

## ÖZET

### *Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması*

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu, hizmet sözleşmelerinin tanımı ve kurulması açısından, önemli değişiklikler getirmektedir. Bunlar içinde, ilkin, pazarlamacılık sözleşmesi ile evde hizmet sözleşmesi olmak üzere, iki hizmet sözleşmesi türünün Türk hukukunda ilk kez ayrıntılı bir yasal düzenlemeye kavuştuğu belirtilmelidir.

Bir başka değişiklik olarak, fiili hizmet ilişkisi kavramına pozitif hukuk dayanağının yaratıldığı görülmektedir. Ayrıca, geçerli bir iş ilişkisinin doğduğu durumlara geçerli bir hizmet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması, önceki dönemde öğretici ve yargı kararlarıyla kabul ediliyordu. Bu durum Türk Borçlar Kanunu'yla yasal bir dayanağa kavuşmuş olup, artık bunun için öğretici ve yargı kararlarının desteğine gerek kalmamaktadır.

Tüm bu olumlu değişikliklere karşılık, önemli bazı çeviri hatalarına rastlanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu kabul edilirken de, yine İsviçre Borçlar Kanunu'nun ve bu yasada yapılan sonraki değişiklikler, dikkate alınmıştır. Ancak, bu yapılırken, bazı çeviri hatalarından kaçınılamamıştır. Yasanın yürürlüğe gireceği tarihe kadar bunların düzeltilmesi, yararlı olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** *Borçlar Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Hizmet Sözleşmesi, Pazarlamacılık Sözleşmesi, Evde Hizmet Sözleşmesi*

## ABSTRACT

### *Definition and Establishment of the Contracts of Employment at the Turkish Code of Obligations*

The new Turkish Code of Obligations that will come into force on 1 July 2012, include substantial amendments about definition and establishment of the contracts of employment. Among these, it needs to be emphasized particularly that the contracts of marketing and the contracts of domestic work are legally regulated for the first time in Turkish legislation.

As an another amendment, we see that the concept of active employment relations are related to the current positive law.

It had been generally accepted previously by doctrine and court rulings that the provisions concerning a valid employment contract should have been applied for the situations in which a valid employment relation arises.

While a legal basis is provided by the new Turkish Code of Obligations, now there is no need for endorsement of doctrine and court rulings.

Despite these positive amendments, there are some substantial interpretation mistakes, as well. While the new Turkish Code of Obligations was drafted, the Swiss Code of Obligations and amendments had been taken into consideration. However, there are some mistakes in translating the texts. It is essential to correct those mistakes before the enforcement date of the new Code of Obligations.

**Keywords:** *Code of Obligations, Turkish Code of Obligations, Marketing Contract, Employment Contract, Employment Contract for Work within Home*

## *Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması*



Prof.Dr. Tankut Centel\*



### **İRİŞ**

1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren, Borçlar Kanunu (BK) yürürlükten kalkacak ve yerine, 11.2.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) geçecektir. Söz konusu değişikliğin Türk İş Hukuku'na en önemli yansıması, İş Kanunu'na tabi olmayan iş sözleşmelerinin önemli bir bölümünü, TBK'nun "hizmet sözleşmeleri"ne ilişkin hükümlerinin (m. 393 vd.) düzenlemesi biçiminde ortaya çıkacaktır.

Yeni yasa, tek bir "hizmet sözleşmesi" tipi üzerine kurulmadığı için, değişik türler

üzerinde durmakta ve önce, bunları tanımlayıp, daha sonra da söz konusu sözleşme türlerinin ortaya çıkışını ele almaktadır. Bu nedenle, aşağıda ilkin, değişik hizmet sözleşmesi türlerine ilişkin gerekli açıklamalar yapılacak ve sonra da, bunların kurulma sırasında taşıdıkları bazı özellikleri, üzerinde durulacaktır.

Yeni yasanın getirdiği değişiklikler sırasında, ister istemez, önceki BK hükümleri göz önünde bulundurulacaktır. Bunun gibi, TBK'nun da kaynağını İsviçre BK oluşturduğu için, yer yer kaynak metnin temel alınması yoluna gidilecektir. Böylece, kaynak metinden sapmaların ve çeviri yanlışlarının saptanması, mümkün olabilecektir.

\* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
tcentel@ku.edu.tr

## II. Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmeleri

### 1. Türk Borçlar Kanunu'nun "hizmet sözleşmesi" konsepti

#### a) Terminoloji

BK; sözleşmelerin değişik türleri arasında, çıraklık sözleşmesi (m. 318) de dahil olmak üzere, sadece "hizmet akdi"ni (m. 313 vd.) tanımış ve ayrı bir iş sözleşmesi türüne yer vermemiştir. Hatta, BK'ndan sonra kabul edilen iş yasalarında "iş akdi (sözleşmesi)" deyiminin yer alması karşısında, bunların aynı anlamı taşıyıp taşımadıkları, öğretide tartışma yaratmış; ancak, öğretinin çoğunluğu, bunların birbirinden farklı kavramları içermediği ve farklılığın, Türkçeleştirmeden öteye gitmediği görüşü üzerinde birleşmiştir.

Gelinen bu noktada, TBK'nun hala "hizmet sözleşmesi" deyimini sürdürmeye çalışması, İş Kanunu'na tabi bulunmayan (TBK'na tabi olan) iş sözleşmelerini anlatma çabası olarak algılanmalıdır. Çünkü, "iş sözleşmesi" ile "hizmet sözleşmesi" arasında, bir alt/üst kavram (veya tür) ilişkisi yoktur. Buna göre, "hizmet sözleşmesi", "iş sözleşmesi" deyiminin eski dildeki karşılığı olmaya devam etmektedir.

#### b) Sözleşme türleri

TBK'nun "*Hizmet Sözleşmeleri*" başlığını taşıyan Altıncı Bölüm'ü, "genel hizmet sözleşmesi"nin yanısıra, "*pazarlamacılık sözleşmesi*" ile "*evde hizmet sözleşmesi*" türlerine yer vermektedir.

Ancak, bunlardan "genel hizmet sözleşmesi", ayrı ve bağımsız bir hizmet sözleşmesi türü olarak anlaşılmalıdır. Aslında, "genel hizmet sözleşmesi", bir anlatım yetersizliğini ifade etmektedir. Çünkü, hukuken, "genel hizmet sözleşmesi" olarak adlandırılacak bir hizmet sözleşmesi türü söz konusu değildir. Nitekim, TBK, sadece "Birinci Ayırım" başlığında "genel hizmet sözleşmesi" deyimini kullanmakta; TBK m. 393 ile 394 metninde ise, doğrudan "hizmet sözleşmesi"nin tanımı ile kurulmasından söz edilmektedir. Bunun gibi, TBK m. 469 da; pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan durumlarda, "*hizmet sözleşmesinin genel hükümleri*"nin uygulanmasını öngörmektedir.

Bu bağlamda, kaynak metni oluşturan İsviçre BK'nun da; "genel hizmet sözleşmesi" yerine ve Türk hukukundaki "bireysel iş sözleşmesi"ni karşılamak üzere, "*münferit iş sözleşmesi*" deyimine yer verip, daha sonra da, "toplu iş sözleşmesi"ni düzenlediği görülmektedir. Buna göre, "genel hizmet sözleşmesi" diye bir kavram hukuken söz konusu olmadığından, çeviri farkına itibar edilmeyerek; buradaki anlatımın (Altıncı Bölüm'ün Birinci Ayırım başlığının), bireysel iş sözleşmesi anlamında, "genel (olarak) hizmet sözleşmesi" biçiminde anlaşılması, yerinde olacaktır.

### 2. Türk Borçlar Kanunu'nun sistematigi

TBK, "İkinci Kısım"ın "Altıncı Bölüm"ünü, "*Hizmet Sözleşmeleri*"ne ayır-

mıştır. “Altıncı Bölüm”, dikkat edileceği üzere, “hizmet sözleşmesi”ne değil, “hizmet sözleşmeleri”ne ayrılmıştır. Bu anlamda, “Birinci Ayırım”, “Genel Hizmet Sözleşmesi” (TBK m. 393-447); “İkinci Ayırım”, “Pazarlamacılık Sözleşmesi” (TBK m. 448-460) ve “Üçüncü Ayırım” da “Evde Hizmet Sözleşmesi” (TBK m. 461-469) hükümlerine yer vermektedir.

Kaynak metni oluşturan İsviçre BK ise, hizmet sözleşmesi türleri içinde, “çıraklık sözleşmesi”ni de ele almaktadır. Ancak, TBK; muhtemelen, Türk hukukunda çıraklık sözleşmesi daha önce ayrı ve özel olarak Mesleki Eğitim Kanunu içinde düzenlenmiş bulunduğundan, çıraklık sözleşmesini tekrardan ele alma gereksinimini duymamıştır.

Çıraklık sözleşmesinin BK içinde yer alması ise, tarihi (kronolojik) olarak açıklanabilir. Nitekim, çıraklık sözleşmesi; BK’nun kabulü sırasında mesleki eğitimi düzenleyen bir özel yasa bulunmadığından, çıraklık kaynağını oluşturan İsviçre BK’nda olduğu üzere, BK içinde yer almak durumunda kalmıştır. Daha sonra kabul edilen 20.6.1977 tarihli ve 2089 sayılı “Çırak Kalfa ve Ustalık Kanunu” ile bunun yerine geçen ve değişik adla<sup>1</sup> da olsa halen yürürlükte bulunan 5.6.1986 tarihli ve 3308 sayılı “Mesleki Eğitim Kanunu” ise, BK’nun çıraklık sözleşmesine ilişkin hükümlerine (m. 318 ve 330) dokunmamıştır.

Bu bağlamda, aynı anlayışın TBK tarafından benimsendiği; ancak, TBK’nun, çıraklık sözleşmesini tanımlamamakla birlikte, özel yasa (Mesleki Eğitim Kanunu) hükümlerini saklı tutup, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin örneğe (kıyas) yoluyla çıraklık sözleşmesine uygulanmasını kabul ettiği (m. 393/III) görülmektedir.

### III. Münferit Hizmet Sözleşmesi

#### 1. Hizmet sözleşmesinin tanımı ve unsurları

##### a) Hizmet sözleşmesinin tanımı

Hizmet sözleşmesi, TBK m. 393/I tarafından, “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu tanım; esas olarak, iş sözleşmesindeki “bağımlılık” unsurunu vurgulayışı yönüyle, “hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder” (BK m. 313/I) biçimindeki tanımdan daha uygundur.

Ayrıca, TBK m. 393/I’de “zamana veya yapılan işe göre ücret”ten söz edilmek suretiyle, “ücret, zaman itibariyle olmayıp yapılan işe göre verildiği takdirde dahi işçi

<sup>1</sup> “Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu” nun adı, 29.6.2001 tarihli ve 4702 sayılı Yasa m. 22 hükmüyle, “Mesleki Eğitim Kanunu” olarak değiştirilmiştir.

*muayyen veya gayri muayyen bir zaman için alınmış veya çalışmış olmadıkça, hizmet akdi yine mevcuttur; buna parça üzerine hizmet veya götürü hizmet denir*" biçimindeki BK m. 313/II hükmü de, aynı tanımın içine alınmış olmaktadır.

Ancak, söz konusu "zamana veya yapılan işe göre ücret" anlatımındaki "veya" sözcüğü, "ve/veya" olarak anlaşılmalıdır. Çünkü, ücret, zamana ve verime (yapılan işe) göre ücret sistemlerini birleştiren ve bunları birlikte içeren "karma" sistemlere göre de, ücretin uygulamada belirlendiği görülmektedir (bkz. Centel, 1987, s.102; Esener, 1978, s.174; Saymen, 1954, s.498). Bu itibarla, hizmet sözleşmesinin tanımında, ücretin karma usulle belirlenmesine olanak tanımak üzere, anılan anlatımdaki "veya" sözcüğünün "ve/veya" olarak anlaşılmasında yarar bulunmaktadır. Aksi takdirde, uygulamadaki karma ücret belirleme sistemleri görmezlikten gelinmiş olacaktır.

Diğer yandan, TBK m. 393/II'de, "*işçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir*" hükmüne yer verilme suretiyle, "*kısmi süreli hizmet sözleşmesi*" nin de hizmet sözleşmesi olarak kabul edildiği ve giderek, iş (hizmet) sözleşmesinin varlığı için, işçinin kendi işgücünün tümünü aynı işverene hasretmesinin şart olmadığı belirtilmek istenmektedir. Buna karşılık, kısmi süreli hizmet sözleşmesinin özellikleri üzerinde durulma-

makta; sadece, hizmetin "*kısmi süreli*" olarak ve "*düzenli*"<sup>2</sup> biçimde yerine getirilmesinden söz edilmektedir. Yasa koyucunun buradaki amacının, böylelikle, kısmi süreli iş sözleşmesini düzenlemekten çok, hizmet sözleşmesi için, işgücünün bütünüyle aynı işverene hasredilmesinin gerekmediği noktasını açıklamak olduğu göze çarpmaktadır.

## **b) Hizmet sözleşmesinin unsurları**

### **aa) İşgörme edimi**

Hizmet sözleşmesinin TBK m. 393/I'de yer alan tanımı; "*belirli veya belirli olmayan süreyle işgörme*" den söz etmek suretiyle, "*işgörme edimi*" nin varlığını, hizmet sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olarak kabul ettiğini göstermektedir. Bu bağlamda, işgörme edimi, karşı yan için değeri olan ve onun maddi veya düşünsel bir gereksiniminin giderilmesine yarayan faaliyettir (Tunçomağ ve Centel, 2008, s.68).

İşgörme ediminin belirli veya belirsiz bir süre için vaad olunması gerekmektedir. BK m. 313/I hükmünde de yer verilen işgörme ediminin bu özelliği, işçiyle yapılacak sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli hizmet sözleşmesi niteliğini kazanması sonucunu yaratmaktadır.

<sup>2</sup> Buradaki "düzenli" sözcüğünü, "devri" olarak anlamakta yarar vardır. Çünkü, aksi takdirde, "esnek kısmi süreli çalışma" ya hukuken olanak tanınmamış olacaktır ki; yasa koyucunun amacı, bu olmasa gerektir. Nitekim, kaynak metindeki (İsviçre BK m. 319/II), klasik kısmi çalışma biçimini içeren "saat, yarım gün veya gün olarak işverenin hizmetinde işin yerine getirilmesi" anlatımı, TBK m. 393/II'ye alınmamıştır.

**bb) Ücret**

TBK m. 393/I'de, işçinin işgörmeye ediminden söz edilmesinin ardından, "işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği" belirtilmek suretiyle, işgörmeye edimine karşı edim olarak ücret ediminin varlığı kabul edilmekte ve işgörmeye ediminin bir karşılık (ücret) uğruna vaad olunacağı açıklanmaktadır.

Tıpkı BK m. 313/I gibi TBK m. 393/I hükmü de, "ücret ödeme"den söz ederek; hizmet sözleşmesinde uğruna hizmet ediminin yerine getirildiği karşılığın, "ücret", yani para biçiminde karşılık olmasını düşünmüştür. Oysa, hizmet sözleşmesinde karşılık, teknik anlamda ücret olabileceği gibi, eşya biçiminde karşılık ve hatta, salt kazanç fırsatı dahi olabilir. Nitekim, işçiye bahşişleri alıkoyma yetkisinin tanındığı hallerde, durum budur (Tunçomağ ve Centel, 2008, s.68-69).

**cc) Bağımlılık**

TBK m. 393/I'de "işçinin işverene bağımlı olarak" anlatımına yer verilmek suretiyle, hizmet sözleşmesinin "bağımlılık" unsuru belirtilmek istenmiştir. Daha önce BK m. 313/I ise, "bağımlılık unsurunu gösterecek herhangi bir anlatıma yer vermemiştir. Bu bakımdan, "bağımlılık" unsuruna TBK m. 393/I'de yer verilmesi, son derece yararlı olmuştur. Çünkü, iş (hizmet) sözleşmesini konusu işgörmeye dayalı diğer sözleşme tiplerinden (eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesinden) yarayacak te-

mel unsur, "bağımlılık" unsurudur (aynı anlamda bkz. Yarg. 9. HD., 13.7.2009-876/20602. YKD 36, s.1229 vd.). Nitekim, işçinin işgörmeye; konusu işgörmeye dayalı diğer sözleşmelerden farklı olarak, işverene bağlı biçimde gerçekleşir. Buna göre, işçi; işgörmeye ediminin yerine getirilmesi sırasında, işverenin emir ve talimatlarıyla bağlı bulunup, kendisinin işveren tarafından denetlenmesi söz konusudur.

Bağımlılık unsuruna yer veren TBK m. 393'e ait madde gerekçesinde, aynen, "Maddenin birinci fıkrasında kullanılan "bağımlı olarak" ibaresi, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 319'uncu maddesinin birinci fıkrasındaki "işverenin emrinde" (im Dienst des Arbeitgebers, au service de l'employeur) ifadesinin karşılığıdır. İşverene bağımlı olarak çalışma, onun emir ve talimatına uygun işgörmeyi ifade eder.." denilmektedir. Gerçekten, burada söz konusu olan, işçinin "ekonomik bağımlılığı" değil, "kişisel bağımlılığı"; yani, işverenin emir ve talimatlarına göre işgörmesidir.

**2. Hizmet sözleşmesinin kurulması****a) Hizmet sözleşmesi/hizmet ilişkisi**

Sözleşme, genel olarak, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulmaktadır (TBK m. 1/I). Buna göre, sözleşmenin kurulabilmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarını gerektirmektedir. Bu bağlamda, irade açıklaması, açık veya örtülü olabilmektedir (TBK m. 1/II).

TBK; sözleşmelerin kurulmasına ilişkin bu esastan ayrılmış ve tarafların irade açıklamaları beklenmeksizin, fiili hizmet ilişkisinin ortaya çıktığı durumlarda, hizmet sözleşmesini kurulmuş saymıştır. Gerçekten, *“bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir iş belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş”* sayılacaktır (TBK m. 394/II). Böylece, komşuya bahçesini düzenlerken yardım etme veya yaşlı birinin yükünü taşımasına yardımcı olma gibi geleneksel örneklerdeki yardım ve nezaket fiilleri ile aile bireyleri arasındaki aile hukukundan doğan yakın ilişkiler nedeniyle ortaya çıkacak durumlarda, ücret karşılığında yapılacak bir iş söz konusu olmadığından, hizmet sözleşmesinin kurulmasından söz edilmeyecek; bunun dışındaki hallerde ise, işin yapılması ve işin de işverence kabulü üzerine, hizmet sözleşmesinin kurulduğu kabul edilecektir.

BK'nun yürürlükte bulunduğu dönemde TBK m. 394/II'ye benzer bir düzenleme bulunmadığı için, öğretide *“katılma (iltihak) kuramı (görüşü)”* yanlıları; taraflar arasında sözleşme olmamasına rağmen, işçinin işverene ait işyerine (işletmeye) katılmasıyla ortaya çıkan fiili hizmet ilişkisine, geçerli bir sözleşme ilişkisine bağlanacak tüm hukuki sonuçların uygulanmasını kabul etmekteydi. Bu bakımdan, katılma kuramı, TBK m. 394/II ve giderek, aşağıda ele alınacak olan (bkz. aşağıda III 2 c) TBK m.

394/III'deki düzenlemelerle, pozitif hukuk dayanağına kavuşmuş görünmektedir.

#### b) Hizmet sözleşmesinin şekli

TBK, hizmet sözleşmelerinde şekil serbestisi esasını benimsemiştir. Nitekim, hizmet sözleşmesinin hukuken geçerliliği, TBK m. 394/I uyarınca, özel bir şekle bağlanmamıştır. Bununla birlikte, söz konusu hükümde, *“kanunda aksine bir hüküm olmadıkça”* deyimine yer verilmiştir.

Ancak, TBK tarafından özel olarak düzenlenmiş bulunan, ne pazarlamacılık sözleşmesi ve ne de evde hizmet sözleşmesi için, yazılı şekil öngörülmüştür. Bu bağlamda, evde hizmet sözleşmesinde malzemenin işçi tarafından sağlandığı durumlarda, her yeni iş verişte malzeme için yapılacak ödeme tutarı ile iş için ödenecek ücretin yazılı olarak işçiye bildirilmesinin (TBK m. 462/I) de, sözleşmenin geçerlilik koşulu olarak yazılı şekle bağlanmış bulunmasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Böyle olunca sıra, TBK hükümlerinin uygulanacağı hizmet sözleşmeleri için yazılı şekil öngören herhangi bir özel yasa hükmüne, mevzuatta yer verilmiş olup olmadığını irdelemeye gelmektedir.

Bu konuda, TBK m. 394 hükmüne ilişkin madde gerekçesinde çırakların, örnek olarak gösterildikleri görülmektedir. Nitekim, işyeri sahibi; Mesleki Eğitim Kanunu m. 13/II uyarınca, aday çıracı ve çıracı çalıştırmaya başlamadan önce bunların velisi veya vasisi veya ergin (reşit) ise kendisiyle

yazılı çıraklık sözleşmesi yapmak zorundadır.

Ancak, anılan hüküm, özel yasa hükümlerini saklı tutan TBK m. 393/III kapsamında değerlendirilebilir. Kaldı ki; çıraklık sözleşmesinin hukuken hizmet sözleşmesi niteliğini taşıyıp taşımadığı noktası, tartışmaya açıktır. Nitekim, TBK m. 393/III; hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin, çıraklık sözleşmesine, ancak örneksime (kıyas) yoluyla uygulanmalarını öngörmektedir.

Bunun dışında, TBK hükümlerine tabi olacak hizmet sözleşmeleri için, yazılı şekil öngören bir özel yasa (mevzuat) hükmüne rastlanmamaktadır. Bu bakımdan, TBK m. 394/I hükmünün metnindeki “kanunda aksine bir hüküm olmadıkça” anlatımı, TBK m. 12/I hükmüyle paralelliği sağlamış bulunmakla birlikte, pratik önemden yoksun görünmektedir.

Buna karşılık, taraflar; aralarında yapacakları bir anlaşmayla, hizmet sözleşmesinin hukuken geçerliliğini, yazılı şekil koşuluna bağlamış olabilirler. Bu durumda, yazılı şekil koşuluna uyulmaksızın yapılmış hizmet sözleşmesi, tarafları bağlamayacaktır (TBK m. 17/I).

### c.) Hizmet sözleşmesinin geçersizliği

Taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin, kesin hükümsüzlük (TBK m. 27/I) nedeniyle butlanı ya da irade bozuklukları (TBK m. 30 vd.) yüzünden iptali söz konusu olduğu takdirde, söz konusu sözleşmenin geçersizliğinden söz edilecektir. Bu du-

rumda, batıl hizmet sözleşmesi henüz ifa edilmemiş ve işçi işverenin işyerinde çalışmaya başlamamışsa, sözleşme baştan itibaren hükümsüz sayılacaktır. Bunun gibi, irade bozuklukları yüzünden sakatlanmış hizmet sözleşmesinin ifasına henüz başlanmamışsa, iptale uğrayacak hizmet sözleşmesinin de baştan itibaren ortadan kalkması söz konusu olacaktır (bkz. Tunçomağ ve Cengel, 2008, s.89-92).

Buna karşılık, hizmet sözleşmesinin ifasına başlanmış ve işçi işverenin emrinde çalışmış bulunduğu takdirde, butlan ve iptal hükümlerinin uygulanmasında durum değişir. Böyle bir durumda, artık taraflar arasındaki hizmet ilişkisi, sözleşme temeline dayanmadığı için çözülebilecek; ancak, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin hükümleri uygulanacaktır. Bu durumu TBK m. 394/II-I, “geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur” hükmüyle anlatmak istemiştir.

Daha önce TBK m. 394/III hükmüne benzer bir düzenleme BK’nda yer almadığı için, öğretide “katılma kuramı” yanlılırınca ve hatta Yargıtay tarafından aynı sonuca varılmış (bkz. Yarg. İBK., 18.6.1958-20/9 - RG. 30.9.1958, No. 10020); ancak, o dönemde henüz yasal bir dayanak olmadığından, işçinin işverene ait işyerine (işletmeye) veya yaşam alanına katılması nedeniyle geçerli bir hizmet ilişkisinin doğduğuna



ilişkin bir hukuki gerekçeye başvurulmuştur (Tunçomağ ve Centel, 2008, s.89 vd.). Bu anlamda, daha önceki katılma kuramı yanlılarının görüşleri, artık TBK m. 394/III hükmüyle pozitif bir hukuk dayanağına kavuşmuş görünmektedir (ayrıca bkz. yukarıda III 2 a).

Ancak, TBK m. 394/III, hizmet ilişkisinin sadece taraflar arasında ortaya çıkması halini dikkate almakta; geçerli bir hizmet ilişkisinin doğmadığı durumları ise, göz önünde bulundurmamaktadır. Gerçekten, hizmet sözleşmesindeki ahlaka veya hukuka aykırılık bazen o denli önemlidir ki; bunun, geçerli bir hizmet ilişkisi olarak kabul edilmesi ve bundan sözleşme haklarının çıkarılması, yürürlükteki hukuk düzeninin temel görüşüyle bağdaşmaz. Nitekim, hizmet ediminin konusunun veya amacının ahlaka aykırı olduğu veya cezai bir yasağı çiğnediği ya da kamu yararı için konulmuş bir çalışma yasağına her iki yanın bilerek aykırı davrandığı yahut hizmet sözleşmesinin her iki yanın anlaşmasıyla sırf görünüşte (muvazaalı) yapıldığı durumlarda, geçerli bir hizmet ilişkisinin varlığından söz edilemez (Tunçomağ ve Centel, 2008, s.90).

Geçerli bir hizmet ilişkisinin doğmadığı durumlara ise, geçerli bir hizmet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması söz konusu olamaz. Bu bakımdan, TBK m. 394/III hükmünün, hizmet sözleşmesinin geçersizliğine karşın geçerli bir hizmet ilişkisinin doğabilirdiği durumlarla sınırlı olarak ele alınması, doğru ve yerinde olacaktır.

#### IV. Yasada Düzenlenmiş Hizmet Sözleşmesi Türleri

##### 1. Değişik hizmet sözleşmesi türlerinin tanım ve unsurları

###### a.) Pazarlamacılık sözleşmesi

BK, “*pazarlamacılık sözleşmesi*” adı altında, özel olarak herhangi bir sözleşme türünü düzenlemiş değildir. Bu açıdan, TBK m. 448’de tanımlanan “pazarlamacılık sözleşmesi”, Türk hukukunda yeni düzenlenmiş bir hizmet sözleşmesi türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

###### aa) Pazarlamacılık sözleşmesinin tanımı

Pazarlamacılık sözleşmesi, TBK m. 448 tarafından, “*pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmaktadır.

###### bb) Pazarlamacılık sözleşmesinin unsurları

###### aaa) İşlem yapma veya yapılmasına aracılık etme

İşlem yapma veya yapılmasına aracılık etme edimi, pazarlamacılık sözleşmesinde, hizmet sözleşmesindeki işgörme ediminin yerini almaktadır. Gerçekten, pazarlamacının yaptığı iş, “*her türlü işlemin yapılması*”

na aracılık etmek” veya “pazarlamacı ile işletme sahibi işveren arasındaki yazılı anlaşmada belirtilen işlemleri yapmak”tır.

Bu bağlamda, TBK, “pazarlamacılık sözleşmesi” ve giderek “pazarlamacı” sözcüklerini kullanmasına karşın, yapılan iş bağlamında esas olarak, “pazarlama” ve “pazarlamak” deyimlerine yer vermemektedir. Bunun nedeni, anılan deyim, hukuki bir terim olmaktan uzak olup; daha çok, işletme bilim alanını ilgilendirmesi olsa gerektir. Bununla birlikte, TBK m. 450/III’de “pazarlama faaliyetleri”nden, TBK m. 453 ile 455/I ve II’de “pazarlama alanı”ndan, TBK m. 456’da “pazarlama işleri”nden ve TBK m. 460’da da “pazarlamacılık faaliyeti”nden söz edilmektedir.

Yapılacak veya yapılmasına aracılık edilecek işlemler konusunda, öncelikle, bunun “sürekli olarak” gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Buradaki sürekli olma”, “devamlılık” anlamında olsa gerektir. Buna göre, işlemin bir kez yapıp tamamlanması veya bir kez aracılık edilmesi sonucunda, pazarlamacılık sözleşmesi ilişkisi ortadan kalkmamaktadır. Söz konusu özellik ise, “hizmet sözleşmesi” ilişkisinin “devamlılık” özelliğinden kaynaklanmakta ve bu özellik de, hizmet sözleşmesinin ve giderek pazarlamacılık sözleşmesinin, işgörme borcu yaratan diğer sözleşme türlerinden ayırıldığına yaramaktadır.

Pazarlamacı, yapacağı veya yapılmasına aracılık edeceği işlemleri, “ticari işletme

sahibi işveren hesabına” gerçekleştirecektir. Söz konusu işlemlerin işveren, yani bir başkası “hesabına” gerçekleştirilmesi, bunlarda pazarlamacının taraf olmayacağını ve dolayısıyla, yapılan veya aracılık edilen işlemler nedeniyle pazarlamacının, üçüncü kişi karşısında herhangi bir borç yüklenmeyeceğini göstermektedir. Bunun gibi, işlem pazarlamacı yerine işveren hesabına yapılacağı için, anılan işlemin hukuki sonuçları da, işverenin şahsında doğacak ve pazarlamacının, ayrıca herhangi bir devir işleminde bulunmasına gerek duyulmayacaktır.

Diğer yandan, TBK m. 448’de, “ticari işletme sahibi işveren” den söz edildiği görülmektedir. Akla hemen, bununla ticari işletme için, mülkiyet durumlarının mı düşünüldüğü sorusu gelmektedir. Söz konusu hükmün tümü dikkate alındığında ise; burada konunun, işveren sayılmak için pazarlamacı karşısında mutlaka bir işletmeye sahip bulunmanın gerekmesi olmadığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, buradaki “ticari işletme” sözcüğü, belirtilen bağlamda iş hukukundaki “işyeri” kavramıyla özdeş anlamda ele alınmalı ve pazarlamacının, işverenin ticari işletmesi, yani onun örgütlenmiş organizasyonu (işyeri) dışında faaliyet gösterdiği düşünülmelidir.

### bbb) Ücret

Hizmet sözleşmesinin tanımına ilişkin TBK m. 393/I’de olduğu üzere, TBK m. 448 de, işverenin “ücret” ödemeyi üstlenmesinden söz etmektedir. Söz konusu üc-

retle ilgili olarak da, TBK m. 454 ile 455 ve 456'da, ayrıntılı düzenlemelere yer verilmektedir.

### ccc) Bağımlılık

Pazarlamacılık sözleşmesinde bağımlılık unsuruna, açık bir biçimde yer verilmiş değildir. Aksine, pazarlamacının, ticari işleme sahibi işverenin "işletmesinin dışında" faaliyet göstermesi düşünülmüştür. Bununla birlikte, buradaki "dışarıda" faaliyet göstermenin, işverenin işyerinin (örgütlenmiş organizasyonunun) dışında bulunmayı hedeflemiş bulunduğu, yukarıdaki açıklamadan (bkz. yukarıda IV 1 a bb aaa) ortaya çıkmaktadır.

Ancak, pazarlamacının, işverenden tamamen bağımsız hareket etmesii söz konusu olmayacaktır. Nitekim, pazarlamacı, yazılı anlaşmada belirtilen işlemleri yapabilecek (TBK m. 448) ve yetkileri pazarlamacılık sözleşmesinin içeriğinde belirlenecektir (TBK m. 449/I). Bunun gibi, TBK m. 450 hükmü de; pazarlamacının yükümlülüklerini belirlerken, açık bir biçimde, onun işveren "talimat"ına uymasını öngörmüştür. Yine, aynı doğrultuda olmak üzere, pazarlamacının yetkilerini belirleyen TBK m. 452 de, işverenden bağımsız hareket etmeye olanak tanır nitelikte değildir.

### b) Evde hizmet sözleşmesi

TBK, "evde hizmet sözleşmesi" (m. 461-468) adı altında özel bir hizmet sözleşmesi türünü kabul etmiştir. Çünkü, BK hükümleri arasında, böyle bir sözleşme türü-

le ilgili düzenlemelere yer verilmemiştir. Ancak, yakından incelendiğinde; söz konusu sözleşme türünün, önceki dönemde "fason iş" veya "eve iş verme" biçiminde adlandırılan uygulamaların hukuki alandaki görünümü olmaktan öteye gitmediği ortaya çıkmaktadır.

### aa) Evde hizmet sözleşmesinin tanımı

TBK m. 461, "*evde hizmet sözleşmesi*"ni, "*işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşme*" olarak tanımlamaktadır.

### bb) Evde hizmet sözleşmesinin unsurları

Evde hizmet sözleşmesinin TBK m. 461'deki tanımı açısından, hizmet sözleşmesine ilişkin iş, ücret ve bağımlılık unsurlarının muhafaza edildiği; ancak, söz konusu sözleşmenin özellikleri bakımından, bunlara ayrı bir anlam kazandırıldığı görülmektedir.

### aaa) İşin yapılması

Evde hizmet sözleşmesinde işçi, kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte, "*işverenin verdiği işi*" yapmakla yükümlüdür. Burada söz konusu olan "iş", (normalde) hizmet sözleşmesine göre, işverene ait işyerinde yerine getirilecek olan iş'tir ("iş" kavramı için bkz. Çelik, 2010, s.78; Tunçomağ ve Centel, 2008, s.52).

Ancak, söz konusu iş; evde hizmet sözleşmesinin ayırdedici özelliği olarak, ilkin, işverene ait işyerinin dışında, yani ya işçinin evinde veya onun belirleyeceği başka bir yerde yapılmak durumundadır. Sonra, evde hizmet sözleşmesi bakımından işin, işçi tarafından bizzat yerine getirilmesi önem taşımamaktadır. Buna göre, söz konusu iş, sadece bizzat işçi tarafından yapılabileceği gibi, işçinin aile bireyleri tarafından da yerine getirilebilecektir. Ancak, işin, üretim sürecine işçinin katılmayıp, salt aile bireyleri tarafından yerine getirilmesi söz konusu değildir.

Bu bağlamda, aile bireylerinin; teknik anlamda ele alınmaması, yani anne-baba ve ergin olmayan çocuklarla sınırlı tutulmaması, ülke gerçekleri bakımından, yerinde olur. Nitekim, burada önemli bulunan nokta, aile dışından birilerinin işin yapılması sürecine katılmasını önlemek olmalıdır.

### bbb) Ücret

TBK m. 461'de, işçinin bizzat veya aile bireyleriyle birlikte yerine getireceği işi bir "ücret" karşılığında üstleneceğinden söz edilmek suretiyle, evde hizmet sözleşmesinde ücretin zorunlu unsur oluşturduğu anlatılmak istenmiştir.

Bu bağlamda ücretin, teknik anlamda, yani para biçiminde karşılık olarak düşünüldüğü, TBK m. 466 ve 467'deki düzenlemelerden ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan, işçinin işverenin verdiği işi bizzat veya aile bireyleriyle birlikte ya-

pacak olmasına karşılık; ücret, işverenin iş vermiş bulunduğu işçiye ödenecektir. Bu anlamda, işin bizzat işçi tarafından yapılmış olup olmadığı, ücretin ödeneceği kişi bakımından herhangi bir öneme sahip bulunmamaktadır.

### ccc) Bağımlılık

Evde hizmet sözleşmesinde iş işverene ait işyerinde yapılmayıp, "işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde" (TBK m. 461) yerine getirileceği için, akla hemen bağımlılık unsurunun gerekli olup olmayacağı sorusu gelmektedir. Gerçekten, evde hizmet sözleşmesinin tipik özelliği, daha önce ayrıntılı biçimde belirtildiği üzere, işin işverene ait işyerinde görülmeyişidir (bkz. yukarıda IV 1 b bb aaa).

Ancak, işverenin hazır bulunmayacağı bir ortamda işin yapılacak olması, işçinin onun emir ve talimatlarından da uzak kalacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim, işveren, işçinin "üreterek teslim ettiği ürünü" inceleyecek ve varsa bulduğu ayıpları işçiye bildirecektir (TBK m. 465). Bu anlamda, işçinin, işi kendi istediği gibi değil, işverenin emir ve talimatına göre yerine getirmesi (yasanın deyişiyle, ürün oluşturması) söz konusudur.

Bununla birlikte, evde hizmet sözleşmesinde bağımlılık ilişkisinin, nispeten yumuşayacağı söylenebilir. Nitekim, işçi; işyerinin dışında bulunması nedeniyle, işverene ait işyerindeki kurulu düzenden (örgütlenmeden) uzaklaşacak ve giderek, söz konusu

düzene hiç bağlı bulunmayacak ve buna göre de, işçinin davranışları üzerinde, işverenin kişisel hakimiyeti (otoritesi) önemli ölçüde ortadan kalkmış olacaktır.

## 2. Özel hizmet sözleşmelerinin kuruluş özellikleri

Özel hizmet sözleşmelerinin kurulmasında taraflar; sözleşme serbestisi ilkesi (TBK m. 26) uyarınca, kurulacak olan sözleşmenin içeriğini, yasada öngörülen sınırlamalar içinde kalmak kaydıyla, serbestçe belirleyebilirler.

### a) Pazarlamacılık sözleşmesinde sözleşme içeriğinin belirlenmesi

TBK m. 449/I; pazarlamacılık sözleşmesinin, sözleşmenin süresini, sona ermesini, pazarlamacının yetkilerini, ücret ve masrafların nasıl ödeneceğini, taraflardan birinin yerleşim yeri yabancı ülkede ise uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin hangisi olduğunu içereceğini belirtmektedir. Söz konusu hükümde yer alan “içerir” biçimindeki anlatımdan, anılan hususların herbirinin pazarlamacılık sözleşmesinin içeriğinde mutlaka yer almasının gerekmediği sonucu çıkmaktadır. Buna göre, belirtilen hususların sözleşmede yer almayışı, pazarlamacılık sözleşmesinin hukuken geçersizliğine yol açmayacaktır. Nitekim, anılan hükmün madde gerekçesinde de, bu husus açıkça yer almaktadır. Kaldı ki; TBK m. 449/I uyarınca pazarlamacılık sözleşmesinde yer alacağı belirtilen<sup>3</sup> hususlar taraflarca belirlenmemişse, “kanun hükümleri ve alışılmış

*hizmet koşulları*” uygulanacaktır (TBK m. 449/II).

Bu anlamda, taraflar, sözleşmede süre kararlaştırabileceklerdir. Bu takdirde, pazarlamacılık sözleşmesinin belirli süreli hizmet sözleşmesi niteliğini taşıması; aksi takdirde ise, belirsiz süreli hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması, söz konusu olacaktır. Bunun gibi tarafların, pazarlamacılık sözleşmesinde deneme süresi kararlaştırmaları da, hukuken mümkündür. Ancak, deneme süresinin uzunluğu, iki ayı geçemeyecektir (TBK m. 454/III tümce 2).

### b) Evde hizmet sözleşmesinde çalışma koşullarının bildirilmesi

İşveren, evde hizmet sözleşmesinde “işçiye her yeni iş verişinde genel çalışma koşulları dışında kalan ve o işe özgü özellikleri”; “gerekliyorsa işçi tarafından sağlanacak malzemeyi, bu malzemenin sağlanması için kendisine ne miktarda ödemede bulunacağını ve iş için ödeyeceği ücreti de işçiye yazılı olarak” bildirecektir (TBK m. 462/I).

Buna göre, evde hizmet sözleşmesinin kurulması kanunen yazılı şekle bağlı bulunmamasına karşın; işçiden yapılması istenen işin taşıyacağı özelliklerin işçiye yazılı biçimde

<sup>3</sup> TBK m. 449/II'deki “öngörülen” sözcüğünün, “belirtilen” biçiminde anlaşılması yerinde olacaktır. Aksi takdirde, TBK m. 449/I'de yer alan hususların “zorunlu (kurucu) unsur” olarak nitelendirilmiş olması gerekir ki; yasa koyucunun amacı, madde gerekçesinden açıkça anlaşılacağı üzere, bu değildir.

bildirilmesi gerekecektir. Üstelik, söz konusu yazılı bildirim, salt evde hizmet sözleşmesinin kurulma anıyla sınırlı kalmayacak; işçiye her yeni iş verilisinde, söz konusu yükümlüğün işverence yerine getirilmesi aranacaktır. Bunun gibi, eğer malzeme işveren yerine işçi tarafından sağlanacak olduğunda, söz konusu malzeme için yapılacak ödeme miktarı ile iş için ödenecek ücretin de, yazılı olarak işçiye bildirilmesi gerekecektir. İşin verilmesinden önce işverenin bu yükümlüğünü yerine getirmemiş bulunduğu durumlarda ise, “bu işlerde uygulanan alışılmış bedel ve ücret” in ödemesi söz konusu olacaktır (TBK m. 462/II).

## V. Yasal Değişikliklerin Değerlendirilmesi

### 1. Hizmet sözleşmeleri ayırımı

TBK, “hizmet sözleşmeleri” başlığını taşıyan Altıncı Bölümü, üç değişik ayırım başlığı altında ele almıştır. Bunlardan “genel hizmet sözleşmesi” adını taşıyan Birinci Ayırım başlığını, istenileni anlatma bakımından, başarılı bulma olanağı, son derece güç görünmektedir. Nitekim, bu üçlü ayırım içinde, sanki “genel hizmet sözleşmesi” hizmet sözleşmesi türlerinden biriymiş gibi, doğru olmayan bir izlenim yaratılmıştır.

Bunun dışında, gerek “hizmet sözleşmesi” ne (TBK m. 393) ve gerekse hizmet sözleşmesi türleri olarak “pazarlamacılık sözleşmesi” (TBK m. 448) ile “evde hizmet sözleşmesi” ne (TBK m. 461) ilişkin yasal tanımlar, kurumsal unsurları içerme bakımından, başarılı görünmektedir.

Buna karşılık, “kısmi süreli hizmet sözleşmesi” nin de bir hizmet sözleşmesi olduğunun (TBK m. 393/II) salt belirtilmesi, hizmet sözleşmesi türlerinin bütünü, en azından en çok rastlananlarını düzenleme açısından, eksik kalmıştır. Nitekim, buradaki TBK m. 393/II hükmü’yle getirilen düzenleme, esas olarak iki yönden, yeterli görünmemektedir.

Bunlardan ilki, anılan hükümdeki “kısmi süreli olarak” anlatımının açılmamış olması ve anlam ile içeriğinin belirsiz şekilde bırakılmış bulunmasıdır. Nitekim, kısmi sürenin uzunluğu konusuna, herhangi bir miktarın gösterilmesine gereksinim duyulmaksızın, çalışma süresinin tam süreli sözleşmeye oranla önemli ölçüde daha az belirlenmesi biçiminde bir açıklık getirilebilirdi (bkz. ve karşı. İş K. m. 13/I).

Diğer yandan, hizmetin kısmi süreli olarak yerine getirildiği sözleşme hizmet sözleşmesi niteliğinde sayılmakla birlikte, böyle bir sözleşmeye uygulanacak yasal hükümler konusunda, herhangi bir özel düzenlemeye de yer verilmiş değildir. Böylelikle, işçilik hakları konusunda BK’na oranla daha geniş bir koruma sağlayan TBK, söz konusu hakların kısmi süreli hizmet sözleşmesine dayanarak çalışan işçilere ne ölçüde uygulanacağı noktasına açıklık getirmemiş olmaktadır.

### 2. Kaçınılabilecek çeviri hataları

TBK’nun oluşturulmasına, İsviçre BK’nun değişik versiyonlarının kaynaklık

ettiği anlaşılmaktadır. BK'na da İsviçre BK'nun geçmişte kaynaklık etmiş bulunması nedeniyle, bu durumun yasa koyucu (yasama) politikası çerçevesinde değerlendirilmesi, yerinde olur.

Ancak, hizmet sözleşmeleri tanımlanır ve kuruluş hükümlerine ilişkin kaynak yasa metni hükümleri aktarılırken, TBK metnini yer yer anlaşılabilir hale sokacak çeviri hatalarının yapılmış olması, son derece olumsuz bir izlenim yaratmaktadır. Bunun açık örnekleri daha önce yukarıda belirtilmiş bulunduğundan, burada tekrar ayrıntısına girilmeyecektir. Burada en tipik ve basit örnek olarak, yukarıda “genel hizmet sözleşmesi”yle ilgili olarak aktarılan hususları (bkz. yukarıda II 1 b) anımsatmakta yarar vardır. Çünkü, kaynak metin gözden geçirilerek, “genel hizmet sözleşmesi” hakkında, günümüzde sanki böyle bir hizmet sözleşmesi türü varmışcasına, öğretilerde yerinde olmayan görüşler (bkz. Güneş ve Mutlay, 2011, s.234 vd.) ileri sürülmektedir.

Yasama politikası olarak belli bir ülke yasası kaynak kabul edilecek olduğunda, bu tür çeviri hatalarından kaçınılabilirdi. Çünkü, belli bir ülke yasası üzerinde yoğunlaşmayıp, karşılaştırmalı yöntem uygulanacak olduğunda, yabancı hukuk sistemlerinden aktarılabilecek kavramlar daha büyük güçlük yaratmaktadır. Oysa, belli bir ülke yasasının temel alınması salt çeviriye dayanacağı için, yabancı dile hakimiyet yeterli olabilmektedir.

### 3. Katılma kuramına pozitif hukuk dayanağı

Fiili hizmet ilişkisiyle hizmet sözleşmesinin kurulması ve hizmet sözleşmesinin geçersizliğine rağmen geçerli bir hizmet ilişkisinin varlığı halinde geçerli bir hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin olarak TBK m. 394/II ve III'deki düzenlemeler, şimdiye kadarki “katılma kuramı” yanlılarına hak verdirecek niteliktedir. Daha önce BK'nda bu yolda düzenleme bulunmadığı için, katılma kuramına ilişkin öğreti görüşleriyle sonuca varılıyor ve hatta Yargıtay da, bu görüşlere uygun kararlar veriyor; bu yolla, pozitif hukuk oluşturuluyordu. Şimdi, TBK m. 394/II ve III'deki düzenlemeler karşısında, yeni dönemde bunlara gerek kalmamış oluyor ve de katılma kuramına ilişkin daha önceki öğreti görüşleri, artık pozitif hukukta yasal dayanak kazanmış bulunuyor.

### VI. Sonsöz

TBK'na tabi olacak iş (hizmet) sözleşmeleri bakımından, yeni yasayla birlikte, Türk iş hukukunu da etkileyebilecek önemli bir dönemece girilmek üzeredir. Yeni dönemde, hizmet sözleşmelerinin türleri ve kurulması bakımından, önceki dönemden farklı bazı düzenlemelerin bulunduğu, yukarıda görülmüş bulunuyor.

Ancak, yeni dönemin özelliği, çok değişik esaslar getirmek yerine, daha önceki öğreti görüşlerinin yasal dayanağa kavuşturulması ya da kaynak yasadaki gelişmelerin

aktarma biçiminde ortaya çıkmıştır. Kaynak yasa olarak İsviçre BK'nun örnek alınmaya devam olunmuş bulunması, yasa koyucunun takdirindedir. Bunu tartışmak yerine, kaynak yasanın düzgün bir biçimde alınmış olup olmadığını irdelemek, daha yararlı olacaktır. Kaçınılabilecek önemli

bazı çeviri hatalarının yapılmış olması, bu noktada olumsuzluk yaratmaktadır. Bununla birlikte, TBK, henüz yürürlüğe girmiş değildir. Önümüzdeki yürürlüğe girme süreci içerisinde, dileriz, yasa koyucu söz konusu eksiklikleri giderir. ○



## KAYNAKÇA

- Centel, T. (1987). *Ücret*. İstanbul: Yalçın Ofset
- Çelik, N. (2010). *İş Hukuku Dersleri*. 23 üncü bası. İstanbul: Beta Yayınevi
- Esener, T. (1978). *İş Hukuku*. 3 üncü bası. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Güneş, B. ve Mutlay, F.B. (2011). Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi. *Çalışma ve Toplum*. 30, 231-288
- Saymen, F.H. (1954). *Türk İş Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün
- Tunçomağ, K. ve Centel, T. (2008). *İş Hukukunun Esasları*. 5 inci bası. İstanbul: Beta Yayınevi