



DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 10

Sayı / Number : 2

Yıl / Year : 2008



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2008

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 10 Sayı: 2 Yıl: 2008

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.10.045.529

ISSN: 1303-6963

1. Baskı

Derginin Sahibi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Sorumlu Müdür : Doç. Dr. Mustafa ALP

Yönetim Yeri : T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35160 İZMİR

Yayın Türü : Yerel Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli bir dergidir.

Editör

: Doç. Dr. Mustafa ALP

Yayın Komisyonu

: Prof. Dr. Melda SUR, Prof. Dr. Huriye KUBILAY, Prof. Dr. Oğuz ATALAY
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK, Doç. Dr. Demet ÖZDAMAR

Danışmanlar Kurulu : Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN (Bilgi Üniversitesi)

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Erdal ONAR (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Frat ÖZTAN (Çankaya Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Üniversitesi)

Yazışma Adresi

: Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Buca 35160 İZMİR
Tel: (232) 420 18 25 Fax: (232) 420 18 27

www.deu.edu.tr/hukuk

Tasarım ve Mizanpaj : Serab ŞEN

Dergide yayımlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.

Dergide yayımlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Basım Yeri

: Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

Basım Tarihi

: 20 Temmuz 2010

Basım Yeri Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

DEÜ Sağlık Yerleşkesi Mithatpaşa Cad. No: 1606 Balçova 35340 İzmir

Tel : 0(232) 412 33 40 - Fax : 0(232) 412 33 39

© Tüm Hakları Saklıdır.



Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Editör	: Serkan AYAN
ISSN	: 1303-6963 / 2587-1870
Yıllık Yayın Sayısı	: 2
Web Sitesi	: http://hukuk.deu.edu.tr/
Diğer Adı	:
Eski Adı	:
Yeni Adı	:

Dizinlendiği Yıllar

2011	Sosyal
2010	Sosyal
2009	Sosyal
2008	Sosyal
2007	Sosyal

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA İŞ SÖZLEŞMESİ İLE ESER SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN BAŞLICA YÜKÜMLÜLÜKLER VE ANILAN SÖZLEŞMELERİN AYIRT EDİLMESİ

*Arş. Gör. Sinan Sami AKKURT**

GİRİŞ

Türk özel hukukunda geçerli olan “sözleşme serbestisi” ilkesi gereğince kişiler, farklı yükümlülükler ve karşı edimlerini ihtiva eden çok çeşitli sözleşmeleri karşılıklı olarak akdedebilmektedirler. Ancak hukuki ve ekonomik istikrar, kanun koyucuyu, kişilerin kendi aralarında ve çeşitli faaliyet alanlarına ilişkin olarak yaptıkları sözleşmelerin benzer unsurlarını, “hukuk ekonomisi” ve “eşitlik” ilkelerinin gerçekleştirilmesi düşüncesiyle bir araya toplamaya ve kimi özel sözleşme tiplerinde uygulanacak hükümleri önceden belirlemeye sevk etmiştir.

Toplumda genel uygulama alanı bulan ve sıkça karşılaşılan bu özel sözleşme tiplerinden bazıları benzer yükümlülükler içermekte ancak farklı sonuçlar doğurmaktadır. Benzer yükümlülükler içeren fakat farklı düzenlemelere tabi olan bu sözleşme tiplerinin, kanun koyucu tarafından farklı hükümlere tabi kılınma amacının gerçekleştirilebilmesi ve haklarında ihdas edilen kanuni düzenlemelerin uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle, kişiler arasındaki hukuki ilişkilerin, önceden belirlenmiş bulunan bu sözleşme tiplerinden hangisine dahil olduğunun tespiti gerekmektedir.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı

Anılan bu özel tip borç sözleşmelerinden, konusu iş görme edimi olan ancak tarafları bakımından farklı sonuçlar ve yükümlülükler doğuran iş sözleşmesi ile eser sözleşmesinin belli başlı özellikleri ile bu sözleşmelerin birbirinden ayırt edilmesini sağlayan yönleri çalışmanın konusunu teşkil etmektedir. Çalışmanın ilk iki bölümünde iş sözleşmesi ile eser sözleşmesi kavramları ile bunlardan kaynaklanan başlıca yükümlülükler incelenecek daha sonra da Yargıtay kararları ışığında bu iki özel tip sözleşmenin ayrıştırılmasına yarayan temel öğeler ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK İŞ (HİZMET) SÖZLEŞMESİ

A. İş Sözleşmesinin Tanımı

İş Kanununda “işçi”, “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır. Buna göre bir kişinin işçi sıfatını kazanması, iş sözleşmesinin kurulmasıyla gerçekleşir. Böylelikle işçi ile onu çalıştıran kişi (işveren) arasında “iş ilişkisi” kurulmuş olur (İ.K.m.2/f.1)¹.

İş Kanununa göre “iş sözleşmesi”, “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak² iş görmeyi, diğer tarafın da (işveren) ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmaktadır (İ.K.m.8/f.1)³.

¹ Mukayeseli hukuk açısından bkz., **Arnold-Richman**, Rachel, “Cubewrap Contracts: The Rise of Delayed Term, Standard Form Employment Agreements”, *Arizona Law Review*, No.49, 2007, pp.638-660.

² Y. 9HD. 25.10.1973, E.199/K.1247, “hizmet akdi süresi ister belirli olsun, isterse belirli olmasın işgücünü sunan kimse ile kabul eyleyen kimse ya da kimselerin irade bildirimlerinin birleşmesinden oluşmakta ve “zaman” ve “bağımlılık” unsurları bu sözleşmenin ayırıcı özellikleri olarak belirler.”, (ABD., 1974, S. 2, s. 311 vd.).

³ Borçlar Kanununun, 313.maddesinin 1.fıkrasında yapılan “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.” biçimindeki iş sözleşmesi tanımlamasının, “bağımlılık” unsurunu belirtmediği

B. İş Sözleşmesinin Unsurları

İş sözleşmesinin unsurları, aynı zamanda anılan sözleşmenin ayırt edici özellikleri olup, tarafların, aralarında kararlaştırmış oldukları ilişkinin iş ilişkisi olarak tasnif edilip edilemeyeceği noktasında önem arz ederler. Buna göre taraflar, aralarındaki ilişkiyi “iş ilişkisi” olarak nitelendirirler ve karşılıklı olarak açıkladıkları iradeleri doğrultusunda bir “iş sözleşmesi” akdetmiş olduklarını beyan etseler bile, anılan unsurları ihtiva etmeyen hukuki ilişkinin “iş sözleşmesi” olarak tasnif edilmesi söz konusu olmayacaktır⁴.

İş Kanununda yer alan tanım uyarınca iş sözleşmesi “iş”, “ücret” ve “bağımlılık” unsurlarını ihtiva eder.

1. İş Görme (Çalışma) Unsuru

Türk Hukuk Mevzuatının ilgili alanlarında, özel anlamda iş (hizmet) kavramının tespiti ile sonuçlarının belirlenmesine ilişkin çeşitli tanımlamalar bulunmakta ve anılan kavramın içeriği ile hangi

gerekçisiyle eksik olduğu ifade edilmiştir. Bu yöndeki eleştiriler için bkz., **Demircioğlu**, Murat/Centel, Tankut, İş Hukuku, B.7, İstanbul 1999, s. 65; **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2002, s. 211; **Narmanlıoğlu**, Ünal, İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri I, B.3, İzmir 1998, s. 132; **Sümer**, Halûk Hâdi, İş Hukuku, B.13, Konya 2007, s. 35; **Ekonomi**, M., İş Hukuku-Ferdi İş Hukuku, C.1, B.3, İstanbul 1984, s. 73. Borçlar Kanunundaki bu tanımın isabetli olduğu yönünde bkz., **Tunçomağ**, K., İş Hukuku-Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi, C.1, B.4, İstanbul 1986, s. 127. Öte yandan 1475 sayılı İş Kanunu'nun, fikir-beden işçisi ayırımını kaldırmasıyla bu kanundan önce yapılan iş-hizmet akdi ayırımına ilişkin tartışmaların, o zamandan beri kısmen önemini yitirdiği ifade edilmektedir. Nitekim İş Kanunu'nun 4 ve 10.maddelerinde, anılan kanunun bütün çalışma faaliyetlerine uygulanmayacağı belirtilmekte, bu bağlamda, İş Kanunu kapsamı dışında kalan işyerlerinde çalışanlarla, süresiz işlerde çalışanlara yine Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaktadır. Konu hakkında bkz., **Çelik**, Nuri, İş Hukuku, B.16, İstanbul 2003, s. 79.

⁴ **Narmanlıoğlu**, s. 133.

hukuk dalının ilgi alanına gireceği, somut duruma göre mevzuatın ilgili hükümlerince tespit edilmektedir. Örneğin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3.maddesinin (d) bendi uyarınca iş (hizmet) kavramı, “Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan *mal sağlama dışındaki* her türlü faaliyeti” ifade etmektedir⁵.

İş sözleşmesinin asli unsuru olarak “iş” kavramı ise geniş anlamda, “karşı taraf için ekonomik değeri olan her türlü insan emeği” biçiminde tanımlanabilir⁶. İş sözleşmesinin unsuru olabilecek nitelikteki çalışmalar bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu olmayıp, işin, bedeni, fikri, teknik, bilimsel, sanatsal olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁷. İşin kamu hizmeti niteliğinde olması yahut işçinin, anılan işi görürken sadece emeğini kullanması veya çeşitli aletlerden faydalanması da önem arz etmez⁸.

⁵ Mal kavramı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3.maddesinin (c) bendi ile Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4.maddesinin (d) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre mal, “alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları” ifade eder. Bu paralelde Tüketicinin Korunması Mevzuatı anlamında hizmet kavramı genel olarak, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ve alış-verişe konu olabilen taşınır/taşınmaz eşyalar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanmış görüntü, ses gibi soyut eşyaların temin veya temlik edilmesi (sağlanması) dışında kalan her türlü bedeni ve fikri faaliyet olarak tanımlanabilir.

⁶ **Sümer**, s. 35; **Narmanlıoğlu**, s. 134.

⁷ **Süzek**, s. 211-212. Y. 9HD. 25.10.1973, E.199/K.1247, “yasa hizmet akdinin varlığı yönünden, karşı tarafa sunulan işgücünün mutlaka bedensel bir nitelik taşımaması aramamaktadır. İşgücünün düşünsel, bilimsel ya da artistik bir nitelik göstermesi de mümkündür. Gerçekten burada önemli olan, faaliyetin türü değil, belki de hukuksal bir değer taşıması ve yabancı bir gereksinimin giderilmesine yönelmesidir.”, (ABD., 1974, S. 2, s. 311 vd.).

⁸ **Sümer**, s. 35.

Buna karşılık iş görme unsurunun “kişisel” nitelikte olması gerekmektedir. Dolayısıyla iş görme (çalışma) kanuni bir zorunluluğa dayanıyorsa iş sözleşmesinin konusu olamaz⁹. Zira iş sözleşmesi kural olarak tarafların istek ve iradeleriyle kurulan bir sözleşmedir. Ayrıca sözleşmeye taraf olan kimse (işçi) kendi emeğini değil de başkasının emeğini taahhüt etmişse sözleşmenin “iş sözleşmesi” olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz¹⁰. Aynı şekilde suç teşkil eden veya kamu düzeni yahut ahlâk ve adaba aykırı olan bir faaliyetin de iş sözleşmesine konu olması söz konusu değildir¹¹.

2. Ücret Unsuru

Ücret kavramı, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcu karşısında işverenin ödemekle yükümlü olduğu karşılığı ifade etmektedir. Dolayısıyla işçinin işverene bağımlı olarak yaptığı çalışma “ücret” karşılığında yapılmaktadır ki ücretsiz yapılan bir çalışma iş sözleşmesinin konusunu teşkil etmez¹².

Ücret, para şeklinde bir karşılık (nakdi) olabileceği gibi mal şeklinde de (aynî) olabilir¹³. Ancak iş karşılığı olan asıl ücret, “nakdi ücret”tir. Zira İş Kanunu ücreti tanımlarken, “bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.” ifadesini kullanmıştır (İK.m.32/f.1).

⁹ Narmanlıoğlu, s. 134.

¹⁰ Saymen, F. H., Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 392.

¹¹ Sümer, s. 35.

¹² Ahlaki bir görev olarak veya hatır için yapılan bir iş, ücreti gerektirmez. Aynı şekilde ailevi ya da mesleki bir yardımlaşma da iş sözleşmesi dışında kalır. Bkz., Narmanlıoğlu, s. 139. Böyle bir ilişki iş ilişkisi niteliğinde değildir. Bu konuda bkz., Çelik, s. 73. YHGK., 04.02.1976, E.22/K.170, “Kural olarak ahlaksal bir ödevi yerine getirme ücreti gerektirmez.”, (Narmanlıoğlu, s. 139, dn.28). Y. 10HD. 07.06.1977, E.3789/K.4372, “...hizmet akdinden bahsedebilmek için ücret unsurunun varlığı şarttır...”, (Çenberci, T., İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1976, s. 106).

¹³ Demircioğlu/Centel, s. 66; Sümer, s. 36.

Bir iş (çalışma) karşılığında ödenecek olan ücretin miktarı, taraflarca kararlaştırılabilir. Ancak ücretin taraflarca belirlenmiş veya açıkça ele alınmış olması gerekmemektedir. Taraflarca ücretten hiç söz edilmemiş olsa bile, çoğu halde işçinin ücret alacağı örtülü olarak mevcudiyet arz eder¹⁴. Ancak ücretin örtülü olarak kararlaştırılmış olduğunun kabul edilebilmesi, tarafların durumu ve işin niteliği göz önünde tutularak yapılacak bir değerlendirme sonucu, söz konusu işin karşılıksız yapılmayacağını anlaşılmaması durumunda mümkündür¹⁵.

3. Bağımlılık Unsuru

Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini, konusu iş görmeye dayanan diğer sözleşmelerden ayırt etmeye yarayan temel unsur olarak ifade

¹⁴ Y. HGK. 02.02.2005, E. 10-737/K. 26, "...Davacı davalı derneğe ilişkin işyerinde 01.04.1999-21.08.2000 döneminde kan alma elamanı olarak çalıştığı sürenin tespitini talep etmiştir. Toplanan deliller doğrultusunda davalının, davalı dernek yönetiminin faaliyet gösterdiği hastane işyerinde ve dernek yönetiminin buyruğu altında kan alma işini yaptığı bu işi karşılığı kendisine yol ve yemek gideri adı altında ödeme de yapıldığı anlaşılmaktadır. Ücret adı altında ödeme yapılmaması veya ücret alınmaması hizmet akdine bağlı olarak çalışma niteliğini değiştirmez. 506 s. Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 78/2. maddesinde "ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden hesaplanır" denilmek sureti ile kendisine parasal ödeme yapılmadan hizmet akdine bağlı olarak çalıştırılanların dahi sigortalı sayılacağına işaret olunmuştur. Açıklanan sebeplerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir.", (Kazancı Bilişim İçtihat ve Mevzuat Programı).

¹⁵ **Narmanlıoğlu**, s. 140; **Sümer**, s. 36. YİBK. 18.11.1964, S. 2/4, "Çalışmanın ücretsiz oluşu ile ücretli olup da belli edilmemiş bulunmasını birbirinden şüphesiz 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.", (RG. 27.11.1964, 11867). Ayrıca bkz., BK. m.323/f.1.

edilmektedir¹⁶. Gerçekten de sözleşmenin “*ücret*” ve “*iş görme*” unsurları, iş görmeyi konu edinen diğer sözleşmelerde de çoğu zaman bulunmaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesini, konusu emek (çalışma) olan diğer sözleşme tiplerinden ayırt etmek, bağımlılık unsuru sayesinde mümkün olmaktadır. Şayet çalışan kimsenin, işverene bağımlı olarak çalışması söz konusu değilse aralarındaki ilişkinin bir iş ilişkisi olduğundan bahsetmek mümkün olmaz. Başka bir deyişle bağımlılık unsuru ihtiva etmeyen bir iş görme sözleşmesi, iş hukuku anlamında iş sözleşmesi olarak nitelendirilemez¹⁷.

¹⁶ **Demircioğlu/Centel**, s. 66; **Narmanlıoğlu**, s. 135; **Tulukçu**, N. Binnur, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Yapma Serbestisinin Sınırları, Konya 2000, s. 9. AYM. 27.09.1967, 336/29, “Hizmet akdi üç unsuru kapsar: 1. İş unsuru, 2. Ücret unsuru, 3. Bağımlılık unsuru. Bu akdi iş görmeye yarayan diğer aktlerden ayıran bu bağımlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o çalışmasını işverenin gözetimi ve denetimi altında yapar.”, (RG. 19.10.1968, s. 13031). Y. 9HD. 09.02.1999, E. 18888/K. 1810, “...Davalı belirli 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 ilişkin 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 biçimde işveren-işveren temsilciliği ilişkisinin hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özellikleri karşısında olayda mevcut olmayacağı ortada iken mahkemenin aksi düşünce ile dava dilekçesini görev yönünden reddetmesi hatalı olduğundan kararın bu sebeplerle bozulması gerekmiştir...”, (Kazancı Bilişim İçtihat ve Mevzuat Programı).

¹⁷ **Reisoğlu**, Seza, Hizmet Akdi, Ankara 1968, s. 38; **Antalya**, Gökhan, “Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları, Hukuki Niteliği, (I)”, YD. 1987, C. 13, S. 1-2, s. 140. YHGK. 25.12.1968, E. 3-964/K. 844, “İş gören ile işi görülen arasında istihdam münasebetinden söz edilebilmesi için şahsi bir tabiiyet rabitasının varlığı şarttır.”, (**Çenberci**, s. 50, dn.28). Y. 9CD. 05.03.1981, E.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsuru, işçinin, işverenin otoritesi altında iş görmesi, onun emir ve talimatlarına bağlı olarak çalışması anlamına gelir¹⁸. Buna göre işçi, işin yapılması esnasında işverenin talimatıyla bağlı olup, kendisinin işverence denetlenmesi gerekir. Bu açıdan bağımlılık unsuru, işverene, işçiyi gözetim görevi ile onu yönetme ve denetleme yetkisi verir¹⁹. İşçinin de işverenin bu yönetim (talimat verme) yetkisi karşısında, itaat (talimatlara uyma) borcu doğar. Bu yönüyle bağımlılık unsuru, iş sözleşmesinin tarafları arasında kaçılmaz olarak bir hukuki hiyerarşi yaratır²⁰.

725/K. 889, "Hizmet akdinde işin yürütümü ve gözetimi işverene ait olup ve hukuki nitelikte bağımlılık söz konusudur...İşçi işin yerine getirilmesi sırasında, verdiği emirler, direktifler, gözetim, kontrol ve hatta cezalandırma yetkisiyle donatılmış şekilde işverenin otoritesi altındadır. Bu bağımlılık, her an ve durumda çalışanı denetleme ve buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, işçinin bunun dışında çalışma olanağı bulunmayan nitelikte bir bağımlılıktır.", (Süzek, s. 215).

¹⁸ Sümer, s. 36; Süzek, s. 213. Bağımlılık unsurunun "*ekonomik*", "*hukukî*" ve "*teknik*" yönleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Uyumaz, Alper, "Öğreti ve Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesi ve İstisna Sözleşmesinin Ayrıştırılması", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 509-519.

¹⁹ Y. 9HD. 22.03.2004, E. 5846/K. 5621, "...Taraflar arasındaki iş ilişkisinin iş sözleşmesi olarak yorumlanması ve feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindedir. Zira davacı avukatlık hizmetini belli bir mesai karşılığında davalı işverenin işyerinde onun 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.", (Kazancı Bilişim İçtihat ve Mevzuat Programı). Y. 9HD. 09.02.1999, E. 18888/K. 1810, "...Davalı belirli 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...", (YKD., Nisan 2000, s. 546).

²⁰ Çelik, s. 73.

İş ilişkisinde bağımlılık göreceli bir nitelik taşır. Başka bir deyişle bir işyerinde çalışan her işçi ile işveren arasında aynı derecede bağımlılık ilişkisinin bulunduğu söylenemez. Bu nedenle her işçinin yaptığı işin niteliğine göre, işverenle arasındaki hiyerarşik bağ ve bağımlılık derecesi birbirinden farklıdır²¹. İşçinin gördüğü işin niteliği arttığı veya çalışma yöntemi esnekleştiği ölçüde bağımlılık unsuru da zayıflar²².

²¹ Mukayeseli hukukun çeşitli alanlarında işçi ile işveren arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi açısından bkz., **Williamson/Watcher/Harris**, "Understanding the Employment Relation: The Analysis of Idiosyncratic Exchange", *The Bell Journal of Economics*, Vol.6, No.1, Spring 1975, pp.250-278; **Harty**, B. Frank, "Competition Between Employer and Employee: Drafting and Enforcing Restrictive Covenants in Employment Agreements", *Drake Law Review*, Vol.35, No.2, 1985-1986, pp.261-285.

²² **Sümer**, s. 36-37; **Süzek**, s. 215-216. Y. HGK. 16.04.2003, E. 9-308/K. 303: "...Dava konusu uyuşmazlık ile ilgisi nedeniyle, hemen belirlemek gerekirse; bir limited şirket ortağı kural olarak kendi adına bağımsız çalışan kişi kabul edilir ve işçi statüsünde sayılamaz. Zira bir kişinin hem kazanç sağlayan bir şirketin ortağı hem de bu şirketin işçi statüsünde çalışanı olarak kabul mümkün değildir. Başka bir anlatım ile işverenlik ve işçi statüsünün aynı kişide birleşmesi yasalarca mümkün bulunmamaktadır. Ne var ki, kural belirtilen biçimde olmakla birlikte, iş hayatında ayrık durumların ortaya çıkması mümkündür. Bir kimsenin biçimsel anlamda limited şirket ortağı gözükmemesine karşın, bağımlı çalışma koşulları ve aldığı ücret, bağımsız çalışma ve kazanç sağlama durumundan baskınsa bu takdirde salt, ortaklık statüsünden hareketle sonuca gidilemez. Hukuksal statüsü belirlenmek istenilen kişinin; şirket içindeki pozisyonu, gördüğü iş, çalışma koşulları, aldığı ücret birlikte değerlendirilerek ekonomik yaşamının ne biçimde sürdürüldüğü ortaya konularak sorun çözümlenir. Sembolik sayılabilecek bir oranda limited şirket ortağı gözükmemesine karşın kişinin, yasaların öngördüğü anlamda ve yukarıda unsurları ortaya konduğu şekilde hizmet akdine göre çalıştığı belirlendiği takdirde, kanuni karinenin aksi kanıtlanmış kabul edilerek kişi, 1475 s. Kanunun öngördüğü anlamda işçi, giderek 506 s. Kanuna uygun sigortalı sayılır, Dava konusu olaya gelince; dosyadaki bilgi ve belgelerden; davacının hukuksal konumu yeterince ortaya çıkmamaktadır. Davacının her ne kadar işçi statüsünde olduğu ileri

İşin, işverene ait işyerinde yapılması²³ iş sözleşmesinin varlığını kanıtlamaya yardımcı olmakla birlikte, tek başına yeterli değildir²⁴. İşin işverene ait işyerinde yapılıyor olmasının, olsa olsa iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden (örneğin eser, vekâlet sözleşmesi) ayırt etmeye yardımcı nitelikte bir olgu olduğu ifade edilmektedir. Öte yandan işin, işverene ait işyerinde yapılmıyor olması da iş gören ile işveren arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olmadığı anlamına gelmez. Zira çağımızdaki ekonomik ve teknolojik gelişmeler, iş sözleşmesinde bağımlılık ilişkisinin zayıflaması ve esnekleştirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Özellikle iletişim teknolojilerinin hızlı gelişimi, kimi iş görme edimlerinin, işçi tarafından farklı ortamlarda hatta kendi evinde ifa edilebilmesine imkân tanımakta, bu durum ise

sürülmekte ise de; ortağı olduğu limited şirkette %25 gibi önemli bir pay sahibi bulunmaktadır. Bu halde davacının ekonomik hayatında hangi tür çalışmanın egemen olduğu açıkça ortaya konmalıdır. Bu nedenle, öncelikle, davacının mensup olduğu limited şirketin ticari kayıtları, defterleri, kar ve zarar durumu, vergi beyannameleri, ortaklar pay ve adet durumu incelenmeli davacının buna göre gerçek durumu saptanmalıdır. Davacının çalışma biçimi ve bunun karşılığı aldığı ücret ile şirket ortağı olarak sağladığı kazanç ve kâr durumu, sahip olduğu hisse oranı, şirketteki konumu karşılaştırılmalı ve sonuçta limited şirket ortaklığı ekonomik yaşamında baskın çıktığı takdirde, davacının işçi statüsünde bulunmayıp, tamamen ticari amaçla kazanç sağlayan ve bağımsız çalışan bir kişi olduğu kabul edilmeli ve dava reddedilmeli aksine, hizmet akdi altında bağımlı ve ücrete göre çalışmasının egemen olduğu sonucuna ulaşıldığında işçi sayılarak, buna bağlı hakları kabul edilmelidir...”, (Kazancı Bilişim İctihat ve Mevzuat Programı).

²³ İşçi, işi, sözleşmede kararlaştırılan yerde ve uygulamada görüldüğü gibi genellikle işverene ait işyerinde yapar. İşverenin birden çok işyeri olması halinde, muvafakati olmadıkça işçi, bir işyerinden başka bir işyerine nakledelemez. Ancak iş sözleşmesinde işçinin, işverene ait başka bir işyerinde veya başka bir yerde işverence çalıştırılabileceği kararlaştırılmışsa, başka yerdeki yeni işe gitmeyerek akdi fesheden işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenmez. Bu yönde bkz., Y. 9HD., 29.01.1996, E. 158/K. 824, Çelik, s. 115, dn.11.

²⁴ Demircioğlu/Centel, s. 66; Çelik, s. 74.

kaçınılmaz olarak işverenin işçi üzerindeki yönetim, gözetim ve denetim olanaklarını azaltmakta, bağımlılık ilişkisinin zayıflamasına yol açmaktadır²⁵.

²⁵ **Güzel**, Ali, Ekonomik ve Teknolojik Gelişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1997, s. 15; **Ekonomi**, M., Türk Endüstri İlişkileri Sisteminde Yeni Arayışlar ve Çözümler (Yeni Arayışlar), Kamu-İş, Temmuz 1988, s. 17-18. Elektronik ortamda hizmet sunumunu öngören sözleşmelerde hizmet sunan taraf, edimin niteliğine göre, yüklendiği edimi fiziksel olarak yerine getirebileceği gibi elektronik (dijital) yoldan da ifa edebilmektedir. Elektronik ortamda hizmet temin eden adına bir toplantıya çiçek gönderilmesinde hizmet sunan, edimini fiziki yollarla ifa etmektedir. Elektronik ortamda gerçekleştirilen hesaplar arası para havalesi, virman yapılması, internet ve telefon bankacılığı aracılığıyla ilk defa mevduat hesabı açtırılması, tüm kredi taleplerinin sonuçlandırılması, kredi kartı ve çek karnesi verilmesi gibi bankacılık hizmetlerinde veya elektronik ortamda hisse senedi alım satımına ilişkin borsa hizmetlerinde hizmet sunan taraf, yüklendiği edimi elektronik ortamda ifa etmiş olacaktır. Bunun yanı sıra elektronik ortamda hizmet sunan tarafın, edimini elektronik ortamda ifa edebileceği durumlara örnek olarak otel ve uçak rezervasyonları teminine ilişkin elektronik sözleşmeler verilebilir. Şöyle ki seyahat acentesi yahut havayolu şirketi (hizmet sunan taraf), rezervasyonun yapılmasından sonra müşteriye (hizmet temin eden tarafa), elektronik ortam (internet) marifetiyle, rezervasyonun yapıldığına ilişkin teyit yazısı ulaştırır ve hizmetten yararlanacak taraf olduğunu ispatlayacak bir referans veya takip numarası bildirir. Gelişen teknoloji ve özellikle internete erişimin ekonomik ve fiziki açıdan oldukça kolaylaşması, elektronik ortamda hizmet sunumuna ilişkin örneklerin sayısını gün geçtikçe arttırmaktadır. Örneğin yazılı ve görsel basın günümüzde, elektronik ortamda hizmet sunmaktadır. Nitekim gazetelerin ve televizyonların internetten takip edilebilmesi elektronik hizmet sunumuna gösterilebilecek örnekler arasında yer almaktadır. Burada değinilmesi gereken husus, yayın organlarının elektronik ortamda sunduğu bu hizmetin ücretsiz olması durumunda, anılan hizmetlerin hukuki niteliğinin ne olacağı noktasında kendisini göstermektedir. Bilindiği gibi hizmet kural olarak ücret karşılığı sunulur. Yayın kuruluşlarının sunduğu hizmeti ücretsiz olarak hizmet temin edenlere ulaştırması, ilgili kuruluşların, sundukları hizmetten hiçbir

C. İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Yükümlülükler

İş sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu açıdan iş sözleşmesi, işçi bakımından, “iş görme”, “emir ve talimatlara uyma (itaat)” ve “sadakat”; işveren açısından da “ücret”, “işçiyi gözetme” ve “eşit davranma (eşit işlem yapma)” gibi borçlar doğurur.

1. İşçinin İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Borçları

a. İşçinin İş Görme Borcu

İşçinin, iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borcu “iş görme” borcudur. Bu bakımdan iş görme borcu, iş sözleşmesinin temel (asli)

menfaat elde etmedikleri şeklinde anlaşılmalıdır. Zira yayın kuruluşlarının asli gelirleri arasında reklâm bedelleri yer almaktadır. Sundukları hizmetin niteliği ve kalitesiyle doğru orantılı olarak anılan hizmete yönelik talebin artması, reklam gelirlerini de arttırmakta, bu yolla elektronik ortamda sundukları hizmetin “menfaat” unsuru karşılanmış olmaktadır. Elektronik ortamda hizmet sunumuna örnek olarak mesleki ihtiyaçları karşılamaya yönelik, sipariş üzerine hazırlanan otomasyon yazılımları ile mesleki bilgilere ulaşılabilmesine olanak sağlayan veri tabanları da gösterilebilir. Örneğin hukuk konusunda hizmet veren bazı web siteleri ve veri tabanlarının bir araya toplandığı paket bilgi erişim programları, belirli bir bilgiye ücret karşılığında ulaşılabilmesine imkân tanımaktadır. Elektronik ortamda hizmet temin eden taraf, çoğunlukla “abonelik ücreti” olarak tabir edilen yıllık tutarı irat şeklinde veya peşin olarak ödemek kaydıyla, hizmet sunanın bilgiye erişirme hizmetinden faydalanabilmektedir. Elektronik ortamda hizmet sunan tarafın, işin mahiyeti elverdiği takdirde, yüklendiği edimi fiziksel veya elektronik ortamlardan birinde ifa edebilme seçicilik yetkisi bulunmaktadır. Buna karşılık elektronik ortamda hizmet temin edenin, yararlandığı hizmetin karşılığı olan ücreti, elektronik hizmet sunumuna ilişkin sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, elektronik ortam vasıtasıyla ödemesi gerekmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Altınışık**, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003; **Sağlam**, İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007; **Sözer**, Bülent, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2002, s. 89.

unsurudur²⁶. Taraflar arasında iş sözleşmesinin kurulmasıyla işçi, sözleşme ile kararlaştırılan işi görmekle yükümlü hale gelir. İş Kanununun 25.maddesinin (g) ve (h) bentleri uyarınca işçi, iş görme borcunu, kanun veya sözleşme²⁷ hükümlerine uygun olarak ve işverenin emir ve talimatları doğrultusunda yerine getirmekle yükümlüdür. İşçinin, iş görme borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi, işverene, iş sözleşmesini bildirimsiz feshetme olanağı verir. İşçinin iş görme borcu, iş sözleşmesinin gerek "*kişisel*" gerekse "*devamlılık*" nitelikleri dolayısıyla kendine özgü bir takım özellikler gösterir.

İş sözleşmesinin kişisellik niteliği, işçinin, taahhüt etmiş olduğu işi *kural olarak* şahsen yapmakla mükellef olması zorunluluğunu doğurur. Başka bir ifade ile işçi iş görme borcunu şahsen yerine getirmelidir. İşçi, üstlendiği işi bir başkasına yaptırılmaz. Borçlar Kanunu, 320.maddesinde bu durumu "*Hilafi, mukaveleden veya hal icabından*²⁸ *anlaşılmadıkça işçi, taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez.*" şeklinde ifade etmektedir. İşçinin işi bizzat yapması gerekliliği, onun, üstlendiği işin görülmesini başkasına devredemesi ve işin ifasında kendisinin seçeceği yardımcılarını kullanamaması sonucunu doğurur²⁹. Bu nedenle işçinin ölümü halinde iş görme borcu mirasçılara intikal etmez (BK.m.347/f.1). Borçlar Kanunu, aynı şekilde işverenin de hakkını başkasına devredebilmesini sınırlamaktadır. Bu açıdan iş görme borcunun, işverenin kendisine ifa edilmesi gerekir³⁰. Aksi sözleşmeden yahut durumun gereklerinden anlaşılmadıkça işveren de işin yapılmasını isteme hakkını başkasına devredemez (BKm.320/f.2).

²⁶ Sümer, s. 62.

²⁷ İş sözleşmesinin konusu ve yapılacak işin niteliği kanuna, genel ahlâk ve adaba aykırı olamaz.

²⁸ "Hal icabından" tabiriyle kastedilenin, işin görülmesi bakımından işçinin (veya işverenin) sıfatının önemli olmadığı, fark etmediği durumlar olduğu yönünde bkz., Narmanlıoğlu, s. 197.

²⁹ Ekonomi, S. 114; Narmanlıoğlu, s. 196; Sümer, s. 61.

³⁰ Çelik, s. 113.

İşçinin yapacağı işin konusunu ve sınırlarını, taraflar aralarında anlaşarak tespit ederler. Bu durumda görülecek iş, bireysel (ferdi) iş sözleşmesi yahut toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre belirlenir. İş sözleşmesi ile belirlenen işin kapsamı emredici hukuk kuralları, toplu iş sözleşmeleri, iş yeri yönetmelikleri ve işyeri uygulamaları ile şekillenir³¹. Taraflar arasında, işin konusuna ve sınırlarına ilişkin herhangi bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda işveren, yönetim hakkına dayanarak, gerekli buyruk ve yönergelerle görülecek işi belirler³². İşçi, iş görme borcunu yerine getirirken mevzuatın emredici hükümlerine, ahlâka veya insan onuruna, iş sözleşmesine ve iş sözleşmesinde düzenlenmeyen konular hakkında belirtilen hukuk kaynaklarına aykırı olmamak şartıyla, işveren tarafından verilen talimatlara uymak zorundadır³³. Asıl işin dışındaki işlerin geçici veya sürekli biçimde işçiye gördürülmesi için işçinin muvafakatinin alınması şarttır. Bu kural yan işler bakımından da geçerlidir³⁴.

İşçi taahhüt ettiği işi özenle yapmak zorundadır. İşçi, özen borcuna aykırı davranışı dolayısıyla işverene verdiği zarardan sorumludur (BK.m.321/f.2). İşçinin özen borcunun ölçütü kural olarak iş sözleşmesiyle belirlenir. İş sözleşmesinde bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmaması durumunda işçiye düşen özen yükümlülüğü, işçinin mesleki bilgi, tecrübe ve yetenekleri ile görülecek işin niteliği doğrultusunda, orta nitelikte bir işçi esas alınarak tespit edilir³⁵. İşçinin özen borcuna aykırı davranışları nedeniyle kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp eli altında bulunan makinaları, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücreti ile ödeyemeyecek ölçüde hasara uğratması halinde, işverenin iş

³¹ Sümer, s. 64.

³² Demircioğlu/Centel, s. 83.

³³ Çelik, s. 114.

³⁴ Demircioğlu/Centel, s. 84.

³⁵ Sümer, s. 67.

sözleşmesini süresiz fesih bildirimini ile sona erdirme imkânı bulunmaktadır (İK.m.25/f.2)³⁶.

İşçinin, iş görme borcunu kusurlu olarak yerine getirmemesi, işverene bu sebeple verdiği zarardan sorumlu olması sonucunu doğurur.

b. İşçinin Emir ve Talimatlara Uyma (İtaat) Borcu

Doktrinde emir ve talimatlara uyma borcu “*itaat borcu*”, “*denetime katlanma borcu*”, “*uyma borcu*” gibi tabirlerle de adlandırılmaktadır³⁷. Buna göre işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan yönetim hakkı karşısında işçinin, işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü (borcu) bulunmaktadır. İşverenin emir ve talimatlar ile, kanun ve sözleşmelere aykırı olmamak şartıyla, işin yürütülmesini ve işçilerin işyerindeki tutum ve davranışlarını belirleme yetkisine “*yönetim hakkı*” adı verilir. Zira iş sözleşmesi ile işçinin göreceği işin tüm ayrıntılarının düzenlenmesi çoğu zaman mümkün olmamakta, sözleşmedeki genel esaslar ile düzenlenen iş ve çalışma koşulları işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği emir ve talimatlar ile şekillenmektedir³⁸. İşçi, işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği, işin yapılması ve işyerinin düzeni ile ilgili emir ve talimatlara uymakla yükümlüdür. İşçinin bu yükümlülüğü (borcu), işverenin kanuna, iş sözleşmesine, işyerinin ihtiyaçları ve o işin âdetine, kamu düzenine, ahlâk ve kişilik haklarına aykırı olmayan emir ve talimatları ile sınırlıdır. Başka bir deyişle işçi, işverenin kanunun emredici hükümlerine, iş sözleşmesine, işyerinin ihtiyaçlarına ve

³⁶ İşin bozuk yapılması işçinin dikkatsizliğinden veya ihmalkârlığından olmayıp işverenin işçiyi yeni bir işte çalıştırması sonucu acemiliğinden kaynaklanmış ise İş Kanununun 25. maddesinin 2.fıkrasındaki fesih nedeni gerçekleşmiş olmaz. Bu yönde bkz., Y. 9HD. 11.11.1986, E. 8794/K. 10063, **Çelik**, s. 115, dn.14.

³⁷ **Süzek**, s. 288 vd.; **Çelik**, s. 116 vd.; **Demircioğlu/Centel**, s. 89 vd.

³⁸ **Sümer**, s. 68-69.

o işin âdetine, ahlâk ve adaba aykırı olan, yerine getirilmesi imkânsız olan, konusu insan onuruna aykırı bulunan emir ve talimatlarına uyma zorunluluğu yoktur³⁹.

İşçinin emir ve talimatlara uymaması halinde hakkında disiplin cezası uygulanabileceği gibi koşulları oluştuğunda, şartları dâhilinde iş sözleşmesi feshedilebilir (İK.m.25/f.2, b.(g)).

c. Sadakat Borcu

Sadakat borcu işçinin, işverenin ve işletmenin yararlarını koruma ve onlara zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü ifade eder. Zira iş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran niteliği, bu sözleşmenin tarafları arasında karşılıklı sadakatin varlığını gerekli kılmaktadır. Bu sadakat bağı işveren açısından işçiyi gözetme, işçi yönünden ise işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruma, işverene ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcu şeklinde kendisini gösterir⁴⁰.

İşçinin sadakat borcu “*yapma borcu*” ve “*yapmama borcu*” olarak kategorize edilebilir. İşçinin, işverenin veya işyerinin (işletmenin) yararlarını korumak amacıyla iyiniyet kurallarına göre beklenen, aktif (icrai) davranışlarda bulunma yükümlülüğü “*yapma borcu*” olarak adlandırılır. “*Yapmama borcu*” ise işçinin, işvereni, işyerini ve işletmeyi zarara uğratacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğüdür⁴¹.

³⁹ Çelik, s. 117; Sümer, s. 69.

⁴⁰ Tuncay, A. Can, “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaşgünü Armağanı, C.2, İstanbul 2001, s. 1046 vd.; **Ekonomi**, s. 128-129.

⁴¹ İşçinin sadakat borcu kapsamında bulunan ve yapmama yükümlülüğü ile ilintilenen temel mükellefiyeti “rekabet etmeme borcu”dur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Soyer, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, s. 8 vd.

İşçinin, sadakat borcuna aykırı davranması halinde işveren, bu nedenle uğramış olduğu zararın tazminini isteyebileceği gibi (İK.m.26/f.2) işçinin iş sözleşmesini de feshedebilir (İK.m.25/f.2, b.(e)).

2. İşverenin İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Borçları

a. İşverenin Ücret Ödeme Borcu

İşçinin asıl borcu olan iş görme borcunun karşısında işverenin, ücret ödeme borcu yer alır. Zira ücret, hizmetin karşılığı olarak ifade edilmektedir. İş sözleşmesi çerçevesinde ücret, işçinin icra ettiği iş için işverenin ödemek zorunda olduğu karşılıktır. Bir kişinin ücret karşılığı olmaksızın çalışması halinde iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Bu yönüyle ücret, iş sözleşmesinin asli unsurları arasında yer alır. Ücretin miktarını taraflar kendi aralarında serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücret açıkça ele alınmamış, hatta ücretten hiç bahsedilmemiş olsa bile, çalışan işçinin ücret alacağı örtülü olarak varlığını korur⁴². Bu durumda iş sahibi, tarafların durumu ve yapılan işin niteliği göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirme sonucunda işin karşılıksız yapılmayacağını anlaşılması kaydıyla, adet olan veya kendisinin bağlı bulunduğu umumi sözleşmede tespit edilmiş bulunan ücreti ödemek ile yükümlüdür (BK.m.323/f.1).

Ücret, İş Kanununun 32.maddesinin 1.fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre "Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır". Tanım uyarınca ücretin, "*iş karşılığında ödenme*", "*para ile*

⁴² Y. 9HD. 04.07.1972, E. 7472/K.22102, "Şayet hizmet akdini meydana getiren diğer unsurlar varsa, sırf ücretin belli edilmemiş bulunmasından dolayı hizmet akdinin mevcut olmadığı ileri sürülemez; bu gibi durumlarda ücret rayiç ücret esası üzerinden belli edilir.", (Çenberci, s. 412).

ödenme⁴³ ve “işveren veya üçüncü kişiler tarafından ödenme” olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır⁴⁴.

Ücret, belirli ve periyodik aralıklarla ödenen bir borç (işçi yönünden bir alacak) teşkil eder. Ücret, kural olarak, işin yapılmasından sonra ve geç ayda bir olmak üzere (İK.m.32/f.4) Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir (İK.m.32/f.2). Taraflar ücretin, bunlardan hangisinde ödeneceğini aralarında kararlaştırabilirler.

b. İşverenin İşçiyi Gözetme (Koruma) Borcu

İşçinin işverene karşı, iş sözleşmesinden kaynaklanan “sadakat borcu”nun karşılığı olarak işverenin de “işçiyi gözetme borcu⁴⁵” yer almaktadır. Gözetme borcu, genel olarak işçinin, işverenin emir ve talimatı altında bulunduğu (iş görme borcunu ifa ettiği) sırada, işyerinden veya işten doğup, işçinin hayat, vücut bütünlüğü ve sağlığını ihlal edebilecek tehlikelerin önlenmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁶. Ayrıca gözetme borsu, işçinin yararları doğrultusunda hareket etmeyi, onu korumayı, işçi için zararlı olabilecek davranışlar içerisine girmemeyi de gerektirmektedir⁴⁷. Kısacası gözetme borcu,

⁴³ Aynı ödemeler temel ücret dışındaki ücret ekleri (ek çıkarlar) için mümkün görülebilmektedir. İşçiye para olarak verilen kısımlardan ayrı, parasal olarak ölçülmesi mümkün aynı ödemelerle, işin karşılığını teşkil eden temel ücret dışında yine para olarak işçiye sağlanan diğer ödemeler de ücrete dâhildir. Bkz., **Narmanlıoğlu**, s. 215.

⁴⁴ Ücret konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Centel**, Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988.

⁴⁵ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Uluslan**, İ., Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990. Ayrıca bkz., **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, s. 33 vd.

⁴⁶ **Eren**, s. 33.

⁴⁷ **Narmanlıoğlu**, s. 245.

işverenin, işçinin yararlarını koruması ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmasını ifade eder. İşveren, işçinin hayat ve sağlığını korumak için, zarar verici nitelikteki her türlü olay ve etkenlere karşı koruma tedbirleri almak zorundadır. İşverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamı, MK.m.2 anlamında dürüstlük ve iyiniyet kuralları çerçevesinde tayin edilir⁴⁸.

İşveren, gözetme borcunun gereği olarak öncelikle “*işinin kişiliği*”ni korumalıdır. İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, vücut bütünlüğünün, onurunun, kişisel ve mesleki itibarının, özel yaşantısının korunmasını gerektirir. İşveren gözetme borcu sadece işçinin kendisini değil, onun işyerinde bulundurduğu eşyalarının da korunmasını kapsar⁴⁹.

İşçiyi gözetme borcuna ilişkin en kapsamlı yükümlülükler, “*iş sağlığı ve güvenliği*” önlemlerinin alınması noktasında kendisini göstermektedir. Buna göre işveren, işçinin kişilik hakları arasında bulunan hayat, sağlık ve beden bütünlüğünü korumak ve buna ilişkin her türlü sağlık ve güvenlik (koruma) önlemini almak, bunun için gerekli olan araç ve gereçleri eksiksiz bulundurmaktır (İK.m.77/f.1)

İşverenin gözetme borcuna aykırı hareket etmesi nedeniyle işçi, uğradığı, “*Sosyal Sigortalar Kurumu*” tarafından karşılanmayan maddi zarar ile manevi zararların tazminini işverenden isteyebilir (BK.m.46-47). İşçinin ölümü halinde onun yakınlarının ise destekten yoksun kalma ve manevi tazminat isteme hakları bulunmaktadır (BK.m.332/f.2). İş kanunu, bu yaptırımlar dışında işçiyi, çalışmaktan kaçınma ve iş sözleşmesini feshetme haklarını tanımıştır (İK.m.83).

c. İşverenin İşçilere Eşit Davranma (Eşit İşlem Yapma) Borcu

İşverenin aynı işyeri veya işletmede çalışan işçilere, objektif ve haklı olmayan sebeplere dayanarak farklı işlem yapması yasaktır. Dolayısıyla işveren, emir ve talimatları altında çalıştırdığı işçilere eşit

⁴⁸ Sümer, s. 81.

⁴⁹ Sümer, s. 82; Süzek, s. 327.

davranmak, onlara eşit işlem yapmak zorundadır⁵⁰. Ancak işverenin her işçiye aynı çalışma şartlarını uygulamasını ve onların hepsini aynı işleme tabi tutmasını içeren bir eşitlik söz konusu değildir. İşverenin eşit davranma yükümlülüğü aynı işte ve aynı verimle çalışan, aynı nitelikteki işçiler bakımından söz konusu olur. Başka bir deyişle işveren, buyruğunda, aynı işte, eşit verimde çalıştırdığı eşit nitelikteki işçilere eşit işlem yapma, onlara eşit davranma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla burada sözü edilen eşitlik, “*eşit durumdaki kimseler arasındaki eşitlik*”tir⁵¹.

İşverenin eşit davranma borcu, ancak aynı işyerinde çalışan işçiler bakımından geçerli olup, işçilerin, başka bir işverene ait başka bir işyerindeki uygulamayı emsal kabul etmek suretiyle kendi işverenlerinden o yönde (eşit) davranmasını talep etmeleri mümkün değildir.

İş Kanununun 5.maddesinin 1.fıkrası uyarınca işveren iş ilişkisinde, işçiler arasında dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımcılık yapamaz. 5.maddenin devam eden fıkralarında da eşit işlem borcuna ve ayrımcılık yasağına ilişkin kimi özel haller belirtilmiştir. Örneğin tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçilere, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçilere, ayrımı haklı kılan sebepler olmadıkça farklı işlem yapılması yasaklanmıştır (İK.m.5)⁵².

⁵⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Tuncay, C.**, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 32 vd.

⁵¹ **Sümer**, s. 82; **Uşan**, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku - Cilt I - İş Hukuku, Ankara 2006, s. 95 vd.

⁵² “Anayasanın 10.maddesini temel alan İş Kanununda, Kanuna ilişkin madde gerekçesinde açıklandığı üzere, çalışma hayatındaki hukuki çerçeveyi belirlemek, Türkiye tarafından onaylanan Birleşmiş Milletlerin ‘Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak amacıyla, işçilere eşit davranma ilkesi esaslarına yer verilmiştir (m. 5). Bu maddede, iş ilişkisi ile ilgili olarak, Anayasanın 10.maddesindeki, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve

İşverenin İK.m.5'te düzenlenmiş bulunan eşit davranma yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde işçi, dört aya kadar ücreti tutarında "ayrımıcılık tazminatı"⁵³ adı altında uygun bir tazminat ile yoksun kılındığı haklarını talep edebilme hakkına sahiptir.

d. İşverenin Diğer Borçları

İş sözleşmesi, yukarıda açıklanan yükümlülüklerle ek olarak işverene kimi borçlar daha yüklemektedir. Örneğin işverenin, işi bizzat kabul borcu (BK.m.320/f.2), işçiye alet ve malzeme temin etme borcu (BK.m.331/f.1), işçiye çalışma belgesi verme borcu (BK.m.335, İK.m.28), buluş yapan işçiye uygun bir karşılık ödeme borcu (BK.m.336) gibi borçları bulunmaktadır.

II. GENEL OLARAK ESER (İSTİSNA⁵⁴) SÖZLEŞMESİ

A. Eser Sözleşmesinin Tanımı

BK.m.355'de yer alan tanıma göre eser sözleşmesi "...bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder".

Eser sözleşmesiyle müteahhit (yüklenici, ismarlanan) iş sahibi için bir iş görmeyi üstlenmektedir. Fakat buradaki iş görmenin özelliği, müteahhidin bu iş görmeyle, belirli bir sonucu yaratmayı

mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırımı engelleyen hüküm tekrarlandıktan (f. I) sonra, işverenin, tam ve kısmi süreli, belirsiz ve belirli süreli olarak çalışan işçiler arasında ya da biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı işlem yapılamayacağı hükme bağlanmıştır", Çelik, s. 157, (naklen).

⁵³ Sümer, s. 83.

⁵⁴ İstisna, Arapça kökenli bir kelime olup sanat ve mahareti gerektiren, emek sarf ederek bir şeyi meydana getirmek demektir. Bkz., Erdoğan, İhsan, "İstisna Sözleşmesi Ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması", SÜHFD., 1990, C.3, S. 1, s. 135; Eronat, Uğur, "Hizmet Akdi, İstisna Akdi Ayırımının Mesleğimiz Açısından Önemi", TNBHD 1999, S. 101-105, s. 90.

borçlanmış olmasıdır ki bu sonuç Borçlar Kanunu'nda "şey (yapıt)" tabiriyle adlandırılmıştır. Eser sözleşmesinin kendine özgü olan ve onu iş görmeyi konu edinen diğer sözleşmelerden ayıran da işte bu objektif olarak gözlenmesi mümkün olan "sonuç"tur⁵⁵.

B. Eser Sözleşmesinin Unsurları

1. Eser (İmal Edilen Yapıt)

Eser sözleşmesinin BK.m.355'de "şey" olarak tabir edilen "eser" unsurunu ifade etmek için "bir şeyi imal etmek"den bahsedilmektedir. Eser sözleşmesinden kaynaklanan çalışmanın sonucu olarak ortaya çıkan, hukuki bir bütünlük arz eden ve objektif olarak gözlenmesi mümkün olan maddi veya gayri maddi sonuç "eser" kavramının tanımını teşkil eder⁵⁶. Başka bir ifade ile eser kavramı, eser sözleşmesi ile müteahhidin, iş sahibi adına ortaya çıkartmayı, yaratmayı veya imal etmeyi yüklediği sonuç olarak tanımlanabilir⁵⁷. Bu yönüyle "eser" kavramı, belirli bir çalışma sonucunu anlatır⁵⁸.

Eser kavramının kapsamına nelerin gireceği hususunda, doktrinde tam bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bir yaklaşıma göre eser kavramı sadece maddi varlıkları kapsamalı, maddi varlık arz etmeyen, nesnel varlığı olmayan fikri veya sanatsal çalışmalar ile sportif faaliyetler eser sözleşmesinin değil, duruma göre hizmet veya vekâlet sözleşmesinin konusunu teşkil etmelidir⁵⁹. Öte yandan

⁵⁵ Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku Ders Kitabı - Bazı Sözleşme Çeşitleri, Ankara 1979, s. 64.

⁵⁶ Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri - Özel Hükümler, Bası 2, İstanbul 2001, s. 264.

⁵⁷ Zevkliler, s. 64.

⁵⁸ Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C.2, Bası 3, İstanbul 1977, s. 952.

⁵⁹ Bu yönde bkz., Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C.2, Ankara 1989, s. 16.

doktrinde daha ağırlık verilen görüş, nesnel varlıkların yanı sıra maddi varlık arz etmeyen yapıtların da eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebileceği yönündedir. Bu doğrultuda bir gazeteye reklâm konulması, bir şarkıcının konser vermesi, sinemada film gösterilmesi gibi nesnel olmayan çalışmalar da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir⁶⁰. Ancak imal edilen eser, sonucun hukuki bir

⁶⁰ Bkz., **Yavuz**, s. 265; **Olgaç**, Senai, İstisna Akdi, İstanbul 1977, s. 2 vd.; **Tunçomağ**, s. 954. Yargıtay 10HD. 01.07.1974, E. 3612/K. 4738 sayılı kararında "...Davada, bir sinema filminin yapımında, artist, figüran, dublajcı, kameraman, teknik eleman, rejisör, prodüksiyon amiri gibi değişik edimleri gören çalışanlar söz konusudur. Çalışanlar, işverenin stüdyosunda veya uygun göreceği yerde, başka bir anlatımla, işverenin işlerinde edimlerini göreceklerdir. Bu durum, bir bağımlılık ortamı yaratma amacından çok, teknik ve doğal olanaklardan yararlanabilme gereğidir. İşverenin, belli amacına varabilmesi için, işverence sanatçıya yapılacak müdahaleler, sanatçının bağımlı çalıştığı sonucunun çıkarılabileceği nitelikte görülmeyebilir. Örneğin, bir film artistinin bir kişiliği canlandırması söz konusu olduğunda, dekor ve kostüm yönüyle işyerindeki olanaklardan yararlanabilmek için işlerinde çalışması, işveren vekili olarak nitelenebilmek rejisörün genel direktifi ve denetimi altında edimini ifa etmesi, sigortalı sayılması için yeterli sayılamaz. Meydana getirilen filmin o sahnesini kendi sanat gücü ve yeteneği oranında gerçekleştireceği, bağımlı olmadan yaptığı iş oranının bağımlı işlere üstün bulunduğu cihetle, işverenle aralarındaki sözleşmenin hizmet akdi olduğu söylenemez. Eserin sanat yönü veya mesajı ile ilgili olmayan, başka bir anlatımla kendilerine bir sonuç bağlanmayan hizmetler ile işveren veya vekilinin direktifi altında sanat gücü kullanılmadan yapılan işlerin ise, istisna akdi olarak nitelenemeyeceği de açıktır. Davada, bir sinema filminin yapımında, artist, figüran, dublajcı, kameraman, teknik eleman, rejisör, prodüksiyon amiri gibi değişik edimleri gören çalışanlar söz konusudur. Çalışanlar, işverenin stüdyosunda veya uygun göreceği yerde, başka bir anlatımla, işverenin işlerinde edimlerini göreceklerdir. Bu durum, bir bağımlılık ortamı yaratma amacından çok, teknik ve doğal olanaklardan yararlanabilme gereğidir. İşverenin, belli amacına varabilmesi için, işverence sanatçıya yapılacak müdahaleler, sanatçının bağımlı çalıştığı sonucunun çıkarılabileceği nitelikte görülmeyebilir. Örneğin, bir film artistinin bir kişiliği canlandırması söz konusu olduğunda, dekor ve kostüm yönüyle işyerindeki olanaklardan yararlanabilmek için işlerinde çalışması, işveren

bütünlük arz etmesini gerektirir. Eğer sonuç, emek harcamayı gerektirmekle birlikte hukuki bir bütünlük arz etmiyorsa (bir hastanın tedavisi, eğitim ve öğretim faaliyetleri, belirli bir zaman için bir taşınmazın idaresi gibi), o zaman bu sonucu eser kavramı içerisinde değerlendirmek mümkün olmaz⁶¹.

vekili olarak nitelenebilmek rejisörün genel direktifi ve denetimi altında edimini ifa etmesi, sigortalı sayılması için yeterli sayılamaz. Meydana getirilen filmin o sahnesini kendi sanat gücü ve yeteneği oranında gerçekleştireceği, bağımlı olmadan yaptığı iş oranının bağımlı işlere üstün bulunduğu cihetle, işverenle aralarındaki sözleşmenin hizmet akdi olduğu söylenemez. Eserin sanat yönü veya mesajı ile ilgili olmayan, başka bir anlatımla kendilerine bir sonuç bağlanmayan hizmetler ile işveren veya vekilinin direktifi altında sanat gücü kullanılmadan yapılan işlerin ise, istisna akdi olarak nitelenemeyeceği de açıktır..." derken bu tür meslekler açısından adeta bağımsızlığı kural, bağımlılık unsurunu istisna olarak kabul etmektedir.

⁶¹ **Yavuz**, s. 265; **Zevkliler**, s. 65. Y. 9HD. 20.06.1996, E. 3092/K.14111, "...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; avukat olan davacı, davalıya ilişkin işyerinde aylık ücretle sürekli çalışmıştır. Aradaki ilişkinin hizmet akdine mi, yoksa vekâlet akdine mi dayandığı sorunun çözümünde iş, ücret ve bağımlılık unsurları ile yetinilmeyip, yapılacak işin zamanla mı, yoksa sayı ile mi sınırlandırıldığına da dikkate alınması gerekir. Şayet sayı ile bir sınırlandırma var ise, ilişkinin vekâlet ilişkisine dayandığı; aksi durumda hizmet akdinin söz konusu olduğu sonucuna varılmalıdır. Somut olayda, davacının sürekli biçimde çalıştığı ücretlerinin her ay muntazam ödendiği ve sayı ile iş yapmadığı görülmektedir. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında, 1979-1992 yılları arasında davacının hizmet akdine dayalı olarak işyerinde çalıştığı kabul edilerek, işin esası incelenip sonucuna göre bir karar verilmelidir. Davacının, ayrıca avukatlık bürosunun bulunması bu hukuki sonucu değiştirmez. Yazılı biçimde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...", (YKD., Kasım 1996, s. 1735). Y. 9HD. 25.09.2001, E. 10140/K. 14826, "...Davacı ile davalı işveren arasında düzenlenen sözleşmelerin başlığı hizmet sözleşmesi olup, bu sözleşmenin hukuki niteliği üzerinde durmak gerekir. Doktrinde taraflar arasında kurulan hukuki ilişkinin bir hizmet sözleşmesine dayanabileceği gibi istisna veya vekâlet sözleşmesine dayanabileceği görüşü yer almaktadır. İşyeri Hekimlerinin Çalışma

BK.m.335'de kullanılan "imal" teriminden mutlaka bir şeyin vücuda getirilmesi anlamı çıkartılmamalıdır. Zira imal kavramının, yeni bir eser ortaya koymak kadar var olan bir eseri değiştirmeyi ve onarmayı da kapsadığı ifade edilmektedir⁶². Dolayısıyla bina, gemi ve makine inşası, binaların yıkılması ve restorasyonu, motorlu araçlara "İpg" dönüşümü yapılması, elbise dikimi, temizlenmesi ve ütülmesi, plan veya proje hazırlanması, diş hekimlerinin dolgu, protez ve implant takması gibi konular eser sözleşmesinin konusunu teşkil etmektedirler.

2. Ücret Vaadi

İvazlı bir sözleşme olan eser sözleşmesinde bir şey imal etme (bir eser meydana getirme) edimi ile ücret taahhütleri karşılıklı edimler niteliğindedir. Belirli bir emek sonucunun ivazsız olarak meydana getirilmesi taahhüt edilmişse kural olarak bir eser sözleşmesinden değil vekâlet sözleşmesinden bahsedilir⁶³.

Meydana getirilecek eser karşılığında verilecek olan ücret taraflarca açık veya örtülü olarak belirlenmiş olabilir. Taraflar arasında, eser karşılığında bir ücret ödeneceği sözleşmede belirtilmemiş olsa bile BK.m.366 gereği uygun bir ücret ödenmesi gerekir. Eserin ücretsiz olarak meydana getirilmesi isteniyorsa bu hususun açıkça kararlaştırılmış olması şarttır⁶⁴.

Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin ilgili hükmünde; işyerinde bulunması gereken muayene odası ile yer ve donatıma ait hüküm, işin, işverenin işyerinde yapılması gerekliliğine işaret etmekte olup, sözleşmelerde de bu yön açıkça belirtilmektedir. Yine Yönetmelik de senelik izin hakkından söz edilmesi ve bunun sözleşmede yer alışı, aylık ücret belirlenmesi ve sözleşmede hüküm bulunmayan konularda İş Yasası hükümlerinin geçerli olacağına belirlenmesi karşısında taraflar arasında ki akdin hizmet akdi olduğu açıktır...", (Kazancı Bilişim İçtihat ve Mevzuat Programı).

⁶² Tandoğan, s. 18.

⁶³ Tandoğan, s. 19.

⁶⁴ Tandoğan, s. 20.

3. Anlaşma

Eser sözleşmesinin meydana gelmesi için tarafların, meydana getirilecek eser ve karşılığında ödenecek ücret konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Bu sözleşmenin taraflarını, bir eser meydana getirme borcu altına giren “müteahhit (yüklenici)” ile eser karşılığında ücret ödemeyi taahhüt eden “iş sahibi (ısmarlayan)” teşkil eder.

C. Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Yükümlülükler

1. Müteahhidin Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Borçları

Eser sözleşmesinde müteahhit belirli bir sonucu yani eseri meydana getirmekle ve bu sonuç maddi bir şeyde kendisini gösteriyorsa o şeyi teslim etmekle yükümlüdür. Bu açıdan müteahhidin bir eser meydana getirmek ve o eseri teslim etmek olmak üzere başlıca iki ana borcu bulunmaktadır⁶⁵. Bununla birlikte, bu iki ana borçtan doğan ve bu borçların sözleşmeye uygun olarak ifa edilebilmesini sağlayan bir takım yan borçların da varlığı görülmektedir. Şöyle ki müteahhit, işi sadakat ve özenle yapma, işi bizzat yapma, araç, gereç ve malzeme sağlama, genel ihbar yükümlülüğü, işe zamanında başlama ve devam etme, ayıba karşı tekeffül gibi yan borçlardan sorumludur.

a. Müteahhidin İş Sadakat ve Özenle Yapma Borcu

Her ne kadar kanunda açıkça gösterilmemiş olsa da, eser sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi niteliğinde bulunması dolayısıyla müteahhidin, işi, kendisine gösterilen güvene uygun olarak iş sahibine sadık bir biçimde yapması gerekir. “Sadakat borcu”, iş görenin (müteahhidin), iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona

⁶⁵ Tandoğan, s. 33; Tunçomağ, s. 987.

zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak yükümlülüğünü ifade eder.

Sadakat borcunun iki özel görünüşü BK.m.357'de düzenlenmiştir. Buna göre malzeme iş sahibi tarafından verildiği takdirde, müteahhidin, malzemenin kullanılışı hakkında hesap vermek ve artanı iade etmek yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁶. Ayrıca müteahhidin, iş devam ettiği sırada iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın, eserin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye koyacak ayıplardan onu haberdar etme yükümlülüğü vardır. Bu iki özel durumun dışında müteahhidin sır saklama yükümlülüğü altında olduğu ve bu yükümlülüğün, eser sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam edeceği ifade edilmektedir⁶⁷.

Eser sözleşmesinden doğan sadakat borcu ile özen borcu birbirine sıkı surette bağlıdır. Borçlar Kanunu müteahhidin, işin sonucundan sorumlu tutulmasını sağlayan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yanında, ayrıca onun işinde gerekli özeni göstermemesinden kaynaklanan sorumluluğunu öngörmüştür. Nitekim eser (işin icrasındaki gecikme dolayısıyla iş sahibinin akdi feshetmesi, iş sahibinin keşif bedelinin aşılması dolayısıyla akitten cayması, eserin teslimden önce telef olması, ifanın iş sahibi nezdindeki bir kaza yüzünden imkânsız hale gelmesi gibi), tamamlanmış olarak teslim edilmeden önce sözleşmenin sona erdiği hallerde ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulamayacağından, iş sahibine, hiç olmazsa o zamana kadar yapılmış olan ve bazen bedelini ödemek zorunda kalacağı, işin özenle görülmemiş olmasından kaynaklanan zarardan müteahhidi veya mirasçılarını sorumlu tutmak olanağı sağlanmıştır.

⁶⁶ Y.TD. 16.03.1963, 62-4485/1471, "İnşaatta kullanılmak üzere iş sahibi tarafından müteahhide teslim edilen eşyayı müteahhit muhafaza etmek zorunluluğu altındadır. Bu itibarla bu eşyanın çalınması olayında kendisinin bir tedbirsizliği olmadığını müteahhidin isbat etmesi gerekir.", **Tunçomağ**, s. 999, dn.26.

⁶⁷ **Yavuz**, s. 273.

BK.m.356/f.1'de müteahhidin “*özen borcu*”, “*müteahhidin mes'uliyeti, umumi surette, işçinin hizmet akdindeki mes'uliyetine dair olan hükümlere tabidir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak ilgili maddenin, *müteahhit, hizmet sözleşmesinde işçinin göstermek zorunda olduğu özenden sorumludur* şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. Zira eser sözleşmesinde müteahhidin, hizmet sözleşmesinde işçiye oranla iş sahibinden talimat alma hususunda daha bağımsız olması söz konusudur ve bu da genel olarak müteahhidin eser sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluklarının, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluklarına göre farklılık arz etmesini gerektirir. Nitekim müteahhidin göstermeye zorunlu olduğu özen derecesi için iş sözleşmesine yapılan atıfta “genellikle” denilerek, eser sözleşmesinin özel niteliğinin farklı bir değerlendirmeyi gerektirebileceğinin altı çizilmiştir. Örneğin iş sözleşmesinde iş sahibi (işveren), işçinin iş için yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde onu çalıştırıyorsa bunu sonuçlarına da kendisi katlanır (BK.m.321/f.1). Buna karşılık eser sözleşmesinde müteahhit, iş sahibinin, kendisinin yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bilmesi gerekse dahi yine sorumlu tutulur. Bu açıdan müteahhidin özen derecesinin tayininde, tecrübeli ve uzman bir kimsenin hareket tarzının kıstas olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁹. Dolayısıyla müteahhidin, üzerine aldığı iş için gerekli uzmanlığa sahip olmadığı halde anılan işi alması ve işin ifasında uzmanlara danışmaması, özen borcunun ihlali niteliğinde değerlendirilecektir⁷⁰. Bunun gibi, tacir sıfatını taşıyan bir müteahhit, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü altındadır (TTK.m.20).

b. Müteahhidin İşi Bizzat Yapma Borcu

BK.m.356/f.2 uyarınca “*müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptırmağa mecburdur. Fakat işin mahiyete*

⁶⁸ Tunçomağ, s. 987; Tandoğan, s. 39

⁶⁹ Tandoğan, s. 39; Olgaç, s. 10.

⁷⁰ Yavuz, s. 273-274.

tine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir." Buna göre yapılacak eser, sanat eserlerinde olduğu gibi, müteahhidin maddi ve fikri kişisel yeteneklerinden, başkası onun kişisel yönetiminde olsa bile aynı mahiyette meydana getirilemeyecek kadar etkileniyorsa, müteahhitçe bizzat yapılması zorunlu olacaktır. Bu gibi hallerde eser, özgün yapısını ve değerini onu yapanın kişiliğinden alır ve yerine başkası konulamaz⁷¹.

Müteahhidin eseri bizzat yapma ve kendi yönetimi altında yaptırma borcunun bulunduğu hallerde işi başkasına veya yönetimi altında olmaksızın yaptırması sözleşmeye aykırılık teşkil edecek ve onun, bu sebeple doğan zarardan sorumlu olması sonucunu doğuracaktır.

c. Müteahhidin Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu

Aksine adet veya sözleşme olmadıkça müteahhit, meydana getirilecek eserin yapılması için gerekli olan araç, gereç ve malzemeyi, masrafı kendisine ait olmak üzere tedarik etmekle yükümlüdür (BK.m.356/f.son).

Malzeme müteahhit tarafından sağlanmışsa o zaman kendisi, meydana getirdiği eserde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı sorumludur. Bu durumda müteahhidin, bu sebepten kaynaklanan ayıba karşı tekeffül borcu, eser sözleşmesine değil satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine tabidir (BK.m.357/f.1). Müteahhidin malzemeyi kendisinin sağladığı durumlarda zapta karşı tekeffül sorumluluğu da BK.m.189-193 hükümlerine tabidir.

Eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemeyi iş sahibinin tedarik etmesi halinde, müteahhidin malzemedeki bozukluk yüzünden sorumlu tutulması söz konusu olmayacağından, bu sebeple meydana gelen ayıplardan sorumluluğu özen borcu çerçevesinde

⁷¹ **Yavuz**, s. 275.

değerlendirilir. Nitekim müteahhidin özen borcu kapsamında iş devam ettiği sırada iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın, eserin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye koyacak ayıplardan onu haberdar etme yükümlülüğü bulunmaktadır⁷².

d. Müteahhidin Genel İhbar Borcu

BK.m.357/f.son uyarınca “iş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecbur, aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir. Müteahhidin bu borcuna aykırı davranması, BK.m.96 vd. hükümlerine göre sorumlu olması sonucunu doğurur.

e. Müteahhidin İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

BK.m.74 gereğince sözleşme konusu eserin teslimi için sözleşmede belirli veya belli edilebilir bir süre kararlaştırılmamış ve işin niteliğinden de böyle bir süre anlaşılmıyorsa sözleşme yapılır yapılmaz işe başlanması gerekir. Aynı zamanda müteahhidin, bu suretle başladığı işi, işin niteliği ve müteahhidin, iş sahibi tarafından bilinen ve bilinmesi gereken kişisel nitelikleri ile yeteneklerinin öngördüğü olağan tempoda sürdürmesi gerekir. Aksi takdirde müteahhit müte-

⁷² Fakat eserdeki ayıp, sağlanan malzemedan kaynaklanmayıp müteahhidin kusurundan kaynaklanıyorsa iş sahibi bu yüzden uğradığı zararın tazmini isteyebilir (BK.m.360/f.1). Ayıp ağır değilse iş sahibi, ayıbın ağırlığı oranında ücretten indirim yapılmasını isteyebileceği gibi eserin onarımını yahut iyileştirilmesini de talep edebilir. Bkz., Y. 15HD. 08.12.1981, E. 1754/K. 2485, (YKD., 1982, C. 8, S. 5, s. 689). İndirilecek miktarın hesaplanmasında, satımda olduğu gibi nisbi metodun uygulanması gerektiği yönünde bkz., **Zevkliler**, Aydın, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri (Özel), Bası 10, Ankara 2008, s. 317, dn.66.

merrit addolunur ve iş sahibi BK.m.106'dan kaynaklanan seçimlik haklarını kullanabilir⁷³.

Teslim süresi belli (kararlaştırılmış) işlerde ise müteahhit, işe zamanında başlamaz veya sözleşme şartlarına muhalif olarak işi geciktirir yahut iş sahibinin kusuru olmadan kaynaklanan gecikme, müteahhidin işi zamanında bitirmesine olanak vermeyecek derecede olursa iş sahibi, teslim için kararlaştırılan zamanı beklemeye mecbur olmaksızın sözleşmeyi feshedebilir (BK.m.358/f.1).

f. Müteahhidin Meydana Getirdiği Eseri Teslim Etme Borcu

Müteahhidin eseri teslim borcu, onun, eser sözleşmesinden kaynaklanan ana borçlarından ki müteahhidin bu borcunu yerine getirmiş olması için, meydana getirdiği eseri, ifa amacı ile iş sahibinin emrine vermiş (tasarruf ve kullanma alanına geçirmiş) olması ve iş sahibinin eser üzerindeki dolaysız zilyetliğini sağlamış olması gerekir⁷⁴. Eser sözleşmesinin konusu bir eserin meydana getirilmesi değil de var olan bir eserin onarılması ise teslim, iş sahibinin eşyası üzerindeki dolaysız zilyetliğini rahatsız edilmeden kullanabilmesini tekrar sağlama anlamını taşır. Eserin mahiyeti, onun maddi anlamda teslimini imkânsız kılıyorsa o zaman teslim, müteahhidin, hukuki bütünlük arz eden eserin iş sahibi tarafından görülecek derecede tamamlanması ve tasarrufa hazır duruma getirilmesiyle gerçekleşmiş olur⁷⁵.

⁷³ İş sahibi (ısmarlayan) ayrıca, müteahhit tarafından üstlenilen işin yerine getirileceği inancıyla onunla sözleşme yaptığı tarihte bir başkasıyla daha uygun sözleşme yapma olanağı varken, bu olanağı kaçırmaması ve bu kez de müteahhidin işi yapmamasından dolayı işin bir başka kimseye yaptırılması nedeniyle aradaki farktan doğan "menfi zarar"ın tazmini isteme hakkına sahiptir. Bkz., Y. 15HD. 01.02.1996, E. 310 / K. 535, (YKD., 1997, s. 740- 741). Ayrıca bkz., **Zevkliler**, (Özel), s. 316.

⁷⁴ **Oser/Schönenberger**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Zürich 1936, Art.367, Nr.2; **Zevkliler**, (Özel), s. 312.

⁷⁵ **Tunçomağ**, s. 1012. Eser taşınmaz niteliğindeyse, teslim, şeyin bulunduğu yerde yapılır. **Zevkliler**, (Özel), s. 312. Buradaki teslim de, eşyanın (şeyin),

Teslim sadece tamamlanmış eserler bakımından söz konusu olur. Tamamlanmamış eserler üzerinde sağlanan fiili hâkimiyet, teslim niteliğinde olmayıp, eserin tamamlanmadan iş sahibinin fiili hâkimiyetine sunulması halinde yerine göre “müteahhidin özen borcuna aykırılığı” hükümleri veya BK.m.96 vd. düzenlemeleri anlamında “sözleşmeye aykırılık” hükümleri uygulanır. Müteahhidin eseri hukuki nitelik arz edecek anlamda tamamlanmış olmasına rağmen teslimde gecikmesi halinde ise borçlunun temerrüdüne ilişkin BK. m.106-108 hükümleri uygulama alanı bulur.

g. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Ayıba karşı tekeffül borcu⁷⁶ eser sözleşmesinin, niteliği dolayısıyla müteahhidi yükümlü kıldığı sonuç sorumluluğunun bir yansıması olarak, iş sözleşmesinden ayrılması bakımından önem arz etmektedir. Zira işçinin, işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak gereği gibi ifa ettiği iş görme ediminin sonucundan, kural olarak işverene ve üçüncü şahıslara karşı sorumluluğu bulunmamakta, böylelikle meydana gelen ayıplardan üçüncü şahıslara karşı işveren sorumlu olmaktadır. Ancak eser sözleşmesinde müteahhit, taahhüt ettiği niteliklerin eserde bulunmamasından iş sahibine karşı sorumlu tutulmakta ve bu durum ayıba karşı tekeffül hükümleriyle açıklanmaktadır. Nitekim müteahhit, işçiden farklı olarak iş görme sonucunu, kural olarak iş sahibinin emir ve talimatlarına bağlı olmaksızın

maddeten ve doğrudan doğruya iş sahibinin (ısmarlayanın) fiili egemenliğine sokulmasıdır. Bu konuda bkz., **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku I - Zilyetlik ve Tapu Sicili, Bası 5, Konya 2010, s. 61 vd.

⁷⁶ Eser sözleşmesinde de müteahhit, satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı sorumluluğundaki gibi, eserde ortaya çıkan “zikir ve vaadolunan ayıplarla, eserin lüzumlu vasıflarına ilişkin ayıplar”dan sorumludur. Borçlar Kanunu eser sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcunu, satım sözleşmesindeki benzer biçimde düzenlediğinden, eser sözleşmesindeki ayıplar da maddî, hukukî yahut ekonomik nitelikte olabilir. **Tandoğan**, s. 166-167. Proje dışı ve ruhsatsız yapılan işlerin hukukî ayıp oluşturacağı konusunda bkz., Y. 15HD. 04.03.1996, E. 424/K. 1062, (YKD., 1997, S. 1, s. 64-65).

kendi başına meydana getirmekte ve yalnızca eserin, vasıf ve nitelikleri bakımından taahhütte bulunmaktadır. Bu açıdan meydana getirip teslim ettiği eserin taahhüt edilen vasıfları taşımamasından, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmaktadır. Başka bir ifade ile müteahhidin sorumluluğu sonuca yöneliktir; yani müteahhidin, teslim ettiği eser bakımından, eser sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu daha ziyade “*sonuç sorumluluğu*” olarak adlandırılmakta, özen sorumluluğu ise iş sözleşmesinden kaynaklanan “*işçinin özen sorumluluğu*” kadar ayırt edici nitelik taşımamaktadır.

Teslim edilen (bütünüyle tamamlanmış) eser, müteahhidin taahhüt ettiği nitelikleri ve sözleşmede öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli unsurları taşııyorsa müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu ortaya çıkar⁷⁷. Bu yönüyle “*ayıp*”, sözleşmede üzerinde anlaşılan veya lüzumlu olan niteliklerin teslim edilen eserde bulunmamasıdır.

Müteahhidi ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutabilmek için, meydana getirilen eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz anılan eseri muayene ve kusurları (ayıpları) varsa bunları müteahhide bildirmek zorundadır (BK.m.359/f.1). Eserdeki kusur, daha sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, aynı şekilde ayıba vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide bildirmeye mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır ve müteahhidin ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan sorumluluğunu ileri süremez (BK.m.362/f.son).

2. İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Borçları (Ücret Ödeme Borcu)

BK.m.364-366 hükümleri esas itibariyle, eser sözleşmesinde iş sahibinin ücret ödeme borcunu düzenlemektedir. Ancak iş sahibinin, teknik anlamda bir borç niteliğinde olmamakla birlikte, daha önce de değinildiği üzere ihbar yükümlülüğü, eseri teslim alma gibi kimi yan

⁷⁷ Yavuz, s. 284.

mükellefiyetleri bulunmaktadır. Burada sadece iş sahibinin eser sözleşmesinden kaynaklanan temel borcu olan “*ücret ödeme borcu*”na değinilecektir.

Eser sözleşmesinin tarafları ücret miktarını, yaptıkları sözleşmede açıkça belirtebilecekleri gibi sözleşmede, bir eser sözleşmesinin varlığına rağmen, ücretin miktarına ilişkin herhangi bir hüküm getirmemiş olabilirler. Tarafların sözleşme ile ücretin miktarını götürü olarak veya yaklaşık (takribi) olarak tespit etmeleri de mümkündür.

Tarafların sözleşmede ücretin miktarını belirlememiş olmaları durumunda ücret, BK.m.366 uyarınca, eserin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir. Böylece ücretin miktarının istisna sözleşmesinde önceden belirtilmediği durumlarda iş sahibi, sonradan işin değerine ve o iş için yaptığı masraflara göre tayin edilen ücretin, umduğundan fazla olduğu ihtimallerde bile⁷⁸, bu ücreti ödemek zorunda olacaktır.

Sözleşmede ücretin miktarı götürü olarak belirlenmişse⁷⁹ müteahhit, meydana getirilecek eseri kararlaştırılan fiyata yapmak zorundadır (BK.m.365). Bu durumda, meydana getirilen eser, kararlaştırılan fiyattan daha fazla masraf bile gerektirmiş olsa müteahhit kararlaştırılan miktardan fazlasını talep edemez. Aynı şekilde eserin meydana getirilmesi için gereken masraf, kararlaştırılan meblağdan daha az olsa bile iş sahibi kararlaştırılan ücretin tümünü ödemek zorundadır (BK.m.365/f.1, son). Öte yandan BK.m.365/f.2’de götürü ücretli eser sözleşmelerinde önceden öngörülemeyen haller dolayısıyla ücretin artırılması veya sözleşmenin feshi imkânı getirilmiş bulunmaktadır.

⁷⁸ Yavuz, s. 293.

⁷⁹ Ücretin götürü olarak belirlenmiş olması, meydana getirilecek eser bedelinin önceden ve kesin olarak tespit edilmiş olması anlamına gelmektedir. Bu bedel, eserin tamamı için toptan tespit edilen bir rakam olabileceği gibi birim fiyat üzerinden hesaplanacak bir rakam da olabilir. Ücretin para ile değil de bir şeyin veya başka bir eserin verilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda da yine ücretin götürü olarak tespiti söz konusudur. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Olgaç, s. 81-86.

Ücretin ödeme zamanına ilişkin düzenleme Borçlar Kanununun 364.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “işin parası teslim zamanında ödenir” (f.1). “Yapılan şey parça parça teslim edildikçe bedeli ifa olunmak üzere mukavele edilmiş ise her kısmın bedeli o kısmın teslimi zamanında ödenmek lazımdır” (f.son). Bu açıdan müteahhidin ücret alacağı, eserin tamamlanması zamanında değil, teslim zamanında muaccel olmaktadır.

Eser sözleşmesinde ücretin ödeme (ifa) yeri, tarafların açık veya örtülü arzusuna göre tayin edilir. Aksine bir düzenleme mevcut olmadığı surette ödeme, alacaklının verme zamanında ikamet ettiği yerde gerçekleştirir (BK.m.73/f.1, b.(1)). İş sahibi ücretin ödenmesinde temerrüde düşerse müteahhit, BK.m.106’daki seçimlik haklardan birini kullanabilir. Bu açıdan eser sözleşmesinde temerrüt meselesi, genel hükümler dairesinde çözümlenir.

Taşınır eser teslimini konu edinen eser sözleşmelerinde ücretini kısmen veya tamamen almadan eseri teslim eden müteahhit, ücret alacağını mülkiyeti saklı tutma anlaşmasıyla teminat altına alabilir. Taşınır eserlerin onarımında veya işlenmesinde müteahhit, ücret alacağının teminatı olarak eser üzerinde hapis hakkını kullanabilir (MK.m.864). Taşınmazlardaki yapı ve tamirat işlerinde müteahhit, iş sahibinden olan alacağı için taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkından yararlanabilir (MK.m.807/b.3).

III. İŞ SÖZLEŞMESİ İLE ESER SÖZLEŞMESİNİN AYIRT EDİLMESİ⁸⁰

A. Unsurları Bakımından

İş sözleşmesi ile eser sözleşmesini ayırt etmede kullanılan kıstaslardan birisi “*sürelî hizmet (çalışma) - zaman (devamlılık)*” olgu-

⁸⁰ Mukayeseli hukuk açısından bkz., Collins, Hugh, “Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegrations to Employment Protection Laws”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.10, No.3, 1990, pp.353- 380.

sudur⁸¹. İş sözleşmesinde, işçinin yüklendiği edimin ifa edilmesi daima, devamlılık arz eden bir süreç içerisinde gerçekleşir. İş görme ediminin süresinin, taraflarca belirlenmiş olup olmaması, anılan edimin devamlılık vasfını etkilemez. Aynı şekilde işçinin iş görme borcunun ani edim niteliği taşıması da, anılan devamlılığa etki etmez⁸². Zira iş sözleşmesinde iş görme borcunun içeriği, bir sürece yayılmış edimleri ihtiva eder⁸³. Zaman unsuru, niteliği gereği bir hukukî devamlılığı bünyesinde barındırdığından, rastlantısal (fiilî) devamlılıktan ayırt edilmesi gerekir. Bu bakımdan belirli bir kişiye, aynı işverene karşı, hukukî devamlılık arz etmeksizin, rastlantısal olarak birden fazla iş görme ediminin denk gelmiş olması, iş sözleşmesinden ziyade bir eser sözleşmesinin varlığına delalet edebilir.

⁸¹ Y. 10HD. 01.07.1974, E. 3612/K.4738, (YKD., Şubat 1975, s. 110) ; Y. HGK. 02.02.2005, E. 10-737/K.26, (Kazancı Bilişim İctihat ve Mevzuat Programı); Y. 9HD. 09.02.1999, E.18888/K.1810, (Kazancı Bilişim İctihat ve Mevzuat Programı); Y. 9HD. 20.06.1996, E. 3092/K. 1411, (YKD., Kasım 1996, s. 1735); Y. 10HD. 10.05.2005, E.2077/K.5234, (Kazancı Bilişim İctihat ve Mevzuat Programı); Y. 13HD. 20.09.1991, E. 6640/K. 8202, (YKD., Şubat 1992, s. 234); Y. 10HD. 24.01.1974, E.199/K.1274, (YKD., Temmuz 1975 s. 81); Y. 10HD. 22.01.2001, E. 2000/K. 8477, (YKD., Eylül 2002); Y. 10HD. 04.02.2002, E. 112/K.618, (YKD., Temmuz 2002, s. 1041); Y. HGK. 06.10.2004, E. 10-503/K. 488, (Kazancı Bilişim İctihat ve Mevzuat Programı); Y. HGK. 15.06.2005, E.21-310/K. 387, (Kazancı Bilişim İctihat ve Mevzuat Programı).

⁸² **Uyumaz**, s. 526.

⁸³ "Bazı durumlarda iş sözleşmesinin belirgin niteliğini zaman unsurunun ortaya çıkarmadığı gözlenebilir. Gerçekten ücret borcunun zamana göre değil de parça başına kararlaştırıldığı sözleşmelerde ya da çalışanın çalışma süresi içinde durmaksızın belli adette eşya veya parça üretmesi durumunda zaman unsuru ayırıcı bir ölçüt olmaktan uzaklaşacaktır. Yine de iş sözleşmesini, iş görmeye ilişkin diğer sözleşmelerden ayıran bir ölçüt olarak zaman unsurunun önemi yadsınamaz.", **Uyumaz**, s. 527, (naklen). Karşı görüş için bkz., **Soyer**, Polat, Karar İncelemesi, Y. 10HD. 14.12.1973, E. 5183/K. 3154, YHD., S. 4, s. 515.

İş sözleşmesi, belirli ya da belirsiz bir süre için hizmeti (iş görmeyi) konu edinmişken⁸⁴, eser sözleşmesinde önemli olan hukuki bir bütünlük arz eden bir iş görme sonucunun meydana getirilmesidir⁸⁵. Başka bir deyişle iş sözleşmesinde, sürdürülen, devamlılık arz eden bir hizmet (çalışma), eser sözleşmesinde ise işten meydana gelen sonuç önemlidir⁸⁶. Bu açıdan iş sözleşmesi kural olarak zamana göre kararlaştırıldığı için ancak (belirli veya belirsiz) süreli bir iş görmenin söz konusu olduğu hallerde bir iş sözleşmesinin varlığından bahsedilir⁸⁷. Şayet anılan sözleşme devamlılık arz eden bir süre için iş görmeyi değil de bağımsız olarak belirli bir sonucun meydana getirilmesini konu ediniyorsa, kural olarak eser sözleşmesi şeklinde nitelendirilir⁸⁸.

İş sözleşmesi ile eser sözleşmesini, unsurları bakımından ayırt etmeye yarayan bir diğer öge de kendisini "*bağımlılık*"⁸⁹ ilişkisinde gösterir⁹⁰. İş sözleşmesi dolayısıyla işçi, iş aletlerinin seçiminde, işin

⁸⁴ **Mollamahmutoglu**, Hamdi, İş Hukuku, B. 2, Ankara 2005, s. 199.

⁸⁵ **Akyazan**, Sıtkı, İstisna Akitleri, AD., 1967, S. 1-12, s. 377.

⁸⁶ Y. HGK. 27.09.1978, E.10-196/K.772, "...sözü edilen iki tür sözleşmeyi birbirinden ayırmada hizmet sözleşmesinin bir hizmeti konu edinmiş olmasını eser sözleşmesinden ise bir işi, belirli bir iş sonucunu meydana getirmenin önemli bulunduğunu göz önünde tutmalıdır.", (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun On Yıllık Emsal Kararları, 1975-1984, s. 245-246).

⁸⁷ **Tunçomağ**, s. 841.

⁸⁸ **Uyumaz**, s. 527.

⁸⁹ İş sözleşmesinde bağımlılık unsuruna ilişkin detaylara, çalışmanın önceki bölümlerinde değinilmiş olduğundan burada üzerinde durulmayacaktır.

⁹⁰ Y. 10HD. 04.02.2002, E. 112/K.618, "...Hizmet akdinin belirleyici özelliği "zaman" ve "bağımlılık" unsurlarıdır. Buna göre, belli ya da belirsiz bir süre ile işgücünü sunan kimse yani sigortalı ile bunu kabul eden kimse ya da kimseler arasındaki iş ilişkisini hizmet akdi olarak tanımlamak mümkündür. Bağımlılık unsurunun var olabilmesi için işverenin her an ve halde çalışanı denetleme ve isteğine göre sigortalıya iş edimini yaptırma gücünün varlığı şarttır. Maddi olayda davacının bütün eksperisi olduğu ve adına düzenlenen vekâletnamelere dayanarak davalı şirketler adına bütün

mubayaa ettiği ve buna bağlı sair işleri yaptığı, tesbiti istenen dönem içerisinde davacının belli sürelerle gelir vergisi mükellefi olduğu anlaşılmaktadır. Davacı ile davalı işverenler arasındaki iş ilişkisinin niteliğini tayin ve tespit etmek mahkemeye ilişkin bir görevdir. Her ne kadar davacının vergi mükellefi olduğu dönemler dışlanarak davanın kabulüne karar verilmiş ise de, davacı ile davalı işverenler arasındaki hukuki ilişkinin niteliği bir başka anlatımla hizmet akdi mi vekâlet akdi mi olduğu konusu yeterince tartışılmamıştır. Açıklanan nedenlerle mahkemenin eksik inceleme sonucu, davanın kısmen kabulüne karar vermiş olması usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir...”, (YKD., Temmuz 2002, s. 104). Y. HGK. 16.04.2003, E. 9-308/K. 303, “...Gerçekten; davanın hukuksal dayanağını oluşturan 1475 s. İş Kanunu, 506 s. Sosyal Sigortalar Yasası ile 1479 s. Bağ-Kur Kanunu; bir kimsenin hangi hallerde işçi ve buna bağlı sigortalı, hangi hallerde işçi statüsü dışında kendi adına bağımsız çalışıp kazanç sağlayan kişi sayılacağını açık ilke ve karineler ile belirlemiştir. Belirtilen Yasaların gösterdiği ilke ve esaslar çerçevesinde Yargıtay’ın bugüne değin ortaya koyduğu içtihatlar ile bir kimsenin işçi sayılabilmesi 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 belli bir zaman dilimi içinde iş gücünü bir işveren emrine tahsis etmesi, bağımlılık unsurundan amaç ise çalışan kişinin işveren emir ve talimatları doğrultusunda çalışmasını sürdürmesidir. Görülen iş karşılığı işverenin belirli bir zaman dilimi için ödemiş olduğu bedel ise ücret unsurunu oluşturur. Belirtilen unsurlara göre bir veya birden ziyade işveren emrinde çalışmasını sürdüren kişiler işçi statüsünde kabul edilir...”, (Kazancı Bilişim İctihat ve Mevzuat Programı). Y. 21HD. 08.06.2000, E. 4584/K. 4611, “...Davacının; davalı işverene ilişkin işyeri ile ilgili parça başına ücret almak suretiyle çalıştığı, satılan giysilerin düzeltim işlerini evinde yerine getirdiği, sürekli bir iş karşılığı ve belli ücretle çalışma olmadığından; sigortalılık isteminin reddine karar verilmişse de bu sonuç usul ve kanuna uygun değildir. Gerçekten, davanın kanuni dayanağını oluşturan 506 s. Sosyal Sigortalar Yasasının 2. maddesine göre; bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için bir veya daha fazla işveren nezdinde eylemli şekilde hizmet akdine dayalı çalışmasının saptanması zorunludur. Hizmet akdinin unsurları ise belli bir işverene “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarına göre çalışma esasına göre belirlenmiştir. “Bağımlılık”tan amaç bir işverenin göstereceği işi, emir ve talimatına göre yerine getirmek ve onun buyruğu

düzenlenmesinde, çalışma yöntem ve biçimlerinin belirlenmesinde ve işin görülmesinde, işverenin emir ve talimatlarına sıkı sıkıya uymakla mükelleftir. Başka bir deyişle işçi, iş sözleşmesi dolayısıyla mükellef olduğu iş görme edimini, işverenin gözetimi altında ve ona bağlı olarak ifa eder. Bu açıdan iş görme ediminin borçlusu konumunda olan işçi, edimin planını kendisi organize edememekte, onun faaliyeti işveren tarafından planlanmaktadır. İşçi, işverenin emir ve talimatları ile özen yükümlülüğüne uygun olarak iş görme faaliyetinde bulunduğu takdirde, istenilen sonucun ortaya çıkmaması, mutlaka onun borcunu ifa etmemiş olması anlamına gelmez⁹¹. Buna karşılık müteahhit, eser sözleşmesinden kaynaklanan iş görme ediminin ifasında tek başına ve işçiye kıyasla daha bağımsız olarak çalışır⁹².

altında bulunmaktadır. Bu işin belirli bir zaman kesiti içinde yerine getirilmesi ve yerine getirmek üzere hazır vaziyette beklemek; hizmet akdinin zaman unsurunu oluşturur. Ücretin varlığı ve biçimi hizmet akdinin zorunlu unsuru olarak kabul edilemez. Ancak, akdin kanıtlanması yönünden rol oynayabilir. Dava konusu olayda; davacının; konfeksiyon işyerinin; zorunlu elemanı olarak satılan parçaların düzeltim işinde istihdam edildiği açıkça anlaşılmaktadır. İşyerinin çalışma saatlerine uygun olarak, davacının çıkacak işleri gördüğü ve görmek üzere hazır bulunduğu dinlenen davacı ve davalı tanıklarca doğrulanmaktadır. Düzeltim işinin; işyeri ve davacının evinde yapılması giderek parça başına ücret ödenmesi işin hizmet akdi niteliğini etkilemez. Davacının belirli bir işi işverenin emir ve talimatı doğrultusunda yerine getirmesi ve bunu bir çalışma günü içinde yerine getirmek üzere hazır olması karşısında; davacının çalışma olgusu ve buna bağlı hizmet akdinin ortaya çıkması sonucu istemini esastan kabul etmek gerekirken aksine görüşle davanın reddi usul ve kanuna aykırıdır...”, (YKD., Ocak 2001, s. 89). Anılan iki sözleşmeyi ayırt etmek için “bağımlılık” ölçütünün kullanılmasının yerinde olmadığı yönünde bkz., **Tunçomağ**, s. 841 vd.

⁹¹ **Tandoğan**, s. 24.

⁹² **Zevkliler**, s. 68. Öte yandan “bağımlılık” unsurunun, ayırıcı bir kriter olarak tek başına, iş görmeyi konu edinen sözleşmelerin birbirinden ayrılmasında yeterli olmadığı, zira bağımlılığın, mevki ve işin niteliği gibi faktörlere bağlı olarak, her iş ilişkisinde farklı yoğunluğa sahip bulunduğu, bu

Müteahhit, kararlaştırılmış olan sonucu meydana getirmek için gerekli olan iş aletlerinin seçimi, işin düzenlenmesi ve yardımcı şahısların belirlenmesi (çalıştırılması) gibi konularda, işverenin bazı direktiflerine tabi olabilse de, özü itibariyle onun talimatlarıyla bağlı değildir⁹³. İş sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesi, önceden belirlenmiş olan ve hukuki bir bütünlük teşkil eden bir "emek sonucu" nun meydana getirilmesini hedef tutar ve bu sonucun ortaya çıkması müteahhidin borcunu ifa etmediği anlamını taşır⁹⁴. Öte yandan müteahhit, iş sahibine bağımlı durumda olmadığından iş sahibi, onun iş görürken yaptığı zarardan BK.m.55'e göre sorumlu tutulamaz⁹⁵.

Yargıtay, yerleşmiş içtihatlarında, iş ve eser sözleşmelerinin ayırt edilmesi bakımından, "zaman" ve "bağımlılık" unsurlarını birlikte ele almakta ve bu iki unsurdan birini diğerine tercih etmeksizin eş değerde nazara almaktadır⁹⁶.

İş ve eser sözleşmelerinin ayırt edilmesi bağlamında önem arz eden bir diğer unsur ise "ücret" tir. İş sözleşmesinde işveren, ücret ödeme borcunu nakden (para ile) yerine getirmekle yükümlüdür. Eser sözleşmesinde ise iş sahibi, karşı edimini nakdi bir ödemeyele gerçekleştirebileceği gibi aynı edimde bulunması da taraflarca karar-

nedenle, işçinin işletme hiyerarşisinde işgal ettiği mevki yükseldikçe işverene bağımlılığının aynı oranda azalacağı ve edimini ifade aynı oranda serbestiye kavuşacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Uyumaz**, s. 508; **Mollamahmutoglu**, Hamdi, Hizmet Sözleşmesi (Hizmet), Ankara 1995, s. 21.

⁹³ **Reisoğlu**, s. 56; **Uyumaz**, s. 521.

⁹⁴ **Tunçomağ**, s. 840; **Tandoğan**, s. 24; **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, Bası 6, Konya 2010, s. 224.

⁹⁵ Y. 4HD. 31.03.1975, E. 1489/K. 4116, (ABD., 1975, s. 888-890).

⁹⁶ Y. 10HD. 04.02.2002, E. 112/K. 618, (YKD., Temmuz 2002, s. 104); Y. HGK. 16.04.2003, E. 9-308/K. 303; Y. 21HD. 08.06.2000, E. 4584/K. 4611, (YKD., Ocak 2001, s. 89); Y. HGK. 02.02.2005, E. 10-737/K. 26, (YKD., Kasım 1996, s. 1735).

laştırılabilir. Nitekim Borçlar Kanunu, iş sahibinin yükümlülüğünü “*semen*” tabiri kullanarak betimlemiştir. Ancak özellikle parça başına ücretin kararlaştırıldığı sözleşmelerde iş veya eser sözleşmesi niteliğinin bulunduğu tespitini güçlük yaratabilmektedir. Parça başına çalışan işçi, eser sözleşmesinden farklı olarak kendisine yeterli iş verilmesini (BK.m.324), kusuru olmaksızın kısa süre çalışmazsa o süre için de ücret verilmesini (BK.m.328), feshi bildirme sürelerine uyulmasını (BK.m.340) isteyebilir⁹⁷.

Tarafların, aralarında yapmış oldukları sözleşmeye ilişkin hukuki nitelendirmeleri, anılan sözleşmenin iş yahut eser sözleşmesi niteliğinde bulunup bulunmadığı konusunda bağlayıcılık arz etmektedir. Sözleşmenin niteliği, tüm unsurlar göz önünde bulundularak belirlenir⁹⁸.

⁹⁷ Y. 9HD. 04.02.1986, E. 985/K.1162, “Parça başına çalışmalar da hizmet akdi kavramı içindedir. Böyle olunca davacı iş akdi ve İş Kanununa dayanarak işçilik haklarını isteyebilir.”, (Tekstil - İşveren, Ekim 1986, S. 103, s. 16-17). Y. 9HD. 27.02.1978, E.2806/K.3343, “Dava konusu olayda davacı, davalı işverene ait atölyede onun gözetim ve denetimi altında parça başı ücret sistemi içerisinde çalışmaktadır. Bu sebeple aradaki ilişki hizmet akdi ilişkisidir.”, (Narmanlıoğlu, s. 145, dn.45). Bu konudaki diğer kriterler için bkz., **Tandoğan**, Halûk, “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden ayırt edilmesi” (İstisna Akdi), İ. Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 326.

⁹⁸ Y. HGK. 16.04.2003, E. 9-308/K. 303, “...Dava konusu uyuşmazlık ile ilgisi nedeniyle, hemen belirlemek gerekirse; bir limited şirket ortağı kural olarak kendi adına bağımsız çalışan kişi kabul edilir ve işçi statüsünde sayılamaz. Zira bir kişinin hem kazanç sağlayan bir şirketin ortağı hem de bu şirketin işçi statüsünde çalışanı olarak kabul mümkün değildir. Başka bir anlatım ile işverenlik ve işçi statüsünün aynı kişide birleşmesi yasalarca mümkün bulunmamaktadır. Ne var ki, kural belirtilen biçimde olmakla birlikte, iş hayatında ayrık durumların ortaya çıkması mümkündür. Bir kimsenin biçimsel anlamda limited şirket ortağı gözükmemesine karşın, bağımlı çalışma koşulları ve aldığı ücret, bağımsız çalışma ve kazanç sağlama durumundan baskınca bu takdirde salt, ortaklık statüsünden hareketle sonuca gidilemez. Hukuksal statüsü belirlenmek istenilen kişinin; şirket içindeki pozisyonu,

gördüğü iş, çalışma koşulları, aldığı ücret birlikte değerlendirilerek ekonomik yaşamının ne biçimde sürdürüldüğü ortaya konularak sorun çözümlenir. Sembolik sayılabilecek bir oranda limited şirket ortağı gözükmeye karşın kişinin, yasaların öngördüğü anlamda ve yukarıda unsurları ortaya konduğu şekilde hizmet akdine göre çalıştığı belirlendiği takdirde, kanuni karinenin aksi kanıtlanmış kabul edilerek kişi, 1475 s. Kanunun öngördüğü anlamda işçi, giderek 506 s. Kanuna uygun sigortalı sayılır, Dava konusu olaya gelince; dosyadaki bilgi ve belgelerden; davacının hukuksal konumu yeterince ortaya çıkmamaktadır. Davacının her ne kadar işçi statüsünde olduğu ileri sürülmekte ise de; ortağı olduğu limited şirkette %25 gibi önemli bir pay sahibi bulunmaktadır. Bu halde davacının ekonomik hayatında hangi tür çalışmanın egemen olduğu açıkça ortaya konmalıdır. Bu nedenle, öncelikle, davacının mensup olduğu limited şirketin ticari kayıtları, defterleri, kar ve zarar durumu, vergi beyannameleri, ortaklar pay ve adet durumu incelenmeli davacının buna göre gerçek durumu saptanmalıdır. Davacının çalışma biçimi ve bunun karşılığı aldığı ücret ile şirket ortağı olarak sağladığı kazanç ve kâr durumu, sahip olduğu hisse oranı, şirketteki konumu karşılaştırılmalı ve sonuçta limited şirket ortaklığı ekonomik yaşamında baskın çıktığı takdirde, davacının işçi statüsünde bulunmayıp, tamamen ticari amaçla kazanç sağlayan ve bağımsız çalışan bir kişi olduğu kabul edilmeli ve dava reddedilmeli aksine, hizmet akdi altında bağımlı ve ücrete göre çalışmasının egemen olduğu sonucuna ulaşıldığında işçi sayılarak, buna bağlı hakları kabul edilmelidir...”, (Kazancı Bilişim İctihat ve Mevzuat Programı). Y. 9HD. 16.11.2001, E. 14228/K. 17344, “...Bundan başka davalı tarafından düzenlenen çok sayıda iş bitirme belgesinde yapılan işin adı “işçilik hizmeti temini” olarak gösterilmiştir ki, yapılan tüm bu açıklamalara göre işletmenin işgücü açığının hizmet alım sözleşmeleri yapılarak giderilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bununla beraber işin bir bölümünün devri ya da belirli bir işin gördürülmesi biçiminde gerçek bir ihaleden söz edilmesi olanağı bulunmamaktadır. Yapılan bu uygulamanın, davalı işverenin muvazaalı yoldan işçi istihdamını sağlamaya yönelik olduğu açık seçik ortadadır. Böyle olunca hizmet akdi ile çalıştırıldığı iddia edilen işverenin, alt işveren değil, davalı adına hareket eden bir kişi konumunda olduğu ve davalının da gerçek işveren sayılması gerektiği düşünülmelidir. Yerel mahkemece bu somut olayda davalının gerçek işveren olduğu, yapılan ihale sözleşmelerinin muvazaaya dayandığı sonucuna varılması isabetlidir...”, (Kazancı Bilişim İctihat ve Mevzuat Programı).

B. Doğurdukları Yükümlülükler (Sonuçları) Bakımından

Belirtildiği gibi iş sözleşmesi, belirli olsun ya da olmasın bir zaman kesiti içerisinde, işverenin sevk ve idaresi altında özenle gerçekleştirilen iş görmeleri (çalışmaları) konu edinir. Bu açıdan işçi, iş sözleşmesi dolayısıyla yerine getirmekle mükellef olduğu borcu, işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak ve özenle çalışmak kaydıyla gereği gibi yerine getirmiş olur. Bu çalışma dolayısıyla ortaya çıkan sonuç, işverenin beklediği gibi olmasa hatta ortaya herhangi bir sonuç çıkmasa bile işçi, iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmiş olur ve bu sonuçtan doğan herhangi bir sorumluluğu bulunmaz. Eser sözleşmesi ise müteahhide, işçiye nazaran daha bağımsız çalışma alanı sunar ve müteahhit, bu bağımsız çalışması ile, taahhüt ettiği sonucu meydana getirme borcu altına girer. Dolayısıyla müteahhit, meydana gelen emek sonucunun, taahhüt ettiği gibi olmamasından sorumludur. “sonuç sorumluluğu” olarak adlandırılan bu olgu müteahhidin “ayıba karşı tekeffül” borcunu doğurur. Ayıba karşı tekeffül, müteahhidin, meydana getirdiği eserin eser sözleşmesi ile taahhüt ettiği nitelikleri taşımaması halinde iş sahibine karşı olan sorumluluğudur ki sonuçları bakımından eser sözleşmesini iş sözleşmesinden ayıran en önemli öge anılan bu sonuç sorumluluğu yani ayıba karşı tekeffül borcudur.

SONUÇ

İş Kanununa göre “iş sözleşmesi”, “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da (işveren) ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmaktadır (İK.m.8/f.1) .

İş Kanununda yer alan tanım uyarınca iş sözleşmesi “iş”, “ücret” ve “bağımlılık” unsurlarını ihtiva eder. İş sözleşmesinin unsurları, aynı zamanda anılan sözleşmenin ayırt edici özellikleri olup, tarafların, aralarında kararlaştırmış oldukları ilişkinin iş ilişkisi olarak tasnif edilip edilemeyeceği noktasında önem arz ederler. Buna göre

taraf, aralarındaki ilişkiyi “iş ilişkisi” olarak nitelendirirler ve karşılıklı olarak açıkladıkları iradeleri doğrultusunda bir “iş sözleşmesi” akdetmiş olduklarını beyan etseler bile, anılan unsurları ihtiva etmeyen hukuki ilişkinin “iş sözleşmesi” olarak tasnif edilmesi söz konusu olmayacaktır.

İş sözleşmesinin asli unsuru olarak “iş” kavramı geniş anlamda, “karşı taraf için ekonomik değeri olan her türlü insan emeği” biçiminde tanımlanır. İş Kanunu ücreti tanımlarken, “bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.” ifadesini kullanmıştır (İK.m.32/f.1). Bağımlılık unsuru ise, iş sözleşmesini, konusu iş görmeye dayanan diğer sözleşmelerden ayırt etmeye yarayan temel unsur olarak ifade edilmektedir. Gerçekten de sözleşmenin “ücret” ve “iş görme” unsurları, iş görmeyi konu edinen diğer sözleşmelerde de çoğu zaman bulunmaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesini, konusu emek (çalışma) olan diğer sözleşme tiplerinden ayırt etmek, bağımlılık unsuru sayesinde mümkün olmaktadır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsuru, işçinin, işverenin otoritesi altında iş görmesi, onun emir ve talimatlarına bağlı olarak çalışması anlamına gelir.

İş sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu açıdan iş sözleşmesi, işçi bakımından, “iş görme”, “emir ve talimatlara uyma (itaat)” ve “sadakat”; işveren açısından da “ücret”, “işçiyi gözetme” ve “eşit davranma (eşit işlem yapma)” gibi borçlar doğurur.

İşçinin, iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borcu “iş görme borcu”dur. Bu bakımdan iş görme borcu, iş sözleşmesinin temel (asli) unsurudur. İş sözleşmesinin kişisellik niteliği, işçinin, taahhüt etmiş olduğu işi kural olarak şahsen yapmakla mükellef olması zorunluluğunu doğurur. İşçinin yapacağı işin konusunu ve sınırlarını, taraflar aralarında anlaşarak tespit ederler. İşçi taahhüt ettiği işi özenle yapmak zorundadır. İşçi, özen borcuna aykırı davranışı dolayısıyla işverene verdiği zarardan sorumludur (BK.m.321/f.2). İşverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan yönetim hakkı karşısında işçinin, işverenin

emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü (borcu) bulunmaktadır. İşverenin emir ve talimatlar ile, kanun ve sözleşmelere aykırı olmak şartıyla, işin yürütülmesini ve işçilerin işyerindeki tutum ve davranışlarını belirleme yetkisine “*yönetim hakkı*” adı verilir. Sadakat borcu işçinin, işverenin ve işletmenin yararlarını koruma ve onlara zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü ifade eder. Zira iş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran niteliği, bu sözleşmenin tarafları arasında karşılıklı sadakatin varlığını gerekli kılmaktadır. Bu sadakat bağı işveren açısından işçiyi gözetme, işçi yönünden ise işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruma, işverene ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcu şeklinde kendisini gösterir.

İşçinin asıl borcu olan iş görme borcunun karşısında işverenin, ücret ödeme borcu yer alır. Zira ücret, hizmetin karşılığı olarak ifade edilmektedir. İş sözleşmesi çerçevesinde ücret, işçinin icra ettiği iş için işverenin ödemek zorunda olduğu karşılıktır. Bir kişinin ücret karşılığı olmaksızın çalışması halinde iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez. İşçinin işverene karşı, iş sözleşmesinden kaynaklanan “sadakat borcu”nun karşılığı olarak işverenin de “*işçiyi gözetme borcu*” yer almaktadır. Gözetme borcu, genel olarak işçinin, işverenin emir ve talimatı altında bulunduğu (iş görme borcunu ifa ettiği) sırada, işyerinden veya işten doğup, işçinin hayat, vücut bütünlüğü ve sağlığını ihlal edebilecek tehlikelerin önlenmesi şeklinde tanımlanmaktadır. İşverenin aynı işyeri veya işletmede çalışan işçilere, objektif ve haklı olmayan sebeplere dayanarak farklı işlem yapması yasaktır. Dolayısıyla işveren, emir ve talimatları altında çalıştırdığı işçilere eşit davranmak, onlara eşit işlem yapmak zorundadır. İş sözleşmesi, yukarıda açıklanan yükümlülüklerle ek olarak işverene kimi borçlar daha yüklemektedir. Örneğin işverenin, işi bizzat kabul borcu (BK.m.320/f.2), işçiyi alet ve malzeme temin etme borcu (BK.m.331/f.1), işçiyi çalışma belgesi verme borcu (BK.m.335, İK.m.28), buluş yapan işçiyi uygun bir karşılık ödeme borcu (BK.m.336) gibi borçları bulunmaktadır.

BK.m.355’de yer alan tanıma göre eser sözleşmesi “...bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder”. Eser sözleşmesiyle müteahhit (yüklenici, ısmarlanan) iş sahibi için bir iş görmeyi üstlenmektedir. Fakat buradaki iş görmenin özelliği, müteahhidin bu iş görmeyle, belirli bir sonucu yaratmayı borçlanmış olmasıdır ki bu sonuç Borçlar Kanununda “şey (yapıt) tabiriyle adlandırılmıştır. Eser sözleşmesinin kendine özgü olan ve onu iş görmeyi konu edinen diğer sözleşmelerden ayıran da işte bu objektif olarak gözlenmesi mümkün olan “sonuç”tur.

İvazlı bir sözleşme olan eser sözleşmesinde bir şey imal etme (bir eser meydana getirme) edimi ile ücret taahhütleri karşılıklı edimler niteliğindedir. Belirli bir emek sonucunun ivazsız olarak meydana getirilmesi taahhüt edilmişse kural olarak bir eser sözleşmesinden değil vekâlet sözleşmesinden bahsedilir. Eser sözleşmesinin meydana gelmesi için tarafların, meydana getirilecek eser ve karşılığında ödenecek ücret konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Bu sözleşmenin taraflarını, bir eser meydana getirme borcu altına giren “müteahhit (yüklenici)” ile eser karşılığında ücret ödemeyi taahhüt eden “iş sahibi (ısmarlayan)” teşkil eder.

Eser sözleşmesinde müteahhit belirli bir sonucu yani eseri meydana getirmekle ve bu sonuç maddi bir şeyde kendisini gösteriyorsa o şeyi teslim etmekle yükümlüdür. Bu açıdan müteahhidin bir eser meydana getirmek ve o eseri teslim etmek olmak üzere başlıca iki ana borcu bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu iki ana borçtan doğan ve bu borçların sözleşmeye uygun olarak ifa edilebilmesini sağlayan bir takım yan borçların da varlığı görülmektedir. Şöyle ki müteahhit, işi sadakat ve özenle yapma, işi bizzat yapma, araç, gereç ve malzeme sağlama, genel ihbar yükümlülüğü, işe zamanında başlama ve devam etme, ayıba karşı tekeffül gibi yan borçlardan sorumludur. Her ne kadar kanunda açıkça gösterilmemiş olsa da, eser sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi niteliğinde bulunması dolayısıyla müteahhidin, işi, kendisine gösterilen güvene uygun olarak iş

sahibine sadık bir biçimde yapması gerekir. “*Sadakat borcu*”, iş görenin (müteahhidin), iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak yükümlülüğünü ifade eder. Eser sözleşmesinden doğan sadakat borcu ile özen borcu birbirine sıkı surette bağlıdır. Borçlar Kanunu müteahhidin, işin sonucundan sorumlu tutulmasını sağlayan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yanında, ayrıca onun işinde gerekli özeni göstermemesinden kaynaklanan sorumluluğunu öngörmüştür. BK.m.356/f.1’de müteahhidin “*özen borcu*”, “*müteahhidin mes’uliyeti, umumi surette, işçinin hizmet akdindeki mes’uliyetine dair olan hükümlere tabidir.*” şeklinde ifade edilmiştir. BK.m.356/f.2 uyarınca “*müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptıрмаğa mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir*”. Aksine adet veya sözleşme olmadıkça müteahhit, meydana getirilecek eserin yapılması için gerekli olan araç, gereç ve malzemeyi, masrafı kendisine ait olmak üzere tedarik etmekle yükümlüdür (BK.m.356/f.son). BK.m.357/f.son uyarınca “*iş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecbur, aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir.* Müteahhidin bu borcuna aykırı davranması, BK.m.96 vd. hükümlerine göre sorumlu olması sonucunu doğurur. BK.m.74 gereğince sözleşme konusu eserin teslimi için sözleşmede belirli veya belli edilebilir bir süre kararlaştırılmamış ve işin niteliğinden de böyle bir süre anlaşılmıyorsa sözleşme yapılır yapılmaz işe başlanması gerekir. Teslim süresi belli (kararlaştırılmış) işlerde ise müteahhit, iş zamanında başlamaz veya sözleşme şartlarına muhalif olarak işi geciktirir yahut iş sahibinin kusuru olmadan kaynaklanan gecikme, müteahhidin işi zamanında bitirmesine olanak vermeyecek derecede olursa iş sahibi, teslim için kararlaştırılan zamanı beklemeye mecbur olmaksızın sözleşmeyi feshedebilir (BK.m.358/f.1). Müteahhidin eseri teslim borcu, onun, eser sözleşmesinden kaynaklanan ana borçlarından

ki müteahhidin bu borcunu yerine getirmiş olması için, meydana getirdiği eseri, ifa amacı ile iş sahibinin emrine vermiş olması ve iş sahibinin eser üzerindeki dolaysız zilyetliğini sağlamış olması gerekir. Teslim sadece tamamlanmış eserler bakımından söz konusu olur. Tamamlanmamış eserler üzerinde sağlanan fiili hâkimiyet, teslim niteliğinde olmayıp, eserin tamamlanmadan iş sahibinin fiili hâkimiyetine sunulması halinde yerine göre “müteahhidin özen borcuna aykırılığı” hükümleri veya BK.m.96 vd. düzenlemeleri anlamında “sözleşmeye aykırılık” hükümleri uygulanır. Ayıba karşı tekeffül borcu eser sözleşmesinin, niteliği dolayısıyla müteahhidi yükümlü kıldığı sonuç sorumluluğunun bir yansıması olarak, iş sözleşmesinden ayrılması bakımından önem arz etmektedir. Zira işçinin, işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak gereği gibi ifa ettiği iş görme ediminin sonucundan, kural olarak işverene ve üçüncü şahıslara karşı sorumluluğu bulunmamakta, böylelikle meydana gelen ayıplardan üçüncü şahıslara karşı işveren sorumlu olmaktadır. Ancak eser sözleşmesinde müteahhit, taahhüt ettiği niteliklerin eserde bulunmamasından iş sahibine karşı sorumlu tutulmakta ve bu durum ayıba karşı tekeffül hükümleriyle açıklanmaktadır. Teslim edilen (bütünüyle tamamlanmış) eser, müteahhidin taahhüt ettiği nitelikleri ve sözleşmede öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli unsurları taşıyorsa müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu ortaya çıkar.

BK. m.364-366 hükümleri esas itibariyle, eser sözleşmesinde iş sahibinin ücret ödeme borcunu düzenlemektedir. Eser sözleşmesinin tarafları ücret miktarını, yaptıkları sözleşmede açıkça belirtebilecekleri gibi sözleşmede, bir eser sözleşmesinin varlığına rağmen, ücretin miktarına ilişkin herhangi bir hüküm getirmemiş olabilirler. Tarafların sözleşme ile ücretin miktarını götürü olarak veya yaklaşık (takribi) olarak tespit etmeleri de mümkündür. Tarafların sözleşmede ücretin miktarını belirlememiş olmaları durumunda ücret, BK.m.366 uyarınca, eserin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir. Sözleşmede ücretin miktarı götürü olarak belirlenmişse müteahhit, meydana getirilecek eseri kararlaştırılan fiyata yapmak zorundadır (BK.m.365). Ücretin ödeme zamanına ilişkin düzenleme

Borçlar Kanununun 364.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “işin parası teslim zamanında ödenir”. “Yapılan şey parça parça teslim edildikçe bedeli ifa olunmak üzere mukavele edilmiş ise her kısmın bedeli o kısmın teslimi zamanında ödenmek lazımdır”. Eser sözleşmesinde ücretin ödeme (ifa) yeri, tarafların açık veya örtülü arzusuna göre tayin edilir. Aksine bir düzenleme mevcut olmadığı surette ödeme, alacaklının verme zamanında ikamet ettiği yerde gerçekleştirir (BK. m.73/f.1, b.(1)).

İş sözleşmesi ile eser sözleşmesini ayırt etmede kullanılan kıstaslardan birisi “*sürelî hizmet (çalışma)*” olgusudur. Şöyle ki iş sözleşmesi, belirli bir süre için hizmeti (iş görmeyi) konu edinmişken, eser sözleşmesinde önemli olan hukuki bir bütünlük arz eden bir iş görme sonucunun meydana getirilmesidir. İş sözleşmesi ile eser sözleşmesini unsurları bakımından ayırt etmeye yarayan temel öğe “*bağımlılık*” ilişkisinde kendisini gösterir. İş sözleşmesi dolayısıyla işçi, işin görülmesi sırasında işverenin emir ve talimatlarına sıkı sıkıya uymakla mükelleftir. Buna karşılık müteahhit, eser sözleşmesinden kaynaklanan iş görme ediminin ifasında tek başına ve işçiye kıyasla daha bağımsız olarak çalışır. İş sözleşmesinde işveren “*ücret*” ödeme borcunu nakden (para ile) yerine getirmekle yükümlüdür. Eser sözleşmesinde ise iş sahibi, karşı edimini nakdi bir ödemeye gerçekleştirebileceği gibi aynı edimde bulunması da taraflarca kararlaştırılabilir. Müteahhit, işçiden farklı olarak iş görme sonucunu, kural olarak iş sahibinin emir ve talimatlarına bağlı olmaksızın kendi başına meydana getirmekte ve yalnızca eserin, vasıf ve nitelikleri bakımından taahhütte bulunmaktadır. Bu açıdan meydana getirip teslim ettiği eserin taahhüt edilen vasıfları taşımamasından, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmaktadır. Başka bir ifade ile müteahhidin sorumluluğu sonuca yöneliktir.

KA YNA K Ç A

- **Akyazan**, Sıtkı, "İstisna Akitleri", AD., 1967, S. 1-12, s. 877-937.
- **Altınışık**, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003.
- **Antalya**, Gökhan, "Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları, Hukuki Niteliği, (I)", YD., 1987, C. 13, S. 1-2, s. 123-141.
- **Arnow-Richman**, Rachel, "Cubewrap Contracts: The Rise of Delayed Term, Standart Form Employment Agreements", Arizona Law Review, No.49, 2007, pp.638-660.
- **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, Bası 6, Konya 2010.
- **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku I - Zilyetlik ve Tapu Sicili, Bası 5, Konya 2010.
- **Collins**, Hugh, "Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegrations to Employment Protection Laws", Oxford Journal of Legal Studies, Vol.10, No.3, 1990, pp.353-380.
- **Çenberci**, T., İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1976.
- **Erdoğan**, İhsan, "İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması", SÜHFD., 1990, C.3, S.1, s. 135-172.
- **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974.
- **Eronat**, Uğur, "Hizmet Akdi, İstisna Akdi Ayrımının Mesleğimiz Açısından Önemi", TNBHD., 1999, s. 101-105.
- **Ekonomi**, M., Türk Endüstri İlişkileri Sisteminde Yeni Arayışlar ve Çözümler (Yeni Arayışlar), Kamu - İş, Temmuz 1988.

- **Güzel**, Ali, Ekonomik ve Teknolojik Gelişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1997.
- **Harty**, B. Frank, "Competition Between Employer and Employee: Drafting and Enforcing Restrictive Covenants in Employment Agreements", Drake Law Review, Vol.35, No.2, 1985-1986, pp.261-285.
- **Mollamahmutoğlu**, Hamdi, Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995.
- **Mollamahmutoğlu**, Hamdi, İş Hukuku, B. 2, Ankara 2005.
- **Olgaç**, Senai, İstisna Akdi, İstanbul 1977.
- **Oser/Schönenberger**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Zürich 1936.
- **Reisoğlu**, Seza, Hizmet Akdi, Ankara 1968.
- **Sağlam**, İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007.
- **Soyer**, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994.
- **Sözer**, Bülent, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2002.
- **Tandoğan**, Halûk, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C.2, Ankara 1989.
- **Tandoğan**, Halûk, "İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden ayırt edilmesi", İ. Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 311-332.
- **Tulukçu**, N. Binnur, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Yapma Serbestisinin Sınırları, Konya 2000.
- **Tuncay**, C., İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- **Tuncay**, A. Can, "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı, C.2, İstanbul 2001, s. 1043-1086.

- **Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C.2, Bası 3, İstanbul 1977.
- **Ulusan**, İ., Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990.
- **Uşan**, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku - Cilt I - İş Hukuku, Ankara 2006.
- **Uyumaz**, Alper, "Öğreti ve Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesi ve İstisna Sözleşmesinin Ayrıştırılması", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 501-530.
- **Williamson/Watcher/Harris**, "Understanding the Employment Relation: The Analysis of Idiosyncratic Exchange", The Bell Journal of Economics, Vol.6, No.1, Spring 1975, pp.250-278.
- **Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, Bası 2, İstanbul 2001.
- **Zevkliler**, Aydın, Borçlar Hukuku Ders Kitabı-Bazı Sözleşme Çeşitleri, Ankara 1979.
- **Zevkliler**, Aydın, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, Bası 10, Ankara 2008.