şart, ortaklığın niteliği ve özelliği bakımından, ortakların çalıştıkları oranda kendilerine fayda sağlayabilmeleri şartıdır. Karşılıklı yüklenmeleri gerektiren sözleşmelerde olduğu gibi, ortaklık akdinde temerrüt veyahut (Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca) bir akdın borcunu yerine getirmemesi halinde öbürünün de borcunun yerine getirmekten kaçınması söz konusu edilemez. Çünkü, ortaklık, karşılıklı borçları kapsayan bir akit değildir. Herkesin belli bir amaca ermek için bir takım borçlar altına girdiği akittir ki bundaki borçlar, hukuk bakımından bir birinin karşılığı sayılmaz. Bundan dolayı ortaklıkta bir tarafın sermaye koyma borcunu yerine getirmekten kaçınması, diğer tarafa ancak B.K. 535. maddesinin 7. bendi uyarınca ortaklığın feshini isteme yetkisini verir ve ortaklık hâkim kararıyla ortadan kalkar. Ortaklığın feshi davalılarca istenmediği için akit yürürlükte kalır; o halde, akit gereğince davacıya kar payı ödemekle sorumludurlar; zira, akdın feshini istemiş değildirlir. Hâkim delilleri doğru takdir etmiş ve doğru bir hükme varmıştır. Buna göre itirazlar yersizdir” (Yargıtay HGK, 11.12.1963, E.1963/4-26, K.1963/96).

*engel teşkil etmez*⁶⁷⁵. Aynı şekilde, sermaye payı olarak emeğini koyan ortağın kovulması ve işin başkasına gördürülmesi halinde, *-sözleşmede sınırlayan bir hüküm bulunmaması koşuluyla-* adi şirketin haklı sebeple feshi istenebilir. Emeğini koyan ortak aynı davada hem feshi hem de tasfiye hissesinin tespiti ile tahsilini talep edebilir⁶⁷⁶. Ancak kusuru bulunan ortağın ilke olarak adi şirketin haklı nedenle feshini istemesi mümkün değildir. İstisnaen, iki ortaklı bir adi şirkette her iki ortağın da kusurlu davranmış olması halinde birisinin talebi halinde feshe karar vermek gerekir⁶⁷⁷.

Yargıtay emeğin sermaye payı olarak konulduğu adi şirkette ortaklardan birisinin ölmesi hakkındaki bir kararında, emeğini koyan ortağın ölümü sonrasında tasfiye olunan bir adi şirkette, demirbaş malların sağ kalan ortakta kalması, ancak demirbaş bedellerinden, verilmeyen işletme karından ve işletmenin unvan değerinden muris ortak hissesine düşen toplam bedelin onun mirasçılarına ödenmesi ve şirketin böylelikle tasfiye edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Söz konusu kararda, sermaye olarak emeğini koyan murisin mirasçılarının, sayılan kalemler dışında ayrıca tazminat talep edemeyeceklerinin kanun gereği olduğu ayrıca vurgulanmıştır⁶⁷⁸. Öte yandan, emeğini koyan ortağın değil de, sahip olduğu tesisleri

⁶⁷⁵ “(...) engel teşkil etmez. Davacı ortağın borcunu yerine getirmemesi halinde bu edimin aynen ifası istenebileceği gibi, temerrüdü halinde haklı nedenlerden adi ortaklığın feshine (bozulmasına) karar verilmesi de mahkemeden istenebilir” (Yargıtay 13.HD, 26.01.1989, E.1988/5087, K.1989/326, Çevik, a.g.e., s.25).

⁶⁷⁶ “(...) Davacı emeğiyle katıldığı ortaklıktan kendisinin kovulduğunu, işin başkasına gördürüldüğünü öne sürerek, haklı sebeplerden dolayı ortaklığın feshini ve tasfiyesini istemiştir. Borçlar Kanununda adi ortaklığa ilişkin hükümlerde ve ortaklık sözleşmesinde ortağın haklı sebeplerle fesih talep etme hakkını sınırlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Ortaklığın haklı sebeplerle feshini isteyebilen ortağın aynı davada tasfiye hissesinin de tespit ve davalıdan alınmasını istemeye hakkı vardır” (Yargıtay 13.HD, 01.07.1986, E.1986/2770, K.1986/3841, Çevik, a.g.e., s.40).

⁶⁷⁷ Yargıtay T.D., 16.12.1949 Tarihli Kararı, İçtihatlar Külliyyatı, 1950, I, s.503’den aktaran: İpekçi, a.g.e., s.36.

⁶⁷⁸ “Davacı, davalıların murisi (S.A.) ile adi ortaklık kurduklarını, (S.)'nin ölümü nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 535/2 maddesine göre ortaklığın feshine, muris - ortak (S.A.)'nın hissesinin tasfiyesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalılar, davacının hesap vermektan kaçındığını, davaya sebebiyet vermediklerini savunmuşlardır. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılarca temyiz ve dairemizce "unvan değerinin tespit edilmemiş olması, mahkemece idarece ortaktan hesap istenip, Borçlar kanunu'nun 538 ve devamı maddeleri gereğince tasfiyenin bilirkişiden alınacak rapor gözetilerek yapılması nedenleri ile" bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyulmuş, 20.2.1984 tarihli bilirkişiler kurulu raporu dayanak alınarak, adi ortaklığın fesih ve tasfiyesine, çay ocağı işletmesi ve demirbaşların davacıya bırakılmasına, çay salonununun 1980-81-82-83 yılları için 4 yıllık işletme karından davalılar payı olan 1.081-178 liranın davacıdan alınıp, davalılara verilmesine, 2.000.000 lira unvan değerinin davacı yanca davalılara ödenmesine,

sermaye olarak koyan diğer ortağın öldüğü bir başka kararda, ölüm sonrasında mirasçılar kardan pay almaya devam etmişlerse ve sağ kalan ortak adi şirketin feshi ile tasfiyenin yapıldığını muteber delillerle kanıtlayamamışsa, adi şirketin devam ettiği kabul edilmiştir⁶⁷⁹.

(2) Değerlendirme

Yargıtay'ın, emeğin sermaye payı olarak konulduğu adi şirket sözleşmelerinin sona ermelerine ilişkin verdiği kararların genel olarak isabetli olduğu söylenebilir. Adi şirket sözleşmesinin sona ermesi, Borçlar Kanunu'nun adi şirkete ilişkin hükümlerinde doğrudan doğruya düzenlendiğinden, kararların bu hükümler

demirbaşlardan davalı yan payından 134.250 liranın davacı tarafından davalılara ödenmesine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. 1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle borçlar Kanunu'nun 527 nci maddesinin 2 nci fıkrasında ortaklık sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça ortağın şahsi emeği için ayrıca tazminat istemeyeceği öngörüldüğünden, davacının ortaklıkta çalışması karşılığı olarak bir ücret hesap edilmesinde yasaya aykırı bir yön olmamasına göre, davacının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir. 2) Mahkemece, çay salonunun davacıya bırakılmasına karar verilmiş olduğundan, unvan değeri olarak 2.000.000 liranın da davacı tarafından davalılara ödenmesine karar verilmiş ise de, karara dayanak yapılan bilirkişi raporundan anlaşıldığı üzere, 2.000.000 lira çay salonunun unvan değerinin tamamını oluşturmaktadır. bu tutarda davacı ortak da 1/2 pay sahibidir ve tasfiye dolayısıyla kendi uhdesinde kalan unvan değeri karşılığı, davalıya payı karşılığı 1.000.000 lira ödemesi gerekir. Açıklanan bu yönler gözetilmeden unvan gederini teşkil eden 2.000.000 liranın tamamının ödenmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” (Yargıtay 13.HD, 06.11.1984, E.1984/5127, K.1984/6924, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

⁶⁷⁹ “Davacılar, murisleri ile davalı arasında balık üretimi ile ilgili 23.10.1989 yılında yapılmış bir adi ortaklık protokolü bulunduğunu, davalının 1997-1998 yıllarına ait kar paylarını vermediğini, öne sürerek, 30.000.000 TL'nin reeskont faizi ile birlikte ödenmesini, davalının murislerine ait olan balık üretim tesislerine yönelik müdahalesinin menini istemişlerdir. Davalı, murisin ölümü ile adi ortaklığın son bulduğu zamanaşımının dolduğu belirtilerek davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, ortaklardan birinin ölümü nedeniyle ortaklığın son bulduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacılar tarafından temyiz edilmiştir. Davacıların murisi ile davalı arasında 23.10.1989 tarihli adi ortaklık sözleşmesi olduğu, bu sözleşmeye göre davacıların murisinin tesisleri, davalının ise emek ve mesaisini, adi ortaklığa sermaye olarak koydukları dosya münderecatından anlaşıldığı gibi, taraflar arasında da ihtilafsızdır. Her ne kadar ortaklardan birinin ölümü ile adi ortaklık BK.nun 535/2 maddesi gereği sona erer ise de, davacıların babalarının 1993 yılında vaki olan ölümünden sonra davalının ortaklığa devam edip, kendilerine kardan pay verdiğini ileri sürmeleri, davalının da buna karşı koymaması yeminle dinlenen şahit beyanlarının davacıların iddiasını doğrulamaları ve ayrıca davalının, adi ortaklığın fesih ve tasfiye edildiği hususunu yasal delillerle kanıtlayamamış olması nedeni ile davacıların murisinin ölümünden sonra mirasçıları ile adi ortaklığa devam edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda adi ortaklığın devam ettiği kabul edilerek, davacıların ortaklıktaki paylarına vaki müdahalenin menine ve davacıların talepleri ile ilgili işin esasına girilip ortaklığın elde edeceği net kar bilirkişi marifetiyle belirlenerek, %30 kar payının davacılarımıza ödenmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirir”(Yargıtay 13.HD, 29.01.2001, E.2000/11979, K.2001/768, www.kazanci.com.tr , 26.05.2006).

göz önünde tutularak verildiği, haklı olarak hizmet akdine ilişkin hükümlerden yararlanılmadığı söylenebilir.

II. Kendine Özgü Sözleşmelere Örnek: İş Sözleşmesini Andıran “İş Zinciri (Franchising)” Sözleşmeleri

A. Genel Olarak

İş zinciri (*franchising*) sözleşmesi ticari uygulamalarla ortaya çıkmış bir sözleşmedir ve asıl olarak ait olduğu disiplin ticaret hukukudur. Ancak bazen öyle haller ortaya çıkmaktadır ki sözleşmenin tarafları arasında –*neredeysse*- iş sözleşmesi benzeri bir bağımlılık oluşmaktadır. Ancak, böylesi sözleşmelerde “*hukuki bağımlılık ölçütü*”nün tam olarak gerçekleştiği söylenemez. Bir an için, aradaki sözleşmesel ilişkinin karakteri gereği “*iktisadi bağımlılığın*” gerçekleştiği düşünülebilirse de; anılan bağımlılık en azından bugün için hukuk sistemlerinde iş sözleşmesinin varlığına delalet eden temel bir ölçüt olarak kabul edilmemektedir. Öte yandan, kimi zaman sözleşme tarafları arasında fiilen öyle bir emir-talimat ilişkisi oluşmaktadır ki, durum “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimini*” çok andırmakta ve bu yüzden de sosyal açıdan iş sözleşmesi gibi korunmayı gerektirebilmektedir.

Henüz ülkemizde belirtilen türden sözleşmelere pek rastlanmamaktadır. Ancak, birçok ülkede yaygınlaşmaları nedeniyle, sosyal açıdan doğan koruma ihtiyacını gidermek için, bunları bazı yönlerden iş sözleşmesi hükümlerine tabi tutma eğilimleri gözlemlenmektedir. Küreselleşmenin sınırlar arasındaki etkileşimi fazlalaştırdığı dikkate alındığında, iş sözleşmesini andıran iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerinin gelecek yıllarda ülkemizde de yaygınlaşması muhtemel olduğundan çalışmada incelenmeye değer görülmüştür. Aşağıda, öncelikle terim tartışması yapılarak kullanılacak terimler seçilecek, ardından İş Zinciri (*franchising*) sözleşmesinin tanımına ve hukuki niteliklerine geçilecektir. Sonrasında, iş sözleşmesini andıran “*iş zinciri (franchising)*” sözleşmelerinin hukuki özelliklerine değinilecek, nihayet anılan sözleşmelere bağlanabilecek hüküm ve sonuçlar

araştırılacaktır. Konu hakkında ülkemizde yerleşik Yargıtay uygulaması olmadığı için diğer sözleşmelerdeki gibi sonda ayrı bir karar incelemesi bölümü bulunmamaktadır. Onun yerine, iş zincirinde iş hukukuna ilişkin koruyucu kuralların uygulandığı bazı ülke örnekleri ile Türk Hukukunun altyapısını içeren bir bölüm yer almaktadır.

B. Terim Tartışması

Franchising, Fransızca “*franchise*” kelimesinden gelmektedir. Tahsin SARAÇ’ın Büyük Fransızca – Türkçe Sözlüğünde “*bağışıklık, muafiyet*” olarak çevrilmiştir. İngilizce – Türkçe Redhouse Sözlüğünde aynı kelime “*şirketin bayie tanıdığı imtiyaz*” olarak tarif edilmektedir. Türk Öğretisinde genellikle “*franchising sözleşmesi*”⁶⁸⁰ deyimini kullanılmaktadır. AKYOL anılan sözleşmenin Türkçe karşılığı için, “*münhasır satış ve servis imtiyazı sözleşmesi*” deyimini önermektedir: Sebabi, işbu akdin “*münhasır temsilcilik*” sözleşmesiyle yakınlık göstermesi, onun yeni unsurlar eklenmiş şekli olması olarak belirtilmiştir⁶⁸¹. Çalışmamızda ise “*iş zinciri sözleşmesi*” deyimini tercih edilecektir. Çünkü anılan sistemde, merkezdeki tasarlayıcı-planlayıcı işletme (*zinciri kuran – franchise veren*), hukuken bağımsız ancak kendisine ekonomik olarak ciddi anlamda bağımlı olan gerçek ya da tüzel kişilerden (*zincire katılan – franchise alan*) bir zincir oluşturmaktadır. Söz konusu zincir, üretici zinciri (üretici franchisingi), hizmet zinciri (hizmet franchisingi) ya da mal zinciri (mal franchisingi) benzeri çeşitli görünümelerde oluşturulabilir. Önerdiğimiz terimlerin hem içerik olarak, hem zihinde canlandırdığı anlam olarak, hem de kullanım kolaylığı açısından uygun düşeceği görüşündeyiz.

⁶⁸⁰ Örnekler için bkz.: Osman Berat Gürzumar, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması**, Beta Basım, İstanbul, 1995; Çiğdem Kırca, **Franchise Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Yay.No: 312), Ankara, 1999; Dilber Ulaş, **Bir Pazarlama ve Dağıtım Yöntemi Olarak Franchising Sistemi**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 1999.

⁶⁸¹ Akyol, 1984, s.41.

C. İş Zinciri (Franchising) Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Nitelikleri

İş zinciri sözleşmesinin temelinde rekabet avantajı yatar. Anılan avantaj teknik, örgütsel, kültürel ya da ilişkisel olabilir⁶⁸². Sözleşmenin kapsamı hayli geniş olduğundan kısa bir tanımlamasını yapmak kolay değildir. GÜRZUMAR'a göre iş zinciri (*franchising*) sözleşmesi, zinciri kuranın (franchise verenin), “*kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde*” zincire katılana (franchise alana) “*kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği*”; zincire katılanın (franchise alanın) ise “*hem (söz konusu sistemin içerdiği ve zinciri kuranın belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri / sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de zinciri kurana belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği*”; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir⁶⁸³.

AKYOL'a göre “*nerede üretilen malın satışı için bir bölgede münhasır satıcılık tanınmışsa, satıcıya satış sonrası servis yapması için tesisler kurma ve teknik personel bulundurma yükümü yüklenmiş ve bu şahıs üreticinin amblem, bayrak veya flamasını kullanıyorsa, bütün bu unsurların birleştiği işlerdeki sözleşme*” bir iş zinciri (*franchising*) sözleşmesidir⁶⁸⁴.

KIRCA'ya göre iş zinciri (*franchising*) sözleşmesi, “*konusu bir mal ve / veya hizmetin sürümü ve dağıtımı olan sürekli bir sözleşme olup, bununla mal ve / veya hizmeti üreten ve / veya satan*” zinciri kuran (franchise veren); “*adı, sembolü, markası gibi gayri maddi mal ve değerlerini kullanarak, bunların sürümünü yapma hakkını bir ücret karşılığında, belli bir bölgede kendi ad ve hesabına çalışan*

⁶⁸² Jean – Marie Leloup, **La franchise (Droit et pratique)**, 3.Bası, Dalloz, Paris, 2000, s.37.

⁶⁸³ Gürzumar, a.g.e., s.10.

⁶⁸⁴ Akyol, 1984, s.41.

bağımsız kişilere” (zincire katılanlara) vermeyi ve “ayrıca mal ve / veya hizmetlerin en iyi şekilde pazarlanmasını sağlamak için pazar araştırması ve tanıtım (reklamlar) yapmak, bu konuda kendine özgü bir anlayış geliştirip bir organizasyon kurmak” ve zincire katılanları (franchise alanları) “çalışmalarından yararlandıracak şekilde bu organizasyona dahil etmek” yükümlülüklerini üstlenir. Zincire katılan ise, “ücret yanında sözleşme konusu malların sürümünü desteklemek, bu konuda gerekli tüm bilgileri” zinciri kurana iletmek, zinciri kuranın “pazarlama ilkelerine, talimatlarına uymak, eğitim programlarına katılarak bu doğrultuda işletmesini yürütmek ile” yükümlüdür⁶⁸⁵.

LELOUP’ya göre iş zinciri (*franchising*) sözleşmesi, “zinciri kuran” olarak adlandırılan bir işletmenin, “zincire katılan” olarak adlandırılan bir veya daha fazla işletmeye, zinciri kuranın adı altında, onun müşteri çevresi ve devamlı yardımıyla, başta zinciri kuranın idari sistemi olmak üzere rekabet avantajı sağlayan unsurlarını kullanma hakkı vererek, “özenli ve dikkatli bir katılana” kar getiren işler yapma olanağını sağladığı sürekli ve karşılıklı bir sözleşmedir⁶⁸⁶.

Yargıtay’a göre iş zinciri (*franchising*) sözleşmesi, “bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dahilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli bir iş ilişkileri bütünü olup, birbirinden bağımsız iki taraf arasında meydana getiren sözleşmesel ilişkidir”⁶⁸⁷. Söz konusu tanımda zincire katılanın, zinciri kuranca belirlenecek ilkelere ve verilecek talimatlara uyma yükümlülüğünden bahsedilmemesi eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Kısaca özetlemek gerekirse iş zinciri (*franchising*) sözleşmesi, bir iş zinciri kuran gerçek ya da tüzel kişinin, çerçevesini kendisinin belirleyip talimatlarla dayatabileceği koşullarla ve mallarının sürümüne destek ile belli bir ücret karşılığında; zincire katılan hukuken bağımsız gerçek veya tüzel kişileri, fikri ve

⁶⁸⁵ Kırca, a.g.e., s.19 – 20.

⁶⁸⁶ Leloup, 2000, s.38.

⁶⁸⁷ Yargıtay 19.HD, 25.06.2001, E.2001/819, K.2001/4917, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006.

sinai bir takım hakları ile tecrübelerinden yararlandırmak suretiyle desteklemeyi kabul ettiği sürekli bir sözleşmedir.

İş zinciri sözleşmesi “*konu açısından*” belli başlı üç biçimde ortaya çıkmaktadır: hizmet zinciri, üretim zinciri ve dağıtım zinciri. Hizmet zincirinden, standartlaşmış hizmet üretimi ile bunun tüketiciye sunulması amacıyla yönelik olarak kurulan otel, restoran, araba kiralama ve benzeri zincirler anlaşılır⁶⁸⁸. Daha az yaygın olan üretim zincirleri ile, zincire katılanların zinciri kuran işletme tarafından verilen bilgilere göre ve onun markası altında satacakları ürünleri üretmeleri kast edilmektedir⁶⁸⁹. Dağıtım zinciri ise konusunu bir malın sürümü ile dağıtımının veya malların toplanmasının oluşturduğu zincirlerdir⁶⁹⁰; “*ürün ve marka zinciri*” “*mal zinciri*” veya “*satım zinciri*” olarak da adlandırılmaktadır⁶⁹¹.

İş zinciri sözleşmesi içinde yer yer şu isimli sözleşmelerin esaslı unsurlarını barındırır: lisans sözleşmesi, teknik bilgi (know - how) sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi. Eklemek gerekir ki satım sözleşmesine adi kira ve ürün kirası sözleşmelerine, vekâlet sözleşmesine, iş sözleşmesine ve adi şirket sözleşmesine ait tipik unsurların varlığı da yer yer tartışılmaktadır⁶⁹². İzleyen kısımlarda ortaya konulacağı üzere, iş sözleşmesine ait süre ve bağımlılık temelinde iş görme unsurunun bulunmadığı vurgulanmalıdır⁶⁹³. Diğer tipik unsurların varlığı da tartışmalıdır ancak var oldukları kabul edilse dahi iş zinciri (*franchising*) sözleşmesinin, kısmen kanunda düzenlenmiş kısmen de kendine özgü çeşitli sözleşme tiplerine ait esaslı unsurları bünyesinde bulundurması sonucuna yol açarlar. Yargıtay böyle sözleşmeleri karma sözleşme saysa da öğretisi genellikle kendine özgü sözleşmeler sınıfında değerlendirmektedir⁶⁹⁴. Kanımızca iş zinciri (*franchising*) sözleşmesi kendine özgü sözleşme niteliğindedir⁶⁹⁵. Çünkü hem kendine özgü

⁶⁸⁸ Kırca, a.g.e., s.39 – 40.

⁶⁸⁹ Leloup, 2000, s.31.

⁶⁹⁰ Leloup, 2000, s.32.

⁶⁹¹ Ulaş, a.g.e., s.35 vd.; Kırca, a.g.e., s.38 – 39.

⁶⁹² Kırca, a.g.e., s.61 vd.; Gürzumar, s.18 vd.

⁶⁹³ Aksi görüş için bkz.: Kırca, a.g.e., s.65.

⁶⁹⁴ Bkz.: *Birinci Bölüm, II, A, 1* başlığı ve *Birinci Bölüm, II, B, 1* başlığı altındaki açıklamalar.

⁶⁹⁵ Aynı yönde bkz.: Coiquaud, a.g.e., s.400; Jean Alberts, **Contrat et réseau: Le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride**, Mémoire présenté à la Faculté des études

unsurlar genellikle ağır basmaktadır hem de bütünsel olarak bakıldığında tipik sözleşmelerden uzak, kendine özgü, hatta zaman zaman bazı sözleşme tiplerinin dolanıldığı⁶⁹⁶, yeni ekonomiye has ilginç bir mozaik olarak algılanmaktadır. Ayrıca, çeşitli sözleşmelerin tip tayin edici unsurlarının değiştirilmesi söz konusu olup, bu açıdan da kendine özgü sözleşme olduğu sonucuna varılabilir⁶⁹⁷. Kuşkusuz, çok uzak olmayan bir gelecekte yasal olarak düzenlenecek ve tipik sözleşmeler listesinde yerini alacaktır. Ancak, iş zinciri (*franchising*) sözleşmesini yasal olarak sınıflandırmak da kolay değildir: Borçlar Kanunu'na eklenecek yeni bir bölümle düzenlenmesi, “*adi şirket*” benzeri yeni tartışmalar başlatabilir.

İş zinciri sözleşmelerinde zincire katılanın hukuken bağımsız olması süre ve bağımlılık temelinde iş görme unsurunun varlığını ortadan kaldırmaktadır. Ancak anılan unsur andıran, buna çok benzer ve sosyal açıdan koruma gerektiren durumlar söz konusu olabilmektedir. Fransa ve Almanya gibi ülkelerde bazı iş zinciri modellerinin aynı zamanda iş sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği ya da iş görme unsuru içerdiği veyahut zincire katılanı “*işçi benzeri*” kıldığı yaygın olarak tartışılmaktadır. Açıklanan nedenlerle bütünsel anlamda kendine özgü sözleşme olarak nitelenebilecek iş zinciri (*franchising*) sözleşmesinin “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” edimini andıran ve sosyal açıdan koruma gerektiren görünümünün ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

D. İş Sözleşmesini Andıran “İş Zinciri” (Franchising) Sözleşmelerinin Hukuki Özellikleri

İş zinciri (*franchising*) sözleşmesi ticari uygulamalardan doğan bir sözleşmedir. Ancak temelindeki ilişkinin niteliğine göre, ticaret hukukuyla, rekabet hukukuyla, fikri mülkiyet hukukuyla, idare hukukuyla, Avrupa Birliği hukukuyla, iş hukukuyla ve hatta ceza hukukuyla dahi ilgisi bulunan “*çok disiplinli bir hukuk*” söz

supérieures de l'Université Laval pour l'obtention du grade de maître en droit, 1997, s.52; Aksi yönde bkz.: Gürzumar, a.g.e., s.20; Kırca, a.g.e., s.61.

⁶⁹⁶ Örneğin bazı iş zinciri sözleşmelerinde taraflar arasındaki ilişki gerçekte iş sözleşmesindeki gibi olsa da, “*hukuki bağımsızlık*” ölçütü gerçekleşmediğinden iş sözleşmesi sayılmamakta, böylelikle iş sözleşmesi hükümleri dolanılmaktadır.

⁶⁹⁷ Örneğin bazı iş zinciri sözleşmelerinde iş sözleşmesine ait “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” tipik edimi mutasyona uğratılmıştır.

konusudur. Bu noktadan hareketle, bazı iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerinin iş hukukuyla benzeştiği birçok nokta olduğu sonucuna varılır. Hatta iş hukuku kurallarını aşmaya yönelik olarak “*sahte zincire katılanlar*”ın (ya da sahte bağımsız çalışanların) bulunduğu durumlarda “*benzerlikler*” “*aynılıklara*” dönüşür⁶⁹⁸. Çünkü, iş zinciri (*franchising*) sözleşmesi kural olarak tarafların koşulları müzakere ve pazarlık etmediği bir katılma sözleşmesidir. LELOUP bu durumu ilginç bir şekilde ifade etmektedir: “*Zincire katılan zinciri kuranı seçer; zinciri kuran zincire katılanı seçer, fakat akit müzakere olunmaz. Her şeyden önce, artık günümüzde akitler müzakere edilmekte midir? Kanımca günümüzde sözleşme kavramı, artık iltihaki sözleşme haline dönüşmüştür*”⁶⁹⁹.

Gerçekten, sözleşmenin uygulanmasında zinciri kuranın zincire katılan karşısında imtiyazlı bir konumda bulunduğunu anlamak için, herhangi bir iş zinciri (*franchising*) sözleşmesini bir kez okumak dahi yeterlidir. İçerik bir yana, zinciri kuran, sözleşme koşullarından uygulanmasına ve süresine kadar her şeyi tek yanlı olarak belirlemektedir. Daha sözleşme yapılırken *–işin görüleceği yerin seçimiyle–* ortaya çıkan bu baskın karakter, *–özellikle teknik bilgi (know how) aktarımıyla ve bazen de iş organizasyonu gereği–* sözleşme süresince ve hatta bitimine kadar devam eder. Çünkü, başarıya ulaşmak için zinciri kuranın, gereken unsurları sağlamanın yanı sıra onların uygulanmasını da denetlemesi gerekir⁷⁰⁰. Anılan baskın durumun hangi noktaya kadar “*işbirliği*” hangi noktadan sonra “*bağımlılık*” olarak niteleneceği önemli bir meseledir ve her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

İş zinciri sözleşmesi ağırlıklı olarak ticaret ve borçlar hukukuna ait bir müessese olup küreselleşme rüzgârının etkisiyle dünyada hızla yayılmakta ve çeşitlenmektedir. Ancak, iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerinin bazı türleri zaman zaman iş sözleşmesini andırdığı da vakıadır. Hatta bir iş zinciri sözleşmesinin, “*zinciri kuranın iş hukukundan kaynaklanan bir takım yükümlülüklerle katlanması*

⁶⁹⁸ Coiquaud, a.g.e., s.375.

⁶⁹⁹ Jean – Marie Leloup, “Les rapports juridiques dans le contrat de franchise”, **Aspects juridiques de la franchise**, 21 Mayıs 1986 Tarihinde Lyon Hukuk Fakültesi’nde Gerçekleştirilen Çalıştay, Centre Paul Roubier, Librairies techniques, Lyon, 1986, s.21.

⁷⁰⁰ Coiquaud, a.g.e., s.381, 389 - 390.

gereken” bir iş sözleşmesini gizlemeye yaradığı durumlar az değildir⁷⁰¹. Ancak, göz ardı edilmemesi gereken husus şudur: İşçi ve işveren sıfatları aynı kişide birleşmemelidir. Gerçekten, yanında bir veya daha fazla işçi çalıştıran bir zincire katılanın, ekonomik ve sosyal durumu ne olursa olsun, hangi şartlarda çalışırsa çalışsın, işçileri koruyucu hükümlerden yararlanamaması gerekir. Çalışma konusu esas olarak “*tek kişilik şubeleri andıran*” iş zincirleri üzerinedir. Zinciri kuranın denetim hakkının ve *–başta ücret ve çalışma saatleri olmak üzere-* sözleşmedeki çalışma koşullarının iş sözleşmesini andırması da önem taşımaktadır.

Kuşkusuz Türkiye’de iş zinciri (*franchising*) sözleşmesinin böylesi görünümüleri bugün için söz konusu olmadığı gibi İş Mevzuatımızda da Almanya ve Fransa’dakine benzer hükümler bulunmamaktadır. Ancak, dünyada iş ilişkilerinde yaşanan derin dönüşümün zamanla ülkemize yansması muhtemeldir. Ülkemizde iş zinciri (*franchising*) sözleşmesinin *-gelişmiş ülkelerdeki kadar çeşitli ve yaygın olmasa da-* artan bir ivme kazandığını söylemek mümkündür. Yakın bir gelecekte anılan sözleşmenin iş hukukunu ilgilendirebilecek çeşitlerinin ülkemizde de ortaya çıkması ve iş hukuku hükümlerini dolanmaya yönelik olarak kullanılmaya başlanması ihtimaldir. Şimdiden konu üzerinde ön çalışmalarda bulunmak yararlı olacaktır.

E. İş Sözleşmesini Andıran “İş Zinciri” (Franchising) Sözleşmelerine Bağlanabilecek Hüküm ve Sonuçlar

1. Genel Olarak

İş zinciri sözleşmesinin bazı türlerinin aslında aynı zamanda iş sözleşmesi olduğunun ya da iş sözleşmesindeki süre temelinde ve bağımlı olarak iş görme unsuruna çok benzer niteliklere sahip olduğunun tesbiti, “*başlangıçta zincire katılan tarafından ödenen zincire katılma parasının akıbeti*”, “*zincire katılanın sorumluluğunun nasıl belirleneceği*”, “*nihayet işletme kârının ne olacağı*” gibi bir

⁷⁰¹ Manuel Raison, “Du contrat de franchise au contrat de travail: Une question d’indépendance”, *Revue Pic – Inter*, No:286, Juillet, 2004, <http://www.daici.com/pic/286/contrat-franchise.shtm>, 24.07.2006.

takım meseleleri de beraberinde getirir⁷⁰². Böyle bir nitelendirmenin önemli başka maddi sonuçları olacağı da açıktır. Örneğin iş hukukundaki ücret, feshe bağlı tazminatlar, gece çalışması, fazla çalışma gibi koruyucu hükümlerin uygulanmasına ilişkin sorunlar da ortaya çıkabilecektir⁷⁰³.

İş zincirleri daha çok gelişmiş ülkelerde yaygın durumdadır. Mesela Amerika Birleşik Devletleri'nde sosyal politikanın ana temasını uzun yıllar “iş zincirine özendirme” teşkil etmiştir⁷⁰⁴. Aynı derecede olmasa da Almanya ve Fransa'da da iş zincirleri yaygın durumdadır. Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde de –çeşitleri daha az olmakla birlikte- iş zincirlerinin artış gösterdiği gözlemlenmektedir. Çok uzak olmayan bir gelecekte ülkemizde de tek kişilik şubeler halinde örgütlenmiş, ekonomik ve sosyal açıdan işçiden farksız -*hukuken bağımsız vefakat ekonomik anlamda bağımlı*- zincire katılanların iş gördüğü iş zincirlerinin yaygınlaşacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Amerika Birleşik Devletleri, Kanada gibi ülkelerde iş zinciri (*franchising*) sözleşmesi, taraflarından birinin zayıf olması nedeniyle iş hukukunca korunmaya muhtaç olduğu bir sözleşme olarak değerlendirilmemektedir. Ancak, Türk Hukukunun çeşitli alanlarda sıkı etkileşim içinde bulunduğu Almanya ve Fransa –ve hatta İsviçre- Hukuklarında, süre ve bağımlılık temelinde iş görmeye benzer durumlara yol açan bazı iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerinde, “iş hukukunun koruyucu kurallarının” zaman zaman uygulanması söz konusudur.

2. İş Zincirinde İş Hukukuna İlişkin Koruyucu Kuralların Uygulandığı Ülke Örnekleri

a. Almanya

Almanya'da “Eismann” adlı -yaklaşık ikibin katılanı bulunan- iş zincirinden ayrılan bir ortak ile ilgili olarak verilen kararlar ilginçtir ve değinilmesi gerekir.

⁷⁰² Coiquaud, a.g.e., s.431.

⁷⁰³ Raison, Du contrat de franchise...

⁷⁰⁴ Andreas Hänlein, “Kartel, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku Arasında Geçimini Franchise Yoluyla Sağlayan Kişiler – Yükselen Hava Akımında Yeni Bir Çalışma Biçimi mi? (Çev.:Tankut Centel)”, 21 – 23 Ekim 1999 Tarihlerinde Münih'te Gerçekleştirilen İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun Güncel Sorunları Semineri (Yayımlayanlar: Bernd Baron von Maydell – Münir Ekonomi – Tankut Centel), Beta Basım, İstanbul, 2001, s.221.

Eismann iş zinciri dondurulmuş gıda üzerine çalışmakta olup “*satış ortağı*” olarak isimlendirilen her bir zincire katılan, eğitimden geçirilerek sadece kendilerine özel bir sürüm alanında doğrudan satış hakkına sahip olmaktadır. Zincire katılanların malları zinciri kurandan –onun belirlediği fiyat ve koşullarla- alması ve satması zorunlu olup kullandıkları derin donduruculu araçları ise zinciri kurandan kiralamaktadırlar. Haftalık çalışma zamanlarından tur planlarının tesbitine, aracın durma planlarından mal miktarına kadar tüm çalışma koşulları zinciri kuranca hazırlanan bir el kitabında ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Zincire kullanma hakkı, eğitim, ilk donanım vs. için başlangıçta bir meblağ ödemekte; sözleşmeler ise beş yıllık düzenlenmektedir. Anılan sözleşmede sona erme ve tasfiyeye ilişkin bazı kurallar, özellikle akit sona erdiğinde ortağa kurma bedeli karşılığı bir tazminat ödenmesi, rekabet yasağı gibi düzenlemeler bulunmaktadır. Taraflar arasında “*satılan malların tüketici fiyatlarından, toptan fiyatların ve zincire katılanın ödemesi karşılaştırılan bazı masrafların düşülmesi*”⁷⁰⁵ suretiyle hesap görülmektedir.

Almanya’da Öğreti, iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerini iki tip olarak sınıflandırmaktadır: merkezi ve mutlak yapıdaki sözleşmeler (bağımlı iş zincirleri) ile daha katılımcı ve demokratik işleyişteki sözleşmeler (partnerlik temelli iş zincirleri). Doğal olarak, bunlardan sadece bağımlı iş zincirleri koruyucu mekanizmalar gerektirmektedir. Kuşkusuz, her iki tipi uygulamada tam olarak niteleyen bir standart anahtar bulunmamaktadır. Ancak her bir somut olay için ayrıca yapılacak hukuki incelemeyle, zincire katılanın zinciri kuran karşısındaki bağımlılığının derecesi saptanabilir⁷⁰⁶. Alman Federal İş Mahkemesi, iş hukukuna ilişkin koruyucu mekanizmalardan yararlanmak suretiyle, Eismann’ı merkezi ve mutlak yapıdaki bağımlı bir iş zinciri olarak kabul ettiğini göstermiştir.

Şöyle ki, İş zinciri sözleşmesi feshedilen bir Eismann katılanı, dava açarak masrafları ve katılma bedelinin yanı sıra sözleşmeyle karşılaştırılan rekabet yasağı için karşılık ödenmesini talep etmiştir. Açılan davada iş mahkemesinin görevli olduğuna dair yerel mahkeme kararı Federal İş Mahkemesi’nin 5.Dairesinin 16.07.1997 tarihli kararıyla onanmıştır. Kararın dayandığı gerekçe, zincire katılan

⁷⁰⁵ Hänlein,, a.g.e., s.228 – 229.

⁷⁰⁶ Coiquaud, a.g.e., s.382.

davacının, Alman İş Mahkemeleri Kanunu md.2/I, 3a ve md.5/I-1,2 uyarınca ekonomik olarak bağımlı olması nedeniyle “işçi benzeri” sayılmasıdır⁷⁰⁷. Alman İş Hukukunda işçi benzeri kavramından, kişisel anlamda bağımsız ancak iktisadi manada bağımlı olup, bir iş veya eser sözleşmesi veya benzer bir hukuki ilişki temelinde, -başkasını çalıştırmaksızın- şahsi emeğiyle hizmet veya eser edimlerini yerine getiren ve bir işçi gibi sosyal bakımdan korunması gereken kişiler anlaşılmaktadır⁷⁰⁸.

5.Dairenin yerleşik içtihatlarına göre işçi benzeri ile işçi arasındaki fark, birincisinde talimatla bağlılığın ya hiç olmaması ya da zayıf olmasından dolayı kişisel (hukuki) bağımlılığın bulunmamasıdır. Ancak ekonomik bağımlılık ve bağımlı çalışma mevcuttur ve sosyal durumu nedeniyle bu durumdaki kişi korumaya muhtaç durumdadır. Mahkeme Eismann iş zincirinde, sözleşme ve çalışma koşulları, zinciri kuran firma mallarının satılması şartı, kendi iş organizasyonunun bulunmaması gibi hususların, zincire katılan davacının başka bir iş yapabilmesini imkânsız kıldığını tespit etmiştir. Ardından anılan tespite, geliri düşük olan ve zinciri kuran tarafından kiraladığı aracı çalıştıran zincire katılanın, gerçekte zinciri kuran firmanın dağıtıcı şoförü gibi iş gördüğü, böylelikle sosyal korumaya ihtiyaç duyduğu, yani işçi benzeri olduğu sonucu bağlanmıştır⁷⁰⁹. Burada vurgulanması gereken nokta Alman İş Mevzuatında “işçi benzerleri” hakkında çeşitli hükümlerin bulunduğudır. Dolayısıyla içtihatlar belli bir doğrudan yasal temele dayandırılmaktadır⁷¹⁰.

Eismann iş zinciri ile ilgili olarak, ilginç bir başka kararı da Federal İş Mahkemesi'nin 8.Dairesi -Eismann iş zincirini kuran firmanın ayrılan bir katılana karşı açtığı alacak davasında- vermiş ve davanın iş mahkemesinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir. Kararda davalının, biçimsel hukuki durumu ne olursa

⁷⁰⁷ Hänlein,, a.g.e., s.229.

⁷⁰⁸ Meinhard Heinze, “Değişik Çalışma Biçimleri ve Bunların İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundaki Konumu (Çev.:Tankut Centel)”, 21 – 23 Ekim 1999 Tarihlerinde Münih’te Gerçekleştirilen İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun Güncel Sorunları Semineri (Yayımlayanlar: Bernd Baron von Maydell – Münir Ekonomi – Tankut Centel), Beta Basım, İstanbul, 2001, s.183.

⁷⁰⁹ Hänlein,, a.g.e., s.230.

⁷¹⁰ Alman İş Hukukundaki “işçi benzeri” kavramı hakkındaki hükümlere örnek olarak, İş Mahkemeleri Yasası md.5/I, Federal İzin Yasası md.2, Toplu İş Sözleşmesi Yasası md.12/a sayılabilir (Heinze, a.g.e., s.184 - 185).

olsun kayda değer bir bağımsızlığının bulunmaması vurgulanmıştır. Ayrıca, hesaplaşma yöntemine bakıldığında davalının “ayda bir defa” satış miktarına göre değişken de olsa bir “ücret benzeri” almasına ve bu meblağın da düşük olduğuna dikkat çekilmektedir. 8.Dairenin, ücret benzerinin düşüklüğü ile ilgili yorumu aslında küreselleşmenin iş hukukunu götürdüğü noktanın özeti gibidir: “*Davalı; her halükarda vergi ve özel sigorta ile yaşlılık ve hastalık sigortası prim kesintilerinden sonra, çalıştırılan bir satış sürücüsü karşısında, çok zaman harcamasına ve kişisel olarak çok uğraşmasına rağmen, daha az kazanç olanağına sahip bulunmuş ve buna karşın, faaliyetinin tüm ekonomik riskini üstlenmek zorunda kalmıştır. Bundan sonra onu işçiden ayırt etmeye yarayacak herhangi bir kazanç şansı kalmamıştır*”⁷¹¹.

b. Fransa

Fransa’da Öğreti, yaklaşık on beş yıldan beri iş zinciri (*franchising*) sözleşmesini “*bağımlılık sözleşmesi*” ya da “*dengesizleştirilmiş sözleşme*” olarak nitelendirmekte; yetersiz düzenlendiği ve daha fazla koruma içermesi gerektiği hususlarında birleşmektedir⁷¹². Bağımlılık sözleşmelerinde, kişisel faaliyeti işletme faaliyetinden ayırmak ve kişisel faaliyetin söz konusu olduğu hallerde güçsüz olan tarafı korumak gerekmektedir⁷¹³. Kimi görüşler “*ticari acentelere*” ilişkin koruyucu hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmekte, kimileri ise ekonomik bağımlılık temelinde oluşan ilişkilerin bu tarz örgütlenmesinin doğurduğu zararlı sonuçların düzenlendiği bir sistem (*ekonomik acente*) gerektiğini savunmaktadır⁷¹⁴.

Fransız Yargıtay’ının, aynı sözleşmesel ilişkinin hem iş zinciri (*franchising*) sözleşmesi hem de iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesine ilişkin 4 Aralık 2001 Tarihli ilginç bir kararı da önem taşımaktadır. Kargo işletmesi hakkındaki bir iş zinciri (*franchising*) sözleşmesinin sona ermesi sonrasında, zincire katılanın “*sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilerek gerçek ve ciddi bir nedene dayanmayan fesihden kaynaklanan haklarını*” talebi kabul edilmiştir. İlk bakışta

⁷¹¹ Hänlein,, a.g.e., s.230 – 231.

⁷¹² Coiquaud, a.g.e., s.403.

⁷¹³ Larré ve Wauquier, a.g.e., s.38.

⁷¹⁴ Coiquaud, a.g.e., s.404.

ortada çelişki var gibi görünmektedir. Gerçekten, iş sözleşmesinin temel özelliklerinden birisi işçinin işveren karşısında “*hukuki bağımlılığı*” iken, iş zinciri (*franchising*) sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisi, zincire katılanın zinciri kuran karşısındaki “*hukuki bağımsızlığı*”dır. Kural olarak, bir iş zinciri sözleşmesinin “*iş sözleşmesi*” olarak tasnifi tartışmasını geleneksel olarak besleyen sorunlar, taraflar arasında bağımlılık ilişkisinin var olup olmadığı ile ilintilidir⁷¹⁵.

Ancak, yukarıda zikredilen kararın dayanak noktasını Fransız İş Kodunun L.781-1 ve L.781-2 sayılı maddeleri oluşturmaktadır. Anılan karar öncesinde md.L.781 – 1/2 uygulamasında hukuki bağımlılığın bulunduğu saptanması mutlaka aranırken; sonrasında, hâkimin hukuki bağımlılığın varlığını araştırmasına gerek olmadığı, sadece hükümde yer alan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelemesi gerektiği görüşü benimsenmiştir⁷¹⁶.

Bir önceki paragrafta belirtilen md.L.781 - 1, iş hukukunun koruyucu hükümlerinin kapsamına gerçek manada bağımlılık ilişkisine göre çalışmayan bazı meslek gruplarını da almakta, md.L.781 – 2 ise aksine sözleşmeleri hükümsüz saymaktadır. Meslekleri esas olarak, ya tek bir sınaî veya ticari işletme tarafından doğrudan doğruya (veya hemen hemen doğrudan doğruya), ticari mal, yayın, her türlü bilet satmak olan ya da tek bir sınaî veya ticari işletme hesabına siparişleri toplamak veya muamelesini yapmak, satışa hazır hale getirmek veya nakledilmek üzere mal kabul etmek olan kişilerden, işlerini bu işletmece donatılan yerlerde ve dayatılan koşullar ve fiyatlarla görenler de bu anlamda iş hukukunun koruyucu hükümlerinden yararlanabilmektedirler.

Aslında belirtilen hükümler yeni olmayıp geçmişte şube müdürlerine iş hukuku anlamında bir statü kazandırmak amacıyla yönelik olarak getirilmiştir. Ancak kullanılan terimlerin esnekliği nedeniyle yargı organları zaman içinde hükümlerin uygulama alanını kademeli olarak genişletmişlerdir. Anılan yorumuyla söz konusu

⁷¹⁵ Le Cabinet Degoy – Roux Associés, “Cumul de qualifications contrat de travail et contrat de franchise”, *Lettres du droit*, <http://www.lettresdudroit.com/?&c=1&m=0&l=1&o=0&idarticle=107>, 24.07.2006.

⁷¹⁶ Coiquaud, a.g.e., s.432.

hükümler, yeni bir “bağımlı ücretsiz çalışanlar” rejimi oluşturmaktan çok iş sözleşmesi kavramının kapsamını “bağımlı ücretsiz çalışma” hallerini de içine alacak şekilde genişletmektedir. Öte yandan, md.L.781 – 1 hükmünün içerdiği objektif koşulların, hukuki bağımlılık ilişkisi ölçütleriyle açık benzerlikler taşıdığı da gözlemlenmektedir. Gerçekten, hukuki nitelendirme sorunu böylelikle ana ilkeyi bozmadan faydacı bir yaklaşımla aşılmıştır. Söz konusu hüküm dışında kalan iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerine iş hukukunun koruyucu hükümlerinin uygulanması için ise hukuki bağımlılığın aranması gerekecektir⁷¹⁷. Tüm bu açıklamalar ışığında, Fransız Yargıtay’ının 4 Aralık 2001 tarihli kararının – ve onu takip eden bir dizi kararın- yasal dayanağının sağlam olduğu, yerinde bir karar olduğu sonucuna varılabilir⁷¹⁸.

Nihayet, Fransız Yargıtay’ı son yıllardaki uygulamalarında iş hukukunun rekabet yasağına ilişkin hükümlerini iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerine zaman zaman uygulamaktadır. Ancak burada zinciri kuranın meşru çıkarlarının göz ardı edilmemesi ve belli bir dengenin gözetilmesi esastır⁷¹⁹.

c. İsviçre

İsviçre mevzuatında iş zinciri (*franchising*) sözleşmesine ilişkin özel hüküm ya da hükümler bulunmamakta; konuya ilişkin olarak doğan sorunlar içtihatlarla çözümlenmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında dava konusu sözleşmeyi iş zinciri sözleşmesi olarak değerlendirmiş, ancak akdi haksız olarak feshettiği iddia olunan zinciri kuranın, zincire katılana iş sözleşmesi hükümlerine göre maddi tazminat ödemesi gerektiği sonucuna varmıştır. Burada dayanılan temel gerekçe, zincir katılanın, zinciri kuranca belirlenen –müşteri ve stok listesi, sürüm istatistikleri vb. hususlardaki- yöntemleri uygulamasının zorunlu olması ve zincire katılanın, zinciri kurana ait bir dükkânda ve onun teçhizatıyla iş görmesidir⁷²⁰.

⁷¹⁷ Coiquaud, a.g.e., s.432.

⁷¹⁸ İş Kodu md.L.781 – 1’in “bağımsız çalışan” ile “ücretli” niteliklerini bir araya getirecek bir düzenleme olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz.: Antoine Jeammaud, “L’assimilation de franchisés aux salariés”, **Droit social**, No:2, Février 2002, s.159.

⁷¹⁹ Coiquaud, a.g.e., s.387 - 388.

⁷²⁰ İsviçre Federal Mahkemesi İctihatları Resmi Külliyyatı, 118 II 164, Gürzumar, a.g.e., s.24.

Bir başka kararda ise kira ediminin tali nitelik taşıdığı bir iş zinciri (*franchising*) sözleşmesinde, kira sözleşmesine ilişkin koruyucu hükümlerden yararlanmanın mümkün olamayacağı sonucuna varılmıştır. Federal Mahkemeye göre zincire katılanın zinciri kuran karşısında, işçiyle işveren arasındakiini “*andıran bir bağımlılık ilişkisi*” içinde bulunması halinde, işçiyi koruyucu hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir⁷²¹.

3. Türk Hukukunun Altyapısı

Kendine özgü sözleşme olan iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerinin Türk Hukukundaki hukuksal çözümlemesinde öncelikle, Kanunun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağı; Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkimin örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vereceği, yolundaki MK md.1 hükümleri göz önünde tutulmalıdır. Yargıtay “*Kanunda uygulanabilir hükmün olması*” ibaresinden, “*doğrudan ya da kıyasen uygulanabilir hüküm bulunması*” halinde diğer aşamalara geçilemeyeceği sonucunu haklı olarak çıkarmaktadır⁷²².

O halde iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerinde şöyle bir yol izlenebilir: Önüne gelen somut olayda bir iş zinciri sözleşmesi bulunduğu tespitini yapan bir hâkim, öncelikle söz konusu akdin tipik olan (veya tipik bir edimi andıran) veya olmayan edimlerini belirleyecektir. Ardından uyuşmazlığın hangi edim ya da edimler üzerinde yoğunlaştığı ayrıştırılacaktır. Tipik edimler içinde “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*” ile çok benzeşen bir edim varsa ve uyuşmazlık da anılan edim üzerinde yoğunlaşıyorsa, o zaman sorunun çözümünde iş sözleşmesine ilişkin hükümlerden yararlanılabilecektir.

Aslında genellikle iş zinciri (*franchising*) sözleşmesi ile iş sözleşmesinin mahiyetleri birbirinden çok farklı olup, iş zincirindeki iş görme borcu daha çok

⁷²¹ İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Resmi Külliyatı, 118 II 157, <http://relevancy2.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-118-II-157&lang=fr&zoom=OUT>, 18.08.2006.

⁷²² Yargıtay HGK, 31.01.1996, E.1995/11-980, K.1996/18, www.kazanci.com.tr, 28.07.2005

vekâlet sözleşmesini andırır. Ancak somut olayın niteliğine göre yeri geldiğinde iş sözleşmesi hükümleri de kıyasen uygulanabilir. GÜRZUMAR da iş zinciri (*franchising*) sözleşmesinin içerdiği yükümlülükler ve iş görme koşulları, iş sözleşmesini andıran bir fiili bağımlılık durumunun doğmasına yol açıyorsa veya vekâlet sözleşmesi hükümleri somut olayda yetersiz kalıyorsa, rekabet yasağı benzeri durumlarda iş sözleşmesine ilişkin koruyucu hükümlerden kıyasen yararlanılabileceğini haklı olarak vurgulamaktadır⁷²³.

Sözleşmede anılan mahiyette bir iş görme edimi olsa bile, uyumsuzluk ilgisiz başka edimler veya konular üzerinde ise iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmak anlamsız olacaktır. İş zinciri sözleşmesinin kural olarak ticaret hukuku ikliminde yeşeren bir sözleşme olduğunu unutmamak gerekir. Ayrıca taraflar arasındaki menfaatler dengesi ile anılan edimin sözleşme bütünündeki yeri ve ağırlığı değerlendirmenin her aşamasında gözetilmelidir.

Yukarıdaki değerlendirme yapılarak iş sözleşmesine ilişkin hükümlerin somut olayda kıyasen uygulanmasına karar verilmesi halinde bir dizi sorunla karşı karşıya kalınacaktır. En başta, iş sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağı iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerine ilişkin uyumsuzlukların hangi mahkemenin görev alanına gireceği meselesi üzerinde durmak gerekmektedir. Anılan türdeki sözleşmelere ilişkin uyumsuzluklar *-yasal zemin bulunması nedeniyle-* Almanya ve Fransa'da iş mahkemelerinde görülmektedir. Almanya'da İş Mahkemeleri Yasası md.5/1 hükmü gereği işçi benzerlerinin ekonomik bağımlılık temelinde çalışmalarından kaynaklanan uyumsuzluklarda iş mahkemeleri görevlidir. Fransa'da İş Kodu md. L.781 – 1'de belli kategorideki çalışanların İş Kodunun koruyucu hükümlerinden yararlanabilecekleri belirtilmiştir. İsviçre'de ise kantonların yarısında ayrıca iş mahkemesi bulunmamaktadır⁷²⁴.

⁷²³ Gürzumar, a.g.e., s.23 – 24; Aynı görüşte bkz.:Kırca, a.g.e., s.65.

⁷²⁴ OIT, "Profil national de droit du travail: La Confédération suisse", **Observatoire International du Droit et de la Législation du Travail**, Haziran 2002, <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/info/national/ch.htm>, 18.01.2007.

Ülkemiz açısından, 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu⁷²⁵ md.1 uyarınca, “İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (...) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi” görevi iş mahkemelerine aittir. Üstelik Yargıtay’a göre “mahkemenin görevi, kıyas veya yorum ile genişletilemez yahut değiştirilemez. Kanunda açıklık bulunmayan durumlarda görev genel mahkemelere aittir”⁷²⁶. Açıklanan nedenlerle inceleme konumuza giren türden iş zinciri (*franchising*) sözleşmeleri hakkındaki uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesi bugün için mümkün görünmemektedir.

İş zinciri sözleşmesinin hukuken bağımsız ama “ekonomik anlamda bağımlı tek kişilik şubeler” halinde örgütlenmiş olan çeşitlerine 4857 Sayılı İş Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı hakkında değişik ihtimallere göre davranmak gerekir. Öncelikle, Yasada “507 Sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanununun 2.maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde” ki işlerde ve iş ilişkilerinde İş Kanunu’nun uygulanmayacağı vurgulanmıştır (md.4/i). Burada, “ister gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan” meslek ve sanat sahibi kimseler kast edilmektedir⁷²⁷. O halde esnaf ve sanatkâr kapsamına giren böylesi kişilerin kural olarak, kıyasen de olsa 4857 Sayılı İş Kanunu korumasından yararlanması mümkün olmayacaktır. Ancak İş K.md.113 uyarınca “ücretin ödenmesi”, “ücretin saklı kısmı”, “ücret hesap pusulası”, “ücret kesme cezası” ve “asgari ücret” ile ilgili konuların bu duruma istisna teşkil ettiğini unutmamak gerekir⁷²⁸. Öte yandan İş Kanunu md.4/i anlamında esnaf ve sanatkâr sayılmayan, avukat, doktor, muhasebeci, mali müşavir, mimar gibi bağımsız çalışanların iş zincirlerine tek başlarına dâhil olmaları halinde İş Kanununun somut olaya uygun düşen hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği kural olarak

⁷²⁵ Resmi Gazete, Sayı: 7424, Tarih: 04.02.1950.

⁷²⁶ Yargıtay İBK, 05.12.1977, E.1977/4, K.1977/4, www.kazanci.com.tr, 26.05.2006.

⁷²⁷ Atıf yapılan 507 Sayılı Kanun’u ortadan kaldırarak yerini alan 5362 Sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu md.3/a.

⁷²⁸ Süzek, 2006, s.182.

düşünülebilir. Ancak, hem böylesi vasıflı bağımsız çalışanların kazandığı meblağlar ve sosyal konumları işçi gibi telakki edilmelerine engel olacaktır hem de serbest çalışmaları nedeniyle zinciri kuranla aralarındaki ilişki genellikle işçi – işveren ilişkisini andırmayacaktır. Yine de bazı uç durumlarda aksi söz konusu olabilir.

İş sözleşmesini andıran edim içeren iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerine İş Kanununun kıyasen uygulanamaması, Borçlar Kanununun bazı hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez. Akla ilk olarak, “*diğer aktitler hakkındaki kanunu hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur*” şeklindeki BK md.386/II hükmü gelmektedir. Anılan hükümde kast edilen, kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmeleridir. Nitekim Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında da⁷²⁹, “*vekâlete ilişkin hükümler niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır*” denilmektedir (md.507). Belirtilen hükmün lafzından yola çıkıldığında isimsiz sözleşmelere ilişkin çözümler, iş görme sözleşmeleri açısından bir anlamı kalmamakta; kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerinin tümü vekâlet sözleşmesi kalıbına sokulmaktadır. SEROZAN otomatik şekilde yapılan bu sınıflandırmaya haklı olarak karşı çıkmaktadır. Yazara göre “*durumun özellikleri gerektiriyorsa*” bir sözleşmenin BK md.386/II anlamında vekâlet sözleşmesi yerine başka bir sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün olmalıdır. Hatta bir sözleşme vekâlet olarak nitelense bile, hakkaniyet gerektiriyorsa, vekâlet akdinin bazı hükümlerinin uygulanmaması takdir edilebilir⁷³⁰. Gerçekten, BK md.386/II tamamlayıcı niteliği haiz bir son çare hükmüdür; Alman Borçlar Hukukundaki istisna akdinin tamamlayıcı niteliğine benzer bir işlev görmektedir. Dolayısıyla önce taraf iradeleriyle oluşturulan isimsiz sözleşmenin BK md.386 vd. hükümleriyle bağdaşıp bağdaşmadığının incelenmesi, bağdaşmadığının tespiti halinde diğer çözümlene yöntemlerine başvurulması gerekir⁷³¹. Mesela, “*vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir*” şeklindeki BK md.396/I hükmü, isimsiz iş görme sözleşmelerinde çoğunlukla menfaatler dengesi açısından adaletsiz sonuçlara yol açar. Örnekler çoğaltılabilir. Ayrıca iş zinciri (*franchising*) sözleşmesinin salt iş

⁷²⁹ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>, (25.11.2005).

⁷³⁰ Serozan, Atipik, s.1224.

⁷³¹ Tiftik, a.g.e., s.99.

görme sözleşmesinden olmadığını da unutmamak gerekir⁷³². O halde isimsiz iş görme sözleşmelerinin tümünü vekâlet kalıbına sokmak için zorlamalar yapmak yerine isimsiz sözleşmelere ilişkin çözümlenmelerden yararlanmak daha makuldür. Kuşkusuz, anılan yöntemsel yaklaşım sonrasında uygun düştüğü ölçüde vekâlete ilişkin hükümlerin de uygulanması mümkündür⁷³³.

Acaba kıyas yoluyla iş sözleşmesine ilişkin koruyucu kuralların uygulanması, “*taraf iradelerine rağmen*” mümkün olabilecek midir? Anılan soruya bazı durumlarda olumlu yanıt vermek gerekir: “*Yasanın adalet değeri içeren sosyal boyutlu buyurucu kurallarına ve sorumluluk kuralları benzeri üst dereceye terfi ettirilmiş birinci sınıf yedek kurallarına herhalde öncelik*” tanınmalıdır. Ancak sözleşmenin niteliğine aykırı düşen “*teknik yedek kurallar*” karşısında taraf iradelerine öncelik tanınacaktır⁷³⁴. Bu noktada bir katılma sözleşmesi (*iltihaki sözleşme*) olan iş zincirinde tüm kuralların zincire katılan aleyhine ayrıntısıyla ve tek taraflı olarak yazılı şekilde belirlenmiş olmasından, yani “*genel işlem şartlarından*” da bahsetmek gerekmektedir. Yargıtay genel işlem şartlarından, “*açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı, münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı*”nı haklı olarak vurgulamaktadır⁷³⁵.

⁷³² Gürzumar, a.g.e., s.22 - 23.

⁷³³ Tiftik, a.g.e., s.100.

⁷³⁴ Serozan, Atipik, s.1227.

⁷³⁵ “*Prensip olarak, Türk Hukukunda genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) önceden idari kontrolünün veya sonradan yargısal kontrolünün yapılmasını öngören bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bu durumda genel işlem şartlarındaki kayıtların kontrolü ancak dava halinde özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması hâkimin görevine dâhil olmaktadır.*

Gerek ülkemizde gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmelerin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı, münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır” (Yargıtay 3.HD, 02.06.1998, E.1998/4263, K.1998/6098, Atamer, a.g.e.,s.49).

İş Sözleşmesini andıran iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerine, Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin hükümlerinden uygun düşenlerinin kıyasen uygulanması da mümkün olabilir. Anılan türden hükümlere örnek olarak aşağıdaki maddeler gösterilebilir:

- Zincire katılanın tabi olacağı çalışma kurallarına ilişkin olarak, “*sınâî veya ticari bir teşebbüste, iş sahibi tarafından mesai veya dâhili bir intizam için muttarit bir kaide ittihaz edilmiş ise bunlar(ın) evvelce yazılmış ve işçiye dahi bildirilmiş olmadıkça işçiye bir borç tahmil*” etmeyeceği yönündeki BK md.315 hükmü.
- İş zinciri sözleşmesinde alacakların birbirinden mahsubuna ilişkin olarak, “*işçi ücretinin tediyesi, işçinin ve ailesinin nafakası için zaruri bulunduğu takdirde; işçinin muvafakati olmaksızın iş sahibi ücreti kendi alacağı ile mahsup*” edemeyeceği, ancak “*kasten iras edilen zararların tazmini için mahsup icrası(nın) daima caiz*” olduğu yönündeki BK md.333 hükmü.
- Zincire katılanın dinlenme sürelerine ilişkin olarak, “*iş sahibi(nin) işçinin istirahati için mutat olan saat ve günlerde müsaade vermekle mükellef*” olduğu, ayrıca “*mukavelenin feshi ihbar olunduktan sonra başka bir iş araması için işçiye münasip bir zaman vermek mecburiyetinde*” olduğu, ancak “*her halde mümkün olduğu kadar iş sahibinin menfaati(nin de) gözetilmesi gerektiği*” yönündeki BK md.334 hükmü.
- İş zinciri sözleşmelerinin feshine ilişkin olarak, “*hizmet akdinde, bir müddet tayin edilmez ve böyle bir müddet için maksut olan gayesinden de anlaşılmazsa, her iki tarafça feshi ihbar*” olunabileceği, “*böyle ne akit ne de kanun ile diğer bir müddet tesbit edilmemiş olduğu takdirde, amele hakkında ihbardan sonra girecek hafta nihayet için, idarehane memur ve müstahdemleri hakkında*

ihbardan sonra girecek ikinci hafta ve diğer hizmet akitlerinde ihbardan sonra girecek keza ikinci hafta nihayet için akit” fesholunabileceği, “iş sahipleri ve işçiler için muhtelif ihbar müddetleri, mukavele edilmesi(nin) caiz” olmadığı yönündeki BK md.340 hükmü ile “bir hizmet akdi, bir seneden fazla devam ettiği takdirde bu akit(in) iş sahibi ve işçi tarafından ihbar edildikten sonra girecek ikinci haftanın nihayeti için” fesholunabileceği, “bu müddetin bir haftadan eksik olmamak üzere mukavele ile tebdili(nin)” caiz olduğu yönündeki BK md.341 hükmü.

- İş zinciri sözleşmesinin haklı nedenle feshine ilişkin olarak, “muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerek iş sahibi(nin) bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi” feshedebileceği, “ezcümle ahlâka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnü niyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal(in) muhik bir sebep teşkil” edeceği, “bu gibi hallerin mevcudiyetini hâkim(in) takdir” edeceği, “fakat işçinin kendi kusuru olmaksızın duçar olduğu nispeten kısa bir hastalığı yahut kısa müddetli bir askerî mükellefiyeti ifa etmesi(nin), muhik sebep olarak kabul edilemeyeceği” yönündeki BK md.344 hükmü ile “muhik sebepler bir tarafın akde riayet etmemesinden ibaret olduğu takdirde bu taraf(in) diğer tarafa, onun akit ile müstahak iken mahrum kaldığı fer'i menfaatlerde nazara alınmak üzere tam bir tazminat itasıyla mükellef” olacağı, “bundan başka hâkim(in) vaktinden evvel feshin mali neticelerini, hali ve mahalli âdeti göz önünde tutarak takdir” edeceği yönündeki BK md.345 hükmü.
- Zincire katılan hakkında öngörülebilecek rekabet yasağına ilişkin olarak, “rekabet memnuiyetine dair olan şart(in), ancak işçinin müşterileri tanınmasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hiss olunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caiz” olmasına yönelik BK md.348/II hükmü, “rekabet memnuiyeti(nin) ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette

zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dâhilinde şart edilmiş ise muteber” olacağı hakkındaki BK md.349 hükmü, rekabet yasağının geçerli olması için yazılı olması gerektiği hakkındaki BK md.350 hükmü, rekabet yasağının devamında “*iş sahibinin hakiki menfaati bulunmadığı sabit olursa, bu memnuiyet nihayet”* bulacağı, “*iş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dâva ikame edilemeyeceği”* hakkındaki BK md.352 hükmü.

Sonuç olarak süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimini andıran edim içeren iş zinciri (*franchising*) sözleşmelerinde, çok geniş ve genelleyici yorum yapmaktan kaçınmak ve her somut olayı kendi özellikleri içinde ele almak ve menfaatler dengesini titizlikle gözetmek gerekmektedir⁷³⁶.

⁷³⁶ Coiquaud, a.g.e., s.434.

GENEL DEĞERLENDİRME

Tipik - isimsiz (*atipik*) sözleşme ayrımının kökleri Roma Hukukundaki isimli-isimsiz sözleşme ayrımına dayanır. Sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu Roma Hukukunda, bir sözleşme ya yasada açıkça ayrıntılı olarak tüm şekil ve usul şartlarıyla düzenlenerek “*isimli*” olarak nitelenirdi ya da “*isimsizdi*” ve sadece çok sınırlı ve olumsuz bir etki doğurabildiği kabul edilmekteydi. Belirtilen geleneğin izleri halen görülmekte, günümüzde de aynı şekilde olmasa dahi isimli-isimsiz ayrımı kullanılmakta, bundan tipik-atipik sözleşme ayrımı ve anlamı anlaşılmaktadır.

Yasa ile açıkça tanımlanıp çerçevesi çizilerek hukuki hüküm ve sonuçları belirlenmiş sözleşmeler tipik sözleşmelerdir. Sözleşme özgürlüğünün sonucu olarak, taraflar sözleşme yaparken tipik sözleşmelerle bağlı değildirler: Aralarında anlaşmak suretiyle yasada sayılanların dışında kanunda düzenlenmeyen, “*isimsiz (atipik)*” olarak nitelendirilen bir sözleşme alanına taşabilirler. Böyle bir durumda sorun, ihtilaf çıktığı takdirde isimsiz sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesidir. Öğretide, yasayla düzenlenmemiş -*ya da unsurları düzenlendiği halde açıkça bütün olarak öngörülmemiş-* bu hukuk alanı, meselenin çözümüne yönelik çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Öncelikle alan iki bölgeye ayrılmıştır: İsimli (*atipik*) bir sözleşme ya “*karma sözleşme*”dir ya da “*kendine özgü (sui generis) sözleşme*” dir.

İsimsiz sözleşmelerin teknik olarak en karmaşık ve öğretide en tartışılan kısmını oluşturan karma sözleşme, çeşitli yasal tiplere ait asli ya da tali unsurların yasanın öngörmediği biçimde -birbirleriyle veya kendine özgü başka unsurlarla- tek bir sözleşmede bütünleşmesiyle oluşan akit, şeklinde tanımlanabilir. Karma sözleşmeler genellikle üç kategoride sınıflandırılmaktadır: Sözleşmenin her bir tarafının ediminin farklı kanuni tipte sözleşmelere ait olduğu “*bire bir tipik edimli (çift tipli) karma sözleşmeler*”, bir tarafın birden fazla asli tipik edim borcu

yüklenmesiyle oluşan “*bire çok tipik edimli (ikiz - kombine) karma sözleşmeler*” ve asli edimleri bir tek kanuni tipe ait olduğu halde, yan edimleri o tipe yabancı başka tipten özellikler taşıyan “*yabancı yan edim içeren sözleşmeler*”.

Öğretide karma sözleşmelerin Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanarak çözümlenmesinden ziyade, özel hükümler uygulanarak çözümlenmesi görüşü haklı olarak daha fazla taraftar bulmaktadır. Özel hükümlerin ne şekilde uygulanacağı hakkında ise öncelikle üç görüş göze çarpmaktadır: soğurma (*imtisas*), birleştirme (*terkip*) ve kıyasen uygulama (*yaratma*)... Bir dördüncü görüş, her somut olayın özelliğine göre belirtilen ilk üç görüşten birinin uygulanmasını savunmaktadır. Bu sonuncu görüşte gözetilecek amaç, benimsenen görüşün dürüstlük kuralına (MK md.2) uygun düşmesi ve karma sözleşme unsurlarının ait oldukları tipleri düzenleyen hükümlerin mümkün olduğunca dikkate alınması olacaktır. O halde her bir somut olayda menfaatler dengesi ortaya konularak bir görüşün seçilmesi gerekmektedir. Belirtilen görüş, genelleme yapmaktan kaçınması, esnekliği ve her bir somut olayın özelliklerine göre uygun çözümleri öngörmesi nedeniyle daha akla yakındır.

Yasayla düzenlenmiş akit tiplerinin hiçbirine dâhil olmayan unsurları kısmen veya tamamen barındıran sözleşmeler “*kendine özgü (sui generis) sözleşmeler*” olarak adlandırılır. Öğretide genellikle kabul gören yaklaşıma göre kendine özgü sözleşmeleri hâkimin, iyiniyet kurallarına ve iş ilişkilerinde yaygın teamüllere göre yorumlayarak tamamlaması gerekir. Mahiyetleriyle bağdaştığı oranda benzer sözleşme hükümleri kıyasen uygulanır; hatta BK’nun genel hükümlerinden dahi yararlanılabilir. Yasal hükme rastlanmaması durumunda kazai içtihatlarla tespit olunmuş adet hukukuna başvurulmalıdır. Bundan da sonuç alınamaması halinde Hâkim, MK md.1 uyarınca kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl kural koyacak idiyse ona göre hareket etmelidir.

Tarafların, en az iki bağımsız tipik sözleşmeyi *-karakteristik özelliklerini bozmaksızın-* birinin muteberliğini diğerininkine bağlı kılarak birleştirmeleriyle ortaya çıkan akitler bütünü olarak tanımlanabilecek “*bağlı (birleşik) sözleşmeler*” ise isimsiz sözleşmelerden değildirler. Çünkü, bağlı (*birleşik*) sözleşmelerde iktisadi ve

işlevsel bağıllık mevcut olmakla birlikte, anılan bağıllığın derecesi *-değişik tipte edimleri birbirlerine yumak gibi karıştırarak-* tek bir karma sözleşme yaratmaya yetecek denli yoğun değildir. Aynı şekilde, “*sözleşme benzerleri (şibih akitler)*”, “*fiili sözleşme ilişkileri*” ve onların iş hukukundaki görünümü olan “*fiili iş ilişkileri*” müesseseleri isimsiz sözleşme kavramı içinde değerlendirilemezler. İsimsiz sözleşme teknik olarak “*sözleşme*”dir; oysa sözleşme benzerleri, fiili sözleşme ilişkileri ve fiili iş ilişkileri teknik anlamda sözleşme değil sözleşme benzeridirler.

İş hukukunun temel ve belirleyici sözleşmesi “*iş sözleşmesi*”dir. Çalışma açısından, bir isimsiz sözleşmede taraflar *-en az bir adet-* iş sözleşmesine ait tip tayin edici edim (*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*) kararlaştırmışlarsa, o sözleşmenin iş hukukuyla ilgisinin kurulduğu kabul edilmiştir. “*Süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi*”ne rengini veren unsur bağımlılıktır. Bağımlılık, sadece iş sözleşmesini tespit etmeye yarayan teknik bir kavram olmayıp, aslında bir iktidar meselesine işaret eder. İş hukuku, işverenin işçi üzerindeki iktidarını sınırlama amacına yöneliktir. Bu hukuk dalının kendine özgü özelliği gereği, boşluklarının tamamıyla *-içinden çıktığı-* borçlar hukuku ilkelerine göre doldurulması her zaman uygun olmaz; çünkü iş hukuku hükümleri gerçekte borçlar hukukunun liberal hükümlerinin çalışma ilişkilerine uygulanmasını önlemek üzere getirilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, bağımlılığın ve dolayısıyla iş sözleşmesinin varlığı, klasik sözleşme hukukunun “*sözleşme özgürlüğü*”, “*tarafların eşitliği*” gibi temel ilkelerine karşıt sonuçlara yol açar. İrade özgürlüğünü esas alan sözleşme hukukunun aksine, iradenin bağımlılığının temel alınmasının yarattığı çelişki iş hukukunu besleyen damarlardan biridir. Çelişkinin kendini en fazla gösterdiği alanın ise, içinde iş sözleşmesine ait “*süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi*” bulunan “*isimsiz sözleşmeler*” olduğunu söylemek yanlış olmaz. İsimsiz sözleşme kavramı, sözleşme özgürlüğü ilkesinin doğrudan sonucudur ve içinde iş sözleşmesine ait karakteristik (*tip tayin edici*) edim bulundurması salt hukuk değil aynı zamanda bir sosyal politika sorunudur. O halde, isimsiz sözleşmelerin çözümlenmesine ilişkin birikimden yararlanılırken dahi, iş hukukunun klasik sözleşme hukukuna tamamen yaklaşmasının mümkün olamaması gerekir.

Bir somut olayda karşı karşıya kalınan her bir isimsiz sözleşmenin yorumlanması öncesinde “*veri niteliğindeki*” bazı objektif hususların sistemli olarak araştırılması gerekir. Gerçekten, olaydaki isimsiz sözleşmenin şemasının yapılarak edimlerinin ayrıştırılması, hangi edimin hangi tipe ait olduğunun ve niteliğinin belirlenmesi, uyuşmazlığın hangi edim/edimler üzerinde toplandığının saptanması, meseleye doğrudan uygulanabilecek mevzuat hükümlerinin sıralanması ile nihayet tüm bu verilere dayanarak isimsiz sözleşmenin türünün belirlenmesi gibi *-basit sayılabilecek-* işlemlerin bir plan ve sistem dâhilinde yapılmasının, yorum yapmaya elverişli bir ortam sağlayacağı kuşkusuzdur.

Ancak, iş hukuku isimsiz sözleşmelerinde ön inceleme yapılarak verilerin sistematik şekilde toplanması “*yorum*” anlamına gelmez; çözüme yönelik bir standart yöntem de teşkil etmez. Somut olaydaki uyuşmazlığın çözümüne yönelik standart bir yöntem bulunmamaktadır; kanımızca buna imkân da yoktur. Örneğin, süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi içeren bir isimsiz sözleşmenin tamamına, *-iş hukukunun baskın karakteri ve sosyal özelliği dikkate alınarak-* her durumda iş sözleşmesi hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması şeklinde bir genelleme doğru olmaz. Bazı durumlarda böyle uygulamalar, süre ve bağımlılık temelinde iş gören kişinin dahi çıkarına aykırı sonuçlar doğurabilir.

Öte yandan, somut olayda karşılaşılan iş hukukuyla ilgili bir isimsiz sözleşmenin ön incelemesi yapıp gerekli veriler toplandıktan sonra, *-tek bir yorum ve çözüm yöntemi benimsemek gerçekçi olmamakla birlikte-*, yorum aşamasında bazı genel nitelikli tespitlerden yararlanmak mümkün olabilir. Kuşkusuz her somut olayın özelliklerine göre bunlar esnetilebilir ya da değiştirilebilir. O halde, anılan tespitler yardımcı nitelik taşırlar ve bir “*yöntem*” ya da “*model*” olmaktan uzaktırlar.

Bununla birlikte bir önceki paragraftaki değerlendirmenin, iş hukuku isimsiz sözleşmelerinin çözümlenmesinde isimsiz sözleşmelere ilişkin birikimden yararlanılmayacağı anlamına da gelmemesi gerekir. Fakat, iş hukukunda isimsiz sözleşmeler yorumlanırken tek bir görüşten değil, somut olayın özelliğine uygun

düşen farklı görüşlerden hareket edilmelidir. Her bir somut olay kendi içinde değerlendirildikten sonra uyuşmazlığın, isimsiz sözleşmelerin çözümlenmesine yönelik görüşlerden duruma uygun düşeni seçilerek çözümlenmesi uygun olacaktır. “İş hukukuyla ilgili bir isimsiz sözleşmenin iş sözleşmesinden daha fazla bir anlam ifade ettiği” yorum esnasında daima hatırlanmalıdır.

Ekleme gerekir ki, iş hukukuyla ilgili isimsiz sözleşmelerin çözümünde klasik sözleşme hukukuna ait görüş ve tekniklerden yararlanılması, iş hukukunun kendine özgü sosyal karakterinin geri plana itilmesi anlamına gelemeyiz; belirtilen koruyucu sosyal karakter yorum esnasında daima dikkate alınmalıdır. İsimli sözleşmelere ilişkin birikimden yararlanılmasının temel amacı iş hukukunun kendine özgü koruyucu niteliğini bertaraf etmek değildir. Tersine süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimiyle yükümlü bulunan taraf lehine başka özel hukuk dallarına ait koruyucu hükümler varsa bunları devreye sokmaktır. Örneğin bir lojmanlı iş sözleşmesinde tahliye meselesinin kendine özgü sosyal özelliği olan kira hukuku hükümleri atlanarak çözümlenmemesi gerekir. Ya da bir işçi avukatlık sözleşmesinde, avukatlık akdinin tipik edimine ait olduğu açık olan “*dava ve takiplerde hükmedilen vekâlet ücreti*” hakkında, 1136 Sayılı Avukatlık Yasası md.164/Son hükmü, şirket avukatları lehinde karine olarak uygulanabilmelidir. Örnekler çoğaltılabilir.

Günümüzde iş hukuku, yaşanan küreselleşme dalgasıyla –ve çeşitli atipik çalışma biçimleriyle- geçtiğimiz yüzyılda zorunlu nedenlerle koptuğu sözleşme hukukuna giderek yaklaşmaktadır. Sözleşme hukukunda ise artan bir genel dengesizlik hali göze çarpmaktadır. Tek tarafı aşırı güçlü, dengesizleştirilmiş, iltihaki biçime bürünmüş sözleşme ilişkileri, sözleşme hukukunu dönüştürmektedir. Diğer yandan, yeni isimsiz sözleşmelerin ortaya çıkışı da hızlanmıştır. İş hukukunda, özellikle iş görmenin bağımlılık boyutu açısından hukuki ölçütlerin başta ağ işletmeler tarafından sürekli zorlandığı gözlemlenmektedir. Sürecin bu şekilde devam etmesi halinde, ilerleyen yıllarda iş hukuku ile ilgili isimsiz sözleşmelerin daha fazla incelenmesi zorunlu hale gelebilecek; belki de müessese mevzuat anlamında bazı düzenlemelere konu olabilecektir.

KAYNAKLAR

ACAR, Erkan., “Avukatlarımız AB Standartlarına Uymuyor”, Avrupa Birliği Barolar Konseyi Türkiye Temsilcisi Belkıs Baysalla Röportaj, **Aksiyon Dergisi**, Sayı:582, 30.01.2006,

<http://www.aksiyon.com.tr/detay.php?id=23274>, 08.09.2006

ADAY, Nejat., **Avukatlık Hukukunun Genel Esasları**, 2.Baskı, Beta Basım, İstanbul, 1997

AKI, Erol – ALTINTAŞ, Olcay – BAHÇIVANCILAR, İbrahim, **Uygulamada İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005

AKINCI, Müslüm., **Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu**, Rekabet Dergisi, Sayı:5, Ocak-Şubat-Mart 2001, s.2-16,

<http://www.rekabet.gov.tr/pdf/5.pdf>, 31.05.2005

AKINTÜRK, Turgut., **Borçlar Hukuku**, 8.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2001

AKİPEK Şebnem., “**Özel Hukuk ve İnternet**”, İNET-TR’99 Programı Çerçevesinde Gerçekleştirilen Hukuk Çalışma Grubu Semineri, Ankara, 1999,

<http://inet-tr.org.tr/inetconf5/tammetin/hukuk.html>, 10.06.2005

AKMAN Galip Sermet., **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:472), İstanbul, 1976

AKSOY, Nazlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, 1.Baskı, Rekabet Kurumu Yay.No.144, Ankara, 2004,

<http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/nazliaksoy.doc>, 06.04.2005

AKTAY, Nizamettin – ARICI, Kadir - KAPLAN/SENYEN, E.Tuncay., **İş Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006

AKÜNAL, Teoman., “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 14, Sayı:5, Temmuz 1988,

<http://www.adliye.org/makaleler/sorhuks%F6znispilasilmasi.html>, 20.05.2005

AKYOL, Şener., **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 1.Fasikül, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984

AKYOL, Şener., **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:501), İstanbul, 1976

AKYOL, Şener., **Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967

ALBERTS, Jean., **Contrat et réseau: Le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride**, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval pour l'obtention du grade de maître en droit, 1997

ALP, Mustafa., **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005

ANIL, Yaşar Şahin., **Kira Akdinden Doğan Tahliye Davaları**, Beta Basım, İstanbul, 1991

ANSAY, Tuğrul., **Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Yay.No:59), Ankara, 1967

ARAL, Fahrettin., **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 5.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003

ARCAK, Ali., "İş Akdi Hizmet Akdinin Türkçesi midir?", **Adalet Dergisi**, Yıl:43, Sayı:3, Mart 1952, s.389 - 399

ARSEBÜK, Esat., **Borçlar Hukuku**, 3.Basım, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950

ATAAY, Aytekin., **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, Birinci Yarım, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No: 470), İstanbul, 1975

ATAMER, Yeşim M., **Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2.Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2001

AYAN, Mehmet., **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 2.Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 1998

AYBAY, Aydın., **Borçlar Hukuku Dersleri**, 9.Bası, Beta Basım, İstanbul, 1984

AYDEMİR, Murteza., **Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları**, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası) Yayını (Yay.No:185), İstanbul, 1993

AYDIN, Murat., "Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinin Eleştirisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:63, Mart/Nisan 2006, s.72 - 95

AYDINLI İbrahim., **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004

AYTAÇ, Kemal., “Avukatlık Nereye Gidiyor?” , **Gümüşçi Aylık Hukuk Dergisi**, Sayı:16, Haziran 2004,
<http://www.gunisi.gihukuk.com/avukatliknereye.html>, 10.10.2006

BARLAS, Nami., **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, Beta Basım (Yay.No:743), İstanbul, 1998

BAŞPINAR, Veysel., **Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorunluluğu**, 2.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2004

BAŞTUĞ, İrfan., **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları (Yay.No:64/40), İzmir, 1973

BELGESAY, Mustafa Reşit., **Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1940

BERK, Şakir., **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:292), Ankara, 1972

BERKSUN, Abdullah – EŞMELİOĞLU, İbrahim., **Açıklamalı Gerekçeli İçtihatlı Sendikalar Kanunu**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1989 (Sen.K.)

BERKSUN, Abdullah – EŞMELİOĞLU, İbrahim., **Açıklamalı Gerekçeli İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1989 (TİSGLK)

BİLGE, Necip., **Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Yay.No:86), Ankara, 1971

BİLGİLİ, Fatih., **İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003

BİRKAŞ, Hasan., **Ticaret Şirketleri ve Tatbikat**, 4.Baskı, Ercivan Matbaası, İstanbul, 1975

BİRSEN, Kemalettin., **Borçlar Hukuku Dersleri (Borçların Genel Hükümleri)**, 4.Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:1290), İstanbul, 1967

BİYAN, Özgür., “Karşı Tarafın Avukatına Ödenen Bedellerin Gelir Vergisi ve KDV Karşısındaki Durumu”, **Mali Pusula**, Yıl:2, Sayı:18, Haziran, 2006, s.54 – 62,

<http://www.inisiyatif.net/document/35.pdf#search=%22%20%22avukatl%C4%B1k%20s%C3%B6zle%C5%9Fmesi%22%20filetype%3Apdf%22>, 27.09.2006.

BLOMEYER, Wolfgang., “Almanya’da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler”, (Çev.:Tankut CENTEL), **Çalışma Hayatında Esneklik Semineri**, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, İzmir, 1994, s.193-213.

BOISSONNAT, Jean., “Ce n’est pas le travail qui manque! (A condition que nous sachions le réinventer)”,

<http://dossiers.edicom.ch/temps/ts72/travail2.html>, 11.05.2006

BOZBEL Savaş., “İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki 97/7 Sayılı AB Yönergesi ile Almanya ve İsviçre’deki Düzenlemeler”, **Türk Hukuk Sitesi**,

http://www.turkhukuksitesi.com/faq/internet_hukuki.shtml, 10.06.2005

BUHUR, Oğuzhan., “Dijital (Sayısal) Platform Yayıncılığı ve Kablo TV Yayıncılığının Üçlü Borç İlişkileri ile Olan Bağlantıları”, **Türk Hukuk Sitesi**,

http://turkhukuksitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=2734ff2cb0498fa19d7984ed198af2ff&id=53, 25.10.2005

CENTEL, Tankut., **İş Hukuku (Bireysel İş Hukuku)**, Cilt:I, Beta Basım, İstanbul, 1994

COIQUAUD, Urwana., **Le travail non salarié dépendant: etude de droit comparé France – Canada**, Thèse de doctorat effectuée en cotuelle à l’Ecole des relations industrielles Faculté des Arts et des Sciences Université de Montréal et à l’Institut de droit des affaires Faculté de droit Université d’Aix – Marseille III, 2004

ÇELİK, Nuri., **İş Hukuku Dersleri**, 19.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2006

ÇENBERCİ, Mustafa., **İş Kanunu Şerhi**, 3.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976

ÇENBERCİ, Mustafa., **İş Kanunu Şerhi**, 5.Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara, 1984

ÇEVİK, Orhan Nuri., **Uygulamada Şirketler Hukuku**, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994

ÇİFTER, Algun., **Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Etkisi**, Kocaeli Üniversitesi Basımevi, Kocaeli, 2001

ÇOLAKOĞLU, H.Servet., **Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku**, İş Hukuku Yayınları:I, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1971

DALAMANLI, Lütfü – KAZANCI, Faruk – KAZANCI, Muharrem., **İlmi ve Kazai İctihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu**, Cilt I, Kazancı Yayınları (Yay.No:71), İstanbul, 1990

DEMİR, Fevzi., “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (MESS Yay.No:152), İstanbul, 1990, s.7 - 27

DEMİR, Fevzi., **İş Hukuku ve Uygulaması**, 4.Baskı, İzmir, 2005

DEMİR, Fevzi., **Sendikalar Hukuku**, 4.Baskı, Barış Yayınları (Fakülteler Kitabevi), İzmir, 1999

DOĞANAY, Ümit., **Adi Şirket Akdi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No: 305), İstanbul, 1968

DOMANIÇ, Hayri., **Adi, Kolektif ve Komandit Şirketler**, Temel Yayın-Dağıtım, İstanbul, 1988

EDGÜ, Ekrem., **Borçlar Hukuku (Umumi Hükümler)**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967

EDİS, Seyfullah., **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 3.Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No: 486), Ankara, 1987

EKMEKÇİ, Ömer., “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2005, s.9 – 57

EKONOMİ, Münir., “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (ÇMİS Yay.No:15), Ankara, 2004

EKONOMİ, Münir., **İş Hukuku-Ferdi İş Hukuku**, 3.Bası, Cilt I, İstanbul Teknik Üniversitesi Vakfı (Yay.No:18), İstanbul, 1987

EKONOMİ, Münir., **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları**, KAMU-İŞ Yayını, Ankara, 2002

ELBİR, Halid Kemal., **İş Hukuku**, 9.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987

ELBİR, Halid Kemal., “Sosyal ve Ekonomik Sebeplerle Klasik Hizmet Sözleşmesinden Uzaklaşma Temayülleri”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi 1982 Yılı Konferansları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:3026), İstanbul, 1982, s.21-25

ELLIOTT, Catherine – QUINN, Frances., **Contract Law**, 4.Bası, Pearson Education Limited (Longman), Harlow, İngiltere, 2003

ERBEK, Figen., “Kimseden Çekmedim Avukatlardan Çektiğim Kadar”, **Günışığı Aylık Hukuk Dergisi**, Sayı:26, Nisan 2005, <http://www.gunisigihukuk.com/kimsedencekmedimavukatlar.html>, 10.10.2006

ERDENK, Erdem., “Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabette Karşılaştırmalı Üstünlüklere İlişkin Tercihlerin Gelir Dağılımına Etkisi ve Türkiye’nin Gümrük Birliği Tecrübesi”, **Prof.Dr.Toker Dereli’ye Armağan**, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt:55, Sayı, 1, İstanbul, 2006, s.1037 – 1057

ERDOĞAN, Celal., Tahliye, **Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 1993

EREN, Fikret., **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 8.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2003

ERKUL, İhsan., **Türk İş Hukuku (2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ve Uygulaması)**, Cilt:III, Anadolu Üniversitesi Basımevi, Eskişehir, 1985

ESENER, Turhan., **Borçlar Hukuku (Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği)**, Cilt I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:246), Ankara, 1969

ESENER, Turhan., **İş Hukuku**, 3.Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:432), Ankara, 1978

EYRENCİ, Öner., “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (MESS Yay.No:162), İstanbul, 1991, s.3 - 16

EYRENCİ, Öner., **Sendikalar Hukuku**, Banka ve Sigorta İşçileri Sendikası (BANKSİS Yay.No:3), İstanbul, 1984

EYRENCİ, Öner – TAŞKENT, Savaş – ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 3.Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin., **Borçlar Hukuku (İkinci Kısım-Akdin Muhtelif Nevileri)**, Cilt:I, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:560), İstanbul, 1978

FUNK, Fritz., **Borçlar Kanunu Şerhi (Umumi Hükümler)**, Cilt I, Çev.: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu – Cemal Hakkı Selek, Üniversite Kitabevi, İstanbul, Tarihsiz

İstanbul Barosu, “Gerekçeli Avukatlık Kanunu Değişiklik Tasarı Taslağı - 30.03.2005”, **İstanbul Barosu Erişim Sayfası**,

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/baromeclik/sem.doc>, 09.10.2006

GÖKCAN, Hasan Tahsin., **Açıklamalı Avukatlık Yasası**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001

GÖKTÜRK, Hüseyin Avni., **Borçlar Hukuku**, Ankara, 1946

GÖKTÜRK, Hüseyin Avni., **Borçlar Hukuku (İkinci Kısım - Akdin Muhtelif Nevileri)**, Ankara, 1951

GÖNENSAY, Samim., **Borçlar Hukuku**, Cilt I, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:353), İstanbul, 1948

GÖZÜBÜYÜK, Şeref., **Yönetim Hukuku**, 4.Bası, “S” Yayınları, Ankara, 1991

GÜMÜŞ, Mustafa Alper., **Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, Beta Basım, İstanbul, 2001

GÜNAY, Cevdet İlhan., **İş Hukuku (Yeni İş Yasaları)**, 4.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005

GÜNAY, Cevdet İlhan., **Şerhli İş Kanunu**, Cilt: II, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001

GÜNAY, Cevdet İlhan., **Şerhli İş Kanunu**, Cilt: III, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001

GÜNER, Semih., **Avukatlık Hukuku**, 2.Baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2003

GÜNERGÖK, Özcan., **Avukatlık Sözleşmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003

GÜRSELER, Güneş., “Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:63, Mart/Nisan 2006, s.67 – 71.

GÜRSOY, Kemal Tahir., **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Cilt I, Kısım 1, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Yüksekokulu A Serisi Yayınları (Yay.No:12), Ankara, 1970

GÜRZUMAR, Osman Berat., **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması**, Beta Basım, İstanbul, 1995

GÜZEL, Ali., “Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Semineri**, Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü – İstanbul Barosu Başkanlığı, İstanbul, 6-7 Haziran 1997, s.15 – 46

GÜZEL, Ali., “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1997, s.83 – 126 (Bağımlılık)

HACIKAMILOĞLU, Mustafa., **Uygulamalı İctihatlı Ticaret Şirketleri**, Formül Matbaası, İstanbul, 1972

HÄNLEİN, Andreas., “Kartel, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku Arasında Geçimini Franchise Yoluyla Sağlayan Kişiler – Yükselen Hava Akımında Yeni Bir Çalışma Biçimi mi? (Çev.:Tankut Centel)”, **21 – 23 Ekim 1999 Tarihlerinde Münih’te Gerçekleştirilen İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun Güncel Sorunları Semineri (Yayımlayanlar: Bernd Baron von Maydell – Münir Ekonomi – Tankut Centel)**, Beta Basım, İstanbul, 2001, s.221 - 239

HATEMİ, Hüseyin – SEROZAN, Rona – ARPACI, Abdülkadir., **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992

HATEMİ, Hüseyin., **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:2059), İstanbul, 1976

HAVUTÇU, Ayşe., **Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003

HEINZE, Meinhard., “Değişik Çalışma Biçimleri ve Bunların İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundaki Konumu (Çev.:Tankut Centel)”, **21 – 23 Ekim 1999 Tarihlerinde Münih’te Gerçekleştirilen İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun Güncel Sorunları Semineri (Yayımlayanlar: Bernd Baron von Maydell – Münir Ekonomi – Tankut Centel)**, Beta Basım, İstanbul, 2001, s.183 - 199

İŞIKLI, Alpaslan., **İş Hukuku**, 4.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002

İLHAN, Cengiz., “Kısaca Ülkemizde Avukatlık”, **Avukatlığın Dünü, Bugünü ve Yarını Paneli**, İzmir Barosu, 5 Nisan 2004, İzmir, Türk Hukuk Sitesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_133.htm, 26.09.2006

İNAN, Ali Naim., **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:435), Ankara, 1979

İPEKÇİ, Nizam., **Şirketler Hukuku İlkeleri**, Ankara, 1986

_____, **İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları 1955 – 1964 (Özel Borç İlişkileri – Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması)**, II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (Yay.No:71), Ankara, 1968

İZVEREN, Adil., **İş Hukuku (I,II,III)**, Doğu Matbaası, Ankara, 1974

JEAMMAUD, Antoine., “L’assimilation de franchisés aux salariés”, **Droit social**, No:2, Février 2002, s.158 - 163

JEAMMAUD, Antoine., “L’avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail À propos de l’arrêt Labbane”, **Droit social**, No:3, Mars 2001, 227-238

KAÇAK, Nazif., **Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001

KANETİ, Selim., **Özel Borç İlişkileri (Ders Notları)**, İstanbul, 1969

KANETİ, Selim – SUNGURBEY, İsmet., 173 Sayılı Bilirkişi İncelemesi, **Medeni Hukuk Sorunları** (İsmet Sungurbey), Cilt: VI, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:706), İstanbul, 1994, s.673 - 686

KAPLAN, Emine Tuncay., **İşverenin Fesih Hakkı**, Ankara, 1987

KAPLAN, İbrahim., **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1987

KARAHASAN, Mustafa Reşit., **Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt I, Beta Basım, İstanbul, 2002

KARAHASAN, Mustafa Reşit., **Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler)**, 6.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2003

KARAHASAN, Mustafa Reşit., **Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Cilt I, Beta Basım, İstanbul, 2003

KARAYALÇIN, Yaşar., **Ticaret Hukuku (II.Şirketler Hukuku)**, 2.Baskı, Ankara, 1973

KAYNAR, Reşat., **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1969

Kazancı Yayınları Veritabanı, www.kazanci.com.tr

KEŞLİ, Ahmet T., “Vize Alınamaması Sebebiyle Uluslararası Turların Gerçekleştirilememesinden Doğan Hukuki Sorumluluk”, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/AKesli.html>, 25.10.2005

KILIÇOĞLU, Ahmet., **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004

KILIÇOĞLU, Mustafa., **İş Kanunu Şerhi**, 1.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999

KIRAL, Şemsettin., **2821 Sayılı Sendikalar Kanunu**, Banka – Sigorta İşçileri Sendikası (BASİSEN), İstanbul, 1988

KIRCA, Çiğdem., **Franchise Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Yay.No: 312), Ankara, 1999

KOSCHAKER Paul – AYITER Kudret., **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları (Yay.No:39), İzmir, 1993

KUBAN, Arzu., “Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Semineri**, Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü – İstanbul Barosu Başkanlığı, İstanbul, 6-7 Haziran 1997, s.47 - 73

KUNTALP, Erden., **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:291), Ankara, 1971

KURT, Resul., **İş Hukuku ve Sosyal Sigortalar Hukuku Mevzuatında Usul ve Esaslar**, 2.Baskı, İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Yayını, İstanbul, 2003

KÜPELİ, Bülent – ÜRTİŞ, Metin., **Türk İş Hukukunda Grev**, Türk-İş, Ankara, 1996

KÜZECİ, Deniz - VURALDOĞAN, Kemal., “Avukata Ait Olan Vekalet Ücreti Kimin Lehine Hükmedilmelidir?”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:64, Sayı : 2006/1, s.145 – 164, (Türk Hukuk Sitesi, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_268.htm, 26.09.2006)

Le Cabinet Degoy – Roux Associés, “Cumul de qualifications contrat de travail et contrat de franchise”, **Lettres du droit**, <http://www.lettresdudroit.com/?&c=1&m=0&l=1&o=0&idarticle=107>, 24.07.2006

LE GOFF, Jacques., **Droit du travail et société (Tome I: Les relations individuelles du travail)**, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2001

Lebib Yalkın Yayınları Veritabanı, www.mevbank.com

LELOUP, Jean – Marie., **La franchise (Droit et pratique)**, 3.Bası, Dalloz, Paris, 2000

LELOUP, Jean – Marie., “Les rapports juridiques dans le contrat de franchise”, **Aspects juridiques de la franchise**, 21 Mayıs 1986 Tarihinde Lyon Hukuk Fakültesi’nde Gerçekleştirilen Çalıştay, Centre Paul Roubier, Librairies techniques, Lyon, 1986, s.13 – 32

LOKIEC, Pascal., **Contrat et Pouvoir (Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels)**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2004

LÖWISCH, Manfred., “Sosyal Piyasa Ekonomisinde İşçinin Özgürlüğü”, Çev.: Tankut Centel, **İş Hukuku Dergisi**, Cilt:III, Kazancı Yayınları, 1993, s.17 - 31

LYON-CAEN, Gérard., **Le droit du travail (Une technique réversible)**, Dalloz, Paris, 1995

MALATYALIOĞLU, Kutsi – ERTAŞ, Hami., **Tahliye Davaları**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973

MARTIN, Alfret., **Borçlar Kanunu Şerhi Umumi Nazariyeleri**, Cilt I, Çev.:Ahmet Cevat, Adliye Vekaleti İstatistik ve Neşriyat Müdüriyeti, İstanbul, 1930

MAZEAUD, Antoine., **Droit du travail**, 4.éd., Montchrestien, Paris, 2004

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi., **Hizmet Sözleşmesi**, Ankara, 1995

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi., **İş Hukuku**, 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi., **Türk Hukukunda Lokavt**, Gazi Büro Kitabevi, Ankara, 1993

MÜDERRİSOĞLU, Feridun., **Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1974

NARMANLIOĞLU, Ünal., **İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri I)**, 2.Bası, Barış Yayınları, İzmir, 1994

NARMANLIOĞLU, Ünal., **İş Hukuku II (Toplu İş İlişkileri)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını (Yay.No: 09.1300.0000.000/DK.01.025.248), İzmir, 2001

OĞUZMAN, M.Kemal., **Hizmet “İş” Akdinin Feshi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955

OĞUZMAN, M.Kemal., **Hukuki Yönden İşçi – İşveren İlişkileri (Temel Bilgiler – Toplu İlişkiler)**, Cilt:I, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:2048), İstanbul, 1975

OĞUZMAN, M.Kemal - ÖZ M.Turgut., **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000

OĞUZMAN, M.Kemal – SELİÇİ, Özer., **Eşya Hukuku**, 3.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982

OIT, “Profil national de droit du travail: La Confédération suisse”, **Observatoire International du Droit et de la Législation du Travail**, Haziran 2002, 21.08.2006,

<http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/II/observatory/profiles/ch.htm#top>

OKTAY, Saibe., **Gezi Sözleşmesi**, Beta Basım, İstanbul, 1997

OLGAÇ, Senai., **Hizmet Akdi**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977

OSER, Hugo – SCHÖNENBERGER, W., **Borçlar Hukuku (Birinci Kısım)**, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1947

ÖNEN, Turgut., **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Yargı Yayınevi, Ankara, 1999

ÖZÇAKMAK, Şükran., “*Onyedi Bin İmam Kaçak*”, **Milliyet Gazetesi**, 30.08.2004, <http://www.milliyet.com/2004/08/30/guncel/axgun02.html>, 10.11.2006

ÖZDEMİR, Erdem.; “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:54, Sayı:3, 2005, s.95 – 120

ÖZENLİ, Soysal., **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Kazancı Hukuk Yayınları (Yay.No:62), Ankara, 1988

ÖZKAN, Meral Sungurtekin., **Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri**, 2.Baskı, Barış Yayınları (Fakülteler Kitabevi), İzmir, 1999

ÖZSUNAY, Ergun., **Borçlar Hukuku**, Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983

PAZARCI, Hüseyin., **Uluslar arası Hukuk Dersleri**, I.Kitap, II.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1989

PELISSIER, Jean – SUPIOT, Alain - JEAMMAUD, Antoine., **Droit du travail**, 21.bası, Dalloz, Paris, 2002

POROY, Reha – TEKİNALP, Ünal – ÇAMOĞLU, Ersin., **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 9.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2003

PULAŞLI, Hasan., **Şirketler Hukuku**, 4.Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2003

RAISON, Manuel., “Du contrat de franchise au contrat de travail: Une question d’indépendance”, **Revue Pic – Inter**, No:286, Juillet, 2004,

<http://www.daici.com/pic/286/contrat-franchise.shtm>, 24.07.2006

RAY, Jean – Emmanuel., **Le droit du travail à l’épreuve des NTIC**, 2.Bası, Editions LIAISONS, Paris, 2001

REİSOĞLU, Safa., **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 8.Baskı, Beta Basım, İstanbul, 1990

REİSOĞLU, Seza., **Hizmet Akdi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:237), Ankara, 1968

REİSOĞLU, Seza., **Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, 2.Baskı, Ankara, 1975

SALEILLES, Raymond., **Borcun Genel Teorisi Hakkında Etüd**, Çev.: Mişon Ventura, İstanbul Üniversitesi Yayınları Yay.No:398, İstanbul, 1949

SAPANCALI, Faruk., **Sosyal Dışlanma**, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları (Yay. No: 09 . 1600 . 0000 . 000 / DK . 03 . 048.314), İzmir, 2003

SARAÇ, Coşkun., **İşverenin Prim Ödeme Yükümlülüğü**, Türkiye İşçi Emeklileri Cemiyeti Yayınları (Yay.No:9), Ankara, 1998

SAVATIER René., **Hukuki ve Ekonomik Açıdan Borçlar Teorisi**, Çev.: Turgut Önen – Tamer İnal, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını (Yay.No:40), Ankara, 1980

SAYMEN, Ferit H. - ELBİR, Halid Kemal, **Türk Borçlar Hukuku (Umumi Hükümler)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1966

SCHWARZ, Andreas B., **Borçlar Hukuku Dersleri**, Cilt I, Çev.: Bülent Davran, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:75), İstanbul, 1948

SELİÇİ, Özer., **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:505), İstanbul, 1976

SEROZAN, Rona., “Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol, İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası”, **Prof.Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt:2, Beta Basım, İstanbul, 2002, s.1223 – 1232 (Atipik)

SEROZAN, Rona., **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002 (Borçlar)

SEVİMLİ, K.Ahmet., “Yargıtay’ın Serbest Avukatların da İş Sözleşmesiyle Çalışabileceğini Tespit Eden Kararı ve Sonuçları Üzerine”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:3, 2004, s.967 – 981

Sosyal Hukuk Sitesi, web.deu.edu.tr/sosyalhukuk

SOYER, Polat., **Genel İş Koşulları**, BASİSEN Eğitim ve Kültür Yayınları (Yay.No: 11), İstanbul, 1987

SOYER, Polat., “Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15.Yıl Armağanı**, İstanbul, 1991, s.263 – 268

SOYER, Polat., **İşçinin İş Görme Borcu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ege Üniversitesi İktisat Fakültesi Sosyal Politika ve Çalışma Yönetimi Bölümü, İzmir, 1979

SÖZER, Ali Nazım., “AB’nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran, 2006, Yıl:1, Sayı, 2, s.184 - 207

SÖZER, Ali Nazım., **Hasta İşçinin İş İlişkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ege Üniversitesi İktisat Fakültesi, Sosyal Politika ve Çalışma Yönetimi Bölümü, İzmir, 1981,

<http://www.sbe.deu.edu.tr/Personel/akademik/ansozer/Asozeryltez.pdf>, 12.11.2006

SÖZER, Ali Nazım., “Sendikalar Kanunu Açısından İşçilerin Şirket Ortaklığı”, **İktisat ve Maliye Dergisi**, Cilt:XXX, Sayı:7, Ekim, 1983, s.270 - 277

SÖZER, Ali Nazım., **Sosyal Sigorta İlişkisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları (Yay.No: 0906. AR. 89. 012. 074), İzmir, 1991

SÖZER, Ali Nazım., **Türkiye’de Sosyal Hukuk**, 2.Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 1998

SUR, Melda., **İş Hukuku – Toplu İlişkiler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006

SÜZEK, Sarper., **İş Hukuku**, 3.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2006

SÜZEK, Sarper., “İş Hukukunun Düzenleme Boşluklarının Doldurulması”, **İş Hukukunun Ulusal ve Uluslararası Temel ve Güncel Sorunları Semineri**, Ankara, 1993, s.129-137

SÜZEK, Sarper., “İşyeri Uygulamaları”, **Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1997, s.151 – 155

ŞAHLANAN, Fevzi., **Sendikalar Hukuku**, İstanbul, 1995

ŞEKER, Murat., **İktisadi ve Sosyal Bilimlerde Yöntem ve Yaklaşım Sorunları**, Değişim Yayınları, Ankara, 1986

ŞEN, Murat., **İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005

ŞENER, Gültekin – GÜREL, Bülent., **Tüm Hukuk Sorunlarıyla Kapıcılar**, Üçer Matbaacılık, İstanbul, 1978

TANDOĞAN, Halûk., **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt:I/1, 6.Basım, Evrim Basım, Yayın, Dağıtım, İstanbul, 1990

TANDOĞAN, Halûk., **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt:II, 2.Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Yay.No:126), Ankara, 1982

TANDOĞAN, Halûk., **Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yay.No:416), Ankara, 1977

TAŞMAN, Bilgehan., **Bireysel İş Hukuku**, Cilt I, İstanbul, 1998

TEKİL, Fahiman., **Borçlar Hukuku**, Yelken Matbaası, İstanbul, 1981

TEKİNAY, Selahattin Sulhi - AKMAN, Sermet - BURCUOĞLU Halûk – ALTOP, Atillâ., **Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988

TEOMAN, Nebiye., **Satım İçin Bırakma Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (Yay.No:234), Ankara, 1989

TİFTİK, Mustafa., **Türk Hukukunda Özel Okul Sözleşmesi**, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005

TOPÇUOĞLU, Hamide., **Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)**, Selüloz Basımevi, İzmit, 1950

TUNABOYLU, Müslim., **Açıklamalı – İctihatlı Kira Hukuku**, Cilt:I-II, Adil Yayınevi (Yay.No:102), Ankara, 1999

TUNCAY, Can., **İşçi Sendikası Üyelığının Kazanılması ve Sona Ermesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yay.No:2097), İstanbul, 1975

TUNÇOMAĞ, Kenan., **İş Hukuku**, Cilt:II, 2.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985

TUNÇOMAĞ, Kenan., **İş Hukukunun Esasları**, Beta Basım, İstanbul, 1989

TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut., **İş Hukukunun Esasları**, 3.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2003

TUNÇOMAĞ, Kenan., **Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Cilt: I, 6.Baskı, İstanbul, 1976

TUNÇOMAĞ, Kenan., **Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt:II, 3.Bası, İstanbul, 1977

TUNÇOMAĞ, Kenan., **Türk İş Hukuku**, Cilt: I, İstanbul, 1971

TURAN, Kamil., **Ferdi İş Hukuku**, KAMU-İŞ, Ankara, 1993

TÜRKER, Fuat., “Avukatlık Sözleşmesi, Avukatlık Ücreti, Bunlardan Doğan İhtilafları Çözüm Usulü”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Sayı:1, Nisan 2003, s.29 – 38.

<http://www.eskisehirbarosu.org.tr/d1.pdf#search=%22%20%22avukatlı%C4%B1k%20s%C3%B6zleşme%C5%9Fmesi%22%20filetype%3Apdf%22>, 26.09.2006

TÜRK-İŞ., **Sendikalar ve Grev Lokavt Hakları**, Türk-İş Yay.No:35, Ankara, 1964

ULAŞ, Dilber., **Bir Pazarlama ve Dağıtım Yöntemi Olarak Franchising Sistemi**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 1999

ULUCAN, Devrim., “Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (MESS Yay.No:279), İstanbul, 1998, s.11 - 32

ULUSOY, Erol., **Ticari Örf ve Adet Hukuku**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2001

UMUR, Ziya., **Roma Hukuku Ders Notları**, 3.Bası, Beta Basım, İstanbul, 1999

UYGUR, Turgut., **Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu (Genel Hükümler)**, Cilt I, Ankara, 1990

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet., **Türk Medeni Hukuku**, Cilt I, Cüz 1, 6.Baskı, Nur Matbaacılık, İstanbul, 1963

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet – KAYNAR, Reşad., **Borçlar Hukuku (Umumi Hükümler)**, 2.Bası, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul, 1957

VINOGRADOFF, Paul., **Ortaçağ Avrupası'nda Roma Hukuku**, Çev.: Mehmet Tevfik Özcan – Ferhat Düzgören – Sevtap Metin – Ahmet Ulvi Türkbağ – Erol Öz – Taner Ayanoglu, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997

VOIRIN, Pierre., *Interprétation judiciaire et interprétation administrative en droit social*, **Mélanges offerts à René Savatier**, Librairie Dalloz, Paris, 1965, s.941 - 957

VON TUHR, Andreas., **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, 2.Baskı, Cilt 1-2, Çev.: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları (Yay.No:15), Ankara, 1983

YALMAN, Macit – TAYLAN, Erbay., **Adi Ortaklık**, Ankara, 1976

YAMAGUCHI, Toshio., **La théorie de la suspension du contrat de travail**, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1963

YAVUZ, Cevdet., **Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, 6.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2002

YUNG, Walter., **Akitlerde Objektif Unsurlar**, (Çev.: Halûk Tandoğan), Ajans – Türk Matbaası, Ankara, 1966

YURT, Bülent., **Seyahat Düzenleme Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000

ZEVKLİLER, Aydın., **Özel Borç İlişkileri**, 7.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

İŞ HUKUKUNDA İSİMSİZ SÖZLEŞMELER

Erdem ERDENK

Danışman
Prof. Dr. Fevzi DEMİR

2007

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum “İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmeler” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

01/02/2007

ERDEM ERDENK

DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI**Öğrencinin**

Adı ve Soyadı : Erdem ERDENK
Anabilim Dalı : Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri
Programı : Doktora
Tez Konusu : İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmeler
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 30.maddesi gereğince doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OY BİRLİĞİ ile O
DÜZELTME O* OY ÇOKLUĞU O
RED edilmesine O** ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.

** Bu halde adayın kaydı silinir.

*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fullbright vb.) aday olabilir. Evet
Tez, mevcut hali ile basılabilir. O
Tez, gözden geçirildikten sonra basılabilir. O
Tezin, basımı gerekliliği yoktur. O

JÜRİ ÜYELERİ**İMZA**

.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red

ÖZET

Doktora Tezi

İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmeler

Erdem ERDENK

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı

Doktora Programı

Klasik sözleşme hukukundaki irade özgürlüğünün aksine, bağımlılığın temel alınmasının yarattığı çelişki iş hukukunu besleyen damarlardan biridir. Bu çelişkinin, iş sözleşmesine ait tipik edim içeren “*isimsiz sözleşmeler*” alanında yoğunlaştığı söylenebilir. Bir isimsiz sözleşmede taraflar –*en az bir adet-* iş sözleşmesine ait tip tayin edici edim (*süre ve bağımlılık temelinde iş görme*) kararlaştırmışlarsa, o sözleşme iş hukukuyla ilgili hale gelir.

Her isimsiz sözleşmenin yorumlanması öncesinde “*veri niteliğindeki*” bazı objektif hususlar sistemli olarak araştırılmalıdır. Bu ön inceleme “*yorum*” değildir; standart bir çözüm yöntemi teşkil etmez. Kanımızca böyle standart bir yöntem geliştirmek imkânsızdır. Fakat somut olayda karşılaşılan iş hukukuyla ilgili isimsiz sözleşme hakkında gerekli veriler toplandıktan sonra, yorum aşamasında isimsiz sözleşmelere ilişkin genel birikimden yararlanılabilir. Yorum tek bir görüşe dayanarak değil, farklı görüşlerden somut olayın özelliğine uygun düşeni seçilerek yapılmalıdır. “*İş hukukuyla ilgili bir isimsiz sözleşmenin iş sözleşmesinden daha fazla bir anlam ifade ettiği*” daima hatırlanmalıdır. İsimsiz sözleşmelere ilişkin birikimden yararlanılmasının amacı iş hukukunun sosyal ve koruyucu niteliğini bertaraf etmek değildir. Tersine, süre ve bağımlılık temelinde iş gören taraf lehine başka hukuk dallarına ait koruyucu hükümler varsa bunları devreye sokmaktır. Mesela “*lojmanlı iş sözleşmesi*”nde sosyal özellikli kira hukukunun koruyucu hükümleri tahliye; “*işçi avukatlık sözleşmesi*”nde ise avukatlık hukukunun avukatı koruyucu hükümleri, avukatlık ediminden kaynaklanan “*mahkemelerce hükmolunan vekâlet ücretleri*”ne uygulanmalıdır.

Küreselleşme dalgası iş hukukunu geçtiğimiz yüzyılda mecburen koptuğu sözleşme hukukuna yaklaştırmaktadır. Sözleşme hukukunda ise genel dengesizlik halinin arttığı, tek tarafı aşırı güçlenmiş iltihaki ve isimsiz sözleşmelerin yaygınlaştığı gözlemlenmektedir. Yakın gelecekte iş hukuku isimsiz sözleşmelerinin daha fazla incelenmesi ve hatta mevzuatla düzenlenmesi zorunlu hale gelebilir.

Anahtar Kelimeler: 1)İsimsiz Sözleşme, 2)İş Hukuku, 3)Karma Sözleşme, 4) Borçlar Hukuku, 5) Kendine Özgü Sözleşme

ABSTRACT

Doctorate Thesis

Nameless Contracts on Labor Law

Erdem ERDENK

Dokuz Eylul University

Institute Of Social Sciences

Labour Economics and Industrial Relations

Despite the free will within the Contract Law, the conflict to accept subordination as basis, is the main feeding vein of labor law. Including typical actions of labor contract, it could be said that this conflict generally concentrates on “nameless contracts” field. If –minimum one- Parties in a nameless contract, cannot define type of action regarding the labor contract (performance of work according to period and subordination) the contract becomes a subject of labor law.

Various objectivities that consist “data aspects” should be investigated systematically before interpreting each nameless contract. Pre-investigation is not an “interpretation” and does not include standard solution methods and it is impossible to develop such a standard method. Though, after collecting necessary data about the nameless contract regarding labor law that encounters solid cases, one could benefit from general knowledge due to nameless contracts at interpretation level. Interpretation should not be made according to one idea, but through various ideas by choosing the most appropriate one, applicable to solid case’s aspects. “A nameless contract on labor law means more than labor contract” should always be remembered. Benefiting from nameless contracts’ knowledge does not necessarily mean leaving social and protective aspects of labor law aside. It actually aims to encounter other protective decisions belonging to other law branches on period and subordination basis, regarding the benefit of the party that performs the work. For instance, the social aspects of rental law’s protective decisions about “housing labor contract” causes discharge; or in “worker advocate contract” advocate law that protects advocates should be applied as “fees paid through the decision of the court” that is outsourced from advocate actions.

Globalization wave indispensably makes labor law to approach contract law that was disconnected from each other in the past century. On the other hand contract law is generally unbalanced, one party’s empowered joining contracts and nameless contracts are observed to be widespread. In the near future, labor law nameless contracts and even arranging according to regulations could ask for a compulsive investigation in detail.

Key World: 1) Nameless Contract, 2) Labor Law, 3) Mixed Contract
4) Obligation Law, 5) Sui Generis Contract

İŞ HUKUKUNDA İSİMSİZ SÖZLEŞMELER

YEMİN METNİ	II
TUTANAK	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	XIV
KONUNUN TAKDİMİ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN SÖZLEŞME KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

I.	Sözleşme Kavramı Işığında İsimsiz Sözleşmelerin Genel Olarak Tanımlanması	4
	A. Sözleşme Kavramı	4
	B. Sözleşme Çerçevesinde Borç Tipleri	7
	C. Sözleşmelere Hâkim Olan Temel İlkeler	10
	1. Sözleşmenin Kural Olarak Rızai Olması İlkesi	10
	2. Sözleşmenin Nisbiliği İlkesi ve İstisnaları	10
	3. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi ve Sınırları	12
	a. Tanım	12
	b. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması	15
	c. Sözleşme Özgürlüğünün Sonuçları: İsimsiz Sözleşmeler	21

II.	İsimsiz Sözleşmelerin Çeşitleri	24
	A. Karma Sözleşmeler	24
	i. Tanım	24
	ii. Karma Sözleşme Çeşitleri	26
	a. Bire Bir Edimli (<i>Çift Tipli</i>) Karma Sözleşmeler	26
	b. Bire Çok Edimli (<i>İkiz-Kombine</i>) Karma Sözleşmeler	27
	c. Yabancı Tipte Yan Edim İçeren Sözleşmeler	29
	iii. Karma Sözleşme Örnekleri	30
	iv. Karma Sözleşmelere Bağlanacak Hüküm ve Sonuçlar	32
	a. İmtisas (Soğurma) Görüşü	33
	b. Birleştirme (Terkip) Görüşü	35
	c. Yaratma (Kıyas) Görüşü	37
	d. Her Somut Olayın Özelliğine Göre Değişik Görüşlerin Uygulanması Görüşü	40
	e. Yargıtay Uygulaması	43
	B. Kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşmeler	49
	i. Tanım	49
	ii. Kendine Özgü Sözleşme Örnekleri	51
	iii. Kendine Özgü Sözleşmelere Bağlanacak Hüküm ve Sonuçlar	51
III.	İsimsiz (Atipik) Sözleşmelerin Başka Bazı Hukuki Müesseselerle Karşılaştırılması	53
	A. “ <i>Bağlı (Birleşik) Sözleşmeler</i> ” Müessesesi ile Karşılaştırma	53
	B. “ <i>Sözleşme Benzerleri</i> ” (Şibih Akit) ve “ <i>Fiili Sözleşme İlişkileri</i> ” Müesseseleri ile Karşılaştırma	58

İKİNCİ BÖLÜM
İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN İŞ HUKUKU ÜZERİNDEKİ
ETKİLERİNİN TEORİK ÇERÇEVESİ

I. İsimsiz Sözleşmelerin İş Hukukuyla İlgisinin Kurulması	61
II. İş Sözleşmesi Edimlerinin Ayrıştırılması	62
A. Tanım	62
B. Edimler	64
1. Karakteristik (Tip Tayin Edici) Edim:	
Süre ve Bağımlılık Temelinde İş Görme	65
a. Genel Anlamıyla İş Görme Edimi	66
b. İş Görmenin Süre Boyutu	67
c. İş Görmenin Bağımlılık Boyutu	69
(1) Genel Olarak	69
(2) Bağımlılık Unsuruna Yaklaşımlar	70
(a) Baskın Görüş: Hukuki Bağımlılığı	
Esas Alan Yaklaşım	71
aa. Kavram	71
bb. Uygulama	73
(b) Alternatif Yaklaşımlar	79
aa. İktisadi Bağımlılığı Esas Alan Yaklaşım	79
bb. Bağımlılık Unsurunun ve İş Sözleşmesinin	
Başkalaşacağını Öngören Yaklaşımlar:	
“Faaliyet Sözleşmesi” Örneği	80
2. (Tip Açısından Zaruri) Karşı Edim: Ücret	82

III. İş Sözleşmesinin Karakteristik (Tip Tayin Edici) Ediminin	
İsimsiz Sözleşmede Yer Almasının Anlamı	84
IV. İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmelerin Tabi Olacağı Kuralların Belirlenmesi	
Sorunu	89
A. Standart Bir Teorik Yöntem Belirlemenin İmkânsızlığı ve Esnek Bir Yaklaşımla İlk Saptamaları Yapmanın Pratik Yararı	89
B. İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmelerin Çözümlemesinde Esnek Bir Ön İnceleme Önerisi	90
C. İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmelerin Yorumunda Yapılabilecek Tespitler	92
D. Kurmaca Bir Somut Olay Üzerinde Uygulama	94
a. Olay	95
b. Ön İnceleme	95
c. Yorum	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN İŞ HUKUKUNA ETKİLERİNİN ÖRNEK SÖZLEŞMELER ÜZERİNDE İNCELENMESİ

I. Karma Sözleşmelere Örnekler	103
A. Bire Bir Tipik Edimli (<i>Çift Tipli</i>) Karma Sözleşmelere Örnek: Lojmanlı İş Sözleşmeleri	103
1. Genel Olarak	103
2. Terim Tartışması ve Kavramlar	105
3. Lojmanlı İş Sözleşmelerinin Hukuki Özellikleri	107
4. Lojmanlı İş Sözleşmelerine Bağlanabilecek Hüküm ve Sonuçlar	114
a. Temel Yaklaşım	114

b. Özel Durumlar	124
(1) Çeşitli Meslek Grupları	124
(a) Kapıcılar	124
(b) Bekçiler	126
(c) Bahçıvanlar	127
(d) Cami Görevlileri	128
(2) Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu md.44 ve md.78 Hükümleri	129
5. Lojmanlı İş Sözleşmelerine İlişkin Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirilmesi	134
a. İş İlişkisinin Niteliği Hakkında	134
(1) Kararlar	134
(2) Değerlendirme	136
b. Lojman Verilmesinin Çalışma Süresine Etkisi Hakkında	137
(1) Karar	137
(2) Değerlendirme	137
c. Lojmanın Ücret ve Kıdem Tazminatına Etkisi Hakkında	138
(1) Kararlar	138
(2) Değerlendirme	141
d. Lojmanın Tahliyesi Hakkında	142
(1) Kararlar	142
(2) Değerlendirme	144
e. Görev Meselesi Hakkında	148
(1) Karar	148
(2) Değerlendirme	148
B. Bire Çok Tipik Edimli (İkiz-Kombine) Karma Sözleşmelere Örnek: İşçi Avukatlık Sözleşmeleri	149
1. Genel Olarak	149
2. Terim Tartışması ve Kavramlar	150
3. Avukatlık Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Nitelikleri	152

4. İşçi Avukatlık Sözleşmelerinin Hukuki Özellikleri	157
a. Genel Özellikler	157
b. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Yanında Çalışan İşçi Avukatlar	160
c. Başka Avukat veya Avukat Ortaklıkları Yanında Ücretli Olarak Çalışan İşçi Avukatlar	161
5. İşçi Avukatlık Sözleşmelerine Bağlanabilecek Hüküm ve Sonuçlar	162
a. Temel Yaklaşım	162
b. Özel Durumlar	164
(1) Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Yanında Çalışan İşçi Avukatlar	164
(a) Resmi Mercilerde Vekâletnameyle İş Takip Edenler	165
aa. Avukat Sıfatıyla Müvekkil İşveren Adına Hareket Etme Edimi Açısından Değerlendirme	166
bb. Süre ve Bağımlılık Temelinde İş Görme Edimi Açısından Değerlendirme	168
(b) Sadece Hukuki Danışmanlık Yapanlar	169
(2) Başka Avukat veya Avukatlık Ortaklıkları Yanında Ücretli Olarak Çalışan İşçi Avukatlar	169
6. İşçi Avukatlık Sözleşmelerine İlişkin Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirilmesi	171
a. İşçi Avukatlara BK md.353'ün Uygulanması Hakkında	171
(1) Karar	171
(2) Değerlendirme	172
b. İşçi Avukatlık Sözleşmesinde Vekâlet Akdinin İş Sözleşmesinden Kaynaklandığı Hakkında	173

(1) Kararlar	173
(2) Değerlendirme	174
c. İşçi Avukatlık Sözleşmesini Oluşturan Edimlerin Birbirinden Ayrılabilmesi	
Konusunda	176
(1) Karar	176
(2) Değerlendirme	177
d. İşçi Avukatların Bağımsız Bürolarının Olabilmesi ve Bağımlılık İlişkisinin Ölçütü	
Hakkında	179
(1) Kararlar	179
(2) Değerlendirme	182
e. Görev ve Yetki Meselesi Hakkında	186
(1) Kararlar	186
(2) Değerlendirme	187
f. Dava ve Takiplerde Karşı Tarafça Ödenmesi	
Takdir Olunan Vekâlet Ücretleri Hakkında	188
(1) Kararlar	188
(2) Değerlendirme	189
C. Yabancı Tipte Yan Edim İçeren Sözleşmelere Örnek:	
Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulduğu Adi Şirket Sözleşmeleri	192
1. Genel Olarak	192
2. Adi Şirket Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Nitelikleri	192
3. Çalışmanın Konusu Açısından “ <i>Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulması</i> ” Kavramının Sınırlandırılması	194
4. Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulduğu Adi Şirket Sözleşmelerinin Hukuki Özellikleri	199
5. Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulduğu Adi Şirket Sözleşmelerine Bağlanabilecek Hüküm ve Sonuçlar	207
a. Temel Yaklaşım	207
b. Özel Durumlar	210

(1) Borçlar Kanununun Diğer Hükümlerinin Uygulanması	211
(2) 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu md.2 Hükümlerinin Uygulanması	214
6. Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulduğu Adi Şirket Sözleşmelerine İlişkin Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirilmesi	220
a. Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulduğu Adi Şirket Sözleşmelerinin İş Akitlerinden Tefriki Hakkında	220
(1) Kararlar	
(2) Değerlendirme	222
b. Emeğin Sermaye Payı Olarak Konulduğu Adi Şirket Sözleşmelerinin Sona Ermeleri Hakkında	223
(1) Kararlar	223
(2) Değerlendirme	225
II. Kendine Özgü Sözleşmelere Örnek:	
İş Sözleşmesini Andıran “İş Zinciri” (Franchising) Sözleşmeleri	226
A. Genel Olarak	226
B. Terim Tartışması	227
C. İş Zinciri (<i>Franchising</i>) Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Nitelikleri	228
D. İş Sözleşmesini Andıran “İş Zinciri” (Franchising) Sözleşmelerinin Hukuki Özellikleri	231
E. İş Sözleşmesini Andıran “İş Zinciri” (Franchising) Sözleşmelerine Bağlanabilecek Hüküm ve Sonuçlar	233
1. Genel Olarak	233
2. İş Zincirinde İş Hukukuna İlişkin Koruyucu Kuralların Uygulandığı Ülke Örnekleri	234

a. Almanya	234
b. Fransa	237
c. İsviçre	239
3. Türk Hukukunun Altyapısı	240
GENEL DEĞERLENDİRME	248
KAYNAKLAR	253

KISALTMALAR

a.g.e.	:	Adı geçen eser
a.g.m.	:	Adı geçen makale
BASİSEN	:	Banka – Sigorta İşçileri Sendikası
BK	:	818 Sayılı Borçlar Kanunu
CD	:	Ceza Dairesi
ÇMİS	:	Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
GKK	:	6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	:	İçtihadı Birleştirme Kararı
İş K.	:	İş Kanunu
KAMU-İŞ	:	Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası
K.	:	Karar
KMK	:	634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
Krş.	:	Karşılaştırınız
MK	:	4721 Sayılı Medeni Kanun
OIT	:	Organisation Internationale du Travail (Uluslararası alışma Örgütü)
RG	:	Resmi Gazete
Sen.K.	:	Sendikalar Kanunu
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİSGLK	:	2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
Türk-İş	:	Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu
vd.	:	Ve devamı

