

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**YAZILIM BAKIMI SÖZLEŞMESİNE VEKÂLET
HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI**

DOKTORA TEZİ

M. Hasanali Akay

Tez Danışmanı: Prof. Dr. H. Murat Develioğlu.

MART 2023

ÖNSÖZ

Doktora çalışmalarım süresince araştırmalarım için beni cesaretlendiren ve tez çalışmalarım boyunca bilgi birikimiyle tezimin zenginleşmesine katkı sunan, ilgisi ve yardımını hiçbir zaman esirgemeyen, tez çalışması için araştırma yapmak konusunda yurtdışı seyahatlerimde beni teşvik eden ve bu konuda fon bulmamda beni yönlendiren, öğrencisi olmaktan her zaman mutluluk duyduğum tez danışmanım Prof. Dr. Murat Develioğlu'na teşekkürü borç bilirim.

Hukuk tarihi ve Fransız hukuku konusundaki araştırmalarım için, Paris Institut d'histoire du droit Jean Gaudemet (IHD)'ye davet ederek, araştırmalarım için destek olan Université Paris 2 Panthéon-Assas hocalarından Prof. M. Olivier Descamps'a,

Çalışmanın önemli bölümünü tamamladığım İsviçre Fribourg üniversitesinde araştırma yapmak için beni davet eden ve İsviçre'de bulunduğum sırada yararlandığım Bourses d'excellence de la Confédération suisse konusunda verdiği destekten dolayı Prof. Pascal Pichonnaz'ya,

Çalışmamı yapmak amacıyla, Fribourg üniversitesine gitmeme maddî olarak imkân sağlayan İsviçre hükümeti, Commission fédérale des bourses pour étudiants étrangers'e,

Tez jürimde bulunmayı kabul ederek beni onurlandıran saygıdeğer hocalarım, Prof. Dr. Mehmet Erdem, Prof. Dr. Sezer Çabri, Doç.Dr. Ömer Bağcı ve Doç. Dr. Zafer Kahraman'a,

Bu çalışmayı hazırlarken yazılım ve yazılım sektörü konusunda bilgilerini paylaşarak, konuyu anlamamda büyük yardımları olan Levent Durak ve Ahmet Bekir Bakkal'a,

Tezin son okumasını yapma nezaketini gösteren kürsü arkadaşlarım İstanbul Medeniyet Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlileri Ahmet Burak Algün ve Zeynep Ercan'a

Tez çalışmam sırasında desteklerini esirgemeyen Galatasaray Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Doğan Kara'ya,

Doktora eğitimim boyunca anlayışı ve iyi idareciliğiyle bürokratik süreçleri mükemmel bir şekilde idare eden Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sekreteri Levent Karabudak, Merve Üstün ve enstitünün tüm çalışanlarına,

Tüm çalışma boyunca desteğini esirgemeyen ve kendi zamanı ve çalışmalarından fedakârlık yapan eşim İrem'e ve özlem hissini küçük yaşta öğrenen Ömer'e teşekkürü borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR CETVELİ.....	VIII
RÉSUMÉ	X
ABSTRACT	XVII
ÖZET	XXII
I. GİRİŞ	1
A. İşgörme Sözleşmeleri	3
1. Borçlar Kanununda Düzenlenen İşgörme Sözleşmeleri: Eser, Vekâlet ve Hizmet ...	5
2. BK m. 502 Hükmünün Kapsamı Açısından Kanunda Düzenlenmeyen İşgörme Sözleşmeleri.....	6
3. Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Seçilmesi	11
B. İşgörme (Eser, Vekâlet ve Hizmet) Sözleşmelerinin Tarihî Gelişimi	13
1. Antik Yunan	13
2. Roma	14
a. Mandatum ve procuratio	15
(1) Mandatumun Roma’da Ortaya Çıkışı ve Evrimi.....	15
(2) Mandatumun Özellikleri	18
b. Locatio conductio	22
3. Modern Hukuka Kadar Olan Dönemde İşgörme Sözleşmeleri.....	24
4. Değerlendirme	25
C. Fransız ve Alman Hukuklarında İşgörme Sözleşmeleri	27
1. Fransız Hukukunda İşgörme Sözleşmeleri	27
a. Maddî Fiiller İçin Tek İşgörme Sözleşmesi Olarak <i>louage d’ouvrage</i> (Eser Sözleşmesi).....	27
b. Vekâlet (veya temsil) sözleşmesi	29
2. Alman Hukukunda İşgörme Sözleşmeleri	31
a. Hizmet Sözleşmesi (<i>Dienstvertrag</i>).....	31
b. Eser Sözleşmesi	34
c. Vekâlet Sözleşmesi	35

d. (İvazlı) İşgörme Sözleşmesi (<i>Geschäftsbesorgungsvertrag</i>)	35
3. Değerlendirme	37
II. YAZILIM BAKIMI SÖZLEŞMESİ	39
A. Yazılıma İlişkin Genel Bilgiler ve Yazılım Sözleşmeleri	39
1. Yazılım Kavramı ve Yazılımın İnşası Süreci	41
a. Temel Kavramlar	42
b. Yazılımın İnşası: Yazılımı Geliştirme Süreci ve Yazılım Bakımı Sözleşmesiyle İlişkisi.....	44
2. Yazılım Sözleşmeleri.....	49
a. Kavram	49
b. Yazılım Sözleşmelerinin Türleri.....	51
(1) Devir sözleşmeleri.....	52
(2) İmal sözleşmeleri	52
(3) Yazılım Bakımı Sözleşmesi	53
B. Yazılım Bakımı Sözleşmesine İlişkin Genel Bilgiler	53
1. Sözleşmenin Tanımı	53
2. Sözleşmenin Tarafları	54
3. Yazılımın İşlevini Sürdürmesi Bakımından Yazılım Bakımının Önemi	55
4. Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Konusu	56
5. Yazılım Bakımı Sözleşmesinde Tarafların Edimleri	58
a. Yazılımcının Edimleri.....	58
(1) Hata Düzeltme Yükümlülüğü	58
(2) Faaliyet Odaklı Yazılım Bakımı (Önleyici Yazılım Bakımı).....	62
(3) Destek Verme Yükümlülüğü.....	63
(4) Güncelleme ve Geliştirme Yükümlülüğü.....	65
b. Müşterinin Edimleri.....	68
(1) Sözleşme Bedelini Ödemek	68
(2) Birlikte Çalışma Yükümlülüğü	70
C. Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Hukukî Niteliğinin Tespiti Bakımından Kanunda Düzenlenen İşgörme Sözleşmeleri ve BK m. 502/II	71
1. Vekâlet Hükümlerinin Kanunda Düzenlenmeyen İşgörme Sözleşmelerine Uygulanması: BK m. 502/II Hükümü	72
a. İsviçre ve Türk Hukuklarında İşgörme Sözleşmelerinin Tarihçesi ve İBK m. 394/II Hükümünün Ortaya Çıkışı	73
(1) İsviçre Hukukunda Vekâlet ve Hizmet Sözleşmelerinin Pozitif Hukuktaki Gelişimi ve İBK m. 394/II Hükümünün Ortaya Çıkışı	74
i. Zürih Medeni Kanununda İşgörme Sözleşmeleri	75
ii. 1881 Tarihli İsviçre Borçlar Kanununda İşgörme Sözleşmeleri	76

iii. 1911 Tarihli İsviçre Borçlar Kanununda İşgörme Sözleşmeleri	78
iv. İsviçre Borçlar Kanununda 1971’de Yapılan Değişiklikler	80
(2) Türk Hukukunda 818 sayılı BK m. 386/II ve BK m. 502/II’nin Tarihçesi	81
(3) İşgörme Sözleşmelerinde numerus clausus Görüşü ve 818 sayılı BK m. 396/II-İBK m. 394/II Hükümünün Emredici Karakteri	82
(4) BK m. 502/II’nin Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	83
b. Değerlendirme	86
2. BK m. 502/II Hükümü Işığında Vekâlet Sözleşmesinin Niteliği.....	88
a. Hukukî ve Maddî Fiillere Yönelik İşgörme Sözleşmesi	89
b. Güven İlişkisi Açısından Vekâletin İncelenmesi: Tipik Vekâlet	92
c. Borçlunun Vasıta Borcu Üstlendiği İşgörme Sözleşmesi: Atipik Vekâlet.....	94
d. Değerlendirme: Vekâletin Sınırlarının Belirsizliği, Tanım Güçlüğü ve Atipik Vekâletin Bir İsimli İşgörme Sözleşmesi Olarak Kabulü.....	98
3. BK m. 502/II’ye ve Atipik Vekâlet Sözleşmesine Bir Sınır Olması Açısından Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri	100
a. Genel Olarak	101
b. Alman Hukukunun <i>Werk-Wirken</i> (Eser-Çalışma) Ayırımı	102
c. Fransız Hukukunun <i>obligation de moyens-obligation de résultat</i> (Vasıta ve Sonuç Borcu) Ayırımı ve Bu Ayırımın İsviçre-Türk Hukukuna Etkisi	104
d. BK m. 502/II Hükümünün Alanını Daraltan Bir Kavram Olarak Fikrî Eser (<i>Geistwerkvertrag</i>).....	106
e. İsviçre-Türk Hukuklarında Mevcut Durum – <i>aléa</i> (tesadüf/risk) Unsuru: Sonucun Gerçekleşmesinin İşgörme Dışında Başka Unsurlara Bağlı Olması.....	110
f. Değerlendirme	112
(1) Eser ve Vekâlet Ayırımının Kolaylıkla Yapılabildiği Alanlar	112
(2) Taraf İradelerinin Sözleşmenin Niteliğine Etkisi ve Sözleşmenin Hukukî Niteliğinin Tespitinden Beklenen Faydanın Elde Edilememesi.....	114
(3) Faaliyet ve Sonucun Ayrılmadığı veya Faaliyet ve Sonuç Ayırımının Önemli Olmadığı Durumlar.....	117
(4) Fikrî işler.....	119
(5) Borçlunun Sorumluluğuna Bağlı Olarak Sözleşmenin Hukukî Niteliğinin Belirlenmesi	121
(6) Eser ve Vekâlet Ayırımının Yazılım Bakımı Sözleşmesi Açısından Sonucu	123
D. Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği	124
1. Hukukî Niteliği Tespit Etmenin Önemi ve İzlenecek Yol	126
2. Bir Bütün Olarak Bakım Sözleşmesi: Sürekli Edimli ve Art Arda İfalı, Sinallagmatik Borç İlişkisi.....	128
3. Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Karma Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi	130
a. Sözleşmenin Eser Sözleşmesi Ağırlıklı Bir Karma Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi..	131

b. Yazılım Bakımı Sözleşmesine Ayıp Hükümlerinin Uygulanması.....	135
4. Değerlendirme	140
 III. VEKÂLET HÜKÜMLERİNİN YAZILIM BAKIMI SÖZLEŞMESİNE UYGULANMASI.....	144
A. Sözleşmenin Kurulması.....	145
B. Sözleşme Bedeli veya Ücret.....	147
C. Sözleşmenin Kapsamı	148
D. Talimat	153
E. Özen Yükümlülüğü	156
F. Sadakat Yükümlülüğü	164
G. Şahsen İfa Yükümlülüğü	168
1. Şahsen İfa	168
2. Üçüncü Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk	173
H. Hesap Verme Borcu	175
İ. Hakların Geçışı.....	177
J. Müşterinin Borçları ile Karşılaştırmalı Olarak Müvekkilin Borçları	179
K. Birlikte Sorumluluk.....	180
L. Sözleşmenin Sona Ermesi	182
1. Normal Yoldan Sona Erme.....	182
2. Haklı Sebep Fesih	182
3. Vekâletin Her Zaman Sona Erdirilebilmesi ve Bunun Yazılım Bakımı Sözleşmesine Uygulanma İmkânı	186
4. Ölüm, İflas ve Tüzel Kişiliğin Ortadan Kalkması	191
M. Değerlendirme: Vekâlet Hükümlerinin Yazılım Bakımı Sözleşmesine Uygulanmak Bakımından Yetersizliği.....	193
 IV. SONUÇ	197
 KAYNAKÇA.....	200

EK: LİSANS SÖZLEŞMESİYLE BİRLİKTE YAPILAN YAZILIM BAKIMI	
SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ.....	212



KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AJP/PJA	: Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
Art.	: Article/ Artikel
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BerKom	: Berner Kommentar
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Bundesgerichtliche Entscheidungen (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BK	: Borçlar Kanunu (6098 sayılı BK)
BSK	: Basler Kommentar
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
CC	: Code civil (Fransız Medeni Kanunu)
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	: Code des obligations
CoRo	: Commentaire Romand
CR	: Computerrecht
dn.	: dipnot
Dr.	: Doktor
E.	: Esas
éd.	: édition
EDV	: elektronische Datenverarbeitung (IT)
Einl.	: Einleitung
ff.	: fortfolgend
FF	: Feuille fédérale
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herausgeber
IT	: Information technologies
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İK	: İş Kanunu
İŞ	: İstanbul Şerhi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JCP	: La semaine juridique (Juris-Classeur périodique)
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
Karş.	: karşılaştırınız
LGDJ	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
MK	: Medeni Kanun (4721 s. MK)
N./No.	: Numara/Numéro
NJW	: Neue Juristische Woche
OR	: Obligationenrecht
p.	: Paragraf
Prof.	: Profesör
PUF	: Presse universitaire de France
RDS/SJZ	: Revue de droit suisse/ Schweizerische Juristen-Zeitung

s.	: sayfa
S.	: Sayı
t.	: tarih
T.	: Tome
TDPS	: Traité de droit privé suisse
vd.	: ve devamı
vol.	: volume
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu



RÉSUMÉ

Le contrat de maintenance informatique est un contrat innommé qui n'est pas réglementé dans le Code des obligations ou d'autres lois. Dans ce contrat, les obligations caractéristiques du développeur de logiciels consistent à corriger les erreurs, à fournir de l'assistance, à assurer la maintenance et à mettre à jour les logiciels axés sur l'activité. Ces prestations sont également appelées activités de maintenance corrective, adaptive, préventive et évolutive. Le client doit de l'argent en contrepartie de ces prestations du développeur de logiciels. Outre ces obligations, les obligations de coopération, qui sont définies en détail dans le contrat, sont également considérées comme des incombances dans notre droit.

Le contrat de maintenance informatique, dont la structure est formée par le droit anglo-américain, qui est un système juridique étranger au droit turc et droit européen continentale fondés sur le système du code, présente des caractéristiques tout à fait atypiques du point de vue du droit turc. Cette caractéristique atypique est donnée au contrat par la structure entrelacée des prestations du développeur de logiciel et par le fait que le contrat composé de ces prestations est un contrat de durée.

Le contrat de maintenance informatique, qui n'est pas réglementé par la loi, relève du champ d'application de l'article 502/II du Code des obligations turc. L'article 502/II du Code stipule que les dispositions du mandat s'appliquent aux contrats non réglementés par la loi dans la mesure appropriée à la nature de ces contrats. Cette disposition, qui figure également dans le Code suisse des obligations et dans le Code des obligations turc numéroté 818, a été largement discutée par la doctrine en raison de sa nature. Surtout en Suisse, la doctrine et la jurisprudence constante du Tribunal fédéral suisse fondées sur cette disposition, selon lesquelles il ne peut y avoir de contrat de travail innommé dans lequel le débiteur assume l'obligation de diligence, ont donné lieu à plusieurs controverses.

L'article 502/II du Code des obligations a été ajouté à l'article 394 du Code suisse des obligations, qui a été modifié en 1911. Pour autant que l'on puisse en juger, cette disposition, qui figurait auparavant dans les dispositions relatives aux contrats de service, porte les traces de l'époque où l'égalité sociale a suscité des mouvements de

masse en Europe. Cette disposition semble avoir été incluse dans le contrat de louage de services en 1881, lors de l'élaboration de Code des obligations suisse, afin de montrer l'égalité entre les emplois. En 1911, elle a été incluse dans le contrat de mandat, ce qui a donné lieu aux controverses qui se poursuit encore aujourd'hui. Enfin, avec la spécialisation du contrat de service (Arbeitsvertrag) aux salariés dépendants, les discussions sur la possibilité d'un contrat de travail innommé ont également commencé.

En droit turc, le controverse de l'application des dispositions du mandat aux contrats de travail qui ne sont pas réglementés par la loi a pris une forme différente avec le changement introduit dans le Code des obligations n° 6098. Une nouvelle disposition, qui n'existait pas dans le Code des obligations n° 818, vise à réglementer cette application "dans la mesure appropriée aux caractéristiques" de la relation contractuelle concrète. Par conséquent, dans chaque cas concret, le juge doit contrôler l'application des dispositions du mandat aux relations contractuelles concrètes non réglementées par la loi.

En droit suisse et turc, c'est le contrat d'entreprise qui constitue le deuxième pilier des contrats de prestation de services indépendants du Code des obligations, réduisant ainsi le champ d'application du contrat de mandat tel que prévu à l'article 502/II du Code des obligations. Le contrat d'entreprise est essentiellement un contrat dans lequel l'entrepreneur est tenu de produire un ouvrage et à le livrer au maître d'ouvrage. À cet égard, l'objet du contrat consiste en des résultats d'exécution matériels et tangibles. Toutefois, sous l'influence du droit allemand et dans le but de restreindre le champ d'application du contrat de mandat, le concept de travail intellectuel a été accepté dans le cadre du contrat d'entreprise par la doctrine. Ainsi, tout résultat de performance objectivement vérifiable, qu'il soit tangible ou non, est devenu l'objet du contrat d'entreprise. Par conséquent, tous les types de résultats du travail intellectuel, auparavant considérés comme l'objet du contrat de mandat, sont désormais évalués dans le cadre du contrat d'entreprise.

Cette tendance dans le domaine du travail intellectuel est soutenue par la nature impérative de l'application des dispositions du mandat aux contrats de prestation de services non réglementés par la loi en droit suisse et turc. En particulier, le fait que le mandat puisse être résilié à tout moment sans indication de délai ni de motif a favorisé une forte tendance caractérisée comme "Flucht aus dem Auftragsrecht" en termes de

caractérisation des relations contractuelles concrètes. De cette manière, on a essayé de permettre d'agir dans le cadre de la liberté contractuelle, en dehors de la structure du mandat, dans une relation de confiance intense, sans être dans le domaine des dispositions impératives.

D'autre part, afin de s'éloigner des caractéristiques spécifiques du mandat, qui ne se retrouvent que dans un nombre très limité de contrats, le contrat de mandat est divisé conceptuellement en deux : le mandat typique et la mandat atypique. Le mandat typique est caractérisé par la relation de confiance entre le mandataire et le mandant, où le mandant conclut le contrat en tenant compte des caractéristiques personnelles du mandataire. Dans un mandat typique, le mandataire est lié par les instructions du mandant et doit les exécuter personnellement. Le mandat peut être résilié à tout moment par une déclaration de volonté unilatérale des parties. Le contrat de mandat avec ces caractéristiques est basé sur la relation de confiance entre les parties et les éléments qui en découlent tels que l'obligation de loyauté et l'exécution personnelle. En raison de l'incompatibilité de ces caractéristiques du mandat avec les nouveaux types de contrats de prestation de services, la doctrine suisse a créé le concept de mandat atypique. Le mandat atypique, en tant que type de mandat dans lequel le débiteur s'engage à effectuer un travail et souvent une activité de service sans s'engager sur le résultat, indique que les dispositions du contrat de mandat qui donnent des résultats inappropriés ne devraient pas être appliquées à ces contrats.

En droit turc, avec la loi n° 6098, le législateur, à l'appui de cette approche, appelée mandat atypique, stipule que les dispositions du mandat doivent être appliquées aux contrats de prestation de services qui ne sont pas réglementés par la loi, dans la mesure où elles sont appropriées aux caractéristiques de ces contrats. Selon le libellé de la disposition, les dispositions du contrat de mandat s'appliquent toujours aux contrats innommés qui ne sont pas réglementés par la loi. Néanmoins, cette application ne peut être considérée comme prévoyant une *numerus clausus* dans le domaine des contrats de prestation de services, comme cela a été le cas précédemment. En effet, il est clairement envisagé que les dispositions relatives au mandat soient appliquées en fonction de la nature de la relation contractuelle concrète. Enfin, les contrats qui ne sont pas réglementés par la loi et qui ne relèvent pas de la catégorie des contrats de travail ou des contrats à durée déterminée peuvent être considérés comme des contrats de mandat ou des contrats de mandat atypiques. Par conséquent, avec le

concept du mandat atypique crée par la doctrine, on observe que la frontière entre les contrats de prestation *sui generis* dans lesquels le débiteur s'engage à une obligation de diligence et le mandat atypique a disparu.

De cette manière, l'application des dispositions relatives au mandat par le juge par le biais d'une sorte de supervision ou contrôle est considérée comme influençant la tendance concernant les travaux intellectuelles. En effet, il semble qu'il n'y ait pas de différence significative en termes de dispositions à appliquer, que de nombreux résultats de travaux intellectuels soient qualifiés de contrat d'entreprise ou de contrat de mandat. À cet égard, il a été déterminé qu'il n'est plus pertinent de qualifier les résultats d'un travail intellectuel de contrat d'entreprise et que ces travaux devraient être évalués dans le cadre d'un contrat de mandat.

On a examiné le sens de l'article 502/II du Code des obligations turc, la fiction de mandat typique et atypique et les questions relatives à la limite entre les contrats d'entreprise et de mandat dans le but de révéler la nature juridique du contrat de maintenance informatique. Dans la doctrine suisse, le contrat de maintenance informatique est qualifié davantage "contrat d'entreprise" en tant que contrat mixte à durée déterminée. Les dispositions relatives à la garantie des défauts et autres dispositions découlant du droit du contrat d'entreprise tentent d'être appliquées à ce contrat. Toutefois, en raison de la nature atypique du contrat, cette tentative aboutit à des résultats négatifs, et la plupart de ces dispositions ne peuvent être appliquées en raison des caractéristiques propres au contrat de maintenance informatique.

Un contrat de maintenance informatique n'est pas un contrat dans lequel le développeur de logiciels s'engage à un résultat spécifique, comme c'est le cas dans le contrat d'entreprise. Dans ce contrat, le développeur de logiciels est tenu d'assurer la maintenance du logiciel et de mener des activités d'assistance pendant la période spécifiée dans le contrat. Dans le contrat de maintenance informatique, il existe un lien entre les prestations du développeur de logiciels, l'une d'elles étant le résultat de l'autre ou une condition préalable logique à l'exécution de l'autre. De plus, le développeur de logiciels s'engage à exécuter ces actes de manière durable. Par conséquent, il n'y a pas d'engagement de résultat dans le contrat de maintenance informatique, mais plutôt une prestation de services qui peut être assimilée à un contrat de mandat.

L'application des dispositions de mandat au contrat de maintenance informatique, qui n'est pas réglementé par la loi et qui ne crée pas une obligation de résultat, est une exigence légale en vertu de l'article 502/II du CO. Il est donc nécessaire d'examiner dans quelle mesure les dispositions du mandat sont conformes aux caractéristiques du contrat de maintenance informatique. A cet égard, il est essentiel de soumettre les dispositions du mandat à un contrôle dans le cadre de ce contrat. La conformité de chaque disposition au contrat de maintenance informatique, qui se caractérise comme une mandat d'acte matériel (*Tathandlungsauftrag*), devrait être révélée.

Les dispositions du Code des obligations relatives au contrat de mandat se trouvent entre les articles 502 et 514. Certaines de ces dispositions s'appliquent aux mandats d'actes juridiques (*Rechtshandlungsauftrag*), tandis que d'autres sont spécifiques aux contrats typiques, c'est-à-dire aux contrats où la relation de confiance constitue la base du mandat. De plus, certaines dispositions ne prévoient aucune règle concrète applicable. Parmi les dispositions du mandat qui s'appliquent à tous les types de contrats de diligence, on retrouve celles qui régissent le devoir de diligence et de loyauté du mandataire. Ce devoir de diligence et de loyauté est considéré comme une obligation générale, non seulement pour le contrat de mandat, mais aussi pour presque tous les contrats de prestation de services. Cependant, il est très difficile, voire impossible, d'appliquer les autres dispositions du mandat aux contrats de prestation de services non réglementés par la loi, en dehors de l'obligation de diligence et de loyauté.

Cette situation met en évidence le fait que les dispositions du contrat de mandat réglementées par la loi ne sont pas suffisantes en termes d'application à d'autres contrats de prestation de services. En effet, la résiliation du contrat pour justes motifs passe au premier plan au lieu de la disposition de l'article 512 du code relative à la résiliation, et le pouvoir du mandant de donner des instructions ne sont pas applicable dans les contrats où le débiteur de la prestation est indépendant. L'absence de dispositions autres que celles relatives à l'obligation de diligence et de loyauté du mandataire et à son étendue nécessitera l'application de dispositions générales pour ces contrats.

Comme le montre l'exemple du contrat de maintenance informatique, il n'est pas nécessaire de discuter de la conclusion d'un contrat de travail *sui generis* ou d'un mandat atypique dans notre droit. De plus, il est indéniable que ces dispositions ne

sont pas impératives. Par conséquent, il serait plus approprié de se focaliser sur la jurisprudence, qui peut être formée d'une manière plus large et plus flexible au sein de la structure du mandat, et de procéder à une évaluation basée sur les éléments spécifiques des relations contractuelles concrètes.



ABSTRACT

The computer maintenance contract is an innominate contract that is not regulated in the Code of Obligations or other laws. In this contract, the characteristic obligations of the software developer consist of correcting errors or bugs, providing assistance or support, ensuring maintenance, and updating software focused on the activity. These services are also known as corrective, adaptive, preventive, and evolutionary maintenance activities. The client owes money in return for these services from the software developer. In addition to these obligations, the obligations of cooperation, which are generally defined in detail in the contract, are also considered *Obliegenheit* in Turkish law.

The computer maintenance contract, whose structure is formed by Anglo-American law, which is a legal system foreign to Turkish law and the continental European law that is based on the code system, presents quite atypical characteristics from the perspective of Turkish law. This atypical characteristic is given to the contract by the intertwined structure of the software developer's services and the fact that the contract composed of these services is a continuous performance contract (*contrat de durée*).

The computer maintenance contract, which is not regulated by law, falls within the scope of Article 502/II of the Turkish Code of Obligations. Article 502/II of the Code states that the provisions of the mandate apply to contracts not regulated by law to the extent appropriate to the nature of these contracts. This provision, which is also included in the Swiss Code of Obligations and the Turkish Code of Obligations numbered 818, has been widely discussed by legal scholars due to its nature. Especially in Switzerland, the doctrine and constant jurisprudence of the Swiss Federal Court based on this provision, which states that there can be no innominate service contract in which the debtor undertakes the obligation of diligence, have given rise to several controversies.

Article 502/II of the Code of Obligations was added to Article 394 of the Swiss Code of Obligations, during the amendment in 1911. This provision, which was previously included in the provisions concerning service contracts, bears the traces of

the time when social equality gave rise to mass movements in Europe. It seems to have been included in the service contract (*Dienstvertrag*) in 1881, during the drafting of the Swiss Code of Obligations, in order to demonstrate equality among jobs. In 1911, it was included into the provisions of mandate contract, which gave rise to the controversies that continue to this day. Finally, with the specialization of the employment contract (*Arbeitsvertrag*) for dependent employees, discussions on the possibility of an innominate service contract also began.

In Turkish law, the controversy over the application of the provisions of the mandate to service contracts not regulated by law took a different form with the amendment introduced in the Turkish Code of Obligations No. 6098. A new provision, which did not exist in the Code of Obligations No. 818, aims to regulate this application "to the extent appropriate to the characteristics" of the specific contractual relationship. Therefore, in each specific case, the judge must verify the application of the provisions of the mandate to the specific contractual relationships not regulated by law.

In Swiss and Turkish law, the contract for work and services (*Werkvertrag*) constitutes the second pillar of independent service contracts under the Swiss Code of Obligations, thereby reducing the scope of application of the mandate contract as provided in Article 502/II of the Swiss Code of Obligations. The contract for work and services is essentially a contract in which the contractor is obliged to produce a work and deliver it to the client. In this regard, the object of the contract consists of tangible and material results. However, under the influence of German law and with the aim of limiting the scope of the mandate contract, the concept of intellectual work has been accepted within the framework of the contract for work and services by legal doctrine. Thus, any objectively verifiable performance result, whether tangible or not, has become the object of the contract for work and services. Consequently, all types of intellectual work results, previously considered as the object of the mandate contract, are then evaluated within the framework of the contract for work and services.

This trend in the field of intellectual work is supported by the mandatory nature of applying the provisions of the mandate contract to service contracts not regulated by law in Swiss and Turkish law. In particular, the fact that the mandate can be terminated at any time without indicating a deadline nor a motivation has favored a strong tendency characterized as "*Flucht aus dem Auftragsrecht*" (run-away from

mandate law) in terms of characterizing concrete contractual relationships. In this way, an attempt has been made to allow actions within the framework of contractual freedom, outside the structure of the mandate, in a relationship of intense trust, without being within the realm of mandatory provisions.

On the other hand, in order to move away from the specific characteristics of the mandate, which are only found in a very limited number of contracts, the mandate contract is conceptually divided into two: typical mandate and atypical mandate. The typical mandate is characterized by the trust relationship between the mandatary and the mandator, where the mandator enters into the contract taking into account the personal characteristics of the mandatary. In a typical mandate, the mandatary is bound by the instructions of the mandator and must personally carry them out. The mandate can be terminated at any time by a unilateral declaration of will by the parties. The mandate contract with these characteristics is based on the trust relationship between the parties and the resulting elements such as loyalty and personal performance. Due to the incompatibility of these characteristics of the mandate with the new types of service contracts, Swiss legal doctrine has created the concept of an atypical mandate. The atypical mandate, as a type of mandate in which the debtor undertakes to perform work and often a service activity without committing to a specific result, indicates that the provisions of the mandate contract that yield inappropriate results should not be applied to these contracts.

Under Turkish law, with Law No. 6098, the legislature, in support of this approach called atypical mandate, stipulates that the provisions of the mandate should be applied to service contracts that are not regulated by law, to the extent that they are appropriate to the characteristics of these contracts. According to the wording of the provision, the provisions of the mandate contract always apply to innominate contracts that are not regulated by law. However, this application cannot be considered as providing a *numerus clausus* in the field of service contracts, as was previously the case. Indeed, it is clearly envisaged that the provisions related to the mandate be applied based on the nature of the specific contractual relationship. Finally, contracts that are not regulated by law and do not fall into the category of work contracts or which are fixed-term contracts may be considered as mandate contracts or atypical mandate contracts. Therefore, with the concept of atypical mandate created by the

doctrine, we observe that the boundary between sui generis service contracts in which the debtor undertakes a duty of care and atypical mandate has disappeared.

In this way, the application of the provisions relating to the mandate by the judge through a kind of supervision or control is considered to influence the trend regarding intellectual work. In fact, there seems to be no significant difference in terms of provisions to apply, whether many results of intellectual work are classified as contract for work or services or mandate contract. In this regard, it has been determined that it is no longer relevant to classify the results of intellectual work as contract for work and services and that such work should be evaluated within the framework of the mandate contract.

The meaning of Article 502/II of the Turkish Code of Obligations, the fiction of typical and atypical mandate, and the issues related to the boundary between contracts of enterprise and mandate have been examined in order to reveal the legal nature of the software maintenance contract. In Swiss doctrine, the software maintenance contract is more qualified as a "contract for work and services" as a fixed-term mixed contract. Provisions related to defect warranty and other provisions arising from the law of the contract for work and services attempt to be applied to this contract. However, due to the atypical nature of the contract, this attempt leads to inappropriate results, and most of these provisions cannot be applied because of the specific characteristics of the software maintenance contract.

A software maintenance contract is not a contract in which the software developer undertakes a specific result, as is the case in a contract for work or services. In this contract, the software developer is responsible for maintaining the software and carrying out support activities during the specified period in the contract. In a software maintenance contract, there is a connection between the services provided by the software developer, with one being the result of the other or a logical prerequisite for the execution of the other. Furthermore, the software developer undertakes to perform these actions continuously. Therefore, there is no commitment to a specific result in the software maintenance contract, but rather a service provision that can be likened to a mandate contract.

The application of the provisions of the mandate to the software maintenance contract, which is not regulated by law and does not create an obligation of result, is a

legal requirement under Article 502/II of the Swiss Code of Obligations. It is therefore necessary to examine to what extent the provisions of the mandate are in line with the characteristics of the software maintenance contract. In this regard, it is essential to subject the provisions of the mandate to a control within the framework of the concrete contractual relationship. The conformity of each provision to the software maintenance contract, which is characterized as a mandate for material acts (*Tathandlungsauftrag*), should be revealed.

The provisions of the Swiss Code of Obligations relating to the mandate contract are found between Articles 502 and 514. Some of these provisions apply to mandates for legal acts (*Rechtshandlungsauftrag*), while others are specific to typical contracts, i.e., contracts where the basis of the mandate is the relationship of trust. Furthermore, some provisions do not provide any specific applicable rules. Among the provisions of the mandate that apply to all types of diligence contracts, there are those that govern the duty of care and loyalty of the mandatary. This duty of care and loyalty is considered a general obligation, not only for the mandate contract but also for almost all service contracts. However, it is very difficult, if not impossible, to apply the other provisions of the mandate to service contracts that are not regulated by law, apart from the duty of care and loyalty.

This situation highlights the fact that the provisions of the mandate contract regulated by law are not sufficient in terms of their application to other service contracts. Indeed, the termination of the contract for just cause takes precedence over the provision of Article 512 of the code regarding termination, and the power of the mandator to give instructions is not applicable in contracts where the service provider is independent. The insufficiency of provisions other than those relating to the duty of care and loyalty of the mandatary and its scope will require the application of general provisions of the Code of Obligations for these contracts.

As demonstrated by the example of the software maintenance contract, there is no need to discuss the conclusion of a *sui generis* employment contract or an atypical mandate in our law. Furthermore, it is undeniable that these provisions are not mandatory. Therefore, it would be more appropriate to focus on jurisprudence, which can be formed in a broader and more flexible manner within the framework of the mandate, and to conduct an evaluation based on the specific elements of concrete contractual relationships.

ÖZET

Yazılım bakımı sözleşmesi, Borçlar Kanununda veya diğer kanunlarda düzenlenmeyen isimsiz bir sözleşmedir. Bu sözleşmede karakteristik edim borçlusu olan yazılımcının edimleri hata düzeltme, destek verme, faaliyet odaklı yazılım bakımı ve güncellemeden oluşur. Bu edimler, biraz da teknik bir ifadeyle düzeltici bakım, destekleyici bakım, önleyici bakım ve geliştirici bakım faaliyetleri olarak da isimlendirilmektedir. Yazılımcının bu edimlerinin karşısında ise müşterinin para borcu yer almaktadır. Bu edimin yanında, sözleşmede ayrıntılı bir şekilde belirlenen birlikte çalışma yükümlülükleri de hukukumuzda külfet sayılmaktadır.

Hukukumuz ve Kıta Avrupasına yabancı bir hukuk sistemi olan Anglo-Amerikan hukukunda oluşan yapısıyla yazılım bakımı sözleşmesi, Türk hukuku açısından oldukça atipik özellikler göstermektedir. Sözleşmeye bu atipik karakteri yazılımcının edimlerinin birbirlerinin içine geçen yapısı ve bu edimlerden oluşan sözleşmenin sürekli edimli bir sözleşme olması vermektedir.

Kanunda düzenlenmeyen yazılım bakımı sözleşmesi, BK m. 502/II hükmünün kapsamına girmektedir. BK m. 502/II hükmü, kanunda düzenlenmeyen sözleşmelere vekâlet hükümlerinin, bu sözleşmelerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasını öngörmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu ve 818 sayılı Borçlar Kanununda da bulunan bu hüküm, niteliği itibarıyla doktrinde çokça tartışılmıştır. Özellikle İsviçre’de doktrinin ve bunu takip eden İsviçre Federal Mahkemesinin, bu hükümden yola çıkarak borçlunun vasıta borcu üstlendiği isimsiz işgörme sözleşmesi olamayacağına ilişkin içtihadı hukuk öğretisini uzun süre meşgul etmiştir.

BK m. 502/II hükmü, mehz İsviçre Borçlar Kanununda 1911 tarihinde yapılan değişiklikle vekâlet sözleşmesinin tanımının yapıldığı İBK m. 394 hükmüne eklenmiştir. Bundan önce, hizmet sözleşmesi hükümleri arasında bulunan bu hüküm, tespit edilebildiği kadarıyla, Avrupa’da toplumsal eşitliğin kitle hareketlerine neden olduğu dönemden kalma izler taşımaktadır. Bu hüküm, 1881 yılında mehz İsviçre Borçlar Kanununun hazırlığı sırasında, işler arasında eşitliği göstermek amacıyla hizmet sözleşmesine dâhil edilmiş görünmektedir. 1911’de ise bu kez vekâlet sözleşmesine dâhil edilmiş ve günümüze kadar gelen tartışmanın başlangıcı olmuştur.

Nihayet hizmet sözleşmesinin tamamen bağımlı çalışanlara özgülenmesiyle birlikte, isimsiz işgörme sözleşmesi yapılamayacağı yolundaki tartışmalar da başlamıştır.

Türk hukukunda vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanması, 6098 sayılı Borçlar Kanununda getirilen değişiklikle farklı bir hale bürünmüştür. Hüküm 818 sayılı Borçlar Kanununda olmayan bir ifadeyle bu uygulamayı, somut sözleşme ilişkisinin “niteliklerine uygun düştüğü ölçüde” düzenlemeyi öngörmektedir. Dolayısıyla hâkim her somut olayda vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen somut sözleşme ilişkilerine uygulanmasını denetlemelidir.

İsviçre ve Türk hukukunda vekâlet sözleşmesinin BK m. 502/II hükmüyle kazandığı geniş uygulama alanını daraltan ise Borçlar Kanununda bağımsız işgörme sözleşmelerinden ikincisini oluşturan eser sözleşmesi olmuştur. Eser sözleşmesi esas itibarıyla yüklenicinin bir eserin imâlini ve bunu iş sahibine teslim etmeyi borçlandığı bir sözleşmedir. Bu açıdan sözleşmenin konusunu somut olarak görünebilir ve elle tutulabilir edim sonuçları oluşturur. Buna karşın Alman hukukunun etkisiyle ve vekâlet sözleşmesinin alanını daraltmak endişesiyle, doktrinde fikrî eser kavramı kabul görmüştür. Bu kabulle objektif olarak doğrulanabilir her edim sonucu, ister somut olarak görünür olsun ister olmasın eser sözleşmesinin de konusunu oluşturabilir hale gelmiştir. Dolayısıyla daha önce vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturduğu düşünülen her türlü fikrî çalışma sonucu, eser sözleşmesi kapsamında da değerlendirilmeye başlanmıştır.

Fikrî eser konusundaki bu eğilimi İsviçre ve Türk hukukunda destekleyen husus vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanmasının emredici nitelikte olmasıdır. Özellikle vekâletin herhangi bir süre vermeden ve sebep bildirmeden her zaman sonlandırılabilir olması, somut sözleşme ilişkilerinin nitelendirilmesi açısından “vekâletten kaçış” olarak nitelendirilen kuvvetli bir eğilimi desteklemiştir. Bu şekilde, vekâletin yoğun güven ilişkisi içerisinde bulunan yapısından uzakta, sözleşme serbestîsi içerisinde, emredici hükümlerin alanında kalmadan hareket etme imkânı sağlanmaya çalışılmıştır.

Diğer yandan, vekâlet hükümlerinin kendisine özgü ve oldukça az sözleşmede bulunan özelliklerini esnetmek amacıyla vekâlet sözleşmesi tipik ve atipik vekâlet olarak ikiye ayrılmıştır. Vekille vekâlet veren arasındaki ilişkinin güvene dayalı olduğu, vekâlet verenin daha çok vekilin şahsî özelliklerini dikkate alarak sözleşme yaptığı vekâlet türü tipik vekâlet olarak nitelendirilmiştir. Tipik vekâlette vekil,

vekâlet verenin talimatlarıyla bağlıdır. Vekâleti şahsen ifa etmek zorundadır. Vekâlet sözleşmesi tarafların tek taraflı irade beyanıyla her zaman sona erdirilebilir. Bu özelliklere sahip vekâlet sözleşmesi, taraflar arasındaki güven ilişkisine ve bunun ortaya çıkardığı sadakat yükümlülüğü ve şahsılık gibi unsurlara dayanır. Vekâletin bu özellikleri ile yeni tür işgörme sözleşmelerinin uyuşmaması sebebiyle doktrinde atipik vekâlet kavramı öne çıkarılmıştır. Atipik vekâlet, borçlunun işgörme borcunu ve çoğu zaman bir hizmet faaliyetini, sonucu taahhüt etmeden üstlendiği bir vekâlet türü olarak vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan sonuçlar veren hükümlerinin bu tür sözleşmelere uygulanmamasını işaret eder.

Türk hukukunda 6098 s. Kanunla kanunkoyucu, atipik vekâlet olarak isimlendirilen bu yaklaşımı destekler mahiyette, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine, bu sözleşmelerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasını öngörmüştür. Hükümün lafzı gereği, kanunda düzenlenmeyen, isimsiz sözleşmelere vekâlet hükümleri uygulanacaktır. Buna karşın bu uygulama, daha önce yol açtığı gibi işgörme sözleşmeleri alanında bir tip sınırlılığı öngörür mahiyette değerlendirilemeyecektir. Zira açık bir şekilde vekâlet hükümlerinin, somut sözleşme ilişkisinin niteliğine uygun düştüğü bir şekilde uygulanması öngörülmüştür. Nihayet, kanunda düzenlenmeyen ve eser sözleşmesi ya da eser temelli sözleşmeler kategorisine girmeyen sözleşmeler vekâlet veya atipik vekâlet olarak nitelendirilebilecek mahiyettedir. Dolayısıyla, doktrinin ürettiği atipik vekâlet kavramıyla, borçlunun vasıta borcu üstlendiği *sui generis* işgörme sözleşmeleri arasındaki sınırın ortadan kalktığı gözlemlenmektedir.

Vekâlet hükümlerinin bu şekilde hâkim tarafından bir nevi denetim yapılarak uygulanması, fikrî esere ilişkin eğilimi de etkileyecek mahiyette değerlendirilmektedir. Gerçekten de birçok fikrî çalışma sonucunu eser veya vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmenin, uygulanacak hükümleri açısından önemli bir farkının kalmadığı görünmektedir. Bu açıdan fikrî çalışma sonuçlarının bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin manasının kalmadığı tespit edilmiş ve bu tür işlerin vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

BK m. 502/II hükmü, tipik ve atipik vekâlet kurgusu ve eser ve vekâlet sözleşmeleri arasındaki sınıra ilişkin meseleler, yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğini ortaya koymak için tartışılmıştır. Zira İsviçre doktrininde yazılım bakımı sözleşmesi sürekli edimli bir karma sözleşme olarak “eser temelli” olarak nitelendirilmektedir. Bu eser temelli olduğu düşünülen sözleşmeye ayıba karşı tekeffül

hükümleri ve eser sözleşmesinin kanundan doğan diğer hükümleri uygulanmaya çalışılmaktadır. Buna karşın, sözleşmenin atipik yapısı sebebiyle bu çaba olumsuz çaba vermekte ve yine taraflar arasındaki sözleşmenin gösterdiği özellikler sebebiyle bu hükümlerin birçoğu uygulanamamaktadır.

Yazılım bakımı sözleşmesi, yazılımcının sözleşmede herhangi bir sonucu eser sözleşmesinde olduğu gibi taahhüt ettiği bir sözleşme değildir. Bu sözleşmede yazılımcı, sözleşmede belirlenen süre içerisinde, yazılımın bakımını yapmayı ve destek faaliyetlerini yürütmeyi borçlanmaktadır. Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının edimleri arasındaki bağ, birini diğerinin sonucu yapmakta veya birini diğerinin icra edilebilmesi için mantıkî bir ön şart haline getirmektedir. Üstelik yazılımcı bu edimleri, sürekli bir şekilde ifa etmeyi üstlenmektedir. Dolayısıyla yazılım bakımı sözleşmesinde bir sonuç taahhüdü bulunmamakta, aksine vekâlet sözleşmesinin konusuna girebilecek mahiyette bir hizmet borçlanılmaktadır.

Vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen ve sonuç borcu doğurmayan yazılım bakımı sözleşmesine uygulanması BK m. 502/II hükmü gereği bir mecburiyettir. Dolayısıyla vekâlet hükümlerinin yazılım bakımı sözleşmesinin niteliklerine ne ölçüde uygun düştüğü incelenmelidir. Bu açıdan vekâlet hükümlerinin bu sözleşme açısından bir denetime tabi tutulması gereklidir. Her hükmün, özellikle maddî fiil vekâleti olarak nitelendirilen yazılım bakımı sözleşmesine uygunluğu ortaya konulmalıdır.

Vekâlet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunundaki düzenleme BK m. 502 ile başlamakta ve BK m. 514'e kadar devam etmektedir. Bu hükümlerin bir kısmı hukukî işlem yürütme yetkisine sahip vekil için uygulanabilecek nitelikte iken, bir diğer kısmı da sadece tipik, yani güven ilişkisinin, vekâletin temelinde olduğu sözleşmelerde uygulanabilir mahiyettedir. Bunun yanında bazı hükümler herhangi bir uygulanabilir somut kural getirmemektedir. Yine vekâlet hükümleri içerisinde diğer tüm sözleşmelerde uygulanabilecek nitelikte olan hükümler ise vekilin özen ve sadakat yükümlülüğünü düzenleyenleridir. Özen ve sadakat yükümlülüğü bu bağlamda sadece vekâlet sözleşmesi için değil, hemen hemen tüm işgörme sözleşmelerinde bulunan genel nitelikte bir yükümlülük mahiyetinde görülmektedir. Dolayısıyla özen ve sadakat yükümlülüğü dışında kalan hükümlerin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanması ya çok zor ya da mümkün görünmemektedir.

Bu durum, vekâlet sözleşmesinin kanunda düzenlenen hükümlerinin diğer işgörme sözleşmelerine uygulanma bakımından yeterli nitelikte olmadığını

göstermektedir. Gerçekten de sona ermeye ilişkin BK m. 512 hükmü yerine haklı sebeple sözleşmenin sona erdirilmesi ön plana çıkmakta, vekâlet verenin talimat verme yetkisi ise işgörme borçlusunun bağımsız olduğu sözleşmelerde uygulanma kabiliyetini haiz olmamaktadır. Vekilin özen ve sadakat borcuna ve bunun ölçüsüne ilişkin hususlar dışında herhangi bir hüküm olmaması, bu sözleşmelere ilişkin olarak genel hükümlerin uygulanmasını gerektirecektir.

Yazılım bakımı sözleşmesi örneğinde gösterildiği üzere, hukukumuzda *sui generis* işgörme sözleşmesi veya atipik vekâlet akdedilmesi konusunda herhangi bir tartışmaya gerek yoktur. Ayrıca bu hükümlerden herhangi birisinin emredici olduğu konusunda da bir tereddüt bulunmamaktadır. O halde vekâlet yapısı içerisinde daha geniş ve esnek bir şekilde oluşan içtihat hukukunu öne çıkarmak ve somut sözleşme ilişkilerinin kendine has unsurları üzerinden değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır.

I. GİRİŞ

“Vekâlet sözleşmesinin yazılım bakımı sözleşmesine uygulanması” başlığını taşıyan çalışmamız, vekâlet hükümlerinin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanmasını öngören Borçlar Kanunu m. 502/II hükmünden yola çıkarak hazırlanmıştır.

Vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanması, İsviçre ve Türk hukuklarına özgü bir düzenlemedir. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 394/II hükmüne uygun olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 386/II hükmü ve ardından küçük değişikliklerle 6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 502/II hükmü vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen ve konusu işgörme olan sözleşmelere uygulanmasını öngörmektedir.

Vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanması, vekâlet sözleşmesini işgörme sözleşmeleri arasında bir genel sözleşme haline getirmiş, bu açıdan uzun süre hem Türk hukukunda hem de İsviçre hukukunda doktrin ve mahkemeleri meşgul etmiştir. Bu hükümden yola çıkılarak işgörme sözleşmelerinde bir tip sınırlılığının var olup olmadığı, vekâletin sona ermesine ilişkin BK m. 512 hükmünün emredici olup olmadığı gibi meseleler gündeme gelmiş ve bugüne kadar devam eden tartışmalar ortaya çıkmıştır. Türk hukukunda bugüne kadar çeşitli şekillerde değerlendirilen bu hükme ilişkin 6098 sayılı Kanunun kabulünden sonra kapsamlı bir çalışma yapılmamıştır. Bundan önceki dönemde de yapılan çalışmalar, vekâlet hükümlerinin uygulanması konusunda, özellikle vekâletin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilebilmesine ilişkin BK m. 512 üzerinde yoğunlaşmıştır. Çalışmamız bu açıdan doktrindeki bir boşluğu doldurmayı hedeflemekte ve bunun için vekâlet hükümlerinin tamamının somut bir sözleşme ilişkisine uygulanması imkânı incelenmiştir.

İncelemeye konu sözleşme ilişkisi “yazılım bakımı sözleşmesi” olup Türk hukuk doktrininde daha önce bir monografik çalışmaya konu edilmemiştir. Ülkemizde ve dünyada büyük bir geçmişe sahip olmayan bir sözleşme olan yazılım bakımı sözleşmesi, kanunda düzenlenen sözleşmelerden değildir. Bu sözleşme, yazılımcının üretim, destek ve güncelleme faaliyetlerini esas aldığı için ağırlık noktası işgörme olan

bir sözleşmedir. Bu açıdan BK m. 502/II hükmünün kapsamına girmekte ve çalışmamız açısından işlevsel bir örnek oluşturmaktadır.

6098 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenen bağımsız işgörme sözleşmeleri, yayım sözleşmesi bir kenara bırakılacak olursa, eser ve vekâlet sözleşmesinden oluşmaktadır. Bu bağlamda, vekâlet sözleşmesinin eser sözleşmesi ile birlikte oluşturduğu kanuni yapı, çalışmamız açısından özel bir önem arz etmektedir. Zira vekâlet hükümlerinin uygulanacağı sözleşmelerin tespitinde, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı sözleşmeler, vekâletin kanuni sınırını oluşturmaktadır. Bu açıdan kanunda düzenlenen eser ve vekâlet sözleşmelerinin oluşturduğu sistematik yapının değerlendirilmesi, çalışmamız açısından son derece önemli görülmüştür. Ayrıca bu yapının ortaya çıkışı, yani Roma hukukundan bugüne kadar geçirdiği evrimin ve karşılaştırmalı hukuktaki -özellikle Alman ve Fransız hukuklarındaki- durumunun tetkik edilmesi konunun Türk hukuku açısından da daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacak niteliktedir. Bu yüzden çalışmanın giriş bölümünde, işgörme sözleşmelerinin hukukumuzdaki konumu aktarıldıktan sonra, bu işgörme sözleşmelerinin tarihi ile Alman ve Fransız hukuklarındaki düzenleme şekli de inceleme kapsamına alınmıştır.

Çalışmamızda yazılım bakımı sözleşmesine vekâlet hükümlerinin uygulanması imkânı araştırılacağı için, ikinci bölümde oldukça teknik ve atipik bir sözleşme ilişkisi olan yazılım bakımı sözleşmesine ilişkin genel bilgiler ve bu sözleşmenin hukukî niteliği incelenecektir. Bunun için, öncelikle yazılım, yazılımın üretimi süreci ve yazılım sözleşmelerine ilişkin genel bilgiler aktarılacaktır. İkinci olarak yazılım bakımı sözleşmesinin tanımı ve sözleşmenin tarafları değerlendirilecek ve sözleşmenin konusu üzerinde durulacaktır. Ardından yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespitinin yapılabilmesi amacıyla, 6098 sayılı Borçlar Kanununun işgörme sözleşmelerine ilişkin genel düzeni aktarılmaya çalışılacaktır. Bunun için ilk önce vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanmasını öngören BK m. 502/II hükmü ve bu hükmün anlamı incelenecektir. Ardından BK m. 502/II hükmüne bir sınır oluşturması bakımından eser ve vekâlet sözleşmelerinin birbirleri karşısındaki durumu, teorik altyapısı ile birlikte gösterilmeye çalışılacaktır. İkinci bölümün son başlığında ise, tüm bu değerlendirmeler doğrultusunda yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliği tespit edilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerinden olan yazılım bakımı sözleşmesine pratik olarak uygulanması imkânı değerlendirilecektir. Bunun için, vekâlete ilişkin kanun hükümlerine paralel bir şekilde, yazılım bakımı sözleşmesinin bu hükümlere bağlı olarak gösterdiği özellikler aktarılacaktır. Bu bölümde, yazılım bakımı sözleşmesine ait tüm sorunlara bir çözüm bulunmaya çalışılmayacak; ancak özellikle vekâlet hükümlerinin bu sözleşmeye uygulanma kabiliyeti değerlendirilecektir. Çalışmanın sonuç bölümünde ise, birinci ve ikinci bölümden elde edilen sonuçlar aktararak konuya ilişkin genel yaklaşımımız gösterilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın karşılaştığı temel zorluk, teorik bir incelemeye tabi tutulan BK m. 502/II hükmüyle, yazılım bakımı sözleşmesini bir arada değerlendirmek konusunda yaşanmıştır. Bu zorluk, çalışma planının merkezine yazılım bakımı sözleşmesi konularak aşılmaya çalışılmıştır. Çalışmanın yazılması konusunda yaşanan ikinci zorluk, yazılım bakımı sözleşmesine ilişkin kaynakların oldukça az sayıda olmasından kaynaklanmaktadır. Türk hukukunda yazılım bakımı sözleşmesine ilişkin herhangi bir esere ulaşılamamıştır. İsviçre hukukunda ise, çalışmamızın bibliyografyasında da yer alan, Urs Waser'e ait *Komputerwartungsvertrag* ve Ursula Widmer'in çalışması olan *Softwarepflegevertrag* dışında yazılım bakımı sözleşmesini doğrudan inceleyen monografi bulunmamaktadır. Bu iki eser dışında, çeşitli makaleler ve yazılım sözleşmelerine ilişkin genel eserlerin içerisinde yazılım bakımı sözleşmesine ilişkin kısımlardan faydalanılmıştır. Bu zorluğu artıran diğer bir mesele, konu hakkında yargı kararının bulunmuyor olmasıdır. Ne İsviçre Federal Mahkemesi ne de Yargıtay'ın yazılım bakımı sözleşmesini konu edinen bir içtihadına rastlanmıştır. Uygulamaya ilişkin bu eksikliği kapatmak ve sözleşme ilişkisini somutlaştırmak amacıyla, çalışmanın sonuna yazılım şirketleri ve müşterileri arasında yapılan bir yazılım bakımı sözleşmesi örneği eklenmiştir.

A. İşgörme Sözleşmeleri

İş görme sözleşmesi, esas itibarıyla Türkçede ortaya çıkmış bir kavram olmayıp Almanca *Verträge über Arbeitsleistung* (*Leistungsverträge*), Fransızca *contrats de service* kavramlarının Türkçe karşılığıdır. Bu manada kavram, BK m. 502/II'de ve İBK m. 394/II'de konusunu bir işin yapılmasını oluşturan sözleşmeler

için kullanılmaktadır¹. İşgörme sözleşmelerinde borçlunun karakteristik edimi bir yapma edimidir. Sözleşmede aslî edim yükümlülüğü bir başkası için bedenî veya fikrî işler yapmaktan ibaretse veya aslî edimin ağırlıklı kısmı yapma ediminden oluşuyorsa, sözleşme işgörme sözleşmesidir².

İşgörme sözleşmelerinden bir kısmı, Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler esas itibariyle hizmet, eser ve vekâlet sözleşmeleridir. Bunun dışında, komisyonculuk, yayım sözleşmesi gibi Borçlar Kanununda düzenlenen işgörme sözleşmeleri olduğu gibi, mal taşıma sözleşmeleri, avukatlık gibi başka Kanunlarda düzenlenen sözleşmeler de bulunmaktadır. Bu manada BK m. 502/II hükmünün sınırını belirlemek açısından, Kanunda düzenlenen işgörme sözleşmelerini tespit etmek gerekmektedir.

BK m. 502/II hükmünün uygulanmasını hedeflediği sözleşmeler, hükmün lafzı gereği, kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmeleridir. Bunlar hukukumuzda, sözleşme serbestisi³ uyarınca ortaya çıkan işgörme sözleşmeleridir. Vekâlet hükümlerinin uygulanmasına konu olan bu sözleşmeler, sınırlı sayıda değildir ve yine sözleşme serbestisi gereği yeni tür işgörme sözleşmeleri ortaya çıkabilir⁴.

Bu bölümde, hukukumuzda işgörme sözleşmelerinin ne tür sözleşmelerden olduğunu görmek amacıyla, öncelikle kanunda düzenlenen temel işgörme sözleşmelerinden bahsedilecektir. Eser ve vekâlet sözleşmelerinin birbiriyle olan sınırları, II. bölümde detaylı bir şekilde inceleneceği için, burada sadece yüzeysel bir şekilde bahsedilecektir. Ardından konumuz BK m. 502/II'nin uygulama alanı olan kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmeleri değerlendirilecektir.

¹ Leuenberger, s. 13; Engel, s.431. Dar anlamda *contrats de service*, işgörme sözleşmeleri alanında, borçlunun diğer taraf için belirli bir faaliyeti yerine getirmeyi bağımsız olarak üstlendiği sözleşmelerdir. Geniş anlamıyla, bu kavram bağımlı hizmet sözleşmesini de içerisine alan bir anlam taşır.

² Tandoğan, c. I/1, s. 4; Eren, borçlar özel, N. 69; Bénabent, N. 472; Sarı, s. 7; Aral, Ayrancı, s. 76; Aydoğdu, Kahveci, s. 12;. Kavramı geniş anlamıyla iş akitleri olarak kullanan, Feyzioğlu, s. 25.

³ Feyzioğlu, s. 38; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 60; Tandoğan, c. I/1, s. 9 vd.; Oğuzman, Öz, N. 81 (sözleşme yapma özgürlüğü), N. 82 (sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenleme özgürlüğü); Eren, borçlar genel, N. 45 vd. (irade özgürlüğü), N. 48-49 (sözleşme özgürlüğü); Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 514. Sözleşme türlerini tayin özgürlüğü olarak, Kılıçoğlu, N. 631. Antalya, c. V/1, 1, N. 387 vd.

⁴ Bu doğrultuda 818 sayılı BK m. 386/II ve İBK m. 394/II hükmünün bir tip sınırlılığı oluşturduğuna ilişkin tartışma için bkz. aşağıda, II, C, 1, a, iii, İşgörme sözleşmelerinde *numerus clausus* ve 818 sayılı BK m. 386/II-BK m. 502/II hükmünün emredici karakteri.

1. Borçlar Kanununda Düzenlenen İşgörme Sözleşmeleri: Eser, Vekâlet ve Hizmet

İş görme sözleşmelerinin Borçlar Kanununda düzenlenen üç temel tipi hizmet, eser ve vekâlettir. Bu çalışmada, hem karşılaştırmalı hukuktaki düzenleme şekli, hem de tarihi kökleri ve gelişimleri incelenen, bu üç sözleşme olacaktır. Bu açıdan Kanunda düzenlenen, komisyonculuk, taşıma sözleşmesi, yayım sözleşmesi veya başka işgörme sözleşmeleri çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

İşgörme sözleşmelerine dair çeşitli ayrımlar yapmak mümkündür. Bağımlı-bağımsız işgörme sözleşmeleri bunlardan bir tanesidir. Bağımlı işgörme sözleşmesinde, işgören, işverene hukuken ve organizasyonel olarak bağımlıdır. BK’de bağımlı işgörme sözleşmesi hizmet sözleşmesidir. Bağımsız işgörme sözleşmesi ise, işgörenin edimini ifa ederken bağımsız olduğu, hukukî veya organizasyonel açıdan serbest olduğu sözleşmelerdir. Borçlar Kanununda eser ve vekâlet sözleşmeleri, bağımsız işgörme sözleşmeleridir.

İşgörme sözleşmeleri açısından hukukumuzdaki diğer bir ayırım, sözleşmeyle elde edilmek istenen sonucu, borçlunun garanti edip etmemesine bağlı olarak sonuç borcu doğuran ve vasıta borcu doğuran sözleşmeler ayırımıdır⁵. Vasıta borcu doğuran sözleşmeler, hizmet ve vekâlet sözleşmeleridir. Bu ayırım altında, eser sözleşmesi ise sonuç borcu doğuran sözleşmeler arasında yer almaktadır.

BK m. 502/II hükmü değerlendirilmeden önce, vekâletin Borçlar Kanununun sistematüğinde bağımsız işgörmeler arasında vasıta borcu doğuran, yani bir sonucun değil, bir faaliyeti yürütmenin borçlanıldığı ana sözleşme olduğuna dikkat etmek gerekir. Vekâlet, BK m. 502/II hükmü olmadan dahi, kanundaki “faaliyet” sözleşmelerinin ana sütunudur. Öyle ki bir işgörme sözleşmesinde borçlu tarafından sonuç taahhüt edilmediği takdirde ilk başvuru kaynağı, bir faaliyet yürütmenin ve(ya) bir hizmet görmenin borçlanıldığı vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler olacaktır.

Bu noktada vekâlet sözleşmesinin karşısında ise işgörenin bağımsız olduğu ve sonucun taahhüt edildiği eser sözleşmesi yer alır. Eser sözleşmesi, esas itibarıyla bir üretim ve üretilenin teslim edildiği bir sözleşme olmakla birlikte, fikrî eserin⁶ kabulü ile birlikte sonucun taahhüt edilebildiği tüm işgörmeler açısından kanundaki diğer

⁵ Detaylı bir şekilde değerlendirilmesi için bkz. ileride II, C, 3, BK m. 502/II’ye ve Atipik Vekâlet Sözleşmesine Bir Sınır Olması Açısından Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri.

⁶ Bkz. aşağıda, II, C, 3, d, BK m. 502/II Hükümünün Alanını Daraltan Bir Kavram Olarak Fikrî Eser.

sütunu oluşturmaktadır. Yani Borçlar Kanununda bağımsız işgörme sözleşmeleri, vasıta-sonuç ikiliği üzerine kurulmuştur.

Burada ayrıntısına daha fazla girilmeyecek olan bu sözleşmeler, vekâlet sözleşmesinin, kanundan kaynaklanan sınırlarını oluşturur. Yani BK m. 502/II hükmüyle vekâlet hükümlerinin uygulanmasını hedeflediği sözleşmeler, hizmet ve özellikle eser sözleşmesi olmayan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler arasındaki sınır, çalışma konusu açısından önemine binaen ileride ayrıntılı bir şekilde incelenecektir⁷.

2. BK m. 502 Hükümünün Kapsamı Açısından Kanunda Düzenlenmeyen İşgörme Sözleşmeleri

Yukarıda yapılan ayırım, kanunda düzenlenen sözleşmeleri esas almaktadır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu, ardından 818 sayılı Borçlar Kanunu, işgörme sözleşmelerini, 20. yy'ın başındaki koşulları dikkate alıp Roma hukukunun kategorilerini ve bunların yorumlarını⁸ esas alarak düzenlemiştir. Bu koşullarda değişiklik olduğu ve yeni ihtiyaçlar ortaya çıktığı zaman da, Kanundaki sözleşmelerde esaslı değişiklikler yapılmıştır⁹. 6098 sayılı Borçlar Kanunu da 818 sayılı Borçlar Kanunu ile aynı düzeni kabul etmiş ve buna göre hareket etmiştir.

Çalışmamız açısından BK m. 502'nin uygulanacağı sözleşmeler, Kanunun ifadesi gereği kanunda düzenlenmeyen sözleşmelerdir. Hukukumuzda, BK m. 26 uyarınca sözleşme serbestisi kabul edildiği için, taraflar sözleşmeyi serbestçe, istedikleri tip ve içerikte yapabilir. Dolayısıyla hükmün lafzında da açıkça ifade edildiği üzere BK m. 502/II'nin uygulama alanı, tarafların sözleşme serbestisi uyarınca yaptığı bu sözleşmeler olup vekâlet hükümlerine yapılan atıflar sebebiyle vekâlet hükümlerinin bir başka sözleşmeye uygulanması noktasında BK m. 502/II'nin bir işlevi söz konusu değildir.

Kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerini saymak ve sınırlandırmak mümkün değildir. İktisadî ihtiyaçlar doğrultusunda, emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, sürekli olarak yeni sözleşme türleri ortaya çıkmaktadır. Hekimlik, mimarlık, bilirkişilik, ders verme gibi eskiden beri yapılagelen sözleşmeler kanunda

⁷ Bkz. aşağıda, II, C, 3, BK m. 502/II'ye ve Atipik Vekâlet Sözleşmesine Bir Sınır Olması Açısından Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri.

⁸ Schneberger, s. 82 vd; Uyan, s. 111.

⁹ Hizmet sözleşmesinin bağımlı çalışmalara özgülenmesi bu tür bir değişikliğe örnek teşkil edebilir. Ayrıntılı anlatım için bkz. aşağıda, II, C, 1, a, (1), İsviçre Hukukunda Vekâlet ve Hizmet Sözleşmelerinin Pozitif Hukuktaki Gelişimi ve İBK m. 394/II Hükümünün Ortaya Çıkışı.

düzenlenmeyen sözleşmeler arasında yer alır. Bu sözleşmeler, “serbest meslekler” olarak İsviçre hukukunun gelişiminde ve özellikle BK m. 502/II hükmünün mehazı olan İBK m. 394/II’nin ortaya çıkmasında ilk etkili olan sözleşmelerdir¹⁰. Bunun yanında *franchising*, tek yetkili satıcılık, portföy yöneticiliği, seyahat sözleşmesi, yazılım sözleşmeleri, yönetim sözleşmesi gibi “yeni tür” işgörme sözleşmeleri de kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmeleri arasında yer almaktadır¹¹.

Türk-İsviçre hukukları, kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerini, borçlunun işgörmenin sonucunu garanti edip etmemesine bağlı olarak, kanunî tipler olan eser ve vekâlete yakınlaştırma eğiliminde olmuştur. Bu yüzden doktrinde eser benzeri ve vekâlet benzeri sözleşmeler tanımlaması da kullanılmaktadır¹². Bu eğilim, bağımsız işgörme sözleşmeleri açısından, borç veya sorumluluk türüne bağlı bir sınıflandırmanın yapıldığını göstermesi açısından önemlidir. Yine bu eğilimin bir neticesi olarak, yeni tür işgörmelere kanunî tipler olan eser ve vekâlet sözleşmesinden hareket ederek yaklaşıldığı görülmektedir. Bu durum, işgörme sözleşmelerinin tipleri açısından kanunun yaptığı sınıflamaya tabi bir anlayışı yansıttığı için de önemlidir.

Çalışma konumuz açısından, yani vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanması açısından “vekâlet benzeri” ve “eser benzeri” sözleşmeler tanımlaması, BK m. 502/II hükmüne bir sınır oluşturmak açısından önemlidir. Hükmün lafzında, sonucu garanti edilen veya edilmeyen isimsiz sözleşmeleri gibi bir ibare olmadığı için, borç türü esas alınarak, yani sonuç borcu doğuran sözleşmeler açısından hükmün uygulanması, bu mantık yürütme sonucunda sınırlandırılmaktadır. Yani sonuç borcu doğuran isimsiz sözleşmelere eser benzeri sözleşme sözleşme ismini vermek, zımnen BK m. 502/II hükmünün bu tür sözleşmelere uygulanmayacağını söylemektir. O halde, eser sözleşmesinin vekâlet sözleşmesiyle oluşturduğu sınırın tespiti de çalışmamız açısından daha önemli hale gelmektedir. Bu öneminden dolayı, aşağıda eser ve vekâlet sözleşmesinin birbirlerine karşı oluşturdıkları sınır ayrıca incelenecektir¹³.

¹⁰ Bkz. aşağıda, II, C, 1, a, (1).

¹¹ Bu noktada bu BK m. 502/II, karma veya *sui generis* ayırımı yapmadan, kanunda düzenlenmeyen tüm işgörmeleri işaret etmektedir, Fischer, s. 258.

¹² Gauch, *Werkvertrag*, N. 317 vd, *Werkvertragähnlich Innominatverträge* (eser sözleşmesine yakın/benzer isimsiz sözleşmeler) tamlaması bu manada, isimsiz işgörmeler açısından bir yönelimi göstermektedir. BGB’de bu tanımlama, kanunun ilk halinde olmayıp sonradan düzenlenen bazı işgörme sözleşmeleri için de kullanılmaktadır. Bkz. aşağıda, I, C, 2, Alman hukukunda işgörme sözleşmeleri.

¹³ Bkz. ileride II, C, 3, BK m. 502/II’ye ve Atipik Vekâlet Sözleşmesine Bir Sınır Olması Açısından Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri.

Tam olarak bu noktada, hekimlik, öğretmenlik, bilirkişilik gibi sözleşmelerin hukukî nitelikleri ile ilgili vekâlet tipinin muğlaklığından kaynaklanan bir sorun ortaya çıkmaktadır. Vekâlet, aracılık işlerine yönelen bir kimseye kendisine ait işleri yapma borcu yüklemek dışında, aslında belirgin, somut bir sözleşme değildir. Aşağıda inceleneceği üzere, vekâlet sözleşmesi konusunda yapılacak tercihe göre, yoğun güven ilişkisi oluşturan bir vekâlet veya işgörme sözleşmeleri arasında vasıta borcu doğuran bir vekâlet tipi tespit edilecektir¹⁴. O halde, cevabı verilmesi güç olan ve belirsiz kalan husus, herhangi bir somut sözleşme ilişkisinin vekâlet mi olduğu, yoksa bu sözleşmelerin her birinin Kanunda düzenlenmeyen birer sözleşme olarak isimsiz sözleşme olarak değerlendirilmesi mi gerektiğidir. Bu problem, çalışma açısından temel meselelerden birini oluşturur. Zira bu tür sözleşmeleri vekâlet saydığımız takdirde, vekâlet hükümleri doğrudan uygulanacaktır. Bu sözleşmelere, kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmeleri olarak yaklaşıldığı takdirde ise, BK m. 502/II'nin alanına girecek ve vekâlet hükümleri bu sözleşmelere, kanunun ifadesiyle “niteliklerine uygun düştüğü ölçüde” uygulanacaktır. Bu noktada bir tercih yapılması zorunlu görülmüş ve buna göre, kanunî vekâlet tipi, çalışma kapsamında daha dar bir sözleşme olarak kabul edilmiş, kanunda düzenlenmeyen tüm sözleşmeler, BK m. 502/II'nin kapsamında değerlendirilmiştir¹⁵. Bu yüzden, BK m. 502/II'nin kapsamına atipik vekâletler veya isimsiz işgörme sözleşmeleri girmektedir.

Kanunî tiplere yaklaştırmakla sınıflandırma eğilimine karşın, yeni tür işgörmelerin büyük bir kısmı, hukukumuza yabancı ve sözleşme kategorileri Kıta Avrupası hukukundan oldukça farklı olan Anglo-Amerikan hukukundan gelmektedir¹⁶. Dolayısıyla, bu hukukun ve ekonomik yapının kültürünü taşımakta, sözleşmedeki edimler veya borç türleri hukukumuzun telakkîlerinden farklılıklar taşımaktadır. Ayrıca sözleşmeye ilişkin teoriler ve genel yaklaşım, Kıta Avrupası hukukundan ve dolayısıyla Türk-İsviçre hukukundan ciddi şekilde farklılık göstermektedir¹⁷. Bu husus da kanunda düzenlenen, tipik sözleşmelere ait hükümlerin farklı bir hukuktan ithal edilen sözleşmelere uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Bu noktada, hukukumuzun bu tür sözleşmelere kavramsal yaklaşımı büyük önem arz

¹⁴ Aşağıda, II, C, 2, b, Güven İlişkisi Açısından Vekâletin İncelenmesi: Tipik Vekâlet.

¹⁵ Aşağıda, II, C, 2, c, Borçlunun Vasıta Borcu Üstlendiği İşgörme Sözleşmesi: Atipik Vekâlet.

¹⁶ Martinek, c. I, s. 4. Aynı yönde, finansal kiralama sözleşmesi açısından, Köteli, s. 19; sponsorluk sözleşmesi açısından Grassinger, s. 23.

¹⁷ “*Relational contract theory*” veya hukukun ekonomik analizi gibi esaslı teorilerin değerlendirilmesi için bkz. Martinek, c. III, s. 365 vd.

eder. Özellikle yazılım bakımı sözleşmesi açısından, çalışmamızda bu tür bir probleme çözüm bulunmaya çalışılacaktır.

Sözleşmeler hukukunda kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmektedir¹⁸. İsimsiz sözleşme, ilk defa Roma hukukunda ortaya çıkmış bir kavramdır¹⁹. Modern hukuklarda ise isimsiz sözleşme, basit bir tanımla Kanunda (hem BK hem de herhangi bir özel kanunda) esaslı unsurları düzenlenmemiş sözleşmeyi kasteder²⁰. Bu sözleşmeler, uygulamanın hukuk doktrinine dayattığı, kanuni sistematikte yer verilmeyen ve az ya da çok uygulama alanına sahip olan sözleşmelerdir²¹.

İsimsiz sözleşmeler karma sözleşmeler ve *sui generis* sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır²². Karma sözleşmeler, kanunda düzenlenen çeşitli sözleşmelerin unsurlarının kanunda öngörülmemiş bir şekilde bir araya gelmesiyle oluşan sözleşmelerdir²³. *Sui generis* (kendine özgü yapısı olan) sözleşmeler ise, ne kanunda

¹⁸ Tandoğan, c. I/1, s. 11; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 56; Kuntalp, s. 9-10; Aral, Ayrancı, s. 79; Zevkliler, Gökyayla, s. 11; Eren, borçlar özel, N. 3208; Aydoğdu, Kahveci, s. 2; Kırca, s. 48; Tiftik, s. 101.

¹⁹ Pichonnaz, N. 1811. *Contractus innominatus*, yani isimsiz sözleşme, Roma hukukunun sonraki dönemlerinde daimi beyannamelerde veya erken dönemlerde *praetor* beyannamesinde yer almadığı halde, uygulamanın *causa* (N. 1812) kavramı üzerinden geliştirdiği sözleşmeleri işaret etmektedir. İsimsiz sözleşmeler, Roma hukukunda *do ut des* (veriyorum, vermen için), *do ut facias* (veriyorum, yapman için), *facio ut des* (yapıyorum, vermen için) ve *facio ut facias* (yapıyorum, yapman için) şeklinde sistematize edilmiştir. Bu bakımdan, Roma hukukundaki isimsiz sözleşmelerin, günümüzdeki sözleşmelere nazaran, sade bir yapıya sahip olduğu söylenebilir.

²⁰ Bu noktada objektif esaslı noktaların (*essentialia negotii*) kanundaki tanımla örtüşmediği takdirde isimsiz sözleşmenin ortaya çıktığına ilişkin, Gümüş, borçlar özel, c.1, s. 4; Oktay, s. 264 vd.; Şeker Ögüz, s. 37; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 240. Ayrıca kanunda ismen geçse de, *essentialia negotii*, yani esaslı unsurları düzenlenmediği için önsözleşme, irtifak hakkı sözleşmesi (*Grunddienstbarkeitsvertrag*) ve şerh sözleşmesi de isimsiz sözleşme sayılmaktadır. Bu “tıp belirleyici” esaslı unsurlar olmadan sözleşmenin bir isimsiz sözleşme olacağını söyleyen, Amstutz, Morin, BSK-OR-I, Einl. vor Art. 184 ff., N. 5.

²¹ Bénabent, N. 3. Bir sözleşmenin “isimli sözleşme” olması için uygulama tarafından yeteri kadar tekrar edilmesi gerekir. Ayrıca, “kitlesel isimsiz sözleşme” kavramı için Eren, isimsiz sözleşme, s. 86. Yazara göre uygulamada çok sık tekrar edilen sözleşmeler bu anlamda kitlesel isimsiz sözleşmelerdir. *Franchise*, *know-how* ve tek satıcılık gibi sözleşmeler, bunların örneğini oluşturur. Bunun dışında, bu sözleşmeler kadar sık tekrar etmeyen sözleşmelerse, bireysel/atipik isimsiz sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir. Yine bazı sözleşmelerin içerdiği hükümler bakımından standartlaştığına ilişkin, Aral, Ayrancı, s. 81. Son olarak uygulamadan doğan sözleşmelere ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. Leloup, Jean-Marie, La création de contrats par la pratique commerciale, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUF, 1985, s. 167 vd.

²² Kuntalp, s. 10 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 56; Eren, borçlar genel, N. 592; Zevkliler, Gökyayla, s. 12 vd.; Kılıçoğlu, N. 632; Yurt, s. 108. İsimsiz sözleşmelere bileşik sözleşmeleri de dâhil ederek, üçlü bir ayırım yapan, Aral, Ayrancı, s. 82; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 241; Aydoğdu, Kahveci, s. 2-3; Antalya, c. V/1 1, N. 1122.

²³ Feyzioğlu, s. 51-52; Kuntalp, s. 11; Eren, borçlar genel, N. 593; Amstutz, Morin, BSK-OR-I, Einl. vor Art. 184 ff., N. 9; Kılıçoğlu, N. 635; Aral, Ayrancı, s. 84; Yurt, s. 108; Tiftik, s. 106; Aydoğdu, Kahveci, s. 7.

düzenlenmiştir, ne de kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsurlarını karma sözleşme gibi birleştirirler²⁴. Bu açıdan sözleşme tipleri açısından yenilik oluştururlar.

BK m. 502/II hükmü, herhangi bir sınırlama yapmadan, kanunda düzenlenmeyen sözleşmelerden bahsettiği için, bu hükümde vekâlet hükümlerinin uygulanması öngörülen sözleşmeler hem *sui generis* hem de karma sözleşmelerdir. Bu açıdan hükmün kapsamına giren sözleşmeler, kanunda düzenlenmeyen bütün işgörme sözleşmeleridir. Mesela mimarlık, hekimlik, seyahat, bilişim alanındaki işgörme sözleşmeleri, tek yetkili satıcılık gibi sözleşmeler, BK m. 502/II hükmü kapsamında kalır.

Bu hükmün kapsamında kalan sözleşmelere vekâlet hükümlerinin uygulanması, aynı zamanda bu alanda, yani işgörme sözleşmeleri alanında bir tip sınırlılığı olduğu yönünde düşünceleri ortaya çıkarmıştır. Gerçekten de, işgörme sözleşmelerinin vasıta ve sonuç borcu doğuran sözleşmeler şeklinde ikiye ayrılması ve bu ayrımın vekâlet ve eser sözleşmelerine bağlanması, bunun yanında da vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanması, bu tür bir yorumu mümkün kılmaktadır. Çalışmada bu husus da ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır²⁵.

İşgörme sözleşmelerinin tasnifine ilişkin, tüm isimli sözleşmeleri kapsayan karma sözleşmeler ve kendine özgü yapısı olan sözleşmeler dışında, doktrinde de çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Bunlar arasında Dessemontet'nin yaptığı ayırım bu sözleşmelerin somut olarak ortaya çıktıkları farklı alanları görmek açısından işlevseldir. Yazar, sınırlayıcı olmamak kaydıyla işgörme sözleşmelerini üç pratik gruba ayırarak incelemektedir²⁶:

- Günlük hayattaki işgörme faaliyetleri,
- Ticaret hayatındaki işgörme faaliyetleri,
- (Münhasıran) hukukî işgörme faaliyetleri.

İlk grubun kapsamına mimarlık, mühendislik, haritacılık, inşaat işleri, seyislik, diskjokeylik, otelcilik, restorancılık, tüm tamir işleri, çeviri işleri gibi faaliyetler dâhil

²⁴ Tandoğan, c. I/1 s. 13; Kuntalp, s. 10; Feyzioğlu, s.38 (kanunda düzenlenmemiş, ama uygulamada adlarını bulmuş akitler); Oğuzman, Öz, N. 167, 168; Eren, borçlar genel, N. 599; Amstutz/Morin, BSK-OR-I, Einl. vor Art. 184 ff., N. 11; Kılıçoğlu, N. 636; Aral, Ayrancı, s. 83; Yurt, s. 109; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 240; Tiftik, s. 105; Aydoğdu, Kahveci, s. 3; Antalya, c. V/1 1, N. 1130.

²⁵ Tip sınırlılığına ilişkin, bkz. ileride II, C, 1, a, (3), İşgörme Sözleşmeleri Alanında *numerus clausus* Görüşü.

²⁶ Dessemontet, s. 107, bu ayırım hukukî bir ayırım olmasa da çok çeşitli alanlara yayılan işgörme sözleşmelerinin gruplandırılması için işlevsel nitelik taşıdığı için buraya alınmıştır.

edilmektedir. İkinci grupta ise bir şirketin idaresi, bağımsız denetim faaliyetleri, faktöring, akreditif, yönetim, sponsorluk, *franchise*, bankacılık gibi ekonomik hayat açısından önemli faaliyetler yer almaktadır. Son olarak noterlik, avukatlık, hakemlik, hukukî danışmanlık, vasiyeti yerine getirme görevlisi, ilamın icrası faaliyeti gibi münhasıran hukukun alanında kalan faaliyetler yer almaktadır.

Bu sözleşmeler, kanunda düzenlenen sözleşmelerden herhangi birinin tanımına uymadıkları takdirde, atipik vekâlet veya isimsiz işgörme sözleşmeleri olarak değerlendirilir. BK m. 502/II hükmünün lafzı dikkate alındığında, “kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmeleri” vekâlet hükümlerinin uygulanması öngörülen sözleşmeleri oluşturur. Bu açıdan, bir sözleşmenin kanunda düzenlenen işgörme sözleşmelerinden herhangi birinin kapsamına girip girmemesi oldukça önemlidir. Dolayısıyla işgörme sözleşmelerine vekâlet hükümlerinin uygulanmasında hareket noktası, kanunun tanımladığı tiplerdir. Ayrıca, işgörme sözleşmelerinin vekâlet benzeri ve eser benzeri şeklinde ayrılmasına sebep olan kanun yapısı dikkate alındığında, işgörme sözleşmelerinin genel düzeni daha da önem kazanmaktadır. Bu yüzden bu bölümün devamında, kanunda düzenlenen işgörme sözleşmelerini ortaya çıkaran tarihî süreç ve bu sözleşmelerin karşılaştırmalı hukuktaki düzenlenme şekilleri incelenecektir.

3. Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Seçilmesi

Çalışmamızın geri kalan kısmında ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı üzere, yazılımcının bakım, destek ve güncelleme borçlarını üstlendiği yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının edimlerinden ikisini işgörme edimleri oluşturmaktadır²⁷. Bakım ve destek edimleri dışında kalan güncelleme edimi ise devir veya kullandırma borcu üstlenilen bir sözleşmenin konusunu oluşturabilir. Bu açıdan bakınca, sözleşmenin oldukça farklı edimlere yönelik bir tabiatı vardır. Buna ek olarak yazılım bakımı sözleşmesinin sürekli edimli karakteri de atipik eser veya atipik vekâlet sözleşmeleri açısından inceleme fırsatı sunmaktadır²⁸. Bunların yanında, sözleşmenin az çok tipikleşen bir yapısının olması, sözleşmenin hukukî niteliği ve bu sözleşmeye uygulanacak hükümler üzerinde tartışmayı da mümkün kılmaktadır²⁹.

²⁷ Bkz. ileride II, B, 5, a, Yazılımcının Edimleri altında, (1) ve (3).

²⁸ Bkz. ileride II, D, Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği altında 2 ve 3.

²⁹ Yazılım alanında bazı işgörme sözleşmeleri, sabit bir yapıya sahip olmadıkları için, bu açıdan zorluklar göstermektedir. Mesela, *Systemvertrag* (sistem sözleşmesi) ya da *IT-Projektvertrag* (bilişim projesi sözleşmesi), hiçbir sabit/tipik yapıya sahip değildir, bkz. Rauber, s. 222. Bunun sebebi,

Eser ve vekâlet unsurları barındıran yazılım bakımı sözleşmesinin vekâlet hükümlerine uygunluk bakımından değerlendirilmesi de çalışmamız açısından önemli olmaktadır. Bu noktada yazılım bakımı sözleşmesi, kanunda düzenlenen bağımsız işgörme sözleşmelerinden unsurların (eser ve vekâlet) bir arada bulunduğu sürekli edimli ve atipik bir sözleşmedir. Ayrıca bilişim hukuku alanında ortaya çıkan başka sözleşmelerde de benzer bir durum (eser-vekâlet karşılığı) ortaya çıkmaktadır³⁰. Bu husus çalışmanın konusu olan vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanması açısından oldukça iyi bir örnek oluşturmaktadır. Zira BK m. 502/II'nin ve dolayısıyla vekâlet sözleşmesinin yasal sınırını eser sözleşmesi oluşturur³¹. Ayrıca, yazılım soyut bir varlık olduğu ve sadece makineler yardımıyla somutlaşabildiği için bir fikrî eser olarak kabulü mümkündür. Bu açıdan vekâletle karşı karşıya bulunan fikrî eser kavramı açısından da yazılım bakımı sözleşmesinin seçilmesi uygundur.

Konunun çalışmamız açısından uygun olmasının yanında, yazılım bakım sözleşmesinin ekonomik değeri de bu sözleşmeyi önemli kılmaktadır. Yazılımın geliştirilmesi sürecinde harcanan toplam paranın yarısı, yazılım bakım aşamasına hasredilmektedir³². Bunun dışında, ticari olarak üretilen birçok ürünün, yazılımın

müşterinin ihtiyaç ve isteklerine göre, bilişim projesinin değişkenlik göstermesidir. Sözgelimi insansız sistemlerle üretim yapan bir fabrikanın, güvenlik ve ayrıca stok kontrolleri ve lojistik alanında kullanacağı bir ürüne ihtiyacı olsun. Bunun yanında, elde edilen verilerin depolanacağı bir sunucu ihtiyacı ve ayrıca bu verilerin fabrikanın ekonomik planlamasında kullanılabilmesi için işlenmesi gereksin. Proje sözleşmesinde, müşterinin talep ettiği ihtiyaçlar doğrultusunda, yazılımın imali, devri veya farklı yazılımların entegre edilmesi gibi birçok sözleşme ve bunlara ilişkin sürecin planlanması gerekecektir. Bu planlama çerçevesinde, çoğu zaman projeyi yapan yazılımcı firma tarafından ihtiyaçlar karşılanacak; ancak yazılımcının kabiliyetinin yeterli olmadığı alanlarda da, dışarıdan hizmet alımı (*outsourcing*) tercih edilecektir. Bu ve bunun gibi birçok ihtimalin, en ekonomik şekilde giderilmesini hedefleyen sözleşme işte bu proje sözleşmesidir. Bu sözleşme çok farklı nitelikte edimler ve sözleşmeleri kapsadığı ve sözleşmenin sabit bir yapısı olmadığı için, sözleşmenin hukukî niteliğinin tespiti oldukça zordur. Bu yüzden her bir proje sözleşmesinde olaya özgü bir şekilde sözleşmenin nitelendirilmesi gerekir. Bu bakımdan yazılım bakımı sözleşmesi, uygulamanın tipik hale getirdiği edimleri sayesinde, çalışmamız açısından sistem sözleşmesine veya proje sözleşmelerine göre daha elverişlidir.

³⁰ Yazılımcıların bu alanda yaptığı sözleşmelerin çoğu işgörme sözleşmesidir. İşgörme sözleşmelerine yönelik Türk-İsviçre hukuklarındaki tavır da eser ve vekâlet sözleşmeleri üzerinden hareketle bu sözleşmelerin hukukî niteliğinin tespit edilmesine yönelmek şeklinde kendini gösterir. Benzer bir durum için bkz. Auf der Maur, s. 245 vd.. Yazar, internet projelerinde dikey birlikte çalışma (*Vertikale Zusammenarbeit*) sözleşmelerini incelemekte ve sözleşmelerin ilk olarak vekâlet ve eser sözleşmesi olma ihtimalini değerlendirmektedir. Bu sözleşmeler, yazılımcının işgörme edimi üstlendiği sözleşmeler olmakla beraber, müşterinin talepleri ve bunları yazılımcıya aktarması, sözleşme kapsamında üstlenilen işlerin ilerlemesi açısından oldukça önemli olduğu için, dikey veya yatay birlikte çalışma sözleşmeleri olarak nitelendirilmektedir. Benzer bir şekilde, Bächler, s. 119-120. Yazar genel olarak yazılım ve donanım sözleşmelerinin birlikte devri ya da kullandırmasının borçlanıldığı hallerde, işgörme edimleri için ilk olarak vekâlet/eser karşılığından hareket etmektedir.

³¹ Bkz. ileride II, C, 3.

³² Freuchlich-Bleuler, N. 3023.

sağlıklı bir şekilde çalışmasına bağlı olduğu düşünülürse, bakım faaliyetinin önemi daha iyi anlaşılabacaktır.

B. İşgörme (Eser, Vekâlet ve Hizmet) Sözleşmelerinin Tarihî Gelişimi

İşgörme sözleşmesi kavramı, modern hukuk düşüncesinin bir ürünüdür. Kıta Avrupası hukukunun kökeni olan Roma hukukunda işgörme sözleşmesi bir hukukî kavram olarak mevcut değildi. Bunun yerine, bugün işgörme sözleşmeleri arasında incelediğimiz vekâlet, *mandatum* akdi olarak, eser ve hizmet sözleşmeleri de *locatio conductio* olarak mevcuttu. Bu bölümde, hukukumuzda, Borçlar Kanununda düzenlenen temel işgörme sözleşmeleri olan eser, hizmet ve vekâletin Roma hukukundaki kökenleri incelenecektir. Bu incelemenin amaçlarından biri, işgörme sözleşmelerinin kökenlerini ve nasıl bir sistem içerisinde ortaya çıktıklarını tespit etmektir. Diğer yandan, vekâlet sözleşmesinin Roma hukukundaki kökenlerini anlamak çalışma konumuz açısından elzemdir. Zira mehz İsviçre hukukunda, vekâletin hukukî niteliğini ve vekâlet hükümlerini ortaya çıkartan en önemli etken, sözleşmenin Roma hukukundaki kökenleridir. Ayrıca vekâletin “ata”sı olan *mandatumun* daha iyi anlaşılabilmesi, ancak vekâletle benzer amaca yönelik sözleşmeleri inceleyerek mümkün olacaktır. Bu yüzden, bu bölümde, *mandatum* akdiyle birlikte, eser ve hizmet sözleşmelerinin atası sayılan *locatio conductioya* da yer verilmiştir.

1. Antik Yunan

Kavramsal olarak *mandatum*, Roma hukukunun ürünüdür. Antik Yunan hukukunda ise henüz vekâleti kavramsal olarak ortaya çıkmış bir sözleşme olarak görmek mümkün değildir. Buna karşın, vekâletle güdülen amacı yerine getirmek amacıyla yapılan işlemlerin mevcudiyeti anlaşılabilir. Özellikle fetihlerle, coğrafi genişlemelerle ve ticaretle birlikte, antik şehir devletinden uzun süre uzakta kalmak zorunda kalan bir vatandaşın, şehirde kalan işlerinin idaresi için bir başkasını yetkili kılınması bir zaruret olarak ortaya çıkmıştır. Batı hukuku açısından bu işlemlerin ilk örneklerini Atina’da aramak gereklidir³³.

³³ Giverdon, N. 6.

Kaynakların azlığından dolayı vekâlet benzeri bir işlemin antik Yunan'daki varlığı tam olarak tespit edilememektedir. Buna karşın, hak ehliyetine sahip bir vatandaşın, kendi işlerini yokluğunda gördürmek amacıyla bu tür bir sözleşme yaptığı, edebi metinler aracılığıyla da olsa anlaşılabilir³⁴. Fakat bu şekilde başkasına kendi işini gördürmenin, bir sözleşme halini alması ve “*mandatum*” şeklinde isimlendirilmesi için Roma cumhuriyetinin ilk yüzyıllarını beklemek gerekir³⁵. Zira bir hukukî müessese olarak *mandatumun* oluşumu, Roma şehrinin genişlemesi ve böyle bir sözleşmeye ihtiyacın doğacağı ekonomik ve sosyal ortamı gerektirir³⁶. Ancak kefalet ilişkisi içerisinde borçlunun kefile yaptığı vekâlet sözleşmesinin ilk olarak Yunan'da doğduğu ve *mandatumun* ilk görünümünün de bu olduğunu söylenmektedir³⁷.

2. Roma

Roma hukukunda, modern hukuklarda olduğu gibi, işgörme ve işgörme sözleşmesi kavramları mevcut değildir. Bu yüzden çalışmamız kapsamında, kaynağını Roma'da bulduğumuz ve bugün Kıta Avrupası hukukunda işgörme sözleşmeleri olarak isimlendirilen, dava hakkı veren kurumları (akit veya benzeri), modern bir telakkîyle geriye dönük olarak incelemekteyiz. Bu açıdan çalışmanın bu bölümünde bir hukuk tarihi çalışmasından ziyade, tespit edilebildiği kadarıyla Roma hukukundaki *mandatum* ve *locatio conductio* kurumları incelenmektedir. Yani amacımız bir hukuk tarihi incelemesi yapmaktan ziyade, bu alanla ilgili mevcut kaynakları kullanarak hukukumuza kaynaklık eden telakkîleri anlamak ve bunları aktarmak olacaktır.

Roma hukukunda işgörme sözleşmelerinin incelenmesi, çalışma konusu açısından son derece önemlidir. Zira hem Türk-İsviçre hukukunun hem de bu hukukları etkileyen diğer Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin kökenini Roma hukuku oluşturmaktadır. Kanundaki vekâlet tipinin unsurları ve özellikleri esas itibarıyla

³⁴ Giverdon, N. 6, Yazar burada *Apollodorus'un Nicostrat'a* karşı savunmasında kullandığı “onunla işlerimizi birbirimize emanet edip yolculuğa çıkacak kadar samimi arkadaşlık” ifadesinden faydalanarak, güven ilişkisine dayalı ve genel bir vekâlet ilişkisinin var olduğunu sonucunu çıkartmaktadır. Ancak bu husus, kavramsal olarak vekâletin ortaya çıktığını ispata yeterli değildir, bkz. Giverdon, N. 10.

³⁵ Giverdon, N. 6, ayrıca Atika'da vekâletin formalizmden uzak yapısı ve açılabilir davalar için detaylı bilgi için bkz. Giverdon, N. 7-8.

³⁶ Burada kastedilen, esas geçim kaynağı ziraat olan ve ticaretin yaygın olmadığı bir toplumda, insanların işlerini kendilerinin görmeye meyilli olacağı, bu şekilde kapalı bir tarım toplumunda başkasına iş gördürme ihtiyacının, işlerini emanet etme ihtiyacının fazla olmayacağıdır.

³⁷ Giverdon, N. 9.

Roma hukukunda gelişmiş ve bugüne kadar gelmiştir. Özellikle vekâletin bir arkadaşlık işi olarak, ücretsiz bir şekilde yapılması ve her zaman sona erdirilebilmesi gibi özelliklerinin kaynağı Roma hukukudur. Dolayısıyla, bugün için BK m. 502/II kapsamında diğer sözleşmelere uygulayacağımız hükümlerin nasıl ve hangi hukuk düzeni içerisinde ortaya çıktığını anlamak için, Roma hukukundaki vekâlet (*mandatum*) düzenlemesini bilmek gereklidir.

Bunun dışında, bugün eser ve hizmet sözleşmelerinin kökeni olan *locatio conductio* kurumunun da anlaşılması ve bunun işgörme sözleşmeleri içerisindeki yerinin tespiti de gereklidir. Özellikle işgörme sözleşmeleri içerisinde, vekâlet-hizmet-eser üçlü yapısının anlaşılması için bu konunun da izahı gerekmektedir.

Tüm bu sebeplerle, öncelikle Roma hukukunda vekâlet sözleşmesinin “ata”sı olan *mandatum* ele alınacaktır. Bunun ardından *locatio conductionum* hukukî niteliği aktarılabilecek ve modern hukuklara geçiş sürecinde bütün bu kurumların nasıl şekillendiği gösterilmeye çalışılacaktır.

a. Mandatum ve procuratio

(1) Mandatumun Roma’da Ortaya Çıkışı ve Evrimi

Roma hukukunda vekâletin kökeni tartışmalı bir konu olup bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır³⁸. Buna karşın, *procuratio* müessesesi, aracılık işlerinde duyulan ihtiyaçtan dolayı ortaya çıktığından, konumuz açısından önemlidir. Bu yüzden, *procuratio* ve *mandatum* birbirine yakın kurumlar olarak ele alınmıştır. Türkçeye her ikisini de vekil olarak çevirdiğimiz *procurator* ve *mandator*, en azından ortaya çıktığı alan itibarıyla ayrı ayrı incelenmelidir³⁹.

Mandatum, Roma hukukundaki hak ve fiil ehliyetine sahip bir Romalının kendi işlerini çeşitli sebeplerle başkasına gördürme ihtiyacından doğmuştur⁴⁰. Romanın eski devirlerinde, *ius civilen*in katılığı ve ayrıca kendi işini başkasına gördürme ihtiyacının pek bulunmaması, vekâlet müessesesinin nispeten geç bir zamanda ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁴¹.

³⁸ Detaylı bilgi için Schneeberger, s. 7 ve özellikle dn. 4’teki yazarlar. Ayrıca *officium* veya *amicitia* kaynaklı olmasına ilişkin, Schneeberger, s. 10-11 ve s. 14-15.

³⁹ Giverdon, s. 9; Karadeniz, s. 210 ve özellikle dn. 90 ve oradaki yazarlar.

⁴⁰ Rado, s. 151.

⁴¹ Umur, s. 193.

Roma'nın bir şehir devleti olduğu ve diğer kavimlerle ilişkilerin ve ticaretin henüz gelişmediği devirlerde, *pater familias* (aile babası) tam hak ve fiil ehliyetine sahip olan tek kişi olarak, kendisinin olmadığı yerde işini kölesine veya evlatlarından birine yaptırma yoluna gitmiştir⁴². Bunların yaptığı hukukî işlemler, *pater familias* doğrudan bağladığı için aracı olarak birine iş yaptırma ihtiyacı ciddi bir şekilde kendisini göstermemiştir. Ayrıca bu devrin hayat telakkileri, bunlara bağlı olarak şekillenen hukukî formalizm, tarıma dayalı toplum yapısının neticesinde ticarî ilişkilerin sınırlı olması da vekâlet veya başkası adına üçüncü kişi ile işlem yapma anlayışının daha geç ortaya çıkmasına sebep olan etkenlerdir⁴³.

Roma devletinin genişlemesini müteakip yeni kurulan kolonilerde ve eyaletlerde Romalıların edindiği malvarlığı değerlerinin⁴⁴ ve savaşa giden askerlerin Roma'da bıraktığı mal ve işlerin idare edilmesi, hem fiil ehliyetine ilişkin geleneksel kurallarda kırılmalar oluşturmuş, hem de bir başkasının yardımına ve aracılığına olan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır⁴⁵. Hak ehliyetine sahip olmayan kölelerle yine *sui iuris* olmayan aile evlatlarının her hukukî muameleyi akdedemiyor oluşu, tam ehliyetli birisinin bu işi üstlenmesini şart kılmıştır. Bunu da neticede *manus dare*, yani el vermek anlamına gelen kelimelerden türetilen *commendatio* ile karşılama yoluna gitmişlerdir⁴⁶.

Katı bir güven ilişkisine dayalı olan bu anlaşma, *ius civile* tarafından kabul edilene kadar herhangi bir hukukî yaptırıma sahip değildi. Bununla beraber eski

⁴² Aile evladı (*filius familias*) ve kölenin, aile reisi (*pater familias*) adına yaptığı hukukî işlemler, temsil veya vekâlete ilişkin kuralların dışında tutularak aile reisini bağlayabilmektedir. Bkz. Karadeniz Çelebican, s. 135-136.

⁴³ Giverdon, N. 11. Ayrıca belirtmek gerekli olan bir diğer husus, vekâletin henüz bir rızai sözleşme olarak *Ius Civile* tarafından tanınmadığı dönemlerde *fiducia cum amico* (hatır için inançlı işlem), *depositum* veya *commodatum* gibi *mandatum* amacıyla da yapılmaktaydı, Oğuz, s. 236. Bunun *Ius Civilen*in katılığından kurtulmanın bir yolu olması muhtemeldir. Bu şekilde *Ius Civilen*in tanımadığı bir hukukî ilişkiye girmek yerine, bir inanç anlaşması yoluyla, bugünkü vekâlet ilişkisine benzer bir ilişki kuruluyordu. Bu konuda dikkat çeken husus ise, günümüzde içerisinde vekâlet unsurları barındırdığı kabul edilen inançlı işlemin vekâletten önce doğmuş olması ve vekâletin mümkün olmadığı zamanlarda bu yolla bir başkasına iş gördürülmüş olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, Arzu, Roma ve Türk hukukunda inançlı işlem ve vekâlet sözleşmelerinin karşılaştırılması, AÜHFD, C. 41, S. 1, 1990, s. 225 vd.

⁴⁴ Bu tür malvarlığı değerlerinden tarım işletmelerini bu şekilde *pater familias* için idare eden köle *villicus*, şehirdeki evi idare edense *atriensis* olarak isimlendirilmiştir, Giverdon, N. 13.

⁴⁵ Giverdon, N. 12; Pfister, s. 3

⁴⁶ Giverdon, N. 14; Schulz, s. 554; Pichonnaz, N. 2543; Martinek/Omlor, Vorbem zu p. 662 ff, N. 2, yazarlar burada sözleşmece garanti altına alınan bir güven ilişkisi olduğundan bahsetmektedir. Quirites hukukunun şekilciliği, eski Roma'nın dini telakkisinden, tanrıların huzurunda birinin bağlanmasının bu kurallara sıkı sıkıya bağlı olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun bir göstergesi olan *manus dare* veya bunun isim hali olan *commendatio* (karşılıklı el vermek) da bu dini telakkinin bir tezahürüdür. Kelime Latince'de birine güvenmek, bir iş vermek, yetkilendirmek gibi anlamlarda kullanılırdı. Bkz. Dictionnaire Gaffiot, *commendo* maddesi (<https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?p=350> – erişim tarihi, 30.08.2022).

Roma’da bu tür güven ilişkilerinde hukukî yaptırıma ihtiyacın olmadığı da düşünülebilir. Zira sonraki devirlere nispetle çok az sayıda *pater familias*ın, yani hak ehliyetine (dolayısıyla yükümlülük altına girme ehliyetine) sahip bireyin olduğu ve toplumsal yapının Roma dininin katı kurallarından ciddi şekilde etkilendiği bu devirde, *pietas, fides, reverentia, amicitia* gibi kavramlar büyük önem taşımaktadır⁴⁷.

Cumhuriyetin son dönemlerinde ticaretin Roma’da iyice yaygınlaşmasıyla, vekâlet ilişkisinin kurulmasında borç saiki, mutlak güven unsurunun önüne geçmeye başlamıştır⁴⁸. Roma’nın Akdeniz dünyasıyla yoğun bir ticaret ilişkisine girmesi, bu işi artık profesyonel olarak; fakat geçici bir süreyle yapan *procurator*lerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Aile reisinin yokluğunda işlerini görmeyi üstlenen *procurator*, profesyonelliğin neticesinde artık bu işi bir hatır veya dostluk için değil, bir borç olarak üstleniyordu.

İmparatorluk devrinde, Romalıların şehirden uzakta uzun vakitler geçirmeleri, uzakta olmadığı zamanlarda da işlerin çeşitlenmesi sebebiyle, bir başkasına ihtiyaç duyulması bir başkasına iş gördürmenin önemi artmıştır⁴⁹. Büyük servetleri idare etmenin zorluğuyla *procurator* de artık belirli bir malvarlığı veya konuya özgü olarak yetkilendirilmeye başlanmıştır⁵⁰. Bu dönemde *procurator* ve *mandator* arasındaki fark ortadan kalkmış, *Iustinianus* hukukunda ise bu iki ayrı hukukî müessese arasında bir fark kalmamış ve bunlar birleşmiştir⁵¹. Klasik devrin sonunda da *procuratio*, *mandatumun* içerisinde eriyerek tamamen kaybolmuştur⁵².

⁴⁷ Giverdon, N. 46, vekilin vekâletle kendisine verilen yetkiye aykırı davranışının neticesi *mala fides* olarak belirlenmiştir. Yani bu özellikli güven ilişkisini sarsan vekil şerefsiz sayılmıştır. Aynı yönde, Honig, s. 270, *actio mandati directay*ı kaybeden vekil için, bu husus şeref ve haysiyeti bozucu etki doğurmaktadır. Aynı yönde, Schneeberger, s. 23 vd. Ayrıca *infamis* için bkz. Umur, Roma Hukuku Lugatı, s. 85. Aynı durumu Almanca, “*Verlust der bürgerlichen Ehre*”/ “*Minderung der Ehre*”/ “*rechtserhebliche Bescholtenheit*” olarak ifade eden, Schneeberger, s. 24. Yazar burada şerefsizliği *Verlust der Fähigkeit* (hak ehliyetini kaybetmek) kavramına yakınlaştırmaktadır: bu bir çeşit aforoz edilme, belki de onun kökeni olabilecek bir kavramdır. *Infamis* başkası adına dava yürütemez ve kendi davası için de vekil tayin edemezdi. Kamu hukuku onun bu tür işler yapmasını yasaklıyordu.

⁴⁸ Bu durumun ortaya çıkmasında *ius gentiumun* ve doğu (Yunan) hukukunun etkisinin büyük olduğuna ilişkin, Oğuz, s. 261 ve dn. 138 ve 139. Ayrıca aksi görüşte, Paul Girard’a atıfla Giverdon, N. 15, s. 14 dn. 2.

⁴⁹ Giverdon, N. 16, tabi ki bu husus Roma’nın zenginleşmesini takiben büyük servetlerin ortaya çıkmasıyla alakalıdır. Bu husus, önceden geçici bir mahiyette olan *procurator* müessesesinin daimi hale gelmesine yol açmıştır. Netice olarak, büyük miktarlardaki servetlerin idaresi de bir kişiye bırakılmayarak, *procurator* bütün malvarlığı üzerinde yetki sahibi olmaktan çok, belirli bir mal grubu ya da sadece bir konuya özgü olarak yetkilendirilmeye başlanmıştır.

⁵⁰ Giverdon, N. 14. *Procurator ad res administrandas* bir malvarlığının idaresini, *procurator litis* ise hukukî menfaatlerin korunmasını üstlenirdi.

⁵¹ Giverdon, N. 17.

⁵² Giverdon, N. 19, bunda bütün malvarlığının idaresi için vekâlet verilmeye başlanmış olması etkilidir. Geçici ve genel mahiyette doğan *procuratio* kurumuna bundan sonra ayrıca bir ihtiyaç kalmadığı da ortadadır.

Iustinianus hukukunda *procurator* tayini için, vekâlet verilmesinin zorunlu olduğu düşünölmeye başlanmıştır⁵³. Artık *mandator* ve *procurator* bir başkasının mallarının idaresiyle sorumlu olan aynı kişidir. Ayrıca bir başkasının işini gören *gestor* özü itibariyle *mandator*dan farklı bir iş yapıyor olsa da, *Iustinianus* hukukunda bu müesseseler de birbirinin içine geçmiştir⁵⁴.

(2) Mandatumun Özellikleri

Roma hukukunda *mandatum*, ortaya çıkışı itibariyle bir arkadaşlık ilişkisi barındırdığı için, bu sözleşme *Digesta*'da ücretsiz bir akit olarak düzenlenmiştir⁵⁵. Bunun yanında, Roma hukukunda doğrudan temsil kurumunun tanınmıyor oluşu⁵⁶, bu sözleşmeyi kendine has, bugünkünden farklı bir hale büründürmüştür⁵⁷.

Buna karşın, kökeninde başkası için aracılık işleri yürütme ihtiyacı olan *mandatumun*, diğer işgörmeler, yani borçlunun iş sahibi için bir hizmeti üstlendiği işgörme sözleşmeleri için de akdedilebilmesi⁵⁸, muhtemelen sözleşmenin Roma toplumunun üst sınıfındaki kimselere yönelik olması ile alakalıdır. Bu açıdan her iki sözleşmeyi birbirinden ayıran hususlardan en önemlisi, borçlunun sosyal

⁵³ Giverdon, N. 20, ancak *mandatum* kelimesi başka bir anlam daha kazanarak, hukukî işlem sırasında verilen yetkiyi de ifade etmeye başlamıştır.

⁵⁴ Giverdon, N. 21. Yine *procurator omnium bonorum* (genel vekil) ve *procurator unius rei* (tek bir iş için vekil) ayrımı da ilk defa *Iustinianus* hukukunda ifade edilmiştir, bkz. Giverdon, N. 22.

⁵⁵ (Paulus, D 17, 1, 1, 4) *Mandatum, nisi gratutum nullum est*: Ücretsiz olarak kararlaştırılmadığı takdirde vekâlet hükümsüzdür. Giverdon, N. 26 ve N. 29 vd.; Honig, s. 270; Oğuz, s. 262, dn. 144. Werro, mandat, N. 30, 151. Vekâletin bu özelliği daha sonra Avrupa hukuklarında takip edilmiş ve günümüzdeki vekâlet sözleşmesinin BGB'de ücretsiz akit olarak, diğer Avrupa hukuklarında da ilke olarak eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak düzenlenmesiyle neticelenmiştir. Pfister, s. 3, dn. 5, Ayrıca, Werro, mandat, N. 151. Yazar 1. yy'dan itibaren onurlandırma ücreti mahiyetinde bir karşılığın kararlaştırılabildiğini, bunun vekâlete ek bir sözleşme ile yapıldığını söylemektedir. Aynı şekilde, dn. 171, Pothier, du mandat, n. 23 ve onun örneğini aktaran Giverdon, N. 40. Pothier, Fransız hukukunda avukatın ücrete hak kazanması için, vekâletten ayrı olarak, müvekkiliyle isimsiz bir ücret sözleşmesi yapması gerektiğini söylemektedir.

⁵⁶ Temsilin Roma hukukuna yabancılığı, hukukî işlemlerde temsilin tanınmamasına rağmen, aile evladı veya kölelerin yaptığı işlemlerin *pater familias* bağlaması, *praetor* tarafından somut olay adaletinin sağlanması amacıyla tanınan bağlayıcı işlemler için bkz. Giverdon, N. 33 vd. Buna karşın bunların hiçbirisi, bugünkü anlamıyla temsil müessesesinin Roma'da var olduğunu söylememiz için yeterli değildir, Giverdon, N. 43.

⁵⁷ Bunun neticesinde vekilin kazandığı hak ve üstlendiği borçları bugünkü dolaylı temsilde olduğu gibi, bir seri işlemle müvekkile devretmesi gerekmektedir, Giverdon, N. 27.

⁵⁸ Schneberger, s. 16, özellikle dn. 71, yazar burada yaptığı atıflarla, hukukî işlemlere yönelik vekâletin maddî fiillere yönelik vekâletten daha fazla olduğunu dile getirmiştir. Hatta *operae liberales* ilişkin kaynakların azlığını da bu sebebe bağlamaktadır.

konumudur⁵⁹. Bununla beraber *mandatum*, salt *operae liberales*⁶⁰ (serbest meslekler) için ortaya çıkan bir akit olmadığı ifade edilmektedir⁶¹.

Mandatumun aracılık işleri dışında üst sınıfın yaptığı işgörmeler için akdedilen sözleşme olması, onun konu itibariyle *locatio conductio* ile kesişmesine sebep olmuştur⁶². Bu yüzden akdin ücretsiz oluşu, onu *locatio operis faciendiden* (hizmet sözleşmesi) ayıran temel unsur olarak kabul edilmiştir⁶³.

Vekâletin ücretsiz olduğuna ilişkin kabule karşın vekile, yaptığı işin karşılığı olmasa da, emekleri için bir minnet ifadesiyle ve *honor* olarak isimlendirilen bir ücret de verilmiştir⁶⁴. Önceleri dava edilmesi mümkün olmayan bu ücret, doğu hukuklarının etkisiyle ikinci ve üçüncü yüzyıldan sonra *cognitia extra ordinem* usulüyle dava edilebilir hale gelmiştir⁶⁵.

⁵⁹ Dessementet, s. 114-115; Pfister, s. 3-4.

⁶⁰ Türkçeye serbest/özgür meslekler/sanatlar/zanaatlar olarak, kısmen tercüme edebileceğimiz “*artes/operae liberales*” olarak isimlendirilen üst tabaka işlerin neler olduğunu söylemek gereklidir. Hekim, avukat veya mimar gibi toplum içinde itibarlı kimselerin yaptığı bu işlerde sözleşme vekâlet olarak yapılır ve bunun karşılığında da *merces* (ücret) yerine *honor* ödenir. Aynı doğrultuda, Honig, s. 265; Rado, s. 152; Martinek/Omlor, Vorbem zu p. 662 ff, N. 3), bu işlerin karşısı olarak “*operae illiberales*”, tarla, maden, taş kırma işçiliği gibi işleri kapsamaktadır. Aynı doğrultuda Giverdon, N. 31, bu ilk işleri yapanlar *magistratus*, ikincil ya da alt tabaka işleri yapanlar ise *ministeria* olarak isimlendirilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bernard, A. La rémunération des professions libérales en droit romain classique, Paris, 1936. Ayrıca özel öğretmen, doktor, ebe, avukat gibi meslekleri yürütenlere *honor* elde etmek için, *cognitia extra ordinem* usulüyle dava açma hakkı verilmesine ilişkin, Schneeberger, s. 35-37. Ayrıca Schneeberger, s.18’de *mandatumun operae liberalesle* özdeşleştirilmesine sert eleştiriler yöneltilmektedir. Roma hukuku kaynaklarında da *operae liberales* ve *operae illiberales* olarak kullanılan bu kavramın oldukça ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Karadeniz, s. 64. Gramer ve retorik öğretiminin niteliği için s. 76 vd., hekimliğin bir *opera liberalis* sayılıp sayılmadığına ilişkin tartışmalar için s. 84 vd. Bunların dışında, kendilerine verilen parayı alabilmelerine karşın, *cognitia extra ordinem* usulüyle dahi herhangi bir ücret talep edemeyecek özel hukukçuların, *res sanctissima* şeklinde nitelendirilen, tabiri caizse kutsal bir işle uğraştıklarına dair, Karadeniz, s. 98.

⁶¹ Schneeberger, s. 18, Roma hukukundaki vekâleti serbest mesleklerle bitişiren yaklaşımı, kaynakları yeterince okumadığı iddiasıyla, sert bir dille eleştirmektedir.

⁶² Giverdon, N. 29. Yani sadece bir başkası adına üçüncü kişiyle bir hukukî ilişki içine girme değil, vekil bugünkü maddî fiil vekâleti gibi, bir işi görmeyi de üstlenebilirdi.

⁶³ Bkz. bir alttaki başlık, *locatio conductio*.

⁶⁴ D. 17. 1. 6 bölümün başlığı da *honorarie* şeklindedir ve metnin içerisinde isim halinde *honor* şeklinde ifade edilmiştir. Gaius, 3. 162, Oğuz, s. 262. Türk doktrininde, Almancadan veya Fransızcadan iktibasla *honorar* ifadesi kullanılmakla birlikte, bu çalışmada *Digesta*’da geçen haliyle kullanmak tercih edilmiştir. Ayrıca *honorun* hukukî niteliği ve “*merces*” (maaş)ten farkına ilişkin olarak detaylı anlatım için bkz. Schneeberger, s. 28 vd.

⁶⁵ Honig, s. 270; Giverdon, N. 31. *Honorun* postklasik dönemden beri, hukuken korunan bir karşı edim olduğuna ilişkin, Schneeberger, s. 33. Ayrıca D. 17. 1. 6, “*Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.*” Bir minnet ifadesi olarak vekile *honor* veriliyorsa, bu durumda dava açılabilir. Buradan anlaşıldığı üzere, *Iustinianus* hukukunda *honor*, sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde dava edilebilir hale gelmiştir. Her ne kadar, yukarıda dipnot 48’de Paulus’a yapılan atıfla, vekâletin ücretsiz olmadığı takdirde hükümsüz olacağı söylene de, *honor*’u bunun içerisinde değerlendirmemek gerekir. Zikredilen maddenin sonunda, tarafların istemeleri halinde, bunu *locatio* olarak borçlanabileceklerini söylemesi de bu savı destekleyici niteliktedir. Schneeberger, s. 7 vd. ve dn. 8, yazar M.Ö. 2. yy’ın ikinci yarısında vekâletin dava edilebilir hale gelmiş gibi görüldüğünü, daha sonra *lex Aebutia*’da bunun açıkça kabul edildiğini söyleyip bu durumun aynı zamanda hukukta iradî sözleşmelerin doğduğu zamanla da paralellik gösterdiğini söylemektedir.

Cicero devrinde *bona fides*, cumhuriyet devri sonunda da *praetor edictumunda actio in factum* olarak hem iş sahibine hem de iş görene tanınmış dava hakları ortaya çıkmıştır⁶⁶. Yine de bu dönemde *procurator* müessesesinin bir çeşit genel vekâlet, yani kişinin yokluğunda tüm işlerini birden görmeyi sağlayan geniş kapsamlı bir yetki olduğunu unutmamak gerekir⁶⁷.

*Actio mandati*⁶⁸ ise arkadaşın emanet ettiği tekil bir mala (*res mandata*) sahip çıkmama neticesinde karşılaşılan, başlarda muhtemelen cezaî nitelikte ortaya çıkmış bir davadır⁶⁹. Bu davanın Roma hukukunda kabul edildiği zamanda vekil, müvekkil hesabına yaptığı işlemlerde elde ettiği mal ve parayı müvekkile devretme ve bunun dışında hesap verme borcu altındaydı. Bu borcu yerine getirmeyen vekile karşı *actio mandati directa* açılırdı⁷⁰. Vekil ise yaptığı işler sırasında kendisine verilen yetki kapsamında, bu işlerden doğan zararlarının giderilmesini, borçların üzerinden alınmasını isteyebilir ve başlangıçta kararlaştırıldığı takdirde *honoru* talep edebilirdi⁷¹. Bu talepleri yerine getirmediği takdirde açılan dava ise *actio mandati contraria* olmuştur⁷².

Mandatum, Roma hukukunda bugünkü vekâlet türlerine kaynaklık edecek şekilde, çeşitli türlere ayrılmaktaydı. Bu ayırımın temelinde, vekâletle görülen işin kimin yararına olduğu bulunmaktadır. Bu ayrımlar *mandatum tua gratia* (müvekkil yararına vekâlet), *mandatum mea gratia* (vekil yararına vekâlet), *mandatum aliena gratia* (üçüncü kişi yararına vekâlet) ve bunların birleşimi şeklindedir⁷³. Ancak, sadece vekilin menfaatine bir vekâlet akdedilemez⁷⁴. Bunun dışında, bir başkasına kefalet verilmesini öngören *mandatum qualificatum* gibi vekâlet türleri da bulunmaktadır.

⁶⁶ Giverdon, N. 15. Giverdon, s. 14, dn. 2’de *in ius bona fides* davasını, *in factum* bir davanın öncelediğini söylüyor Girard’a atıfla. Ayrıca bu davada *procurator, negotiorum gestio* (vekâletsiz işgörmeye)deki *gestor*la aynı yere konulmuştur. Cumhuriyet devrinin sonunda hem bu *in factum* dava hem de *ius civilen*in tanıdığı iyiniyet davası birlikte varlığını sürdürmekteydi.

⁶⁷ Rado, s. 152-153, umumî vekâlet için, *procurator omnium bonorum*, tek bir iş için verilen vekâlet için de *procurator unius rei* ifadeleri kullanılmaktaydı.

⁶⁸ *Actio*, yani davanın ortaya çıkması, henüz hak mefhumunun kabul görmediği bir devirde hukukça korunacak bir menfaatin oluştuğunu anlamamıza yaraması açısından önemlidir.

⁶⁹ Giverdon, N. 15

⁷⁰ Schulz, 554-556, Oğuz, s. 263.

⁷¹ Rado, s. 152; Honsell, s. 337 (3.yy’dan itibaren dava edilebilir); Oğuz, s. 263-264. Medeni hukukçular arasında yaygın olan vekâletin ücretsiz oluşuna ilişkin kanaat bu noktada eksik kalmaktadır. Zira Roma hukukunun evrimi içerisinde, *honor* talep edilebilir ve standartlaşmış bir hal almıştı. Bu kanaatin bir örneği için bkz. Tandoğan, c. II, s. 365.

⁷² Rado, s. 155.

⁷³ Gai, Inst, 3, 156; D. 17.1.2, “...üçüncü kişi ve benim, üçüncü kişi ve senin, senin ve benim yararına olabilir”. Rado, 153-154; Oğuz, s. 262.

⁷⁴ Rado, s. 154.

Aslında bir tür *mandatum aliena gratia* olan bu üçlü ilişkide, vekil, müvekkilin bir üçüncü kişiye *mutuum* (karz) olarak bir miktar para vermesini ister⁷⁵.

Roma hukukunda vekâlet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin haller, vekâletin Roma hukukundaki karakterine bağlı olarak şekillenmiştir. *Mandatum*da şahsîlik unsurunun çok önemli bir yer tutması sebebiyle, taraflardan birinin sözleşmenin ifasından önce ölmesi halinde sözleşme sona ermekteydi⁷⁶. Aynı şekilde, taraflardan birinin hak ehliyetinin ortadan kaldırılması anlamına gelen *capitis deminutio* da sözleşmeyi sona erdirirdi⁷⁷.

Şahsîlik unsurunun en önemli sonucu ise, vekâletin tek taraflı olarak sona erdirilebilmesinde kendisini göstermektedir. *Mandatum*, vekilin istifası (*renuntiatio*) ve ondan memnun olmayan müvekkilin de azli (*revocatio*) ile her zaman sona erdirilebilirdi⁷⁸. Yani bugün Türk-İsviçre hukukunda vekâletten azil ve istifayı düzenleyen ve hukuken en fazla tartışma konusu olan BK m. 512 hükmü de kaynağını Roma hukukunda bulmaktadır. Vekâlet her ne kadar tek taraflı olarak sona erdirilebilse de azil halinde müvekkil, vekili o zamana kadar yaptığı işlerin masraflarından kurtarmakla yükümlüydü⁷⁹.

Vekilin hukukî sorumluluğu, başlangıçta kast (*dolus*) ile sınırlı olmuştur⁸⁰. Buna karşın vekilin de bu sözleşmeden menfaat elde edebilmeye başlamasıyla, sorumluluğunun genişletilmiş olması muhtemeldir. Postklasik devirde *mandatum*da artık ivazsızlık, sözleşmenin karakteristik unsuru olmaktan çıkmıştır. Bunun da vekilin sorumluluğuna etki etmesi muhtemeldir. Bu dönemde *mandatum*, *locatio conductio*'ya yaklaşmış; ancak *Iustinianus* hukukunda klasik karakteri tekrar inşa edilmeye çalışılmıştır⁸¹. Klasik vekâleti inşa etme çabasına karşın, *Iustinianus* devrinde vekil, hafif kusurundan (*culpa levis*) dahi sorumlu tutulmuştur⁸². Bu durum *Iustinianus* devrinde vekâlet sözleşmesinin eski *ius civile*de olduğundan farklı bir sözleşme halini aldığı ve günümüz hukukuna yaklaştığını, bir temsil ya da aracılık

⁷⁵ Günümüz havale ilişkisine çok benzeyen bu üçlü ilişki için, Schulz s. 558; bunu çok istisnai olarak doğrudan temsilin kabul edildiği bir durum olarak zikreden Giverdon, N. 40; Oğuz, 263.

⁷⁶ Giverdon, N. 48

⁷⁷ Rado, s. 156; Oğuz, s. 264. Bu husus BK m. 513'te düzenlenen vekâletin sona ermesine ilişkin hallerin de temelini oluşturmaktadır.

⁷⁸ D. 17, 1, 22, 2.

⁷⁹ D. 17, 1, 19.

⁸⁰ Schulz, s. 556; Giverdon, N. 46, yazar cezaî sorumlulukla hukukî sorumluluğun bir arada bulunması sebebiyle bunun normal olduğunu söylemektedir. Ayrıca, Oğuz, s. 265.

⁸¹ Schneberger, s. 38-39. Yazar, vekâletin ivazsızlığının ancak kısmen gerçekleşebildiğini söylemektedir, s. 39.

⁸² Giverdon, N. 46.

sözleşmesine⁸³ dönüştüğünü söylemeye imkân vermektedir. *Iustinianus* devrinde *mandatumun* gittikçe ivazlı bir sözleşmeye dönüşen tekâmülü de dikkate alınarak her zaman sona erdirmeye hakkı sınırlandırılmış ve vekilin sorumluluğu da ağırlaştırılmıştır⁸⁴.

b. Locatio conductio

Locatio-conductio, Roma hukukunda, bugün farklı gruplar altında tasnif ettiğimiz kimi sözleşmeleri bir arada toplayan bir “sözleşme grubudur”. Bununla borçlu, alacaklıya bir şeyi kullandırmayı, bir şeyin üretimini veya onun için çalışmayı borçlanır⁸⁵. Günümüzde farklı olan bu ilişkilerin neden Roma’da *locatio* yapısı altında bir arada olduğu tartışmalı bir mevzu olmakla birlikte⁸⁶, günümüz hukukunda *locatio conductio rei* kira sözleşmesine dönüşmüş⁸⁷, diğer yandan *locatio conductio operis* ve *operarum* ise sırasıyla eser ve hizmet sözleşmesi haline gelmiştir⁸⁸.

Locatio conductio, *mandatum* gibi, iradi (konsensüel), sinallagmatik bir iyi niyet akdidir⁸⁹. Bu çalışma açısından modern hukukta kira sözleşmesine dönüşen

⁸³ Werro, mandat, N. 30, yazar “*le contrat de la représentation*” kavramını kullanmaktadır. Türk hukukunda bize yabancı gelen bu kavram, temsil ve vekâletin iki ayrı kurum olarak düzenlenmediği, Fransız veya Avusturya hukuklarında gayet normal bir ifadedir. Ayrıca Beaumanoir gibi Kanonik hukukçuların çalışmaları gerekli ortamı hazırladıktan sonra, Fransız hukukunun iki büyük hukukçusu Domat ve Pothier tarafından temsilin modern anlamda ortaya koyulduğuna ilişkin bkz. Giverdon, N. 60.

⁸⁴ Schneeberger, s. 39.

⁸⁵ Dunand, s. 97.

⁸⁶ Dunand, s. 97’de *locare* fiilinin koymak yerleştirmek anlamına geldiğini, *locatio conductio rei*de kiraya verenin, kiracının kullanımı için malını onun kullanımına bıraktığını, eser sözleşmesinde iş sahibinin, belirlenen maddeyi yükleniciye işlemesi için bıraktığını ve hizmet sözleşmesinde de işçinin emeğini ortaya koyduğunu söylemektedir. Pichonnaz, N. 2449’da ise, Romalıların iradi bir sinallagmatik sözleşme ile karşılaştıkları zaman *emptio-venditio* dışında sadece *locatio-conductionun* var olduğunu düşündüklerini aktarmaktadır. Yani alım satım akdi dışında başka bir kavramsal yapının oluşmadığı dönemde, alım satım akdi dışındaki sözleşmelerin hepsi, yazara göre, *locatio-conductio* olarak değerlendirilmekteydi. Yine yazar *locatio-conductionun* sonuna *rei*, *operis* ve *operarum* kavramlarının Ortaçağda eklendiğini de dikkate alarak, Romalıların satış dışındaki diğer sinallagmatik akitleri böyle nitelendirmelerinin muhtemel olduğunu söylemektedir. Ayrıca yazara göre sadece bu iki sözleşmenin, tam iki tarafa borç yükleyen karakterlerini vurgulamak amacıyla, iki kelimeden oluşan bir isme sahip olması da bu savı desteklemektedir. Bunların dışında, ilk işgörmeye sözleşmelerinin, bir başkasının kölesini kiralamak şeklinde olduğu, bu yüzden Romalı anlayışının da bu şekilde devam etmiş olabileceğine ilişkin, Karadeniz, s. 126.

⁸⁷ Ayrıca, Roma hukukunda, modern hukukta farklı yapıda olan bu sözleşmelerin tek bir sözleşme mi olarak algılandığı, yoksa her birinin müstakil sözleşme olarak mı düşünüldüğüne ilişkin tartışmalar için bkz. Pichonnaz, N. 2458 vd.

⁸⁸ Roma hukukundaki bu isimlendirmeyi, kirayı ayrı bir başlıkta düzenliyor olsa da, Fransız hukuku kısmen korumaktadır. Bkz. aşağıda, I, C, 1, a. Ancak Alman pandektist çalışmalarının bir mirası olarak sözleşmeleri konularına göre ayırdığımız takdirde kira sözleşmesi kullandırma borcu doğuran sözleşmeler başlığı altında, eser ve hizmet sözleşmeleri ise işgörmeye borcu doğuran sözleşmeler başlığında düzenlenmektedir. Alman pandektistlerin oluşturduğu bu ayırıma ilişkin bkz. Pichonnaz, N. 2460, N. 2471.

⁸⁹ Pichonnaz, N. 2446.

locatio conductio rei değil, hizmet ve eser sözleşmelerine dönüşen ve artık iş görme sözleşmeleri olarak tasnif edilen akitler önem arz etmektedir.

Hizmet sözleşmesi (*locatio conductio operarum*), Roma hukukunda *Iustinianus* zamanına kadar fazla gelişim göstermemiştir⁹⁰. Vekâletle yapılan mimarlık, hekimlik, avukatlık gibi işler ve bunun dışında kalan işlerin birçoğunun köleler tarafından yapılması dikkate alındığında bunu normal karşılamak gerekir⁹¹. Bu sözleşmede *locator* emeğini *conductorun* hizmetine sunan kişidir⁹². Bunun karşılığı olarak da bir maaşa hak kazanır.

Eser sözleşmesinde (*locatio conductio operis*) *locator*, *conductorun* üretimi yapması, eseri ortaya çıkarması için ihtiyaç duyduğu malzemeyi ortaya koyan⁹³, *conductor* ise sözleşmede belirlenen bu işi, *locatorun* verdiği malzemeyle bir ücret (*merces*) karşılığı üstlenen kişidir. Bu iki “işgörme” sözleşmesini birbirinden ayırmak için, sözleşmede üstlenilen edimlerden yararlanılır. Hizmet sözleşmesinde bir çalışma borçlanılırken, eser sözleşmesinde bir eser (*opus*) imal etme borcu, modern ifadeyle sonuç borcu üstlenilir⁹⁴.

Mandatum ile “ortak alanı olan” *locatio conductio*yu vekâletten ayırmak için, Roma hukukunda kullanılan en önemli kıstas vekâletin ücretsiz oluşudur⁹⁵. Buna karşın, Roma hukukunun tarihî gelişimi içinde, *honorun* öneminin artması bu kıstası şüpheli hale getirmektedir⁹⁶. Bunun dışında her iki sözleşmenin konuları birbiri ile aynı mahiyette olabilir. Buradaki ayırıcı kıstas, yine vekilin taşıdığı yüksek sosyal konumdur⁹⁷. Eğer hiçbir sosyal itibarı olmayan işgören, zamanının bir kısmını işverene hasrederek bir ast-üst ilişkisiyle veya bu iki unsur hiç olmadan bir sonucu elde etmek ve - tarafların sübjektif bakışından- bunun karşılığı olan ücretini almak için çalışıyorsa *locatio conductio* vardır⁹⁸. Yani sözleşmeler arasındaki ayırım, yapılan işin

⁹⁰ Karadeniz, s. 130. Hizmet sözleşmesinin (*locatio conductio operarum*) Roma hukukunda gösterdiği gelişimi çok kapsamlı bir şekilde inceleyen, Karadeniz, Özcan, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri*, Sevinç, Ankara, 1976.

⁹¹ Pichonnaz, N. 2514.

⁹² Karadeniz, s. 124; Pichonnaz, N. 2515.

⁹³ Pichonnaz, N. 2518.

⁹⁴ *Locatio conductio operis* akdinde iş sahibinin (*locator*) yüklenicinin (*conductor*) eseri ortaya çıkarmak için ihtiyaç duyduğu malzemeleri sağlama borcu da vardır. Bu husus da her iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak konusunda yardımcı olabilecek niteliktedir. Ayrıca sözleşmede tarafların isimleri, iş sahibinin malzemeleri yüklenicinin kullanımına koyması açısından belirlenerek, iş sahibi *locator* olarak isimlendirilmiştir. Bkz. Pichonnaz, N. 2455.

⁹⁵ Rado, s. 151-152.

⁹⁶ Schneeberger, s. 40.

⁹⁷ Schneeberger, s. 41.

⁹⁸ Schneeberger, s. 41-42,

niteliğine göre veya iş türüne göre yapılmamaktadır⁹⁹. Esas ayırım, bu noktada, tarafların sosyal konumudur¹⁰⁰. Bundan dolayı da avukat, *agrimensor* (arazi ölçücüsü¹⁰¹) veya doktorun, işlerini *locatio conductio* ile üstlenmesi mümkündür.

Klasik sonrası dönemde de *mandatum* ve *locatio conductio* birbirine yakınlaşmıştır¹⁰². *Mandatum*un ivazlı bir sözleşmeye dönüşmesiyle başabaş giden bir süreç de sözleşmeyi her zaman sonlandırma hakkının sınırlandırılması ve vekilin sorumluluğunun artırılmasıdır¹⁰³. *Iustinianus* döneminde, klasik döneme dönme çabasıyla, vekilin ücreti azaltılarak vekâleti her zaman sonlandırma hakkı korunsun da, vekilin sorumluluğu konusuna müdahale edilmemiştir.

3. Modern Hukuka Kadar Olan Dönemde İşgörme Sözleşmeleri

Batı Roma'nın yıkılmasından sonra, Roma hukuku uzunca bir süre Avrupa'da unutulmuştur. Bu ortamda ortaya çıkan Ortaçağ Alman toplumlarının hukukunda, eser sözleşmesi kavramsal olarak kurgulanmamıştır¹⁰⁴. Buna karşın, özellikle giderek büyüyen şehirlerde, el işleri ve üretimden dolayı, teorik olarak ortaya konmasa da, eser sözleşmesinin var olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵. Üniversiteler, kanonik hukuk ve Roma hukukuyla ilgilendiği için, bu dönemde “örf-adet hukuku”nun kapsamında bir eser sözleşmesi olması muhtemeldir. Ayrıca bu dönemde, Roma'daki klasik vekâletin unutulduğu ve hukuk hayatında önemli bir rol oynamadığı da kabul edilmektedir¹⁰⁶.

11. yy'da tekrar keşfedilen Roma hukuku¹⁰⁷, Avrupa'da iktibas yoluyla tekrar mer'i hukuk olmaya başlamıştır¹⁰⁸. Zaman içerisinde tezahür eden bu gelişme, özellikle 15. yy sonunda *Reichskammergericht*'in kurulmasıyla hız kazanmıştır. Bundan sonra kararlarını Roma hukukuna göre veren ve alt mahkemelerin kararlarına uymak zorunda olduğu bir nevi tahkim mahkemesi niteliğinde olan bu kurum aracılığıyla, Roma hukukunun iktibas zirve noktasına ulaşmıştır¹⁰⁹. İşte bu iktibaslar

⁹⁹ Schneeberger, s. 42.

¹⁰⁰ Bu husus, vekâlet veya hizmet sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında bugün yaptığımız ayırımların, modern hukuk düşüncesinin bir ürünü olduğunu göstermesi açısından önemlidir.

¹⁰¹ Kavramın bu şekilde Türkçeleştirilmesi için bkz. Karadeniz, s. 91.

¹⁰² Schneeberger, s. 38.

¹⁰³ Schneeberger, s. 39. Yazar bu hususu, hukuk tarihi açısından yasa koyucunun hukuka enteresan bir müdahalesi olarak görmektedir.

¹⁰⁴ Hübner, 584, Zimmermann, s. 9'da yapılan yollamayla.

¹⁰⁵ Zimmermann, s. 9.

¹⁰⁶ Zimmermann, s. 10.

¹⁰⁷ *Digesta*'nın bulunması ve Bologna hukuk okulunda okutulmaya başlanması kastedilmektedir.

¹⁰⁸ Zimmermann, s. 11, özellikle, dn. 55.

¹⁰⁹ Zimmermann, s. 11-12.

aracılığıyla, *locatio conductio* ve *mandatum* tekrar batı hukukunun alanına girmiş ve modern kanunlaştırma süreçlerinden bugüne kadar gelmiştir.

Roma hukukunun mer'î hukuk olduğu, *Ius commune*'de, Roma'daki sınıflı toplum yapısına duyulan hayranlık ve Avrupa toplumunun o dönemki yapısının tesiriyle, Roma'dakine benzer bir şekilde aşağı sınıf işlerle serbestçe görülen işler ayırımı tekrar ortaya çıkmıştır. Bu dönemde de köleliğin varlığını sürdürmesi, işgörme sözleşmelerinin gelişmesinin önünde bir engel oluşturmuştur¹¹⁰. Bununla beraber vekâlette ivazsızlık prensibi, *operae liberales* için de terk edilmiş ve tam bir karşı edim olarak isimlendirilmese de, *honor* dava edilebilir hale gelmiştir¹¹¹. *Locatio conductio operarum* ve *locatio conductio operiste* tam bir karşı edim mevcutken, 18. yy'ın sonuna kadar ortak hukukta vekâlet tam olarak bu şekle bürünmemiştir¹¹². İlk doğal hukuk kanunlaştırmalarında ise vekâlet ilke olarak ücretsiz olsa da, bir karşı edim kararlaştırılması mümkün hale getirilmiştir¹¹³.

4. Değerlendirme

Roma hukukunda bu sözleşmelerin gelişimi ve bunların değerlendirilmesi günümüz hukuklarına bırakılan miras açısından önemlidir. Vekâlet sözleşmesinin esas

¹¹⁰ İşgörme sözleşmelerinin Fransız ihtilalinden sonra güçlenen sosyal eşitlik fikirleriyle geliştiğini söyleyen Habertisch, s. 149. Yazara göre Fransız ihtilaline kadar olan dönemde bağımsız bir işçi olarak çalışıp maaş almak pek karşılaşılan bir durum değildir. İhtilalden önceki dönemde, günümüzde işçi veya kimi zaman vekillerin gördüğü işleri, serfler yerine getirmekteydi. Yazar, bundan sonraki dönemde şehirlerin özgürlüklerini kazanmasıyla yavaş yavaş işgörme sözleşmelerinin geliştiklerini savunmaktadır.

¹¹¹ Martinek/Omlor, Vorbem zu p. 662 ff. N. 5. Profesyonelleşmenin neticesinde “*artes liberales*” icra eden kişilerin aldığı karşılığı, bir işçinin aldığı ücretle aynı tutmamak için bu şekilde devam etmiş olması muhtemeldir. Yoksa *Iustinianus* hukukunda bile kararlaştırıldığı takdirde dava edilebilen *honor*, sonraları teamül gereği ödenmesi gerektiğinde de dava edilmiş olmalıdır. İlk doğal hukuk kanunlaştırma hareketleri de bu savı destekleyici niteliktedir. Buna karşın *Code Napoléon*, Fransız hukukunun hala koruduğu bir şekilde, vekâleti ilke olarak ücretsiz ve sadece hukukî işlemlere yönelik bir sözleşme olarak düzenlemiştir.

¹¹² Windscheid, s. 146; Giverdon, N.61, yine Pothier'ye atıfta bulunarak, vekâlet tanımının içerisinde yer almasa da, yardımseverlik sözleşmesi olarak tarif ettiği vekâletin, bu dönemde de karşı edim barındırmadığını söylüyor. Dava vekâleti ve noterlerin, eskiden beri bir ücret olarak buna istisna oluşturduğuna ilişkin, bkz. Giverdon, N. 62.

¹¹³ Werro, mandat, N. 31, dn. 4, karşı edimden bahsetmeden, yalnızca ücretsiz olmasına ilişkin karineden dolayı Roma geleneğinin korunduğu düşüncesindedir. Buna karşın, *Digestanın* yanlış yorumlanması ve devrin zorunluluklarından dolayı vekâlette karşı edimin kararlaştırılabilmesini eleştiren Martinek/Omlor, Vorbem zu. p. 662 ff, N. 5. Burada bahsedilen kanunlaştırma hareketleri *Code Napoléon*'la başlayan doğal hukuk etkisindeki kanunlaştırmalardır. 1804 tarihli *Code Napoléon*'un 1986. maddesi “aksine bir anlaşma olmadığı takdirde vekâlet ücretsizdir” şeklinde düzenlenmiştir. Yine 1985. madde de “...vekâlet veren için ve onun adına...” diyerek temsili vekâletin içerisine ayrılma bir şekilde yerleştirilmiştir. Bunun neticesinde ise, “serbest meslekler”i yürüten kişiler, artık vekâlet sözleşmesi değil, Fransız hukukuna göre “*louage d’ouvrage*” akdedeceklerdir, bkz. Giverdon, N. 79 ve ayrıca, aşağıda, I, C, 1, Fransız Hukukunda İşgörme Sözleşmeleri.

itibariyle ücretsiz oluşu, Alman hukukunda bir kural olarak varlığını sürdürmektedir. Bunun dışında yüksek tabaka tarafından yürütülen mimarlık, avukatlık, hekimlik gibi işlerin vekâletin konusuna girmesi, bugün İsviçre-Türk hukuklarında hâkim olan telakkiyi esinlendirmesi açısından son derece önemlidir.

Temsilin kabul edilmediği ve insanların işlerini yaptırdıkları kimselerin çoğunlukla aile içindeki köleler ve aile bireyleri olduğu dar bir tarım toplumundan, ticaretin ve zenginliğin arttığı bir topluma evrilen Roma dünyasında, sözleşmelerin ve hukukun gelişimi de Roma'nın bu şartlarından etkilenmiştir. Bu yaklaşımı, eşitlik ve adalet fikirlerinin kabul edildiği ve temel hakların toplumun tüm kesimlerine yayıldığı 19. ve 20. yy dünyasında sürdürmek mümkün olmamıştır. Bu yüzden, İsviçre'de ve Almanya'da, esasında sosyal sınıf temeline dayalı olan vekâlet ve eser ikiliğini ortadan kaldırarak, yerine işler arasında eşitlik fikrine dayalı bir düzen kabul edilmiştir. Bu düzen kurulurken, Alman hukuku, hizmet sözleşmesini, vasıta borcu doğuran ana sözleşme haline getirmiş, buna karşın İsviçre hukukunda 1911'de vekâlet sözleşmesi bu işlevi üstlenmiştir. Yani Roma hukukundaki işgörme sözleşmelerini, Alman pandektizmi ve sonrasında İsviçre hukuku, farklı şekilde yorumlamış ve bir çeşit tarih kayması ile modern hukukta benimsenen sözleşmelere dönüşmüştür.

Roma hukukunda vekâlet, arkadaşlık için yapılan ve şahsilik ve güven unsuru ağır basan bir sözleşmedir. Vekâlet her zaman hem müvekkil hem de vekil tarafından sona erdirilebilir. Vekâlet önceleri tamamen ücretsiz, sonraları dava edilebilir bir *honor* kararlaştırılan bir sözleşmeledir. Esas işlevi aracılık olsa da, vekâletle başka işgörme edimleri de üstlenilebilir. Bu açıdan vekâletin ayırt edici unsurunu, üzerinde detaylı bir şekilde durulduğu üzere, vekilin sosyal konumu oluşturmaktadır. Yani vekil, sıradan birisi, halktan veya alt sınıftan birisi değil, üst sınıf/sınıflardan, "yüksek" işleri yapan bir kimsedir.

Vekilin sosyal konumundan¹¹⁴ başka hususları bir kenara bırakacak olursak, vekâletin karakteristik özelliklerinin büyük bir kısmı, bugün için de hukukumuzda kanunda düzenlenen vekâlet sözleşmesinde izlerini barındırmaktadır. Bu açıdan vekâletin Roma'daki özellikleri, bugünkü güven ilişkisi üzerine inşa edilen vekâlet sözleşmesinin Türk-İsviçre hukukundaki kaynağı mahiyetindedir.

¹¹⁴ Vekilin üst sınıftan işler yapması geleneği hukukumuzda artık mevcut değilse de, vekâletle görülen işlerin birçoğu hala özel eğitim veya özel ruhsat gerektiren işlerdir. Roma'daki sınıflı toplum yapısının yerine eşitlik ilkesi üzerine yükselen modern toplumda bile, bu özelliğin kimi yansımalarını bulmak kanaatimizce mümkün kabul edilebilir.

C. Fransız ve Alman Hukuklarında İşgörme Sözleşmeleri

Fransız ve Alman hukukları, Kıta Avrupası hukukunun iki ana ekolünü oluşturmaktadır. Her iki hukuk sisteminde, işgörme sözleşmeleri birbirinden oldukça farklı şekilde düzenlenmiştir. Alman hukuku, Türk-İsviçre hukuklarındaki eser-vekâlet ikiliğini, eser-hizmet şeklinde düzenlemiştir. Yani bu hukuk sisteminde de, Türk hukukunda olduğu gibi işgörme sözleşmeleri, faaliyet borcu ve bir sonuç borcu doğurması açısından ikiye ayrılmaktadır. İleride çalışmanın hareket noktası olan İBK m. 394/II'nin ortaya çıkışı incelenirken gösterileceği üzere, bu düzenleme, 1881 t. İBK'ye çok yakındır. Bu açıdan Alman hukukunun mevcut düzenlemesini ana hatlarıyla incelemenin faydalı olacağı düşünülmektedir.

Fransız hukukunda ise, vekâletin sadece hukukî işlemlere özgü olarak düzenlenmesi ve maddî fiillere ilişkin işgörmeler konusunda tek bir “eser sözleşmesi”nin varlığı, Türk-İsviçre hukukları açısından ciddi bir farklılık arz etmektedir. Ayrıca, bu hukuk dışındaki bir düzenlemenin imkânı açısından da Fransız hukuku örneği önemli görülmüştür.

Her iki hukuk sisteminin, diğer hukuk sistemlerine ve özellikle Türk-İsviçre hukuklarına etkileri büyük olduğu için, bu bölümde, birer örnek olarak, Fransız ve Alman hukukunda işgörme sözleşmelerinin düzenlemesine yer verilecektir. Öncelikle vekâleti hukukî fiillere özgüleyen ve tek işgörme sözleşmesi olarak “eser” sözleşmesini tercih eden Fransız hukuku incelenecek, ardından, Alman hukuku düzenlemesi, anahatlarıyla aktarılmaya çalışılacaktır.

1. Fransız Hukukunda İşgörme Sözleşmeleri

a. Maddî Fiiller İçin Tek İşgörme Sözleşmesi Olarak *louage d'ouvrage* (Eser Sözleşmesi)

Fransız hukukunda iş görme sözleşmeleri Code Napoléon'dan beri Fransız Medeni Kanununda “*louage d'ouvrage et d'industrie*”¹¹⁵, vekâlet ve vedia olarak

¹¹⁵ Fransız hukuku Roma hukuku geleneğine uygun olarak MK'da *contrat d'entreprise* yerine *louage d'ouvrage* başlığını tercih etmiştir. *Locatio conductio* kavramının Fransız diline dönüşmüş hali olan bu sözleşmenin isminin dahi aslına yakın bir şekilde ifadesinde, Digestanın sistematüğünü koruma çabası ve Fransız hukukunun Roma hukuku kökenleri etkilidir. Bu konuda detaylı bilgi için, Fransa'da medeni kanunlaştırma hareketini inceleyen Türkçe bir eser olarak, Asal, Barkın, Kodlaştırma, Fransız Medeni Kanunu'nun Felsefi ve Tarihi Kökenleri, İstanbul, Oniki levha, 2018.

düzenlenmiştir¹¹⁶. Roma hukukunun *locatio conductio* isimlendirmesini koruyan CC m. 1710 hükmünde üç esaslı iş görme sözleşmesi düzenlenmiştir: hizmet kirası¹¹⁷, malların ve insanların ulaşımını sağlayan taşıma hizmeti¹¹⁸ ve mimar, müteahhit ve teknisyenlerin, eğitim ve keşif faaliyetleri sonucu yaptıkları işler. Zikredilen maddelerden de anlaşıldığı üzere *louage d'ouvrage* (eser sözleşmesi) Fransız hukukunda tüm işgörmeleri kapsamaktadır. Hekimlik, mimarlık, danışmanlık, eğlence sektöründeki işler, seyahat organizatörlüğü, otelcilik gibi birçok alanda yapılan işgörme sözleşmeleri eser sözleşmesi niteliğindedir¹¹⁹. Ekonomik hayatta bu tür iş görme faaliyetlerinin öneminin artması sebebiyle Fransız hukukunda eser sözleşmesi, satış sözleşmesinin işgörme sözleşmeleri alanındaki eşi olarak nitelendirilmektedir¹²⁰.

Eser sözleşmesi, maddî fiiller konusunda yapılan ve borçlunun bağımsız olduğu tek işgörme sözleşmesidir¹²¹. Eser sözleşmesinin sonucunun hukukî işlemlere değil de maddî fiillere yönelik olması, onu vekâlet sözleşmesinden ayıran temel özelliktir¹²². Bunun mefhumu muhalifinden anlaşılabacağı üzere, Fransız hukukunda vekâlet sözleşmesiyle maddî fiillerin üstlenilmesi mümkün değildir.

Eser sözleşmesi bağımsız görülen tek işgörme sözleşmesi olduğu için, hem özen borcu hem de sonuç borcu bu sözleşmenin konusunu oluşturabilir¹²³. Bu noktada Fransız hukukunun, Alman ve İsviçre-Türk hukuklarının düzenlemesinden oldukça farklı bir şekilde, bir işgörme sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespitinde kolaylık sağlayan bir yapısı mevcuttur. Tek işgörme sözleşmesinin içerisinde, işgörenin sorumluluğu temelinde yapılan ayırım yoluyla, hukukî sorunlar, yüksek mahkeme ve sonradan yapılan özel kanunlarla halledilmeye çalışılmıştır¹²⁴. Bu bağlamda eser

¹¹⁶ Bénabent, N. 472.

¹¹⁷ Roma'daki *locatio conductio operarum* kavramının karşılığı, birebir tercüme edilecek olursa hizmetlerin kirasına tekâbül etmektedir. Hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, iş hukukunun doğumunu müteakiben özel kanunlarda düzenlenmiştir. Buna karşın MK m. 1780 gibi bazı hükümlerde doğrudan İş Kanununa atıf yapılmaktadır.

¹¹⁸ Taşıma sözleşmeleri daha sonra Ticaret Kanununda düzenlenerek, eser sözleşmesinin kapsamından çıkarılmıştır. Bkz. Art. L. 132-3 vd.

¹¹⁹ Bénabent, N. 473. Bu açıdan sözleşmenin profesyonel meslek sözleşmesi olarak nitelendirilmesine ilişkin, Bénabent, N. 477.

¹²⁰ Bénabent, N. 474.

¹²¹ Bénabent, N. 481.

¹²² Eser sözleşmesinde, müteahhidin iş sahibini temsil yetkisi bulunmamaktadır. Temsil yetkisi Fransız hukukunda vekâlet sözleşmesine bitişik bir kurum olarak varlığını sürdürmektedir. Bu durumda herhangi bir sözleşmede temsil yetkisi bir borcu yerine getirmek için üstlenildiği takdirde artık vekâletin de bulunduğu bir karma sözleşmeden bahsetmek gerekecektir. Bkz. aşağıda, dn. 124.

¹²³ Malaurie, Aynès, Gautier, N. 740.

¹²⁴ Vermelle, s. 130, bu bağlamda oluşan sorunları çözmek amacıyla, satış veya vekâlet sözleşmesinin kimi özellikleri, bazı eser sözleşmelerine uygulanmak üzere ödünç alınmıştır. Ayrıca, özen borcu ve sonuç borcu kavramlarına ilişkin bkz. aşağıda II, C, 3, c, Fransız Hukukunda *obligation de moyen-résultat* Ayırımı ve Bu Ayırımın Türk Hukukuna Etkisi.

sözleşmesinin Fransız hukukunda bütün sorunları çözmek için kullanılan bir araç olduğunu söylemek yerinde olacaktır¹²⁵. Yine eser sözleşmesinin maddi fiiller için tek işgörme sözleşmesi olması sebebiyle, mecburen fikrî istisna sözleşmesi de kabul edilmektedir¹²⁶. Eser sözleşmesinin tek işgörme sözleşmesi olması, birçok farklı eser sözleşmesi “tipinin” ortaya çıkmasına ve nihayetinde çeşitli sözleşmelerin kanunlarda özel olarak düzenlenmesine sebep olmuştur¹²⁷.

b. Vekâlet (veya temsil) sözleşmesi

Fransız hukukunda maddî fiillere ilişkin olarak yapılabilen genel işgörme sözleşmesinin sadece eser sözleşmesi olmasının sebebi, hukukumuzda olduğu gibi vekâlet sözleşmesinin maddî işlemler için akdedilemiyor olmasıdır. Yani Fransız hukukunda vekâlet sözleşmesi hukukî işlemlere hasredilmiştir¹²⁸. Bu şekilde Fransız hukuku, vekâlet ve eser sözleşmelerinin konularını keskin bir şekilde ayırmıştır¹²⁹. Herhangi bir hukukî ilişkinin içerisinde, işgörene bir hukukî işlem yapılması için yetki verildiği, yani temsil yetkisi verildiği takdirde, muhakkak bir vekâlet sözleşmesinden bahsedilecektir. Vekilin, vekâlete konu olan hukukî işlemler dışında bir maddi fiili yerine getirmeyi üstlenmesi halinde, vekâletle birlikte bir eser sözleşmesinin akdedildiği, yani bir karma sözleşmenin olduğu kabul edilmektedir¹³⁰. Kendisine temsil yetkisi verilen mimar, taşıma sözleşmelerinde taşıyana, banka sözleşmelerinde bankaya, emlak komisyonculuğunda komisyoncuya, muhakkak maddi fiiller dışında bir de vekâlet sözleşmesi verilmektedir¹³¹.

¹²⁵ Malaurie, Aynès, Gautier, N. 700, “*la bonne à tout faire*”, aynı kavram İsviçreli hukukçular tarafından vekâlet sözleşmesi için kullanılmaktadır. Bkz. aşağıda, dn. 345.

¹²⁶ Malaurie, Aynès, Gautier, N. 741.

¹²⁷ Malaurie, Aynès, Gautier, N. 701, taşıma sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi, restorancılık, otelcilik, avukatlık sözleşmeleri, eser sözleşmesinden ayrılan ve kanunlaştırılan sözleşmelerden bir kısmıdır.

¹²⁸ Tandoğan, c. II, s. 357; Bénabent, N. 63. Ayrıca burada incelemediğimiz Avusturya ve İtalyan MK’larında da CC’de olduğu gibi vekâlet sözleşmesi hukukî işlemlere hasredilmiştir.

¹²⁹ Her iki sözleşme arasındaki farkların detaylı bir incelemesi için, Malaurie, Aynès, Gautier, N. 709 vd.

¹³⁰ Malaurie, Aynès, Gautier, N. 521, s. 296 ve 297. Avukatın tavsiye vermesi bir eser sözleşmesiye, yalnızca müvekkilini temsil ettiği zaman vekâlet söz konusu olur. Aynı yönde, Ghestin, N. 31509, s. 1142, özellikle dn. 26, 27; Bénabent, N. 493, N. 497, N. 498.

¹³¹ Bénabent, N. 638. Yazar göre, Fransız hukukunda birden fazla sözleşmeden oluşan finansal kiralama akdine, vekâletin salt hukukî işlemlere özgülenmesi sebebiyle, bir de vekâletin eklendiğini söylüyor. Buna karşın, asıl sözleşmenin hukukî işlemin icrasına yöneldiği durumlarda, hukukî işleme eklenen maddî fiillerin vekâlet kapsamında değerlendirilmesi için, Malaurie, Aynès, Gautier, N. 541.

Fransız hukukunda hukukî işlemlere özgülenen vekâlet sözleşmesi, taraflar arasında bir güven ilişkisi oluşturmaktadır¹³². Sözleşmenin salt hukukî işlemlere ilişkin yapısı da dikkate alındığında, bir aracılık sözleşmesi vasfı olduğu da görülmektedir. Bu yönüyle Fransız MK'ndaki vekâlete ilişkin bazı hükümler Türk-İsviçre hukukundakilere paralellik göstermektedir¹³³.

Sözleşmenin hukukî işlemlere özgülenen yapısına karşın, 19.yy'ın sonundan beri, temsilsiz vekâlet kavramının ortaya çıkması¹³⁴ ve sözleşmenin ücretsiz olduğuna dair kabulün değişmesi sebebiyle, vekâletin uygulama alanı genişlemiştir¹³⁵. Bu noktada ticarî vekâlet kavramı, vekâletin bu klasik yapısından uzaklaştığını işaret etmektedir¹³⁶.

Fransız hukukunda vekâlet sözleşmesi, ölümden sonraya etkili vekâlet¹³⁷, profesyonel vekâlet (emlak komisyonculuğu, borsa şirketlerinin vekâleti, sigorta vekâleti, ticari vekiller), temsilsiz vekâlet (açık artırma ile satışta başkası adına pey sürme, komisyon sözleşmesi, nâm-ı müstear) gibi türlere ayrılmaktadır. Bu noktada, Fransa'da vekâlet türlerini hukukumuzdakinden farklı olarak belirleyen husus da sözleşmenin hukukî işlemlere özgülenen yapısıdır. Türk hukukunda temsil ilişkisinin, bir başka sözleşmeyle birlikte verildiği ve bunun pratik ihtiyaca cevap verdiği durumların birçoğu açısından Fransız hukukunda vekâlet sözleşmesinin varlığı da aranmaktadır.

¹³² Malaurie/Aynes/Gautier, N. 520 ve N. 550, 2 vd. Bu açıdan vekâlet bir *intuitu personae* sözleşme olarak değerlendirilmektedir. Yazarlara göre vekâlet hukukî niteliği (*natur*) itibarıyla özel güven ilişkisi oluşturur, yoksa esas itibarıyla (*essence*) değil. Taraflar isterse, bu yönde sözleşmede değişiklik yapabilirler, mesela alt vekil tayinine izin verebilirler. Sadece işgörme sözleşmelerinde sona erme veya işi başkasına yaptırmak noktasında değil, Fransız hukukunda herhangi bir borcun nakli, kefâlette kefil olunanın şahsı gibi birçok mesele açısından önemli bir kavram olan *intuitu personae* hakkında detaylı bilgi için bkz. Krajewski, Didier, L'"Intuitus personae" dans les contrats, La Baule: la Mouette, 2001, Toulouse.

¹³³ Hesap vermeye ilişkin CC m. 1993, vekilin üçüncü kişileri ikâme etmesine ilişkin m. 1994, vekilin uğradığı zararların tazminine ilişkin m. 2000, vekâletin sona ermesine ilişkin m. 2003 hükümleri örnek verilebilir. Türk-İsviçre hukuklarında da aynı hükümlerin varlığı, bu hükümlerin aslında hukukî fiil vekâletlerine yönelik olmaları açısından örnek oluşturabilir.

¹³⁴ Malaurie, Aynès, Gautier, N. 526, 3 ve N. 532; Bénabent, N. 718, 719; bir taraftan vekâletsiz temsil, kanunî temsil, adli temsil gibi istisnâî haller, diğer yandan, nâm-ı müstear ve komisyon sözleşmesi gibi temsilsiz vekâlet hallerinin ortaya çıkması kastedilmektedir.

¹³⁵ Bénabent, N. 636.

¹³⁶ *Code Napoléon*'dan sonraki tarihî süreçte, vekâletin "profesyonelleştiğini" ve ticarileştiğine ilişkin, Malaurie, Aynès, Gautier, N. 547.

¹³⁷ *Mandatum post-mortem* için Malaurie, Aynès, Gautier, N. 552.

2. Alman Hukukunda İşgörme Sözleşmeleri

Alman MK’nda iş görme sözleşmeleri, Türk-İsviçre hukuklarındaki gibi, eser, hizmet ve vekâlet sözleşmeleri şeklinde ana ayrıma tabi tutulmuştur. BGB’nin ikinci kitabının sekizinci bölümü, satış sözleşmesiyle özel hükümlerin başlangıcını oluşturur. Bu bölümün sekizinci başlığı hizmet sözleşmesi ve benzer sözleşmeler, dokuzuncu başlığı eser sözleşmesi ve benzer sözleşmeler olarak isimlendirilmiştir¹³⁸. On ikinci başlıkta ise, vekâlet, ivazlı işgörme sözleşmesi¹³⁹ ve ödeme hizmetleri sözleşmeleri düzenlenmiştir. Bu bölümde BGB’nin sistemine uygun olarak, sırasıyla hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, ardından “ücretsiz” vekâlet ve son olarak da ivazlı işgörme sözleşmesi incelenecektir.

a. Hizmet Sözleşmesi (*Dienstvertrag*)

Alman hukukunda herhangi bir sonucun üstlenilmediği ve bir ivaz karşılığı yapılan tüm iş görme sözleşmeleri hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilir¹⁴⁰. Hizmet sözleşmesiyle borçlu, belirli bazı aktiviteleri yerine getirmeyi borçlanırken, hizmet alacaklısı bu iş karşılığında belirli bir tutarı ödemeyi borçlanır. Bu bağlamda sözleşmenin konusu herhangi türden bir iş görme olabilir. Bu özelliğinden dolayı, borçlunun herhangi bir sonucu taahhüt edemeyeceği tüm işler için hizmet sözleşmesi akdedilir. Dolayısıyla aracılık işleri dışındaki işgörmeler açısından, Türk hukukunda vekâlet sözleşmesinin Alman hukukundaki karşılığı hizmet sözleşmesidir.

Türk hukukunda vekâlet olarak nitelendirdiğimiz işlerin hemen hepsi, Alman hukukunda hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır¹⁴¹. Bunun sebebi, yukarıda da zikredildiği üzere özen borcu ile üstlenilen ivazlı işlerin hizmet sözleşmesiyle yapılıyor olmasıdır. Bundan dolayı Türk-İsviçre hukuklarında olduğu gibi hukukî nitelendirme yapılırken vekâlet sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında

¹³⁸ Hizmet benzeri sözleşme (*Dienstähnliche Verträge*) olarak 630a-630h arasında tedavi sözleşmesi (*Behandlungsvertrag*) düzenlenirken, eser benzeri sözleşmeler olarak, 650a-650h arasında inşaat sözleşmesi, 650i-650n arasında tüketici inşaatı sözleşmesi, 650u ve 650v’de müteahhitlik sözleşmesi (*Bauträgervertrag*), 651a-651y arası seyahat sözleşmeleri düzenlenmiştir.

¹³⁹ *Geschäftsbesorgungsvertrag* için bkz. aşağıda I, C, 2, d, (İvazlı) İşgörme Sözleşmesi.

¹⁴⁰ Studienkommentar, Vor p. 611, N. 1; Oechsler, N. 1019; Fingerhut, s. 118

¹⁴¹ Alman hukukunda eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesinin birbirinden ayrılması için bkz. Studienkommentar, p. 631, N. 1, şüphe halinde tarafların iradesi tespit edilerek sözleşmenin eser mi hizmet mi olduğuna karar verilir. Mimarlık sözleşmelerinin hukukî niteliğinin ne olduğuna ilişkin, Alman Yüksek Mahkemesinin değişen içtihatlarıyla beraber, bkz. Pott, von Werner, Frieling, Günter, Vertragsrecht für Architekten und Bauingenieure – Handbuch zum Architektenvertrag, Verlag für Wirtschaft und Verwaltung Hubert Wingen, Essen, 1979, N. 108 vd.

kalınmamakta, eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasında nitelendirme yapılmaktadır. Yine de her ikisinde de hukukî nitelendirmeye esas olan özen borcu ve sonuç borcu arasındaki ayırımdır. Avukatlık sözleşmesi¹⁴², bir sonuç borcu üstlenilen istisnâ haller dışında hizmet sözleşmesi karakteri taşıyan bir iş görme sözleşmesi iken, hekimlik sözleşmesi¹⁴³ de, 2013'ten beri BGB 630 vd.'nda düzenlenen özel hükümleri olsa da, hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı¹⁴⁴ bir iş görme sözleşmesidir¹⁴⁵. Bunun yanında serbest mesleklere ilişkin sözleşmelerin hemen hepsi esas itibariyle hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir.

İş sözleşmesi (*Arbeitsvertrag*) ise bir hizmet sözleşmesi türü olup, bu sözleşmeye de gerektiğinde hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanır¹⁴⁶. İş sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olması, hizmet sözleşmesi açısından Alman hukukunda ikili bir ayırım yapmayı mecburi kılmaktadır: İşgörme borçlusunun iş sahibine bağımlı olduğu bağımlı hizmet (iş) sözleşmesi ve işgörme borçlusunun bağımsız olduğu bağımsız (veya genel) hizmet sözleşmesi.

BGB'de, hizmet sözleşmesi içerisindeki bu ikili yapı sebebiyle, iş sözleşmesine uygulanıp bağımsız hizmet sözleşmesine uygulanmayacak hükümler ayrıca düzenlenmiştir¹⁴⁷. Aynı şekilde, bağımsız hizmet sözleşmesine uygulanan ve iş sözleşmesine uygulanmayan hükümlere ilişkin bir düzenleme de mevcuttur. BGB 627 hükmü, çalışma konumuzu ilgilendiren sözleşmenin sona ermesi konusunda, bu tür hükümlere önemli bir örnek teşkil etmektedir. BGB 627'ye göre, sürekli edimli olmayan bağımsız hizmet sözleşmelerinde, sözleşmenin taraflarına, sözleşmede bir özel güven ilişkisi mevcutsa, bu güvenin sarsılması halinde herhangi bir mehil tayin etmeden sözleşmeyi sonlandırma hakkı tanımaktadır¹⁴⁸. Hükmün ikinci fıkrası da bu

¹⁴² Oechsler, N. 1040, Yazar, sözleşmeyi düzenleyen p. 675 hükmünün gerekçesinin bu sonuca ulaşmamızı sağladığını söylemektedir.

¹⁴³ Sözleşme her zaman hekimle hasta arasında olmadığı için, daha geniş bir kavram olan tedavi (*Behandlung*) kavramı tercih edilmiştir. Oechsler, N. 1061; aynı yönde Reber, s.107

¹⁴⁴ *Behandlungsvertrag*, birebir çevirisiyle tedavi sözleşmesine, BGB 630b uyarınca hizmet sözleşmesi hükümleri, bazı istisnalar dışında, uygulanmaktadır. Bu bağlamda, Kanun aydınlatma yükümlülüğü gibi sözleşmeye özel hususları açıkça (630e) düzenlemiştir.

¹⁴⁵ Oechsler, N. 1060, Tufel'in 1919'daki *der Arztvertrag* isimli çalışmasından beri, tedavi sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda bir tartışma mevcuttur. Röntgen çekilmesi, laboratuvarında test yapılması gibi sonucun garanti edilebildiği durumlarda, sözleşme eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

¹⁴⁶ Studienkommentar, vor p. 611, N.2. İş sözleşmesi ile hizmet sözleşmesinin ayırımı için ayrıca bkz. Reber, s. 104-105, yazar bağımlı ve bağımsız hizmet sözleşmesinden bahsetmektedir. Yine Oetker, Maultzsch s. 455, N. 3. Ayrıca N.4, iş sözleşmesi bu bağlamda sadece BGB'de düzenlenmemektedir.

¹⁴⁷ Bu hükümler, işçiyle işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinden doğan hususları düzenlemektedir.

¹⁴⁸ Bu hükmün hemen öncesinde bağımlı iş sözleşmesini sonlandırmak için gerekli olan mehiller belirlenmiş ve TBK'daki ve İşK.'ndaki gibi belirli yıl çalışanlar için fesihten önce belirli

hakkı, işgörme borçlusu açısından sınırlayan bir hüküm getirmektedir. Buna göre işgörme borçlusu, ancak iş sahibinin sözleşmeye konu olan hizmeti başka bir yerden temin etmesi mümkün olduğu takdirde bu hakkı kullanabilecektir. Bu istisna hükme istisna olacak durum ise, işgören açısından önemli bir sebebin (*ein wichtiger Grund*) varlığıdır. Bu takdirde işsahibi söz konusu hizmeti başka bir yerden temin edemeyecek olsa bile, önemli bir sebebin varlığı halinde işgören sözleşmeyi mehil tayin etmeden sonlandırabilir¹⁴⁹.

Bağımsız hizmet sözleşmelerinin yapısı dikkate alınarak BGB’de sürekli ve anı edimli hizmetler arasında da ayırım yapılmıştır. Buna örnek olarak sürekli edimli hizmet sözleşmelerine özgü hükümler içeren BGB 617, 629, 630 hükümleri gösterilebilir¹⁵⁰.

Hizmet sözleşmesiyle eser sözleşmesi arasındaki sınırın çizilmesi açısından ise her iki sözleşmedeki edimler arasındaki farktan yararlanılmaktadır. Hizmet sözleşmesinde işgörenin borcu bir işin görülmesi, yani çalışmadır. Diğer yandan eser sözleşmesinde üstlenilen borç, bir sonucun meydana getirilmesidir. Hizmet sözleşmesinde sadece hizmet edimi borçlanılırken, buna karşın eser sözleşmesinde işin sonucu borçlanılır¹⁵¹. Bu bağlamda her iki sözleşmenin birbirinden ayırt edilmesinde kullanılan en doğru kıstas tarafların iradelerini tespit etmek olacaktır¹⁵².

mehiller verilmesi şart koşulmuştur. Ayrıca Alman hukukunda, işçileri feshe karşı korumak için *Kündigungsschutzgesetz* isimli özel bir kanun da bulunmaktadır.

¹⁴⁹ Bu hüküm, hukukumuzda oldukça fazla tartışmaya sebep olan BK m. 512-İBK m. 404 hükmünün işlevini görmesi açısından önemlidir. Bu hükmün BK m. 512 hükmünden ilk farkı, bu hükmün sadece sürekli olmayan işgörmelerde uygulanmasıdır. İkinci fark ise, ikinci fıkrada düzenlenen, işgörme borçlusunun sözleşmeyi sonlandırmasına ilişkin sınırlamadır.

¹⁵⁰ Oetker, Maultzsch, s. 454, N. 2. Bu hükümlerden 617’de, sürekli edimli hizmet sözleşmesiyle evde çalışan işçiye karşı işverenin tedavi ve yiyecek verme yükümlülüğü, 629’da, sürekli edimli hizmet sözleşmesinde, işverenin iş arama için işçiye süre vermesi borcu ve 630’da ise, yine sürekli edimli hizmet sözleşmesinde, sözleşmenin sonunda, önceki işverenin işçiye, yeni iş için referans verme zorunluluğu düzenlenmiştir. Ayrıca bu husus, İsviçre Federal Mahkemesi’nin vekâlet hükümleri kapsamında değerlendirdiği *franchise* ve emlak komisyonculuğu gibi sürekli edimli sözleşmelerin sona ermesinde, yüksek mahkemenin İsviçre Borçlar Kanunundaki hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulayan kararlarını akla getirmektedir. İşgörme sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin genel bir düzenleme eksikliğinden doğan bu içtihatlarında Federal Mahkeme, vekâletin tek taraflı olarak sona erdirilebilmesine ilişkin içtihadından dönerek, bu sözleşmelerin ancak hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler aracılığıyla sonlandırılabilmesine karar vermiştir. Bkz. aşağıda III, L, 3, Vekâletin Her Zaman Sona Erdirilebilmesi bahsinde, dn. 750.

¹⁵¹ Oetker, Maultzsch, s. 455, N.7.

¹⁵² BGH 16.7.2002 NJW 2002, 3323 (3324) – (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=21542&pos=0&anz=1>)

b. Eser Sözleşmesi

Eser sözleşmesi Alman hukukunda, söz verilen işin üretimi ile karakterize edilen ve sonuç borcu üstlenilen iş görme sözleşmesidir¹⁵³. Bu sonuç, bir şeyin üretilmesi veya değiştirilmesi olabileceği gibi, iş ya da hizmet sözleşmesiyle üstlenilebilecek bir sonuç da olabilir¹⁵⁴. Ayrıca bu iş maddi bir sonuç olmak zorunda da değildir¹⁵⁵, yani fikri işler de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. BGB 631/II hükmünde fikri çalışma ürünlerinin de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre, eser sözleşmesinin konusu herhangi bir şeyin üretimi veya değiştirilmesi olabileceği gibi herhangi bir iş veya hizmetle (*durch Arbeit oder Dienstleistung*) borçlanılabilen bir sonuç da olabilir. Bu ifadedeki, iş veya hizmet (*Arbeit oder Dienstleistung*) ifadeleri, fikrî eseri işaret etmesi bakımından önemlidir.

Alman hukukundaki eser sözleşmesi, İsviçre-Türk hukukundaki eser sözleşmesiyle paralellik göstermektedir. Doktrinde taşıma sözleşmeleri, sahne oyunu sunma gibi performans yüklenilen sözleşmeler¹⁵⁶, yazılım imal sözleşmesi¹⁵⁷, bilanço hazırlanması, ev inşası, veri işleme sözleşmesi, mimarlık sözleşmesi¹⁵⁸, planlama işleri¹⁵⁹, seyahat sözleşmesi¹⁶⁰ gibi sözleşmelerin hepsi eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

¹⁵³ Studienkommentar, p. 631, N. 1

¹⁵⁴ Oechsler, N. 1084.

¹⁵⁵ Maddî anlamda sonucu olmayan işlerin de eser sözleşmesiyle üstlenilebilmesine imkân veren bu anlayı fikrî istisna sözleşmesi olarak isimlendirilmektedir. Alman hukukunda, bu imkân İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak, BGB 631/II hükmünde düzenlenmiştir.

¹⁵⁶ Ritzinger, s. 110.

¹⁵⁷ Ritzinger, s. 118. Ayrıca internet sözleşmelerinin tümünü birden eser sözleşmesi olarak nitelemek yerine, üstlenilen borcun taahhüt edilebilip edilemediğine ve sözleşmede bu konuda nasıl bir karar verildiğine bakmanın gerekli olduğuna ilişkin, bkz. Oechsler, N. 1088. Münch. Kom., 631, N. 138 vd.

¹⁵⁸ Bazı durumlarda mimarlık sözleşmesine hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair, bkz. Ritzinger, 123. Bu noktada önemli olan husus, sözleşmede üstlenilen edimin garanti edilip edilemediği ve tarafların bu konudaki iradeleri olmakla birlikte, mimarlar tarafından yapılan sözleşmelerin uygulamada tipikleşmiş hallerini de dikkate almak gereklidir. Neticede bu çalışmanın boyutlarını aşıya da, mimarlık sözleşmelerinden bazıları eser, bazıları da hizmet sözleşmesi karakteri taşımaktadır. Sadece planlama ile sınırlı kalan bir sözleşmeye eser sözleşmesi, ancak bunun dışında gözetim ve denetimin de üstlenildiği bir sözleşmeye bu edimler için hizmet sözleşmesinin uygulanacağına dair, Löffelmann, Peter, Fleischmann, Guntram, Architektenrecht, Werner-Verlag, 1995, N. 45. Ayrıca Yüksek Mahkemenin eser sözleşmesine öncelik verdiğiine ilişkin bkz., Pott, Frieling, N. 109.

¹⁵⁹ Ritzinger, s. 126.

¹⁶⁰ Oechsler, N.1186.

c. Vekâlet Sözleşmesi

Eser sözleşmesinin karşısına, Türk-İsviçre hukuklarından farklı olarak hizmet sözleşmesini yerleştiren BGB sisteminde, vekâlet sözleşmesi bir ivazsız bir işgörme sözleşmesi olarak düzenlenmiştir¹⁶¹. BGB 662 hükmüne göre vekâlet sözleşmesinde vekil, gördüğü iş karşılığında herhangi bir ücret talep edemeyecektir¹⁶². Bir işgörme sözleşmesinde işgören lehine bir ücrete karar verildiyse, bu husus sözleşmenin vekâlet olarak nitelendirilmesini imkânsız kılacak ve söz konusu sözleşmeyi üst başlıklarda incelenen eser veya hizmet sözleşmelerinin alanına dâhil edecektir.

Vekâlet ücretsiz olmasına karşılık, vekâlet sözleşmesiyle, eser ve hizmet sözleşmelerinin alanına giren her iş üstlenilebilir¹⁶³. Bu açıdan sözleşmenin konusu itibariyle, Alman hukukundaki vekâlet Türk-İsviçre hukukundaki vekâletle aynı ölçüde geniştir. Yine Türk-İsviçre hukukundakine paralel bir şekilde, vekâlet sözleşmesi şahsî güven ilişkisi barındırmaktadır¹⁶⁴.

Vekâlet hükümleri, ivazsız iş görme sözleşmelerine uygulanan bir torba hüküm niteliğindedir¹⁶⁵. Bu bağlamda Alman hukuku açısından vekâlet tipinin temel karakterini belirleyen husus, vekâletin ücretsiz olması zorunluluğudur¹⁶⁶.

d. (İvazlı) İşgörme Sözleşmesi (*Geschäftsbesorgungsvertrag*)

Vekâlet sözleşmesinin ivazsız niteliğine karşın, BGB 675 hükmünde *Entgeltliche Geschäftsbesorgungsvertrag* (ivazlı işgörme sözleşmesi) başlığı altında, bazı işgörme sözleşmelerine uygulanacak vekâlet hükümleri sayılmıştır¹⁶⁷. Bu hüküm, konusu bir iş görme olan hizmet ve eser sözleşmelerine vekâlet sözleşmesinin bazı hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir¹⁶⁸.

¹⁶¹ Studienkommentar, p. 662, N. 1; Schäfer, MünKom BGB, p. 662, N. 1.

¹⁶² Studienkommentar, p. 662, N. 2, hatır ilişkilerinden vekâleti ayıran husus, vekâletin ihlalinde, borçların ihlaline ilişkin p. 280 vd.'ndaki hükümlere başvurmak gerekirken, saf hatır ilişkisinde ise sadece p. 823 vd.'na, yani koruma yükümlülüklerinin ihlaline ilişkin kurallara başvurulabilmesidir.

¹⁶³ Schäfer, in Münch.Kom. Art. 662, N. 1.

¹⁶⁴ Schäfer, in Münch.Kom. Art. 662, N. 2.

¹⁶⁵ Oechsler, N. 754, "...*Auffangtatbestand für alle nicht in Sonderregeln erfassten unentgeltlichen Rechtsgeschäfte...*"

¹⁶⁶ Schäfer, MünKom BGB, p. 662, N. 3.

¹⁶⁷ Bu hükmün tarihsel gelişimi ve Alman hukukundaki konumu için bkz. Martinek/Omlor, Vorbem zu p. 662 ff. N. 1-2a.

¹⁶⁸ Bu maddede, vekâlet hükümlerinden tanıma ilişkin 662, şahsen ifaya ilişkin 664, feshe ilişkin 671 hükümleri dışında kalan bütün vekâlet hükümlerinin, söz konusu eser ve hizmet sözleşmelerine uygulanmasını düzenlenmiştir. Bu hükümler, sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin

Bu bağlamda, BGB 675 hükmündeki iş görme, vekâlet sözleşmesindekinden farklı bir iş görmedir¹⁶⁹. Bu hüküm doğrultusunda eser veya hizmet sözleşmelerinde üçüncü kişilerle, iş sahibi adına işlem yapılması gerektiği durumlarda¹⁷⁰, ve bu işlem yalnızca ekonomik türden bir işlem olduğu takdirde¹⁷¹, vekâlet hükümlerinin büyük kısmı uygulanacaktır¹⁷². Bu hükme duyulan ihtiyaç açık bir şekilde vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olmasından doğmaktadır. Aslında bu hükümle birlikte, sözleşmenin hukukî niteliğine vekâlet denilmeden, birçok sözleşmede vekâlet hükümleri uygulanmakta ve özellikle aracılık işleri bakımından doğan ihtiyaç da bu şekilde karşılanmaktadır.

Bunun dışında, *Zahlungsdienste und E-Geld* (ödeme hizmetleri ve elektronik para) başlıklı 675c maddesi de, vekâlet hükümlerinin BGB 675’dekine benzer bir

663, talimatlardan sapma imkânını düzenleyen 665, hesap vermeye ilişkin 666, edinilen hakların vekâlet verene geçişine ilişkin 667 ve 668, avansa ilişkin 669, masrafların vekile ödenmesine ilişkin 670, vekâletin her zaman sona erdirilmesine ilişkin 671/I ve haklı sebeple vekilin fesih hakkını düzenleyen 671/III hükmü, vekâlet verenin ölümü ve ehliyetini kaybetmesine ilişkin 672, vekilin ölümüne ilişkin 673 ve sözleşmenin devam etmesine ilişkin fiksasyonu düzenleyen 674 hükümleridir. 671/II hükmü ise borçlu (işgören) sözleşmeyi mehilsiz feshetme hakkına sahip olduğu takdirde uygulanacaktır.

¹⁶⁹ Burada BGB’nin vekâleti düzenleyen 662 hükmünde de 675 hükmünde de “*Geschäftsbesorgung*” (işgörme) kavramının kullanıldığına dikkat etmek gerekir. Buna karşın, her iki maddede kullanılan bu “işgörme” kavramları, Alman doktrinindeki baskın görüş ve Alman yüksek mahkemesinin müstakar içtihadı ile farklı anlamlara gelmektedir (Martinek/Omlor, Vorbem. Zu 662 ff, N. 16). Alman hukukunda, bu iki işgörme kavramının aynı anlamda olduğunu savunan görüşe karşın, baskın “ayrım teorisi (*Trennungstheorie*)” için bkz. Oechsler, N. 1276; Heermann, MünKom BGB, p. 675, 7. Ayrıca, Studienkommentar, p. 675, N. 1,2, buradaki (675’teki) iş görme vekâletindeki iş görmeden iki açıdan farklılaşır: Birincisi 675 hükmünde düzenlenen iş görme bir ivaz karşılığı yapılır. İkinci olarak da burada düzenlenen iş görmenin kapsamı vekâlete göre daha dardır: 675 kapsamındaki hizmet ve eser sözleşmelerinde sadece ekonomik aktiviteler üstlenilebilir ve burada işgörme borçlusunun bağımsız olması gerekir. Aksi takdirde sözleşme hizmet veya eser sözleşmelerinin kendi hükümlerine tabi olacak, vekâlet hükümleri uygulanmayacaktır. Son olarak sadece iş sahibinin şahsen sorumlu olduğu işler 675 kapsamında sayılır. Mimarın yaptığı sözleşme, kural olarak eser sözleşmesidir. Ancak üçüncü kişilerle işlem yapılması gereken hallerde, BGB 675 kapsamında bir iş görme vardır ve bu durumda, bir üstteki dn. 161’de sayılan vekâlete ilişkin hükümler uygulanma imkânı bulur. Ayrıca 675’deki iş görmeye daha geniş bir anlam vererek, üçüncü kişilerle işlem yapılan her durumda vekâleti kabul eden ve her iki işgörmenin aynı anlamda olduğunu savunan *Einheitstheorie* (birlik teorisi) için bkz. Martinek/Omlor, Vorbem. Zu p. 662 ff, N. 11-14. Birlik teorisinin kabul edilmesi halinde, 675 hükmü, tam olarak ivazlı bir vekâlete tekâbül edecektir (Martinek/Omlor, Vorbem. Zu 662 ff, N. 10). Son olarak her iki teoriyi savunan yazarlar arasında nüans sayılabilecek farklılıklar olduğunu belirtmek gerekir. Detaylı bilgi için bkz. Martinek/Omlor, Vorbem zu 662 ff, N. 11 vd.; Schäfer, 662, N. 19, 20.

¹⁷⁰ Heerman, MünKom p. 675, N. 3, “*fremden Vermögenssphäre*” ve “*fremder Vermögensinteressen*” diyerek bu hususu vurgulamaktadır. *Fremdnützigkeit* kavramının Alman hukukundaki yeri için bkz. Heerman, MünKom p. 675, N. 8. Sonuç olarak şunu söylemek gerekir: Alman hukukunda vekâlet sözleşmesi konu itibariyle eser ve hizmet sözleşmesiyle aynı alanı kapsamaktadır; ancak vekâlet sadece ücretsiz akdedilebilir. Bunun yanında vekâlet hükümlerinin eser ve hizmet sözleşmeleriyle birlikte, BGB 675 hükmü gereği uygulanması da yalnızca “yabancı bir menfaat alanında” mümkündür. Yoksa mimarın veya doktorun üstlendiği asıl edim, eser veya hizmet sözleşmelerinden hangi sözleşmenin kapsamında kalıyorsa onun hükümlerine tabi olacaktır. Bunun dışında kalan ve aracılık işleri yahut “yabancı menfaat” alanında yer alan işler açısından vekâlet hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir.

¹⁷¹ Heerman, MünKom BGB 675, N. 7.

¹⁷² Bu uygulama, doğrudan eser ve hizmet sözleşmelerine ilişkin olduğu için, aslında hüküm vekâletten çok bu diğer sözleşmeleri ilgilendirir. Bu açıdan, doktrinde vekâlet hükümlerine bir ek olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Martinek, Omlor, StKom BGB, p. 675, A1.

şekilde, ödeme hizmetleri ve elektronik para konusunda uygulanmasını düzenlemektedir¹⁷³.

3. Değerlendirme

İşgörme sözleşmelerinin, Türk-İsviçre hukuklarında olduğu gibi, Fransız ve Alman hukukundaki kökeni Roma hukukudur. Bu manada Kıta Avrupasında yer alan bu hukuklar, kendi anlayışları çerçevesinde, Roma hukukundaki sözleşme tiplerinde belirli değişiklikler yapmış, onlara farklı anlamlar vermiştir. Bu değişim ve evrimde, her ülkenin ayrı kanunlaştırma tecrübesine sahip olması etkin olduğu gibi, Roma hukukundaki işgörme sözleşmelerinin genel yapısının modern toplum ve işgörme ilişkileri açısından yetersiz olması ve kimi zaman da modern Avrupa'nın kurucu fikirlerinden olan eşitliğe aykırı karakter taşımasının etkisi büyüktür. Bu sebeplerle, Fransız, Alman ve Türk-İsviçre hukuklarında, aynı isimleri taşıdıkları halde, birbirinden oldukça farklı yapıda sözleşmeler ortaya çıkmıştır.

Çalışmamız açısından, Alman hukukunun düzenleme tarzı Fransız hukukundan, pratik açıdan daha büyük önem arz etmektedir. Zira işgörme sözleşmelerinin sonuç ve vasıta borcu doğurmaları üzerinden ikiye ayrılması ve sonuç ve özenin sözleşmelere özgülenmesi Alman ve Türk-İsviçre hukuklarında paralellik arz eder. Bu ayırım, işgörme sözleşmeleri alanında tek bir bağımsız sözleşmeyi kabul eden Fransız hukukunda mevcut değildir. Bu hukuk düzeninde sözleşmeler bu şekilde ayrılmamakta, eser sözleşmesinde sorumluluğun tespiti aracılığıyla sonuç ve vasıta borçları temayüz etmektedir. Bu açıdan, Türk hukuku açısından da doğrudan örnek alınabilir nitelikte bir ayırım mevcut bulunmamaktadır. Ancak Alman hukukundaki işgörme sözleşmeleri, bir ölçüye kadar Türk-İsviçre hukuklarına benzerlik göstermektedir. Türk-İsviçre hukukları ile Alman hukukunun eser sözleşmesi birbiriyle örtüşürken, Türk-İsviçre hukuklarındaki vekâlet sözleşmesinin yerini maddî fiiller açısından Alman hukukunda bağımsız hizmet sözleşmesi almaktadır.

Alman hukukunda hizmet-eser sözleşmelerinin yanında vekâlet de sadece ücretsiz işler için yapılabilecek bir sözleşmedir. Alman hukukunun, ivazlı ve bağımsız işgörmeler için oluşturduğu bu ikili yapısı karşısında, Fransız hukuku daha sade bir yapıya sahiptir. Fransız hukukunda tek işgörme sözleşmesi olarak eser sözleşmesi,

¹⁷³ Ödeme hizmetlerine ilişkin hükümler, vekâlet, işgörme sözleşmesi ve ödeme hizmetleri isimli 12. başlığın üçüncü alt başlığını oluşturmakta ve 675c hükmünden 676c'ye kadar yirmi sekiz maddeden oluşmaktadır.

bunun yanında hukukî işlemlere özgülenmiş bir vekâlet ve sadece bağımlı çalışmalara hasredilmiş bir hizmet sözleşmesi vardır. Bu durum, Fransız hukuku açısından işgörme sözleşmeleri alanında hukukî niteliğin tespitini gereksiz kılmaktadır. Bu açıdan, maddî edimli tüm işgörmeler, borçlunun sorumluluğu nasıl olursa olsun bir eser sözleşmesidir. Hukukî işlemler söz konusu olduğunda da, muhakkak bir vekâlet sözleşmesinden bahsedilecektir. Bu doğrultuda Fransız hukukunda temsil yetkisinin bir sözleşme kapsamında verildiği tüm hallerde, bir vekâlet ilişkisinden bahsetmek zorunluluktur.

Türk-İsviçre hukukunda ise vekâlet ne Fransız hukukundaki gibi sadece hukukî işlemlere özgü ne de Alman hukukunda olduğu gibi ücretsiz bir sözleşmedir. Vekâlet her iki hukuk düzeninin aksine, işgörme sözleşmeleri alanında eser sözleşmesi ile birlikte temel sütunu oluşturmaktadır. Haliyle ve hukukumuzla kıyasla vekâletin kapsamını daha dar tutan bu iki hukuk sisteminde de, BK m. 502/II hükmü benzeri, vekâlet hükümlerinin diğer işgörme sözleşmelerine uygulanmasını öngören herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bu açıdan, Fransız ve Alman hukuklarının tetkikinden çıkan bir diğer sonuç da İBK m. 394/II-BK m. 502/II hükmünün Türk-İsviçre hukukuna özgü bir düzenleme olmasıdır.

Fransız ve Alman hukukundaki işgörme sözleşmeleri incelemesinden çalışma konusuna yapılacak katkı, doğrudan BK m. 502/II benzeri bir hüküm aracılığıyla olmayacaktır. Bu katkı, daha ziyade, mehzaz İsviçre hukukunun oluşumuna tesir eden düşünceyi anlamak ve işgörme sözleşmelerini sonuç-vasıta borcu şeklinde ikili ayırımı tabi tutan Alman düzenlemesini görmek açısından olacaktır. Bu açıdan Fransız hukukunun vekâlet düzenlemesi ise, BK ve İBK'deki vekâlet hükümleriyle kıyaslamak açısından önemli olabilir.

II. YAZILIM BAKIMI SÖZLEŞMESİ

A. Yazılıma İlişkin Genel Bilgiler ve Yazılım Sözleşmeleri

Nispeten yeni bir alan olarak bilişim, hukukun çeşitli alanlarında yeni problemler doğurmakta ve bu problemlere bağlı olarak değişiklikler oluşturmaktadır. Günümüzde, kişisel verilerin öneminin artması, mahkemelerde ses ve görüntü olarak bilişim sistemlerinin kullanılması, elektronik deliller gibi birçok mesele, bilişim teknolojilerinin hukukumuzda ortaya çıkardığı değişikliklerden kaynaklanır. Bunların yanında elektronik para, *blockchain*, bulut sistemleri gibi tamamen bilişim teknolojilerinin ortaya çıkardığı ürünler de hukuka etki etmektedir. Bu teknolojiler, sosyal ve ekonomik hayatta oluşturdıkları yeniliklere paralel olarak hukuk alanında da yeni ihtiyaç ve düzenlemelere sebep olmaktadır. Elektronik paranın ayrı bir mevzuata tabi olması, sanal pazar yerleri ve bunlara ilişkin mevzuat, hukuk alanında yapılan değişikliklerden yalnızca küçük bir kısmını oluşturur.

Sözleşmeler hukuku alanı da bilişim teknolojilerinin etki ettiği önemli alanlardan birisidir. Bilgisayar ve yazılımın hayatımıza girmesi, buna bağlı teknolojilerin çalışabilmesi için temel gereç olan yazılımın önemini artırmıştır. Özellikle yazılımın sağlanmasına yönelik, uzman firmalar ve kişilerden oluşan büyük bir piyasa oluşmuş ve hem ülkemizde hem de dünyada bu alanda önemli bir ekonomik alan ortaya çıkmıştır¹⁷⁴. Bu sektörde çalışan piyasa aktörleri, müşterilerinin çeşitli ihtiyaçlarını sağlamak amacıyla ürettikleri ürünlerini, devir, bakım, kullandırma gibi çeşitli yollarla piyasaya sunmaktadır. Bu açıdan, savunma sanayiinden, akıllı otomobillere, metro ve trenlerden akıllı telefonlara kadar hayatın her alanında bu ürünler kullanılmaktadır. Yine büyük şehirlerde kiralık bisiklet ve *scooter* kullanımından, banka *ATM*'lerinden para çekmeye, trafik ışıklarından, *dronelar* aracılığıyla mal taşıma işlemlerine kadar birçok alanda yazılım, piyasaya sürülen ve satışa sunulan ürünün neredeyse kendisini oluşturmaktadır. Kimi zaman da eski

¹⁷⁴ Türkiye’de 2021 yılında yazılım sektörünün toplam büyüklüğü 265,9 (29,9 milyar dolar) milyar liraya ulaşmıştır. TÜBİSAD, Bilgi ve İletişim Teknolojileri Sektörü 2021 yılı Pazar verileri raporu, s. 65 (<https://www.tubisad.org.tr/tr/images/pdf/tubisad-bit-2021-tr-20220526.pdf> Erişim Tarihi: 27.1.2023).

teknolojiyle kullanılan ürünlerin yazılım aracılığıyla verimi artırılmakta veya bu teknolojilere yeni özellikler eklenmektedir¹⁷⁵.

Tüm bu teknolojilerin temelinde yer alan yazılım (*software*), yazılımcılar tarafından üretilmekte ve kullanıma sunulmaktadır. Yazılımcılar, yazılımı süreli veya süresiz bir şekilde devretmekte, bu devir sırasında fikrî mülkiyet haklarını bazen saklı tutmakta bazen de devretmektedir. Yeni yazılımların, mevcut yazılımlarla uyumlu çalışması için entegrasyon faaliyetleri yürütülmekte ve bu yazılımların, kullanımını optimize etmek amacıyla yazılım bakımı sözleşmeleri yapılmaktadır.

Tüm bu değişiklikler işgörme sözleşmeleri alanında da yeniliklere sebep olmaktadır. Çalışma prensibi, ekonomik düzeni ve planlaması geleneksel çalışma metotlarından farklı olan yazılım alanında, işgörme sözleşmeleri de bu değişikliklerin doğrudan etkisi altındadır. Çalışmamız açısından da vekâlet hükümlerinin uygulanma imkânı araştırılacak olan yazılım bakımı sözleşmesi, bilişim teknolojilerinin kullanıldığı, yazılım sözleşmeleri alanında yer alan bir sözleşme olduğu için önem kazanmaktadır.

Çalışmamızın konusu olan yazılım bakımı sözleşmesi, üretilen ve müşterisi tarafından kullanılan bir yazılımın, en efektif şekilde varlığını sürdürmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Aynı müşteri tarafından üretililerek kullanılan veya lisans ya da başka tür bir devirle müşterinin edindiği yazılımın, en az sorunla ve güvenli bir şekilde kullanılması bu bakım ve destek faaliyetine bağlıdır. Bu açıdan yazılım bakımı sözleşmesi, yazılımın kullanılması sırasında ortaya çıkan problemleri ortadan kaldırma amacına hizmet eder.

Yazılım bakımı sözleşmesinin konusunu en temelde yazılım oluşturduğundan, sözleşmenin yapısını izah edebilmek amacıyla, bu alanda kullanılan teknik ve teknolojik kavramların bilinmesi gerekmektedir. Bunun için, çalışmamızın ikinci bölümünde yazılım ve yazılım bakımı sözleşmesine ilişkin bazı teknik hususlar temel düzeyde açıklanmaya çalışılacaktır. Bu husus, özellikle yazılımcının yaptığı işin en temelde ne olduğunu anlamak açısından önemlidir. Zira yazılımcı, ister yazılım bakımı

¹⁷⁵ Dünyada ve ülkemizde, demiryollarında otomasyon çalışmaları yapılmakta ve başta demiryolu sinyalizasyonu olmak üzere daha önce insanlar aracılığıyla yapılan birçok iş dijital teknolojiler tarafından görülmektedir. Sürücüsüz olarak işletilen trenler dışında, eski tip sürücülü trenlerde de makinistler çoğu zaman sadece kontrol amacıyla görev almaktadır. Aynı şekilde, ülkemizde özellikle insansız hava araçlarının gösterdiği gelişim de buna örnek gösterilebilir. Eski dönemde uçaklar, muhakkak bir pilot tarafından uçurulması gereken “makine”ler olarak isimlendirilirken, yazılım teknolojisinin ilerlemesiyle geliştirilen insansız hava araçları, bu niteliğinin etkisiyle olsa gerek, daha çok “sistem” olarak isimlendirilmektedir.

sözleşmesinde, isterse de başka bir yazılım sözleşmesinde olsun, yazılımı “inşa etme” veya “yazma” açısından aynı edimleri üstlenir.

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının edimlerinin mahiyetinin anlaşılması açısından ikinci önemli husus ise, bu kompleks yapının inşasında, geleneksel işlerden farklı olarak planlama ve sürecin daha önemli olmasıdır. Oldukça karmaşık bir yapıya sahip olan yazılımın inşasında, bir binanın inşa faaliyetinde olduğu gibi, yeni bir ürün ortaya çıkartılmaktadır. Bu ürünün ortaya çıkartılması ise, yine inşaat faaliyetinden farklı olarak, yazılımın teknik özelliklerinden kaynaklanan bazı özellikler arz eder. Bundan dolayı, yazılımın inşasında tasarlama ve işgörme faaliyetleri özel olarak planlanmakta ve bu planlamaya bağlı olarak “süreç” de özellik arz etmektedir.

Yazılım bakımı sözleşmesi açısından önem arz eden üçüncü önemli husus ise, yazılımcının işgörme faaliyetinin, yazılımın kullanılmasında oynadığı önemli roldür. Bu noktada yazılım, tek seferliğine, kodların ve algoritmanın tamamlanmasıyla sürekli kullanılabilir nitelikte olmayacaktır. Aksine yazılımın, birçok farklı teknik sebeple, sürekli olarak denetlenmesi, güncellenmesi ve bu yazılımı kullanan kişi veya kişilere teknik destek verilmesi gerekir. Bu unsurlardan herhangi birinin eksikliği, sözleşmeye konu olan yazılımın niteliklerine ve karmaşıklığına da bağlı olarak, yazılımın veya sistemin çalışmasında sorunlara yol açabilecek veya çalışmasına engel olabilecektir.

Tüm bu sebeplerle, geleneksel işgörme alanlarından farklarını göstermek ve yazılımcının hem kod yazarken hem de destek edimlerini sağlarken yaptığı işin ayrıntılarını daha iyi aktarmak amacıyla, yazılıma ilişkin belli başlı kavramların bilinmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu amaçla yazılım bakımı sözleşmesinin incelemesine geçilmeden önce, mümkün olduğunca sade bir şekilde yazılım kavramı ve yazılımın üretim ve inşası süreci aktarılmaya çalışılacaktır. Ardından bu başlık altında yazılım sözleşmelerinin türleri ve kısa tanımları yapılacaktır.

1. Yazılım Kavramı ve Yazılımın İnşası Süreci

Bilgisayar programı veya daha geniş anlamıyla yazılım, donanım (*hardware*)¹⁷⁶, yani mekanik aksam dışında kalan ve yazılımın kodlanma amacı doğrultusunda işlemleri yerine getirmek için, çoğu zaman bir algoritma doğrultusunda

¹⁷⁶ Abuşoğlu, s. 1, donanım, fiziksel olarak bilgisayarı oluşturan tüm elektronik, elektromekanik ve elektromanyetik birimlerdir.

hareket eden ve belirli komutların yerine getirilmesini sağlayan, insanla makine arasında iletişimi kuran kodlar dizisidir¹⁷⁷. Yazılım, yerine getirmek üzerine komutlandırıldığı işlemlerin niteliğine göre, milyonlarca koddan oluşabileceği gibi daha basit nitelikte de olabilir¹⁷⁸. Donanımdan farklı olarak yazılım, fiziki olarak elle tutulur bir yapıya sahip olmayıp bir harici disk, *CD* veya *USB* gibi bir cihazda depolanabilir ve gerekli programlar yardımıyla okunabilir.

Yazılımın inşası veya “yazılması” bir binanın inşası gibi, bir süreç içerisinde gerçekleşir. Yazılımcının teknik alanı içerisinde gerçekleşen bu süreçteki kavramları basitleştirilmiş haliyle tanımak, yazılım imaliyle ne yapıldığını izah etmek açısından önem arz eder. Çalışmamızda her ne kadar yazılım imali incelenmeyecek olsa da, yazılımcı yazılım bakımı sözleşmesinde, diğer edimlerin yanında, hata düzeltme sırasında yazılım imali işini de yapmaktadır. Yazılımda meydana gelen hataların kod yazarak çözülmesi işi, bu açıdan yazılım bakımı sözleşmesinde imal sözleşmesinin unsurlarını taşıyan bir özellik katmaktadır. Bundan dolayı, yazılımın nasıl üretildiğini göstermek ve ileride incelenecek olan¹⁷⁹ taraf edimlerinin mahiyetini daha iyi anlamak için yazılımın imali veya üretimini hem teknik hem de projelendirme ve süreç açısından incelemek gerekir. Tüm bu sebeplerle bu başlık altında ilk olarak yazılım kavramı ve yazılıma ilişkin kavramlar, ardından yazılımın inşası sürecinden bahsedilecektir.

a. Temel Kavramlar

Yazılımın üretilmesi aşamasında yapılması gereken ilk iş planlamadır. Yazılım için hazırlanan bu plana program akışı veya akış diyagramı ismi verilmektedir. Program akışı veya akış diyagramı, yazılımcının programı/yazılımı yazmaya başlamadan önce oluşturduğu ve programın çözüm bulacağı sorun veya gidereceği ihtiyaç doğrultusunda, hangi sırayla hareket edeceğini gösteren işleyiş şemasıdır¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Abuşoğlu, s. 1; Tavukçuoğlu, s. 663, bu manada yazılım herhangi bir bilgi işlem sisteminin çalışması için gerekli olan yordamların, kuralların ve belgelerin tümüdür.

¹⁷⁸ Şentürk, s. 29

¹⁷⁹ Bkz. ileride, II, B, 5.

¹⁸⁰ Abuşoğlu, s. 18-19; Tavukçuoğlu, s. 26, (akış şeması). Program akışı, genellikle evrensel nitelikte, dünyanın her yerinden yazılımcıların anlayabileceği şekilde şematize edilir. Bu açıdan herhangi başka bir ülkedeki yazılımcı başka bir milletten yazılımcının yaptığı işin teknik kısmını kolaylıkla anlayabilir.

Bu açıdan program akışı, mimarların inşaattan önce çizdiği ve faaliyetleri yürütürken esas aldıkları mimarî projeye benzetilmektedir¹⁸¹.

Program akışından sonra, algoritmanın hazırlanması gerekir. Algoritma, bilgisayar/donanım tarafından çözülmesi istenen bir probleme ilişkin sıralı mantıksal işlem adımlarıdır¹⁸². Algoritmada, verili durumlarda, yani belirli hallerde sistemin nasıl hareket etmesi gerektiği adım adım kurgulanmaktadır. Hangi durumda hangi işlemin yapılacağını en temelde algoritma belirlemektedir.

Program akışı ve algoritmanın hazırlanmasından sonra ise programın kaynak kodu hazırlanır. Kaynak kodu, yüksek seviyeli, programlama dili olarak isimlendirilen teknik dillerden biri kullanılarak yazılır¹⁸³. Bu dili insanlar okuyup üzerinde işlemler yapabilir. Bu kapsamda kullanılan dilin niteliği, çözülmesi hedeflenen sorunların giriftliğine bağlı olarak karmaşıklaşabilir. İnsanların üzerinde çalışabildiği kaynak kodu, makine tarafından doğrudan anlaşılamaz ve bunun için 1 ve 0'lerden oluşan makine diline¹⁸⁴ çevrilmelidir. Bu makine diline ise nesne kodu, makine kodu veya objektif kod denilmektedir¹⁸⁵. Makine dili, makinelerin verilen komutları anlayabilmesi için hazırlanmaktadır, bu açıdan insanlar tarafından anlaşılması oldukça güçtür.

Kodların yazılması ve programın teknik altyapısının oluşturulmasından sonra, sıra programın kullanıcının karşılaştığı kısmını hazırlamaya gelir. Kullanım sırasında son kullanıcının gördüğü ekranda açılan program bölümü arayüz olarak isimlendirilmektedir¹⁸⁶. Bu bağlamda arayüz programın sunulmuş şeklidir¹⁸⁷. Günlük hayatta, bilgisayarlar veya yazılımın kullanıldığı her alanda, kullandığımız programların gördüğümüz ve işlem yaptığımız kısmı arayüzdür. Yazılım sektöründe ise, kaynak kod ve arayüz hazırlama farklı uzmanlık alanlarını oluşturmaktadır.

Yazılımda kaynak kodlar hazırlandıktan sonra, yazılımın nasıl çalıştığını ve nasıl kullanıldığını açıklayan bir belgeleme de yapılmalıdır. Yazılımın kullanışlılığı,

¹⁸¹ Şahan, s. 53.

¹⁸² Abuşoğlu, s. 13. Bu doğrultuda algoritma bir yemek tarifinde olduğu gibi sırasıyla neyin yapılacağını anlatılmasına da benzetilmektedir.

¹⁸³ Abuşoğlu, s. 8 vd.; Şentürk, s. 30 vd. Popüler programlama dilleri *Python*, *Java*, *C* gibi makinenin komut alması için kullanılan dillerdir. Program dilinin amacı, makinenin istenen sonucu yerine getirmesi için, onun okuyabileceği bir kodlama sistemiyle kodların yazılmasıdır.

¹⁸⁴ Şentürk, s. 31, makine dilinde 1 elektrik akımının olduğunu, 0 ise akımın olmadığını gösterir.

¹⁸⁵ Widmer, s. 10-11; Fröhlich-Bleuler, N. 26; Şahan, s. 54.

¹⁸⁶ Şahan, s. 55. FSEK 1/B hükmünde ise arayüzün tanımı şu şekilde yapılmıştır: “h) Arayüz: Bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümlerini... ifade eder.”

¹⁸⁷ Arayüzün program arayüzü ve iş sahibi arayüzü olarak ayrılmasına ilişkin olarak bkz. Şahan, s. 55-56.

daha sonra yazılımda yapılacak değişiklikler bu belgelemelere bağlıdır, yani yazılımcı çeşitli dokümanlar hazırlayarak, yazılımla beraber bunları da müşteriye teslim eder¹⁸⁸. Bu belgeleme faaliyeti, bir çeşit teknik kullanım kılavuzu vazifesini de görmektedir.

Yazılım veya programlar fonksiyonlarına göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Yazılımların fonksiyonları açısından yapılan temel ayrım, işletim sistemi programı ve uygulama programları olarak yapılan ayrımdır. İşletim sistemi, bilgisayar ya da donanımın işletilmesini sağlayan programdır¹⁸⁹. İşletim sistemi olmadan bilgisayar/donanım bir makine yığınının ibaret olacaktır. Bunlar donanımın içinde bulunur ve standart yazılım/paket olarak son kullanıcıya sunulur. İşletim sistemleri donanımı faal hale getirme işlevini yerine getirirken, uygulama programları ise makine veya donanım dışındaki alanlarda ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak amacıyla kullanılır¹⁹⁰. Bu doğrultuda yazılım kavramı, bilgisayar programını da kapsayan bir şekilde bu alandaki tüm programlama faaliyetini işaret eder¹⁹¹. Buna karşın, yazılım sözleşmelerine konu olmak bakımından işletim sistemi üretimi veya bakımı çok ender rastlanabilecek bir durumdur. Yazılım sözleşmelerine konu olan yazılımlar, genellikle uygulama programlarıdır.

b. Yazılımın İnşası: Yazılımı Geliştirme Süreci ve Yazılım Bakımı Sözleşmesiyle İlişkisi

Yazılım, yukarıda açıklandığı şekliyle sadece algoritma ve kodların art arda sıralanmasıyla üretilemez. Bu sürecin, ayrıntılı bir şekilde planlanması gerekir. Yazılım, bir binanın inşa edilmesi gibi, analiz, planlama, tasarım, gerçekleştirme gibi birçok sürecin sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bilgisayar veya yazılım mühendisliği bu amaç için vardır. Bu mühendislik faaliyetinden ekonomik olarak azami faydayı sağlamak için, bir işletme mantığıyla hareket edilerek sözleşme süreçleri

¹⁸⁸ Fröhlich-Bleuler, N. 27.

¹⁸⁹ Fröhlich-Bleuler, N. 31. İşletim sistemi *Windows*, *Linux* gibi, sade bir ifadeyle donanımın bilgisayar olarak çalışmasını sağlayan esas yazılımdır. İşletim sistemi olmadan herhangi bir programı çalıştırmak mümkün olmayacak, donanım bir makine yığınının ibaret kalacaktır. Hizmet, organizasyon ve denetim programı olarak yapılan ayrım ve detaylar için bkz. Şahan, s. 56-57. Kaynak kodu olarak hazırlanan yazılımın makine tarafından okunabilmesi için nesne koduna dönüştüren çevirici programlar için bkz. Şahan, s. 58. Ayrıca bu işletim sistemlerinin bir kısmı donanıma gömülü/hazır olarak kullanıma sunulur.

¹⁹⁰ Yıldırım, s. 13. Ayrıca *middleware* (ara katman) kavramı için bkz. Fröhlich-Bleuler, N. 32.

¹⁹¹ Widmer, s. 5. Bilgisayar programı bir yazılımdır (*software*); ancak bunun dışında, kaynak programları, makine programları, işletim sistemi gibi başka yazılım türleri de vardır. Bu yüzden elinizdeki çalışmada, bütün bu türleri kapsayacak şekilde yazılım kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Yazılım türleri için bkz. Widmer, s. 12 vd.

hazırlanmaktadır. Yazılımcının faaliyeti zamana yayıldığı gibi, bu zaman aralıkları da aşamalara ayrılıp maksimum fayda elde edilmeye çalışılmaktadır. Zira yazılımcı açısından en önemli husus, yazılımın üretimi sırasında harcanan mesaidir. Bu mesaiyi en aza indirerek faaliyet yürütmek de ekonomik açıdan büyük önem arz eder. Bu sebeple yazılım üretiminde süreç geleneksel işgörme sözleşmelerinden farklı olarak daha büyük bir öneme sahiptir.

Yazılım üretiminde ve bunu takip eden yazılım bakımı sırasında klasik usul, yazılım süreç modellerine göre işlemektedir¹⁹². Buna göre ilk olarak, yazılım faaliyetinin (ister üretim ister bakım olsun) başlaması için bir müşteri talebinin olması gerekir. Bu talep yazılım hiç üretilmeden önce de var olabileceği gibi, üretilmiş ve kullanılan bir yazılımdaki değişiklik için (*change request*) de olabilir. En temelde, yazılımın üretilmesine sebep olan, işte bu kullanıcı talebidir. Büyük yazılımcıların ürettiği ve çoğu zaman lisans yoluyla kullanıcıya sundukları yazılımlar açısından bu bir varsayılan taleptir. Ticari olarak makul görünen bir yazılımın üretilmesinde, ekonomik saik müşteri veya kullanıcının talebinin yerini tutar.

Klasik modellemede, müşteri talebinin ardından analiz aşaması gelir. Analiz aşamasında yazılımcı üzerinde çalışacağı sistemi/yazılımı tanımaya ve yapacağı işin anahtarlarını belirlemeye çalışır. Sistemin mevcut hali, inşa şekli, işlem organizasyonu gibi hususlar tespit edilir ve bu sürecin sonunda durum analizi oluşturulur ve yapılan analizler kâğıda dökülür¹⁹³.

Analiz aşamasından sonra, bu analize uygun olarak yapılan tasarım aşaması gelir. Tasarım aşamasında yapılacak iş detaylı bir şekilde tasarlanır. Tasarımın, programın kodlarına ilişkin kısmı bir sonraki aşamada yapılacak olan kodlama faaliyetinin esasını oluşturur. Tasarımın diğer önemli kısmı ise, program arayüzünün, yani müşterinin kullanacağı programın kurgulanmasıdır. Bu husus özellikle hedeflenen kullanıcı kitlesine uygunluğu açısından analiz aşaması ile sıkı ilişki içerisindedir.

Müşteri talebi doğrultusunda analizi yapılan ve tasarlanan yazılımın icrası bir sonraki adımı oluşturur. Bu aşamada, müşteri ihtiyaçları ve pazara uygunluk açısından tasarlanan yazılımın ortaya çıkması hedeflenir. İcra aşaması, kodlama aşaması olarak da isimlendirilir. Bu aşamada yazılımcı, hedeflenen programın üretilmesi için gerekli

¹⁹² Gurovits, s. 15; Widmer, s. 25; Fröhlich-Bleuler, N. 329 vd.

¹⁹³ Gurovits, s. 16. Burada yapılan analizin kâğıda dökülmesini ifade etmek amacıyla Almanca'da *Pflichtenheft* (şartname) kavramı kullanılmaktadır.

olan teknik faaliyeti, yani kodlama işini yapar. Kodlama, hem kaynak kodunun yazılması hem de kullanıcı arayüzünün inşasını kapsar.

Bütün bu aşamalardan sonra, ortaya çıkan ürünün, yani yazılımın kullanılması için verimliliği ve düzgün bir şekilde çalışıp çalışmadığı test edilmelidir. Bu aşamaya test aşaması denilir. Test aşamasında yazılım, manuel veya otomatik olarak test edilir ve hedeflenen ihtiyaçları karşılayıp karşılamadığı anlaşılmaya çalışılır. Bu aşamada, üretilen yazılımın kalitesi de test edilir. Bu test faaliyeti, sonradan ortaya çıkabilecek hataları ve dolayısıyla bakım ihtiyaçlarını azaltmak açısından da yazılımın test edilmesi oldukça önemlidir.

Test aşamasının da tamamlanmasıyla yazılım müşteriye teslim edilir¹⁹⁴ ve kullanıma sunulur¹⁹⁵. Buna yaygınlaştırma faaliyeti de denilmektedir. Bu süreçte yazılımın müşterinin çeşitli bilgisayarlarında veya sistemlerinde kullanımına geçilir.

Bütün bu aşamalardan sonra, yazılımın müşteri tarafından kullanıldığı zaman aralığına uygulama aşaması denir. Uygulama aşamasında, yazılım bir ürün halini alır ve müşteri tarafından kullanılır. İşte yazılım bakımı ve destek sözleşmesi, yazılım üretimini hedefleyen bu mühendislik projesinin bu son aşamasında, yani müşterinin yazılımı kullanması esnasında gerçekleşir¹⁹⁶.

Yazılımın kullanım aşamasında yazılım bakımı sözleşmesi açısından en temel kavram hata (*bug*) kavramıdır. Yazılım, kodlardan ve bunların algoritmalarından meydana gelen bir sistem olduğu için, bu sistemin düzenli bir şekilde işlemesine engel olan, sistem içerisindeki her olay bir hata olarak nitelendirilir. Bu hatalar, sistemin çalışmasına etkileri bakımından çeşitli ayrımlara tabi tutulmakta ve bu hataların şiddetine farklı dereceler verilmektedir. Doktrinde yazılım hataları genellikle dört farklı hata seviyesiyle kategorilendirilmektedir¹⁹⁷. Bu dört seviye hata, sistemin çalışmasını durduran en kritik hatadan, sistemin çalışmasına hiçbir etkisi olmayıp

¹⁹⁴ Uygulamada bu aşama için Türk yazılımcılar “canlıya almak” tabirini kullanmaktadır.

¹⁹⁵ Gurovits, s. 13, bu aşamalar, karmaşık bir yapı olan yazılımın ortaya çıkma sürecini parçalara ayırarak görmeyi sağlaması açısından önem arz eder.

¹⁹⁶ Fröhlich-Bleuler, N. 338. Yazılım yaşam döngüsü (*software life-cycle*) ismi verilen ve yazılımın üretiminden son kullanım tarihine kadar olan süreci ifade eden kavram, bakım sözleşmesi açısından oldukça önemlidir. Bu noktadaki standartlara ilişkin Gurovits, s. 14. Ayrıca yazılım yaşam döngüsü ve bu aşamaların hukukî anlamına, özellikle temerrüt ve sözleşme ilişkisinin niteliğine yaptığı etki için bkz. Fröhlich-Bleuler, N. 339 vd. Yazılım yaşam döngüsünün önemi, standardize edilen yazılımın ömrünün büyük bölümünü, bakım aşamasında geçirmesindendir, Fröhlich-Bleuler, N. 3018. Konuyla alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. Seker, Sadi Evren, Yazılım geliştirme modelleri ve sistem/yazılım yaşam döngüsü, in YBS Ansiklopedi, <https://ybsansiklopedi.com/wp-content/uploads/2015/08/Yaz%C4%B1m-Geli%C5%9Firme-Modelleri-Yaz%C4%B1m-Ya%C5%9Fam-D%C3%B6ng%C3%BCs%C3%BCS%C3%BCSDLCYBS.pdf> (erişim tarihi, 20.6.2022).

¹⁹⁷ Fröhlich-Bleuler, N. 3142 vd.; Bächler, s. 137.

küçük sorunlara yol açan hatalara kadar gitmektedir. Mesela ikinci kategori hatalar için her *KLOC* (*kilo lines of code*-yazılımdaki kodları ölçmek için kullanılan bir ölçü birimi) için 7 hatanın gayet normal olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada hatanın seviyesinin tespiti, ileride incelenecek olan¹⁹⁸ yazılımcının bakım yükümlülüğünün ve sözleşmeden kaynaklanan taleplerin değerlendirilmesinde büyük önemi haizdir. Yazılımda çıkan hataların dört ayrı seviyede incelenmesine karşılık, Türk uygulamasında yazılım bakımı sözleşmelerinde genellikle hataların önemine göre üçe ayrıldığı gözlemlenmiştir. Buna göre kritik hatalar sistemin çalışmasını engelleyen, durduran hatalardır. Orta seviye hatalar, sistemin çalışmasına engel olmasa da belirli fonksiyonların kullanılmasına engel olan hatalardır. Hafif hatalar ise, sistemin veya herhangi bir işlevinin kullanılmasına engel olmayan, düzeltilmesi sonraya bırakılabilecek nitelikte hatalardır¹⁹⁹.

Yazılım bakımının, yazılımı geliştirme sürecinin bir parçası olması dışında, yazılımın kullanılması aşamasında da yazılımcının üstlendiği bakım hizmeti, yukarıda aktarılan, yazılımı geliştirme süreci ile paralellik gösterir. Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının edimleriyle, analiz, spesifikasyon (özelleştirme), tasarım, uygulama, test ve icra (kurulum/kodlama) aşamaları bu yüzden sıkıca birbirine bağlıdır²⁰⁰. Yani bakımı yapan yazılımcı da, yazılımın imali aşamasındakinden daha az olsa da, kodlar yazarak yazılımdaki sorunları çözmeye çalışır. Yazılım bakımı konusunda da analiz, tasarım, kodlama ve test aşamalarından geçilerek veya yeni yazılım geliştirme süreçleri kullanılarak çalışılır. Bu açıdan yukarıda aktarılan süreçler yazılım bakımı sözleşmesini de doğrudan ilgilendirmektedir. Özellikle yazılımın uygulanması aşaması, tek başına bakım sözleşmesini kapsamı açısından sözleşmenin yapılmasına yol açan saiki oluşturur.

Yukarıda aktarılan klasik yazılım geliştirme süreçleri dışında, modern yazılım geliştirme süreçleri ise çevik yazılım geliştirme veya prototiplerle çalışmaya dayanan, üretim ve bakım süreçlerini hızlandırmaya dönük yeni yöntemlerden oluşur²⁰¹. Prototiplerle çalışma, klasik yöntemin yanında, yazılımın üretim süreçlerini

¹⁹⁸ Bkz. ileride II, B, 5, a, Yazılımcının Edimleri ve *SLA* kayıtları bakımından, III, E, Özen Yükümlülüğü.

¹⁹⁹ Bkz. EK-Sözleşme, EK-6, Bakım ve Hizmet Kapsamı altında, b ve c.

²⁰⁰ Widmer, s. 23.

²⁰¹ Fröhlich-Bleuler, N. 343. Bkz. prototipleştirme için N. 344, çevik yazılım için N. 345. Yazara göre bu geliştirme süreçlerinin hepsinin birden ele alındığı *Gesamtprojekt* bir vekâlet karakteri taşımaktadır (N. 346). Yazar bunu sistem entegrasyonu bağlamında diğer yazılım sözleşmelerine uygulanır şekilde ifade etmektedir. Bu ihtimalde, yazılımcı bir sonuç borcu üstlenmemekte, onun yerine bir faaliyet edimi üstlenmektedir (N. 347). Çevik yazılım geliştirme süreci için ayrıca bkz. Aydın, Esen, Özlü, s. 463 vd.

hızlandırmak amacıyla, önceden hazırlanan kalıpları kullanmak veya üretilen yazılımın prototipini sanal olarak hazırlayarak test süreçlerini hızlandırmak ve yazılım üretiminin ekonomik yükünü azaltmaya dayanır²⁰². Çevik yazılım geliştirme metodolojisi ise yine yazılımın geliştirme sürecini hızlandırmak amacıyla üretilen birden fazla yöntemi ifade etmektedir²⁰³.

Buraya kadar aktarılmaya çalışılan etkenlerin tamamı, teknik açıdan yazılımcının yürüttüğü faaliyeti göstermesi açısından önem arz eder. Bu husus aynı zamanda yazılım sözleşmesi yapıldığında ortaya çıkan veya çıkabilecek sorunları, tarafların menfaatlerinin yoğunlaştığı noktaları da belirlemektedir. Yazılımcı, bir benzerlik kurmak gerekirse, bir bina inşa eder gibi bir üretim faaliyeti yürütmektedir. Bir bina inşa edilmeden önce temelının uygunluğunun denetlenmesinden başlayarak, binanın plan ve projesinin çıkartılması, sonrasında inşaata başlanması gibi yazılım da bir süreç içerisinde ortaya çıkar.

Bu inşa faaliyetinin, bir binanın inşasından farkı ise üretilen yazılımın kullanılması sırasında kendisini gösterir. İnşa edilen bir bina müşteriye teslim edildikten sonra, bakım ihtiyacı, binada herhangi bir ayıp söz konusu değilse, standart haldedir. Yoksa binanın ayakta durmasına imkân veren temel hususlarda bir bakıma ihtiyaç olmaz. Mesela binanın sağlamlığı, temelleri, kolonları ve kullanılabilirliği açısından daha sonra sürekli bir bakım ihtiyacı olmayacaktır. Gerçi, zaman içerisinde kullanıma bağlı olarak ortaya çıkan elektrik tesisatı, asansör, dış cephe gibi araçlarda bakıma ihtiyaç duyulabilir. Ancak bunların hiçbirisi, yazılımın ihtiyaç duyduğu bakım faaliyeti ile kıyaslanacak ölçüde değildir. Yazılımın kurulu olduğu işletim sistemindeki değişiklik, bu açıdan binanın zeminindeki oynamaya benzetilebilir. Yazılımın hata vermesi ise yazılım üretiminin buraya kadar yapılan benzetmelere

²⁰² Yazılım sektöründeki gelişmeleri daha iyi anlamak açısından, yazılım geliştirme modellerindeki değişim iyi bir örnektir. 2000'lerin başında *agile software* (çevik yazılım) kavramı yokken, artık yazılımcıların çoğunun uyduğu bir metottur. Bu alanda, standardizasyon belirlemek, teknolojik gelişmeler karşısında kolay olmamaktadır. Hatta yapay zekâ teknolojilerinin gelişmesiyle birlikte, insandan çok daha iyi bir şekilde yazılım üretecek yapay zekâlar ortaya çıkmakta ve buna ilişkin kavram ve standartları tümüyle değiştirmektedir. Aynı şekilde, üretilen yazılımların, öncelikle sanal ortamlarda uygunluğunun denendiği prototipleştirme mantığı da bu şekilde işlemektedir. Konuyu daha iyi anlamak için, savunma sanayinde üretilen yeni ürünlerin, öncelikle sanal ortamda, farklı teknolojiler kullanılarak teste tabi tutulması örnek verilebilir. Bu sistemlerin fiilen nasıl çalıştığını denemek amacıyla, gelişmiş yazılımlar kullanılarak, sanal testler yapılmaktadır. Özellikle yapay zekâ tarafından yazılım üretilmesi, işlevselleştiği ve yaygın kullanıma sunulduğu takdirde, sözleşme tipolojilerini de yeniden düşünmemizi zorunlu kılacaktır.

²⁰³ Aydın, Esen, Özlü, s. 464. Bu yöntemler, özellikle değişken ihtiyaçların olduğu yazılım piyasasında, müşterilerin ihtiyaçlarını daha hızlı bir şekilde karşılamak amacıyla çeşitli şekillerde ortaya çıkar. Bu yüzden çevik (*agile*) yazılım geliştirme, bir yazılım geliştirme metodolojisi olarak nitelendirilmektedir.

karşın, inşaat sözleşmesinden veya bir mimari projeden temel farkını oluşturur. Teknik olarak hatasız bir yazılımın vaadedilemeyecek olması, yalnızca yazılım imali sözleşmesi açısından değil, aynı zamanda yazılım bakımı sözleşmesi ve yazılımcının bu sözleşmeden doğan borcunun niteliğini göstermesi açısından da önem arz eder.

2. Yazılım Sözleşmeleri

a. Kavram

Yazılım sözleşmesi kavramı, uygulamanın ortaya çıkardığı bir sözleşmeler grubunu işaret eder. Bu açıdan bu sözleşmelerin sayısı veya tasnifiyle alakalı bir sınırlama yapmak uygulamaya bağlı olarak değişecektir. Ayrıca, yazılım alanının değişkenliğini dikkate aldığımızda, yazılım sözleşmelerinin tam bir tanımını yapmak da mümkün olmamaktadır²⁰⁴.

Yazılımın kullanıcıya özel olarak üretilmesi veya toplu olarak kullanılmasına göre yazılım sözleşmesi türleri değişmektedir. Herhangi bir yazılım, müşterinin ihtiyaçları doğrultusunda, yazılımcı/yazılım mühendisi tarafından üretilebilir. Bu tür bir yazılım ferdî yazılım olarak isimlendirilir²⁰⁵. Uygulamada bu tür yazılımlar, maliyetin yüksek olması sebebiyle, daha çok güvenliğin ve gizliliğin önemli olduğu devlet projelerinde veya yine kendi ihtiyaçlarını, benzer sebeplerle, özel olarak gidermek isteyen büyük şirketler tarafından verilen siparişlerle ya da onların kendi bünyelerinde oluşturdukları yazılım ekibi tarafından üretilmektedir. Bu hallerde yazılımcı ile kullanıcı/müşteri arasında yazılım imali sözleşmesi yapılır ve ferdî yazılım ortaya çıkar. Bunun yanında, mevcut bir yazılımda değişiklikler yapılarak da yazılımın ferdileştirilmesi mümkün olacağı için, ferdî yazılımı sadece imal sözleşmesiyle birlikte anlamak doğru olmayacaktır.

Yazılım, kişiye özel olarak üretilmek yerine standart bir paket olarak da sunulabilir. Çoğunlukla da programlar üreticileri tarafından bu şekilde son kullanıcıya sunulurlar. Bu durumda standart yazılımdan bahsedilir²⁰⁶. Bu da çeşitli şekillerde gündeme gelebilir. Yazılımın kullanımının, müşteriye bir süre için bırakılması söz konusu olabileceği gibi, sürekli olarak devredilmesi de mümkündür. Yine bu devirden

²⁰⁴ Jaccard, Robert, s 97; Heusler, Mathys, s. 39; Fröhlich-Bleuler, N. 12.

²⁰⁵ Fröhlich-Bleuler, N. 36.

²⁰⁶ Widmer, s. 12-13. Bununla beraber, standart yazılım üzerinde yapılan bazı geliştirmeler ve değişiklikler de uygulamada ferdî yazılım olarak isimlendirilmektedir. Bu durumda “bir hizmet olarak yazılım” (*software as a service*) tabiriyle de karşılaşılmaktadır.

sonra yazılımı devreden üretici programı destekleme faaliyetlerini yürütebileceği gibi, böyle bir borcu üstlenmeyebilir. Bu noktada lisans, kira, satış gibi hukukî ilişkiler gündeme gelmektedir²⁰⁷.

Yazılımın kullanıcıya devri, standart yazılım veya ferdî yazılımla sağlandıktan sonra, yazılımcının işi sona ermemektedir. En az yazılım devri kadar önemli olan kısım, yazılımın müşteri tarafından kullanılması aşamasıdır. Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla uygulamada yazılım bakım/destek sözleşmesi olarak isimlendirilen sözleşmeler yapılmaktadır.

Yukarıda bahsedilen ihtiyaçlar ve bu ihtiyaçlar doğrultusunda yapılan sözleşmeler dikkate alındığında tek tip bir yazılım sözleşmesinden mümkün olmamaktadır. Sözleşmelerin çeşitlerine ve karakteristik edim borçlusunun edimine göre, imal (*Softwareerstellung*), bakım (*Softwarepflege, -wartung*) veya devir (*Softwareüberlassung*) gibi yazılım sözleşmeleri yaygın olarak akdedilmektedir. Bu sözleşmelere bir sınır koymak ve sözleşmeleri çoğu zaman standartlaştırmak mümkün olmadığı için, bütün bu sözleşmeleri ifade ederken yazılım sözleşmeleri kavramı çoğul olarak kullanılmaktadır²⁰⁸. Tüm bu verilerden yola çıkılarak bir tanım vermek gerekirse, yazılımın imali, devri veya bakımını hedefleyen sözleşmeler yazılım sözleşmeleridir²⁰⁹.

Yazılım sözleşmeleri kavramının hukuken yerleşmiş bir kavram olmaması gibi, bu sözleşmelerin yapısı da düzenli değildir. Bu sözleşmeler, müşterinin ihtiyaçlarına göre şekillenen sözleşmeler olduğu için, az çok tipikleşmiş belirli edimler dışında, yazılımcının edimleri de sabit olmayacaktır. Bu noktada yazılımcı için basit görünebilen değişiklikler, hukukî nitelendirmeyi değiştirme kabiliyetine sahiptir. Bunun yanında aynı ihtiyacı görecekt farklı çözümlerin ve dolayısıyla farklı sözleşmelerin, edimlerin mevcudiyeti de hukukî niteliğin tespitini zorlaştırmaktadır²¹⁰. Sözgelimi yazılımın beş yıl süreyle devrinin öngörüldüğü bir sözleşmede, bu devre ek olarak devredilen yazılımın, müşterinin kullandığı başka bir programla entegrasyonunu gerçekleştirmek iyi bir örnek oluşturabilir. Taraflar, bu sözleşmeleri ayrı ayrı yapmayı tercih edebilecekleri gibi, birlikte de yapabilirler. Bu takdirde, belirli

²⁰⁷ Bkz. bir sonraki başlıkta, II, A, 2, b, Yazılım Sözleşmelerinin Türleri.

²⁰⁸ Yıldırım, s.17, yazar farklı tasniflere yer verdikten sonra, üçlü bir ayırım yerine ikili bir ayırım yaparak *Softwareüberlassung* (imal ve devir sözleşmelerini kapsayacak şekilde) ve *Softwarepflege* ayırımının daha mantıklı olduğunu kabul etmektedir.

²⁰⁹ Şahan, s. 70.

²¹⁰ Jaccard, Robert, s. 98; Heusler/mathys, s. 39, "...als Abwandlung eines oder als Kombination mehrerer solcher Typen..

sürekli yazılım devri bir kullandırma sözleşmesine konu olurken, yazılımın diğer bir sistemle uyumunu sağlamayı hedefleyen entegrasyon çalışması ise bir işgörme sözleşmesinin konusunu oluşturur. Zira bu sözleşmede yazılımcı iki sistemin entegrasyonunu yapmak için, kodlar yazarak, bunların işleyişini de takip etmelidir. Verilen örnekte bir de yazılım bakımı sözleşmesinin yapıldığını düşünecek olursak, çeşitli edimlerin bir araya gelmesi veya ayrı ayrı düzenlenmesi sözleşmenin hukukî niteliğine doğrudan etki edebilecek özellikte görülmektedir. Tüm bu sebeplerle, yazılım sözleşmelerinin isimlendirilmesi veya bu sözleşmelerin hukukî niteliği, hukukçunun her zaman somut olayı, yani taraflar arasında yapılan yazılım sözleşmesini dikkatle incelemesini gerektirir.

b. Yazılım Sözleşmelerinin Türleri

Bilişim gibi sürekli gelişen bir alanda, yazılıma ilişkin yapılan sözleşme türlerini kesin bir şekilde saymak mümkün değildir. Yeni gelişen bir teknoloji, farklı bir sözleşme yapma ihtiyacı doğurabileceği gibi, yeni iş modelleri de sözleşmelerin yapısını değiştirebilecek niteliktedir. Aynı şekilde sözleşmelerin tasnifi de bu alanın karmaşık yapısından dolayı benzer zorluklar taşımaktadır. Yazılım sözleşmelerinin türleri konusunda herhangi bir kanunî düzenleme olmadığı gibi, doktrinde de bu konuda bir mutabakat bulunmamaktadır²¹¹.

Esasında ihtiyaca göre yazılımcının edimlerinin şekillendiği, mevcut edimlere yenilerinin eklendiği ve sözleşmedeki hukukî durumun değişme ihtimaline binaen sözleşmenin kurulması aşamasında tedbirlerin alındığı bu sözleşmelerin, ancak genel karakteri açısından bir tasnife tabi tutulması mümkün olabilecektir. Bu çerçevede çalışmamızda, yazılımcının üstlendiği edimlerin ağırlık oluşturan karakterlerinden hareket eden bir yaklaşım tercih edilerek yazılım sözleşmeleri, devre yönelik sözleşmeler, imale yönelik sözleşmeler ve bakım sözleşmeleri olarak üçe ayrılarak incelenecektir²¹².

²¹¹ Gurovits, s. 30 vd.'nda donanım sözleşmeleri, yazılım sözleşmeleri, işgörme sözleşmeleri (*Dienstleistungsverträge*) şeklinde üçlü bir ayırım yapmış ve buna ana yüklenici sözleşmesi şeklinde bir sözleşme daha eklemiştir. Doktrinde, Fröhlich-Bleuler, s. 101, donanım sağlama sözleşmesi, sürekli veya sürekli yazılım devri, geçici yazılım devri, yazılım imal sözleşmesi, çeşitli yazılım/sistemlerin, yeni bir üretimle, bir arada çalışmasını sağlamayı hedefleyen sistem entegrasyon sözleşmesi, bir yazılımın üretim aşamasından, kurulumuna ve bütün sürecin yönetimine ilişkin bilişim proje sözleşmesi ve bakım sözleşmesi olarak ayırım yapmıştır. Bu sözleşmelerin tasnifine ilişkin farklı görüşler açısından bkz. Yıldırım, s. 19 vd.

²¹² Yıldırım, s. 20 – 21. Yazar burada bilgisayar programı sözleşmelerini devre yönelik sözleşmeler ve bakım sözleşmeleri olarak ikiye ayırmaktadır. Ona göre, Killian'ın (Killian, s. 187 vd.)

(1) Devir sözleşmeleri

Bilgisayar programı veya yazılım sahibinin, fikri hakkına sahip olduğu ve bir eser niteliğinde olan programını üçüncü kişilerin kullanımına sunduğu sözleşmeler devir sözleşmeleridir. Bu sözleşmeleri ifade etmek için genellikle standart yazılım kavramı kullanılmaktadır. Dünyaca ünlü şirketlerin hazırlayıp pazarladığı birçok kitlesel yazılım bu şekilde standartlaştığı gibi, özelleşmiş alanlarda da standart yazılımlar kullanılmaktadır. Yazılımcı ve müşteri arasındaki hukukî ilişkinin niteliğine göre bu alanda satış, lisans sözleşmesi²¹³ veya çeşitli tipte karma sözleşmeler gündeme gelebilir. Bu sözleşmelerde kimi zaman işgörme edimleri de sözleşmenin içeriğinde yer bulabilir. Bu şekilde bir ilişki olsa bile esas sözleşme bir satış sözleşmesi, kira sözleşmesi ya da lisans sözleşmesi niteliğinde görülmektedir²¹⁴.

Kullandırma sözleşmelerinde, yazılımın sürekli veya süreli devri gündeme gelmektedir. Yazılımcının yazılımı, müşteriye sürekli bir şekilde devrettiği sözleşmeler, daha çok satış ve lisans unsurları taşıyan sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir²¹⁵. Buna karşın, geçici süreyle devirlerde, kira, hasılat kirası veya lisans sözleşmesi gündeme gelmektedir²¹⁶.

(2) İmal sözleşmeleri

Yazılım imal sözleşmeleri, yazılımcının, müşterinin talepleri doğrultusunda, onun siparişini verdiği ve ihtiyaçlarına göre tasarlanacak olan yazılımı üreterek müşterinin kullanımına sunmayı üstlendiği sözleşmelerdir²¹⁷. Bu sözleşme uyarınca

bu üçlü ayırımından ayrılmak ve üretilen her yazılımın devredilmesi gerekliliğinden dolayı, imal sözleşmelerini de devir sözleşmeleri kapsamında değerlendirmek gerekir. Buna karşın, eser sözleşmesinde de eseri teslim borcu olmakla beraber, satış sözleşmesiyle aynı kategoriye koyulmadığını dikkate almak ve buna göre işlevsel bir sınıflandırma yapmak gerekir. Bu sebeplerle, imal, devir ve bakım sözleşmeleri şeklindeki üçlü ayırım makul görülmüştür. Buna benzer bir tasnif için, Gauch, Werkvertrag, N. 35, standart yazılımın devrine göre bir satış veya kira, hasılat kirası ve leasing söz konusu olabilir. Bu sözleşmenin bir isimli sözleşme olarak değerlendirilmesi için, Barbey, SJ 1987 s. 300 vd.

²¹³ Amstutz, Morin, BSK-OR-I, Einl. vor Art. 184 ff. N. 267.

²¹⁴ Ayrıca Fröhlich-Bleuler, N. 172 vd. Ayrıca devir sözleşmelerinin farklı şekillerde kararlaştırılabilmesine ilişkin, Yıldırım, s. 68; Şahan, s. 72.

²¹⁵ Yıldırım, s. 73 vd. Konuya ilişkin olarak doktrindeki farklı görüşler için, Yıldırım, s. 69-73.

²¹⁶ Yıldırım, s. 81, yazar, yazılımın son kullanıcıya süreli devredilmesini konu alan sözleşmeyi, lisans ve kira sözleşmesinin unsurlarını bir araya getirmesinden dolayı karma sözleşme olarak nitelendirmektedir.

²¹⁷ Şahan, s. 71, standart yazılım üzerinde değişiklik yapılması da imal sözleşmesinin kapsamına girmektedir.

yazılımcı, genellikle, üretilen yazılımın fikrî mülkiyet haklarını da müşteriye devrettiği için, sözleşme eser ve lisans sözleşmesinin unsurlarını barındıran kendine özgü bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir²¹⁸. Buna karşın sözleşmeyi geniş anlamda karma sözleşme olarak nitelendiren görüş de mevcuttur²¹⁹.

(3) Yazılım Bakımı Sözleşmesi

Çalışmamız kapsamında vekâlet hükümlerinin uygulanma kabiliyeti incelenecek olan yazılım bakımı sözleşmesi, yazılımcının, sözleşmeye konu olan yazılımı çalışır halde tutmak ve işlevini iyi bir şekilde yerine getirmesi için çeşitli edimler üstlendiği sözleşmelerdir. Yazılım bakımı sözleşmesi, işgörme faaliyetleri olan yazılımcının hata düzeltme ve destek edimleriyle birlikte kimi zaman bir devir veya kullandırma borcu ortaya çıkartan güncelleme edimlerinin bir araya gelmesinden oluşur²²⁰. Çalışmamızın geri kalan kısmında yazılım bakımı sözleşmesi ayrıntılı bir şekilde inceleneceği için, burada daha fazla bilgi verilmeyecektir.

B. Yazılım Bakımı Sözleşmesine İlişkin Genel Bilgiler

1. Sözleşmenin Tanımı

Yazılım bakımı sözleşmesi²²¹, yazılımın etkin bir şekilde kullanımına ve bu süreçte ortaya çıkan sorunları ortadan kaldırmaya yönelik bir sözleşmedir.

²¹⁸ Şahan, s. 119.

²¹⁹ Slongo, s. 156. Aksi yönde, Şahan, s. 114, yazar geniş anlamda karma sözleşme kavramını kabul etmediği için, imal sözleşmesinin bu manada bir karma sözleşme olmadığını ve *sui generis* bir sözleşme olduğunu savunmaktadır. Farklı düşüncede, Widmer, *Risiko*, s. 75, yazar “anahtar teslim” yazılım imalini bir eser sözleşmesi olarak görmektedir. Aynı yönde, Barbey, s. 301; Gauch, *Werkvertrag*, N. 34 ve N. 334. Yazar, bu sözleşmeyi somut olarak ortaya çıkan sonucun, objektif olarak taahhüt edilebileceğinden hareketle, bir fikrî eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Kanaatimizce bu görüş, anahtar teslimi mimarlık sözleşmesinin İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrin tarafından bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinden esinlenmektedir. Anahtar teslimi sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için, bkz. Çakalır, s. 22 ve 25 ve dn. 76’daki Federal Mahkeme kararı.

²²⁰ Bkz. ileride, II, B, 5, Yazılım Bakımı Sözleşmesinde Tarafların Edimleri.

²²¹ Almanca’da sözleşmenin adı konusunda kavram birliği bulunmamaktadır. Kimi yazarlar (Sury, s. 37 vd.; Waser, *Computerwartungsverträge*) *Wartung* kavramını kullanmakta ve donanım ve yazılım bakımını kavramsal olarak da birlikte ele almaktadır. Diğer bazı yazarlar (Fröhlich-Bleuler ve Widmer) ise, *Pflege* kavramını sadece yazılım için kullanmakta, donanım bakımı faaliyeti için *Wartung* kavramını tercih etmektedir. Her iki kavram da bakım anlamını da taşımakla birlikte, kanaatimizce bu tercih, zımnen, sözleşmenin hukukî niteliğine bir gönderme içermektedir. Diğer bakım sözleşmeleri için de kullanılan *Wartung* kelimesinin yazılım bakım sözleşmesi için de tercih edilmesi, sözleşmenin eser sözleşmesi karakterinin ağır basmasına bir gönderme olarak değerlendirilebilir. Bkz. ileride, II, D, 2, a, Sözleşmenin Eser Sözleşmesi Ağırlıklı Bir Karma Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi. Türkiye uygulamasında hem yazılım bakımı sözleşmesi kavramının hem de yazılım bakımı ve destek

Sözleşmenin amacı, yazılımı güncel ve kullanıma hazır halde tutarak, hedeflenen piyasadaki ihtiyaçları karşılamasını sağlamaktır²²². Bu amaçla, belirli veya belirsiz süreli bir şekilde yazılımcı, yazılımda meydana gelen hataların onarılmasını ve buna ilişkin müşterinin destek ihtiyacını karşılayarak gerektiğinde yapacağı güncellemelerle yazılımın iyileştirilmesi ve geliştirilmesini üstlenir. Bu noktada yazılımcının borçları, salt teknik faaliyet yürüttüğü bakım hizmeti, müşterinin kullanımını kolaylaştırmak ve kimi zaman mümkün kılmak için verilen destek hizmeti ve yazılımın çalışmaya devam etmesi için gerekli olan güncelleme hizmetinden oluşur. Buna karşın müşterinin edimi ise genellikle sadece bir para borcundan oluşur²²³. Bu unsurlardan yola çıkarak sözleşmenin bir tanımını yapmak gerekirse, yazılım bakımı sözleşmesi, yazılımcının genellikle belirli bir süreliğine, sözleşmede kararlaştırılan bir yazılımın belirli bir sürümü üzerinde, müşterinin kullanımı sırasında, bakım, destek ve güncelleme hizmeti vermeyi üstlendiği, buna karşılık müşterinin genellikle sadece bir para borcu üstlendiği iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

2. Sözleşmenin Tarafları

Yazılım bakımı sözleşmesinde, işgörme edimi borçlusu olan taraf yazılımcıdır. Yazılımcının faaliyetleri, aşağıda aktarılacağı üzere²²⁴, teknik faaliyetler, iletişim ve eğitim faaliyetleri gibi işgörme faaliyetleriyle, güncelleme ediminin niteliğine göre bir devir borcundan oluşabilir. Çalışmamız kapsamında sözleşmede bakım ve destek verme borçlusu olan taraf, yani işgören, yazılımcı olarak anılmaktadır. Buna karşın, genellikle sadece bir para borcu üslenen ve bakım faaliyetinden elde edilen faydayı kullanan, iş sahibi ise müşteri isimlendirilmektedir. Çalışmanın bundan sonraki kısmında da, taraflar yazılımcı ve müşteri olarak anılacaktır.

Bakım sözleşmesinde yazılımcı, hayatın olağan akışı gereği, yazılımı üreten veya devreden/sağlayan kişidir. Yazılım üreticileri veya yazılımı sağlayanlar, kaynak kodları kendisinde olduğu ve geliştirme belgeleri ve geliştirme ortamını bildikleri için, çoğu zaman bakımı da kendileri sağlamaktadır²²⁵. Ancak bir üçüncü kişinin de sözleşmenin tarafı olmasına bir engel bulunmamaktadır. Özellikle, kaynak kodun ve

sözleşmesinin kullanıldığı görülmekle birlikte, çalışmamızda, daha çok yazılım bakımı sözleşmesi kavramı kullanılmaktadır.

²²² Briner, s. 131.

²²³ Bkz. ileride, II, B, 5, b, Müşterinin Edimleri.

²²⁴ Bkz. ileride, II, B, 5, a, Yazılımcının Edimleri.

²²⁵ Widmer, s. 98.

geliştirme belgelerinin müşteriye devredildiği hallerde bu ihtimal daha kuvvetlidir²²⁶. Ayrıca standart yazılım üreticileri, kimi zaman bakım hizmetinin verilmesi için daha küçük yazılımcılarla anlaşmayı tercih etmektedirler. Bu durum, yazılım üreticisi veya satıcısının bir organizasyon ağı kurmasını da beraberinde getirmektedir²²⁷. Bunların dışında kaynak kodun açık olması halinde de bakım faaliyeti herhangi bir yazılımcı tarafından yerine getirilebilir.

3. Yazılımın İşlevini Sürdürmesi Bakımından Yazılım Bakımının Önemi

Yazılım bakımı sözleşmesinin önemi, kendisini yazılımın sürekli bir şekilde ve hatasız çalışmasında gösterir. Sözleşmenin bu işlevi, yazılımın hedeflediği hizmet ve bunun niteliğine göre değişiklik gösterecektir. Yazılım, mevcut bir hizmeti kolaylaştırabilir. Mesela, bir kütüphanede ödünç verme işlemlerini ve kütüphanede kataloglanan kitapların kaydedildiği yazılım buna örnek olabilir. Bu örnekte, kitaplar kütüphaneci tarafından, ilgili programa, gerekli bilgileriyle birlikte kaydedilmektedir. Bu açıdan kullanılan yazılım, yüzlerce sayfa kâğıdın israf edilmesinin ve detaylı birçok işlemin yapılmasına gerek kalmadığı için zaman israfının da önüne geçer. Ayrıca, kitapların içerisine yerleştirilen manyetik şeritlerin, aynı yazılım aracılığıyla kütüphane çıkışına yerleştirilen bir cihaza uygun olarak programlanmasıyla, kütüphanenin güvenliğini de sağlamış olur.

Bir diğer ihtimal yazılımın mevcut bir ürüne yardımcı olarak, onun işlevini geliştirmesine veya kullanımını kolaylaştırmasına yaradığı hallerdir. Mesela savunma sanayinde kullanılan eski tarz mühimmatların akıllı mühimmat olarak isimlendirilen mühimmata dönüştürülmesi buna örnek olabilir²²⁸. Bu örnekte, daha öncesinde de istenilen etkiyi oluşturan bir silah sistemi, yazılım teknolojisi kullanılarak daha

²²⁶ Fröhlich-Bleuler, N. 3043.

²²⁷ Widmer, s. 97; Fröhlich-Bleuler, N.3050. Sözgelimi *Microsoft* firması, *Office* programı ürünleri konusunda, her bölge ve ülkede farklı kişilerle bakım konusunda anlaşabilir. Bu organizasyon, çeşitli şekillerde kurulabilir; ancak bu tür organizasyonlar genelde, yazılımı sağlayan firmadan bağımsız olarak üçüncü kişiler tarafından yürütülmektedir. Uygulamada bu üçüncü kişiler çözüm ortağı olarak adlandırılmaktadır.

²²⁸ Konunun daha iyi anlaşılması açısından, Aselsan şirketinin geliştirdiği bir ürünün tanıtım yazısını paylaşmak iyi bir örnek olabilir: “A.. Akıllı Mühimmat, zaman programlı tapa teknolojisine dayanan gelişmiş bir piyade mühimmatıdır. Bu mühimmat, namludan çıkarken havada paralanacağı zamana programlanarak; şarapnel etkili gövdesi ve gövde içerisinde bulunan patlayıcı dolgu ile hedefe karşı yüksek etkinlik gösterebilmektedir” (<https://www.aselsan.com.tr/tr/cozumlerimiz/kara-ve-silah-sistemleri/akilli-muhimmat-ve-aktif-koruma-sistemleri/atom-40mm-yuksek-hizli-akilli-muhimmat> - erişim tarihi, 30.8.2022).

gelişmiş bir yapıya sahip olmaktadır. Aynı şekilde, eski trenlerin, sinyalizasyon ve otomasyon sistemleriyle otomatik hale getirilmesi de yazılım aracılığıyla sağlanır.

Başka bir ihtimal de, yazılımın kendisinin bir ürüne dönüşmesi halinde ortaya çıkar. Bir yemek siparişi şirketinin kullandığı yazılım buna güzel bir örnek oluşturabilir. Bu tür bir şirket, kullandığı yazılım aracılığıyla, herhangi bir restoran işletmeden, Türkiye'deki tüm restoranlardan daha fazla gelir edebilir. Bu geliri sağlarken yaptığı faaliyet, müşterilerin kendi internet sitesi veya uygulaması üzerinden restoranların menülerini incelemelerine ve sisteme kayıtlı restoranlardan sipariş vermelerine imkân vermektir. Bu örnekte de ilgili şirket, tüm gelirini, kullandığı yazılım aracılığıyla yaptığı faaliyetten sağlamaktadır.

Tüm bu örnekler açısından yazılımın hatasız bir şekilde, kesintiye uğramadan çalışması hayati önemdedir. İlk örnekte, kütüphanede ödünç verme hizmetinin aksamadan devam edebilmesi ve kütüphanedeki kitapların izinsiz dışarı çıkartılması yazılımın sayesinde olur. İkinci örnekte ise söz konusu mühimmatın hatasız çalışması, diğerlerinden daha önemlidir. Yazılımda meydana gelebilecek bir aksama, mühimmatın dost kuvvetlere veya daha kötüsü sivillere zarar vermesine sebep olabilir. Aynı şekilde trenlerde yaşanacak bir aksama veya trenlerin kaza yapması da hayati önemde sonuçlar meydana getirebilir. Son ihtimalde ise, yazılımda meydana gelebilecek kesinti, programın veya uygulamanın çalışmadığı zaman aralığında, şirketin iş yapamamasına ve tüm ticarî faaliyetinin aksayarak ciddî maddî zararlara uğramasına sebep olacaktır.

Bu sayılan sebeplerle, yazılım bakımı bugünkü hayatın her alanına etkileri olabilecek kritik bir iş haline gelmiştir. Yazılım bakımı sözleşmesinin önemi de bu verilen örneklerde olduğu gibi, ekonominin, kültürel hayatın, güvenliğin veya çeşitli hizmet sektörlerinin iyi bir şekilde çalışmasına yaptığı katkıdan kaynaklanmaktadır. Bu yüzden, kimi zaman ekonomik etkisinin dışında, toplumsal ve hayatî etkileri de olabilecek bir yapıya sahiptir.

4. Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Konusu

Yazılım bakımı sözleşmesinin konusunu tespit etmek açısından, teknik olarak yazılımcının faaliyetlerinin ne olduğundan bahsetmek gereklidir. Bu açıdan uygulamada yazılım bakımı sözleşmesinin, üç farklı faaliyeti kapsadığı

görülmektedir²²⁹. İlki, düzeltici bakım (*corrective maintenance*) da denilen, hata düzeltme işleridir. Bu kapsamda yazılımcı, yazılımda oluşan hataları onarır ve düzeltir²³⁰. Yazılım hatası, basit ifadeyle kodlardan oluşan bir sistem olan yazılımda, bu kodlardaki eksiklik veya kalitesizlik sebebiyle oluşur. Yazılımda ortaya çıkan hata, sistemin, yani yazılımın uygun bir şekilde çalışmasını önler²³¹. Bu halde yazılımcı, sistemdeki hatayı tespit eder ve bu hatanın düzeltilmesi için gerekli olan kodları yazarak yazılımı tekrar çalışır hale getirir.

İkinci olarak uyarlayıcı bakım olarak da isimlendirilen (*adaptive maintenance*) destek hizmetleridir²³². Burada yazılımcı, sözleşme süresi boyunca yazılımı müşterinin kullanımında tutmak için gerekli uyarlamaları yapar ve destek hizmetlerini verir. Yazılımda meydana gelen değişiklikler hakkında müşteriyi veya onun ilgili çalışanlarını bilgilendirir. Müşterinin, yazılımı kullanırken bilgi eksikliğinden dolayı yaşadığı sorunlarda, ona destek sağlar. Ayrıca, sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde, müşteriye yazılımın kullanılması için eğitim de verebilir.

Son olarak mükemmelleştirici bakım (*perfective maintenance*)²³³ olarak da isimlendirilen güncellemeler yoluyla yazılımı daha iyi hale getirme çalışmaları gelmektedir. Bu faaliyet kapsamında yazılımcı, müşterinin kullanımına sunduğu yazılıma yeni özellikler ekler veya mevcut özelliklerin iyileştirilmesini sağlar. Ayrıca, yazılımın birlikte çalıştığı sistemlerde, ileride meydana gelebilecek olası veya kesin²³⁴ değişiklikler konusunda yazılımın kullanılmaya devam edebilmesi için gerekli önlemleri alır.

Her üç faaliyet açısından da yazılım bakımı sözleşmesinin konusunu yazılımın kendisi oluşturur. Yani sözleşmenin konusu, müşterinin kullandığı ve muhakkak sözleşmede belirlenmesi gereken, belirli bir yazılımdır. Yazılımın ileride bir uyumsuzlığa sebep olmayacak şekilde tespit edilmesi için de, sözleşmenin konusu genellikle ilgili yazılımın sürümü olarak belirlenir.²³⁵ Bu doğrultuda yazılımcı, herhangi bir yazılımın, belirli bir sürümü üzerine çalışmayı üstlenmektedir. Bu

²²⁹ Fröhlich-Bleuler, N. 3019 vd.

²³⁰ Briner, s. 131-132.

²³¹ Hataların, sistemin çalışmasına etkileri bakımından gruplandırılması ve buna göre farklı tasnife tabi tutulmaları hakkında bkz. yukarıda, II, A, 1, b, Yazılımın İnşası: Yazılımı Geliştirme Süreci ve Yazılım Bakımı Sözleşmesiyle İlişkisi bölümünde, dn. 197 ve ilişkili metin.

²³² Briner, s. 133.

²³³ Briner, s. 134.

²³⁴ Özellikle işletim sistemlerini üreten yazılım şirketleri, ürettikleri programların versiyonları için birkaç sene öncesinden bilgilendirme yapmaktadırlar. Mesela, Microsoft 11 çıkmadan önce, bunun bilgisi olası müşteriler ve bu sistemi kullanarak çalışan yazılımcılar için önceden ilan edilmektedir.

²³⁵ Fröhlich-Bleuler, N. 3084-3085.

yazılımın yeni olması halinde ilk sürümü olabileceği gibi, daha sonraki bir sürümü de olabilir²³⁶. Uygulamada genellikle bakım sözleşmesinin konusu açık bir şekilde, yazılımın adı ve sürüm numarası yazılarak belirtilmektedir.

5. Yazılım Bakımı Sözleşmesinde Tarafların Edimleri

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcı ve müşterinin edimleri, sözleşmenin yapısının ve hukukî niteliğinin anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Sözleşmede işgörme borçlusu ve kimi zaman, güncelleştirme borcu açısından, lisans veren konumunda bulunan yazılımcının edimleri uygulamada hata düzeltme, destek verme ve güncelleme olarak tipikleşmiştir. Yazılımın düzenli aralıklarla taranmasını ve olası hataların önceden tespit edilmesini sağlayan faaliyet odaklı yazılım bakımı da birçok sözleşmede yazılımcının edimleri arasına girmektedir. Sözleşmede müşterinin edimi ise yazılım bakımı sözleşmesinde kararlaştırılan ücreti ödemektir. Bunun yanında, hukukumuz açısından bir borç olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan birlikte çalışma yükümlülüğü ise, önemine binaen bu bölümde incelenecektir. Yazılım bakımı sözleşmesinde tarafların edimlerini incelerken öncelikle sözleşmeye karakterini veren yazılımcının edimleri, ardından da müşterinin edimleri incelenecektir.

a. Yazılımcının Edimleri

(1) Hata Düzeltme Yükümlülüğü

Herhangi bir yazılımın çalışması sırasında hata meydana gelmesi, yazılımın tabiatından kaynaklanmaktadır. Bu manada hiçbir yazılımcı, ister devir sözleşmesiyle isterse de bir imal sözleşmesiyle yazılımı devretsin hatasız bir yazılım vaat edemez. Dolayısıyla, yazılımın hatasız olması mümkün değildir. Yazılım, belirsiz aralıklarla ve çeşitli teknik sebeplerle hata veren bir sistemdir. Yazılım bakımı sözleşmesinde, yazılımcının üstlendiği borçlardan birini işte bu ortaya çıkan hataların düzeltilmesi

²³⁶ Örnek vermek gerekirse, *Agonis* 2.0 şeklinde verilen ifadede, *Agonis* program veya yazılımın adıdır. Yanındaki 2.0 şeklinde gösterilen rakamda noktanın solundaki 2 rakamı sürümü ifade eder. *Agonis* 2.1 şeklinde bir ifade kullanıldığı takdirde, 2 rakamı sürümü, noktanın sağındaki 1 de ara sürümü ifade etmektedir. Küçük iyileştirmeler ve yamalar konusunda ise bu çeşit bir numaralandırmaya ihtiyaç duyulmamaktadır.

oluşturur. İşte bu hata düzeltme yükümlülüğü, doktrinde yazılımcının merkezî edimi olarak nitelendirilmektedir²³⁷.

Yazılımın çalışması sırasında hataların oluşması ve sistemin az ya da çok bu hatalardan etkilenmesi, bir ölçüye kadar normal karşılanmaktadır. Yani tek başına bir hatanın ortaya çıkması, yazılımın müşteriye devrini sağlayan sözleşmenin ihlali anlamına gelmemektedir²³⁸. Bu yüzden yazılımdaki hata, hukukî anlamda ayıbın doğrudan karşılığı değildir²³⁹. Yazılımın tabiatı gereği bu hatalar, yazılımın yaşam döngüsü boyunca tekrar tekrar ortaya çıkacaktır. Bu anlamda yazılım bakımı sözleşmesinin yapılmasının temel sebeplerinden biri yazılımın bu hatalar veren yapısıdır.

Yazılımın tabiatı gereği hata vermesi normal karşılansa da, bu sistemin ekonomik olarak kullanılabilmesi ve işlevsel olması için, bu hataların belirli düzeyde kalması gerekir. Bu manada bir yazılımın ayıplı sayılabilmesi için, ihtimallerden birisi sistemde sonradan ortaya çıkan bir hatanın tamir edilemez, düzeltilemez nitelikte olmasıdır. Gerçekten de yazılımdaki hata, onu imal edenin teknik kusuru sebebiyle tamir edilemez bir hal alabilir. Bu ihtimalde yazılımın kullanımdan kaldırılması gerekebilir. Yazılımın ayıplı sayılabilmesi için diğer bir ihtimal de sistemde sürekli bir şekilde benzer hataların tekrar etmesi, yani yazılımın esas veya yardımcı fonksiyonunu yerine getirmesinin mümkün olmaması gerekir. Bunun için, çeşitli programlar yardımıyla, yazılımda kullanılan kodların kalitesinin denetlenmesi mümkündür.

Yazılım bakımı sözleşmesinde üstlenilen hata düzeltme edimi, bu işin tabiatı gereği ortaya çıkan veya çıkabilecek hataların düzeltilmesidir. Yoksa yazılımda hiç hata oluşmayacağına veya hatanın tekrar yaşanmayacağına ilişkin bir taahhüt teknik olarak mümkün değildir²⁴⁰. Yazılımcı öncelikle, yazılımda oluşan hatayı, hatanın ortaya çıkmasından sonra tespit eder. Bu tespit onun destek faaliyeti kapsamında verdiği hizmet sırasında gerçekleştirebileceği gibi müşterinin bildirimleriyle de olabilir. Yazılımda meydana gelen hatanın tespitinden sonra, yazılımcı, mühendislik faaliyetiyle, kodlar yazarak bu hatayı düzeltmeye çalışır. Bu takdirde hatanın düzeltilmesi işini bizzat yazılımcı yapar.

Yazılımda hatanın ortaya çıkması bazen, müşterinin kullanımına bağlı olarak, onun sorumluluk alanında da gerçekleşebilir. Bu tür bir ihtimalde de hata düzeltme işi,

²³⁷ Fröhlich-Bleuler, N. 3090.

²³⁸ Widmer, s. 118; Fröhlich-Bleuler, N. 3091.

²³⁹ Gauch, N. 1475; Bächler, s. 137-138.

²⁴⁰ Fröhlich-Bleuler, N. 3049.

destek faaliyetiyle bir arada gerçekleşir ve yazılımcı hatanın düzeltilmesi için gerekli olan teknik bilgiyi müşteriye verir. Sözgelimi yazılımı kullanan kişi sayısının artırılması veya öngörülen sistemden başka bir sistemde yazılımın çalıştırılması bu tür bir hataya sebep olur. Bu takdirde hatanın düzeltilmesi, yazılım imalinde olduğu gibi bir kodlama faaliyeti gerektirmez. Onun yerine müşteriye bu konuda gerekli bilgilendirme yapılarak sorun çözülmeye çalışılır.

Hataların tespiti veya hatanın ortaya çıkmasından sonra hatanın neden kaynaklandığına, yani sebebine ve bu hatanın nasıl çözüleceğine ya da çözüldüğüne ilişkin belgeleme (*documentation*) yapılması gerekir²⁴¹. Bu belgeleme de, çoğunlukla teknik ifadelerle müşteriye hatanın bir raporu verilir. Hatanın meydana gelmesinden veya çözümünden sonra, çözüm yoluna ilişkin belgeyi, yazılımcı herhangi bir şekilde müşteriye iletmelidir. Bu bilgilendirme uygulamada çoğunlukla çevrimiçi kanallardan yapılmaktadır. Bu belgede, yazılımda yapılan değişiklikler, müşterinin hatanın tekrar etmesi halinde yapması gerekenler anlatılır. Yine bu raporlama faaliyeti, destek edimi ile hata düzeltme ediminin birbirinin içine geçtiği noktalardan birisidir²⁴². Bu kapsamda, ortaya çıkan hatanın analizinin de yapılması ve bunun da müşteriyle paylaşılması gerekir²⁴³. Bu raporlama ve analiz faaliyeti, yazılımın kullanımı ve yazılım bakımı sözleşmesinin devamı sırasında, ileride ortaya çıkabilecek başka hataların önlenmesi veya daha kolay çözülmesinde önemli bir oynar. Bu raporlama faaliyetinin diğer bir önemi ise, yazılım bakımı sırasında hataların çok sık meydana gelmesi ihtimaline binaen, yazılımcının özen yükümlülüğünün ihlalini tespitite bu raporlardan faydalanılacak olmasıdır²⁴⁴.

Bu hataların belgelenmesi/raporlanması ve analizlerinden sonra, sözleşmede taraflarca kararlaştırılan şekilde, yazılımcının güncelleme yayınlaması gerekebilir²⁴⁵. Aşağıda incelenecek olan²⁴⁶ güncelleme yayınlama yükümlülüğünde, yazılımda basit bir hata düzeltmeyle giderilemeyecek olan kusurların giderilmesi için, yeni bir versiyon veya sürüm yayınlanması gerekecektir. Bu durum, hata düzeltmesi ile güncellemeler yayınlama borcunun da iç içe geçtiğini göstermesi açısından

²⁴¹ Fröhlich-Bleuler, N. 3107, ayrıca hata analizine dair rapor için N. 3094.

²⁴² Widmer, s. 119, bu yükümlülük bir yan yükümlülüktür ve müşterinin birlikte çalışma yükümlülüğünden ayrı olarak, yazılımcının da bu tür bir yükümlülüğü vardır.

²⁴³ Widmer, s. 119-120.

²⁴⁴ Bkz. ileride, III, E, Yazılımcının Özen Yükümlülüğü.

²⁴⁵ Widmer, s. 122.

²⁴⁶ Bu bölüm altında iv. Güncelleme ve Geliştirme Yükümlülüğü.

önemlidir²⁴⁷. Yani bazı hatalar, yazılımcının sadece hata düzeltme sırasında yaptığı müdahale ile giderilemez. Bunun için yazılımcının ek bir çalışma yapması ve yazılımdaki bu hatayı giderecek şekilde güncelleme yayınlaması gerekir. İster bir güncelleme yayınlansın isterse de basit bir hata düzeltmeyle giderilsin, yazılımcının bu sırada yazdığı yeni kodlar, müşteriyle paylaşılmalıdır. Bu paylaşımında belirleyici olan, yazılımın devrini sağlayan sözleşmede bu yükümlülüğün var olup olmadığıdır.

Yazılımcının hata düzeltme faaliyeti, konu itibariyle bir işgörmidir. Yazılımcı kodlar yazarak veya buna gerek kalmadan bir destek faaliyetiyle yazılımda ortaya çıkan hataları düzeltebilir. Bu açıdan bakıldığında kod yazma faaliyeti hukukumuzda hizmet, vekâlet veya eser sözleşmelerinden birinin alanına girebilecek niteliktedir.

Yazılımcı, müşteri/işverene bağımlı bir şekilde, onun iş organizasyonu içerisinde çalışıyorsa, bu takdirde bir hizmet sözleşmesinden bahsetmek gerekecektir. Bu ihtimal, çalışma konumuzun dışında kalmaktadır. Buna karşın yazılımcı çoğu zaman olduğu üzere bir bağımsız çalışan olduğu takdirde, diğer edimlerden soyutlanan bu edim, sözleşmede borçlunun sorumluluğunun nasıl belirlendiğine bağlı olarak, eser veya vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktrinde, kod yazma faaliyeti, sonucu taahhüt edilebilir bir fikrî çalışma olarak görüldüğü için, bu edim genellikle fikrî eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir²⁴⁸.

Yazılımcının hata düzeltmeyi bir sonucu taahhüt etmeden, bir vasıta borcuyla da üstlenebileceği kabul edilmektedir. Böyle bir durumda edimin hukukî niteliği vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir²⁴⁹. Edimin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde yazılımcının edimi, objektifleştirilmiş özen ölçüsüyle²⁵⁰ dikkate alınacaktır. Bu takdirde yazılımcının edimlerinin borca aykırılığı vekilin özen borcu kapsamında değerlendirilmelidir²⁵¹.

²⁴⁷ Buradan anlaşıldığı üzere, sözleşmenin edimlerini, mantıki bir şekilde ayırırken, tarafların ekonomik, işletmesel ve teknik sebeplerle içiçe geçen ilişkileri ıskalanmaktadır. Yani sözleşmede edimler birbirinin içine geçmekte ve bağlanmaktadır. Fakat edimleri bu şekilde incelerken, sözleşmenin yapısı daha iyi anlaşılrsa da, hukukî ilişkinin genel karakteri ihmal edilmemelidir. Bkz. II, D, 2, Bir Bütün Olarak Yazılım Bakımı Sözleşmesi.

²⁴⁸ Widmer, s. 44; Fröhlich-Bleuler, N. 3052. Alman hukukunda da eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine ilişkin, Von Baum, s. 707.

²⁴⁹ Widmer, s. 45-46; Fröhlich-Bleuler, N. 3051 ve ayrıca 3052; Heusler/Mathys, s. 45, “vekâlet sözleşmesi karakteri kazanır”. Sözleşmede yazılımcının yaptığı işte, yani sözleşmenin konusunda hiçbir değişikliğin olmadığı bu ihtimalde, İsviçre-Türk hukukunda yaptığımız eser-vekâlet ayırımının bir neticesi olarak, sözleşmenin hukukî niteliği değişmektedir. Tarafların sözleşmeye koydukları bu kayıttan dolayı, her iki sözleşmenin de konusuna girebilecek; ancak aslında fikrî bir iş olması sebebiyle atıf bir edim olan hata düzeltme için, bu şekilde eser sözleşmesi yerine vekâlet tanımlaması yapılabilmektedir.

²⁵⁰ Widmer, s. 46.

²⁵¹ Widmer, s. 47-48’de dn. 190 ve 191.

Doktrindeki bu görüşlere karşın, uygulamada yazılım bakımı sözleşmesinde hata düzeltme edimi ve diğer edimler, hemen hemen hiçbir zaman garanti edilmemektedir. Bu tür bir garanti, özellikle yazılımın hiçbir zaman hata vermeyeceğine ilişkin bir taahhüt olursa, zaten fiilen mümkün olmayan bir şeyin borçlanması anlamına gelir. Tam olarak bu sonucun ortaya çıkmaması için uygulamadaki sözleşmelerde, hataları düzeltmek ve sistemin en iyi şekilde çalışmaya devam etmesini sağlamak için, yazılımcının elinden geleni yapacağına ilişkin kayıtlar bulunmaktadır²⁵². Bunun yanında, hizmet seviyesi anlaşmasıyla²⁵³ da bu çabaya ilişkin olarak bir ölçüt getirildiği dikkate alınırsa, hata düzeltme ediminin bir fikrî eser olduğunu söylemenin, kanaatimizce fazla bir anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce, diğer edimlerden soyutlanarak incelense bile, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinde, taraf iradelerinin yansımından dolayı, hata düzeltme edimi bir sonuç taahhüdü kapsamında değerlendirilmemelidir.

Hata düzeltme ediminin hukukî niteliği nasıl değerlendirilirse değerlendirilsin, sözleşmede yer alan tek bir edim üzerinden tüm sözleşme ilişkisine ilişkin bir değerlendirme yapmak doğru değildir. Bu yüzden, burada daha fazla konu üzerinde durulmayacak ve sözleşmenin hukukî niteliğine ilişkin yorum ileride ayrıntılı bir şekilde yapılacaktır²⁵⁴.

(2) Faaliyet Odaklı Yazılım Bakımı (Önleyici Yazılım Bakımı)

Yazılımcının hata düzeltme edimi, hatanın ortaya çıkmasından sonra gerçekleşir. Bir önceki bölümde anlatıldığı üzere yazılımcı sorun ortaya çıktıktan sonra bu sorunu çözer ve buna ilişkin belgelemeyi de müşteriye iletir. Önleyici yazılım bakımı olarak da isimlendirilen yükümlülük, yazılım bakımı sözleşmesinde, henüz yazılımda hata ortaya çıkmadan önce sistemin hata vermesini engelleyecek çalışmalar yapmayı, yazılımcıya bir borç olarak yüklemektedir. Faaliyet odaklı yazılım bakımı olarak Türkçeleştirdiğimiz bu edimle yazılımcı, sistemi düzenli bir şekilde tarayarak, sistemde oluşabilecek hataları tespit etmeyi üstlenmektedir.

Önleyici yazılım bakımında yazılımcı, sistem hata vermeden önce, kodların kalitesini, yazılımın kendi içindeki tutarlılığını, güncellenen işletim sistemleri vs. ile

²⁵² En iyi surette ifa kayıtlarına ilişkin olarak, bkz. ileride III, E, Yazılımcının Özen Yükümlülüğü.

²⁵³ Bkz. ileride III, E, Yazılımcının Özen Yükümlülüğü.

²⁵⁴ Bkz. II, D, 3, Bir Bütün Olarak Yazılım Bakımı Sözleşmesi.

uyumlu çalışmasını kontrol etmek için özel programlar kullanır²⁵⁵. Bu işleme statik kod analizi ismi verilmektedir²⁵⁶. Ayrıca bu faaliyet, daha önceden yapılan geliştirmeler ve değişiklikler sebebiyle, yazılımda oluşan uyumsuzlukları da tespit etmeye yönelebilir.

Sözleşmedeki bu faaliyet, hata düzeltmeden nitelik itibarıyla ayrı değerlendirilmelidir. Burada bir hizmet ifa edilmekte ve yazılımcının azami özenle işgörmesi beklenmektedir. Yazılımcı bu noktada, sistemdeki tüm hata veya aksayan noktaları önceden tespit etmeyi üstlenmez. Üstelik bu tür bir taahhüt teknik olarak mümkün de değildir. Aksine, yazılımcı yazılım alanındaki en güncel ve güvenilir teknikleri kullanarak, olası hataları tespit etmeyi, mevcut kodların kalitesini belirlemek için çalışmayı ve bunları raporlamayı üstlenmektedir. Bu edim, hukukumuzda, bir işgörme edimi olarak vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır²⁵⁷.

(3) Destek Verme Yükümlülüğü

Yazılım bakımı sözleşmesinde, yazılımcının bir diğer edimi, müşteriye destek verme yükümlülüğüdür. Müşterinin kullandığı yazılımda hataların meydana gelmesi, sistemin çalışmayı durdurması, yapılacak işlemlerle ilgili uzman birinin yardımına ihtiyaç duyulması gibi sebeplerle, müşteri sürekli bir şekilde yardım ve desteğe ihtiyaç duyar.

Müşteri ile yazılımcı arasındaki iletişimi sağlamak ve bakım sözleşmesinin amacı olan, yazılımın kesintisiz ve en az hatayla işlemlerini sağlamak için yazılım bakımı sözleşmesinde destek edimi önemli bir yer tutar. Bu manada, destek faaliyeti, müşterinin yazılımı kullanması için yapılan tüm yardım işlerini kapsar²⁵⁸. Destek verme faaliyeti bu bakımdan, yazılımcının diğer edimlerini de içine alan bir kapsama ulaşmaktadır.

Destek faaliyeti kapsamında yazılımcı müşteriye, yazılımın kullanımı, yazılımda yapılan yamalar, yayınlanan güncellemeler ve diğer değişiklikler gibi konularda bilgilendirmelidir²⁵⁹. Bu onun destek faaliyeti kapsamında üzerine düşen bir

²⁵⁵ Uygulamada *sonar tool* ya da *fortify tool* gibi programlar yardımıyla, yazılımın kalitesi düzenli testlere tabi tutulur ve aksama ihtimali olan kısımlar tespit edilir. Bu tür faaliyetler hakkında detaylı bilgi için bkz. Kalay, s. 211 vd.

²⁵⁶ Kalay, s. 211.

²⁵⁷ Alman hukukunda hizmet sözleşmesi olduğuna dair, Von Baum, s. 707.

²⁵⁸ Briner, s. 134.

²⁵⁹ Fröhlich-Bleuler, N. 3129.

yan yükümlülüktür. Bu faaliyetlerin yanında, yazılımın kullanılması sırasında ortaya çıkan hataların raporlanması veya müşterinin yazılım konusundaki diğer taleplerinin de yazılımcıya bildirilmesi gerekir.

Müşterinin destek faaliyeti kapsamında talepleri, yazılımcıya çevrimiçi kanallarla iletilebileceği gibi, bu taleplerin iletilmesi için ihtiyaca göre bir çağrı merkezi de kurulabilir. Uygulamada destek faaliyetlerinin nasıl belirleneceği, sözleşme bedelini etkilediği için hangi yolun tercih edileceği, genellikle sözleşmede kararlaştırılır²⁶⁰. Aynı şekilde, destek hizmetinin hangi zaman aralığı için verileceği de sözleşme bedelini etkileyecek niteliktedir. Özellikle kesintiye uğramadan çalışması gereken sistemlerde, genellikle mesai saatleri dışında da destek hizmeti alınır. Mesela bir benzin istasyonu yazılımı veya güvenlik yazılımında bu tür bir desteğe ihtiyaç duyulabilir. Bu halde, yazılımcı çalışanlarını gece veya hafta sonu çalıştırdığı için, maliyet de artacaktır.

Destek hizmetleri, genellikle üç seviyede sınıflandırılmaktadır²⁶¹. İlk seviye destek faaliyetinde, müşterinin alelade şikâyetlerini aktarabildiği, son kullanıcıyı hedefleyen bir destek söz konusudur. Bu desteğe, herhangi bir uzmanlığa ihtiyaç duymadan tüm kullanıcılar, mesela müşterinin çalışanlarından herhangi birisi başvurabilir. İkinci seviye destek faaliyeti ise, genellikle daha karmaşık problemlerin aktarıldığı ve bunların çözümü için yazılımcıdan yardım talep edilen destektir. Bu yüzden, sadece müşterinin teknik elemanları tarafından gerçekleştirilir. Üçüncü seviye destek faaliyeti ise yalnızca yazılımcı için önemli müşterilere verilen destektir. Bu tür destek faaliyetinde, yazılım üreticisi veya yazılımcının çalıştırdığı mühendislerin, çözüm için müdahaleleri gerekir²⁶². Bu noktada, sadece destek verme şekli, yani destek hizmetinin çağrı merkezi veya çevrimiçi kanallarla yapılması değil, destek hizmetinin seviyesi de sözleşmedeki bedeli etkileyecektir.

Destek verme ediminin hukukî niteliği doktrinde vekâlet olarak kabul edilmektedir²⁶³. Yazılımcının müşterinin sorularına cevap verdiği, onu yazılımın

²⁶⁰ Bu doğrultuda çağrı merkezi kurulması, sözleşme bedelinde değişikliğe sebep olur. Çağrı merkezi aracılığıyla destek faaliyetlerinin yürütülmesi halinde, genellikle aylık veya yıllık götürü bedeller belirlenir. Briner, s. 135. Bu husus özellikle 24 saat çalışan çevrimiçi alışveriş platformları veya uygulamalar için hayati önemde olabilir. Herhangi bir kesinti veya arıza durumunda, bunu çözme süresi de destek hizmetinin kalitesine bağlı olarak değişebilir.

²⁶¹ Briner, s. 136.

²⁶² Hata düzeltme edimi ile karıştırılmaması için, bu tür desteklerde dahi yazılımın kodlarında herhangi bir değişiklik yapılmadığını, sadece yazılımın kullanımı için gerekli yönlendirmelerin yapıldığını vurgulamak gerekir. Kullanılan yazılımın karmaşıklığına göre, kullanım sırasında bu tür desteğe de ihtiyaç duyulabilir.

²⁶³ Fröhlich-Bleuler, N. 3055; Widmer, s. 50; Von Baum, s. 707 (Alman hukuku açısından hizmet sözleşmesi).

kullanımıyla ilgili bilgilendirdiği ve yönlendirdiği bu edim, diğer edimlerden ayrı olarak tek başına değerlendirildiği takdirde, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Yazılımcı bu noktada herhangi bir sonucu garanti etmemektedir. Onun yükümlülüğü, yazılımda bir hata olması halinde veya müşterinin yazılımı kullanırken sorun yaşaması halinde özenli bir şekilde müdahale ederek gereken çözümü sunmaya çabalamaktır. Herhangi bir hata yaşanması halinde, hata düzeltme işleminin yapılabilmesi için gerekli irtibat ve iletişimin sağlanması destek faaliyetiyle olur. Aynı şekilde müşterinin, teknik olarak hata sınıfına girmeyen sorunlarının çözümü de destek faaliyetiyle giderilebilir. Sözgelimi müşteriye yazılımın yanlış kullanımından kaynaklanan sıkıntının çözümü için sözlü veya yazılı olarak eğitim ve bilgilendirme faaliyetleri verilebilir. İşte bütün bu işleri yaparken yazılımcı, teknik gereklere uygun olarak özenli bir şekilde davranmalıdır.

Yazılımcının özenli bir şekilde davranmakla yükümlü olduğu ve herhangi bir sonucu taahhüt etmediği bu edim, tüm sözleşme ilişkisinden soyutlandığı takdirde, hukukumuzda bir işgörme sözleşmesi olarak vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Buna karşın, yazılımcının diğer edimlerinin hukukî niteliğine ilişkin husus, destek edimi açısından da geçerlidir. Bu edimin hata düzeltme ve güncelleme yükümlülüğü olmadan tek başına bir işlevi çoğu zaman olmayacağı için, diğer edimlerle birlikte tüm sözleşmenin hukukî niteliğinin değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

(4) Güncelleme ve Geliştirme Yükümlülüğü

Yazılımcının hata düzeltme ve destek faaliyeti dışında, uygulamanın tipikleştirdiği edimlerinden sonuncusu güncelleştirme ve geliştirme yükümlülüğüdür. Güncelleştirme faaliyetinde yazılımcı, yazılımın hata vermeden, düzenli bir şekilde çalışmasını temin etmek amacıyla, sözleşmeye konu olan yazılımın yeni sürümü veya versiyonunu yayınlamaktadır. Bu anlamda yazılımcı, hata düzeltme ile çözülemeyecek veya hata düzeltme ile çözülmesi gerekmeyen nitelikteki hataları, bakım hizmetini verdiği yazılımın, yayınlayacağı yeni bir sürümünde çözmektedir. Bu şekilde sözleşmeye konu olan yazılım daha iyi ve kullanışlı bir hale getirilmektedir.

Yazılımcının güncelleştirme yükümlülüğü, uygulamada çeşitli ihtiyaçlardan kaynaklanmaktadır. Bunlardan ilki hata düzeltme faaliyetinden doğar. Hata düzeltme faaliyetinin bir uzantısı mahiyetinde olan güncelleştirmelerde, çoğunlukla yazılımın

çalışması sırasında meydana gelen ve acil olarak müdahale edilmesi gerekmeyen hafif hatalar söz konusu olur. Yazılımcı bu nitelikteki basit hataları düzeltme işini, daha sonra gerçekleştirmek üzere erteleyebilir. Bu erteleme işi bir plan dâhilinde gerçekleşir ve bu nitelikteki basit hatalar, bir sonraki güncelleştirmede düzeltilir. Basit hataların düzeltilmesinde izlenen bu yol, hata düzeltme sırasında karşılaşılan orta düzeyli hatalar veya sistemin çalışmasını kesintiye uğratan kritik hatalarda da tercih edilebilir. Bu husus, yazılımcının bu tür orta ve ağır hatalarda sistemi tekrar çalıştırmak için geçici çözümler bulabilmesine bağlıdır. Yine bu geçici çözümlerden sonra yazılımcı, sorunu nihai olarak çözmek için bir güncelleme yayınlar.

Yazılımcının güncelleme yayınlamasına sebep olan bir diğer husus, yazılımın dışındaki sistemler ve cihazlardan kaynaklanır. Mesela, müşterinin kullandığı donanımın ve cihazların değişmesi ya da yazılımın yüklü olduğu işletim sisteminin güncellenmesi gerekebilir. Bu takdirde, yazılımın da bu değişikliklere uyumlu bir şekilde çalışmasını sağlamak için, yazılımcı tarafından bir ara sürüm yayımlanır. Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının bu yükümlülüğü güncelleme veya ara sürüm yayınlama yükümlülüğü olarak nitelendirilmektedir²⁶⁴. Uygulamada genellikle bu tür bir yükümlülük, bakım ücreti dışında başka bir ücret kararlaştırılması ile olur.

Yazılımcı, hata düzeltme ve sistemin düzgün bir şekilde çalışmasını sağlamak dışında da güncelleştirme ve geliştirme yükümlülüğü altına girebilir. Bu tür bir yükümlülük genellikle sistemin kalitesini ve hızını artırmak, işlevlerini iyileştirmek veya yazılıma yeni işlevler kazandırmak amacıyla üstlenilir. Uygulamada bu tür bir güncelleme yükümlülüğü sözleşmede ayrıca kararlaştırılır ve sistemin iyileştirilmesine yönelir. Uygulamada bu güncelleme yükümlülüğü daha geniş kapsamlı güncellemelerle birlikte ifa edilir²⁶⁵.

Yazılımcı tarafından yapılacak veya yayınlanacak güncellemelerin kapsamına dair üçlü bir sınıflandırma yapılmaktadır²⁶⁶. Bu sınıflandırmada ilk ve en geniş kapsamlı güncelleme yükümlülüğü, sürümün kapsama dâhil edildiği güncellemedir. Güncellemeler açısından sürüm (versiyon) (*upgrade/major release*) kavramı, yazılımdaki esaslı değişiklikleri kapsamaktadır. Bu halde müşterinin kullanım hakları genişletilir²⁶⁷. Bu yüzden *upgrade*, yani sürüm yükseltme olarak isimlendirilmektedir. Sürüm yükseltme, yazılım bakımı sözleşmesinin kurulması sırasında, müşteriden

²⁶⁴ Fröhlich-Bleuler, N. 3112.

²⁶⁵ Fröhlich-Bleuler, N. 3125.

²⁶⁶ Fröhlich-Bleuler, N. 3039-40.

²⁶⁷ Fröhlich-Bleuler, N. 3041.

gelen talebe göre belirlenir. Yazılımcı sürüm yükseltmeyi, bakım sözleşmesinden bağımsız bir yazılım devri sözleşmesiyle üstlenebileceği gibi, bu yükümlülük sözleşme kapsamında da üstlenilebilir. Uyuşmazlık halinde tarafların iradesi yorumlanmalı ve bunun sonucuna göre karar verilmelidir. Taraflar, sürüm yükseltme yükümlülüğünü, yazılım bakımı sözleşmesine dâhil ederlerse, sözleşmenin konusu değişecektir. Uygulamada çoğu zaman yazılım sözleşmesinin konusu, yazılımın sürümü olarak belirlenirken²⁶⁸, bu ihtimalde sözleşmenin konusu yazılım ya da programın kendisi olacaktır. Bu tür bir anlaşma, güncelleme yükümlülüğünün kapsamını da ciddi şekilde genişletecektir²⁶⁹. Bu açıdan yazılım devir sözleşmeleri bağlamında, ek bir lisans veya satış sözleşmesinin konusu olabilecek nitelikte bir ilişki doğuracaktır.

Güncellenmenin sadece ara sürümleri kapsamı halinde ise yazılımcı önceki hata düzeltmelerini birbirine bağlayacak ve kapsamı sürüme göre daha dar düzeltmeler ve çeşitli iyileştirmeler yapacaktır. Bu takdirde, güncelleme yükümlülüğün ekonomik olarak sözleşmedeki ağırlığı, sürüm yükseltmenin kabul edildiği hallere göre daha az olacaktır.

Sürüm yükseltme ve ara sürüm yayınlama dışında yazılımcı, yazılımdaki sorunları kapsamlı bir güncelleme yayınlamadan, daha basit işlemlerle de çözebilir. Bu bağlamda, yama veya *bugfix* olarak isimlendirilen ve güncelleştirmeyi gerektirmeyen bu tür edimler, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu işlem, yazılımdaki kodlarda yapılan küçük değişikliklerle gerçekleşmektedir.

Yazılımcının güncelleştirme yükümlülüğünün hukukî niteliği, doktrinde yazılımcının diğer edimleri gibi, tüm sözleşme ilişkisinden ayrı bir şekilde de ele alınmaktadır. Bu değerlendirmelere göre, yazılımcının güncelleme faaliyeti, kapsamlı bir güncelleme içeriyorsa, yazılım devri sözleşmelerinden birisi gündeme gelecektir. Yani güncelleme kapsamında sürüm yükseltme varsa, bu takdirde güncelleme yükümlülüğü, bir devir sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eğer güncelleme sadece ara sürümlere ilişkinse, bir değerlendirme yapılmalı ve devir sözleşmesinin konusunu oluşturacak kapsamda bir değişiklik varsa, yine devir sözleşmesi gündeme gelecektir. Bu ihtimalin aksine, güncelleştirme ile yapılan değişiklikler daha dar kapsamlı olduğu

²⁶⁸ Bkz. yukarıda, II, B, 4, Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Konusu. Ayrıca EK-Sözleşme, 4. Tanımlar, sürüm.

²⁶⁹ Bu takdirde, yazılımcının güncelleme yükümlülüğü, sadece ara sürüm yayınlamak değil, müşteriye yazılımın yeni sürümlerini temin etmeyi de kapsayacaktır.

takdirde, devir sözleşmesi değil, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilecek bir edim vardır.

Yazılımın kapsamı dışında, devrin ne şekilde yapıldığı da hukukî niteliği değiştirmektedir. Eğer güncelleme faaliyetinde devredilen yeni sürüm veya ara sürüm sürekli olarak devredilmişse, satış sözleşmesinden, süreli bir devir söz konusu ise bir lisans sözleşmesinden bahsedilmektedir²⁷⁰. Yazılım bakımı sözleşmelerinde, uygulamada genellikle süreli devir tercih edildiği için, güncelleştirme yükümlülüğü de lisans sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

Sui generis bir sözleşme olarak nitelendirilen lisans sözleşmesi, maddî niteliği olmayan (fıkrî veya sınai) hakların kullanım yetkisinin, bir ücret karşılığında belirli veya belirli olmayan bir süre için bırakılmasını amaçlayan, (genellikle) sürekli edimli²⁷¹ bir sözleşmedir²⁷². Lisans veren, bir fıkrî veya sınai mülkiyet hakkının mülkiyetini değil; ancak kullanımını, bir süreliğine sözleşmenin karşı tarafına bırakmaktadır. Bu noktada, bakım hizmeti veren yazılımcının, yazılımın fıkrî mülkiyet haklarına ilişkin hususları da dikkate alması gerekir²⁷³.

b. Müşterinin Edimleri

(1) Sözleşme Bedelini Ödemek

Yazılım bakımı sözleşmesinde, yazılımcının yukarıda aktarılan edimleri karşılığında, müşterinin genellikle sadece bir para borcu bulunmaktadır. Müşteri, yazılımcının bakım sözleşmesindeki tüm edimlerine karşılık olarak, yazılımcıya sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödeyecektir.

Yazılım bakımı sözleşmesinde bedel götürü olarak belirlenebileceği gibi yazılımcının çalışma süresine bağlı olarak da belirlenebilir. Uygulamada yazılım

²⁷⁰ Widmer, s. 49; Fröhlich-Bleuler, N. 3053; Alman hukukunda edimin *Werklieferung*, satış veya kira sözleşmelerinden birisi olabileceğine ilişkin Von Baum, s. 707. Ayrıca bkz. yukarıda, II, A, 2, b, (1), Devir Sözleşmeleri.

²⁷¹ Eren, borçlar özel, N. 3411. Lisans sözleşmesi nadiren de olsa, bir sanat eserin tek bir defa gösteriminde olduğu gibi, ani edimli olabilir.

²⁷² Tandoğan, c. I/1, s. 63; Tercier, Bieri, Carron, N. 7318; Eren, borçlar özel, N. 3400. Sözleşmenin konusunun sadece fıkrî veya sınai haklar olmadığı, *know-how*, üretim ve işletme sırları, yazılımlar veya veri bankası gibi diğer maddî olmaya malvarlığı değerlerinin de lisans sözleşmesine konu olabileceğine ilişkin, Eren, borçlar özel, N. 3406.

²⁷³ Fröhlich-Bleuler, N. 183 vd., bakım hizmeti veren yazılımcının edimi, bu bağlamda işleme hakkı kapsamında ele alınmaktadır. Bu bağlamda yazılımın kaynak kodları, yazılımcının kendisine ait olduğu takdirde herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Kaynak kodların üçüncü bir kişide olması halinde ise, yazılımcının bu kodlar üzerinde işlem yapabilmesi için işleme hakkını elde etmesi gerekir. Aksi takdirde, yazılım üzerindeki fıkrî mülkiyet hakları kapsamında sorunlar ortaya çıkacaktır.

bakımı sözleşmelerinde çoğunlukla götürü bir bedel belirlenmemektedir. Bunun temel sebebi, yazılımcının bakım hizmeti vereceği sürede, ne kadar çalışacağını belli olmamasıdır. Çalışma süresi, yazılımı kullanacak kişi ve bilgisayar ya da cihaz sayısına göre değişmektedir. Hem hata düzeltme edimleri açısından hem de destek edimleri açısından yazılımcının mesaisi, yazılımı kullanan kişi ve bununla orantılı olarak ortaya çıkan hata ve sorunlara göre artacak veya azalacaktır. Bu yüzden, yazılımcının çalıştırdığı kişi ve bu kişilerin çalışma saatlerine orantılı şekilde, yani yazılımcının toplam çalışma saatine endekslenmiş bir birim ücret belirlenir. Mesela yazılımcı, büyük bir zincir marketin ülke geneline yayılan stok kontrol yazılımına bakım ve destek hizmeti veriyor olsun. Bu takdirde, her bir market şubesi veya deposunda stok kontrolü yapan uygulamayı kullanan bilgisayar ve cihazların hepsi sistemin çalışmasını etkileyecektir. Bu tür bir yazılım ve bu yazılımla birlikte kurulan sistemde, on şubesi olan bir market zinciriyle aynı oranda kullanıcı olmayacaktır. Bu kullanıcı sayısına bağlı olarak çok daha fazla sayıda işlem yapılan sistemde, bakım ihtiyacı diğerlerine göre oldukça daha fazla olacaktır.

Yazılımcının ücreti çalışma süresine bağlı olarak belirlendiği durumlarda, yazılımcının bakım sözleşmesi kapsamında ne kadar süre çalıştığını, ne kadar zaman harcadığını ölçen programlar vardır. Müşteri ve yazılımcının birlikte erişim imkânı olan bu programlar yardımıyla yazılımcının mesaisi tespit edilir. Hangi programın seçileceği ve bunların kontrollerinin nasıl yapılacağı ise çoğu zaman sözleşmede veya eklerinde belirlenir.

Sözleşmede ücretin belirlenmesi için, çoğu zaman sözleşmede bir standart tarife bulunur. Standart tarife, her hizmete ayrı ayrı tekabül eden tutarlar, işin niteliğine göre belirlenir²⁷⁴. Mesela kritik hataların düzeltilmesi için daha yüksek bir ücret tespit edilirken, ilk aşama destek faaliyetlerinde bu ücret daha düşük belirlenmektedir. Bu belirlenen hizmetlerle kişi ve çalışma saati oranlanır ve yazılımcının sözleşmeden elde edeceği ücret tespit edilir.

Uygulamada daha az karşılaşılsa da, sözleşmede ücretin götürü bedelle kararlaştırılmasına da bir engel bulunmamaktadır. Bu takdirde, belirlenen bedelin değişmesine ilişkin hükümler de sözleşmeye eklenebilir²⁷⁵. Uygulamada bu şekilde yıllık ücret belirlendiği takdirde, ücretin değişmesine ilişkin koşullar sözleşmenin genel koşulları arasına muhakkak eklenmektedir.

²⁷⁴ Widmer, s. 145.

²⁷⁵ Widmer, s. 145.

(2) Birlikte Çalışma Yükümlülüğü

Birlikte çalışma yükümlülüğü, bakım sözleşmesinde yazılımcıya yüklenen önemli bir ek yükümlülüktür. Sürekli olarak bakıma ihtiyaç duyan bir sistem olan yazılımı işler halde tutmak ve sözleşmeden beklenen faydayı sağlaması için çaba sarfetmek, sadece yazılımcının tek taraflı faaliyetleri ile gerçekleştirilemez. Bunun için müşterinin yazılımcıya geniş bir hareket alanı sağlaması, onun edimlerini yönlendirmesi, edimi ifa etmesi için üzerine düşenleri yerine getirmesi gerekir.

Müşterinin yazılımcıyla birlikte çalışmasına ilişkin yükümlülükleri genellikle sözleşmede detaylı bir şekilde belirtilir²⁷⁶. Aksi takdirde, yazılımcı müşterinin hâkimiyet alanında olan sistemin bakımı için üzerine düşenleri yerine getiremez. Mesela kullanılan yazılımın karmaşıklığına göre, müşterinin bir yazılımcı çalıştırması gerekebilir. Yazılımın kurulu olduğu donanıma, en azından bakım faaliyetleri sırasında, yazılımcının erişimi olmalıdır. Donanım, gerekiyorsa yirmi dört saat boyunca açık tutulmalıdır²⁷⁷. Bu ve bunlar benzeri yükümlülüklerin bir listesi hazırlanır ve sözleşmede veya sözleşme eklerinde bu liste yer alır.

Bütün bu hazırlık hareketleri veya ifaya imkân vermeye benzeyen yükümlülüklerle, bakım sözleşmesinde birlikte çalışma yükümlülükleri denilir²⁷⁸. Buna karşın, Türk-İsviçre hukukları açısından bir külfet olarak kabul edilmektedir²⁷⁹.

Birlikte çalışma yükümlülüklerinin ihlali halinde, alacaklı temerrüdü söz konusu olur. O halde, alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır. Bu yükümlülüklerin ihlaliinde yazılımcının sözleşmeyi sonlandırarak, bedelin tamamını isteyebileceği de kabul edilmektedir²⁸⁰.

Birlikte çalışma yükümlülüklerinin dışında, sözleşmede müşteriye yan edim yükümlülükleri yüklendiği de olmaktadır. Yazılımcının yayınladığı güncellemeleri

²⁷⁶ Bu hususlara ilişkin örnekler için bkz. Widmer, s. 149-151; Fröhlich Bleuler, N. 3257 vd.; Briner, s. 142-143. Mesela, müşterinin hatayı belgeleyerek yazılımcıya iletmesi, yazılımcı güncelleme yayınlamadan önce müşterinin mevcut verilerini yedeklemesi, bilgisayarları veya yazılımın yüklü olduğu cihazları yazılımcının erişimine açması gibi, müşterinin birçok yükümlülüğü bulunmaktadır. Müşteriye bu şekilde birlikte çalışma yükümlülüğü getiren sözleşme şartları, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Ayrıca bkz. EK-Sözleşme, m. 11, Müşterinin Yükümlülükleri

²⁷⁷ Bunun gibi birlikte çalışma yükümlülüklerinin ayrıntılı bir listesi için, bkz. Widmer, s. 149-150.

²⁷⁸ Widmer, s. 148; Fröhlich-Bleuler, N. 3243 vd.

²⁷⁹ Widmer, s. 151; Fröhlich-Bleuler, N. 3243.

²⁸⁰ Fröhlich-Bleuler, N. 3254 ve bu ihtimalde sözleşmenin *ex nunc*, yani ileriye etkili sonlandırılmasına ilişkin N. 3255.

yüklemek için azamî bir süre belirlenmesi gibi hususlar, sözleşme serbestîsi içerisinde taraflar arasında serbestçe kararlaştırılabilir²⁸¹.

C. Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Hukukî Niteliğinin Tespiti Bakımından Kanunda Düzenlenen İşgörme Sözleşmeleri ve BK m. 502/II

Yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespiti, çalışmamız bakımından BK m. 502/II'nin uygulama alanı içerisinde olup olmadığını anlamak açısından temel meselelerden birisidir. Bu amaçla, ilk olarak çalışmanın çıkış noktası olan ve vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanmasını öngören BK m. 502/II hükmünün anlaşılması gereklidir. Kanunda düzenlenmeyen bir sözleşme olan yazılım bakımı sözleşmesine vekâlet hükümlerinin uygulanma imkânı, öncelikle BK m. 502/II'nin ve bu hükmün amacından çıkan sonuca göre belirlenecektir. Bu hükmün anlaşılması da Borçlar Kanununun mehzaz kanunu olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 394/II'nin ortaya çıkışı ve bunun izahına bağlıdır. Bu amaçla, bu bölümde ilk olarak İsviçre Borçlar Kanunu m. 394/II hükmünün tarihçesi ve bu hükmeye İsviçre doktrini tarafından verilen anlam araştırılacaktır. Ardından Türk hukukunda 818 sayılı BK m. 386/II ve 6098 sayılı BK m. 502/II hükmünün nasıl değerlendirildiği değerlendirilecektir.

Bu bölümün ikinci başlığında ise, BK m. 502/II hükmünün bir neticesi olarak vekâlet sözleşmesinin kazandığı çeşitli anlamlara veya vekâlet tiplerine yer verilecektir. Zira bu hükmün bir sonucu olarak, herhangi bir somut sözleşme ilişkisinin, vekâlet sözleşmesinin kanunda düzenlenen hükümlerine uygunluğu ve yoğun güven ilişkisi içermesi bakımından vekâlet türleri arasında ayırım yapılmaktadır. Kanunî tipe uygun ve güven ilişkisini yoğun olarak taşıyan vekâlet türleri, tipik vekâlet olarak nitelendirilirken, buna uymayan ve BK m. 502/II aracılığıyla vekâlet hükümlerinin uygulandığı sözleşmeler atipik vekâlet olarak isimlendirilmiştir. Bu kavramların izahı için de vekâlet sözleşmesinin ne olduğunun, yani hukukî niteliğinin gösterilmesi gereklidir. Bu bölümün ikinci altbaşlığında da bu yüzden vekâlet sözleşmesinin hukukî niteliği izah edilmeye çalışılacaktır.

Yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğini tespit açısından bir diğer önemli mesele ise, Borçlar Kanununda bağımsız işgörme sözleşmelerinin genel düzenidir. Zira yazılım bakımı sözleşmesine eser benzeri veya vekâlet benzeri

²⁸¹ Briner, s. 144-145.

sözleşmesi nitelendirmesi yapılması yahut bu sözleşmenin bir karma sözleşme veya kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilmesi, buradan çıkan sonuca bağlı olacaktır. Bağımsız işgörme sözleşmeleri olan eser ve vekâlet sözleşmeleri arasındaki sınır, yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliği dışında, BK m. 502/II'nin de sınırını oluşturması bakımından önemlidir. Kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine vekâlet hükümlerinin uygulanabilmesi için, herhangi bir sözleşmenin vekâlet dışında kanunda düzenlenmeyen bir sözleşme olmadığını söylemek mantıkî bir ön şarttır.

1. Vekâlet Hükümlerinin Kanunda Düzenlenmeyen İşgörme Sözleşmelerine Uygulanması: BK m. 502/II Hükümü

Vekâletin ikincilliği (talîliği) ilkesi (*principe de subsidiarité*) olarak ifade edilen karakteristik özelliği, işgörme sözleşmeleri alanında başka bir sözleşmenin konusunu oluşturmayan sözleşmelerin vekâlet olarak kabul edilmesini ifade etmektedir²⁸². Bunun mantıkî temeli, bağımsız iş görme sözleşmeleri alanında vasıta ve sonuç borcu dışında başka bir borcun kabul edilmemiş olmasında yatmaktadır. Borçlar Kanunu açısından bu durumun dayanağı ise BK m. 502/II hükmü uyarınca, kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine vekâlet hükümlerinin uygulanmasıdır. Bu doğrultuda, kanunda düzenlenen sözleşmelerden herhangi birisi olmayan, bu sözleşmelerin tanımına uymayan işgörme sözleşmeleri, hukukumuzda vekâlet olarak kabul edilmektedir²⁸³.

Bu bölümde öncelikle BK m. 502/II hükmünü daha iyi anlamak amacıyla hükmün tarihçesi, vekâlet ve hizmet sözleşmelerinin İsviçre hukukundaki evrimiyle birlikte değerlendirilecektir. Hizmet sözleşmesinin bu kapsamda incelemeye alınmasının nedeni, 1911 yılındaki değişikliğe kadar İsviçre Borçlar Kanununda, Alman BGB'dekine paralel bir şekilde, bugün vekâletin aldığı işlevi, hizmet sözleşmesinin yerine getiriyor olmasındandır. Bu incelemenin ardından, konuya ilişkin İsviçre ve Türk hukuklarında yapılan tartışmalar ve İBK m. 394/II ve BK m. 502/II'ye verilen anlam değerlendirilecektir. Bu başlığın sonunda ise hükmün

²⁸² Tercier, Bieri, Carron, N. 4318; Werro, CoRo, Art. 394, N. 20; Fischer, s. 259-260; Aral, Ayrancı, s. 593.

²⁸³ Bilge, s. 286 vd.; Werro, mandat, N. 216; Aydoğdu, Kahveci, s. 477. Vekâletin talîliğinin sadece kanunda düzenlenmiş sözleşmeler açısından olduğuna ilişkin, Eren, borçlar özel, N. 2441. Aksi yönde, vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenen sözleşmelere ilke olarak uygulanmayacağına dair, Zevkliler, Gökyayla, s. 602.

yürürlükteki hukukumuz açısından ne anlama geldiğine ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

a. İsviçre ve Türk Hukuklarında İşgörme Sözleşmelerinin Tarihçesi ve İBK m. 394/II Hükmünün Ortaya Çıkışı

Çalışmamızın hareket noktası olan İBK m. 394/II hükmü, İsviçre Borçlar Kanununda 1911 yılında yapılan değişikliklerle ortaya çıkmıştır. Daha önce hizmet sözleşmesinin hükümleri arasında bulunda İBK m. 348 hükmüne benzer olan bu hükmün o zamanki hedefi, daha önce bağımsız hizmet sözleşmesine konu olan serbest meslek sahiplerinin yaptığı sözleşmeleri, vekâlet sözleşmesi kapsamına almaktır²⁸⁴. Bu değişiklik sırasında hekimlik, mimarlık, avukatlık gibi işgörme borçlusunun vasıta borcu ile sözleşmeyi ifa ettiği ve Roma'dan beri Avrupa'da üst sınıf işlerden sayılan bu işlere, Roma geleneğine uygun olarak vekâlet hükümlerinin uygulanması tercih edilmiştir. 1911 yılında İsviçre ve daha sonra 1926'da Türkiye'deki şartlar ve işgörme sözleşmelerindeki çeşitlilik göz önünde bulundurulunca, bu hükmün çok sorun çıkarmayacağı düşünülebilir. Gerçekten, doktrinde büyük tartışmalara sebep olan istifa ve azle ilişkin İBK m. 404 ve BK m. 512 hükmü dahi, taraflar arasında yoğun güvenin olduğu hekimlik sözleşmesinin ve avukatlık sözleşmesinin²⁸⁵ yapısına aykırı düşmüyor görünmektedir.

Buna karşın, 20. yy'ın özellikle ikinci yarısında büyük gelişme gösteren hizmet sektörü, işgörme sözleşmelerinin de sayısını artırmıştır. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarının kabul edildiği yıllar olan, 1911 ve daha sonra 1926'daki şartlardan oldukça farklı bir ekonomi ve buna bağlı olarak ortaya çıkan sözleşmeler, vekâlet ve eser sözleşmesi ikili yapısını, bunun yanında BK m. 502/II hükmünün yerini sorgulanır hale getirmiştir.

İsviçre doktrininde bir eğilim, bu hüküm dolayısıyla işgörme sözleşmeleri alanında bir tür sınırlı sayıdalık, tip sınırlılığı/bağlayıcılığı kabul etme yoluna gitmiştir²⁸⁶. Bunun neticesinde, işgörme sözleşmeleri alanında vekâlet sözleşmesi dışında başka bir tipin olmadığı kabul edilmiş ve işgörme sözleşmeleri alanında bir tip sınırlılığının (*numerus clausus*) öngörüldüğü savunulmuştur.

²⁸⁴ Bkz. ileride, II, C, 1, a, (1), iii, 1911 Tarihli İsviçre Borçlar Kanunu.

²⁸⁵ Bkz. ileride, III, L, 3, Vekâletin Her Zaman Sona Erdirilebilmesi.

²⁸⁶ Bkz. ileride dn. 317 ve 318.

Bu bölümde İsviçre hukukunda İBK m. 394/II hükmünün ortaya çıkışındaki sebeplerin anlaşılması amacıyla, İsviçre hukukunda işgörme sözleşmelerinden hizmet ve vekâlet sözleşmelerinin tarihî gelişimi incelenecektir. Bunun amacı, İsviçre hukukunda, çalışmamızın hareket noktası olan BK m. 502/II'nin mehası olan İBK m. 394/II'nin ortaya çıkışını ve hangi amaca hizmet ettiğini anlamaktır. Sonrasında, İsviçre hukukunda, hükmü tip sınırlılığı olacak şekilde değerlendiren görüşler ve bu görüş doğrultusunda gelişen Federal Mahkemenin yaklaşımı değerlendirilecektir. Ardından Türk hukukunda 818 sayılı BK m. 386/II ve 6098 sayılı Kanunla değişen BK m. 502/II'nin tarihçesi değerlendirilecektir. Bu başlık altında son olarak, Türk hukukunda hükme nasıl bir anlam verilmesi gerektiğine ilişkin değerlendirmemize yer verilecektir.

(1) İsviçre Hukukunda Vekâlet ve Hizmet Sözleşmelerinin Pozitif Hukuktaki Gelişimi ve İBK m. 394/II Hükmünün Ortaya Çıkışı

Vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanmasını öngören BK m. 502/II'nin daha iyi anlaşılması, ancak bu hükmün İsviçre Borçlar Kanununda ortaya çıkışının daha iyi anlaşılması ile mümkün olabilir. Zira bugün İBK m. 394/II'de bulunan hüküm, vekâlet sözleşmesi açısından ilk defa 1911 tarihli İBK ile düzenlenmiştir. Bundan önceki dönemde, “faaliyet” borcu doğuran sözleşmeler, hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği ve İBK m. 394/II hükmünün önceki versiyonu olarak değerlendirilebilecek bir hüküm, hizmet sözleşmesi hükümlerinde bulunduğu için, her iki sözleşmenin tarihî gelişimini birlikte incelemek zorunludur. Aksi takdirde, İsviçre hukukunda hem İBK m. 394/II'nin nasıl ortaya çıktığı yeteri kadar iyi bir şekilde anlaşılamayacak hem de işgörme sözleşmelerinin genel sistematığının gelişimi yansıtılamayacaktır.

Bu sebeplerle, bu bölümde, kronolojik bir şekilde, İsviçre hukukunda işgörme sözleşmelerinin genel düzeni incelenecektir. İlk olarak Zürih Medeni Kanununda işgörme sözleşmeleri ve ardından 1881 tarihli İBK'de işgörme sözleşmelerinin genel düzeni değerlendirilecektir. Üçüncü başlıkta ise 1911 tarihli İBK ve işgörme sözleşmelerinde yapılan değişikliklerle, işgörme sözleşmelerinin İsviçre hukukundaki tarihi aktarılacaktır. Son olarak İBK'de 1971 yılında yapılan değişikliklerle ortaya çıkan durum gösterilmeye çalışılacaktır.

Çalışmada bu bölüme özel olarak yer verilmesinin sebebi, özellikle BK m. 502/II hükmünün kaynağı olan, İBK m. 394/II hükmünün bu tarihî süreçte ortaya çıkması ve kanundaki üç temel işgörme sözleşmesi (hizmet-eser-vekâlet) arasında yapılan ayırımın bu hüküm üzerinde etkili olmasıdır. Bu yüzden, özellikle hükmün kaynağı olarak görülen “serbest meslek sözleşmesi” ve bunun BK m. 502/II hükmüne dönüşümü de yansıtılmaya çalışılacaktır.

i. Zürih Medeni Kanununda İşgörme Sözleşmeleri

İsviçre hukukunda 1881 tarihli Borçlar Kanununa kadar, her kantonda farklı medeni hukuklar uygulanmaktaydı²⁸⁷. Bunlar arasında Zürih Medeni Kanunu, 1881 t. İBK’ye kaynaklık etmesi²⁸⁸ ve Cermen hukukunun ilk kanunlaştırma hareketi olmasından dolayı önemlidir²⁸⁹. Zürih MK’nda işgörme sözleşmeleri, pandektist çalışmaların etkisinde düzenlenmişti. Bağımlı çalışanlar için hizmet (*Lohndienstvertrag*), sonuç borcu doğuran işler için eser sözleşmesi (*Verdingung eines Werkes*)²⁹⁰ ve serbest meslekler için ise “*Honorarvertrag*” (*Freidienstvertrag*) ayrımı kabul edilmişti. Vekâlet sözleşmesi ise ücretsiz²⁹¹ ve her zaman sona erdirilebilir²⁹² bir şekilde, “işgörmeden doğan talepler” başlıklı sekizinci bölümde düzenlenmişti²⁹³.

²⁸⁷ Carlen, s. 95-96, İsviçre’de medeni hukukun gelişimi, federal Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hazırlanana kadar, her kantonda farklılık göstermiştir. Fribourg, Tessins, Wallis, Neuenburg (Neuchatel) gibi bazı kantonlar Code Napoléon’un etkisinde kalırken, Luzern, Aargau, Bern ABGB’den esinlenerek kanton medeni kanunlarını yapmışlardır. Bunun dışında, Zurich, Schaffhausen, Nidwalden gibi doğal hukuk doktrininin güçlü olmadığı, tarihî okul tesirinde kanunlaşmaya girişen kantonlarla beraber, Uri, Schwyz, Obwalden gibi hiçbir şekilde medeni kanunu olmayan kantonlar da bulunmaktadır. Bu durum İsviçre Medeni Kanunu öncesinde iş görme sözleşmeleri ve vekâlet üzerine “özel hukuk tarihi” üzerine karşılaştırmalı bir çalışma yapılmasına yetecek kadar fazla malzeme sağlamaktadır. Ayrıca İsviçre hukuk geleneğinin oluşumunu takip etmek ve hangi hukukların tesirinin olduğunu tespit etmek de bununla mümkün olabilir.

²⁸⁸ Schmid, Bruno, Johan Caspar Bluntschli, in Historisches Lexikon der Schweiz, <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/007303/2010-09-22/>

²⁸⁹ Schuler, Eva Petrig, Kodifikation, N. 3, in Historisches Lexikon der Schweiz, <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009605/2021-09-22/>

²⁹⁰ Eser sözleşmesi bir üretimin borçlanıldığı sözleşme olması açısından bugünküne yakın bir anlayışla düzenlenmiştir. 1572. madde hükmü, *Uebernehmer* (yeni yazım kuralına göre *Übernehmer*) yani yüklenicinin, sipariş edene bütün bir eseri borçlandığını düzenlemiştir. Yükleniciye örnek olarak da el işçisi, tekniker, sanatkar vb. ifadesi kullanılmıştır.

²⁹¹ Bluntschli, III. Band (Folderungen und Schulden), m. 1156, N. 2, eğer sözleşmede bir ücret kararlaştırılmışsa o halde “ıvazlı çalışma ve işgörmeler üzerine” başlığını taşıyan dokuzuncu bölümün konusunu oluşturur. Ayrıca, ödeme olması halinde işlemin hukukî niteliği değişir, m. 1179, N. 2.

²⁹² Bluntschli, m. 1183, s. 203, yazar, *Digesta*’da Julianus’a (Jul. in L. 31, 2D. de *procuratoribus*—III,3)’e atıf yaparak her zaman sona erdirilebilmenin, vekâletin Roma’dan beri önemli bir hususiyeti olduğunu söylemektedir.

²⁹³ Sekizinci bölüm *von den Forderungen auf Geschäftsbesorgungen* başlığını taşımaktaydı. Bu bölümde vekâletin içerisinde bir alt başlıkta kredi mektubu düzenlenmişti (m. 1189). Bölümün ikinci başlığı ise m. 1206 ile başlayan vekâletsiz işgörmeye ilişkindi.

Bugünkü İsviçre ve Alman kanununda bulunmayan *Honorarvertrag*²⁹⁴, Zürih Medeni Kanununda, hizmet sözleşmesinin hemen ardından düzenlenmiştir. Kanunun 1567. maddesi *Honorarvertrag*'ı düzenlerken, açık bir şekilde, öğretmen, hekim, avukat, mühendis, kimyacı ve acentelerin işleri ve bunların dışında, hizmet bağıyla bağlı olan kimseler dışındaki (*keine Herrschaftsverhältnis*) tüm serbest ve “*honor*”landırılan işler için bu sözleşmeyi öngörmüştür²⁹⁵.

Zürih Medeni Kanununun düzenlemesi, serbest meslek sahiplerinin, diğer çalışanlarla aynı hukuka tabi olmamaları ve bu kimseler arasında bir sosyal statü farkını göstermesi açısından önemlidir. Buna karşın, bir alt başlıkta inceleneceği üzere, 1881 t. İBK’de en azından isim olarak bu sözleşmeler arasındaki fark kaldırılmıştır.

ii. 1881 Tarihli İsviçre Borçlar Kanununda İşgörme Sözleşmeleri

1881 t. İBK’de işgörme sözleşmeleri, daha sonradan ortaya çıkacak BGB’nin sistemine yakın bir şekilde kurgulanmıştır. Kanunda işgörme sözleşmelerine ilişkin temel tipler, bugünkü ifadeyle hizmet, eser ve vekâlet olarak düzenlenmiştir.

Kanunun m. 338’le başlayan 11. Başlığı hizmet kirası veya hizmet sözleşmesini (*du louage de services /Dienstvertrag*) düzenlemektedir. Hizmet sözleşmesi 338. maddede, bir tarafın diğerine, belirli hizmetleri, ücret karşılığında sunmayı borçlandığı sözleşme olarak tanımlanmıştır. Kanunda, bir faaliyeti yürütme borcu doğuran tüm işler için öngörülen sözleşme hizmet sözleşmesidir. Özellikle, bağımlı çalışma ve serbest mesleklere ilişkin ayırım ortadan kaldırılmış²⁹⁶ ve İBK m. 394/II’nin atası sayılabilecek, İBK m. 348. madde hükmü ile serbest meslekler için de

²⁹⁴ Bluntschli, m. 1560, N. 2, Hizmet sözleşmesi ile “serbest meslek sözleşmesi”nde görülen işlerin hukukî niteliği (*Natur der Dienstleistungen*) farklıdır. Hizmet sözleşmesinde borçlu, iş sahibine şahsî olarak bağımlıdır. Diğer yandan serbest meslek sözleşmesinde borçlu, “vekâlet veren”e karşı bağımsızdır. Bu bağımlılık, bugünkü iş/hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsuruyla aynı şeyi ifade etmemektedir. Zira bu dönemde işler, yapan kişinin ve işin statüsü sebebiyle ayrılmaktaydı. Bkz. aşağıda dn. 296. Bu noktada, hizmet sözleşmesine ilişkin algının bugünkünden oldukça farklı olduğu teşhis edilmiştir. Üst sınıf işler (*Dienste höherer Art-BGB 627’de de kullanılan ifade*) hizmet sözleşmesinin konusu olamaz. Bu açıdan BGB’nin işleri birleştiren ve tüm işler için hizmet sözleşmesi öngören yapısı, dönemi için oldukça yenilikçi ve eşitlikçidir.

²⁹⁵ Çalışmada bu sözleşmenin üzerinde durulmasının sebebi, 1881 t. İBK m. 348 ve daha sonra 1911 t. İBK’deki 394/II’nin düzenlenmesinde etken olan ayırımın bu olmasındandır. Kanun koyucu, İsviçre’de, biraz da bu ayırmadan kopamadığı için 394/II hükmünü düzenlemiş görünmektedir. Benzer düşüncede, Dessemontet, s. 116.

²⁹⁶ Schneider, Fick, s. 280, art. 338.

“Kanun, diğer hukuk düzenleri ve *ius commune* ‘nin yaptığı gibi, hizmet kiralama (*louage de service*) ve *honoraire* sözleşmeler arasında, yani maaşlı çalışılan aşağı sınıf işler ile serbestçe görülen (hekimlik, mühendislik, öğretmenlik...) ve *honoraire* alınan işler arasında ayırım yapmamaktadır. Aksine vekâlet dışında paralı görülen tüm işleri, m. 348 kapsamında bir araya getirmiştir.” Karş. Yukarıda Zürih MK’ya ilişkin dn. 294.

hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür²⁹⁷. Bu sözleşmenin sona ermesinde ise, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, taraflara sözleşmeyi her zaman sonlandırma hakkı tanınmamış, yalnızca İBK m. 346'da haklı sebeple sona erdirmeye hakkı düzenlenmiştir.

Eser sözleşmesi (*du louage d'ouvrage par suite de devis ou de marché/ Werkvertrag*), 1881 tarihli İBK m. 350'de, yüklenicinin bir eseri üretmeyi borçlandığı sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bugünküne yakın bir şekilde ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler düzenlenmiş ve bu hususta, m. 362'de satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlere gönderme yapılmıştır. Yine iş sahibinin tüm bedeli ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı da, m. 369'da öngörülmüştür.

Vekâlet sözleşmesi (*du mandat/Auftrag*) ise bu kanunun 392 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede ilk dikkat çeken husus vekâletin hukukî fiillere hasredilmiş olmasıdır²⁹⁸. Yani bugünkü İBK'ndan oldukça farklı bir şekilde, vekâlet sözleşmesi, Fransız hukukundakine paralel bir şekilde, salt aracılık işleri ve hukukî fiillere özgülenmiştir. Sözleşmenin konusundaki bu önemli husus dışında, vekâlet sözleşmesinin hükümleri, 1911 tarihli İBK ile neredeyse tamamen aynıdır. Yani, 1881'de hukukî fiilleri hedef alan vekâlet sözleşmesinin hükümleri, hem maddî hem hukukî fiiller açısından uygulanan “yeni” vekâlete taşınmıştır²⁹⁹. Bu husus, vekâletin

²⁹⁷ Kanun hazırlığı sırasında parlamento görüşmelerinde neler konuşulduğu bilinmediği için, hükmün gerekçesi anlaşılamamıştır. Ancak bu dönemde Avrupa'da sol hareketlerin güçlendiği, işlerde eşitliğin savunulduğu bir ortam hâkimdir. Bu yüzden, önceki düzende var olan serbest meslekler ve bağımlı çalışanlar ayrımı 1881 tarihli İBK'nda kaldırılmış olmalıdır. 1881 tarihli İBK m. 348 hükmünün amacının da bu eşitliği vurgulamak olması gerekir. Aynı şekilde, İBK m. 394/II'nin de ihdas edilmesinin amacı, önceki düzenlemedikinin aksine, serbest meslekler ve bu sefer bağımlı hizmet sözleşmeleri arasına bir sınır koyma arzusu olmalıdır.

²⁹⁸ Schneider, Fick, s. 311, Art. 392; Werro, mandat, N. 46, hukukî işleme ilişkin vekâletin ifası için gerekli olan maddî fiiller de vekâletle ifa edilebilir. Yani vekâlet sadece hukukî işlemlere hasredilmişti cümlesini, doktrindeki bu şerhle birlikte kurmak gerekir. Aynı yönde, bkz. Suter, s. 18. Bu görüş doğrultusunda mahkeme kararlarının, kimi maddî fiilleri de vekâletin kapsamına dâhil ettiğine ilişkin olarak F. Fick, Art. 394, N. 2. Bunun dışında, bu dönemde serbest mesleklerle vekâlet hükümlerinin de uygulanabilmesini doktrinde savunan yazarlar da bulunmaktaydı: bkz. Habertisch, s. 152; Hafner, Kommentar zu Art. 392, Nr.2. Bu konuda serbest meslekleri hizmet sözleşmesi kapsamına alan 348. madde hükmüne rağmen doktrinde farklı görüşler mevcuttu. Habertisch, s. 254'te (İBK m. 394/I hükmünün Fransızcasındaki “...*gerer les affaires dont il s'est chargé*...” tabirinden yola çıkarak) “*gestion d'affaire*” yani hukukî işlemlerin yerine getirilmesinin vekâlette önemli olduğunu, hizmette ise borçlu ile alacaklı arasındaki şahsî ilişkinin önem arz ettiğini söyleyerek, sözleşmenin konusu olan işler açısından herhangi bir fark olmadığını belirtmektedir. Serbest mesleklerle kimi zaman hizmet sözleşmesinin kimi zaman da vekâletin uygulanacağı ve bu ikisi arasındaki sınırı belirlemenin zor olduğuna ilişkin olarak, Rossel, N. 448 ve 449. Sonuç olarak, uygulamada vekâlet sözleşmesi hukukî işlemlere özgülenmiş; ancak vekâletin serbest meslekleri, özellikle doktor ve avukatın yaptığı sözleşmeleri de kapsamı, kimi yazarlar tarafından savunulmuştur. Bkz. aşağıda dn. 303, özellikle FF 1909 III s. 775'de bahsedilen husus.

²⁹⁹ Her iki kanunda vekâlet hükümleri açısından esaslı bir farklılık olmamakla birlikte (Leuenberger, s. 47), aşağıdaki hususlarda değişiklikler gözlenmiştir:

- Vekâletin tanımının yapıldığı, m. 392'nin yerine gelen m. 394'e ikinci fıkra eklenmiş ve “kanunda düzenlenmeyen işlere vekâlet hükümlerinin uygulanması” öngörülmüştür.

maddî fiiller için de akdedilebilen bir sözleşme olmasından sonra, sözleşmenin hükümlerinin ya yorum yoluyla genişletilmesine veya maddî fiil vekâletleri açısından uygulanma kabiliyetinin sorgulanmasına sebep olmuştur³⁰⁰.

iii. 1911 Tarihli İsviçre Borçlar Kanununda İşgörme Sözleşmeleri

1911 tarihli İBK’de, önceki İBK’den farklı olarak ilk göze çarpan husus vekâlet sözleşmesinin kapsamının genişletilmiş olmasıdır. Bu kanunda vekâlet, hukukî işlemler dışında maddi fiillerin üstlenilebildiği bir sözleşme halini almıştır. Yani 1881 tarihli İBK’de daha çok hukukî işlemleri hedefleyen ve bir aracılık faaliyeti olarak kendini gösteren vekâlet sözleşmesi, artık salt aracılık sözleşmesi karakterinden uzaklaşmış ve sözleşmenin kapsamına maddi fiillerin üstlenilebildiği işgörmeler de açık bir şekilde dâhil edilmiştir³⁰¹.

İBK’de 1911 yılında yapılan değişikliklerdeki diğer bir önemli nokta ise, yapılan değişikliklerin vekâlet sözleşmesi ile sınırlı kalmamış olmasıdır. 1881’de Fransızca metindeki *louage de service*, (hizmet kirası) ifadesi, 1911’de *contrat de travail* (*Dienstvertrag*³⁰²) (iş/hizmet sözleşmesi) olarak değiştirilmiş ve hizmet sözleşmesinin tanımına da zaman unsuru eklenmiştir. Bu değişiklikle, hizmet sözleşmesinin bu dönemdeki ayırt edici karakterini oluşturan husus, borçlunun bir faaliyeti yürütmeyi “bir zaman zarfında” üstlenmesi olmuştur. Yani daha önce konuları itibariyle birbirinden ayrılabilen hizmet ve vekâlet ilişkileri (hukukî-maddî fiil), vekâletin hukukî işlemler dışında maddi edimleri de kapsamaya başlaması

- 1911 tarihli İBK ile m. 396/II hükmü getirilmiş ve vekilin, özellikle vekâletin icrası için gerekli olan hukukî işlemleri yapmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Buna karşılık, davalarda yetkiye ilişkin 1881 tarihli İBK m. 394/III kaldırılmıştır.
- Vekilin özen ölçüsünü hizmet sözleşmesine atıfla belirleyen 1911 tarihli İBK m. 398/I hükmü 1881 tarihli İBK’nda mevcut olmaması açısından bir yenilik arz eder.
- 1881 tarihli İBK’nda bulunan, başkası için sözleşme yapmanın sürekli olmayan bir şekilde borçlanıldığı işlemleri vekâlet hükümlerine tabi tutan 405. madde hükmü kaldırılmıştır.

³⁰⁰ Sözleşmenin kapsamına ilişkin BK m. 504 hükmünün aslında vekâletle vekile verilen yetkiyi düzenlemesine rağmen, maddî fiiller için de uygulanması yorum yoluyla yapılan değişikliğe; diğer yandan edinilen hakların vekâlet verene geçişi gibi bazı hükümlerin de mantıkî imkânsızlık sebebiyle maddî fiil vekâletlerinde uygulanamamasına örnek olabilir. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. ileride III, C, Sözleşmenin Kapsamı ve III, İ, Hakların Müvekkile Geçişi.

³⁰¹ Werro, mandat, N. 50. İBK m. 394/II hükmünün konuluş amacının fiilî hizmet edimlerini de vekâlet kapsamına dâhil etmek olduğuna dair bkz. Aral, Ayrancı, s. 81.

³⁰² Bu isimlendirme 1971’de yapılan değişikliğe kadar devam etmiş, 1971’de yapılan değişiklikle hizmet sözleşmesine bağımlılık unsurunun eklenmesiyle, sözleşmenin adı *Arbeitsvertrag* olarak değiştirilmiştir. Ayrıca Werro Almanca *Dienstvertrag* tabirini, sözleşmede herhangi bir bağımlılık unsuru aranmadığı için Fransızca *contrat de travail*’dan daha isabetli bulmaktadır Werro, mandat, N. 53.

sebebiyle, ancak süre unsurundan yola çıkarak ayrılabilir hale gelmiştir³⁰³. Hizmet sözleşmesi bu açıdan bağımsız işgörenler açısından uygulanmaya devam etmiş ve maddî fiil yerine getirmenin üstlenildiği ve sonucun garanti edilmediği sözleşmeler açısından ikili bir hizmet-vekâlet yapısı oluşmuştur.

Serbest meslekler konusunda ise, hizmet sözleşmesindeki eski 348. madde³⁰⁴ küçük, ama önemli bir değişiklikle³⁰⁵ 361. maddeye dönüştürülmüştür. 394/II hükmünde, eski 348 hükmünde olduğu gibi açıkça serbest meslekler ifadesi kullanılmasa da serbest meslekler bu hükümle kısmen vekâlet kapsamına alınmıştır³⁰⁶. Bu değişikliğin sonucunda, serbest meslekler olarak isimlendirilen sözleşmeler, zaman unsuruna tabi oldukları takdirde hizmet sözleşmesi kapsamında sayılacaklardır. Eğer serbest meslek ifa edenlerin yaptıkları sözleşmelerde zaman unsuru önemli değilse, bu takdirde vekâlet hükümlerine tabi olmaları düzenlenmiştir.

³⁰³ Fick, art. 319, N. 32, yazara göre işgörenin belirli bir süreyle veya süresiz olarak faaliyetlerini işverene bırakması halinde bir hizmet sözleşmesi söz konusu olacaktır. Eser veya hizmet sözleşmelerinde ise işgörenin zamanını işverene hasretmesi söz konusu değildir. Ayrıca Werro, mandat, N. 53. Bu açıdan süre unsurunun İsviçre doktrininde vekâlet ve hizmet sözleşmesini ayırmaya yarayan bir kıstas olarak değerlendirilmesi, 1971 reformunda önceki Kanuni düzenlemeye dayalıdır. Werro, CoRo, N. 6. Yazar, 1911 düzenlemesinde hizmet sözleşmesinin, süreye dayanan tüm iş görme edimlerini kapsaması sebebiyle böyle bir ayırım olduğunu belirtmektedir. Bunu destekleyen bir yaklaşım için Rossel, s. 405. Ayrıca FF 1909, III, s. 775'te de bu hususa yer verilmiş, süreli olmayan ve bir eseri üretmeye veya dönüştürmeye yönelik olmayan tüm iş görme sözleşmelerinin vekâlet olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu açıdan Werro'nun görüşünü destekleyici niteliktedir. Ayrıca Rossel, s. 435, işçinin zamanını işverene adayarak bir nispette bağımlı çalışmasına karşın, vekâletin böyle bir husus barındırmamasını sözleşmeler arasındaki ayrım hususunda ele almaktadır. Hizmet sözleşmesi açısından hala geçerli kabul edilen, zamana bağımlı olarak çalışma unsuru için bkz. Bilge, s. 287.

³⁰⁴ Werro, mandat, N. 54. 1881 tarihli İBK'nun, *louage d'ouvrage*'ı düzenleyen bölümünün sonunda yer alan 348. maddesi şu şekildedir: "Meslekî bilgi, zanaat kabiliyeti veya bilimsel müktesebatla icra edilebilen (*professions libérales*)... iş görme akitlerine de bu bölüm hükümleri uygulanır". 1905'deki ilk kanun projesinde, serbest meslek sahiplerinin yaptığı sözleşmeler hizmet sözleşmesi kapsamında kalmaktaydı. Sadece serbestçe iş gören doktor, mimar, avukat vb. meslekleri icra edenlerin artık 394/II hükmü kapsamında vekâlet sözleşmesi akdettiklerine ilişkin, FF 1905 II, 1, s. 35. 1911'deki Kanunun *professions libérales* başlığını taşıyan 361. maddesi, serbest meslekleri icra edenlerin, hizmet sözleşmesinin esaslı unsurlarını barındıran bir sözleşme yaptıklarında, hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olduklarını söylemektedir. FF 1909 III 775'te ise, 394/II hükmünü koyarak bir üretimin borçlanılmadığı ve bir zamana tabi olmayan tüm işlerin vekâlete tabi tutulduğu söylenmiştir. Komisyona göre, hem Fransız hem de Alman hukukundakinden farklı mahiyette bir vekâlet sözleşmesine sahip olan İsviçre hukukunda, vekâlet kavramı yeteri kadar açık bir şekilde ortaya konmamıştır. Hem doktrin hem de yargı kararlarında, Alman hukukunun da etkisiyle artan belirsizliği ortadan kaldırmak için, vekâletin, eser sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi kapsamı dışında kalan tüm işleri kapsamasına karar verilmiştir. Bunun "*droit commun*"le uyumlu olmasa da, en azından gerekli açıklığı sağladığı savunulmuştur. Sonuç olarak, 1881'de hem işçilerin hem de serbest çalışanların akdettiği *louage d'ouvrage* sözleşmesinin kapsamı 1911'de daraltılmış, genel iş görme sözleşmesi vasfı, vekâlet sözleşmesine verilmiştir. Aynı yönde, Leuenberger, s. 48-49; Özen, s. 601, dn. 6. Ayrıca Dessemontet, s.116, yine serbest mesleklerin toplumdaki farklı algısını değiştiremediğini, bunun için vekâlet sözleşmesini ve özel koşullarını bu sözleşmelere daha uygun gördüğünü aktarmaktadır.

³⁰⁵ Hükümün sonuna "...hizmet sözleşmesinin niteliğinde olanları..." ifadesi eklenmiştir.

³⁰⁶ Bu hükümün konulma amacı açısından diğer bir fikir de, Dessemontet'nin serbest meslek sahiplerinin 19.yy sonu ve 20.yy başında önemli bir baskı grubu oluşturdıklarına ilişkin paylaştığı bilgidir. Alt metinde İBK m. 394/II hükmünün, mimarlar, hekimler ve avukatlar tarafından yapılan bir baskıyla kanuna dâhil olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Dessemontet, s. 205.

iv. İsviçre Borçlar Kanununda 1971’de Yapılan Değişiklikler

İsviçre Borçlar Kanununda 1971 yılında yapılan değişikliklerle, hizmet sözleşmesinin yapısı esaslı bir şekilde değiştirilmiştir. Bu değişikliklerle, hizmet sözleşmesi bir bağımlılık ilişkisine dönüşmüştür³⁰⁷. Bunun neticesinde vekâlet ve hizmet sözleşmesi arasında ayırım yapmaya yarayan bir kıstas olarak hukukî bağımlılık unsuru³⁰⁸ ortaya çıkmıştır. Bu değişiklik, vekâlet sözleşmesi yerine hizmet sözleşmesine dâhil edilen kimi sözleşmeleri artık tartışmasız bir şekilde vekâlet kapsamına almış ve neredeyse vekâletin hukukî niteliğinin değişmesine sebep olmuştur³⁰⁹. Hizmet sözleşmesine ilişkin yapılan değişiklikten sonra, serbest çalışan kimselerin yaptığı işleri, süre unsuruna bağlı olmaksızın, hizmet sözleşmesi kapsamında saymak mümkün değildir³¹⁰. Yani bir önceki başlıkta bahsedilen 1911 tarihli İBK’deki vekâlet-hizmet ikili yapısı, 1971 yılında yapılan değişikliklerle tamamen ortadan kaldırılmıştır. Hizmet sözleşmesinin tanımında doğrudan işçi ve işveren kavramlarının kullanılması ve bu sözleşmenin esaslı unsurları arasına işin bağımlı bir şekilde görülmesinin eklenmesiyle serbest olarak görülen işlerin, eser sözleşmesi dışında, hepsi vekâletin kapsamına dâhil edilmiştir³¹¹.

³⁰⁷ 1971 yılında madde başlığında, sadece Almanca metinde değişiklik yapılmış, *Dienstvertrag* ifadesi *Arbeitsvertrag*’a dönüşmüştür.

³⁰⁸ Tercier/Bieri/Carron, N. 4284. Bundan önceki dönemde her iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak için zaman unsurundan yararlanıldığını belirtmek gerekir. Ayrıca, Werro, maddi ve ekonomik bağımlılık yerine hukukî bağımlılık unsurunun hizmet sözleşmesini vekâlet ve eser sözleşmelerinden ayıran bir unsur olduğunu özellikle vurgulamaktadır. Werro, Mandat, N. 68.

³⁰⁹ Werro, N. 66. Ayrıca, o dönemde, doktrinde önemli tartışmalara sebep olan, süre unsuruna bağlı olmadan tüm bağımsız çalışanların vekâlet sözleşmesi yapmalarının kabulü vekâletin kapsamını hizmet sözleşmesi aleyhine genişletmiştir. Tanım değişikliği ile kastedilen budur, bkz. Werro, N. 70 vd.

³¹⁰ Werro, N. 67, 71.

³¹¹ Werro, CoRo, Intro, N. 6 ve Art. 394, N. 3. Yazara göre, bu değişikliğin sonucunda, vekâlet sözleşmesi “*petit contrat*” olmaktan çıkmış ve İsviçre hukuku, dolayısıyla Türk hukuku açısından oldukça büyük bir uygulama alanına sahip olmuştur. Yazar, Fransız hukuku tarafından sözleşmelerin “*grand*” ve “*petit*” olarak sınıflandırılmasını, vekâlet sözleşmesinin Türk-İsviçre hukukunda sahip olduğu geniş alanı “ironik” bir şekilde ifade etmek için kullanmaktadır. Sözleşmelerin, küçük ve büyük olarak sınıflandırılması, Fransız doktrininde, kanunun bunlara ayırdığı yer ve sözleşmelerin uygulanma sıklığıyla ilişkilendirilmektedir. Satış, evlilik, kira ve adi ortaklık bu “büyük sözleşmeler” arasında yer alırken, vekâlet, vedia, ariyet, karz gibi sözleşmeler de sözü edilen “küçük sözleşmeler” arasında yer alır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Carbonnier, *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2013, Paris; Bénabent, N. 6. Yazar, bu noktada, sigorta, eser, karz ve vekâlet gibi kimi sözleşmelerin de ekonomik olarak çok önemli fonksiyonlar üstlenmeleri sebebiyle “büyük sözleşme” olduklarını belirtmektedir. Sözleşmelerin ekonomik açıdan yapılan bu tasnifine binaen, vekâletin Türk-İsviçre hukuklarında sahip olduğu geniş uygulama alanı da dikkate alındığında “*grand*” ifadesi de, sözleşmenin konumunu karşılamaya yetmeyecektir.

(2) Türk Hukukunda 818 sayılı BK m. 386/II ve BK m. 502/II'nin Tarihçesi

Türk hukukunda iş görme sözleşmelerinin düzenlenme şeklini 818 sayılı BK'den itibaren ele almak gereklidir. İlk olarak, 1881 tarihli İBK'nin izlerini taşıyan “serbest hizmetlerde tatbik edilecek hükümler” başlıklı 818 sayılı BK m. 353'ü zikretmek gerekir. 818 sayılı BK m. 353 hükmü, mehz İBK m. 348'le benzer ifadeleri içerir şekilde, hizmet sözleşmesi unsurlarını içeren ve ilmi ve sanatsal konularda yapılan sözleşmeleri hizmet sözleşmesi kapsamına almaktaydı³¹². Dikkat etmek gereken nokta, hükmün bu haliyle kanunda bulunduğu sırada, hizmet sözleşmesinin vekâletten ayrılması için zaman unsurunun esas kıtas kabul ediliyor olmasıdır³¹³. O dönemde bugün hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, vekâletten ayırmaya yarayan bağımlılık unsurunu tam olarak göremediğimiz için, bilimsel ve sanatsal alanda yapılan sözleşmelere, bu sözleşmeler hizmet sözleşmesinin unsurlarını içerdiği takdirde, hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm 6098 sayılı Kanunla kaldırılana kadar kanundaki yerini korumuştur.

818 sayılı BK m. 386/II hükmü ise, bugünkü 502/II hükmünden farklı bir şekilde “diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur” şeklinde idi. Bu hükmün emredici olup olmadığı ve işgörme sözleşmeleri alanında bir tip sınırlılığı oluşturup oluşturmadığı madde metninden anlaşılamamaktaydı. Buna karşın, İsviçre’de İBK 394/II hükmünün isimsiz işgörme sözleşmeleri alanını yok ederek bir tip sınırlılığı oluşturması görüşü³¹⁴, Türk hukukunda rağbet görmemişti. Bu yüzden, Türk hukuku açısından mesele hiçbir zaman İsviçre’de olduğu ölçüde önemli bir “krize” dönüşmemiştir. Doktrin sadece tip sınırlılığı konusunda değil, aynı zamanda 818 sayılı BK m. 396 ve BK m. 512'nin emrediciliği konusunda da olumsuz bir tavır takınmıştır. Bundan dolayı konuya ilişkin tartışmalar, daha çok İsviçre’deki doktrin ve bunun Türkiye’deki etkileri ile sınırlı olmuştur³¹⁵.

³¹² 818 sayılı BK m. 353 hükmü şu şekildeydi: “Bu babın hükümleri hizmet akdinin teşekkül unsurlarını havi olmakla beraber ilmi veya bedii malûmatı mahsusayı haiz olanlar tarafından ücretle yapıla gelen mesai hakkındaki akitlere de tatbik olunur”.

³¹³ Bu açıdan Türk hukukunda, İsviçre Borçlar Kanununda 1971 yılında yapılan değişikliğe kadarki İBK’nun düzenine paralel bir düzen mevcuttu.

³¹⁴ Bkz. bir alttaki başlık, (3) İşgörme Sözleşmelerinde numerus clausus Görüşü ve 818 sayılı BK m. 396/II-İBK m. 394/II Hükmünün Emredici Karakteri.

³¹⁵ Benzer bir durumu fikrî eser konusunda aktaran, Uyan, s. 84. Yazar, özellikle Yargıtay’ın fikrî eser hakkındaki görüşleri konusundaki belirsizliği, mahkemenin görüşlerini açıklamak için fırsat bulamamasına bağlamaktadır.

Türk hukuk doktrindeki tip sınırlılığına ve vekâlet hükümlerinin emredici olarak uygulanmasına ilişkin tavrı takip eden kanun koyucu, 6098 sayılı Kanunla vekâlet sözleşmesinde önemli bir değişiklik yapmıştır. Bu değişiklik, BK m. 502/II hükmüne, “niteliklerine uygun düştüğü ölçüde” ifadesi eklenmiştir. Yani vekâlet hükümleri kanunda düzenlenmeyen işgörmeye sözleşmelerine, onların yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Bu hükmün anlamı ise aşağıda ayrı bir başlık altında inceleneceği için burada üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

(3) İşgörmeye Sözleşmelerinde numerus clausus Görüşü ve 818 sayılı BK m. 396/II-İBK m. 394/II Hükümünün Emredici Karakteri

818 sayılı BK döneminde, vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörmeye sözleşmelerine uygulanması hususunda, 818 sayılı BK m. 386/II hükmünün lafzından hükmün işgörmeye sözleşmeleri açısından tip sınırlılığı öngördüğüne ilişkin bir anlam çıkarmak mümkün görünmemekteydi³¹⁶. Buna karşın, bu hükmün mehzazı olan İBK m. 394/II hükmünü tip sınırlılığı getiren bir hüküm olarak gören Gautschi'ye göre ise kanunda düzenlenen hizmet ve eser sözleşmesi dışında kalan tüm sözleşmeler vekâlet sayılmalıydı³¹⁷. Buna göre işgörmeye sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşme akdedilmesi mümkün değildir. Kanun bilinçli bir şekilde, bu alandaki sözleşme özgürlüğünü kısıtlamıştır. Böylece eser sözleşmesi olmayan ve kanunda düzenlenen diğer sözleşmelerden herhangi birisinin kapsamına girmeyen bir sözleşme mutlaka vekâlet sayılacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi de Gautschi'nin bu görüşüne itibar ederek, birçok kararında isimsiz sözleşmeleri vekâlet sayan bir yol izlemiştir³¹⁸.

Gautschi ve İsviçre Federal Mahkemesinin bu görüşlerine karşın, doktrindeki baskın görüş bu hüküm aracılığıyla işgörmeye sözleşmeleri alanında 818 sayılı BK m. 386/II-İBK m. 394/II hükmünün, tip sınırlılığı getiren bir hüküm olmadığı yönünde olmuştur³¹⁹. Federal Mahkeme de önceki içtihatlarından farklı olarak isimsiz işgörmeye

³¹⁶ Yavuz, Acar, Özen, 2014, s. 1160.

³¹⁷ Gautschi, BerKom, Art. 394, N. 56. Perrin, s. 31-32.

³¹⁸ BGE 83 II 529; BGE 98 II 305; BGE 104 II 108, E.1 ve 4; BGE 106 II 157 (Tercüme: Akunal, Teoman, İsviçre Federal Mahkemesinin mimarlık sözleşmesinin niteliği konusunda 3 Ekim 1972 tarihli kararı, in İÜHFM, 1974, C. 40, S. 1-4, s. 701 vd.) Federal Mahkemenin bu doğrultuda verdiği kararları ve içtihadının seyri için bkz. Tandoğan, C. II, s. 385-386.

³¹⁹ Tandoğan, c. II, s. 360; Hofstetter, s. 27; Engel, s. 480; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 394, N. 23; Gauch, Werkvertrag, N. 17; Eren, borçlar özel, N. 2441; Favre-Bulle, s. 371; Hatemi, s. 390; Öz, s. 51; Özen, s. 620; Briner, s. 149; Yavuz, Acar, Özen, s. 1161; Aral, Ayrancı, s. 534.

sözleşmesini kabul etmiştir³²⁰. Hâkim, uygun olmayan sonuçların çıkması halinde vekâlet hükümlerini bu sözleşmelere uygulamaktan kaçınabilir³²¹. Yani netice olarak kanunda düzenlenen herhangi bir işgörme sözleşmesi kapsamına dâhil olmayan sözleşmeler, somut sözleşme içeriği buna uygun olduğu takdirde vekâlet olarak kabul edilmelidir³²². Aksi takdirde, kendine has yapısı olan, *sui generis* işgörme sözleşmesi olarak değerlendirilmeli ve ilgili hükümler uygulanmalıdır.

Sınırlı sayıdalık ya da *numerus clausus* özel hukukumuzda daha çok aile hukuku, eşya hukuku ve miras hukukunda yaygın olan bir ilkedir³²³. Bu ilkeye göre, kanunun belirlediği sözleşmeler veya tipler dışında yeni bir tür icat edilemez ve ayrıca bu işlemlerin içeriği de az ya da çok kanun tarafından belirlenir.

Borçlar hukukunda, özellikle de sözleşmeler hukukunda bu ilkenin kabul edilmediğini, aksine sözleşme serbestisinin hâkim olduğunu söylemek gerekir. Ayrıca *numerus clausus* ilkesinin kabulü için, herhangi bir haklı sebebin varlığı gerekir³²⁴. Bu yüzden işgörme sözleşmeleri alanında, 818 sayılı BK döneminde de isimsiz işgörme sözleşmelerini sınırlandıracak bir düzenlemenin kabul edilmemesi gerekirdi.

(4) BK m. 502/II'nin Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Türk hukukunda doktrinde baskın görüş 818 sayılı BK döneminde de 386/II hükmünü, kendine has yapısı olan sözleşmeyi dışlayacak şekilde yorumlamamıştır³²⁵. Somut olayda sözleşme, kanundaki tiplere uymuyor ve taraflar da somut sözleşme

³²⁰ Karma sözleşmenin kabulü için, BGE 131 III 528, E. 7.1.1 (otel işletme sözleşmesi) ; BGE 130 III 462, E. 5 (akreditif) ; BGE 109 II 462, E. 3, (mimarlık sözleşmesi); BGE 115 II 108, E. 4c; 112 II 46 E. 1 (*sui generis* işgörme sözleşmesinin kabulü); BG, 4C.447/2004, E. 3.2 (hem karma hem *sui generis* işgörme sözleşmesi).

³²¹ Huguenin, N. 3227, Fellmann, BerKom, Art. 394, N. 297, Hofstetter, s. 27-28; aynı yönde Gehrler, Giger, CHK-OR, Art. 394, N. 17.

³²² Huguenin, N. 3227, yazar, 394/II hükmünün her ne kadar işgörme sözleşmelerinde bir *numerus clausus* oluşturmaya da tamamen anlamsız olmadığını savunmaktadır. Yazara göre, özellikle emredici hükümlerden kaçmak amacı yoksa taraflar işgörme sözleşmeleri alanında başka hükümlere tabi bir sözleşme akdedebilirler. Huguenin'den farklı bir noktadan bakarak, Werro da Federal Mahkemenin içtihadının çok da mantıksız olmadığını savunmaktadır. Werro, CoRo, Intro, N. 7; Werro, CoRo, Art. 394, N. 32. Yazara göre vekâletin geniş tanımı karşısında, Federal Mahkemenin yorumu pek de haksız sayılmaz. Buna göre 394/II hükmü konusu sadece borçlunun özeni olan isimsiz sözleşmeleri ve kanunda düzenlenmeyen sözleşmeleri dışlamaktadır.

³²³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 363; Aral, Ayrancı, s. 79; Eşya hukukunda tip sınırlılığı açısından, Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 27-28; miras hukuku açısından, İmre, Erman, s. 55; Çabri, N. 100; aile hukuku açısından, Dural, Ögüz, Gümüş, N. 22.

³²⁴ Gümüş, özen, s. 17.

³²⁵ Tandoğan, c. II, s. 385; Yavuz, Acar, Özen, s. 1161; Kayıhan, Günergök, s. 280-281; Gümüş, özen, s. 15 vd.; Aral, Ayrancı, s. 81-82. Ayrıca Hatemi, s. 352, 353, yazara göre bu hüküm, somut sözleşme ilişkisinde tarafların iradesi güven teorisi uyarınca tespit edilemezse, sözleşme vekâlet sayılmalıdır diyen bir yorum kuralıdır.

ilişkinini açık bir şekilde isimsiz sözleşme olarak düzenlenmemişlerse, bu durumda vekâlet hükümleri bu sözleşmelerin yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Bunun dışında, kanundaki sözleşmelere de vekâlet hükümlerinin ikincil olarak uygulanması gerekir³²⁶. Doktrinin bu yaklaşımına paralel bir şekilde 6098 sayılı BK m. 502/II hükmüne, farklı bir ibare eklenmiştir. Bu hükmeye göre, “Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır”. İBK m. 394/II ve 818 sayılı BK m. 386/II hükümlerinden³²⁷ farklı olarak 502/II hükmü³²⁸, vekâlet hükümlerinin diğer iş görme sözleşmelerine, bu sözleşmelerin “niteliklerine uygun düştükleri ölçüde” uygulanmasını düzenlemektedir. 6098 sayılı Kanunla getirilen bu ifadenin, hükmü emredici olma ihtimalini ortadan kaldırmak, tereddüde yer bırakmayacak bir tarzda izah etmeyi amaçladığı düşünülebilir³²⁹. Buna karşın, doktrinde kanun hükmünün, amacını istediği ölçüde gösteremediğini savunan bir görüş de bulunmaktadır³³⁰.

Vekâlet hükümlerini diğer işgörme sözleşmelerine, bu sözleşmelerin “niteliklerine uygun şekilde” uygulanmasından anlaşılması gereken husus oldukça önemlidir. Doktrinde bunun bir kıyasen uygulama olduğu kabul edilmektedir³³¹. Buna

³²⁶ Karş. dn. 282.

³²⁷ İBK m. 394/II hükmü şu şekildedir:

“Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.”

“Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats.”

Almanca metnin ifadesi şu şekilde tercüme edilebilir: “Bu kanunda düzenlenen herhangi bir sözleşmenin kapsamında yer almayan iş görme sözleşmeleri vekâlet hükümlerine tabidir”.

Fransızca metin ise aynı anlamı farklı bir şekilde ifade etmektedir: “Diğer sözleşmeleri düzenleyen Kanun hükümlerine tabi olmayan iş görmelere vekâlet hükümleri uygulanır”.

Her iki dildeki ifade farklılığını zikretmenin amacı, kavram hukukçuluğuna girilerek bir sonuç çıkarmak değildir; ancak 818 sayılı BK 386/II hükmü, bu çeviriye yakın bir şekilde şu ifadeyi içermektedir: “Diğer akitler hakkındaki kanunî hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur.”

³²⁸ “Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.”

³²⁹ Şeker Ögüz, s. 42; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), madde gerekçeleri, s. 212, m. 502, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (erişim tarihi, 30.7.2022), gerekçede, maddede esaslı bir değişiklik yapılmadığı ifade edilmektedir.

³³⁰ Gümüş, borçlar özel c. II, s. 131-132. Yazar, BK m. 502/II hükmünün yeni halini aktardıktan sonra, bu hükmeye ilişkin farklı bir doktrin görüşünün ortaya çıkabileceğini söylemektedir. Yazara göre, hükmü her işgörme sözleşmesini, önce vekâlet hükümlerinin uygulama kabiliyeti açısından değerlendiren bir görüş savunulabilir. Yani hükmün bu günkü ifadesi buna açık kapı bırakmaktadır. Kanaatimizce, Gümüş’ün bu görüşü oldukça makuldür. Zira hükmün bu ifadesiyle bir anlamının olması için, vasıta borcu taahhüt edilen işgörme sözleşmelerinde, vekâlet hükümlerinin uygulanma imkânı denetlenmelidir. Buna karşın, öncelikle vekâlet hükümleri ve bunların nitelikleri incelenmeli, ardından bu konuda bir görüş bildirilmelidir. Bu konuda da kanaatimizi, III. bölümünde yazılım bakımı sözleşmesi bakımından kapsamlı bir şekilde yapacağız.

³³¹ Aral, Ayrancı, s. 82 ve 535; Zevkliler, Gökyayla, s. 602; Tiftik, s. 114; Koyuncu Aktaş, s. 64. Yazarlar, bu görüşü kabul etmelerine karşın, kıyasen uygulamanın nasıl olacağına ilişkin herhangi bir açıklama yapmamaktadır.

karşın, vekâletin, özellikle birer davranış yükümlülüğü olarak kendisini gösteren özen ve sadakat yükümlülüğüne ilişkin hükmü, işgörme sözleşmelerinde ortak bir borç olduğu için tüm sözleşmelere doğrudan uygulanabilir niteliktedir.

Kanaatimizce BK m. 502/II hükmünde, bir hüküm içi boşluk mevcuttur³³². Yani kanun, hâkime somut olayda sözleşmenin yapısının, vekâlet hükümlerinin uygulanması için uygun olup olmadığını inceleme görevi vermektedir. Hâkim bunu yaparken takdir yetkisini kullanarak vekâlet hükümlerini değerlendirecek ve hükümlerin somut sözleşme ilişkisine ne ölçüde uygun olduğuna karar verecektir. Bu hüküm dolayısıyla, öğretide kabul edilen, ancak daha önce kanunda düzenlenmemiş olan tipik ve atipik vekâlet kavramları merkezî bir yer edinecektir³³³.

Hâkim somut olayda, vekâlet hükümlerinin ne ölçüde uygulanacağını tespit etmek için bu sözleşmenin nitelikli bir güven ilişkisi oluşturup oluşturmadığına bakmak zorundadır³³⁴. Eğer sözleşme güven ilişkisi üzerine inşa edilen klasik vekâlet tipinden uzaklaşıyorsa, bu durumda vekâlet hükümlerinin uygulanması ayrıntılı bir şekilde değerlendirmeyi gerekecektir. Vekâlet hükümlerini incelerken de gösterileceği üzere, vekâletin kapsamı ve vekilin özen ve sadakat borcu dışında, diğer hükümlerin, özellikle de sona ermeye ilişkin m. 512 hükmünün uygulanması, Türk hukuku açısından ciddi zorlukları beraberinde getirmektedir³³⁵. Bunun aksine, somut sözleşme ilişkisi kanunî vekâlet tipine yaklaştığı ölçüde vekâlet hükümlerinin tereddüde yer vermeyecek şekilde uygulanması gerekir. Mesela, ücretsiz vekâlet, muhasebecilik veya avukatlık ilişkisi gibi vekille vekâlet veren arasındaki güven ilişkisinin daha yoğun olduğu hallerde vekâlet hükümlerinin uygulanması konusunda daha katı davranılması gerekecektir. Ancak yine de her somut olayın özelliklerinin dikkate alınması, elverişsiz sonuçların önüne geçmek açısından gereklidir. Bu şekilde, işgörme sözleşmeleri gibi değişken ve çeşitlilik gösteren bir alanda, tarafların iradesi ve somut olay adaletinin sağlanması mümkün olabilir.

Kanunda düzenlenen sözleşmeler açısından ise vekâlet hükümlerinin uygulanması önemli bir özellik göstermemektedir³³⁶. Yukarıda da izah edildiği üzere

³³² Oğuzman, Barlas, N. 333-334; Dural, Sarı, N. 138.

³³³ Bkz. ileride, II, C, 2, b ve c.

³³⁴ Bkz. ileride, II, C, 2, b, Güven İlişkisi Açısından Vekâletin Değerlendirilmesi.

³³⁵ Bkz. ileride, III, L, 3, Vekâletin Her Zaman Sona Erdirilebilmesi.

³³⁶ Tercier, Bieri, Carron, N. 4320. Bu sözleşmelerde boşluk bulunması halinde, vekâlet hükümlerinin uygulanacağı yönünde, Yavuz, s. 92; Yavuz/Acar/Özen, s. 1001. Bu noktada, 818 sayılı BK'nda eser sözleşmesinde sadakat borcunun düzenlenmemesi sebebiyle, kıyasen vekâletteki sadakat borcunun esere uygulanması yönündeki görüş, BK m. 471/I hükmünde açıkça düzenlenmesi sebebiyle geçerliliğini kaybetmiştir.

vekâlet ile beraber işgörme sözleşmeleri alanında hizmet ve eser sözleşmeleri de bulunmaktadır. Özel vekâlet türlerinin kendine has hükümleri ise vekâletin genel hükümlerine göre öncelikle uygulanmalıdır. Ayrıca, kanunda vekâlet hükümlerine yollama yapılan hallerde, bu hükümlerin uygulanması 502 hükmü gereği değil, yollama yapan hüküm gereğidir. Bu takdirde ilgili hükmün amacı doğrultusunda bir uygulamadan bahsedilebilir. 502/II hükmü esas itibarıyla bu sözleşmeleri hedef almamakta, bundan dolayı da bir tarafıyla diğer işgörme sözleşmeleri vekâlet sözleşmesinin pozitif hukuktaki sınırını oluşturmaktadır³³⁷.

b. Değerlendirme

İsviçre hukukunda bağımsız işgörme sözleşmelerinin (vekâlet-eser) düzenlenme tarzı Roma hukuku temellerinin üzerinde yükselmektedir³³⁸. Bu noktada kısmen Türk hukukuna da sirayet eden esaslı birkaç problem göze çarpmaktadır.

İlk olarak, vekâletin hukukî fiiller dışında, maddî fiilleri de konu edinmesi sözleşmenin kapsamını oldukça genişletmiştir. Başlangıçta serbest meslek sahiplerinin yaptığı sözleşmeleri vekâlete dâhil etme çabasıyla ortaya çıkan İBK m. 394/II hükmü, bu hükmün ihdasından bir asırdan fazla zaman geçtikten sonra, öngörülemezlik tartışmalara ve sorunlara yol açmıştır³³⁹. İsviçre hukukunda isimsiz işgörmelerin hepsinin vekâlet olarak değerlendirilmesi, vekâleti sonlandırmaya ilişkin İBK m. 404 hükmünün emredici kabul edilmesi gibi hususlar oldukça bereketli bir tartışma ve içtihat alanının doğmasına sebep olmuştur. İsviçre öğretisinde konu oldukça hararetli

³³⁷ Bkz. aşağıda, II, C, 3, BK m. 502/II'ye ve Atipik Vekâlet Sözleşmesine Bir Sınır Olması Açısından Eser ve Vekâlet Sözleşmesi Arasındaki Sınır.

³³⁸ Schneeberger, s. 1, dn. 2 ve oradaki yazarlar. İsviçre hukukunda 1971 yılında hizmet sözleşmesine ilişkin yapılan değişikliklerden sonra iyice belirginleşen duruma göre, vekâletin kanuni düzenlemesi Roma hukukundaki asıl haline dönmüş durumdadır. Yazarın bu değerlendirilmesine katılmak pek mümkün görünmemektedir. Zira Roma hukukunda hukukî işlemleri bir başkasına yaptırmak için bugünkü temsil müessesesinin var olmaması, bugünkünden farklı bir sonuç doğuracaktır. Ayrıca o dönemin toplumundaki hayat telakkileriyle bugünküler çok farklılaşmış ve işgörme sözleşmeleri, Roma toplumunda hayal edilemeyecek düzeyde gelişmiştir. Bunlardan dolayı, Roma hukukundaki yapının, teorik düzeyde de olsa, korunmaya çalışılması kanaatimizce makul değildir.

³³⁹ İsviçre hukukunda vekâlet sözleşmesine genel işgörme sözleşmesi vasfını veren İBK m. 394/II hükmünün İsviçre doktrini tarafından Roma hukuku köklerine dönüş şeklinde yorumlayarak işgörme sözleşmeleri alanında tip sınırlılığı oluşturduğunu savunan, Gautschi, BK-OR, Art. 394, N. 56; Huguenin, N. 3224, yazar Gautschi ile aynı kanaatte olmamakla birlikte, hükmün lafzî yorumlanması halinde işgörme sözleşmeleri alanında bir *numerus clausus* oluşacağını belirtmektedir. Aynı yönde FM kararları için, BGE 106 II 157 E. 2a; 104 II 108 E. 1. Federal Mahkeme, 1983'den beri işgörme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşme yapılabileceğini de kabul etmektedir. Bkz. BGE 109 II 462 E. 3d.

tartışmalar ve ciddî eleştirilere sebep olmuştur³⁴⁰. Özellikle azil ve istifaya ilişkin İBK m. 404 hükmünün emredici kabul edilmesi, doktrini ve yargı kararlarını oldukça meşgul etmiş ve meşgul etmeye devam etmektedir³⁴¹.

Vekâletin Roma'dan beri bir güven ilişkisi üzerine inşa edilmiş olması ve ayrıca sürekli edimli sözleşmelerin sonlanmasına ilişkin hükümler barındırmaması, bu eksikliğin aksine her zaman sona erdirmeye hakkının varlığı, sözleşmenin genel işgörmeye sözleşmesi olmasıyla çelişmektedir. Bunun yanında, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin, üst sınıf işleri esas alan bir tarihi yapı üzerine inşa edilmiş olması ve bunun aynı zamanda özellikli güven ilişkisi şeklinde ifade edilmesi, vekâletin genel işgörmeye sözleşmesi olmasıyla da çelişmektedir. Günümüzde ticarî ilişkilerin gelişmesi, işgörmeye türlerinin zenginleşmesi ve birçok alanda işgörmelerin anonimleşmesiyle birlikte düşünüldüğünde genel işgörmeye sözleşmesi olarak öngörülen vekâlet, bu vasfı açısından, en azından barındırdığı hükümler itibarıyla yetersiz kalmaktadır. Bu çelişkinin 1911'de mevcut olmadığı veya bugünkü kadar önemli olmadığı savunulabilir³⁴²; ancak bugün değişen iş koşulları ve her gün yenisi eklenen çalışma/işgörmeye türleri düşünüldüğünde, İBK m. 394/II hükmü, hukukî olmayan bir ifadeyle "hastalıklı" olarak nitelendirilmektedir³⁴³.

Türk hukukunda 1926'da iktisap ettiğimiz 1911 tarihli İBK hükümleri 818 sayılı BK döneminde işgörmeye sözleşmeleri açısından fazla değişikliğe uğramadan günümüze kadar gelmiştir. Özellikle vekâletin diğer iş görme sözleşmelerine uygulanması hükmü İsviçre hukukunda olduğu ölçüde, tip sınırlılığı oluşturur şekilde değerlendirilmemiştir. Bu konuda daha ılımlı bir görüşün hâkim olduğunu söyleyebileceğimiz Türk doktrininde, isimsiz işgörmeye sözleşmesi kavramı da kabul edilmiş ve kanunda düzenlenmeyen sözleşmelere niteliklerine uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir³⁴⁴.

BK m. 502/II hükmünün tüm vekâlet hükümleri açısından emredici olmasına ilişkin tartışmada herhangi bir tereddüdü ortadan kaldırmak amacıyla, 6098 sayılı BK ile 502/II hükmüne "...niteliklerine uygun düştüğü ölçüde..." ifadesi eklenmiştir.

³⁴⁰ Bucher, 224; Fellmann, BerKom, Art. 394, N. 292; Gehrler, Giger, CHK-OR, Art. 394, N. 16; Honsell, s. 347; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 394, N. 23; Huguenin, N. 3226, ayrıca yazar bunun genel hükümlerde düzenlenen sözleşme serbestisine aykırı bir durum olduğunu savunmaktadır.

³⁴¹ Bkz. ileride III, L, 3, Vekâletin Her Zaman Sona Erdirilebilmesi ve Bunun Yazılım Bakımı Sözleşmesinde Uygulanma İmkânı.

³⁴² Bu noktada 1911'de yapılan değişikliğin en azından ilk hedefinin bugünkü isimsiz sözleşmeler olmadığını söyleyen, Peyer, s. 198.

³⁴³ Schneeberger, s. 4.

³⁴⁴ Bkz. dn. 319 ve ilişkili metin.

Böylelikle, hâkim somut olayda vasıta borcu doğuran sözleşmeyle karşılaştığı takdirde, bu sözleşmeye vekâlet hükümlerinin ne ölçüde uygulanabileceğini inceleyecektir. Bu düzenlemeyle, kanunkoyucu açık bir şekilde, vekâlet olarak nitelendirilen sözleşmeler açısından vekâlet hükümlerinin hepsinin elverişli olmadığı sonucunu kabul etmiş ve bu yönde, vekâleti tipik ve atipik olarak ayırma doğrultusunda bir tavır almış görülmektedir. Bu sebeple bir sonraki bölümde, vekâlet sözleşmesinin hukukî niteliği, özellikle BK m. 502/II hükmünün açtığı yolda incelenmeye çalışılacaktır.

2. BK m. 502/II Hükmü Işığında Vekâlet Sözleşmesinin Niteliği

Vekâlet sözleşmesinin hukukî niteliğinin ortaya konulması, salt vekâlet sözleşmesinin kanunda düzenlenen hükümlerinin izahıyla yapılamaz. Zira bu hükümlerin belirsiz yapısı ve BK m. 502/II hükmü, vekâlet sözleşmesinin niteliğini tespit etmeyi zorlaştırmaktadır. Yani kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerinin vekâlet hükümlerine tabi tutulması, bu sözleşmenin alanını oldukça genişletmiş ve tabiri caizse bir “çerçeve” sözleşme olarak sınırları tam çizilemeyen bir vekâlet kavramı ortaya çıkarmıştır. Vasıta borcu doğuran sözleşmeler için bir temel form olan vekâlet sözleşmesinin hükümleri, serbest mesleklerden hizmet sözleşmelerine, aracılık faaliyetlerinden hukukî işlemlere, ödeme hizmetlerinden vekâletsiz işgörmeye kadar geniş bir yelpazede, sürekli olarak uygulanma imkânı bulmaktadır³⁴⁵. Bütün bu hukukî ilişkilerin dışında, kanunun yaptığı yollamalar veya çeşitli sözleşmelerdeki yan edimlere vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması da sözleşmenin uygulama alanını genişletmektedir. Ayrıca, klasik vekâletin yoğun güven unsuru taşıması, buna karşın, “yeni vekâlet türlerinin” bu güven unsurunu aynı ölçüde taşıyamaları da, vekâletin hukukî niteliğinin tespitini zorlaştıran diğer bir unsurdur.

Vekâletin hukukî niteliği sorusuna cevap aranırken dikkat etmek gereken noktalardan biri, sözleşmenin Türk-İsviçre hukuklarında, Alman hukukunda ve Fransız hukukunda hukukî niteliğinin birbirinden farklı olmasıdır. Türk-İsviçre hukuklarında vekâlet, ne Alman hukukunda olduğu gibi sadece ücretsiz olarak akdedilir ne de Fransız hukukunda olduğu gibi sadece hukukî işlemlere hasredilmiştir.

³⁴⁵ Vekâlet içeriğinin bu şekilde çok geniş bir alana yayılması karşısında doktrinde çeşitli tabirler kullanılmıştır: Hofstetter, s. 2, *Sammelbecken/moule* – pota/döküm kalıbı, Werro, CoRo N. 6, *bonne à tout faire* – her işi gören hizmetçi, Werro, CoRo, N. 7, *réceptacle* – çiçeklik; Huguenin, N. 3227, *Auffangtatbestand*; Eren, borçlar özel, N. 2412, şemsiye ya da torba.

Bu hukuk düzenlerinin yaptığı sınırlamaların tersine, Türk-İsviçre hukuklarında, alabildiğine geniş ve işgörme sözleşmeleri alanında temel tip olan bir vekâlet sözleşmesi mevcuttur. Bu vekâlet sözleşmesinin, hem vasıta borcu doğuran temel sözleşme olması hem de BK m. 502/II hükmü sebebiyle alanının genişlemesinden dolayı, hukukî niteliğinin ve özelliklerinin tespiti gereklidir. Vekâlet sözleşmesinin bu belirsizlikten kurtularak biraz olsun somutlaşması ancak bu şekilde mümkün olabilir.

Bu sebeplerle bu bölümde öncelikle, vekâletin bir işgörme sözleşmesi olması ve konusunun hem hukukî hem de maddî fiilleri kapsayabilmesinden dolayı, vekâletin bir işgörme sözleşmesi olarak temel niteliği aktarılacaktır. Ardından tipik vekâleti daha iyi anlayabilmek için, güven ilişkisi bakımından vekâlet sözleşmesinin özellikleri incelenecektir. Üçüncü olarak, kanunî sistematüğün bir neticesi olarak vasıta borcu doğuran temel sözleşme olan atipik vekâletin ne olduğu anlaşılmaya çalışılacak, son olarak konuya ilişkin değerlendirmemiz aktarılacaktır.

a. Hukukî ve Maddî Fiillere Yönelik İşgörme Sözleşmesi

Vekâlet sözleşmesi, Roma hukuku ve *ius commune*deki tanımı itibarıyla, kişiye, kendi yokluğunda bir başkası ile hukukî ilişkiye girme imkânı veren sözleşmedir³⁴⁶. Bu husus günümüzde İsviçre-Türk hukuklarında vekâletin unsurlarından birini oluşturmakta; ancak tanımını vermekte yetersiz kalmaktadır. Zira hizmet sözleşmesinin, bağımlı çalışmalara özgülenmesi ve vekâletin tanımının değiştirilmesi, vekâlet sözleşmesiyle hukukî fiiller dışında, eser veya hizmet sözleşmesinde borçlanılan edimleri, yani maddî fiilleri de üstlenme imkânı vermiştir³⁴⁷. Bu açıdan vekâlet sözleşmesinin konusu her türlü işgörmeyi kapsar.

BK m. 502/I, vekâlet sözleşmesini, "...vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği" sözleşme olarak tanımlamaktadır. Bu tanımda kullanılan bir işi görmek ve işlemini yapmak ayırımı, sözleşmenin yapısındaki ikiliği yansıtması açısından önemlidir. Bu açıdan vekâlet sözleşmesiyle hem maddî hem de hukukî fiilleri yerine getirme borcu üstlenilebilir; hatta bu ikisinin bir arada olduğu bir sözleşme de akdedilebilir³⁴⁸. Bu açıdan vekâlet sözleşmesi doktrinde, hukukî fiillere ilişkin vekâlet (*Rechtshandlungsauftrag*) ve maddî fiillere ilişkin vekâlet

³⁴⁶ Domat, s. 450, *procuratio* öyle bir işlemdir ki, onunla kendiişlerini göremeyen kişi, diğerini, bu işleri görmesi için, kendisi sanki oradaymış gibi yetkili kılar. Ayrıca, Giverdon, N. 33.

³⁴⁷ Konunun tarihi gelişimi için bkz. yukarıda, I, B, İşgörme Sözleşmelerinin Tarihi Gelişimi.

³⁴⁸ Werro, CoRo, Art. 394, N.3, hem işlerin kontrolünü, hem de inşaatın devamında sözleşmeler yapmayı yükümlenen mimarın vekâleti buna örnek oluşturur.

(*Tathandlungsauftrag*) şeklinde ikiye ayrılmaktadır³⁴⁹. Hukukî fiillere ilişkin vekâlete örnek olarak avukatlık sözleşmesi³⁵⁰ verilebilir. Hekimin hastayı ameliyat etmesi³⁵¹, mimarın inşaatın gözetimini üstlenmesi, telesiyejle kişilerin taşınması³⁵² gibi işler de maddî fiillere ilişkin vekâlete örnek oluşturur³⁵³.

Vekâlet sözleşmesi, hukukî fiile veya maddî fiile ilişkin de olsa, yapma borcu doğuran bir sözleşmedir³⁵⁴. Vekil, yapmama borcunu, bu sözleşmede ancak bir yan yükümlülük olarak üstlenebilir³⁵⁵. Vekil, sözleşmede öngörülen bu yapma edimini, özen ve sadakat yükümlülüğü ile yerine getirir³⁵⁶. Yani vekilin borcu bir sonucun ortaya çıkmasını sağlamak değil, o doğrultuda çalışmak ve bu sırada kendisinden beklenen özeni göstermektir. Bununla birlikte, vekâlet sözleşmesinde bir sonuç taahhüt edil(e)mese bile, sözleşmenin bir amacı gerçekleştirmeye dönük olduğunu belirtmek gerekir. Yani vekil sözleşmede öngörülen amaca, kararlaştırılan sonuca yönelik olarak çalışmayı borçlanır; eser sözleşmesinden farklı olarak sonucun gerçekleştirilmesini taahhüt etmez³⁵⁷.

Vekâlet sözleşmesi, ücretli olabileceği gibi ücretsiz olarak da yapılabilir. Bu açıdan ücret, vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir³⁵⁸. Ücret kararlaştırılan vekâlet, sinallagmatik, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir³⁵⁹. Roma hukukundan beri vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olmasına yönelik anlayış³⁶⁰, Alman hukukunda korunmasına karşılık, bugün hukukumuzda vekâletin ücretsiz olduğu

³⁴⁹ Werro, CoRo, N. 3; Oser-Weber, BSK-OR-I, Art. 394, N. 9 vd.; Hofstetter, s. 2; Ayrıca *Tathandlungsauftrag* için Gautschi, Art. 394, N. 26-43; Tandoğan, C. II, s. 357; Yavuz, Acar, Özen, s. 1155.

³⁵⁰ Yavuz, Acar, Özen, s. 1185; Zevkliler, Gökyayla s. 605; BGE 127 III 357, müvekkili için bir sözleşme akdeden avukatın vekâleti. Buna karşın, avukatın maddî fiilleri ifa etmeyi de borçlanması mümkün ve yaygın olduğu için, burada kastedilen avukatın sadece müvekkilini temsil yetkisine sahip olduğu bir avukatlık sözleşmesidir.

³⁵¹ BGE 133 III 121 E. 3.1.

³⁵² BGE 115 II 108 E. 4a, BGE 126 III 113 E.2; Fellman, BerKom, Art. 394, N. 84.

³⁵³ Bu noktada, vekâleti bir serbest meslek sözleşmesi olarak gören yaklaşımın bazı yazarlarca hala savunulduğunu belirtmek gerekir, bkz. Honsell, s. 335. Ayrıca bkz. Uyan, s. 104 vd.

³⁵⁴ Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 394, N. 6; Yavuz, Acar, Özen, s. 1155; Tercier, Bieri, Carron, N. 4312. Vekâletin konusu ister bugünkü gibi geniş (hem hukukî hem de maddî fiillere ilişkin) ister sadece hukukî fiillere ilişkin olsun, vekâlet sözleşmesiyle üstlenilen bir yapma borcudur. Temsilden farklı olarak vekil, hukukî işlem yapmayı bir borç olarak üstlenmektedir.

³⁵⁵ Tandoğan, C. II, s. 356; Tercier, Bieri, Carron, N. 4310; Yavuz, Acar, Özen, 2014, s. 1156.

³⁵⁶ Bkz. ileride, III, E, Özen Yükümlülüğü.

³⁵⁷ Tercier, Bieri, Carron, N. 4315-4317; Yavuz, Acar, Özen, s. 1155; Zevkliler, Gökyayla, s. 600-601; Eren, borçlar özel, N. 2045.

³⁵⁸ Tandoğan, C. II, s.364 vd.; Hofstetter, s. 34; Yavuz, Acar, Özen, s. 1166; Akıncı, s. 7; Yalçınduran, s. 107.

³⁵⁹ Tercier, Bieri, Carron, N. 4306; Honsell, s. 335; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 394, N. 4 ve 16. Ayrıca, “tesadüfen iki taraflı borç doğuran akitlerden olduğu”na ilişkin, Bilge, s. 289.

³⁶⁰ Romalılar için vekâletin ücretsiz olması ancak klasik dönem Roma’nın bir tavrı olarak anlaşılabilir. Bunun için bkz. yukarıda I, B, 2, Roma.

haller istisnayı oluşturmaktadır³⁶¹. Buna karşın kanunda ilke olarak, vekâletin ücretsiz düzenlendiği unutulmamalıdır³⁶². Taraflar arasında bir ücretin kararlaştırılmadığı veya yapılan iş konusunda bir teâmülün olmadığı hallerde, sözleşmenin eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir³⁶³.

Süre açısından vekâlet sözleşmesi, sürekli edimli olabileceği gibi, ani edimli de olabilir³⁶⁴. Buna karşın, vekâlet sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğuna ilişkin görüşler ağırlık kazanmaktadır³⁶⁵. Teorik olarak vekâlet sözleşmesi sürekli edimli olarak kabul edilecek olsa bile, vekâlet hükümleri arasında, sözleşmenin sürekli edimli karakteri dikkate alınarak konulan hükümler yoktur. Aksine, sona ermeye ilişkin BK m. 512 hükmünün sürekli edimli sözleşmelerde uygulanması ciddi sorunlar ortaya çıkarmaktadır³⁶⁶.

Vekâletin görünüm biçimlerini tümüyle ortaya koymak, işlerin bugünkü çeşitliliği sebebiyle mümkün değildir. Bugün vekâlet, hukukî işlemlerden hizmet edimlerine, ödeme işlemlerinden kısa süreli maddî işlere, bağımsız serbest mesleklere kadar geniş bir yelpazedeki sözleşmelerin ortak adıdır. BK m. 502/II'nin de sonucu olan bu durum, ister istemez vekâlet sözleşmesinin kanunda düzenlenen hükümlerine dayanan bir tipik vekâlet ve kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerinden vekâlet hükümlerine tabi olanlar arasında bir ayırım yapmayı gerektirmiştir. Bu yüzden alt başlıklarda, vekâlet sözleşmesinin hukukumuzdaki temel fonksiyonu da dikkate alınarak, tipik vekâlet ve atipik vekâlet tanımlamaları ayrı ayrı incelenecektir.

³⁶¹ Bkz. dn. 571.

³⁶² BK m. 503 hükmü şu şekildedir: “sözleşme veya teamül varsa, vekil ücrete hak kazanır”.

³⁶³ Tercier, Bieri, Carron, N. 4307; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 394, N. 4; Yavuz, Acar, Özen, s. 1169; Akıncı, s. 13.

³⁶⁴ Sarı, s. 45, yazara göre bir sözleşmenin sürekli edimli olup olmadığını tespit ederken alacaklının ifaya olan menfaati esas alınmalıdır. Çok çeşitli görünümlere sahip olan vekâletin, somut olaydaki tezahürüne göre sürekli veya ani edimli olduğuna karar vermek gerekecektir. Buna karşın, alacaklının ifaya olan menfaati değerlendirildiği zaman, borcun (yani ifanın konusunun) bir işgörme, yani faaliyet yürütme olduğu dikkate alındığında, vekâlet sözleşmesi çoğu zaman sürekli edimli bir sözleşme olarak nitelendirilecektir. Buna karşın, istisnaen vekâlet sözleşmesinin tek bir işlem için yapıldığı hallerde ani edimli bir vekâlet söz konusu olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarı, s. 43 vd. Vekâletin sürekli edimli veya ani edimli olabileceğine ilişkin, Zevkliler, Gökyayla, s. 601; Yalçınduran, s. 64-65. Seliçi, s. 27, yazara göre her somut olayda vekâletin sürekli mi olduğu, yoksa ani edimli mi olduğu incelenmelidir. Buna göre, özellikle vekil bir “hizmet edimi” gördüğü takdirde, müvekkilin edim sonucuna olan menfaati de işin görülmesi sürecine yayıldığı için, sözleşmenin sürekli edimli olmasından bahsedilebilir. Aynı yönde, Feyzioğlu, s. 18.

³⁶⁵ Fellmann, BerK, Art. 394, N. 198; Hofstetter, s. 56; Sarı, s. 47.

³⁶⁶ Bkz. ileride, III, L, 3, Vekâletin Her Zaman Sona Erdirilebilmesi.

b. Güven İlişkisi Açısından Vekâletin İncelenmesi: Tipik Vekâlet

Güven ilişkisi, sözleşmede taraflar arasındaki şahsî ilişkiyi ve bunun sözleşmenin kurulması ve devamında borç ilişkisine yaptığı tesiri esas alan bir kavramdır. Bütün sözleşmelerde belirli ölçüde güven ilişkisi bulunmaktadır³⁶⁷. Her sözleşmede, sözleşmenin tarafları az ya da çok, karşı tarafa güvenmek ister ve sözleşmeler de bu güven dikkate alınarak kurulur. Bu güven ilişkisi, işgörme sözleşmelerinde daha fazla iken, bireysel ilişkinin az olduğu peşin satış gibi sözleşmelerde, işgörme sözleşmelerine oranla daha azdır³⁶⁸. Bu manada, güven ilişkisi, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin şahsen ifası, sonlanması gibi birçok hususla ilişki içerisindedir.

Güven ilişkisi, tipik vekâlet sözleşmesi açısından temel unsuru oluşturur³⁶⁹. Özellikle vekâlet verenin, vekilin şahsî veya meslekî niteliklerine güvenerek onunla sözleşme yaptığı durumlarda bu husus daha belirgin hale gelir³⁷⁰. Aracılık işlerinin hemen hepsinde ve avukat veya hekimle olan ilişkide vekâlet veren ve vekil, belirli endişelerle hareket eder. Bu hallerde, vekâlet verenin şahsî alanına giren, onun sırlarını öğrenen, ailevî meselelerine şahit olan bir vekil söz konusudur. Ayrıca vekilin çoğu zaman işinde uzman birisi olması ve müvekkilin bu nedenle ona karşı talimat verme yetkisini kullanamayacak olması da, onun hem meslekî kalitesine hem de karakterine karşı bir güveni gerektirir³⁷¹. İşte bu tür durumlarda vekâlet sözleşmesinin nitelikli, özel bir güven ilişkisi taşıdığı kabul edilir. Bu tür bir vekâlet ilişkisinde de vekilin bu güven ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükleri ortaya çıkar. Vekilin sadakat yükümlülüğü, diğer sözleşmelerde bulunmayan, vekâleti her zaman sebepsiz sona erdirmeye hakkı, vekilin işi şahsî olarak görme borcu gibi borçlar, işte bu güven ilişkisinde kaynağını bulmaktadır³⁷².

³⁶⁷ Hofstetter, s. 36; Sarı, s. 27; Uyan, s. 112.

³⁶⁸ Hizmet ve vedia sözleşmelerinde de güven ilişkisinin önemli olduğuna; ancak hiçbir sözleşmede vekâlette olduğu kadar yoğun olmadığına ilişkin Tandoğan, c. II, s. 423; Akıncı, s. 60.

³⁶⁹ Bilge, s. 247; Akıncı, s. 1-2; Yurt, s. 105.

³⁷⁰ Hofstetter, s. 37; aynı yönde hekimlik ve avukatlığa ilişkin olarak Zevkliler, Gökyayla, s. 600-601.

³⁷¹ Sarı, s. 29-30; Aldemir Toprak, s. 7. Ayrıca vekâletin sonuçlarının vekâlet verenin hukukî alanında ve malvarlığında doğacak olması da bu güveni zorunlu kılan başka bir unsurdur, Sarı, s. 32; Yarg. HGK, 11.10.2006, 13-610 E, 639 K: "...Vekâlet ilişkisinin kurulmuş olması, karşılıklı güven unsurunun vekâlet sözleşmesinin kurulması aşamasında her iki taraf yönünden mevcut olmasıyla mümkündür ve bunun o aşamada varlığının göstergesidir..."

³⁷² Karş. vekâletin sona ermesine ilişkin kuralların güven ilişkisinden kaynaklandığına dair, dn. 726. Ayrıca, Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 394, N. 3; Hofstetter, s. 37; Akıncı, s. 60. Bu noktada vekilin sadakat borcu ile güven ilişkisi iç içe geçmektedir. Benzer şekilde, vekâletteki güven unsurunun sadakat yükümlülüğünü ön plana çıkardığına ilişkin, Zevkliler, Gökyayla, s.618. Farklı düşüncede, Werro, N.

Vekâlet sözleşmesindeki bu güven ilişkisinin yoğunluğunu dikkate alan kanun koyucu, bu manada vekâletin kanunî tipinin içerisine, güven ilişkisini ayrılmaz bir şekilde yerleştirmiştir. Vekil, bu çerçevede, işlerini kendisi gören, sadakat borcuyla yükümlü ve bunun tamamlayıcısı olan hesap verme gibi borçları taşıyan, sözleşmeyi her zaman sonlandırabilecek ve karşı tarafın da sözleşmeyi her zaman sonlandırabileceği bir hukukî ilişki içerisinde. Yani bu belirsiz kanunî vekâlet tipine karakterini veren en önemli husus, güven ilişkisidir.

Bu bağlamda, özellikle güven ilişkisi taşıyan vekâlet tipine uygunluk veya bundan ayrılmayı ifade eden tipik-atipik vekâlet kavramlarına değinmek gerekir. Tipik sözleşme kavramı, “kesin olmayan kategori” oluşturan akit tiplerinden kaynaklanmaktadır³⁷³. Kanunda soyut olarak sözleşme tipleri belirlenmiş ve bu tipleri, diğerlerinden ayıracak vasıfları gösteren sabit unsurlar belirlenmiştir³⁷⁴. Somut olayda bir sözleşmenin, kanundaki soyut sözleşme tipi kapsamında nitelendirilmesi de, bu sabit unsurları taşıması halinde mümkündür. Kanunî tipin unsurlarının tamamını taşıyan sözleşme tipik sözleşme olarak nitelendirilir. Kanun, satış veya kira gibi bazı sözleşmelerde, bu ayırt edici unsurları daha belirgin bir şekilde vermişken, işgörme sözleşmelerinde ise bu tanım diğer sözleşmeler kadar açık değildir³⁷⁵.

Kanunda düzenlenen bu tipten, ekleme veya çıkarma yoluyla farklılaşma halinde, bir atipiklikten bahsedilir³⁷⁶. Yani kanunda belirlenen tiplerden az ya da çok uzaklaşan sözleşme, başka bir sözleşme, *sui generis* veya karma sözleşme olarak nitelendirilmemekte ve atipik olarak, ilgili sözleşmenin kapsamında değerlendirilmektedir. Vekâlet sözleşmesinde de bu husus yeni tip işgörmeler alanında kendisini göstermiştir. Kanunî tiplere (eser-vekâlet) bağlı işgörme sözleşmelerinin kabul edildiği hukuk sistemimizde, vekâlet sözleşmesinin tipik unsuru olan güven

146, yazar avukatlık gibi kimi vekâlet sözleşmelerinde bu güven ilişkisinin sadakat borcuna değil, özen borcuna bağlı olduğunu savunmaktadır. Bu görüşün detayları için bkz. ileride, III, F, Sadakat Yükümlülüğü bölümünde, dn. 648.

³⁷³ Kuntalp, s. 89.

³⁷⁴ Larenz, Canaris s. 122. Yazarlar, Alman hukukunda, özen borcuyla görülen işler için uygulanan hizmet sözleşmesinden söz ederken, bunu Türk hukuku açısından vekâlet olarak anlamak gereklidir. Gerçekten bir tip olarak vekâlet sözleşmesi oldukça muğlaktır. Vekil, Türk-İsviçre hukuku açısından soyut bir kişidir. Mimar, hekim veya öğretmen vekil olabilir. Bu açıdan sözleşmedeki soyutluktan kaynaklanan bu belirsizliği, somut olayın koşullarına göre verilen mahkeme kararları gidermektedir. Aynı yönde, Rijabe, s. 10.

³⁷⁵ Larenz, Canaris, s. 122. Yazarlar, eser ve hizmet (Türk hukukunda vekâlet) sözleşmesini, ayrıca adi ortaklığı, BGB uyarınca belirsiz tanımlı sözleşmeler olarak zikretmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu “tip”lerin muğlaklığı, işgörme sözleşmelerinin hukukî niteliğini tespit ederken, eser-vekâlet arasında tereddüt etmenin sebeplerinden birisidir.

³⁷⁶ Kuntalp, s. 12 ve s. 89; Aral, Ayrancı, s. 79, dn. 1’den, “...atipik sözleşmeler, esas itibariyle, kanunla düzenlenmiş sözleşme kategorisine dâhil edilmekle beraber, kanunla düzenlenen ana modele tekabül etmeyen özellikler ihtiva eder”.

ilişkisinden herhangi bir sapma veya ayrılma, sözleşmeyi başka bir sözleşme yapmaz; ancak atipik olarak vekâlet sözleşmesinin kapsamına dâhil eder.

Tipik vekâlet sözleşmesi, yoğun güven ilişkisi içeren ve şahsılık karakteri taşıyan vekâlet sözleşmesidir³⁷⁷. Kanunda vekâletin esaslı unsurları da bu güven ilişkisi üzerine inşa edilmiştir. Vekil işi kural olarak bizzat ifa etmelidir (BK m. 506). Vekilin hesap verme borcu, bu bağlamda kendisini gösterir (BK m. 508)³⁷⁸. Hepsinden önemlisi, taraflardan birinin ölümü, iflası veya temyiz kudretini yitirmesi halinde vekâletin kendiliğinden sona ermesi (BK m. 513) ve vekâletin her zaman sona erdirilebilmesine ilişkin düzenlemelerin (BK m. 512) hepsinin kökeni de bu güven ilişkisidir. Bu manada vekâlette güven ilişkisi tipin zorunlu unsurunu oluşturmaktadır³⁷⁹. Vekâlet, işte bu kanunî “tip” ölçüsünde güven ilişkisi barındırır.

Vekâletteki güven ilişkisinin, tipin içine yerleştirilmesinin uygulamadaki somut neticesi, vekâletin sona ermesine ilişkin hükümler gibi, şahsılık ve güven ilişkisini esas alarak konulan hükümlerle alakalıdır. Bu hükümlerin, ticarileşen, kişisellikten uzaklaşan, bağımsız kişiler tarafından görülen “yeni tip” vekâlet sözleşmelerine de uygulanması, uygun olmayan ve adaletsiz sonuçlar doğurma kabiliyetine sahiptir. Dolayısıyla, vekâlet sözleşmesi kapsamında ikili bir ayırıma giderek tipik vekâleti atipik vekâletten ayırmak bir zorunluluk halini almıştır.

c. Borçlunun Vasıta Borcu Üstlendiği İşgörme Sözleşmesi: Atipik Vekâlet

Vasıta borcu kavramı, işgörme sözleşmelerinde, borçlunun fiillerinin bir sonuca yöneldiği; ancak bu sonucu gerçekleştirmek için alacaklıya bir garanti vermediği durumda kullanılır. Bu açıdan, hukukumuzda vekâlet sözleşmesinin tipik unsurlarından biri olarak değerlendirilmekte ve onu eser sözleşmesinden ayırmaya

³⁷⁷ Frick, s. 63, yazar bu unsurlara ücretsizliği de eklemektedir. Gauch, Art. 404, s. 15; Fellmann, BerKom, Art. 404, N. 115; Sarı, s. 103, yazar tipik-atipik ayrımının güven ilişkisinden hareketle ortaya çıktığını söylemektedir. Tipik vekâlet yerine “adi vekâlet” kavramını kullanan, Yalçınduran, s. 43, yazar burada açıkça adi vekâlet ve *sui generis* sözleşmeleri birbirinden ayırırken azil ve istifa hakkından hareket etmektedir.

³⁷⁸ YHGK, 10.10.2019, 2017/628 E, 2019/1052 K. (Legalbank): “...vekâlet sözleşmesinin en önemli unsurları arasında; vekilin talimata uygun hareket etme borcu, özen borcu ve hesap verme borcu gelmektedir”

³⁷⁹ Sadakat borçlarının (*les obligations fiduciaires*) tipin zorunlu unsuru olduğuna ilişkin, Werro, N. 145. Yazar vekâlet sözleşmesi açısından doktrindeki genel değerlendirmelerden ayrılarak sadakat borçları şeklinde bir kategori oluşturmaktadır. BK m. 512’nin karşılığı olan İBK m. 404’ü de dâhil ederek bu sadakat borçlarının sadece klasik vekâlet tipine uyan sözleşmelere uygulanacağını belirtmektedir.

yarayan sonuç borcu kavramının bir nevi karşıtı olarak kullanılmaktadır³⁸⁰. Bu bağlamda vekâlet sözleşmesinde sonuca yönelik faaliyet gösterme borcu veya gayret etme borcu sözleşmenin konusunu oluşturur ve vekâleti, eser sözleşmesinden ayıran temel unsurdur. Bunun aksine eser sözleşmesinde işgörmeye borçlusu olan yüklenici, sözleşme uyarınca taahhüt ettiği sonucu ortaya çıkarmakla mükelleftir.

Borçlar Kanununda düzenlenen tipik vekâletin ağır basan karakteri bir üst başlıkta anlatılan güven unsurudur. Vekâlet sözleşmesi vekilin vasıta borcu ile işleri yürütmeyi sözleşme olsa da, bu husus güven unsurunun gölgesinde kalmaktadır. İşte bu güven unsuruyla, vekâlet sözleşmesinin kanundaki konumu, yani vasıta borcu doğuran Borçlar Kanunundaki temel sözleşme olma vasfı bir arada bulunduğu için, doktrinde tipik vekâletle atipik vekâlet arasında ayırım yapılmıştır. Vekâletteki tipik güven ilişkisinin bulunmadığı sözleşmeler atipik vekâlet olarak nitelendirilirken, tipik vekâlet unsurlarını ve yoğun güven ilişkisini taşıyan sözleşmeler tipik vekâlet olarak isimlendirilmektedir. Tipik vekâletle atipik vekâlet arasında yapılan bu ayırımla, tabiri caizse, iki ayrı vekâlet formu oluşturulmaktadır.

Doktrinde, tipik ve atipik vekâlet arasındaki bu ayırmadan hareket eden, vekâleti güven ve şahsılık unsurlarının ağır bastığı “tipik” vekâletten daha geniş kapsamda değerlendiren eğilime göre, vekâlet sözleşmesi sonuç taahhüdünde bulunmadan, bağımsız bir şekilde hizmet sunmayı hedefleyen bir sözleşmedir ve bu vekâlet türü atipik vekâlet olarak tanımlanmaktadır³⁸¹.

Atipik vekâleti kabul eden diğer görüşe göre, vekâlette güven ilişkisi, temsil vekâletlerinde ve serbest mesleklerin bir kısmında baskındır. Özellikle yeni tür işgörmelerde vekâlet, çoğu zaman sinallagmatik, kişiselikten sıyrılmış ve ticarileşmiştir. Yani güven ilişkisi açısından bir kademelendirme söz konusudur³⁸². Bu yüzden güven ilişkisi, eskisi gibi vekâletin tabiatını tek başına belirleyen bir unsur değildir. Vekâletin çeşitli görünümünde güven ilişkisi yoğunluk arz ederken, diğerlerinde daha az bir öneme sahip olabilir. Bu iki görüş dışında vekâletin, her

³⁸⁰ Bu bağlamda vekâlet sözleşmesinin vasıta borcu doğurmasının, vekâlet hükümleri arasında düzenlenen bir husus olmadığı; bunun, kanunun sistematüğinden anlaşıldığına ilişkin, Tandoğan, c. II, s. 363-364; Yavuz, Acar, Özen, s. 1164. Bunun dışında, özellikle avukatlık sözleşmesi açısından sonucun garanti edilmesine dair tartışma için bkz. Yalçınduran, s. 41-43.

³⁸¹ Werro, CoRo, Art. 394, N. 12, dn. 22; Werro, mandat, N. 146 vd.; Schneeberger, 259 vd.; Hofstetter, s. 38; Fellmann, BerKom, N. 127; Gehrler, Giger, CHK-OR, Art. 394, N. 2; Frick, s. 63. Ayrıca yazar, dn. 306’da Federal Mahkemenin tipik ve atipik vekâlet tanımlamalarını hem vekâlet hem de diğer sözleşmelerde, belirliliği ortadan kaldırdığı için kabul etmediğini belirtmektedir. Ayrıca, Aral, Ayrancı, s. 560; Tercier, Bieri, Carron, N. 4287 ve 4313.

³⁸² Engel, s. 437, yazar her ne kadar vekâletin karakteristiği açısından “klasik” görüşe yakın olsa da güven ilişkisi açısından bir kademelendirme olduğunu kabul etmektedir.

halükarda yoğun güven ilişkisi oluşturduğunu savunan görüş de varlığını sürdürmektedir³⁸³.

Bazı vekâlet türleri için yoğun güven ilişkisinin hala geçerli olduğunu, avukatlık veya hekimlik sözleşmesinde bu sıkı güven ilişkisinin önemini koruduğu da inkâr edilemez bir durumdur³⁸⁴. Kanunda düzenlenen hükümleri aracılığıyla da özel güven ilişkisine dayanan vekâlet tipine ait bu hükümlerin, hekimlik veya avukatlık sözleşmesine ya da aracılık işlerine ilişkin vekâlet sözleşmelerine, özellikle hukukî işlem yapma yetkisinin verildiği hallerde uygulanmasında herhangi bir beis bulunmamaktadır. Aksine, bu tür işlerde, taraflar arasında, gerçekten de yoğun ve özel bir güven ilişkisi bulunmaktadır. Hasta, hekimin her türlü özelliğini dikkate alarak onunla sözleşme yapar. Meslekî becerisi dışında, karakter özellikleri ve ahlakı, bu ilişki açısından oldukça önemlidir. Aynı şekilde müvekkil, avukatın hem insaniyetine, hem ahlakına ve hem de hukukî ve hayata dair bilgilerine güven duymak ister. Kişi, bir arkadaşı veya tanıdığına, kendisine ait malvarlığı değerleri üzerinde işlem yapma yetkisini vekâlet sözleşmesi kapsamında verirken, onun şahsına karşı duyduğu güven, bu işlemin temelindeki saiki oluşturur. Bu hallerin hepsinde, taraflar arasında diğer bir sözleşmeden daha yoğun bir güven ilişkisi bulunduğu izahtan varestedir. Bu açıdan bu sözleşmelerde, vekâlet hükümlerinin uygulanması noktasında tereddüt edilmemeli, özellikle vekâletin her zaman tek taraflı olarak sona erdirilmesine ilişkin düzenlemenin uygulanması makul görülmelidir.

Tipik vekâlet türlerinin varlığını sürdürmesine karşın, günümüzde güven ilişkisinin kanunî vekâlet tipinde öngörülenden daha az olduğu oldukça fazla sözleşme ilişkisi mevcuttur. Kendi hesabına hareket ederek profesyonel mesleğini ifa eden vekille müvekkil arasındaki güven ilişkisinin, aracı vekillerden daha az olduğu tartışmaya açık bir mesele değildir. Modern ekonomik anlayış doğrultusunda hareket eden vekil, geleneksel vekâlet anlayışının dışında, bir çeşit “standartlaşmış” iş görme sözleşmesi akdetmektedir. Özellikle işlerin gittikçe ticarileştiği alanlarda bu husus daha belirgin hale gelmektedir. Bundan dolayı, vekâletin yoğun güven ilişkisi oluşturan tipinin yanında, bir de atipik vekâlet sözleşmesinin varlığı kaçınılmazdır.

³⁸³ Engel, 478; Leuenberger, 23-24 ve 42; Weber, Oser, BSK-OR-I, Art. 394, N.3. Ayrıca, BGE 104 II 108, E. 4, karara konu olan olayda bir bakım sözleşmesi vardır ve İBK m. 394/II uyarınca vekâlet olarak kabul edilmiştir. Bundan dolayı, sözleşmenin diğer özellikleri incelenmeden, güven ilişkisi zikredilerek her zaman sonlandırma hakkını düzenleyen İBK m. 404 hükmü uygulanmıştır.

³⁸⁴ Werro, CoRo, Art. 394, N. 12; Uyan, s. 112, yazar güven ilişkisinin yalnızca bu iki sözleşmede bu ölçüde yoğun olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, Tercier, Bieri, Carron, N. 4313. Özellikle salt aracılık işlerine yönelik yapılan vekâlet sözleşmelerinde bu özelliğin korunduğunu kabul eden, Sarı, s. 35.

Kanaatimizce işgörme sözleşmelerinin ulaştığı durum karşısında atipik vekâlet kavramının kabul edilmesi günümüz açısından kaçınılmazdır. Borçlar Kanununun bağımsız işgörme sözleşmelerindeki mevcut düzeni dikkate alındığında bu bir mecburiyet olarak kendisini gösterir. Ayrıca ve hepsinden önemlisi, 6098 sayılı Kanun, BK m. 502/II hükmüyle atipik vekâletlerden yana bir tavır aldığı için “niteliklerine uygun düştükleri ölçüde” ifadesini eklemiştir. Bu hükmün mevcudiyeti bu açıdan atipik vekâlet anlayışının Türk hukukunda kabul edildiğini göstermektedir.

Atipik vekâletin kabulünden beklenen fayda kanaatimizce açıktır. İşgörme sözleşmelerinde borçlu, sonucu taahhüt etmediği takdirde, yani bir vasıta borcu üstlendiği takdirde, ilk akla gelen sözleşme, kanundaki konumu gereği vekâlet sözleşmesidir. Buna karşın, değişen iş koşulları ve sözleşmesel tiplerin farklılaşması, yani birçok yeni işgörme sözleşmesinin ortaya çıkmasıyla, vekâlet sözleşmesinin hükümleri bu tür işgörme sözleşmelerine uygulanırken, ciddi sorunlar ve tartışmalar oluşmaktadır³⁸⁵. İşte bu noktada, güven ilişkisi üzerine inşa edilen sözleşmenin, bu güven ilişkisinden kaynaklanan hükümlerini, “yeni tür”, atipik işgörme sözleşmelerine uygulamamak amacıyla, atipik vekâlet kavramına ihtiyaç vardır. Bu sorunu gören kanun koyucu, BK m. 502/II hükmünde vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen sözleşmelere uygulanmasında, ilgili sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama kriteri getirmiştir. Kanaatimizce bu değişiklik, buraya kadar anlatılan atipik vekâlet kavramının yasallaştırılmasıdır. Böylece, atipik vekâletin, zımnen, yasadaki kaynağı BK m. 502/II hükmünde bulunmaktadır.

Atipik vekâlet sözleşmesi, BK m. 502/II’nin bir sonucu olmakla beraber, bu sözleşmenin unsurları kanunda yeteri kadar tanımlanmadığı için, “isimli” bir sözleşme olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu açıdan, atipik vekâlet sözleşmesi, her ne kadar adı vekâlet olsa da, bir isimsiz sözleşme, *sui generis* sözleşme olarak görülmek zorundadır³⁸⁶. Bu açıdan, hukukumuzda atipik vekâlet sözleşmesi ile kendine özgü yapısı olan işgörme sözleşmeleri arasındaki sınırın belirsizleştiğini söylemek gerekir.

Tipik vekâleti güven ilişkisinin yoğunluğuna göre belirlediğimiz için, bu güven ilişkisinin azaldığı sözleşmeler, vekâlet hükümlerinden veya vekâletin talimat, her zaman sona erdirilebilmesi gibi hususlardan bağımsız olarak atipik olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, vekâlet verenin talimat vermesi veya vekâletin her

³⁸⁵ Bkz. ileride III. Bölüm, Vekâlet Hükümleriyle Birlikte Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Değerlendirilmesi.

³⁸⁶ Atipik vekâletlerin *sui generis* sözleşme olarak görülmesine ilişkin, Leuenberger, s. 43; Gümüş, borçlar özel, s. 198; Uyan, s. 125; Yalçınduran, s. 43. Benzer bir şekilde saf fikrî eseri, bir *sui generis* sözleşme sayan Gauch, Werkvertrag, N. 321.

zaman sonlandırılabilmesi gibi hususlar, tipik vekâletin özellikleri olsa da, sözleşmenin unsurları olarak değerlendirilmemelidir. Bunun yerine, bu hükümlerin uygulanması için geçerli bir sebebin, yani yoğun güven ilişkisinin varlığı araştırılmalıdır. Eğer sözleşmede bu tür bir güven ihtiyacı varsa, somut sözleşme ilişkisinin niteliğine göre vekâlet hükümleri uygulanmalıdır. BK m. 502/II'nin bugünkü haliyle böyle bir tartışmaya ihtiyaç kalmadan, vekâlet sözleşmesi hükümleri diğer sözleşmelere niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanmaktadır. O halde, bir sözleşme tipik vekâletin unsurlarını, yani yoğun güven ilişkisini taşımadığı takdirde, herhangi bir başka kritere ihtiyaç duyulmadan, vekâlet hükümleri bu sözleşmeye niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. O halde, atipik vekâlet ve *sui generis* işgörme sözleşmesi arasında da herhangi bir sınır kalmamaktadır³⁸⁷.

Buna karşın, BK m. 502/II hükmü, vekâlet hükümlerinin uygulanmasını, söz konusu sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde öngörse de, vekâlet hükümlerinin uygulanma kabiliyetini araştırmak, hukukçu açısından bir zorunluluk olarak varlığını sürdürmektedir³⁸⁸. Bunun için vekâlet hükümlerinin atipik vekâlet veya kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanmasına ilişkin inceleme, çalışmamızın III. Bölümünde ayrıntılı bir şekilde yapılacaktır.

d. Değerlendirme: Vekâletin Sınırlarının Belirsizliği, Tanım Güçlüğü ve Atipik Vekâletin Bir İsimsiz İşgörme Sözleşmesi Olarak Kabulü

Mantıkî olarak bir tanım, sınırlama yapmayı gerektirir. Yapılan tanım aracılığıyla, anlam “içe” doğru, tanımın unsurlarına hapsedilir. İyi bir tanımdan da, anlatmaya çalıştığı hususu tam olarak, bütün unsurlarıyla ifade edebilmesi beklenir. Bu şekilde bir tanım Türkçe’de “efrâdın câmi, ağyârın manî” şeklinde nitelendirilmektedir³⁸⁹.

Vekâlet sözleşmesi konusunda bu şekilde bir tanım yapmak üç sebepten ötürü mümkün değildir. Birincisi, vekâletin, tabiri caizse, iki ayrı sözleşmeyi bünyesinde

³⁸⁷ Bu bağlamda ulaştığımız sonuç, bir önceki bölümde, dn. 376 ve ilişkili metinde tanımını yaptığımız “atipik” kavramından farklı bir noktaya ulaşmaktadır. Kanunun vekâlet hükümlerine verdiği yer ve BK m. 502/II hükmünü bir arada değerlendirdiğimizde ulaştığımız sonuç bu bakımdan yukarıda yapılan atipik sözleşme tanımının dışına taşmayı zorunlu kılmaktadır.

³⁸⁸ Bkz. yukarıda dn. 332 ve ilişkili metin.

³⁸⁹ TDK güncel sözlük:, “ne eksik ne fazla, eksiği artığı olmayan” anlamında kullanılan bir söz. (<https://sozluk.gov.tr/>)

barındırıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Çalışmanın tarihî gelişme bölümünde aktarıldığı üzere, vekâlet sözleşmesi ve hükümleri, aslen Roma hukukundan gelmekte ve sözleşmenin esasen salt aracılık işlerine ve arkadaşlık işlerine yönelen bir yapısı bulunmaktadır. Sözleşmenin hukukî niteliğini incelerken de aktarmaya çalıştığımız üzere, sözleşmeye karakterini veren bu hükümler şahsılık üzerine kurulu, yoğun güven ilişkisine göre tasarlanmıştır. Buna karşın, Borçlar Kanununun sistematüğinde bu sözleşmenin vasıta borcu doğuran işler için “genel” sözleşme halini alması, ikili bir yapıyı da beraberinde getirmiştir. Bu doğrultuda, tipik ve atipik vekâlet kavramlarını kabul etmek ve ister istemez, güven ilişkisi açısından değerlendirme yaparak vekâleti tipik ve atipik olarak nitelendirmek bir zorunluluk olmaktadır.

İkinci sebep, Borçlar Kanununun sistematüğinde vekâlete verilen yerle ilgilidir. Bu sözleşme, “kanunî karşıtı” olan eser sözleşmesi ile ayırım yapılmadan anlaşılamayacaktır. Bağımsız işgörme sözleşmeleri arasında kanunumuz eser ve vekâlet ayırımını kabul etmiştir. Aslında vekâlet sözleşmesinin tanımında yer alan faaliyet yürütmek borcu, karşıtı olarak değerlendirilen eser sözleşmesindeki eserin imali ve teslimi, yani bir sonucun ortaya çıkarılması ile anlam bulmaktadır. Yoksa eserin imal edilmesinde de borçlunun bir faaliyet yürüttüğü aşikârdır. Bu yüzden, tanım yapmaya çalışırken veya vekâleti anlamaya çalışırken, eser sözleşmesini ve bunun alanını tespit etmek bir mecburiyettir. Buna karşın, özellikle fikrî eserin kabulüyle, bu sözleşmeler arasındaki sınır iyice belirsizleşmektedir.

Bütün bunlarla beraber, işgörme sözleşmelerinin, birer kanunî tip olma özelliklerinin zayıf olması da tanım yapmayı zorlaştırmaktadır. Vekâletin belirsizliği yanında, eser sözleşmesi, esas itibarıyla üretim ve bu üretim sonucu olan eserin teslimine yönelik bir sözleşme halinde iken daha çok bir “tip” görünümüne sahipti. Buna karşın, fikrî eserin kabulü ve doktrinin, “vekâletten kaçış³⁹⁰” modasına uyarak işgörmeleri daha çok eser sözleşmesi olarak sayması, eser sözleşmesini de belirsiz bir hale getirmiştir. Bu noktada, borçlunun sorumluluğu artırılmak istendiği ve daha çok, vekâlet hükümlerinden ve özellikle de BK m. 512’den (İBK m. 404, 818 sayılı BK m. 396) kaçmak isteği, eser sözleşmesi veya eser benzeri sözleşmeler alanını oluşturmuştur.

³⁹⁰ “*Flucht aus dem Auftragsrecht*” Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 404, N. 10; Erdem, s. 956.

3. BK m. 502/II'ye ve Atipik Vekâlet Sözleşmesine Bir Sınır Olması Açısından Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri

Bir işgörme sözleşmesi olan vekâleti diğer işgörme sözleşmelerinden ayırma konusunda başvuru iki temel kıstas bulunmaktadır. Bunlardan ilki sözleşmede karakteristik edim borçlusu olan tarafın (vekâlette vekil) üstlendiği edimi yerine getirirken alacaklıya/iş sahibine bağımlı olup olmadığıdır. İkinci temel kıstas ise, işgörenin üstlendiği edimi yerine getirirken, sözleşmede bir sonucu garanti edip etmediği veya edemediğidir. Yani karakteristik edim borçlusu, sözleşmede belirlenen edimin tesadüf veya risk unsurları içermesinden dolayı edim sonucunu taahhüt edemeyebilir veya taahhüt edilebilir bir edim olsa bile, taraflar sözleşmede bunu tercih edemeyebilir. Bu ikinci kıstas vekâlet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayırmaya yarar.

İşgörme sözleşmeleri alanında bağımlı işgörme sözleşmesi hizmet sözleşmesi iken, bağımsız işgörmeleri eser ve vekâlettir. Bağımsız işgörme sözleşmelerinden eser, sonuç borcu üstlenilen sözleşme, vekâletse faaliyet borcu üstlenilen bir sözleşme olarak kanundaki yerini almıştır.

Kanunun sistematığının bu şekilde oluşması ve kanunda düzenlenmeyen tüm sözleşmeleri vekâlet hükümlerine tabi tutmaya yönelik Gautschi'nin görüşü ve bunu kabul eden Federal Mahkeme kararları karşısında³⁹¹, vekâlete ve vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulamasına bir sınır koyma girişimi, yine kanunda düzenlenen eser sözleşmesi aracılığıyla olmuştur. BK m. 502/II (İBK m. 394/II-818 sayılı BK m. 386/II) hükmünün kapsamını daraltan bir yaklaşım ise fikrî eserin kabulüyle ortaya çıkmıştır. Eser sözleşmesinin, maddî, elle tutulur bir sonucun ortaya çıkmadığı sözleşmelerde de akdedilebileceğini savunan ve bu şekilde BK m. 502/II'nin ve vekâlet sözleşmesinin uygulama alanını daraltan bir kavram olan fikrî eser de çalışmanın konusu açısından önemli görülmektedir.

Tüm bu sebeplerle, bu bölümde üzerinde en fazla durulacak olan husus, eser ve vekâlet sözleşmelerinin arasındaki sınırın belirlenmesi olacaktır. Çalışmanın konusu olan vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanması açısından en kritik tartışmalar bu noktada toplanmaktadır. Ayrıca, bu noktadan yola çıkarak, yeni tür işgörme sözleşmelerinin kanunî tipler olan vekâlet ve eser sözleşmesi karşısında nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin sonuçlara ulaşılabilecektir.

³⁹¹ Bkz. yukarıda, II, C, 1, a, iii, İşgörme Sözleşmelerinde *numerus clausus* Görüşü.

Kanunda düzenlenmeyen bir işgörme sözleşmesi olan yazılım bakımı sözleşmesi açısından vekâlet ve eser sözleşmeleri arasındaki sınır ayrı bir öneme sahiptir. Yazılım bakımı sözleşmelerine hangi hükümlerin uygulanacağı tartışmasında, bir sonraki bölümde gösterileceği üzere, sözleşmenin kanunda düzenlenen birden fazla sözleşmeye ait hükümler barındırması ve bu yüzden karma sözleşme olarak nitelendirilmesi de vekâlet ve eser sözleşmesi arasındaki sınırı belirlememiz açısından önemlidir. Özellikle sözleşmenin eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla hangi hükümlerin uygulanacağını belirlerken de eser ve vekâlet sözleşmelerinin sınırı ve bunun pratik sonuçları önem kazanmaktadır. Dolayısıyla Borçlar Kanunundaki eser ve vekâlet ikilisinin bağımsız işgörme sözleşmeleri açısından oluşturduğu durum, ayrıntılı bir şekilde incelenmelidir.

a. Genel Olarak

Vekâlet ve eser sözleşmeleri arasındaki ayrım ve bu iki sözleşmenin birbirine yaklaşan alanı, çalışmamızın hareket noktası olan BK m. 502/II hükmünün yasal sınırını oluşturur. Hükmün ifadesinden de anlaşılacağı üzere, vekâlet hükümleri kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanacağı için, vekâlet olmayan bağımsız işgörme sözleşmeleri eser sözleşmesi olmaktadır. Buradan hareketle, BK m. 502/II hükmünün uygulama alanını daraltan eser sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesine karşı sınırının ne olduğunun ve bu konudaki eğilimin tespiti gerekmektedir.

Türk-İsviçre hukuklarında vekâlet ve eser sözleşmesindeki ayrım, Alman hukukundaki bağımsız hizmet ve eser sözleşmesindeki ayrımla benzer bir şekilde kurgulanmıştır³⁹². Bu sebeple, özellikle eser ve hizmet sözleşmelerinin birbirinden ayrılmasına ilişkin Alman hukukundaki görüşler, hukukumuz açısından oldukça önemlidir. Bu sebeple Alman hukukunda yapılan eser ve çalışma (*Werk-Wirken*) ayrımı, bu bölümün altında ilk olarak incelenecek husustur.

Türk-İsviçre doktrininde eser ve vekâlet sözleşmelerinden doğan borçların hukukî niteliğinin sonuç ve vasıta (özen) borçları olarak nitelendirilmesi sebebiyle, bu kavramların nasıl ortaya çıktığını da incelemek gereklidir. Fransız hukukunda sorumluluk hukukuna ilişkin tartışmalardan doğan bu kavramların Türk-İsviçre

³⁹² Alman hukukunda eser ve hizmet sözleşmeleri arasındaki ayrımın nasıl yapıldığına ilişkin bkz. Fikentscher, s. 531, yazar burada Alman hukukunda birbirine yakın edimlerin eser ve hizmet sözleşmelerine nasıl dönüştüğünü bir tablo yardımıyla açıklamaktadır. Ayrıca bkz. Bkz. yukarıda, I, C, 2, a, Hizmet Sözleşmesi.

hukukunda vekâlet ve eser sözleşmelerinin birbirinden ayrılması da bu kapsamda yer alır.

Eser sözleşmesinin alanını genişleterek bu sözleşmenin kapsamına fikrî çalışma ürünlerini de almaya hizmet eden fikrî eser görüşünün kabulü de BK m. 502/II'nin alanına doğrudan etki etmektedir. Bu yüzden, fikrî eser sözleşmesinin ne olduğu da bu bölümde incelenecek konulardan birisidir.

Bu anlatılan üç hususun ardından, Türk hukukunda eser ve vekâlet sözleşmeleri açısından sınırın nasıl çizildiği değerlendirilecektir. Bu bağlamda, risk/riziko kavramları incelenecek ve ardından, bu bölümün son başlığında, bu iki sözleşmenin ayrılabilirdiği ve ayrılamadığı alanlara ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

b. Alman Hukukunun *Werk-Wirken* (Eser-Çalışma) Ayırımı

Alman hukukunda, BGB'nin yürürlüğünden önce, işgörme sözleşmeleri içerisinde yapılan ayırmalardan biri, edimin niteliğine göre şekillenmektedir. Bu ayırımı göre işgörmeler, faaliyet sözleşmeleri ve sonuç sözleşmeleri olarak ayrılmaktadır. Bu ayırımın kökeni pandektist hukukçu Windscheid'a kadar gitmektedir³⁹³. Windscheid, işgörme sözleşmelerini anlatırken, Roma hukukundan gelen *locatio conductionum* Almanca karşılığı olarak *Miethe* kavramını kullanmaktadır. Ona göre *Miethe*, yani *locatio conductio*, *Sachmiethe* (eşya kirası – *locatio conductio rei*) ve *Dienstmiethe* (hizmet kirası – *locatio conductio operarum*) olarak ikiye ayrılır³⁹⁴. İşgörme borçlusunun, bir sonucu gerçekleştirmek için çalışmayı üstlendiği sözleşme hizmet kirasıdır (*Dienstmiethe*). Bu sözleşmede borçlunun sorumluluğu sadece kasıttan değil, aynı zamanda özensizlikten kaynaklanır³⁹⁵. *Dienstmiethe*'nin özellikli bir hali, sözleşmenin salt çalışmaya değil, bu çalışma sonucunda elde edilecek “sonuca” yöneldiği sözleşmelerdir. Yazar, oduncunun odunları kesmesi, duvar ustasının duvar örmesi gibi örnekler verdiği bu sözleşmeyi *Werkverdingung* veya sadece *Verdingung* olarak da isimlendirmektedir.

Alman medeni hukukunda işgörme sözleşmeleri, Windscheid'ın yaptığı bu ayırımı yakın bir şekilde kurgulanmış ve eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi

³⁹³ Windscheid, s. 112,

³⁹⁴ Windscheid, s. 120.

³⁹⁵ Windscheid, s. 113.

BGB’de bağımsız işgörmeler için öngörülen tipler olmuştur³⁹⁶. Eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki sınırı ifade etmek için kullanılan Gierke’nin veciz ifadesi ise meşhur olmuştur³⁹⁷: “*Der Dienstverpflichtete schuldet ein Wirken, aber kein Werk*”³⁹⁸.

İsviçre ve Türk hukuklarında, tek işgörme sözleşmesi üzerinde inşa edilen Fransız hukukunun aksine, Alman hukukunda olduğu gibi ikili bir yapı öngörülmüştür. Her iki sistemde de eser sözleşmesi sonuç ortaya koyma sözleşmesi iken, Alman hukukundan farklı olarak, hukukumuzda faaliyet görme sözleşmesi hizmet değil, vekâlet sözleşmesi olarak düzenlenmiştir.

Alman hukukunun yaptığı bu teorik faaliyet-sonuç ayırımından hareket edilerek eser ve vekâlet sözleşmelerinin birbirinden ayrılması mümkündür. Buna göre, her iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak için borçlunun yükümlülüğünden yararlanılmaktadır³⁹⁹. Eser sözleşmesinde borçlunun yükümlülüğü, edim sonucu olan eserde yoğunlaşır. Eser, somut ve objektif olarak tespit edilebilir olmalı, ortaya çıkan sonucun da başlangıçtaki eser vaadi ile uyumlu olduğu onaylanabilmelidir. Dolayısıyla, eserin somut olarak ortaya çıkması gerekmektedir. Buna karşın, işgörme borçlusu, bir faaliyeti özenle yürütmeyi borçlandığı takdirde ise vekâlet sözleşmesinden bahsedilecektir. Bu halde, sonucun nasıl ortaya çıkacağı önemli olmayacak; ancak borçlunun sözleşmeden beklenen faydayı sağlamak için, özenli bir şekilde çalışması beklenecektir⁴⁰⁰.

Eser ve faaliyet ayırımı, BK’nin vekâlet ve eser sözleşmelerini birbirinden ayırmak için temel teşkil eden ayırımdır. Kanundaki tipler olan eser ve vekâlet sözleşmeleri, bir sonraki başlıkta ele alınacak olan sonuç ve vasıta borcu ayırımı henüz kurgulanmadan önce, bu faaliyet ve sonuç ayırımı üzerine inşa edilmiştir. Buna karşın, bu ayırım işlevselliğini, işgörme sözleşmelerinin çeşitlenmesi üzerine fikrî eser kavramının kabulüyle kısmen kaybetmiştir⁴⁰¹.

³⁹⁶ Rümelin, s. 7, ikinci bölüm, *Tätigkeit und Erfolg* (faaliyet ve sonuç) başlığını taşımaktadır. Ayrıca eser sözleşmesinde karşı edim olarak bir “sonuç” borçlanıldığına ilişkin, Lotmar, s. 270. Alman hukukundaki işgörme sözleşmelerine ilişkin olarak bkz. yukarıda I, C, 2.

³⁹⁷ Rijabe, s. 14.

³⁹⁸ von Gierke, s. 591-592: “Hizmet borçlusu, bir eseri değil, bir çalışmayı borçlanır.”

³⁹⁹ Bunun hukukumuzda hâkim olan telakkiye ilham vermesi açısından, Sarı, s. 10: “vekâlette bir edim fiili, eserde ise bir edim sonucu üstlenilmektedir.” Benzer şekilde, Zindel, Schott, BSK-OR-I, vor Art. 363-379, N. 8.

⁴⁰⁰ Karş. dn. 380 ve ilişkili metin.

⁴⁰¹ Bu bölümde, II, C, 3, d, BK m. 502/II Hükmünün Alanını Daraltan Bir Kavram Olarak Fikrî Eser.

c. Fransız Hukukunun *obligation de moyens-obligation de résultat* (Vasıta ve Sonuç Borcu) Ayırımı ve Bu Ayırımın İsviçre-Türk Hukukuna Etkisi

Fransız hukuku kaynaklı *obligation de moyens*⁴⁰² (vasıta borcu) ve bunun karşısında yer alan *obligation de résultat* (sonuç borcu) kavramları, ilk defa Fransız hukukçu Demogue tarafından kullanılmış ve esas amacı itibariyle sorumluluk hukukunda ispat yüküne ilişkin olarak üretilmiştir⁴⁰³. Buna göre sorumluluk, borçlunun kusurlu varsayılmasından hareketle ortaya çıkıyorsa bir sonuç sorumluluğu vardır⁴⁰⁴. Yani borçlu, sorumluluktan ancak kusurlu olmadığını ispat ederek kurtulabilir. Bu açıdan sonuç sorumluluğu ispat yüküne ilişkin bir kural koyar. Yani sonuç sorumluluğu hallerinde, ispat yükü sonuç sorumluluğunu üstlenen borçlunun üzerinde kalmaktadır. Sonucun neredeyse kesin olarak kestirilebilir olduğu, meselâ mimarlık gibi sözleşmeler, sonuç sorumluluğunun doğal örneğini oluşturur⁴⁰⁵. Yangında kül olan bir evin kiracısı da, kiraya verene karşı sonuç sorumluluğu ile yükümlüdür. Hayvan bulunduranın sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu gibi “risk” (sebe) sorumluluğu hallerinde de zımnî bir sonuç sorumluluğu vardır. Ayrıca sonuç borcunda borcun ifa edilmemesi halinde, ancak mücbir sebebin ispatıyla sorumluluktan kurtulmak mümkün olmaktadır⁴⁰⁶.

Sonuç sorumluluğun olmadığı hallerde bir vasıta sorumluluğu söz konusu olur. Yangında evi kül olan kiracının örneğinde, evden yayılan ateşten zarar gören komşuya karşı kiracı sadece bir özen (*prudence*) sorumluluğu üstlenir. Yine avukatın davayı kazanmayı garanti edemeyeceği, doktorun hastayı iyileştirmeyi garanti edemeyeceği

⁴⁰² *Obligation de moyens* kavramının karşılığı olarak hukukumuzda özen borcu sıklıkla kullanılmakla birlikte, çalışmamızda kavramın Türkçesini bu şekilde kullanmak tercih edilmemiştir. Fransızca *moyens* kavramı daha çok aracılık, vasıta etmeye işaret ettiği için vasıta borcu şeklindeki ifade daha doğru görülmüştür. Ayrıca, özen borcu şeklindeki ifade, borçlunun özen yükümlülüğüyle karıştırılması bakımından da doğru değildir. Zira sonuç borcu üstlenilen eser sözleşmesinde de yüklenicinin özen borcu mevcuttur.

⁴⁰³ Demogue, T. V, N. 1237. Yazar, eserinin özel hukukta sorumluluk meselesini ele aldığı bölümünde, haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmesel sorumluluk arasında esaslı bir fark olmadığını izah ederken, ispat yüküne ilişkin bir tartışma başlatmaktadır. Buradan hareketle, her iki sorumluluk türünde de ispat yükü açısından fark olmadığını; ancak borçların niteliğinin farklı olduğunu iddia etmektedir. Ona göre kusursuz sorumluluk (sebe sorumluluğu) halleriyle sözleşmesel sorumluluk hallerinin büyük kısmı sonuç borcu doğururken bunların dışında kalan borçlar vasıta borcu doğurmaktadır. Bu açıdan kusursuz sorumluluk halleriyle sözleşmesel sorumluluk halleri arasında, yazara göre bir fark bulunmamaktadır. Ayrıca yazar (s. 538, dn. 4), vasıta borcu ve sonuç borcu ayırımının ceza hukukundaki fikrî suçlar-maddî suçlar (*délits formels-délits matériels*) ayırımıyla analogi kurularak üretildiğini belirtmektedir. “Fikrî suçlar, sadece fiilin işlenmesi ile tamamlanırken, maddî suçlar ancak sonuçları neticesinde ortaya çıkar.”

⁴⁰⁴ Demogue, T. V, N. 1237, s. 542.

⁴⁰⁵ Demogue, T. V, N. 1237, s. 544.

⁴⁰⁶ Demogue, T. VI, N. 599’da da meseleyi mücbir sebepte ispat yükü bağlamında ele almaktadır.

açıktır. Bu hallerde de bir vasıta borcu söz konusu olur. Yine bir bankanın müşterilerine kiraladığı kasalardan kaynaklanan sorumluluğunda, banka gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Yani burada ispat faaliyeti onun özenli bir şekilde davranıp davranmadığına yönelmektedir⁴⁰⁷.

Demogue tarafından üretilen bu kavramsal yapı, Fransız doktrini tarafından kabul görmüş⁴⁰⁸ ve Fransız hukukunda CC’de düzenlenen tek bağımsız işgörme sözleşmesi olan “*louage d’ouvrage*” (eser sözleşmesi) kapsamında kullanılmıştır. Fransız hukukunda işgörme sözleşmelerinden vekâlet, sadece hukukî işlemlere özgülenmiş olduğu ve bu alanda özen-sonuç kavramlarına bağlı sözleşmesel tipler olmadığı için, eser sözleşmesi içerisinde borçlunun sonuç veya özen borcuna ilişkin ayırım yapılmaktadır⁴⁰⁹. Yani, Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi, eser sözleşmesinde bir sonucun ortaya çıkması ve bunun karşısında vekâlet sözleşmesinde bir faaliyetin üstlenilmesi yerine, borçlunun *louage d’ouvrage* (eser sözleşmesi) kapsamında sorumluluğunun sonuç ve vasıta borcu olarak belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Bu yüzden sonuç ve vasıta kavramları Fransız hukukunda sözleşmelerdeki tipi belirleyen bir unsur değil; eser sözleşmesi kapsamında borçlunun sorumluluğunu belirleyen bir ölçüttür. Bu yüzden Alman hukukundaki ve Fransız hukukundaki sonuç kavramlarının farklı olduğu kabul edilmektedir⁴¹⁰.

Vasıta ve sonuç borcunun ayrılmasında kullanılan *aléa* (tesadüf/risk) unsuru Fransız hukuku kaynaklıdır⁴¹¹. Bir iş işgörmenin ifası, borçlu için hiçbir tesadüfe (*aléa*) yer vermiyorsa, sonuç borcu vardır. Aksine, borcun ifası, borçlunun tüm özen ve dikkatine rağmen tesadüflere bağlıysa (*aléatoire*), vasıta borcundan bahsedilir. Sonuç borcu, eğer CC m. 1792’de düzenlenen ayıba ilişkin hususlarda olduğu gibi, bir

⁴⁰⁷ Demogue, T. VI, N. 599-600.

⁴⁰⁸ Pache, s. 12 ve dn. 8’de sayılan yazarlar. Bunlar arasında konunun ateşli savunucusu olduğu ifade edilen Mazeaud’yu saymak gerekir. Mazeaud, H. ve L. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, Paris, Sirey, 1947, s. 108 vd. Yine borçların bu şekilde tasnifine karşı çıkan “muhafazakâr” yazarlar için, Pache, s. 12, dn. 9, bunlar arasında Mazeaud ile tartışmaları ünlü olan Esmein’i da ayrıca zikretmekte fayda vardır: Esmein, P. *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle*, Rev. Trim. 1933, s.627.

⁴⁰⁹ Malaurie, Aynès, Gautier, N. 740, ayrıca her somut sözleşme ilişkisinde, borçları konularına göre ayırarak, sonuç ve vasıta borcunun tespiti gerekir. Le Calonnec, s. 188. ⁴¹⁰ Pache, s. 13. Yazar, mevzuu sorumluluk kapsamında değerlendirip, Fransız hukukundaki kusur kavramının İsviçre’deki kusurdan farklı olduğunu, bu yüzden Fransız hukukundaki vasıta ve sonuç sorumluluğu kavramlarının İsviçre hukukunda kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Aynı yönde, Derendinger, N. 91. Aksi yönde, Werro, la distinction, N. 3 vd.

⁴¹⁰ Pache, s. 13. Yazar, mevzuu sorumluluk kapsamında değerlendirip, Fransız hukukundaki kusur kavramının İsviçre’deki kusurdan farklı olduğunu, bu yüzden Fransız hukukundaki vasıta ve sonuç sorumluluğu kavramlarının İsviçre hukukunda kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Aynı yönde, Derendinger, N. 91. Aksi yönde, Werro, la distinction, N. 3 vd.

⁴¹¹ Sonuç borcu ve vasıta borcu kavramlarını birbirinden ayırmak için, *aléa* (risk) unsurunu ilk defa kullanan, Tunc, s. 449. LeTourneau, s. 62 ve 63.

garanti sorumluluğu düzeyine ulaşmıyorsa, sadece ispat yüküne ilişkindir⁴¹². Bu noktada, “*aléa*” unsuru ispat yükü üzerinden düşünüldüğünde, kavramın neden sonuç ve vasıta borcu için üretildiği daha iyi anlaşılacaktır. Edim sonucu tesadüfe bağlı ise, bu sonucun yerine getirilmemesindeki kusuru ispat yükü borçluya değil, onun kusurlu olduğunu iddia edene yüklenmektedir. Aksi ihtimalde, yani sonuç herhangi bir tesadüf veya riske bağlı olmadan yerine getirilebilir bir karakterde ise, borcunu kusuru olmadan yerine getirilemediğini ispat etmesi gereken borçludur.

Özetle vasıta veya özen borcu ve sonuç ve garanti borcu kavramları, ortaya çıktığı alan itibarıyla Fransız hukukundaki sorumluluk meselesine ilişkin kavramlarıdır. Bu doğrultuda, sonuç sorumluluğu, aslında borcun iyi bir şekilde ifa edildiğini alacaklının ispat etmekle yükümlü olduğunu ifade eder⁴¹³. Sonuç borcunun nitelikli hali ise garanti sorumluluğudur ve bu durumda, edim sonucu gerçekleşmediği takdirde, borçlu borcu iyi bir şekilde ifa ettiğini hiçbir şekilde ispat edemeyecektir⁴¹⁴. Vasıta borcu ise, borcun gereği gibi ifa edildiğini ispat yükünün borçlunun üzerinde olduğu halde söz konusu olacaktır.

d. BK m. 502/II Hükmünün Alanını Daraltan Bir Kavram Olarak Fikrî Eser (*Geistwerkvertrag*)

Hukukumuzda eser ve vekâlet sözleşmelerinin birbirinden ayrılmasına ilişkin esaslar, Alman hukukuna paralel bir şekilde belirlenmiştir. Bu doğrultuda, eser sözleşmesinde vaadedilen unsurun, elle tutulur ve maddî bir eser olduğuna ilişkin bir kabul mevcuttur. Yüklenici, sözleşme uyarınca vaad ettiği eseri, teslim etmek zorundadır. Bu husus, onun borcunun bir teslim borcu olmasının yanında, işgörme sonucunun da elle tutulur bir sonucunun olmasını gerektirmektedir. Gerçekten de eser sözleşmesinde yüklenici, sözleşmede borçlandığı şeyi imal etmeyi ve bu imal ettiği şeyi de teslim etmeyi borçlanır.

Eser sözleşmesinin bu şekilde kurgulanmasına karşın, BGB 631/II hükmü, iş sözleşmesi veya bir hizmet sözleşmesiyle üstlenilen edimlerin de eser sözleşmesine

⁴¹² Werro, la distinction, N. 21. Bu bağlamda, Werro, (la distinction, N. 10), garanti borcunu, bir güçlendirilmiş sonuç borcu olarak görmektedir.

⁴¹³ Werro, mandat, N. 79, bu açıdan satış, kira veya ödünç sözleşmesinde sonuç borcu mevcuttur.

⁴¹⁴ Werro, mandat, N. 82; Gümüş, özen, s. 54 vd. Yazar burada kurtuluş kanıtı getirilebilir sorumluluk hallerini de özen borcu kapsamında saymayı teklif etmektedir. Zira bu sorumluluk türlerinde, sadece ispat yükü belirli hususlara özgülenmiştir. Bunun dışında diğer kategoriye mutlak sebep sorumluluğu halleri oluşturacaktır.

konu olabileceğini açıkça düzenlemiştir. Bu husus, Alman ve İsviçre-Türk hukuklarında fikrî eser (*Geistwerkvertrag*) olarak isimlendirilmiş ve bu ayırımı kabul eden Alman hukuku ve Türk-İsviçre hukukundaki görüşlere göre, eser sözleşmesinin konusunun fikrî çalışma ürünleri de olabileceği kabul edilmiştir⁴¹⁵. Bu şekilde, Türk-İsviçre hukukunda, inşaat yapmak, heykeltıraşlık, eşya taşıması gibi işlerin yanında, şarkı söylemek, bir metin yazmak, ders vermek gibi önceden vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilen sözleşmeler eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

Fikrî eser sözleşmesinin kabûlüne ilişkin, doktrinde birkaç farklı eğilim göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki fikrî eseri tamamıyla reddeden görüştür⁴¹⁶. Buna göre, bir eser sözleşmesinden bahsedebilmek için muhakkak somut, elle tutulur bir eser ortaya konulmalıdır. Somut olarak bir eserin taahhüt edilemediği hallerde, sözleşme eser sözleşmesi olamaz ve bu tür bir borç ancak vekâlet sözleşmesiyle üstlenilebilir.

Fikrî esere ilişkin doktrindeki ikinci görüş, fikrî eseri kısmen kabul etmektedir. Bu görüşe göre her türlü faaliyet, ister maddî sonucu olsun, ister olmasın, eser sözleşmesiyle üstlenilebilir; ancak fikrî eserin objektif olarak vaad edilebilir olması ve bir şekilde görünür hale gelmesi, somutlaşması gerekir⁴¹⁷. Bu noktada önemli olan husus, sözleşmede borçlanılan edimin objektif olarak belirlenebilir olmasıdır⁴¹⁸. Meselâ şarkı söyleyen sanatçının ses kaydının bir diskte kaydedilmesi veya sözlü verilen uzman mütalaasının yazılı metne geçirilmesi buna örnek teşkil eder⁴¹⁹. Şarkı söylemek veya mütalaa vermek, bu hallerde somutlaşabildiği için eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir. Bu görüşün eleştirisi ise optik, akustik, elektronik gibi alanlarda yaşanan gelişmelerin somutlaşmaya ilişkin fizikî algıda oluşturduğu yenilikten kaynaklanmaktadır⁴²⁰.

⁴¹⁵ Fikrî eseri kabul eden farklı görüşler için bkz. dn. 416, 417.

⁴¹⁶ Gautschi, Art. 363-379, N.4; Peyer, s. 33.

⁴¹⁷ Gauch, Werkvertrag, N. 43; von Büren, s. 143-144; Jäggi, s. 69, s. 303; Tandoğan, c. II, s. 19; Olgaç, s. 2; Dayınlı, s. 7; Zevkliler, Gökyayla, s. 466.

⁴¹⁸ Bu noktada, vekâleti eser sözleşmesinden ayırmak için kullanılan tesadüf kriteri, fikrî eserin kabulünü de gerektirir. Aksi takdirde tesadüf kriteri ile sözleşmelerin hukukî niteliğinin tespiti arasında uyumsuzluk ortaya çıkabilecektir. Yani işin sonucu, borçlunun faaliyeti dışında başka bir hususa bağlı olmadığında bir eser sözleşmesinin varlığı kabul edilecekse, bir önşart olarak fikrî eser kabul edilmelidir.

⁴¹⁹ Gauch, Werkvertrag, N. 45; Zevkliler, Gökyayla, s. 466.

⁴²⁰ Zindel, Schott, BSK-OR-I, vor Art. 363-379, N. 5; Zevkliler, Gökyayla, s. 466. Çalışmamızda ele aldığımız yazılım bakımı sözleşmesi açısından bu tartışmanın özel bir önemi vardır. Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının hata düzeltme edimi, doktrinde bir fikrî eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir (Bkz. yukarıda II, B, 5, a, i). Bunun sebebi, yazılımcının hata düzeltme edimini gerçekleştirirken yazdığı kodların somut olarak, elle tutulur biçimde görülememesidir. Kanaatimizce, her ne kadar yazılım bakımı sözleşmesinin eser sözleşmesi ağırlıklı bir sözleşme olarak görülmesine karşı olsak da, fikrî eseri kabul eden görüşler açısından aranan somutlaşma şartını, dijital alanda yazılım karşılamaktadır. Hatta bunun için, fikrî eser tanımının kullanılmasına bile gerek yoktur. Zira yazılımı oluşturan kodlar dijital alanda yazılmakta, bir başka mühendis tarafından denetlenmekte

Bir diğer görüş ise, eserin objektif olarak taahhüt edildiği takdirde, somutlaşmasına ihtiyacı olmadığını savunmakta ve bu bağlamda her edimin eser sözleşmesi kapsamına girebileceğini savunmaktadır⁴²¹. Bu görüşün kabulü halinde, saf fikrî eserler de eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Mesela, bir önceki paragrafta örnek verilen şarkı söylemek⁴²² ve mütalaa vermek edimleri, bir kayda veya yazıya geçirilmelerine ihtiyaç olmadan eser sözleşmesi kapsamında üstlenilebilecektir. Bu şekilde hiçbir şekilde somutlaşmayan hizmet edimleri de, objektif olarak taahhüdü mümkün olduğu takdirde eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir.

Bu görüşlerin dışında doktrinde bir başka görüş, fikrî çalışmaların hukukî niteliğinin somut olayın şartlarına göre yapılacak bir değerlendirmeye belirlenmesini de savunmaktadır⁴²³. Bu görüşe göre her olaya özgü olarak fikrî eserin varlığının tespit edilmesi gereklidir.

İsviçre Federal Mahkemesi, fikrî eserin kabulü veya reddi noktasında, zaman içinde farklı görüşleri kabul etmiştir⁴²⁴. Vekâlet sözleşmesine ilişkin içtihatlarında olduğu gibi gelgitlerden sonra, İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay⁴²⁵ fikrî eser

(Bkz. yukarıda II, B, 5, a, ii) ve doğrudan hata düzeltme işleri, bu kodlar üzerinden yapılmaktadır. Ayrıca kodlar parça veya bütün olarak hukukî işlemlere konu olabilmekte ve bu kodlar kalitelerine göre sınıflandırılmaktadır. Dolayısıyla, somut olarak görünen, müşahhas bir “şey”in üzerinde yapılabilen hemen her tasarruf yazılım üzerinde de gerçekleştirilebilmektedir. Bundan dolayı, yazılımın bir somut eser, belki “dijital eser” olarak kabulü kanaatimizce mümkün sayılmalıdır.

⁴²¹ Zimmermann, s. 2; Eren, borçlar özel, N. 2020 ve 2022; Şenocak, s. 17; Öz, dönme, s. 7; Kurşat, s. 149-150. Saf fikrî eser sözleşmelerini isimsiz sözleşme olarak gören, Gauch, Werkvertrag, N. 46 ve 321. Ayrıca bu sözleşmelerin eser sayılmamasına ilişkin, Tandoğan, c. II, s. 5; Jäggi, s. 302, N. 3; sonucun gerçekleşmesi tek başına bir değer taşıyorsa, bu bir fikrî istisna değil, başka bir sözleşmedir.

⁴²² Yarg. HGK., 23.2.1968 T., 12 E., 76 K., “Dava taraflar arasındaki mukaveleye dayanmaktadır. Bu mukaveleye nazaran davalı, davacının işlettiği gazonoda şarkı söylemeyi taahhüt etmiştir. Bir ses san’atkarının san’atını icra için yaptığı akit istisna akdinden ibarettir. San’atkar, eser meydana getiren bir kimsedir. Eser meydana getirmek istisna akdinin konusunu teşkil eder”. in Tandoğan, c. II, s. 17-18.

⁴²³ Bucher, s. 201; Hatemi, s. 352-353.

⁴²⁴ 818 sayılı BK döneminde ve 1911 tarihli İBK’nun yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde, eser sözleşmesinde eserin maddî bir sonucu olması ve bu doğrultuda teslim edilebilir bir ürün olması gerektiği kabul ediliyordu. Daha sonra, bir mimarın yapı planı çizmesi gibi, bir işgörmenin sonucunu oluşturmak ve maddî bir varlıkta sonuçları görünmek şartıyla fikrî çalışmaların da eser sözleşmesi kapsamına girebileceği düşünülmüştür, bkz. BGE 64 II 12. Federal Mahkeme özellikle Gautschi’nin etkisinde kaldığı dönemde, fikrî işlerin hepsini vekâlet sayma yoluna gitmiştir. BGE 98 II 311, (maddî görünürlüğe sahip fikrî çalışmanın ürünleri eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaz). Son olarak, doktrinde yapılan eleştirilerden sonra, (bkz. Gauch, Werkvertrag, N.38) BGE 109 II 37 E. 3b’de yüksek mahkeme bu tavrından vazgeçerek, tekrar fikrî eseri kabul etmiştir. BGE 127 III 328, (bu karara ilişkin olarak bkz. Gauch, Zurück zum Geistwerkvertrag, s. 132 vd); mimarın proje hazırlamasının eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi için BGE 114 II 53. Tartışmanın ve bu konudaki Federal Mahkeme kararlarının daha kapsamlı incelemesi için bkz. Gauch, Werkvertrag, N. 33 vd.

⁴²⁵ YHGK, 20.5.1966, 161 E., 165 K.; YHGK 18.11.2009, 2009/15-459 E., 2009/541 K. (Kazancı - İtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD, 31.5.1988, 1987/3682 E., 1988/2136 K. (Kazancı - İtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD, 5.12.2012, 2012/6827 E., 2012/7647 K. (Kazancı - İtihat Bilgi Bankası).

kavramının kabulünü artık kabul etmektedir. Bu açıdan hem Türk hem de İsviçre hukuklarında, maddî bir sonuca dökülebilen zihnî ve fikrî çalışmalar da eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir⁴²⁶.

Elle tutulabilir bir maddî sonucu olmayan sözleşmelerin de eser sözleşmesine konu edilmesine imkân sağlayan fikrî eser görüşünün kabulüyle, vekâlet ve eser sözleşmesi arasında bir ayırım yapmak için kullanılan “elle tutulabilir/somut/müşahhas sonuç” ayırımı terk edilmektedir⁴²⁷. Böylelikle bir borç türü ayırımı olarak⁴²⁸ vasıta ve sonuç borcu kavramları, sözleşme tiplerini belirleyen esas nokta olarak belirginleşmektedir. Bu tür bir kabul, vekâlet-eser ayırımı, bir üst başlıkta incelenen vasıta-sonuç ayırımıyla özdeş hale gelmektedir. Yani eser sözleşmesiyle sonuç borcu kavramı, vekâlet sözleşmesiyle de vasıta borcu kavramı bütünleşmektedir. Bu durumda her iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak için kullanılan kriter, risk/riziko (*aléa*) unsuru olmaktadır⁴²⁹. Yani sözleşmede belirlenen edim sonucu, borçlunun faaliyeti dışındaki unsurlara bağlı olduğu takdirde vekâlet sözleşmesi, tersi ihtimalinde de eser sözleşmesinden bahsedilecektir.

Konuyu daha somut olarak ifade etmek amacıyla, çeşitli örnekler vermek yerinde olacaktır. Mesela eser sözleşmesinin en tipik örneği olarak gösterilebilecek bir inşaat sözleşmesinde, borçlunun sorumluluğunun azaltılması veya onun sonuçtan sorumlu olmadığına kararlaştırılması, sözleşmenin vekâlet olarak kabulüne neden olabilecektir⁴³⁰. Binayı, sorumluluğu azaltılarak inşa eden müteahhit, bu durumda yüklenici değil, vekil sıfatını kazanmaktadır. Böylelikle eser ve vekâlet sözleşmeleri

⁴²⁶ Gauch, Werkvertrag, N. 33; Werro, mandat, N. 86; açıkça tartışmaya girmeden fikrî işleri vekâlet sayan Chaix, CoRo, Art. 363, N. 46; Paket, s. 13.

⁴²⁷ Tarihî-sosyolojik sebeplerle, maddî ve kesin sonucu olan sözleşmelerin eser olarak düzenlendiğine; ancak bu ayırımın günümüzde önemini kalmadığına ilişkin, Engel, s. 438.

⁴²⁸ Werro, mandat, N. 213 ve dn. 250, yazar mantıklı olarak *intensité*, yani yoğunluğun çeşitli işgörmelerde farklı olduğunu, yani zorunlu olarak vasıta ve sonuç olarak ikiye ayrılan yapma borçlarının farklı yoğunluklarda, şiddette bu unsurları taşıdığını söylemektedir. Bu şekilde özel hukuk borçları (*obligation civile*) açısından ikili bir yapı oluşmaktadır: Bir borç ya sonuç borcudur, değilse muhakkak özen borcu olmalıdır. Bundan dolayı Werro, yapma borcu alanında, eser ve vekâlet dışında sözleşme olmadığını savunmaktadır. Werro, mandat, N. 211 vd.nda ise iki şeyi birbirinden ayırmaktadır: *Genre/Begriff*-tür ve *type-tip*. Yazara göre tür, sözleşmenin konusuyla ilgilendir, yani vasıta borcu ve sonuç borcu olarak nitelendirdiğimiz hususlar borcun türüne ilişkindir. Bu çerçevede sözleşmede üstlenilebilecek borçlar açısından, zorunlu bir mantıkî sınırlama söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla yazar, *typenzwang* olarak ifade ettiği bir tip sınırlılığının olmadığını söylemektedir. Yani vekâlet başlığı altında farklı tipte sözleşmeler mümkün olabileceği gibi, taraflar, irade serbestisi sınırları içerisinde, vasıta borcu üstlenilebilen başka tür sözleşmeler de oluşturabilir. Sonuç olarak Werro için özen ve sonuç borcu kavramları borcun türü kapsamında değerlendirilmelidir. Tüm bunlardan hareketle yazar, Federal Mahkemenin *sui generis* işgörmeye sözleşmesi olamayacağına ilişkin içtihadında da bu noktada haklılık payı bulunmaktadır (Werro, N. 216). Yani Federal Mahkeme, Werro’ya göre borç türü ve sözleşme tipi farkını iyi yapamadığı için *sui generis* işgörmeye sözleşmesini kabul etmemiştir.

⁴²⁹ Bkz. bir altta, II, C, 3, e, İsviçre-Türk Hukuklarında Mevcut Durum.

⁴³⁰ Bkz. bu bölümde, II, C, 3, f, (2), Taraf İradelerinin Sözleşmenin Niteliğine Etkisi.

arasındaki ayırım iyice zorlaşmaktadır. Sözleşmede herhangi bir şeyin üretimini borçlanan bir kimse vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olabilmekte; hizmet edimi ifa eden bir kimse de (kanunen yasaklanmadıysa) eser sözleşmesi hükümlerine tabi olabilmektedir. Bu açıdan fikrî eser kabul edildiği takdirde, vekâlet sözleşmesine konu olan birçok iş, eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.

İnşaat yapan müteahhidin vekil olarak nitelendirilebilmesinin aksine, doğrudan bir hizmet edimi borçlanan bir kişi de, sonucun taahhüdünün mümkün olduğu hallerde, taraf iradelerinin tezahürüne göre, bir eser sözleşmesiyle borcu yükümlenebilecektir. Bu ihtimalde bir avukatın çekişmesiz yargı işi yürütmesi veya bir devlet kurumuna bir belgeyi teslim etmesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Yine, bir heykeltıraşın veya gravür sanatçısının bu sanat işlerine ilişkin yaptıkları sözleşmeler eser sözleşmesine konu olabilecektir.

e. İsviçre-Türk Hukuklarında Mevcut Durum – *aléa* (tesadüf/risk) **Unsuru: Sonucun Gerçekleşmesinin İşgörme Dışında Başka Unsurlara Bağlı Olması**

Buraya kadar olan bölümde aktarıldığı üzere, bir sözleşme ilişkisinde borçlu, belirli bir sonucu yerine getirmeyi taahhüt ettiği takdirde sonuç borcundan bahsedilir. İşgörme sözleşmeleri alanında bu durum, borçlunun çalışmasıyla ulaşacağı sonucu ifade eder ve eser sözleşmesinin konusunu oluşturur⁴³¹. Yüklenicinin borcu bu noktada sadece bir yapma borcu değil, aynı zamanda bir verme borcudur; çünkü o ürettiği eserin teslimini de borçlanır⁴³².

Borçlunun bir sonucu taahhüt etmediği; ancak sözleşmede belirlenen sonuca ulaşmak amacıyla bir faaliyet veya bir gayret taahhüdünde bulunduğu durumda bir vasıta borcundan bahsedilir. Yine işgörme sözleşmeleri alanında bu borç vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Vekil “*Wirken*”, yani çalışmakla, bu çalışmada özen göstermekle yükümlüdür; ancak “*Werk*”, yani eserden veya sonuçtan sorumlu değildir. Bundan dolayı, vekilin borcu, bir belirlenmemiş özen borcu olarak adlandırılır⁴³³.

⁴³¹ Werro, CoRo, Art. 394, N. 6; Gauch, Werkvertrag, N. 21; Zevkliler, Gökyayla, s. 462 ve 468; Kurşat, s. 147. Karş. dn. 416 ve 417.

⁴³² Tandoğan, c. II, s. 124-125; Engel, s.438; Dayınlarlı, s. 26; Aral, Ayrancı, s. 442; Eren, borçlar özel, N. 2006; Zevkliler, Gökyayla, s. 467; Aydoğdu, Kahveci, s. 441.

⁴³³ Werro, mandat, N. 90; Oser, Weber, Art. 394, N.3.

Bir sözleşmeden vasıta borcu mu yoksa sonuç borcu mu doğduğu, yani hukukumuz açısından sözleşmenin vekâlet sözleşmesi mi yoksa eser mi olduğunu tespit etmek için gerekli olan kriter, öncelikle tarafların iradesi, dolayısıyla sözleşmedir⁴³⁴. Ancak böyle bir iradenin tespiti mümkün olmadığı takdirde, yapma borçlarında sonucun gerçekleşme ihtimali tesadüf (*aléa*) kriterine göre belirlenmektedir⁴³⁵. Eğer edim sonucunun gerçekleşmesi, borçlunun hareketleri dışında ciddi bir tesadüf içeriyorsa, vekâletin varlığından bahsetmek gerekir. Aksi takdirde, yani edim sonucunun borçlunun hareketleri dışında başka unsurlara bağlı olmadığı, büyük oranda borçlunun hareketleriyle gerçekleştirilebildiği durumlarda sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabulü gerekir.

İşin gerçekleşmeme rizikosunu işgörenin değil, iş sahibinin üstlendiği sözleşme vekâlet sözleşmesidir. Bu açıdan edim sonucunun gerçekleşmesine ait riskin kime ait olduğuna bakarak sözleşmeyi eser veya vekâlet olarak nitelendirmek gerekecektir. Risk işgörenin üzerindeyse bir vekâletten bahsedilirken, iş sahibinin üzerinde olduğu takdirde eser sözleşmesi söz konusudur. Bu noktada, eser sözleşmesinde borçlu, edim sonucunun gerçekleşmemesi riskini üzerine alır ve sonuç gerçekleşmediği takdirde, bu gerçekleşmeme durumundan sorumlu olmayı üstlenir. Yani sözleşmedeki sonucu taahhüt eder.

Hukukumuzda, esasında sorumluluk alanına dâhil olan ve sorumluluk hukukundan türeyen, Fransız hukukunun vasıta ve sonuç kavramları üzerinden, işgörme sözleşmelerinin konuları ve dolayısıyla bu alandaki sözleşmelerin tipleri belirlenmektedir. Bu çerçevede, vasıta ve sonuç (garanti) kavramları, borçlunun ifayı gerçekleştirirken göstermesi gereken davranışın hukukî/kanunî ölçeği, ayrıcalığı haline gelmiştir. Vasıta borcu yüklenilen sözleşmeler vekâlet, sonuç borcu yüklenilen sözleşmeler ise eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁴³⁶. Bu durum, kaynağını Alman pandektizminden alan ayırımın, Fransız hukukunun ispat yükünü belirlemek

⁴³⁴ Werro, CoRo, Art. 394, N. 8; Öz, s. 8; Kurşat, s. 145.

⁴³⁵ Tandoğan, c. II, s. 356; Aral, Ayrancı, s. 531; Werro, la distinction, N. 17 ve 18; Werro, CoRo, Art. 394, N. 9; Yavuz, Acar, Özen, s. 1164; Gümüş, özen, s. 88; Yalçınduran, s. 40 vd.; Sarı, s. 1. Yukarıda (II, C, 3, c başlığında) aktardığımız vasıta ve sonuç borcu kavramlarının ispat yüküne ilişkin olarak doğduğunu gösteren önemli bir delil de, riziko kavramıyla yapılan bu tanımla ilk defa kullanan Tunc'un, bu tanımla vasıta ve sonuç borcu üzerinden yapmış olmasıdır. Tek iş görme sözleşmesinin eser sözleşmesi olduğu Fransız hukukundaki bu kriteri, hukukumuz hâlihazırda vekâlet ve eser sözleşmelerini birbirinden ayırmak için kullanmaktadır.

⁴³⁶ Engel, s. 431. Yazar, sonuç sözleşmeleri ve vasıta sözleşmeleri kavramını kullanmakta; eser ve neşir (yayın) sözleşmesini ilk gruba, vekâleti de -bir prototip olarak- ikinci gruba dâhil etmektedir. Aynı yönde, Honsell, s. 344; Tercier, Bieri Carron, N. 4271; Zevkliler, Gökyayla, s. 481. Karş. dn. 437 ve oradaki yazarlar.

için ortaya atılan kavramları aracılığıyla isim vermek demektir⁴³⁷. Sorumluluğa ilişkin kavramlar olan vasıta ve sonucun, bu manada sözleşme tiplerine özgülenmesi ise bir tercih meselesidir. Türk-İsviçre hukuklarında, işgörme sözleşmelerinin bu şekilde bir kategorizasyonu tercih edilmektedir⁴³⁸.

f. Değerlendirme

(1) Eser ve Vekâlet Ayırımının Kolaylıkla Yapılabildiği Alanlar

Eser ve vekâlet sözleşmelerine ilişkin ayırım, eskiden beri yapılagelen sözleşmelerde, modern işgörme sözleşmelerine ve fikrî çalışma ürünlerinin nitelendirilmesine göre daha kolay yapılmaktadır. Daha çok, Alman hukukunun eserin imali (*Werk*) ve faaliyet yürütme veya çalışma (*Wirken*) üzerine inşa ettiği sistem⁴³⁹, bu sözleşmelerde daha az sorunlu bir şekilde çalışmaktadır.

Hekimlik sözleşmesinde hekim, bir sonucu taahhüt edemediği için sözleşmede üstlendiği borç bir vasıta borcudur. Vasıta borcu ile üstlenilen sözleşme de bir vekâlet sözleşmesi olduğu için, hukukumuzda vekâlet sözleşmesinin en tipik örneklerinden birini hekimlik sözleşmesi oluşturur⁴⁴⁰. Hekim, tedavi sözü veremez; ancak bu konuda gerekli olan en iyi şekilde çalışmayı üstlenebilir⁴⁴¹. Bu yüzden saç ekimi gibi estetik müdahaleler dahi, eser sözleşmesinin değil, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur⁴⁴².

⁴³⁷ Bkz. yukarıda, II, C, 3, c. Fransız Hukukunun *obligation de moyens-obligation de résultat* (Vasıta ve Sonuç Borcu) Ayırımı ve Bu Ayırımın İsviçre-Türk Hukukuna Etkisi.

⁴³⁸ Edilgen kip kullanılmasının sebebi, bu ayırımın teorik altyapısının kanunlar tarafından oluşturulmaması, aksine doktrin tarafından sonradan şekillendirilmesidir. İsviçre ve Türk kanunlaştırmasının incelendiği (yukarıda II, C, 1, a) bölümde aktarıldığı üzere, kanunun vaz edilmesi sırasında bu türden bir ayırımın hedeflendiğine ilişkin bir emare mevcut değildir.

⁴³⁹ Bkz. yukarıda, II, C, 3, b. Alman Hukukunun *Werk-Wirken* (Eser-Çalışma) Ayırımı.

⁴⁴⁰ Tandoğan, c. II, s. 360; Özdemir, s. 81; Yavuz İpekyüz, s. 65; Koyuncu Aktaş, s. 69; BGE 133 III 121 E.3.1; Yarg. 13. HD, 23.1.2012, 2011/6393 E, 2012/775; Yarg. 13. HD, 22.1.2014, 2013/32755 E., 2014/1498 K. (Legalbank, erişim tarihi: 25.2.2023). Hekimlik sözleşmesi olmasa da, vekilin özenli bir şekilde işi yürütmesi kriteri üzerinden sünnetçi ile sünnet olan çocuğun babası arasındaki sözleşmeyi vekâlet olarak nitelendiren, Yarg. HGK, 20.5.1966, 161 E., 165 K., in ABD, 1967, 2, s. 1050.

⁴⁴¹ Tandoğan, c. II, s. 360; Ayan, s. 55; Yavuz, Acar, Özen, s. 1155; Özdemir, s. 74; Yavuz İpekyüz, s. 69.

⁴⁴² Gauch, *Werkvertrag*, N. 44; Kurşat, s. 153. Benzer şekilde özel hastane sözleşmesinde de, sözleşmenin hukukî niteliği vekâleti de içeren bir karma sözleşme olduğu için, vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır. Bkz. Yarg. 13. HD, 1.10.2013, 24241 E., 23878 K (Legalbank, erişim tarihi, 25.2.2023), kararda özel hastane ile hasta arasında, tedavi hizmetinin gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı olduğu anlaşılan bir uyumsuzluk vardır. İlk derece mahkemesi, tüketici mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı vermiş, 13. HD ise bu kararı BK m. 502/II hükmü gereği, sözleşmenin vekâlet sayılması gerektiğinden bahisle bozmuştur. Yargıtayın bu kararında vardığı sonuç her ne kadar doğru sayılsa da, özel hastane ile hasta arasındaki sözleşme BK m. 502/II gereği değil,

Buna karşın, tedaviye ilişkin bazı sözleşmelerde sonuç ve faaliyet yürütmek kriteri üzerinden yapılan sınıflandırma ile hekimin röntgen çekmeyi üstlendiği radyoloji tetkiklerinde sözleşmenin hukukî niteliğini eser olarak kabul eden bir görüş de bulunmaktadır⁴⁴³. Diş hekiminin de esas faaliyeti olan tedavi edimi, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Diş hekimi de hastanın tedavisini garanti edemez; ancak sözleşmeden doğan özen yükümlülüğüne uygun olarak hastanın tedavi edilmesi için elinden geleni yapmalıdır. Buna karşın, diş hekiminin hastanın tedavisiyle beraber bir protez üretimini de üstlendiği durumlarda, sözleşmenin hukukî niteliği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, diş hekiminin protez üretimini de üstlenmesi halinde, sözleşmenin eser ve vekâlet sözleşmelerinin bir araya geldiği bir karma sözleşme olduğunu savunmaktadır⁴⁴⁴. Bu görüşün temelinde, protez üretiminin bir imal faaliyeti olması ve bunun sonucunun taahhüt edilebilir olması, dolayısıyla eser sözleşmesinin konusunu oluşturması vardır. Buna karşın, aksi görüşe göre, diş hekimi protez veya takma diş yapıyor olsa da tüm sözleşme ilişkisinde edim sonucu taahhüt edilemediği için, sözleşmenin hukukî niteliğinde herhangi bir değişiklik olmayacağını savunmaktadır. Bu yüzden bu görüşe göre diş hekimliği sözleşmesinin her halükarda vekâlet olarak nitelendirilmesi gerekir⁴⁴⁵.

Yine özel okul sözleşmesi vekâlet olarak nitelendirilmekte⁴⁴⁶ ve başka bir kararda da, sözleşmenin hukukî niteliği tespit edilmeden, vekilin özen borcuna ilişkin hükümler uygulanmaktadır⁴⁴⁷. Yargıtay, hakemlik sözleşmesinde de, taraflar ve hakem arasında, 818 sayılı BK m. 386/II gereği bir vekâlet olduğu yönünde karar vermektedir⁴⁴⁸. Sözleşmeyi vekâlet olarak nitelendirmese de, başka bir kararında, İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarına paralel bir şekilde, taşınmaz yönetim sözleşmesine 818 sayılı BK m. 386/II uyarınca vekâlet hükümlerini uygulamaktadır⁴⁴⁹.

karma sözleşmenin unsurunu oluşturan tedavi sözleşmesi bir vekâlet olduğu için vekâlet hükümlerine tabi sayılmalıdır. 13. HD'nin aynı yönde başka bir kararı için 13. HD, 15.04.2013, 1177 E., 9534 K. (Legalbank, erişim tarihi, 28.2.2023). Özel hastan sözleşmesinin bir vekâlet olarak değerlendirilmesi için, Tandoğan, c. II, s. 51; Aşçıoğlu, s. 35; Özdemir, s. 82-83.

⁴⁴³ Engel, s. 434; Aksi yönde, Honsell, s. 344; Özdemir, s. 83. Yine ortopedistin takma kol veya bacak yapımını üstlenmesi halinde, sözleşmenin bir eser sözleşmesi olacağı yönünde, Ayan, s. 55.

⁴⁴⁴ Leuenberger, s. 124; Schluep, VII/2, s. 905.

⁴⁴⁵ BGE 98 II 310; BGE 110 II 375, E. 1; Perrin, s. 22, Gauch, N. 54 vd.; Honsell, s. 344-345; Abravanel, s. 36; Dessemontet, 124 vd.; Aşçıoğlu, s. 35; Özdemir, s. 83.

⁴⁴⁶ Yarg. 13. HD. 26.3.1991, 196 E., 3565 K. in Özkaya s. 228. Özel okul sözleşmesinin isimsiz bir karma sözleşme olduğuna ilişkin, Leuenberger, s. 46; Tiftik, s. 114.

⁴⁴⁷ Yarg. 13. HD. 3.12.1992, 8773 E., 11033 K, in Özkaya, s. 196.

⁴⁴⁸ Yarg. 15. HD. 15.6.1989, 1023 E., 2841 K. in Özkaya, s. 237-239; Yarg. 3. HD, 28.06.2012, 11165 E., 16370 K (Legalbank, erişim tarihi, 1.3.2023)

⁴⁴⁹ Yarg. 4. HD. 10.10.1973, 9160 E., 8682 K. in Özkaya, s. 291.

Yine karayolunda tehlikeli madde taşımak için gerekli olan belgeleri düzenlemek de Yargıtay tarafından vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁵⁰.

(2) Taraf İradelerinin Sözleşmenin Niteliğine Etkisi ve Sözleşmenin Hukukî Niteliğinin Tespitinden Beklenen Faydanın Elde Edilememesi

Hukukumuzda tarafların iradesi doğrultusunda, kanundaki tiplerin dışına çıkılması da mümkün sayılmaktadır. Taraflar, sonucun taahhüt edilebileceği bir sözleşmede, bunu tercih etmeyip borçlunun sorumluluğunu azaltma yoluna gidebilirler. Mesela bir inşaat sözleşmesinde, taraflar hatır ilişkisi sebebiyle veya başka bir saikle borçlunun sorumluluğunu azaltacak kayıtlar kullanabilir. Bu halde, sözleşmenin bir eser sözleşmesi olmadığı savunulmaktadır⁴⁵¹. Sözleşme bir eser sözleşmesi olmadığı takdirde ise bir vekâlet sözleşmesinden veya bir isimsiz sözleşmeden bahsetmek gerekecektir. Yani bu yaklaşım kabul edildiği takdirde, inşaat sözleşmesinde müteahhit bir binayı yaparken, “elimden geldiğince iyi yaparım” dediği takdirde, artık ya vekâlet ya da vasıta borcu ile üstlenilen isimsiz bir sözleşmeden bahsedilebilir⁴⁵².

Bu görüşün aksine, böyle bir örnekte bile bir atipik eser sözleşmesinin varlığı mümkün sayılmalıdır. Taraflar, eğer hukukçu değillerse, burada bir hukukî nitelik belirleme iradeleri değil, çoğu zaman yüklenicinin sorumluluğunu azaltmaya yönelik bir kayıt koyma niyetinde olacaktır⁴⁵³. Somut olayda irade beyanlarının yorumundan çıkacak sonuç, sözleşmenin hukukî niteliğini tespit ederken önemli olmakla birlikte, böyle bir durumda taraflar kuvvetle muhtemel, sözleşmede yüklenicinin sorumluluğunu azaltma kastı gütmektedir. O halde, sözleşmenin niteliğiyle uğraşmak

⁴⁵⁰ Yarg. 11. HD, 21.1.2022, 2021/4058 E., 2022/491 K. (Legalbank, erişim tarihi: 1.3.2023), yüksek mahkeme bu kararında TSE ile belgeyi talep eden kişi arasındaki ilişkinin bir vekâlet olmasından bahisle, görevli mahkemeyi tespit etmiştir. Yani resmî sığa sahip olduğu halde, TSE'nin karayolunda tehlikeli madde taşımak için yaptığı sözleşmeyi BK m. 502/II uyarınca vekâlet olarak kabul etmiştir.

⁴⁵¹ Öz, s. 8; Kurşat, s. 146-147.

⁴⁵² Buna benzer şekilde, kanunî tipten sapmaya örnek olarak, eser sözleşmesinde ücret kararlaştırılmadığı takdirde, doktrinde *sui generis* sözleşmeden (Gauch, Werkvertrag, N. 318; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 363, N. 6) bahsedilmektedir. Yazarlar, sözleşmenin hukukî niteliğine ilişkin olarak, böyle bir durumda somut olayın şartlarını dikkate alarak karar vermek gerektiğini savunmaktadır. Ancak uygulamada kolaylık sağlaması açısından İBK m. 394/II hükmüne rağmen isimsiz sözleşme olarak nitelendirmektedirler. Buna karşın, bu tür bir durumda sözleşmenin vekâlet olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan görüş için, Chaix, CoRo, Art. 363, N. 5; Bucher, s.211; BGE 64 II 10.

⁴⁵³ Kurşat, s. 163.

yerine, sözleşmeye garanti borcu karakterini veren hükümler veya onun sorumluluğunu artıran kayıtlarla ilgilenmek daha yerinde olur.

Eser sözleşmesinde borçlunun sonuç sorumluluğunun somutlaştığı alan ayıp hükümleridir⁴⁵⁴. Bunun dışında kalan hallerde BK m. 471 hükmü gereği yüklenicinin sorumluluğu, işleri özenli bir şekilde yürütmeye yönelir ve vekâlet sözleşmesindeki özen yükümlülüğünde belirlenen ölçüden belirgin bir farklılık göstermez. O halde yapılması gereken, ayıp hükümlerini (ve varsa sonuç borcundan kaynaklanan diğer hükümleri) dışlayarak, yine eser sözleşmesi hükümlerini uygulamaktır. Zira borçlunun edimlerinin üretime yöneldiği bir sözleşmede, eser sözleşmesinin hükümleri büyük oranda uygulanabilecektir. Vekâlet hükümleri ise, özen ve sadakatle işleri yürütmek dışında, doğrudan bu tür bir üretim sözleşmesine yönelik değildir ve uygulanmasından beklenen bir fayda olmayacaktır.

Bu görüş kabul edilmediği takdirde ise iki ihtimal söz konusu olabilir. Birincisi bu tür bir sözleşmenin vekâlet olarak kabulüdür. Bu takdirde, sözleşmenin kapsamı işin niteliğine göre belirlenecek, vekil-müteahhit özen ve sadakat borcuyla işi yürütecektir. Bunun dışında, vekâlet sözleşmesi uyarınca şahsen ifaya ilişkin kural, müteahhitliğe ilişkin teamüllere göre istisna kuralına tabi olacaktır⁴⁵⁵. Sözleşmeyi sonlandırmaya yönelik BK m. 512, nitelikli güven ilişkisinden kaynaklanan diğer hükümler ve hukukî işlemlere yönelik hükümler, ilgili sözleşmenin yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır⁴⁵⁶. Bu takdirde, hükümlerin birçoğunun bir inşaat sözleşmesine uygulanması ciddî zorluklar çıkaracaktır. Hâkim, bu takdirde, somut olaydaki inşaat sözleşmesine uygulanacak kurallar bulmak için, kıyasen eser sözleşmesinden faydalanacak ve eser sözleşmesinin garanti (sonuç) borcuna ilişkin olanlar dışındaki hükümleri yine uygulanma imkânı bulacaktır. Uygulanacak hükümler de özellikle ayıp hükümleri dışındaki eser sözleşmesi hükümleri olacaktır.

Görüşümüz kabul edilmediği takdirde ortaya çıkacak ikinci ihtimal de bu somut sözleşme ilişkisinin bir isimli sözleşme olarak kabulüdür. İnşaat yapma ediminin borçlanıldığı ve fakat sonucun taahhüt edilmediği bu durumda, sözleşme

⁴⁵⁴ Gautschi, Art. 364, N. 2 ve Art. 398, N. 1; Perrin, s. 28-33; Gauch, Werkvertrag, N. 1503-1505; Werro, mandat, N. 80; Kurşat, s. 156. Ayrıca Şenocak'ın, Gauch, Werkvertrag, N. 19'a atıfla, bu durumu ortaya koyan gayet açık ifadesi şu şekildedir: "...Nitekim ayıplı ifadan dolayı sorumluluğu düzenleyen BK m. 359 vd. (6098 sayılı BK m. 474 vd.) hükümleri, müteahhidin asli edim yükümünün sonuca ilişkin olduğunu açıkça ortaya koymaktadır, Şenocak, s. 13. Benzer şekilde, ayıpsız ifanın müteahhidin asli edim yükümünün muhtevasına dâhil olduğuna ilişkin, Şenocak, s. 31. Açık bir şekilde sonuç borcu kavramını kullanmadan, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül dışındaki borçlarını "özen borcu" nitelendiren başka bir görüş için, Öz, dönme, s. 91. Aynı yönde, Seçer, tam tazminatla fesih, s. 373.

⁴⁵⁵ Bkz. ileride III, G, 1, Şahsen İfa.

⁴⁵⁶ Bkz. yukarıda, II, C, 1, a, (4), BK m. 502/II'nin Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.

isimsiz sözleşme olarak kabul edildiği takdirde de vekâlet kabulüne benzer sonuçlar ortaya çıkacaktır. İsimli sözleşmeye uygulanacak kurallar gereğince, bu sözleşme eser sözleşmesinin unsurlarını barındırdığı için, eser sözleşmesi hükümleri yine uygulanma imkânı bulacaktır. O halde, daha mantıklı olan, savunduğumuz görüş uyarınca, tarafların eser sözleşmesi yaptıklarının kabulüyle, eser sözleşmesinin sonuç sorumluluğu doğuran hükümlerini dışlamayı tercih etmektir. Bu şekilde, eser ve vekâlet sözleşmelerinin, sorumluluk hukukundaki sonuç-vasıta ayırımına endekslenmesinin de önüne geçilebilir. Ayrıca, pratik olarak sonuca herhangi bir faydası olmayacak şekilde, sözleşmelerin hukukî niteliğinin tartışılmasına da gerek kalmayacaktır.

Yukarıda oluşturduğumu bu kurgunun aksine, taraf iradeleri somut sözleşme ilişkisinde bir hizmet ya da faaliyet edimini garanti etmeye de yönelmiş olabilir. Mesela, bir öğretmen, öğrencinin başarısını veya bir mimar denetlediği yapının eksiksiz yapılmasını taahhüt edebilir. Doktrinde baskın görüş, bu türden bir taahhüdün mümkün olmadığını ve sonucu borçlunun çalışması dışında başka etkenlere bağlı bir işin, işgörme borçlusu tarafından eser sözleşmesi olarak taahhüt edilemeyeceğini savunmaktadır⁴⁵⁷. Gerçekten de hekimlik veya avukatlık sözleşmesinde böyle bir sonuç taahhüdü kabul edilmemektedir⁴⁵⁸. Ancak bu yasaklar ve başka kanuni engeller olmadığı takdirde, borçlunun sonucu garanti etmesinde kanaatimizce bir beis bulunmamaktadır. Bu takdirde, bir eser sözleşmesi değil, bir atipik işgörme söz konusu olur. Tarafların burada vermeye çalıştıkları sonuç garantisi de, borçlunun sorumluluğunu artırmaya yönelik bir anlaşma olarak değerlendirilmelidir. Yine de her somut olayın niteliğine göre karar vermek daha yerinde olacaktır⁴⁵⁹. Bu kapsamda, somut sözleşmenin yapısına uygun olduğu takdirde, bu tür taahhütlere ayıp hükümlerinin uygulanması da düşünülmelidir. Buna karşın, borçlunun özellikle, çalışmanın sonucunu değil; ama çalışmanın kendisini garanti etmesi mümkün sayılmalıdır.

⁴⁵⁷ Bucher, s. 203; Gauch, Werkvertrag, N. 43; Hatemi, s. 349; Tandoğan, c. II, s. 21; Aral, Ayrancı, s. 317-318; Kurşat, s. 150-151; Zevkliler, Gökyayla, s. 465; Bilge, s. 246; BGE 110 II 378 E. 1b.

⁴⁵⁸ Hekimler açısından Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi m. 13. Ayrıca, avukatlık sözleşmesinde bu tür bir garantinin kabul edilmediği bir karar için, bkz. Yarg. 13. HD, 7.5.1981, 1265 E., 3495 K. Kararda yüksek mahkeme, dava sonucunun garanti edildiği avukatlık sözleşmesini geçersiz saymıştır.

⁴⁵⁹ Kurşat, s. 163, yazar, özellikle vekâlet ve eser sözleşmesi arasındaki sınır açısından, taraf iradelerinin günümüzün değişen şartlarına uygun bir şekilde yorumlanması, anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Bu açıdan, somut olayın özelliklerini daha fazla dikkate alan bir şekilde yorum yapılmasını savunmaktadır.

(3) Faaliyet ve Sonucun Ayrılamadığı veya Faaliyet ve Sonuç Ayırımın Önemli Olmadığı Durumlar

Bazı işgörme sözleşmelerinde, edim fiili ile yani işgörme borçlusunun faaliyeti ile bu edimden beklenen sonuç birbirinden ayrılamaz. Edimin, yani faaliyetin kendisi, edimin sonucuyla aynı anda gerçekleşir. Bu ihtimalde, yani edim sonucu edim fiiliyle aynı anda gerçekleşirken, sözleşmenin hukukî niteliği muğlaklaşmaktadır. Mesela bir konser verme veya düğünü videoya alma gibi işgörmeler bu şekildedir. Konser verme sırasında sanatçının şarkı söylemesi işgörmenin kendisi olmakla beraber, bu işgörmenin aynı zamanda sonucunu oluşturur. Mahkeme kararlarında konser verme gibi bu tür edimler eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁴⁶⁰. Buna karşın, bu türden bir nitelendirme kanaatimizce keyfî olup hukukî sorunu çözmek açısından da beklenen faydayı sağlamamaktadır.

Bu tür bir edimi, bir sanatsal veya fikrî iş olduğu için vekâlet sözleşmesi saymak daha makul görünse de, bu tartışmadan evvel çözülmesi gereken mantıkî bir sorun vardır. Örnek verilen işlerde sonuç ve fiil arasında bir zaman aralığı bulunmadığı için, her iki kavram birleşmektedir. O halde bu sözleşmede sonucun taahhüt edilmesi, edimin taahhüdüyle karışacak niteliktedir. Bu durumda, sonuca endekslenen eser ve faaliyete endekslenen vekâlet sözleşmeleri dışında bir üçüncü kategori üretmek gerekir. Aksi takdirde, mantıkî olarak, hukukçunun keyfî tercihiyle göre bir hukukî nitelendirme yapmak mümkün sayılacaktır. Bu tür bir yeni kategori üretmek ise sorunu büyütmekten başka bir şeye hizmet etmeyeceği gibi, herbakhangî bir pratik fayda da sağlamayacaktır.

Bir diğer tarafta eser sözleşmesi ile vekâlet ayırımı, bu sözleşmelerin hükümlerinin nasıl netice vereceğine göre belirlenmektedir. Öğretide sanatsal çalışmalarda ayıp hükümlerine başvurma makul olmadığını savunan görüş, bu tür sanatsal çalışmaların ön kabul olarak vekâlet veya başka bir isimli sözleşme sayılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁶¹. Zira bu tür işlerde, sanatkarın yaptığı işten

⁴⁶⁰ Yarg. 15. HD. 21.9.1977, E. 1977/1340, K. 1977/1649 (Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 1.2.2023); Engel, s. 434. Nikâh törenin videoya alınması: Yarg. 15. HD. 20.6.1989, 1742 E., 2970 K. (Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 1.2.2023).

⁴⁶¹ Tandoğan, İmran Öktem'e Armağan, s. 317; Yavuz, Acar, Özen, s. 988-989; Sarı, s. 11, yazarlar objektif bir sonucun taahhüt edilmesi mümkün olmadığı için, bütün sanat etkinliklerini vekâlet saymaktadır. Aksi yönde, Eren, borçlar özel, N. 2017. Bu tür işlerde işgörme sonucunun işin tabiatı gereği yüklenicinin alanında olduğunu ve sonucun objektif olarak vaadedilebildiği durumlarda, sözleşmenin eser sözleşmesi sayılması yönünde, Şenocak, s. 19. Ayrıca, spor ve sanat etkinliklerinde sonucun önceden kesin ve teknik olarak tespiti mümkün olmaması sebebiyle, bu tür işlerdeki

çok, bu iş için harcadığı fikrî mesai önemlidir. Bu türlü bir telakkî ünlü bir ressamın ayıp hükümleriyle karşı karşıya kalmasına sebep olacaktır. Dolayısıyla sanatkârları ayıp hükümlerine maruz bırakmamak için, sanatsal çalışmaların vekâlet olarak nitelendirilmesi savunulmaktadır.

Faaliyet ve sonucun birbirinden ayırlamadığı işlerde önemli olan husus, somut olayda borçlunun sorumluluğunun nasıl belirlendiği olmalıdır. Zira bu sözleşme bir eser sözleşmesi sayılsa dahi, ayıp hükümlerinin bu tür bir sözleşmeye uygulanması ciddi sıkıntılar oluşturacaktır. Öncelikle, ayıplı ifa kavramı açısından değerlendirildiğinde, ayıbın tespit edilebilmesi ciddî zorluklar taşıyacaktır. Mesela, konser veren sanatçının sesinin çatallaşması mı, yoksa o gün hafif soğuk algınlığı olmasından dolayı performansının normalden daha aşağıda olması mı ayıplı ifa sayılmalıdır? Ayrıca, eser sözleşmesinde ayıptan doğan hakların kullanılması ve hatta bu hakların kullanılması için gerekli olan külfetlerin yerine getirilmesi bile ciddi mantıkî, somut zorluklar arz edecektir. Üstelik edim fiili ile sonucun aynı anda gerçekleşmesi sebebiyle, ayıptan doğan sözleşmeden dönme veya ayıbın giderilmesini isteme haklarının kullanılması, fiillen mümkün de olmayacaktır. Bu noktada, ayıptan doğan haklardan, ancak ayıp sebebiyle bedelden indirim hakkı veya genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı gündeme gelebilir⁴⁶².

Ayrıca bu tür sözleşmelerde iş sahibi, çoğu zaman bir para borçlusudur. Bu yüzden, onun bedelden indirim hakkıyla tazminat hakkını kullanmasında, menfaat açısından çoğu zaman bir fark kalmayacaktır. Bu doğrultuda, vekâlet sözleşmesinde özen yükümlülüğünün ihlali veya genel hükümler uyarınca borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Bu açıdan bakıldığında, sözleşmenin hukukî niteliğinin eser veya vekâlet olarak belirlenmesinde, somut, pratik bir farklılık oluşmamaktadır.

Tüm bu sebeplerle, faaliyet ve sonucun ayırlamadığı işlerde de, odaklanmak gereken nokta, borçlunun sözleşmedeki sorumluluğunun ne ölçüde takdir edildiği olmalıdır. Bu sebeple, eser-vekâlet tartışması yerine sorumluluğu önceleyen ve borca aykırılığı bu noktada tespit etmeye odaklanan bir yaklaşım gereklidir⁴⁶³. Ancak bu

sorunların eser sözleşmesi sistemi içerisinde çözümlenemeyeceği ve bu tür “eser”lerin, eser sözleşmesi bağlamında bir eser sayılamayacağına ilişkin, Öz, dönme, s. 7.

⁴⁶² BK m. 475’te iş sahibinin ayıptan doğan üç hakkı vardır: eserin kabul edilemeyecek ölçüde ayıplı olması halinde sözleşmeden dönme, eser alıkoyup bedelden indirim talep etme ve aşırı bir masrafi gerektirmediği takdirde eserin ücretsiz onarımını isteme. Bunun dışında, hükmün ikinci fıkrasında işsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu da düzenlenmiştir.

⁴⁶³ Kurşat, s. 164-165.

şekilde, herhangi bir neticeye ulaşması mümkün olmayan tartışmaların önüne geçmek mümkün olabilir.

(4) Fikrî işler

Fikrî işlerin kabulü, eser sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasındaki ayrımı zorlaştıran en temel unsurdur. Fikrî eserin kabulüne ilişkin, saf fikrî eseri kabul eden ve ayrıca eserin belirli ölçüde de olsa somutlaşması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır. Bu yüzden her iki görüş açısından da ayrı ayrı değerlendirme yapılacaktır.

Fikrî eserin, somut bir sonuçta görünmesi şartıyla kabul edilmesi halinde, somut sözleşme ilişkisinin eser veya vekâlet olması şansa bağlı, tesadüfî bir mesele halini almaktadır⁴⁶⁴. Mesela avukat, bir mütalaayı sözlü olarak verebilir veya bunu bir kâğıda dökebilir. Tesadüf/risk kriterinden hareket edecek olursak, her halükarda bu örnekte bir sonuç taahhüt edilebilir. Yani burada saf fikrî eser sözleşmesini kabul eden görüş açısından bir eser sözleşmesinin varlığında şüphe yoktur. Bu örnekte avukat meseleyi özenli bir şekilde inceleyip görüşünü bildirmelidir. Fikrî eseri somut bir sonuçta görünme şartına bağlı olarak kabul eden görüşe göre, mütalaa eğer sözlü olarak verilirse, tamamen fikrî bir iş olduğu için vekâlet, yazılı olarak verilirse eser sözleşmesi olarak nitelendirilecektir. Bu şekilde bir değerlendirme ise, hukukî güvenliği ortadan kaldıracak niteliktedir. Bu durumda, uygulanacak hükümler açısından da sorun ortaya çıkacaktır. Eser sözleşmesinin ayıba yönelik hükümlerinin uygulanması bir tarafa, bu hakları kullanmak için gereken külfetlerin yerine getirilmesi bile uzun izahatları gerektirmektedir⁴⁶⁵.

Saf fikrî eser sözleşmesinin kabulü de, bu kabulün uygulamaya yönelik faydaları açısından soru işaretleri doğuracaktır. Böyle bir saf fikrî eser sözleşmesine ayıp hükümlerinin ve eser sözleşmesine ilişkin diğer hükümlerin uygulanması ciddi zorluklar oluşturacaktır. Bu sözleşmelerde ayıptan doğan hakları kullanmak için

⁴⁶⁴ Dessemontet, s. 132.

⁴⁶⁵ Gauch, Werkvertrag, N. 1472-1476, yazar fikrî eserlere de ayıp hükümlerinin uygulanacağını savunmaktadır. Buna karşın yazarın verdiği örneklerin çoğu, somutlaşan ve görünür hale gelen fikrî çalışmaların ürünlerinden oluşmaktadır (ferdileştirilmiş yazılım, mimarın hazırladığı plan gibi). Ayrıca yazar, bu ayıptan doğan hakların uygulanmasına ilişkin örnek de vermemektedir. Ayıp hükümlerinin fikrî eserlerde uygulanamayacağına ilişkin, Gautschi, BerKom, Art. 394, N. 63. Kesin bir kanaat belirtmeden, ayıp hükümlerinin fikrî eserlerde uygulanmasına ilişkin endişelerini belirten, Kurşat, s. 156. Fikrî çalışma sonucunun vaad edildiği danışmanlık sözleşmesinde objektifleştirilmiş bir tekeffülün çoğu zaman mümkün olmayacağına ilişkin, Altop, s. 103-104.

külfetlerin yerine getirilmesi çoğu zaman fiziken imkânsızdır. Mesela muayene ve ihbar külfeti, konser vererek borcunu yerine getiren sanatçının edimi açısından uygulanma imkânına sahip değildir⁴⁶⁶. Ayrıca, ani edimli ve kesin vadeli bir sözleşmede de, çoğu zaman aynı maddî ve fizikî imkânsızlıklar söz konusu olacaktır. Ayıptan doğan hakların bir an için kullanıldığını düşünsek bile, sözleşmeden dönmek veya ücretsiz onarım istemek gibi ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılması yine fiilen mümkün olamayacaktır. Zira bu tür sözleşmelerde edim sonucu ile edim fiili aynı anda gerçekleştiği için, ifa edilmiş bir sözleşmenin tekrar ifası mümkün olmayacaktır. Eser sözleşmesinde ayıptan doğan eseri alıkoyup bedelden indirim istemek hakkı, sadece bedelden indirim açısından uygulansa bile, bu hakla ulaşılmak istenen sonuca, zaten vekâlet sözleşmesinde de özen yükümlülüğüne aykırılık gerekçesiyle ulaşılabileceği için ek bir faydanın sağlanması mümkün görünmemektedir. O halde, bu tür bir sözleşmenin eser veya vekâlet olarak nitelendirilmesi, pratik sonuçları açısından bir değişiklik meydana getirmemektedir. Zira her iki sözleşmede de ayıp hükümlerini bir kenara bırakırsak, borçlunun özen ve sadakat borcu açısından da esaslı bir fark bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, fikrî eserin Türk-İsviçre hukukunda kabulü her ne kadar BGB p. 631/II'den esinlenmiş görünse de, İsviçre hukukunda fikrî işlerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde, vekâlet hükümlerinden ve özellikle vekâletin sona ermesine ilişkin BK m. 512 hükmünden kaçmanın ciddi bir tesiri vardır⁴⁶⁷. Özellikle BK m. 512'nin karşılığı olan İBK m. 404'ün, Federal Mahkeme tarafından emredici olarak kabulü, bu eğilimi artırmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, İsviçre doktrininin haklı gerekçeleri olabilir. Buna karşın Türk hukuku açısından durum, BK m. 502/II hükmüyle aynı değildir. Türk hukukunda artık BK m. 502/II hükmü gereği, vekâlet hükümleri Kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine, “niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır”. Yani BK m. 512 hükmü, sözleşmenin tabiatına uygun olmadığı takdirde, bu hükmü sözleşmeye uygulamama imkânı mevcut olacaktır⁴⁶⁸. Hâkim, herhangi bir sözleşmeye vekâlet hükümlerinin uygulanacağına karar verdikten sonra, söz konusu vekâlet hükmünün, somut sözleşme ilişkisinin yapısına uygun düşmediğine kanaat getirerek bunu uygulamaktan kaçınabilir.

⁴⁶⁶ Ayıbı ihbar külfetini düzenleyen hükümler, malzemeye ilişkin hükümler gibi eser sözleşmesinde bazı hükümlerin maddî anlamda eser kavramı göz önünde tutularak düzenlendiğine ilişkin, Şenocak, s. 17-18.

⁴⁶⁷ Karş. dn. 392.

⁴⁶⁸ Bkz. ileride, III, L, 3, Vekâletin Her Zaman Sona Erdirilebilmesi.

Tüm bu sebeplerle, kanaatimizce fikrî eserin kabulü, kanunun amacına ve sistematığına aykırı sayılmalıdır. Bunun yerine, fikrî işler konusunda Türk hukuku açısından vekâlet sözleşmesi hükümleri tercih edilmelidir. BK m. 502/II hükmü, bu konuda Türk hukuku açısından ciddi bir kolaylık sağlayacak niteliktedir. Vekâlet hükümlerinin bu sözleşmelere uygulanmasında boşluk olan hususlarda da genel hükümler yoluyla uyumsuzluğun çözümüne başvurmak gerekir.

(5) Borçlunun Sorumluluğuna Bağlı Olarak Sözleşmenin Hukukî Niteliğinin Belirlenmesi

İşgörme sözleşmelerinin sistematığını oluştururken Alman pandektizminden etkilenen İsviçre ve Türk sisteminde, eser ve vekâlet sözleşmeleri arasındaki ayırım, bir taraftan bir hizmetin görülmesine diğer taraftan da bir eserin üretimine endekslenmiştir. Eserin üretimi garanti verilebilecek bir husustur ve bu açıdan yüklenici bir sonucu borçlanır. Bu sonuç ise eserin kendisidir. Tipik ve klasik haliyle eser, elle tutulur, maddî bir şeydir. Bu doğrultuda, eser sözleşmesine ilişkin hükümler de çoğunlukla eserin kendisi ve onun vasıflarıyla ilgilidir.

Yüklenicinin buradaki sorumluluğunu sonuç, daha doğrusu garanti borcu yapan şey, esasında onun sözleşmeyi yaparken ortaya koyduğu iradesidir. Bu garanti sorumluluğunun somutlaştığı nokta ise, eserin ayıplı olması halinde, iş sahibinin ayıptan kaynaklanan kanunî haklarıdır. Ayıp hükümleri, bir çeşit kusursuz sorumluluk hali düzenlerken⁴⁶⁹, eser sözleşmesine ilişkin diğer hükümlerde, vekâlet sözleşmesindekinden daha farklı bir sorumluluk rejimi mevcut görünmemektedir. Mesela, eser sözleşmesinde, işin hiç ifa edilmemesi halinde sorumluluk genel hükümlere göre takdir edilir ve bu halde, yüklenicinin edimi hiç ifa etmeyen vekilden esaslı bir farkı yoktur. Bu doğrultuda, eser sözleşmesinde garanti yükümlülüğü, ayıp hükümlerinde somutlaşır⁴⁷⁰.

Sonuç sorumluluğunun, kavramsal yapısının ortaya çıktığı alan olan ispat yükü açısından⁴⁷¹ vekâlet ve eser sözleşmelerinde büyük bir farklılık oluşturmadığı da

⁴⁶⁹ Ayıptan doğan hakların kullanılması için yüklenicinin kusurlu olmasının gerekmediğine ilişkin olarak, Gauch, N. 1487; Aral, Ayrancı, s. 494.

⁴⁷⁰ Bkz. yukarıda dn. 454.

⁴⁷¹ İspat yükü açısından değerlendirme yapılmasının sebebi, sonuç ve vasıta borcu kavramlarının esas itibarıyla ispat yüküne yönelik olarak doğmuş olmasıdır. Bkz. bu bölümde yukarıda, II, C, 3, c, Fransız Hukukunun *obligation de moyens-résultat* Ayırımı.

görülmektedir. Somut olayda farklı cereyan edebilecek olmakla beraber⁴⁷², ilke olarak vekâlet veren, vekilin sözleşmeyi ihlal ettiğini ve bundan dolayı zarara uğradığını ispat etmelidir⁴⁷³. Eser sözleşmesinde ise, eserin ayıplı olduğunun ve bu ayıbın, sözleşmeye aykırılık oluşturduğunun ispatı da iş sahibine yüklenmiştir⁴⁷⁴. Yani her iki sözleşmede de işin yapılmadığı işsahibi tarafından ispat edilmelidir. Bu bakımdan her iki sözleşme arasında bir fark bulunmamaktadır.

Esas itibariyle özen, borçlunun borcunu ifa ederken, onun sorumluluğunu tespit etmek için kullanılan bir kriterdir. Aile babası gibi özenli olmak (*bonus pater familias*), kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermek gibi kalıplarda özen kelimesi bu anlamıyla kullanılmaktadır. Bu türden bir özen ölçeğinin olduğu işlerde, borçlunun özeni onun bilgisine, mesleğine ve taahhütüne bakılarak belirlenir. Bu sorumluluğun dışında, borçlunun sorumluluğunun son derece sert ölçütlere bağlandığı, kusursuz sorumluluk halleri veya sebep sorumluluğu halleri gelir. Bu hallerde borçlu, özenli bir şekilde elinden geleni yaptığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz⁴⁷⁵. Sadece illiyet bağının kesilmesi, yani sorumluluğunun doğmasına sebep olanın kendisi olmaması onu sorumluluktan kurtarabilir.

Bu çerçevede, vasıta ve sonuç (garanti/mutlak sorumluluk) kavramları, borçlunun ifayı gerçekleştirirken göstermesi gereken davranışın hukukî/kanunî ölçeği, ayrıacıdır. Hukukumuzda sorumluluk haline ilişkin olan bu kavramlar, eser ve vekâlet sözleşmesinin tipini belirlemektedir. Sorumluluğa ilişkin kavramlar olan özen ve sonucun bu manada sözleşme tiplerine özgülenmesi ise bir tercih meselesidir. Türk-İsviçre hukuklarında işgörme sözleşmelerinin bu şekilde bir kategorizasyonu tercih

⁴⁷² Hofstetter, s. 112, Vekil, sözleşme içerisinde sonuç borcu da üstlenebilir. Ayrıca vekilin hesap verme borcunun sonuç borcu doğurduğuna ilişkin bkz. Werro, CoRo, Art. 400, N. 20. Ayrıca, bkz. ileride, III, H, Hesap Verme.

⁴⁷³ Hofstetter, s. 110-111 (yazara göre, vekilin kusurunu vekâlet veren ispatlamalıdır); Tandoğan, c. II, s. 432; Ayan, s. 94; Gümüş, özen, s. 381; Yavuz, Acar, Özen, s. 1195. Aksi yönde, BGE 127 III 357, E. 5a; BGE 133 III 121, E. 3.1. vekil, sözleşme ihlalini ve uğradığı zararı ispat etmeliyken, avukat kusurlu olmadığını ispat etmelidir. Buna karşın, sözleşmeye aykırı davranışın, kusurun varlığını da ispata yaradığını ve portföy yöneticisinin bu durumda kusursuzluğunu ispatlayamayacağına ilişkin, Yarg. 13. HD, 5.2.1991, 1990/7902 E., 1991/1070 K., in Özkaya, s. 559-561; Yarg. 13. HD, 1.7.1991, 3677 E., 7318 K., in Özkaya, s. 554-555. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Gümüş, özen, s. 375 vd.

⁴⁷⁴ Gauch, Werkvertrag, N. 1507; Gümüş, borçlar özel, c.2, s. 70.

⁴⁷⁵ Oğuzman, Öz, c. II, N. 424; Eren, borçlar genel, N. 1910 (sadece ağırlaştırılmış özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu açısından); Kılıçoğlu, N. 2190 ve sözleşmeler hukukunda da kusursuz sorumluluğun olduğuna dair, N. 2194. Satılanın zapta uğramasında kusurun aranmadığına dair Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 890-891. Yine kanunda kendisine tazminat yükümlülüğü bağlanan fiilî durum sebebiyle kusursuz sorumluluğun doğduğuna ilişkin, Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 1233.

edilmiştir⁴⁷⁶. Bu yüzden, Türk hukukçusu açısından, her işgörme sözleşmesinde borcun türünün tespit edilmesi, sadece sorumluluk değil, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi ve uygulanacak hükümlerin tespiti açısından da gereklidir.

(6) Eser ve Vekâlet Ayırımının Yazılım Bakımı Sözleşmesi Açısından Sonucu

Yazılım bakımı sözleşmesi bir sonraki bölümde açıklanacağı üzere, kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmesidir. Bu bağlamda, BK m. 502/II'nin uygulama alanına girebilecek bir sözleşmedir. Ayrıca, İsviçre doktrininde yazılım bakımı sözleşmesi, büyük oranda eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olarak görülmektedir. Bunun amacı, sözleşmeyi vekâlet yapısından çıkartarak her zaman istifa ve azlin mümkün olduğu vekâlet kurallarını bu sözleşme için uygulamama çabasıdır. Böyle bir nitelendirme, yazılım bakımı sözleşmesini her ne kadar vekâletin her zaman sona erdirilebilmesi riskinden uzaklaştırırsa da bu takdirde yazılımcının sorumluluğunun ayıp hükümleri aracılığıyla artırıldığı da görülmektedir.

Bu bağlamda, eser ve vekâlet sözleşmesi arasındaki sınırın belirlenmesi, sadece saf eser veya vekâletler açısından değil, aynı zamanda karma sözleşmenin unsuru olarak yer alan eser veya vekâlet sözleşmeleri açısından da önem kazanmaktadır. Çalışmamızın giriş kısmında da yer verdiğimiz üzere, vekâlet temelli ve eser temelli işgörme sözleşmeleri isimlendirilmesinin hukukumuzda hizmet edeceği amaç da bu yönüyle kendisini göstermektedir. Dolayısıyla, eser ve vekâlet sözleşmesi arasındaki sınırın özellikle fikrî işler, faaliyet ve sonucun aynı anda gerçekleştiği işler ve taraf iradelerinin sözleşmede sorumluluk rejimini ayıksı hale getirdiği durumlarda muğlaklaştığı görülmektedir. Bu açıdan, bir karma sözleşme olarak nitelendirilen yazılım bakımı sözleşmesinde, tipikleşen edimlerden birisinin fikrî eser, bir diğerinin de vekâlet olması sebebiyle, eser ve vekâlet sözleşmeleri arasındaki kanunî sınırın ve bu sınırın faydasızlaştığı, anlamsızlaştığı durumların belirlenmesi gerekmiştir. Zira kanaatimizce yazılım bakımı sözleşmesine eser hükümlerinin uygulanması makul değildir.

Yazılım bakımı sözleşmesinin unsurları olarak eser ve vekâlet sözleşmelerini değerlendirmek yerine, sözleşmenin eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme

⁴⁷⁶ Edilgen kip kullanılmasının sebebi, bu sonucun İsviçre kanunları tarafından yapılan ayırım üzerinde, doktrin tarafından sonradan şekillendirilmesidir. Bu ülke kanunlarının hiçbirinde, kanunun vazedilmesi sırasında bu türden bir soyutlaştırmanın planlandığına ilişkin emare bulunmamaktadır.

olarak değerlendirilmesi de vekâlet kurallarını, yani BK m. 502/II hükmünü dışlamaya yönelik bir çabadır. Türk hukuku açısından da bir sözleşmenin BK m. 502/II'nin alanına girebilmesi, ancak eser sözleşmesi veya doktrinin buna daha sonradan eklediği “eser temelli” bir sözleşme olmamasına bağlıdır. Bu açıdan yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliği, vasıta borcu ve sonuç borcu yahut eser temelli veya vekâlet temelli bir işgörme sözleşmesi olarak nitelendirilmesi meselesi, bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

D. Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğini belirlemek için, öncelikle sözleşmede tarafların edimlerini tespit etmek gereklidir. Tarafların edimleri, sözleşmenin yapısının anlamak açısından ilk hareket noktası olmaktadır. Yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğini belirlerken, tarafların edimleri dışında önemli olan noktalar da mevcuttur. Sözleşmenin sürekli edimli olması, karma sözleşme niteliği ve BK m. 502/II hükmünün bu sözleşmeye uygulanma kabiliyeti de dikkate alınması gereken hususlardır.

Yazılım bakımı sözleşmesinde para borcu dışında sözleşmeye niteliğini veren karakteristik edimler, yazılımcının edimleridir. Yazılımcının edimleri, hata düzeltme, destek faaliyeti ve güncellemeden oluşmaktadır. Bu edimler arasında hata düzeltme ve destek verme edimleri, yazılımcı bir işi yapmayı üstlendiği için yapma edimleridir ve bir işgörme sözleşmesinin konusunu oluşturur. Bunların yanında güncelleme edimi ise, kimi zaman sadece bir yapma ediminin konusu iken, önemli güncellemelerin yapılması halinde, fikrî mülkiyet haklarının devrini de konu alan bir yazılım devri sözleşmesinin konusunu oluşturur⁴⁷⁷. Bu açıdan, yazılım bakımı sözleşmesi, eser ve/veya vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan işgörme edimleri ile birlikte, kira, lisans veya satış gibi bir devir veya kullandırma sözleşmesine ait edimlerin bir arada bulunduğu bir sözleşmedir⁴⁷⁸. Burada sayılan yazılımcının edimlerinden sadece güncellemeye ilişkin olan edim, kısmen, eser veya vekâlet sözleşmelerinin konusu

⁴⁷⁷ Tarafların edimleri için bkz. yukarıda II, B, 5, Yazılım Bakımı Sözleşmesinde Tarafların Edimleri.

⁴⁷⁸ Bu noktada, taraflar arasında yapılan sözleşmedeki şartlar ve bunlara verilecek anlam sözleşmenin hukukî niteliği açısından belirleyici olacaktır.

dışında kalan bir hukukî ilişkiye daırdır. Bu yüzden sözleşme ağırlıklı olarak bir işgörme sözleşmesi karakteri taşımaktadır⁴⁷⁹.

Sözleşmenin kanunda düzenlenen veya düzenlenmeyen birden fazla farklı sözleşmeye ait unsurları bünyesinde bulundurması da, yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespiti açısından önem arz etmektedir. Hukukumuzda karma sözleşme olarak nitelendirilen sözleşmeler, kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsurlarını, kanunun düzenlemediği şekilde bir araya getiren sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir. Yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliği de, doktrinde birçok yazar tarafından karma sözleşme olarak tespit edilmektedir. Buna karşın, sözleşmenin sürekli edimli karakteri sebebiyle bu karma sözleşmeye ilişkin teoriler doğrultusunda hareket etmek ayrı bir zorluk oluşturmaktadır. Bu yüzden çalışmamızda her ne kadar yazılım bakımı sözleşmesinin karma sözleşme olduğuna ilişkin görüşlere yer verilse de, bunun uygulanacak hükümler açısından sağladığı imkân da eleştirel bir şekilde değerlendirilmektedir.

Yazılım bakımı sözleşmesinde, yazılımcının edimlerini birbirinden soyutlayarak yapılan inceleme dışında, sözleşmenin hukukî niteliğine tesir eden en önemli faktör, sözleşmede yazılımcının faaliyetlerinin bir süreklilik arz etmesidir. Yazılımcı, sözleşmede belirlenen süre içerisinde, düzenli olarak destek ve bakım faaliyetlerini yürütürken, bakım ihtiyacı veya destek ihtiyacı olduğunda da, bu edimleri tekrar eder. Aynı şekilde, güncelleme edimi de düzenli veya düzensiz aralıklarla tekrar etmektedir. Bu açıdan yazılım bakımı sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşmedir. Yazılımcının edimlerinin tekrar etmesi sebebiyle de ardışık edimli bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir.

Yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespitiyle birlikte, bu sözleşmeye BK m. 502/II hükmü uyarınca vekâlet hükümlerinin uygulanmasının imkânı da araştırılmak zorundadır. Zira bu hüküm, sözleşmelerin hukukî niteliğinden bağımsız olarak, kanunda düzenlenmeyen sözleşmelere vekâlet hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir. Yazılım bakımı sözleşmesinin kurulması, tarafların hak ve borçları ve sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümler, vekâlet hükümleriyle paralel bir şekilde bir sonraki bölümde değerlendirilecek olsa da, bu bölümde yazılım bakımı sözleşmesinin BK m. 502/II karşısındaki konumu da ele alınacaktır.

⁴⁷⁹ Briner, s. 148. Benzer şekilde, uygulama hizmet sözleşmesi (*ASP – application service provider*) ve *outsourcing* sözleşmelerinin de işgörme sözleşmeleri olduğuna ilişkin, Straub, s. 201.

Bütün bu tespitlere geçmeden önce, genel olarak sözleşmelerde hukukî niteliği tespit etmenin önemi ve bunun için izlenmesi gereken yola ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Ardından bir bütün olarak yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin tespitler aktarılacaktır. Üçüncü olarak yazılım bakımı sözleşmesini eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olarak nitelendiren görüşlere yer verilecek ve son olarak sözleşmenin hukukî niteliğine ilişkin değerlendirmemiz aktarılacaktır.

1. Hukukî Niteliği Tespit Etmenin Önemi ve İzlenecek Yol

Sözleşmeler hukukunda hâkim, bir sözleşmeye uygulanacak hükmü tespit ederken, öncelikle taraflar arasında yapılan sözleşmenin hükümlerine başvurur. Sözleşme hükümleri, bu anlamda tarafların yasası mahiyetindedir. Bu sözleşme hükümleri, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine aykırı olmadığı müddetçe geçerlidir ve taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur.

Sözleşmenin hâkim tarafından değerlendirilmesi, taraflar arasında bir uyumsuzluk doğduğu takdirde gündeme gelir. Bu aşamada hâkim ilk olarak taraflar arasındaki sözleşmenin, yani taraf iradelerinin yorumuna başvurur. Taraf iradelerinin yorumunda da hukukumuzda kabul edilen yöntem güven teorisine göre tarafların iradesini yorumlamaya dayanır. Bu teori uyarınca hâkim tarafların farazî iradesini tespit etmeye çalışır⁴⁸⁰. Tarafların iradesinin tespiti noktasında, sözleşmenin hukukî niteliğinin tespiti ikinci aşamada kalır. Tarafların iradeleri tespit edilemediği takdirde, tarafların irade beyanları objektif bir şekilde, karşı tarafın, taraf iradesini dürüstlük kuralına göre anlaması gereken şekilde yorumlanır. Eğer bu şekilde sözleşmede herhangi bir soruna çözüm bulunamazsa, sözleşme boşluğu söz konusu olur ve sözleşmedeki bu boşluğun hâkim tarafından doldurulması gündeme gelir. Bu husus hukukumuzda sözleşmenin tamamlanması olarak isimlendirilmektedir⁴⁸¹.

Sözleşmenin hukukî niteliğinin tespiti işte bu noktada, sözleşmelerin tamamlanmasında önem arz eder. Hâkim, sözleşmenin hukukî niteliğini kendisi tespit

⁴⁸⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 73-74; Oğuzman, Öz, c. I, N. 242 ve 597; Dural, Sarı, N. 1239; Amstutz, Morin, BSK-OR-I, Einl. vor Art. 184 ff. N. 13; Kılıçoğlu, N. 1785 ve 1793; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 196. Güven teorisine göre sözleşmenin yorumlanmasının detayları için bkz. Kılıçoğlu, N. 1785 vd. Ayrıca güven teorisini klasik ve yeni güven teorisi olarak iki eğilime ayırarak inceleyen, Eren, borçlar genel, N. 407 vd.

⁴⁸¹ Oğuzman, Öz, c. I, N. 599; Arat, s.99 vd; Kılıçoğlu, N. 1800 vd; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 954 vd. Ayrıca, atipik bir sözleşmede sözleşme boşluğunun doldurulmasında, hâkimin MK m. 4 hükmü dolayısıyla, tarafların farazî iradelerini ve sözleşmenin yapısını dikkate alarak kendi takdir yetkisiyle çözüm bulacağına ilişkin, Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 961.

edecek ve buna göre sözleşmede boşluk olan hususları tamamlamaya çalışacaktır. Bu doğrultuda uygulamada karşımıza çıkan bir sözleşmenin hukukî niteliğini belirlerken öncelikle sözleşmenin kanunda düzenlenen sözleşmelerden biri olup olmadığı anlaşılmaya çalışılır. Bu somut sözleşme ilişkisinde tarafların ortak bir amaç için mi yoksa karşılıklı borçlanarak bir değişim ilişkisine mi girdikleri (devir sözleşmeleri – adi ortaklık), mülkiyetin devrini mi yoksa bir süre kullanmanın mı borçlandığı (kira – satış), bir hizmet ediminin mi yoksa bir mülkiyet devrinin mi (işgörmeye sözleşmeleri – devir sözleşmeleri), çalışanın bağımlı mı yoksa bağımsız mı çalıştığı (hizmet – eser/vekâlet), bir neticeyi mi yoksa bir işgörmeyi mi borçlandığı gibi, birçok soru yöneltilebilir sözleşmenin hukukî niteliği tespit edilmeye çalışılır⁴⁸². Bunun gibi sorulara verilen cevaplar, sözleşmenin ismini, yani kanunda düzenlenen sözleşmelerden biri olup olmadığını anlamamıza yarar. Eğer bu yolla bir sonuca ulaşabiliyor ve sözleşmenin kanunda düzenlenen sözleşmelerden biri olduğunu söyleyebiliyorsak, kanunda düzenlenen bu sözleşmeye ilişkin hükümler, somut olayda mevcut olan sözleşme ilişkisindeki uyumsuzluğa uygulanacaktır.

Yazılım bakımı sözleşmesi, kanunda düzenlenen bir sözleşme değildir. Bu yüzden bu sözleşmeyi bir isimsiz sözleşme olarak nitelendirmek gerekmektedir. Yazılım bakımı sözleşmesine uygulanacak hükümler nasıl belirlenirse belirlensin, yazılım bakımı sözleşmesinin yorumu ve tamamlanması sırasında, sözleşmenin gösterdiği teknik ve ekonomik özellikleri ve bu sözleşmeye ilişkin ayrıksı vasıfların dikkate alınması gerekir⁴⁸³. Yazılım bakım sözleşmesi, oldukça teknik bir alanda ortaya çıkan ve uzman yazılımcı, mühendisler aracılığıyla ifa edilen bir sözleşmedir. Bu noktada, tarafların farazi iradelerini ve yazılımın teknik özelliklerini, sözleşmenin genel karakteri ile birlikte dikkate alan bütünsel bir yoruma ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca, bilişim alanında meydana gelen değişikliklerin de dikkate alınması ve teknik gelişmelerin sözleşmenin yapısına nasıl etki ettiğine dikkat edilmesi de gerekir.

Bu noktada, çalışma kapsamında, edimler incelenirken de aktarıldığı üzere, tek başına edimlerin incelenmesinden ve bu edimlerin tekil olarak hukukî niteliğinin tespit edilmesinden yeterli bir sonucun elde edilemeyeceği kanaatindeyiz. Buna karşın, edimlerin hukukî niteliğinin incelenmesi, yazılımcının üstlendiği işin anlaşılması açısından önemli ve gereklidir. Ancak, doktrindeki genel eğilimin aksine, bu edimlerin bir araya gelmesinden oluşan yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliği, bu

⁴⁸² Heusler/Matyhs, s. 41.

⁴⁸³ Widmer, s. 42 ve dn. 170.

edimlerin yanında, sözleşmenin diğer özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu yüzden bu sözleşmenin unsurları veya yazılımcının edimlerinin dışında bir bütün olarak yazılım bakımı sözleşmesinin özellikleri de incelenmelidir.

Bundan dolayı sorulması gereken soru, yazılım bakımı sözleşmesinin bir eser sözleşmesi mi, bir vekâlet mi yoksa bir karma sözleşme mi olduğu değildir. Doğru soru, Oftinger'in öğrencilerine sorduğu gibi, yazılım bakımı sözleşmesinin ne olduğu olmalıdır⁴⁸⁴?

2. Bir Bütün Olarak Bakım Sözleşmesi: Sürekli Edimli ve Art Arda İfali, Sinallagmatik Borç İlişkisi

Yazılım bakım sözleşmesinde, yazılımcının edimlerinin karşısında, müşterinin para borcu yer almakta ve bu edimler bir mübadele ilişkisi içerisine girmektedir. Bu durum, hukukumuzda tam iki tarafa borç yükleyen ya da sinallagmatik borç ilişkisi kavramıyla açıklanmaktadır⁴⁸⁵. Burada yazılımcı ile müşterinin edimleri arasında bir değişim ve bağımlılık ilişkisi bulunduğu için, yazılım bakımı sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu açıdan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin kurallar, kural olarak yazılım bakımı sözleşmesine de uygulanır.

Yazılım bakımı sözleşmesinde, sözleşmede belirlenen edimlerden birisi ifa edildiği takdirde sözleşme ilişkisi sona ermez. Yazılımcı edimlerini, yazılımın ömrü veya sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca, yazılımı veya sistemi işler halde tutmak amacıyla yerine getirmektedir⁴⁸⁶. Bu amacı gerçekleştirmek için üstlendiği edimler, bu manada zamansal süreklilik arz etmekte ve sözleşmeye sürekli borç ilişkisi karakteri vermektedir⁴⁸⁷. Yazılımcı, sistemi kesintisiz bir şekilde ayakta tutma amacını

⁴⁸⁴ Briner, s. 158, Karl Oftinger, öğrencilerine bir trolleybüsün hukuken bir otobüs mü yoksa bir tramvay mı olduğunu sorar ve öğrencilerin bir kısmı otobüs olduğuna, bir kısmı da tramvay olduğuna kanaat getirir. Aynı soru öğrenciler tarafından kendisine sorulduğunda ise, "soru yanlış, doğru olan soru trolleybüs nedir olmalıydı" şeklinde cevaplar.

⁴⁸⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 53; Oğuzman, Öz, c. I, N. 159; Eren, borçlar genel, N. 606; Kılıçoğlu, N. 375; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 244.

⁴⁸⁶ Her ne kadar sözleşmenin ekonomik amacı bu olsa da, yazılımcının borcu yukarıda tartışıldığı üzere, sistemi ayakta tutmak değildir. O sözleşmede belirlenen edimleri iyi bir şekilde ifa etmekle yükümlüdür. Bkz. ileride III, E, Özen yükümlülüğü.

⁴⁸⁷ Weber, s. 60; Widmer, s. 55vd.; Fröhlich-Bleuler, N. 3056. Seliçi, s. 5, sürekli edimli borç ilişkisini ani edimli borçtan ayıran en önemli unsur, asli edim borcuna zaman unsurunun yaptığı etkidir. Yine Seliçi, s. 7'de edim sonucunun, yani alacaklının menfaatinin zaman içinde gerçekleşmesini aramaktadır. Aynı yönde, işgörme sözleşmeleri açısından, Seliçi s. 24. Ayrıca, sürekli edimli sözleşmenin tespitinde edim fiilinin mi edim sonucunun mu belirleyici olduğuna ilişkin tartışma için bkz. Gümüş, özen, s. 21-22. Burada tartışmanın detaylarına girilmeyecektir; ancak yazılım bakım sözleşmesinde hem yazılımcının edimleri bir zamana yayılmaktadır hem de müşterinin ifaya olan menfaati. Böylece, her iki görüş açısından da bir sürekli edimli sözleşme olduğu tespiti yapılabilir.

gerçekleştirmek için gerekli organizasyon yapısını kurmalı, gerekli yazılım ve personel desteğini almalıdır. Özellikle, sistemi ayakta tutmak için, hata düzeltme ve genel bakım faaliyetlerinin süreklilik arz etmesi, sözleşmeye bu karakteri vermektedir⁴⁸⁸. Bir borç ilişkisinin sürekli edimli olarak nitelendirilmesi için, aslı edimlerden bir tanesinin sürekli edimli olması kabul edildiğine göre⁴⁸⁹, yazılımcının edimlerinin hepsinin sürekli edimli olması yazılım bakımı sözleşmesini sürekli edimli bir sözleşme olarak nitelendirmek için yeterlidir⁴⁹⁰.

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının edimlerinin süreklilik arz etmesiyle beraber, aynı edimler yazılımcı tarafından mutad veya belirsiz aralıklarla tekrar tekrar ifa edilir. Bu yüzden yazılım bakımı sözleşmesi art arda ifalı sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁴⁹¹. Yazılımda ne zaman ortaya çıkacağı belli olmayan hatalar, düzensiz aralıklarla tekrar tekrar oluşur. Bu durumda da yazılımcının edimi, bu tekrarlanan faaliyet ölçüsünde ardışıklık arz eder. Diğer yandan, destek verme edimi de bu düzensizliği ve tekrarlanma özelliğini taşır. Yine yeni sürümler yayınlama borcu, planlı olanlar dışında düzensiz bir şekilde, ardışık bir şekilde ifa edilir⁴⁹². Sistemin kontrol ve genel bakımı ise diğerlerinden farklı olarak planlı bir eylemdir. Ancak aynı tekrarlanma özelliği bu edim için de geçerli olabilir.

Bunların dışında, sürekli edimli sözleşmelerin dar anlamda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere benzer sözleşmeler olarak ikiye ayrılması için bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 250.

⁴⁸⁸ Widmer, s. 60. Yazar, bu noktada, yazılımcının üstlendiği sürekli edimin, bir işletme kavramı olan, “yüksek (sistem) erişilebilirliği (*operational availability/Betriebsbereitschaft*)” garanti etmek olduğunu savunan doktrine işaret etmekte (Weber, s. 61, Sury, s. 38, yazarlar yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının bu tür bir garanti verdiğini savunmaktadır) ve bu görüşü reddetmektedir. Ona göre yazılımcı, sistemin sürekli çalışır halde tutulmasını garanti edemez; ancak sözleşmede belirlenen tekil edimleri yerine getirmeyi taahhüt edebilir. Her ne kadar bu edimler sistemin çalışır halde tutulmasını sağlasa da, bakım sözleşmesinde yazılımcının edimini bu tür bir garanti yoluyla kiraya verenin kullandırma borcuna benzetmek doğru değildir. bkz. Widmer, s. 60-61. Bu çalışmada da aynı görüş kabul edilmektedir. Tartışmanın detayları için bkz. Weber, s. 61.

⁴⁸⁹ Seliçi, s. 6; Oğuzman, Öz, s. N. 40. Aslı edimin sürekli olarak ifa edilmesi yönünde, Eren, borçlar genel, N. 614.

⁴⁹⁰ Benzer sebeplerle gemi yönetimi sözleşmesini sürekli edimli olarak nitelendiren Şeker Öğüz, s. 39.

⁴⁹¹ Widmer, s. 57. Art arda ifalı sözleşme kavramı için bkz. Altınok Ormancı, s. 17, bu manada, yazılım bakım sözleşmesinin gerçek anlamda bir art arda ifalı sözleşme olarak kabulü gerekir, zira bu sözleşmedeki edimlerin hemen hepsi için art arda ifa asli bir unsurdur.

⁴⁹² *Sukzessivlieferungsvertrag* ve *Sukzessivleistung* arasındaki benzerlik için bkz. Widmer, s. 56-57, özellikle dn. 228, 229. Bunun Türkçe’de art arda ifalı sözleşme olarak ifade edilmesi için, bkz. Altınok Ormancı, s. 17 ve 29. Yazılım bakımı sözleşmesinin değil, fakat bakım sözleşmesinin art arda ifalı ve geniş anlamda sürekli borç ilişkisi olduğuna ilişkin, Altınok Ormancı, s. 44. Yazar, ayrıca bakım sözleşmesinin geniş anlamda bir sürekli edimli eser sözleşmesi olduğunu savunmaktadır. Buna karşın, Venturi Zen-Ruffinen, s. 42, bakım sözleşmesinin dar anlamda bir sürekli borç ilişkisi olduğunu savunmaktadır. Sürekli edimli bakım sözleşmesinin bir eser değil, *sui generis* sözleşme olduğuna ilişkin, Gauch, Werkvertrag, N. 322; Venturi Zen-Ruffinen, s.75; Zindel, Schott, BSK-OR-I, Art 363, N. 24; Altınok Ormancı, s. 44-45.

Yazılım bakımı sözleşmesinde, ardışık bir şekilde tekrar eden bu edimler bir sürece yayılır. Burada süreçle kast edilen, yazılımın imal veya satışından sonra başlayan ve tarafların arasındaki anlaşmaya göre şekillenecek zaman aralığıdır⁴⁹³. Öncelikle, yazılımda ortaya çıkan hataların düzeltilmesi gerekir. İkinci olarak olası hataların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla düzenli bir şekilde bakım faaliyetinin yürütülmesi gelir. Diğer yandan, yazılımda hataların azaltılması, yazılımın güncel tutulması, gerekli geliştirmelerin yapılması, sözgelimi donanımdaki, işletim sistemindeki veya diğer bağlantılı sistemlerdeki değişikliklere uyum sağlaması veya geliştirilmesi yazılımın güncellenmesini gerektirir. Son olarak yazılımın giriftliğine ve kullanım amacına göre müşterinin teknik destek ihtiyacı ortaya çıkar. Teknik destek de sürekli bir ulaşılabilirlik gerektirmektedir. Yani kullanıcı yazılımı kullanırken yaşadığı herhangi bir problemde başvurabileceği ilk elden uzman birine ihtiyaç duyar.

Genel özelliklerini aktardığımız yazılım bakımı sözleşmesinin bu nitelikleri dışında, yazılımcının işgörme borçlarını, yani hata düzeltme, destek faaliyeti ve güncelleme borçlarını nasıl üstlendiği sözleşmeye uygulanacak hükümleri belirlerken önem kazanmaktadır. Sözleşmede hata düzeltme ediminin ağırlık noktası oluşturduğunu ve bu edimin eser sözleşmesine konu olduğunu savunan öğretideki baskın görüş, bu sebeple sözleşmenin eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olarak nitelendirilmesini kabul etmektedir. Bu sebeple, sözleşmenin karma sözleşme olma niteliği ve buna bağlı olarak uygulanacak hükümlere ilişkin değerlendirme, bir sonraki bölümde yapılacaktır.

3. Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Karma Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi

Yazılım bakımı sözleşmesine ilişkin eserlerde, aşağıda inceleneceği üzere, sözleşmenin hukukî niteliği bir karma sözleşme olarak tespit edilmektedir. Gerçekten de yazılım bakımı sözleşmesi, edimleri incelendiği takdirde karma sözleşme olarak nitelendirilebilecek bir yapıya sahiptir. Karma sözleşme olarak nitelendirmenin yanında, öğretide baskın görüş, yazılım bakımının eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olduğunu da savunmaktadır. Yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğini ve bu sözleşmeye vekâlet hükümlerinin uygulanma imkânını tespit etmeye çalışırken,

⁴⁹³ Taraflar sözleşmede yazılımın bakımı, güncel tutulması ve buna paralel olarak yazılımcı tarafından destek sağlanması için muhakkak bir süre belirtirler. Sözleşme mesela bir yıllık veya iki yıllık olarak yapılır. Nadiren de olsa sözleşmenin belirsiz süreli olarak yapıldığına ilişkin, Sury, s. 38.

bu görüşlere de yer vermek gerekmiştir. Bu sebeple bu bölümde, öncelikle sözleşmenin eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olarak nitelendirilmesini, ardından bunun sonucu olarak gördüğümüz, yazılım bakımı sözleşmesine ayıp hükümlerinin uygulanmasını ele alacağız.

a. Sözleşmenin Eser Sözleşmesi Ağırlıklı Bir Karma Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi

Yazılım bakımı sözleşmesi herhangi bir kanunda düzenlenmiş değildir⁴⁹⁴. Bu yüzden bir isimsiz sözleşmedir⁴⁹⁵. İsimli sözleşmeler arasında ise kombine tipli bir karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁴⁹⁶. Yazılımcının edimleri birden fazla olup müşterinin edimleri ise para borcundan ibarettir⁴⁹⁷. Yazılımcı, hata düzeltme (eser veya vekâlet), genel bakım ve destek (vekâlet) ve yeni sürüm yayınlama (lisans) edimlerini yükümlenmektedir. Bu edimlerden ikisinin kanunda düzenlenen sözleşmelere ait unsurları barındırması, sözleşmenin bir karma sözleşme olarak nitelendirilmesi için yeterli görülmektedir⁴⁹⁸.

Bu noktada karma sözleşmelerde, sözleşmede boşluk olması halinde, nasıl bir yol izleneceği önem kazanmaktadır. Öteden beri doktrin ve mahkeme kararları karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin farklı görüşler beyan etmekle birlikte, hemen tüm teorilerin çıkış noktasında borçlar kanununun genel hükümlerinin bulunduğunu söylemek gerekir. Bu bağlamda karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin belli başlı dört görüş bulunmaktadır: Absorpsiyon teorisi,

⁴⁹⁴ Karş. I, A, 2, BK m. 502 Hükümünün Kapsamı Açısından Kanunda Düzenlenmeyen İşgörme Sözleşmeleri bölümünde, dn. 18 ve 22 ve ilişkili metinler.

⁴⁹⁵ Bächler, s. 125, yazar burada donanım ve yazılımın birlikte sunulduğu “bilgi problemi çözme (EDV-Problemlösung) sözleşmesini ardışık ve aynı önemi haiz edimler sebebiyle isimsiz sözleşme saymaktadır. Devamında ise, bu türden bir sözleşmenin nasıl meydana gelebileceğini göstererek, duruma göre *sui generis* bir sözleşme veya karma bir sözleşme olabileceğini belirtmektedir. Bächler, s. 125-127.

⁴⁹⁶ Briner, s. 159, yazara göre yazılım bakımı sözleşmesi, basit hata düzeltmeler dışında, büyük oranda işgörme edimleri üzerine kurulu bir karma sözleşmedir. Yazar burada, doktrindeki diğer görüşlerden ayrılarak, ağırlık noktası güncelleştirme edimi olan geliştirici bakım sözleşmesini mimarlık sözleşmesine yakın görmektedir.

⁴⁹⁷ Kombine sözleşmelerde, bir taraf çeşitli sözleşmelere ait birden fazla edimi borçlanmışken, diğer tarafın edimi genellikle sadece bir para borcu ödemektir. Bkz. Feyzioğlu, s. 53 vd.; Eren, İsimli Sözleşmeler, s. 92 Arat, s. 244 vd. Ayrıca, müşterinin birlikte çalışma yükümlülüğünün bir külfet olarak değerlendirilmesine ilişkin, bkz. yukarıda II, B, 5, b, ii, Birlikte Çalışma Yükümlülüğü.

⁴⁹⁸ Kuntalp, s. 159, Ayrıca bu tür bir sözleşmenin, *sui generis* bir sözleşmeyi barındırmasından dolayı, geniş anlamda karma sözleşme olarak nitelendirilmesine ilişkin, bkz. Oktay, isimsiz sözleşme, s. 274; Aral, Ayranı, s. 58; Serozan, s. 44; Gümüş, borçlar özel, c. 1, s 8; Eren, isimsiz sözleşmeler, s. 91-92. Ayrıca Yarg. 4. HD. 4.5.1967, 3125 E., 3847 K. Karma sözleşmelerin geniş anlamda ve dar anlamda karma sözleşme olarak ayrılmasına ilişkin olarak kapsamlı bir inceleme için bkz. Tiftik, s.101 vd. özellikle s. 103-104.

birleştirme teorisi, kıyas yoluyla uygulama teorisi ve MK m. 1 aracılığıyla hukuk yaratma teorisi. Ancak bu teorilerden hiçbirisi sistematik olarak uygulanmaya elverişli değildir⁴⁹⁹. Bunun yerine her somut olayın gerekleri düşünülerek bir karar verilmeli ve halin icabına göre hangi teorinin uygulanacağına karar verilmelidir. Mahkemeler ise, bu teorilerden ayrılarak pragmatik bir yol izlemektedir⁵⁰⁰. Bu açıdan, karma sözleşmelere uygulanacak hükümler açısından genelgeçer bir çözüm yolu bulunmamaktadır. Hâkim somut olayın gereklerine göre, en uygun ve adil çözümü tespit edecek ve buna göre bir çözüm yolu belirleyecektir.

Yazılım bakım sözleşmesi, klasik veya uygulamanın tipikleştirdiği haliyle içerdiği unsurlardan dolayı, kanunda düzenlenen ve düzenlenmeyen sözleşmelerin bir araya gelmesinden oluşan bir isimsiz sözleşme; en geniş anlamıyla bir karma sözleşme olarak kabul edilmektedir⁵⁰¹. Karma sözleşmenin var olabilmesi için, bir araya gelen sözleşmelerden sadece birinin kanunda düzenlenmiş olmasının yeterli olduğu dikkate alındığında, yazılım bakım sözleşmesini karma sözleşme olarak nitelendirmesi yerindedir. Zira bakım sözleşmesinin tipikleşen dört ediminden üçü eser ve/veya vekâlet sözleşmesine aittir. Sadece güncelleme yükümlülüğü, bazı durumlarda lisans sözleşmesinin konusunu oluşturur⁵⁰².

Yazılım bakımı sözleşmesi, çalışmamızda her ne kadar pratik sonuçları açısından faydalı olmadığını düşünsek de, karma sözleşme olarak kabul edilebilecek

⁴⁹⁹ Kuntalp, s. 260-261; Thevenoz/de Werra, CoRo, Intro ad Art. 184 ff, N. 19; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 56; Thevenoz/de Werra, Intro ad Art. 184 ff, N. 19; Amstutz, Morin, BSK-OR-I, Einl. vor OR 184 ff. N. 23 vd.; Schluep, s. 964; Eren, isimsiz sözleşmeler, s. 98, yazar kıyas yoluyla uygulama veya hukuk yaratma yollarından birinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Benzer şekilde, altlama faaliyeti yaparak belirli bir tip sözleşmenin hükümlerini uygulamak yerine, menfaatler dengesine ve somut olayın koşullarına uygun düşen kuralı uygulamak ve eğer böyle bir kural yoksa bu tür bir kuralı yaratmak gerektiği yönünde, bkz. Serozan, s. 40. Eser ve vekâletin unsurlarının bir arada bulunduğu, diş hekiminin protez yapması gibi sözleşmelerde terkip (kombinasyon) teorisinin uygulanması gerektiğine ilişkin, Hatemi, s. 388. Tüm bu görüşlere karşın, Türk hukukunda kıyas görüşünün ağır bastığı yönünde, Zevkliler, Gökyayla, s. 21.

⁵⁰⁰ Huguenin, N. 30, “*Methodenpluralismus*”; Pichonnaz, s. 40; Amstutz, Morin, BSK-OR-I, Einl. vor Art. 184 ff. N. 31; Thevenoz/de Werra, CoRo, Intro ad Art. 184 ff, N. 19a, yazarlar bu pragmatizmin kendisini en çok tam mimarlık sözleşmesinde gösterdiğini söyleyerek, vekâlet ve eser sözleşmelerinden oluşan bu sözleşmeye Federal Mahkemenin, vekâlet hükümlerinden sadece feshe ilişkin olanını uyguladığını söylemektedir. Devamında ise, bu nev’i şahsına münhasır yolun, izlenebilecek bir metot sunmadığı için herhangi bir fayda sağlamadığını da eklemektedir. Ayrıca, Amstutz, Morin, BSK-OR-I, Einl. vor Art. 184 ff. N. 28, sözleşmenin sorunlu alanları ayrı ayrı tespit edilmelidir. Bu tespitten sonra, sorunun yoğunlaştığı alanda hangi hukukî ilişki ağır basıyorsa o sözleşmenin hükümleri uygulanmalıdır. Aynı yönde, Werro, CoRo, Art. 394, N. 33, vasıta borcu yüklenilen bir sözleşmeyle eser sözleşmesi birlikte bir karma sözleşme içerisinde yer alabilir. Bu durumda, somut sözleşme ilişkisinde hangi çözüm elverişli ise, ona göre hüküm vermek gerekir. Ancak vekâletin sona ermesine ilişkin İBK m. 404 hükmünün İsviçre’de emredici olarak kabul edilmesi, bu uygulamayı ciddi şekilde sorunlu hale getirecektir.

⁵⁰¹ Widmer, s. 71-72; Eckert, s. 132. Ayrıca özel okul sözleşmesini de içerisinde bulunan atipik unsurlara karşı, benzer bir şekilde karma sözleşme kabul eden, Tiftik, s. 121.

⁵⁰² Bkz. yukarıda II, B, 5, a, (4), Güncelleme ve Geliştirme Yükümlülüğü.

unsurlardan oluşmaktadır. Buna karşın, yazılım bakımı sözleşmesinin eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olarak nitelendirilmesine yönelik doktrindeki baskın eğilim⁵⁰³, kanaatimizce isabetli değildir. Bu görüşe göre sözleşmenin amacı, yazılımın çalışır bir vaziyette tutulmasıdır. Bunun için yazılımcı hata düzeltme edimlerini üstlenir ve sözleşmede ağırlıklı noktayı da hata düzeltme oluşturur. Vekâlete ilişkin destek borcu ve güncelleme yayınlama yükümlülüğü de bu esas edimin bir uzantısı mahiyetindedir. Bundan dolayı sözleşme, eser sözleşmesi ağırlıklı, bir nevi atipik bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Önemine binaen bu görüşleri, içerdikleri farklılıklarla beraber ayrıntılı bir şekilde incelemek gereklidir.

Yazılım bakımı sözleşmesinin eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olduğunu savunan Weber, sözleşmeye eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre, bakım sözleşmesinde yazılımcı bir sonuç taahhüt etmektedir. Bundan dolayı sözleşmede eser sözleşmesinin karakteri daha ağır basar ve eser sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır⁵⁰⁴. Buna karşın, yazara göre, eğer sözleşmede bir sonuç taahhüdü yok ve sadece çalışma borçlanılmışsa, bu takdirde sözleşmeye vekâlet hükümlerinin uygulanması uygun olacaktır.

Widmer'e göre, yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğine ve sözleşmede boşluk olduğu takdirde hangi hükümlerin uygulanacağına, somut olayın koşullarına bakılarak karar verilmelidir⁵⁰⁵. İlke olarak sözleşmede ağırlık noktası oluşturan bir edim varsa, boşluk halinde, ona ilişkin kanun hükümleri uygulanacaktır. Buna karşın bakım sözleşmesi, çoğu zaman birbirine denk olan edimlerden meydana gelir. Bu takdirde, hata düzeltme edimi için bir eser sözleşmesi, genel bakım faaliyetleri ve destek hizmetleri için vekâlet sözleşmesi ve güncelleme yayınlama için de kira, lisans

⁵⁰³ Waser, s. 37; Gauch, Werkvertrag, N. 323. Gauch bu bölümde, yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin inceleme yapmadan, diğer "sürekli edimli eser sözleşmeleriyle" birlikte doktrindeki görüşleri aktarmaktadır. Yine sözleşmenin eser sözleşmesi ağırlıklı karma sözleşme olduğuna ilişkin, Weber, s. 64-65; Sury, s. 38. Yazarın bu değerlendirmenin hemen ardından, fesih süresinin her iki taraf açısından bu sürekli sözleşme ilişkisinde uzun olduğundan bahsetmesi, vekâletten kaçma endişesine ilişkin şüphe uyandırmaktadır. Bu doğrultuda tüm sözleşme ilişkisinin bir vekâlet olarak nitelendirilmemesini, açık bir şekilde vekâletin sona ermesine ilişkin bu kurala bağlayan, Briner, s. 152, yazara göre her zaman sözleşmeyi sonlandırma hakkı, korunması gereken tarafın menfaati ile çelişirse veya somut olayda olumsuz sonuçlar verirse vekâlet tüm sözleşme için gündemde kalmaz. Aynı doğrultuda, fikrî eser sözleşmesinin İsviçre ve Türk hukuklarında rağbet görmesinin sebeplerinden birini, vekâletin sona ermesine ilişkin özel duruma bağlayan, Hatemi, s. 389.

⁵⁰⁴ Weber, s. 60, bakım sözleşmesi için vekâlet değil, eser sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanmasını; ancak sözleşmenin sürekli bir borç ilişkisi içerdiğini de dikkate almak gerektiğini savunmaktadır. Eser sözleşmesi karakterinin vekâletten daha baskın olduğunu, çünkü sonucun garanti edildiğini düşünmektedir.

⁵⁰⁵ Widmer, s. 71.

veya satış sözleşmesi gündeme gelmektedir. Bunların bir arada bulunduğu sözleşme ilişkisinin önemli karakterlerinden biri de sürekli borç ilişkisinin olmasıdır. Eğer ilgili sözleşme hükümlerinin uygulanması, somut olayın yapısına uygun düşmez veya taraflar arasındaki sürekli sözleşme ilişkisi başka bir çözüm bulmayı gerektirirse, ona göre davranmak gerekir⁵⁰⁶. Bu noktada, yazara göre, tüm sözleşme ilişkisi ve tekil edimler arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Tüm sözleşme ilişkisine, art arda teslimli sözleşmelere ilişkin kurallar kıyasen uygulanabilir. Temerrüt, hiç ifa etmeme ya da gerektiği gibi ifa etmeme halinde ise, tekil sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanmalıdır. İstisnai olarak ise, sistemin hiç çalışmaması, kesintiye uğraması halinde, tekil edime ilişkin hükümler, tüm sözleşmeye de uygulanabilir⁵⁰⁷.

Straub'a göre ise, yazılım bakım sözleşmesine vekâlet ve eser sözleşmesi hükümleri birlikte uygulanmalıdır⁵⁰⁸. Buna karşın yazar, teorik olarak bu görüşü aktardıktan sonra, bu hükümlerin nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklama yapmamaktadır. Anlaşıldığı kadarıyla, karma sözleşmeyi oluşturan unsurlardan baskın olan vekâlet ve esere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasından bahsetmektedir.

Fröhlich-Bleuler'e göre, öncelikle, edimlerin birbiriyle kurduğu bağa dikkatli bakmak gerekir. Eğer edimlerin birbirinden bağımsız olduğu kabul ediliyorsa, sözleşme veya hukukî ilişkiye kendisine ilişkin kurallar uygulanmalıdır⁵⁰⁹. Bu husus özellikle yazılım bakımıyla birlikte imzalanan bir kaynak kod *escrow* sözleşmesi veya bulut sözleşmesinin varlığında gündeme gelebilir. Bu takdirde, her iki sözleşmenin akıbetine ayrı ayrı karar vermek gerekir⁵¹⁰. Somut olaydaki yazılım bakım sözleşmesinde hata düzeltme, destek ve güncelleme edimlerinden sadece birisi kararlaştırılmışsa hukukî sorunlar nispeten daha kolay çözülecektir. Sadece hata düzeltme veya sadece destek hizmetleri borçlanılmışsa, sürekli edimli bir eser sözleşmesi veya sürekli edimli bir vekâlete eklenen art arda teslimli satış (*Sukzessiv-Lieferungsvertrag*) unsurlarından bahsedilir. Yalnızca yeni yazılım sürümlerinin

⁵⁰⁶ Widmer, s. 72.

⁵⁰⁷ Widmer, s. 160, yazar ZürchKomm, OR 184 N. 106'ya atıf yaparak (dn. 622), sözleşmedeki tekil bir edime, tüm sözleşmenin bağımsız bir bölümü gibi davrandığımız için, bu tekil edimin bireysel bir sözleşme gibi ele alınacağını söylemektedir.

⁵⁰⁸ Straub, s. 201.

⁵⁰⁹ Fröhlich-Bleuler, N. 3058.

⁵¹⁰ Aynı yönde Eckert, 133, 134, buna karşın yazar, somut sözleşme ilişkisinin yorumundan çıkacak neticenin önemli olduğunu ve ilke olarak bu kabul edilse de, bu incelemeye göre karar verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Özellikle, yazılım bedelinin belirlenme şekli bu noktada önem kazanmaktadır.

teslimi kararlaştırılmışsa, bu takdirde bir yazılımın devrine yönelik sözleşme (geçici veya sürekli) ile art arda teslimli satış sözleşmesinden bahsedilecektir⁵¹¹.

Yine Fröhlich-Bleuler'e göre, eğer taraflar sözleşmede tipik edimlerden birini değil de bakım, destek ve güncellenmenin hepsini birden kararlaştırmışlarsa, o takdirde ikili bir ayırım yapılmalıdır. Eğer edimlerden birisi sözleşmenin ağırlık noktasını oluşturuyorsa, ona ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Eğer sözleşmede herhangi bir edim ağırlık oluşturmuyor ve edimler az çok denk dağılıyorsa, bütün sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu durumda, sözleşmenin karma bir isimli sözleşme olduğundan bahsedilmektedir⁵¹².

b. Yazılım Bakımı Sözleşmesine Ayıp Hükümlerinin Uygulanması

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının bir sonuç borcu yüklendiği ve bu borcun eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki baskın görüşün en önemli sonucu, eserin ayıplı olmasından kaynaklanan hakların uygulanma imkânı bulmasıdır. Bu görüşü savunan yazarların çoğu da, aşağıda inceleneceği üzere, ayıp hükümlerinin yazılım bakımı sözleşmesine uygulanmasını kabul etmektedir. Buna göre, bir bakım ayıbının ortaya çıkması halinde, müşteri ayıptan doğan seçimlik haklara sahip olacaktır. BK m. 475'te sayılan ayıptan doğan haklar, sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme ve eserin ücretsiz onarımını isteme şeklinde ifade edilmiştir. Bu başlık altında, ayıptan doğan hakların yazılım bakımı sözleşmesinde kullanılmasını savunan görüşlere yer verilecek ve bu görüşlere ilişkin değerlendirme de birlikte yapılacaktır.

Yazılım bakımı sözleşmesinde, bakımın kötü ifası en sık karşılaşılan uyuşmazlıklardandır⁵¹³. Edimin gereği gibi ifa edilmemesi, özellikle hata düzeltme ediminde diğer edimlere nazaran daha fazla gündeme gelir. Hata düzeltmenin gereği gibi ifa edilmemesi bu açıdan sözleşmeden beklenen ekonomik faydayı tamamen ortadan kaldırır. Yazılımda kullanımı engelleyen bir hatayla karşılaşılması halinde, müşterinin sözleşmeden beklediği fayda tümüyle ortadan kalkabilir. Tarafların edimlerini incelerken aktardığımız üzere⁵¹⁴, eser sözleşmesi kapsamında

⁵¹¹ Fröhlich-Bleuler, N. 3059.

⁵¹² Fröhlich-Bleuler, N. 3060.

⁵¹³ Widmer, s. 161.

⁵¹⁴ Bkz. yukarıda, II, B, 5, a, i, Hata Düzeltme Yükümlülüğü.

değerlendirilen hata düzeltme yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi halinde de eser sözleşmesinde ayıptan doğan hükümlerin uygulanma imkânı tartışılmaktadır.

Edimin gereği gibi ifa edilmemesi, baskın görüş uyarınca eser, vekâlet ve lisans sözleşmelerinin unsurlarını barındıran yazılım bakımı sözleşmesinde, Borçlar Kanununun genel hükümlerindeki ifaya ilişkin kuralların, eser sözleşmesinde de ayıp hükümlerinin gündeme gelmesine sebep olmaktadır. Doktrinde genel olarak, “somut olayda en uygun çözümü bulmak” şeklinde ifade edilen, karma sözleşmenin unsurlarına, ilişkili oldukları sözleşmenin hükümlerini uygulama eğilimi mevcuttur.

Doktrinde yazılım hatası, kural olarak tek başına bir ayıp olarak değerlendirilmemektedir. Bunun sebebi yazılımın hatasız olmayacağını kabul edilmesidir⁵¹⁵. Yazılım bakımı sözleşmesinin konusu da, zaten yazılımın kullanımı sırasında meydana gelen bu hataları gidermektir. Buna karşın hata, eğer hata düzeltme hizmetinden sonra ortaya çıkar veya hataya yazılımcının yaptığı hata düzeltme yol açarsa, yazılım bakımı sözleşmesi kapsamında bir ayıplı ifanın varlığı kabul edilmektedir⁵¹⁶. Ayrıca, güncellemeler ve yeni sürümler de ayıplı olabilir ve küçük çaplı güncellemeler (yama ya da *patch*) eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilebileceği için, bu edimlere de ayıp hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir.

Doktrinde baskın görüş, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halinde ayıp hükümlerinin uygulanacağını savunmaktadır. Bu durumda, eser sözleşmesi unsurlarını taşıdığı düşünülen hata düzeltme işleminin ayıplı yapılması, yani bakım ayıbı olması halinde müşteri ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir⁵¹⁷. Baskın görüşe karşın, ayıp hükümlerinin, ifaya olan menfaatin yerine geçtiği ve bu yüzden, sürekli edimli sözleşmede, eğer iş sahibinin sözleşmeyi sonlandırma iradesi yoksa ayıp hükümlerinin uygulanamayacağı da savunulmaktadır⁵¹⁸. Bu görüşe göre bakım sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olduğu için, ayıp hükümlerinden faydalanma imkânı sözleşmenin devamı sırasında değil; ancak sözleşme sona erdiği takdirde mümkün olabilir. Eğer

⁵¹⁵ Jaccard, Robert, s. 109; Fröhlich-Bleuler, N. 3287.

⁵¹⁶ Widmer, s. 164; Fröhlich-Bleuler, N. 3288.

⁵¹⁷ Fröhlich-Bleuler, N. 3288 vd. Yazar, sadece ayıplı bakım için değil, hem güncelleştirmeler hem de destek ediminin ifasında ayıp olabileceğini ve ayıptan doğan hakların kullanılabilirliğini savunmaktadır. Ayrıca, eser sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanmasını teorik olarak kabul eden (Widmer, s. 44), ancak bu hakların çoğunun kullanılmasını çeşitli sebeplerle mümkün görmeyen, Widmer s. 160 vd. Aynı yönde Weber, s. 63 vd.

⁵¹⁸ Bartsch, s. 1528. Yazarın bu değerlendirmeyi Alman hukuku açısından ve Alman hukukunda yapılan medeni kanun revizyonundan sonra yaptığını hatırlatmak gereklidir.

edim ayıplı ise, bunun giderilmesi de zaten sözleşmede müşterinin sürekli olarak talep edebileceği bir husus olduğu için ayıp hükümlerinin uygulanmasına gerek yoktur.

Yazılım bakımı sözleşmesinde bakımın ayıplı olması halinde müşteri, ayıpların giderilmesini isteme hakkına sahiptir. Buna göre, çok pahalı olmadıkça veya imkânsız olmadıkça, müşteri ayıbın giderilmesini isteyebilmelidir⁵¹⁹. Buna karşın, yazılımcının sözleşmedeki aslî edimlerinden birisinin hata düzeltme olduğu dikkate alındığında, bu görüşün pek bir anlamı kalmamaktadır. Yazılımcı, bakım ediminde çıkan hatayı da, evleviyetle sözleşmedeki edim yükümlülüğü gereğince gidermelidir⁵²⁰. Bunun için ayıptan doğan haklardan ayıbın giderilmesini isteme hakkına başvurulması kanaatimizce gerekli değildir. Onun yazılım bakımı sözleşmesinden doğan yükümlülüğü, sözleşme sona ermediyse, zaten yazılımdaki hataları gidererek veya destek faaliyetlerini yerine getirerek yazılımın çalışır vaziyette kalmasını sağlamaya çalışmaktır.

Yazılım bakımı sözleşmesinde bakımın ayıplı olması halinde, müşterinin ayıp sebebiyle bedelden indirim hakkını kullanabileceği de doktrinde kabul edilmektedir⁵²¹. Bu görüşe göre müşteri yazılım bakımı faaliyetinde meydana gelen hata sebebiyle, sözleşmede kararlaştırılan ücretten indirim talep edebilir. Buna karşın, sadece bir hata düzeltmenin kötü ifasından dolayı, bedelden indirimi istemek pratik olarak ciddi sorunlar çıkartacak niteliktedir. Yazılım bakımı sözleşmesi sürekli bir sözleşme olduğu ve yazılımın kullanım ömrü içerisinde, belirsiz aralıklarla birçok defa hata oluşabileceği için, bedelin belirlenme usulüne bağlı olarak bir indirim çoğu zaman mümkün olmayacaktır⁵²². Çoğu zaman bakım için harcanan mesaiye göre belirlenen bedelin, sözleşme süresi içerisinde ifa edilen onlarca hata düzeltmeden sadece birisinde gereği gibi ifa etmeme sebebiyle nasıl indirileceği çözülmesi güç bir meseledir. Ayrıca, sözleşmede kararlaştırılan ve hata veya destek faaliyetinde gecikme olması halinde ceza tutarlarının devreye girmesine sebep olan hizmet seviyesi anlaşmaları, tarafların bu indirimle elde edebilecekleri menfaatten daha fazlasını sağlayacak nitelikte olabilir⁵²³.

⁵¹⁹ Widmer, s. 172-174; Fröhlich-Bleuler, N. 3295 vd.

⁵²⁰ Bartsch, s. 1528.

⁵²¹ Widmer, s. 171; Fröhlich-Bleuler, N. 3301.

⁵²² Widmer, s. 172. Kanaatimizce bu görüş kabul edilse bile, bedelden indirimde en fazla, bakım hatası olarak nitelendirilen bir hata düzeltmenin, taraflar arasında belirlenen tarifiede harcanılan mesai kalemine dâhil edilmemesi, yani bir ücret olarak yansıtılmaması gündeme gelebilir.

⁵²³ Bkz. ileride, III, E, Yazılımcının Özen Yükümlülüğü.

Müşterinin bedelden indirim talep etmesi kabul edilmesine karşın, ayıpsız yazılımın bedeliyle ayıplı yazılımın bedeli arasındaki farkın istenmesi doktrinde kabul edilmemektedir⁵²⁴. Zira bakımı yapılan yazılımın ayıplı olmasından dolayı sorumluluk, yazılımın üreticisine veya yazılımı devredene aittir. Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcı, hatalar ortaya çıktığı zaman buna müdahale ederek, sistemin tekrar sorunsuz çalışması için emeğini sarf eder. Onun hata düzeltme yükümlülüğü bakımından “eser”i her ne kadar yazılımı imal eden gibi teknik kodlardan oluşsa da, yazılım bakımı sırasında yaptığı işin, yani yazdığı kodların, çoğu zaman tek başına bir ekonomik değeri olmayacaktır. Yazılımcı başkasının yaptığı bir program için bakım hizmeti verdiğinde bu durum aşikârdır. Yazılımcının kendi ürettiği bir program için bakım hizmeti verdiğini varsaysak bile bu husus yazılım bakımı sözleşmesi dışında başka bir devir veya kullandırma sözleşmesinin konusu olduğu için, onun yazılım imalinden dolayı sorumluluğu yazılım bakımı sözleşmesinin dışında kalacaktır. Ayrıca, bakım borçlusu ve yazılım üreticisinin aynı kişi olması durumunda, bakım sözleşmesi üzerinden değil, yazılımın imalini veya devrini sağlayan sözleşme üzerinden bir sonuca ulaşmak gerekir. Buna karşın, yazılım konusunda bu türden bir ayıpla sık karşılaşılmadığını belirtmek gerekir.

Müşterinin yazılım bakımı sözleşmesinde ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için yapması gereken bildirim yükümlülüklerini de ele almak gerekir. Bu noktada, yazılımın tesliminden sonra, yani yazılım bakımında hataların düzeltilmesinden ve buna ilişkin belgelerin alınmasından sonra, bildirim yükümlülükleri de söz konusu olacaktır. Ayıplı edimin müşteri tarafından kontrolü teknik sebeplerle mümkün olmayacaktır. Müşteri, kendisi de yazılım alanında çalışmadığı takdirde, kodların kalitesini ölçemez. Bu mümkün olsa bile, onun bu ek maliyetle karşı karşıya bırakılması için herhangi bir sebep yoktur. Bu sebeple onun yapacağı kontrol, yazılımın/sistemin tekrar çalışmasına ilişkin olacak veya yazılımda tekrar hataya hata vermesine ilişkin bir bildirim yükümlülüğü doğacaktır⁵²⁵. Kanaatimizce, bu husus da eser sözleşmesine ilişkin ayıp hükümlerini “zorla” bu sözleşmeye uygulamakla ilgilidir. Yazılım bakımı sözleşmelerinde, müşteri ile yazılımcı arasındaki ilişki, hatalar ve bunların bildirilmesi noktasında bir süreklilik arz etmektedir. Sadece bir hata düzeltme ediminin ayıplı olmasından dolayı sözleşmeyi sonlandırmak imkânı verilmediğine göre, müşteri zaten her ayıbı birlikte çalışma

⁵²⁴ Fröhlich-Bleuler, N. 3301.

⁵²⁵ Widmer, s. 166.

yükümlülüğü kapsamında yazılımcıya bildirecektir. Aksi takdirde, müşterinin, hukuken külfet olarak nitelendirilen ve yerine getirilmediğinde sözleşmesel haklarını ileri süremeyeceği bildirim yükümlülüğünü, ayıptan doğan hakları kullanmak için yapması gereken bildirimler olarak anlamak gerekecektir.

Doktrinde ayıptan doğan haklardan, sözleşmeden dönme hakkının da kullanılması incelenmektedir⁵²⁶. Bu hakkın kullanılmasının uygun olabilmesi için, hem ayıplı ifa edilen sözleşme kısmı açısından hem de tüm sözleşme ilişkisi açısından değerlendirme yapılmaktadır. Bu bağlamda, izole edilmiş, tekil bir edim için dönme hakkının kullanılması teorik olarak mümkün görülmekle birlikte, dönme hakkının bu şekilde kullanılması sonuçları açısından sorunlar çıkarmaktadır⁵²⁷. Bu görüşe göre daha doğru olan, art arda gelen tekil edimleri birbirinden bağımsız sayarak bir sonuç çıkarmaktır.

Yine dönme hakkı kabul edildiği takdirde, sözleşmeden dönme halinde, yazılımcının bakım bedelini iade etmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu durum, bedelden indirim hakkının kullanılmasında olduğu gibi, tekil edimlerin, yani sözleşmede tekrar eden ardışık edimlerin, değerinin belirlenmesini gerektirir. Bu ise, aynı şekilde geri ödemenin nasıl yapılacağına ilişkin bir zorluk ve belirsizlik oluşturmaktadır⁵²⁸. Ayrıca, dönme hakkı kabul edilse bile, sürekli bir sözleşme ilişkisi olan bakım sözleşmesini sona erdirmek için, ayıp sebebiyle dönme hakkı ancak ileriye etkili olarak kullanılabilir⁵²⁹.

Güncelleme yükümlülüğünün ayıplı ifasında, bu sözleşmenin hukukî niteliğine göre, kıyasen uygulanacak kurallar değişiklik göstermektedir. Buna göre, yeni sürüm, sürekli bir şekilde devredilirse, satış sözleşmesindeki ayıp hükümleri uygulanacaktır. Yamalar veya basit düzeltmeler ise eser sözleşmesi hükümlerine tabi olarak kabul edilmektedir⁵³⁰. Bunun yanında, destek ediminin gereği gibi ifa edilmemesi halinde, vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilen bu edim için, genel hükümlere başvurmak gerektiği için, ayıptan doğan haklara ilişkin değerlendirme yapılamamaktadır.

⁵²⁶ Widmer, s. 167.

⁵²⁷ Widmer, s. 168.

⁵²⁸ Widmer, s. 168-169.

⁵²⁹ Widmer, s. 168; Fröhlich-Bleuler, N. 3300.

⁵³⁰ Widmer, s. 176.

4. Değerlendirme

Yazılım bakımı sözleşmesinin eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olarak görülmesindeki sebeplerden biri, bu sözleşmenin donanım bakımı veya mekanik bakım sözleşmesine benzer addedilmesidir⁵³¹. Yazılım bakımı sözleşmesi, bu sözleşmeye benzetilen donanım bakımıyla veya diğer mekanik bakım sözleşmeleriyle bir tutulmamalıdır. Donanım bakımı veya genel olarak bakım sözleşmelerinde sözleşmenin amacı, bakımı yapılan şeyi, bu şeyin çalışmaya devam etmesini sağlamak amacıyla orijinal halinde tutmaya çalışmaktır. Bakımı yapılan şeyin arıza vermesi veya çalışmaması, bu şeyin ilk olarak üretildiği halinden farklılaşması anlamına gelir. Çoğu zaman da tamir veya bakım faaliyeti, o şeyi eski haline geri getirmeyi hedefler. Bu orijinal haline geri getirmek işi de, hayatın olağan akışında, çoğu zaman sonucu taahhüt edilebilir bir şeydir.

Yazılım bakımında, yazılımcının sözleşmedeki amacı yazılımı çalışır vaziyette tutmak olsa da, bunun için yapılan işin mekanik bakım sözleşmesinden farklı olduğunu görmek gerekir. Yazılımcı, yazılımın sağlıklı bir şekilde çalışmaya devam edebilmesi için, sistemi ayakta tutmak amacıyla orijinal halinde tutmaya çalışmamakta, aksine bu sistemi geliştirmekte sürekli olarak değiştirmektedir. Bunun için yazılımı, yazılım ortamıyla (işletim sistemi, donanım, ilişkili programlardaki güncellemeler vs.) birlikte sürekli takip etmektedir. Yazılımcının edimi sadece bu noktada değil, yazılım tabiatı gereği kusursuz olamayacağı ve yazılım bakımının sonucu, yani yazılımı sürekli bir şekilde ayakta tutmak kesin olarak taahhüt edilebilebilir olmadığı için de klasik bakımdan ve donanım bakımından farklılaşır⁵³². Bundan dolayı, sözleşmede yapılan iş, her ne kadar hata düzeltme fiilinin tek başına bir eser sözleşmesine konu olacağı düşünülse bile, sonucu kesin olarak taahhüt edilemeyen bu çalışma ve bununla birlikte diğer faaliyetler, eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olarak nitelendirilmemelidir. Yazılımcının borcunun bu noktada, vasıta borcu olduğunu kabul etmek gerekir.

Yazılım bakımı sözleşmesini eser sözleşmesi ağırlıklı görmenin bir diğer sakıncası sözleşmede, yazılımcının ifası ve müşterinin edimlerin ifasına olan menfaati

⁵³¹ Eckert, s. 131, yazar, doktrinde bu eğilimin yazılım bakımı sözleşmesi için Almanca *Softwarewartung* adını kullananlar tarafından desteklendiğini aktarmaktadır. Buna karşın yazılım bakımı sözleşmesi için Almanca *Softwarepflege* ismi de kullanılmaktadır. Bu çalışmada yararlanılan kaynakların sözleşmeye Almanca'da verdikleri isimlerdeki farklılık da bu görüşü desteklemektedir. Karş.. yukarıda dn. 221.

⁵³² Eckert, s. 132.

açısından, edimler arasında çoğu zaman bir eşitliğin söz konusu olmasıdır⁵³³. Bu açıdan hata düzeltme edimini diğer edimlerden üstte tutarak, sözleşmeyi eser sözleşmesi ağırlıklı bir sözleşme saymak gerçekçi olmayacaktır. Yazılımcının bu edimlerin ifası için harcadığı zaman da bunu destekleyici bir sav olabilir. Hata düzeltme, hata ortaya çıktıkça yerine getirilen bir edimken, yazılımcı sürekli olarak destek faaliyetini yerine getirmek için hazır olmalı ve bu doğrultuda personel istihdam etmelidir. Bu açıdan yazılımcının destek edimi için daha fazla mesai yapması çok muhtemeldir. Bunun dışında, güncelleme hazırlamak için harcayacağı zaman da hata düzeltme ediminden daha fazla olabilir. Bu yüzden, yazılım bakımı sözleşmesinde edimlerden birinin diğerinden daha ağırlıklı olduğu iddiası veya bu ihtimale dayanan değerlendirmeler uygulama açısından makul görünmemektedir.

Sözleşmeye konu olan edimlerin bir an için karma sözleşme oluşturduğu düşünülse bile, sözleşmenin sürekli edimli karakteri sebebiyle oldukça atipik bir durum ortaya çıkmaktadır. Yazılım bakımı sözleşmesindeki edimlerden hata düzeltme, sözleşmenin sürekli edimli karakteri sebebiyle atipik bir karakter taşımaktadır. Bu açıdan atipik bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilir ve *sui generis* bir işgörme sözleşmesidir⁵³⁴. Aynı şekilde destek verme edimi de bir atipik vekâlet olduğu için, yazılımcının edimlerinden geriye bir tek güncelleme yükümlülüğü kalmaktadır. Bu sözleşmenin de çoğu zaman *sui generis* bir sözleşme olan lisans sözleşmesi olduğu varsayılırsa, karma sözleşme olarak nitelendirilen yapının tamamının atipik unsurlardan oluştuğu görülecektir. Bu husus da kanuni tiplere ilişkin kuralların ve özellikle ayıptan doğan hakların bu sözleşmeye uygulanmasını iyice zorlaştırmaktadır. Bu açıdan, tekil edimler her ne kadar kanundaki tiplere yakın olsa da, bunların kendi aralarında oluşturdukları bağ ve buna eklenen sözleşmenin sürekli edimli karakteri, sözleşmeyi özellikle eser sözleşmesi gibi bir yapıdan oldukça uzağa taşımaktadır.

Yazılım bakımı sözleşmesi bir işgörme sözleşmesi olarak eser ve vekâlet sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan edimlerden oluşmaktadır. Buna karşın, bu edimlerin hiçbirisi tek başına sözleşmenin ne olduğuna ilişkin kanaati yeterli düzeyde oluşturamamaktadır. Bunun için, bu bölümde ikinci başlıkta göstermeye çalıştığımız üzere, yazılım bakımının bütününe etki eden, sözleşmenin sürekli edimli karakteri ve edimlerin kendi aralarında oluşturdukları bağ temel değerlendirme noktası olmalıdır.

⁵³³ Widmer, s. 66.

⁵³⁴ Karş. dn. 452.

Zira sözleşme ister karma nitelikli, ister eser veya vekâlet ağırlıklı olarak kabul edilsin, bu sözleşmelere ilişkin hükümler, yazılım bakımı sözleşmesinin sürekli edimli karakteri dikkate alınarak uygulanabilecektir. Ayrıca, edimlere olan ihtiyacın çoğu zaman birbirinin sonucunda ortaya çıkması, kimi zaman birinin diğerine hazırlık oluşturması, bazen de birinin iyi ifa edilmesinin diğer edime ihtiyaç bırakmaması gibi sebeplerle, karma sözleşmeyi oluşturan unsurlardan hareket ederek yazılım bakımı sözleşmesine yaklaşmak isabetli sonuç vermeyecektir. Dolayısıyla, sözleşmenin tümüne birden etki eden hususları bir arada değerlendirerek, sözleşmenin tamamını tek bir yapı gibi görmek hem menfaatler dengesine hem de somut sözleşme ilişkisinin yapısına daha uygun düşen bir yaklaşım olacaktır.

Tüm bu sebeplerle yazılım bakımı sözleşmesinin özellikle eser sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olarak nitelendirilmesi, kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir. Yazılım bakımı, işin tabiatı gereği, sonucu, yani yazılımın sorunsuz bir şekilde hiç hata vermeden çalışması taahhüt edilemeyen bir sözleşmedir⁵³⁵. Sözleşmenin tümünden soyutlayarak incelediğimizde, tek başına hata düzeltme ediminin sonucunun taahhüt edilebilir olması, bunun somut olayda taahhüt edildiği anlamına da gelmemektedir. Uygulamada çoğu zaman yazılımcı bunun yerine edimi en iyi şekilde ifa edeceğini taahhüt etmektedir. Aynı zamanda bunu kuvvetlendirecek bir şekilde, sözleşmede hizmet seviyesi anlaşmaları yapılmakta, onun borcu bu açıdan objektifleştirilmekte ve yazılımcının, bu edimi ifası konusunda standartlar getirilmektedir⁵³⁶.

Müşterinin bir para borçlusu olduğu, yazılımcının ise sürekli olarak ayakta tutmaya çalıştığı bir sistemle, yani yazılımla ilgili olarak teknik destek, hata düzeltme ve güncellemeleri sürekli bir şekilde yerine getirdiği yazılım bakımı sözleşmesi için, vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır. Bu sözleşmeye vekâlet sözleşmesindeki objektifleştirilmiş özen kıstası daha uygun düşmektedir. Bu yüzden, sözleşmenin karma sözleşme olmasına ilişkin değerlendirmeyi bir kenara bırakarak, sözleşmenin içerdiği atipik unsurlardan ve sözleşmede işgörme ediminin bir özenle, vasıta borcuyla üstleniliyor olmasından dolayı, tüm sözleşme ilişkisinin bir atipik vekâletmiş gibi değerlendirilmesi daha

⁵³⁵ Bu bağlamda, uygulamada özellikle lisans sözleşmelerinde sıklıkla rastlanılan ve garanti süresi şeklinde sözleşmelerde yer alan kayıtlara da dikkat çekmek gerekir. Bu kayıtlarla yazılımcı, genellikle hatasız bir yazılımı garanti etmez. Aksine bu kayıtlar, garanti edilen süre içerisinde ortaya çıkan hataların herhangi bir bakım ücreti istenmeden ortadan kaldırılacağını ve bundan dolayı müşteriye ek bir yükümlülük getirilmeyeceğini ifade eder.

⁵³⁶ Bkz. ileride, III, E, Yazılımcının Özen Yükümlülüğü.

yerinde görülmektedir. Bu bakımdan, yazılım bakımı sözleşmesi, “eser temelli” veya “eser ağırlıklı” bir sözleşme değil, BK m. 502/II’nin uygulama alanına giren bir atipik vekâlet veya *sui generis* işgörme sözleşmesidir. Bu değerlendirme, atipik vekâlete verilen geniş anlam sayesinde, yazılım bakımı gibi atipik bir işin, serbestçe değerlendirilebilmesi açısından da isabetli olacaktır⁵³⁷.

İsviçre hukukunda ve hukukumuzda, güven ilişkisi, vekâlet verenin talimat verme yetkisi, sözleşmenin her zaman sonlandırılabilmesi gibi tipik vekâlete özgü hususlardan dolayı, vekâlet sözleşmesinden bir “kaçış” eğilimi göze çarpmaktadır⁵³⁸. Türk hukuku açısından, BK m. 502/II hükmünün uygulanmasına ilişkin yaptığımız yorumla birlikte, bir işgörme sözleşmesini vekâlet olarak nitelendirmekten çekinmeye gerek yoktur. Zira hükmün ifadesi, özellikle vekâlet hükümlerinin diğer işgörme sözleşmelerine, söz konusu somut sözleşme ilişkisinin yapısına, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasını öngörmektedir. Yani sözleşmede vekâletin tipik unsurlarına ait hükümler bulunmadığı takdirde bu sözleşmeye ilgili hükmün uygulanmaması gerekir. Tüm bu sebeplerle, sözleşmenin yapısına, tarafların üstlendikleri edimlere ve özellikle somut sözleşme ilişkisinde yazılımcının üstlendiği sorumluluğa bakarak, vekâlet sözleşmesinin özen yükümlülüğünün yazılım bakımı sözleşmesi açısından daha uygun olduğunu düşünmekteyiz. Bu doğrultuda, çalışmamızın III. bölümünde, yazılım bakımı sözleşmesine vekâlet hükümlerinin BK m. 502/II uyarınca uygulanma imkânı ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

⁵³⁷ Köteli (s. 157), finansal kiralama sözleşmesinin hukukî niteliğini değerlendirdiği bölümün sonunda, net olarak bir çözüm bulamamıştır. Yazarın Anglo-Amerikan hukukunda doğan yazılım bakımı sözleşmesi açısından da bir kıyas yapılabilecek değerlendirmesi şu şekildedir: “...bütün zorluk, farklı kavram ve kategorilerle muhakeme yapan bir sistemde yabancı bir kurumun değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Ve teslim etmek gerekir ki, hukukumuzda bu ilişkiyi bütün boyutları ile kucaklayacak ve ekonomisine ters düşmeyecek uygunlukta bir kalıp bulmak mümkün değildir. Bu yüzden ilişki, ülke ekonomisi bakımından yararlı görülüyorsa bunu olduğu gibi kabul edip, irade serbestisi içerisinde çözmek en doğru yol olmalıdır.”

⁵³⁸ Bkz. dn. 392.

III. VEKÂLET HÜKÜMLERİNİN YAZILIM BAKIMI SÖZLEŞMESİNE UYGULANMASI

Yazılım bakımı sözleşmesi, kanunda düzenlenmeyen bir işgörme sözleşmesi olduğu ve yazılımcı bakım sonucunu taahhüt etmediği için, bu sözleşmeye BK m. 502/II uyarınca vekâlet hükümleri uygulanmalıdır. Çalışmamızın ikinci bölümünde, BK m. 502/II uyarınca vekâlet hükümlerinin yazılım bakımı sözleşmesine ne ölçüde uygulanabileceği değerlendirilecektir. Bunun için, yazılım bakımı sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar, sözleşmede önem arz eden hususlar vekâlet hükümleriyle birlikte irdelenecektir. Bu çalışmanın sonunda, atipik vekâlet veya *sui generis* işgörme sözleşmesi olarak nitelendirdiğimiz yazılım bakımı sözleşmesine bu hükümlerin uygulanma kabiliyeti gösterilecektir. Sonuç olarak BK m. 502/II'nin pratik bir anlamı olup olmadığı da böylelikle ortaya çıkartılabilir.

Vekâlet sözleşmesi hükümleri, BK'nun 502. maddesi ile 514. maddeleri arasında düzenlenen on üç maddeden oluşmaktadır. BK m. 502 ve 503 hükümleri sözleşmenin tanımını yaptıktan ve kurulmasına ilişkin özel düzenlemeleri aktardıktan sonra, 512. maddeye kadar, sözleşmenin hükümleri düzenlenmiştir. Bu bölümde ilk olarak vekâletin kapsamı (BK m. 504), ardından vekilin borçları (BK m. 505-509), son olarak da vekâlet verenin borçları (BK m. 510-511) düzenlenmiştir. Vekâlet hükümlerinin son üç maddesi (BK m. 512-514) ise vekâletin sona ermesine ilişkindir.

Vekâleti düzenleyen kanun hükümleri, kural olarak emredici hükümler değildir. Yani vekâlet sözleşmesindeki kurallar birer yedek hukuk kuralı olup taraflar taşınır satışı veya eser sözleşmesinde olduğu gibi sözleşme serbestisi kapsamında bu hükümlerin aksini kararlaştırabilirler. İlke olarak vekâlet hükümlerinin emredici olmadığı kabul edilse de, İsviçre uygulamasında vekâletten azil ve istifaya ilişkin İBK m. 404 (BK m. 502) hükmü, İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrindeki bazı yazarlar tarafından emredici olarak kabul edilmiştir⁵³⁹. Ayrıca, reddedilmedikçe vekâlet ilişkisinin kurulacağına yönelik 503. maddede düzenlenen karinenin de bazı sözleşmeler açısından emredici olduğu dikkate alınmalıdır. Buna karşın, BK m. 502/II'nin ifadesi, bu hükümleri diğer işgörme sözleşmelerine uygularken bir değerlendirme veya denetim yapılmasını gerektirdiği için, Türk hukuku açısından bu

⁵³⁹ Bkz. ileride III, L, 3, Vekâletin Her Zaman Sona Erdirilebilmesi.

hükümlerin emredici olduğu fikri kabul edilemez niteliktedir. Aksi takdirde, sözleşme ve tip serbestisine ilişkin genel kuralların sebepsiz ve gerekçesiz olarak ihlal edilmesi sonucu doğacaktır.

Bu bölümde, vekâlet hükümlerinin yazılım bakımı sözleşmesine uygulanma imkânı inceleneceği için, kanunda düzenlenen vekâlet hükümlerinin sırasına uygun olarak bir inceleme yapılacaktır. Her bölümde, ilgili maddenin düzenlediği hususa uygun olarak öncelikle yazılım bakımı sözleşmesine ilişkin değerlendirme yapılacak, ardından vekâlet sözleşmesinin ilgili hükmü incelenecektir. Sonrasında her vekâlet hükmünün yazılım bakımı sözleşmesine uygulanma kabiliyeti değerlendirilecektir. BK m. 502/II hükmü, herhangi bir sınırlama yapmadan tüm vekâlet hükümlerinin uygulanmasından bahsettiği için, çalışmamızda da bu hükümlerin hepsinin incelenmesi yolu izlenecek; tartışmaların en yoğun olduğu, vekâletten azil ve istifaya ilişkin BK m. 512 hükmüyle sınırlı bir inceleme yapılmayacaktır. Buna karşın, vekâlet hükümlerinden yazılım bakımı sözleşmesine uygulanması mümkün görülmeyenleri, yalnızca bu kapsamda değerlendirilecek ve yazılım bakımı sözleşmesine niçin uygulanamayacağı izah edilmeye çalışılacaktır.

A. Sözleşmenin Kurulması

Hukukumuzda sözleşmeler, Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre, karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıyla kurulur (BK m. 1). Yazılım bakımı sözleşmesinin kurulmasında bu genel kurallardan ayrılmak için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Bakım sözleşmesi şekil serbestisi (BK m. 12) uyarınca herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Buna karşın uygulamada, tarafların menfaatleri doğrultusunda ve iş yapma alışkanlıkları açısından hemen her zaman yazılı şekilde yapılmaktadır.

Yazılım bakımı sözleşmesi için uygulamada çoğu zaman genel işlem koşulları şeklinde hazırlanmış tip sözleşmeler kullanılmaktadır⁵⁴⁰. Bu sözleşmeler, çoğunlukla yazılımcı tarafından hazırlanmaktadır. Taraflar bu tip sözleşmelerde yer alan şartlardan ayrılmayı gerektiren bir durum olduğu takdirde, bu özel konularda ayrı anlaşmalar da yapmaktadır⁵⁴¹. Yazılımcının çoğu zaman pazarlık gücünün daha fazla olmasından dolayı, bu sözleşmelere müşterinin müdahalesi her zaman fazla

⁵⁴⁰ Fröhlich-Bleuler, N. 39 vd.

⁵⁴¹ Widmer, s. 99-100. Bu tür kayıtlar, genellikle tip sözleşmenin sonuna eklenmektedir. Bkz. EK-Sözleşme, EK-9, Özel Şartlar.

olmamaktadır. Bu yüzden Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerine, yani ilgili denetimlere tabi olduğuna dikkat etmek gerekir.

Yazılım bakımı sözleşmesi gibi vekâlet sözleşmesi de genel hükümlere göre kurulur⁵⁴². Buna karşın, vekâlet sözleşmesinde BK m. 503 hükmü, resmî sığata sahip kişilerle (avukat, doktor) bir işi yapacağını önceden duyuranları (meselâ reklamcı) kapsayan ve sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel hükümlerin aksine, sessiz kalmaya onay sonucu bağlayan bir kural getirmektedir⁵⁴³. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel hükümlerden ayrılan bu kural, örtülü kabulü düzenleyen BK m. 6 hükmünden⁵⁴⁴ daha ileri bir düzenleme getirmektedir⁵⁴⁵.

BK m. 503 hükmü, diğer işgörmeye sözleşmelerine uygulanabilecek pratik bir kural koymamaktadır. Hüküm, daha çok belirli iş kollarında faaliyet yürüten kimselerin yapacağı sözleşmeler açısından, aksi ispat edilebilir bir karine getirmektedir. Bu açıdan serbest meslek faaliyeti yürüten avukat, hekim ve mimar hükmün kapsamına girmektedir⁵⁴⁶. Ayrıca daha önceden herhangi bir işi yapacağını duyuran sözelimi marangoz veya özel ders veren öğretmen de kendilerine yapılan sözleşme kurma önerisini reddetmedikleri takdirde, bu öneriyi kabul etmiş sayılacaktır⁵⁴⁷. Özellikle kaynak kodlara sahip olması gereken, müşterinin yazılımı kullandığı bilgisayarlara ulaşması zorunlu olan yazılımcı ile müşteri arasında bu bağlamda sözleşmenin kurulması mümkün değildir. Yazılımcının işgücü ve

⁵⁴² Fellmann, BerKom, Art. 395, N. 13 vd.; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 395, N. 5; Werro, CoRo, Art. 395, N. 7; Yavuz, Acar, Özen, s. 1174. Ayrıca sözleşmenin kurulmasına ilişkin çeşitli ihtimaller için bkz. Fellmann, BerKom, Art. 395, N. 23 vd.

⁵⁴³ Huguenin, N. 3228; Werro, CR, Art. 395, N. 8. Yazara göre, sözleşmenin kurulmasını istemeyen bu kişiler, kendilerine yapılan öneriyi reddetmek zorundadırlar.

⁵⁴⁴ BK m. 6 hükmü, sözleşmenin kurulmasında “kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği” açık bir kabulün beklenmediği hallerde, sözleşmenin kurulmuş sayılacağını düzenlemektedir.

⁵⁴⁵ Fellmann, BerKom, Art. 395, N. 12, yazar sadece vekilin değil, vekâlet vermek isteyen irade beyanının da zımnî şekilde verilebileceğini, BK m. 6 ile bu açıdan ilgili olduğunu beyan etmektedir. Art. 6 OR ve Art. 395 OR arasındaki ilişkinin daha detaylı anlatımı için bkz. Fellmann, BerKom, Art. 395, N. 63 vd. Aynı görüşte, Yavuz, Acar, Özen, s. 1174-1175.

⁵⁴⁶ Yavuz, Acar, Özen, s. 1175. Bu noktada hüküm, sadece hukukî işlemler için değil, İBK m. 397 için olduğu gibi burada da hem hukukî işlemlere hem de maddî fiillere ilişkin olarak değerlendirilmelidir. Fellmann, BerKom, Art. 395, N. 78 – 79. Yazar N.78’de İBK m. 396’da “görülen işin tabiatından” bahsettiğini söylerken, haklı olarak *Geschäfte* ifadesinden sadece hukukî işlemleri anlamamak gerektiğini söylemektedir. İBK m. 396’ya ilişkin Federal Mahkeme kararları da hükmün İsviçre’de zaten bu şekilde anlaşıldığını göstermektedir. Buna karşın, İBK m. 395 ve 396 hükümleriyle benzer hükümlerin Fransız CC ve Alman BGB’de bulunması sebebiyle, hükmün zorlama bir yoruma tabi tutulduğunu ve hukukî işlemlere ilişkin getirilen kuralların maddî işlemlere ilişkin vekâlet sözleşmelerini de kapsar hale dönüştürüldüğünü düşünmekteyiz.

⁵⁴⁷ Yavuz, Acar, Özen, s. 1175-1176. Her ne kadar teorik olarak durum böyle olsa da, bahsettiğimiz ilişkilerin bir kısmının özel güven ilişkisi barındıran sözleşmeler olması buna engel olacaktır. Ayrıca genel insan davranışları açısından bakıldığında da, kendisine yapılan sözleşme kurma önerisini kabul veya reddetmeyen bir kimseyle, karşı tarafın sözleşme yapmakta ısrar etmesi düşük bir ihtimal olarak kalacaktır.

organizasyonu, sektörde değişen fiyat aralıkları gibi hususlar da bu imkânsızlığı destekleyecek mahiyettedir. Bu yüzden BK m. 503 hükmünün yazılım bakımı sözleşmesine uygulanması kanaatimizce mümkün değildir.

B. Sözleşme Bedeli veya Ücret

Yazılım bakımı sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵⁴⁸. Bu sözleşmede yazılımcının hata düzeltme, destek verme ve güncelleme yayınlama yükümlülüklerinden oluşan edimlerinin karşılığı olarak müşteri, sözleşmede belirlenen ücreti ödemekle yükümlüdür. Bu açıdan sözleşmede ücret, sözleşmenin esaslı unsurlarından birisini oluşturur ve taraflar arasında bunun kararlaştırılması gerekir⁵⁴⁹.

Maddî edimler ve hukukî işlemlere yönelik olmak üzere ikili bir yapıya sahip olan vekâlet sözleşmesinde, ücrete ilişkin BK m. 502/III hükmü, Roma geleneğinden kalan izler taşımaktadır. Bu hüküm, “Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır” şeklinde düzenlenmiştir. Roma hukukundan gelen ücretsiz vekâlet geleneği korunarak düzenlenen bu hükme göre vekâlet ilke olarak ücretsiz bir sözleşmedir.

Vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olmasına ilişkin bu ilke, günümüz işgörme sözleşmeleri dikkate alındığında istisna halleri oluşturmaktadır⁵⁵⁰. Vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması, özellikle maddî edimli vekâletlerin çoğu zaman bir meslek sahibi tarafından icra edilmesi sebebiyle istisnai bir durumdur. Ücrete ilişkin olarak madde metninde istisnayı oluşturan hususlardan, çoğunlukla bir sözleşme bulunmakta veya sözleşmenin olmadığı hallerde de ücrete ilişkin bir teamül bulunmaktadır.

BK m. 502/III hükmünün diğer işgörme sözleşmelerine uygulanma kabiliyetinin olmaması ilk olarak bu hükmün artık tipik vekâletlerde dahi fazla bir manası kalmamasındandır⁵⁵¹. Atipik vekâlet olarak nitelendirilen işgörme

⁵⁴⁸ Kavram için bkz. yukarıda dn. 359.

⁵⁴⁹ Mimarlık veya avukatlıkta olduğu gibi, yazılım bakımı sözleşmesi açısından bir asgari ücret tarifesi de bulunmadığı için, ücretin kararlaştırılmadığı hallerde sözleşmenin kurulmadığını söylemek gerekecektir. Bu açıdan ücreti zorunlu bir unsur olarak kabul etmek gerekir.

⁵⁵⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 54; Tercier, Bieri, Carron, N. 4306-4307; Zevkliler, Gökyayla, s. 606; Werro, Mandat, N: 149; Aydoğdu, Kahveci, s. 481; Werro, CoRo, Art. 394, N. 14, N. 18. İstisnâen ücretsiz vekâletin varlığında eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeden bahsedilmesi gerekecektir. Aynı yönde Feyzioğlu, s. 18; Oğuzman, Öz, c. II, N. 160; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 394, N. 16; Eren, borçlar genel, N. 607; Gümüş, borçlar özel, s. 178. Ayrıca Huguenin, N. 3222; Hatemi, s. 391; Kılıçoğlu, N. 376; Yalçınduran, s. 107; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 246.

⁵⁵¹ Tipik vekâlete daha yakın görülen hekimlik, avukatlık ve mimarlıkta asgari ücret tarifeleri yayınlanmakta ve ücret takdir edilmediği hallerde buna göre hüküm kurulmaktadır.

sözleşmelerinin hemen hepsi bir karşı edim gözetilerek yapılmaktadır. Özellikle yeni tip işgörmeler açısından bu hükmün uygulanma imkânı oldukça azalmıştır. Ayrıca mimarlık, avukatlık veya hekimlik gibi tipik vekâlet olarak nitelendirilmeye daha yakın sözleşmelerde bile ücret anlaşma veya teâmül gereği sözleşmenin bir unsuru olarak addedilmektedir. Aynı şekilde yazılım bakımı sözleşmesinde de ücret sözleşmenin bir unsuru ve müşterinin tek borcudur. Bu açıdan yazılım bakımı sözleşmesi açısından da bu kuralın uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Yazılım bakımı sözleşmesi, çoğu zaman bir ticaret şirketi şeklinde örgütlenen uzman yazılımcı firma ile yine çoğu zaman bir ticaret şirketi olan ve yazılımın kesintisiz bir şekilde kullanımına ihtiyaç duyan müşterisi arasında yapılmaktadır. Genel işlem koşulu şeklinde hazırlanan bu sözleşmelerde ücret, ayrıntılı bir şekilde ve çeşitli kıstaslara göre belirlenmektedir⁵⁵². Bu yüzden, vekâletin ücretsiz olmasına ilişkin BK m. 502/III hükmünün yazılım bakımı sözleşmesine uygulanması söz konusu olamayacaktır.

C. Sözleşmenin Kapsamı

Yazılım bakımı sözleşmesinin kapsamı, çoğu zaman sözleşmede ayrıntılı bir şekilde belirlenir. Sözleşmenin kapsamı, yazılımcının hata düzeltme ve destek edimleri açısından büyük öneme sahiptir. Özellikle sözleşme bedelinin bu kapsama göre belirlenmesi, hem müşteri hem de yazılımcı açısından sözleşmede yazılımcının edimlerinin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesini zorunlu kılar.

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının bakım yükümlülüğü, sözleşmeye konu olan yazılımın kimin tarafından üretildiğine ve yazılımcının kaynak kodlara ulaşma imkânına göre değişiklik gösterebilir. Eğer yazılımcı, bakım ve destek verdiği yazılımın kaynak kodlarına ulaşamıyorsa, sadece bedava/açık sürüm olan yazılım üzerinden edimlerini yerine getirmekle yükümlüdür⁵⁵³. Bu durumla sık karşılaşılıyor olsa da, kısmen veya tamamen açık kaynak kodları üzerinden üretilen yazılımlarda bu durum söz konusu olabilir. Yazılımcı, yazılımı kendisi sağladığı veya ürettiği ve kaynak kodları kendisinde olduğu takdirde, bakım yükümlülüğü de daha geniş olacaktır. Yani yazılımın yeni sürümleri de bu kapsamda sözleşmenin konusunu

⁵⁵² Ücretin belirlenme usulüne ilişkin olarak bkz. yukarıda II, B, 5, b, (1), Sözleşme Bedelini Ödemek.

⁵⁵³ Widmer, s. 104. Uygulamada küresel olarak hâkim *Microsoft* gibi firmaların *Office* gibi yazılımlarına destek faaliyeti bu şekilde olabilir.

oluşturabilir⁵⁵⁴. Ayrıca, sözleşme kapsamında üstlendiği yükümlülükleri yerine getirememeye ihtimali de buna göre değişiklik gösterecektir. Ayrıca yazılım bakımı ile beraber donanım bakımı alıp almaması veya sunucu hizmetini başka bir yazılımcıdan alması gibi hususlar da bu manada sözleşmenin kapsamını etkileyebilir⁵⁵⁵.

Standart yazılımda bile bir gereklilik olarak ortaya çıkabilen kişiselleştirme faaliyetleri (ferdî yazılım) de bakımın kapsamına girebilir⁵⁵⁶. Eğer kaynak kod ve geliştirme belgeleri müşteriye devredilmişse, müşteri gerekli bakım ve geliştirme ihtiyacını kendisi karşılayabilir. Bu halde bakımın konusu, yazılımın değiştirilmemiş sürümü olur ve yazılımda meydana gelen hataların kime ait olduğuna ilişkin ciddi sorunlar ortaya çıkarabilir⁵⁵⁷. Bu teknik sorunların tespiti, bakım yükümlüsünün sözleşmedeki sorumluluğunun tespiti açısından önem kazanacaktır⁵⁵⁸.

Tüm bunların yanında, operasyonel ortam (*operational environment*) olarak isimlendirilen, donanım ve işletim sistemi de bakımın kapsamı açısından önemlidir. Bakım yapılacak yazılımın, donanım ve işletim sistemi ile uyumu, ayrıca işletim sisteminde yapılan güncellemeler vs. gibi hususlar yazılımcının bakım yükümlülüğünün kapsamını genişletebilir. Bu noktada yazılımın birden fazla farklı sistem tarafından kullanılıp kullanılmayacağı da yazılım bakımının kapsamını etkileyecektir⁵⁵⁹.

Görüldüğü üzere yazılım bakımı sözleşmesinde, sözleşmenin kapsamı, oldukça teknik bir faaliyet olan hata düzeltme ve destek edimleri etrafında belirlenmekte ve durum ve koşullara göre değişiklik göstermektedir. Sözleşme, kaynak kodlara ulaşılamayan bir durumda, yalnızca destek edimleri üzerinden kurulabileceği gibi, yazılımcının aynı zamanda yazılımın üretimini yaptığı hallerde bakım yükümlülüğünün kapsamı oldukça geniş olacaktır. Bu açıdan, yazılımcının en iyi surette yapmayı vaad ettiği bakım edimleri açısından sorumluluğun tespitinde de bu kapsam önemli bir rol oynar.

Vekâlet sözleşmesinde vekâletin kapsamı, BK m. 504'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre vekâletin kapsamı eğer sözleşmede belirlenmediyse, vekilin yapacağı işin

⁵⁵⁴ Bu bağlamda, sözleşmenin konusu artık sürüm yerine programın kendisi olacaktır. Bkz. yukarıda, II, B, 4, Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Konusu.

⁵⁵⁵ Uygulamada bu hususların sözleşme maddelerinde düzenlendiği görülmektedir. Örnek olarak bkz. EK-Sözleşme, m. 11, Müşterinin Yükümlülükleri, b ve d. Bu gibi hizmetleri yazılımcıdan almayan müşteriye karşı yazılımcı, bakım yükümlülüğün daha dar olduğuna ilişkin sözleşmesel kayıtlar oluşturmaktadır.

⁵⁵⁶ Widmer, s. 105.

⁵⁵⁷ Widmer, s. 105-106.

⁵⁵⁸ Bkz. yukarıda, II, B, 5, Yazılım Bakımı Sözleşmesinde Tarafların Edimleri.

⁵⁵⁹ Widmer, s. 107.

niteliğine göre belirlenecektir. Hüküm, hukukî fiillere ilişkin vekâletin kapsamından söz ediyor gibi görünse de, vekâletin kapsamını bunu sınırlamak gerekir. BK m. 504 hükmü maddî fiillere ilişkin vekâlet sözleşmelerinde de vekâletin kapsamını, yani yapılacak işi belirleyecek şekilde yorumlanmaktadır⁵⁶⁰.

Hukukî işlemler açısından BK m. 504 hükmü, vekâletle verilen yetkinin kapsamına ve vekilin hangi yetkilere sahip olduğuna işaret etmektedir. Vekil, yükümlü olduğu işi yürütürken, o iş için gerekli olan işlemleri yapmaya yetkili kabul edilir. Buna karşın, işin tabiatı ve vekâlet verenin farazî iradesi bu yetkinin sınırını oluşturur⁵⁶¹. Her halükârda vekil, vekâletin kapsamını sadakat ve özen yükümlülüğüne uygun olarak, uzmanı olduğu işi yerine getirirken kendisi belirlemelidir⁵⁶².

Vekilin yetkisinin kapsamını belirleyen bu hüküm, bir işgörme sözleşmesi olan vekâletin kapsamını tespit etmek açısından son derece mühimdir. Maddenin ilk fıkrasında görüldüğü üzere, vekâlet sözleşmesinin kapsamı ilk olarak tarafların anlaşmasına göre şekillenecektir. Bu sebeple tarafların üzerinde anlaştıkları ve sözleşme içeriğine dâhil ettikleri hususlar ilk önce dikkate alınmak zorundadır.

Vekâletin kapsamına ilişkin sorunlar daha çok tarafların belirlemediği konularda ortaya çıkmaktadır. Hâkim öncelikle sözleşmenin yorumunu yapmak ve tarafların iradesini tespit etmekle mükelleftir⁵⁶³. Hükümün ilk fıkrası uyarınca vekâletin kapsamı, görülecek işin niteliğine göre belirlenecektir. Vekâlet sözleşmesinin belirsiz yapısı sebebiyle de bu ikinci durumla sıkça karşılaşılır⁵⁶⁴. Bu noktada vekilin işi yaparken karşılaştığı zorluklar⁵⁶⁵, işin içerdiği riskler⁵⁶⁶, işi yapmak için harcanılan zaman⁵⁶⁷ ve hatta işgörülen alandaki uygulama ve teâmüller⁵⁶⁸, işin kapsamının belirlenmesi açısından mühimdir⁵⁶⁹. Yine vekâletin belirsiz yapısı sebebiyle, hâkimin

⁵⁶⁰ Werro, CoRo, Art. 396 N. 1; Yavuz/Acar/Özen, s. 1176; Aral, Ayrancı, s.538-539.

⁵⁶¹ Werro, CoRo, Art. 396, N. 11.

⁵⁶² Tandoğan, c. II, s. 393; Zevkliler, Gökyayla, s. 613.

⁵⁶³ BGER 4A_145/2016, E. 5.2.1, Federal Mahkemeye göre vekâletin kapsamı sözleşmeden anlaşılamiyorsa, hâkim tarafların gerçek ve ortak iradesini belirlemekle yükümlüdür. Bunu yaparken de güven teorisine göre hareket edecektir. Yani tarafların ortak iradesini araştırırken objektif teoriye göre, dürüstlük kuralları uyarınca tarafların iradesine verilen anlamı tespiti çabalamalıdır. Burada sadece sözleşme metninden çıkan anlama göre değil, somut olayda tarafların iradelerinin nasıl anlaşılacağına ilişkin bir değerlendirme yapmak zorundadır.

⁵⁶⁴ Werro, CoRo, Art. 396, N. 2. “işin niteliğine göre” kavramının çok genel bir kavram olduğuna ilişkin Aral, Ayrancı, s. 539.

⁵⁶⁵ BGE 117 II 563, E. 2a.

⁵⁶⁶ BGE 134 III 534, E. 3.2.2; BGE 127 III 357, E. 1b.

⁵⁶⁷ BGE 133 III 121, E. 3.1; BGE 120 Ib 411, E. 4a.

⁵⁶⁸ BGE 127 III 327, E. 3; BGE 117 II 563

⁵⁶⁹ Tandoğan, c. II, s. 393; Yavuz, Acar, Özen, s. 1178; Werro, CoRo, Art. 396, N. 4; Zevkliler, Gökyayla, s. 614.

bir takdir yetkisi olduğu da kabul edilmektedir⁵⁷⁰. Bu takdir yetkisinin sınırı ise vekâlet verenin farazî iradesidir⁵⁷¹. Aynı şekilde, BK m. 505 hükmü uyarınca vekilin, vekâlet verenin talimatlarına uygun bir şekilde borcunu ifa etmesi de, özellikle tipik vekâletler açısından dikkate alınmalıdır.

Maddî edimlere ilişkin vekâlet sözleşmelerinde, vekâlet hükümlerinin diğer sözleşmelere uygulanması veya bir işgörme sözleşmesinin vekâlet sayılmasındaki imkânı bu maddenin ilk fıkrası sağlamaktadır. Bu noktada içtihat hukuku başat rolü oynamaktadır. Yani hekimlik sözleşmesinden, mimarlığa, emlak komisyonculuğundan birçok diğer işgörme sözleşmesine uygulanacak hükümler belirlenirken, hâkim “işin niteliğine göre” ifadesi uyarınca vekâletin kapsamını belirlemekle mükellef tutulmaktadır. İşte vekâletin, özellikle atipik vekâletlerde, birbirinden çok farklı sözleşmeler için uygulanabilir bir sözleşme olması konusunda esnekliği sağlayan da bu hükümdür.

Vekâletin kapsamını düzenleyen BK m. 504 hükmünün ikinci ve üçüncü fıkraları ise hukukî fiil vekâletlerine ilişkindir. İkinci fıkra hükmü genel vekâletname ile yapılabilecek işleri işaret ederek, vekilin işin yürütülmesi için gerekli olan hukukî işlemleri yapmaya yetkili olduğunu düzenlemektedir⁵⁷². Gerçekten de vekil, vekâlet sözleşmesi kapsamında üstlendiği borcu ifa ederken vekâlet veren adına veya hesabına, gerekli sözleşmeleri akdedebilir⁵⁷³. Vekâlet dışında, diğer işgörme sözleşmeleri de vekilin, vekâlet veren hesabına hukukî işlemler yapmasını gerektirebilir. Bu takdirde vekâlete ilişkin bu hüküm, kıyasen hizmet sözleşmesine, adi ortaklığa veya karma sözleşmelere de uygulanabilir⁵⁷⁴.

İkinci fıkra hükmü gibi BK m. 504/III hükmü de hukukî fiil vekâletlerinde uygulanabilecek niteliktedir. Hüküm, herhangi bir hukukî ilişki kapsamında, özel yetkiyle yapılması gereken işlemleri düzenlemektedir. Buna göre dava açma, sulh olma, hakeme başvurma, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep etme, kambiyo taahhüdünde bulunma, bağışlama yapma, kefil olma, taşınmazları devretme veya bunları bir hak ile sınırlandırma işlemlerini, vekil ancak kendisine verilen özel yetki

⁵⁷⁰ Gehrler, Giger, CHK-OR, Art. 396, N. 23; BGE 120 Ib 411, E. 4a.

⁵⁷¹ Werro, CoRo, Art. 396, N. 5.

⁵⁷² İkinci fıkra hükmünün, sadece hukukî işlemlere yönelik vekâletlerde uygulanabileceğine ilişkin, Yavuz, Acar, Özen, s. 1177; Eren, borçlar özel, N. 2465.

⁵⁷³ Werro, CR, Art. 396, N. 7. Aksi yönde, İsviçre Federal Mahkemesinin mimarın hesap kesme benzeri, malî yükümlülükler getiren işleri yapmak için özel yetki sahibi olması gerektiğine hükmeden kararları için, BGE 118 II 313, E.2a; BGE, 4C.87/2002, E.5.2.2.

⁵⁷⁴ Werro, CoRo, Art. 396, N. 8; Hofstetter, s 49; BGE 76 I 338, E. 5. Hükümün ticari vekile uygulanması için bkz. BGE 76 I 338, E. 5.

ile yapabilir. Temsil yetkisi, vekâlet sözleşmesinden bağımsız olarak verilebildiği için, bu işlemleri yapacak herhangi bir kimse, sadece vekâlet sözleşmesi kapsamında değil, diğer hukukî ilişkilerde de bu özel temsil yetkisine ihtiyaç duyacaktır.

Vekâletin kapsamına ilişkin BK m. 504 hükmü, ilk fıkrası ile atipik vekâlet sözleşmelerinde hâkime geniş bir alan sağlaması bakımından önemlidir. Tarafların sözleşmede kararlaştırmadığı hususların tamamlanması, bu hüküm aracılığıyla sağlanabilir. Bu noktada, ticarî işler ve tipikleşmiş işlerde hâkimin yorum alanı sınırlı olacaktır. Hâkim ilgili alandaki teamüllerle ve iş yapma alışkanlıklarıyla da bağlı olacaktır.

Yazılım bakımı sözleşmesinin kapsamı, yazılımcının iş alanı ve onun edimleri ile ilgilidir. BK m. 504 hükmünün yazılımcının edimlerinin kapsamı belirlenirken uygulanması mümkündür. Her ne kadar sözleşmede taraflar genellikle bakım yükümlülüğünün kapsamını detaylı bir şekilde belirleyerek bu imkânı ortadan kaldırmaya çalışsa da bazı durumlarda bu imkân ortaya çıkacaktır.

Vekâletin kapsamına ilişkin bu hükmün uygulanmasında dikkat edilmesi gereken husus, yazılımcının faaliyetinin kapsamı yorum yoluyla genişletilirken, sözleşmenin konusunun dışına çıkılmamasıdır. Yazılımcı, sözleşmede belirlenen yazılımın, yine sözleşmede belirlenen sürümü üzerinde bakım faaliyeti yürütmeyi borçlandığı için⁵⁷⁵, kapsamın belirlenmesinde bunun dışına çıkılması, sözleşmenin konusunun değişmesine de sebep olabilir. Mesela yazılımcı A yazılımının 2.0 sürümünün bakımını yaparken, yazılımın yüklü olduğu donanımdaki veya işletim sistemindeki herhangi bir eksiklik veya hata, onun borcunun dışında kalacaktır. Bu tür bir bakım ihtiyacı, yeni bir yazılım veya donanım bakımı sözleşmesinin konusunu oluşturur. Yani BK m. 504/I uyarınca yazılımcının edimlerinin kapsamı, bu şekilde bir genişletici yoruma tabi tutulursa, yazılım bakımı sözleşmesinin konusu dışına çıkmış olacaktır.

Yazılımcının, üçüncü kişinin ürettiği yazılıma destek verirken bu yazılımda bir değişiklik meydana gelmesi halinde, bakım yükümlülüğünün kapsamı değişebilir. Mesela *MSOffice* programı için yazılım bakımı ve desteği sağlayan bir firmanın, *MSOffice*'de üreticinin yaptığı bir değişiklik halinde bu tür bir sorun ortaya çıkabilir. Genellikle, taraflar arasında yapılan sözleşmede böyle bir ihtimale dair bir hüküm bulunur; ancak böyle bir hükmün olmaması halinde, sözleşmenin kapsamının belirlenmesi gerekecektir. Bu ihtimalde de yazılım bakımı sözleşmesinin konusunu

⁵⁷⁵ Bkz. yukarıda, II, B, 4, Yazılım Bakımı Sözleşmesinin Konusu.

değiştirmemeye dikkat edilmelidir. Yazılımın üreticisi bakıma konu olan yazılımda küçük değişiklikler yapıyor, sözleşmeye konu olan sürümü değiştirmiyorsa, bu durumda yazılımcının edimleri kapsamına bu değişiklikler de girer. Fakat söz konusu olan büyük bir değişiklik olur ve programın yeni bir sürümü yayınlanırsa, bu durumda yazılımcının bu yeni sürüm için destek vermesi beklenmemelidir⁵⁷⁶. Bu halde, yazılımcının edim yükümlülüğü, önceki sürüm üzerinden devam etmelidir. Zira bu tür bir değişiklik, sözleşme konusunun değişmesine sebep olabilecek niteliktedir. Bu manada yeni sürüm yayınlanması, kaynak kodlar ve geliştirmeler açısından bakım hizmeti veren yazılımcının teknik bilgisi dışına çıkabilir. Her halükârda, somut olayın koşullarına ve yazılımcının teknik yeterliliğine ve tarafların farazî iradesine bakarak karar vermek en uygun çözüm olacaktır.

Yazılım bakımı sözleşmesinde bakım yükümlülüğünün kapsamı genişlediği takdirde, buna orantılı olarak ücretin de artması beklenir. Bunun için sözleşmenin kapsamının genişletilmesi sonucu doğurabilecek edimler için, sözleşmenin eklerinde müşteriye fiyat önerileri yapılır veya yazılımcının ücreti harcanan mesaiye oranla belirlenir⁵⁷⁷. Buna ilişkin bir düzenlemenin olmaması halinde ve somut olayın böyle bir genişletmeyi zorunlu kılması halinde ise hâkimin yazılımcının ücretini artırması gerekir.

BK m. 504 hükmünün ikinci ve üçüncü fıkrasının yazılım bakımı sözleşmesinde uygulanmasına ilke olarak bir engel olmamakla birlikte, her iki fıkra hükmünün de yazılım bakımı sözleşmesinde uygulanması hayatın olağan akışında muhtemel değildir. Zira bu tür bir sözleşmede yazılımcının, müşterisi için bir hukukî işlem yapmasıyla karşılaşma ihtimali pek azdır.

D. Talimat

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcı hata düzeltme, destek ve güncelleme edimlerini yerine getirir. Müşterinin bu hizmet için yazılımcıya başvurmasının sebebi, onun bu konudaki uzmanlığıdır. Müşteri, büyük bir şirket dahi olsa, yazılım alanında

⁵⁷⁶ BK m. 504 hükmü uyarınca donanım veya işletim sistemindeki veya yazılımın yeni bir sürümündeki bakım ihtiyacını, sözleşmenin kapsamına dâhil etmek iki açıdan uygun değildir. İlk olarak yazılımcı, söz konusu donanım veya işletim sisteminin bakımını yapmak konusunda yetkin olmayabilir. Bu takdirde, bu edimi ifa etmesi mümkün değildir. Bu da ancak taraf iradeleriyle yapılabilir. Son olarak bu tür bir genişletme yazılımcının maliyetlerini artıracığı için, sözleşmeden beklediği ekonomik faydayı ortadan kaldırır.

⁵⁷⁷ Bkz. yukarıda, II, B, 5, b, i, Sözleşme Bedelini Ödemek.

her konuda faaliyet yürütecek personele sahip olmayabilir veya bu, onun açısından ekonomik olmayabilir. Bu yüzden müşteri, yazılım bakımı sözleşmesinde bakım hizmeti alacağı yazılımı belirledikten sonra, işin yürütülmesine ilişkin teknik süreci tamamen yazılımcıya bırakır. Her ne kadar onun yazılımcıyla birlikte çalışma yükümlülüğü olsa da, bir külfet olarak değerlendirilen bu husus, müşteriye bir talimat veya emir verme imkânı vermeyecektir.

Vekâlet sözleşmesinde ise, BK m. 505 hükmü vekilin, vekâlet verenin açık talimatlarıyla bağlı olduğunu düzenlemektedir. Vekâlet veren, sözleşmenin başlangıcında vekâletin kapsamını belirlerken, çoğu zaman kendi bilgi ve hâkimiyet alanı dışında işleri yaptırmak için hareket eder. Buna karşın, sözleşmenin ifası sırasında bu konudaki görüşü değişebileceği gibi, başka menfaatleri de ortaya çıkabilir. Bu yüzden sözleşmenin kapsamına da sirayet edecek bir şekilde, vekile, işin yapılmasına yönelik talimatlar verme yetkisine sahiptir⁵⁷⁸. Talimat, sözleşme kurulduktan sonra, vekile veya işgörene, vekâlet verenin, işgörme borcunu nasıl ifa edeceğini gösteren yenilik doğuran, tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıdır⁵⁷⁹. Bu talimatlara uyma mecburiyeti vekil açısından bir mükellefiyettir. Dolayısıyla vekile karşı talimata uyması için ifa davası açılmaz; ancak bu talimata uymama sebebiyle oluşan bir zarar varsa bunun tazmini istenebilir veya vekâlet veren vekili azledebilir⁵⁸⁰. Buna karşın vekilin durumu, vekâlet verene ona bir emir verme hakkı vermemekte⁵⁸¹ ve vekil kendi iş organizasyonu içerisinde bağımsız bir işgörme faaliyeti yürütmektedir⁵⁸².

Hükmün düzenlemesine göre vekil, vekâlet konusu işi görürken, vekâlet verenin talimatlarıyla bağlıdır. Vekil, talimat verme hakkından önceden feragat edemeyeceği gibi, müvekkilin talimatlarına aykırı davranışlarda sözleşmenin kolayca sonlandırılabilmesinden de bu sonuca ulaşılabilir⁵⁸³. Bu noktada, ister hukukî ister maddî fiillere ilişkin olsun, vekil, vekâlet verenin talimatlarıyla bağlıdır⁵⁸⁴.

⁵⁷⁸ Hofstetter, s. 89.

⁵⁷⁹ Tandoğan, c. II, s. 436; Yavuz, Acar, Özen, s. 1200-1201; Sarı, s. 19; Şeker Ögüz, s. 43.

⁵⁸⁰ Tandoğan, c. II, s. 255; Akıncı, s. 20; Şeker Ögüz, s. 43.

⁵⁸¹ Bu açıdan vekilin talimatlara uyma yükümlülüğünün, hizmet sözleşmesinde işçinin bağımlılığına oranla, nispi bir bağıllık oluşturduğu yönünde Zevkliler, Gökyayla, s. 600. Buna karşın, hekimlik sözleşmesinde, nispi bağımlılığın hastanın talimatlarından çok tıp biliminin kurallarına olduğuna ilişkin, Aşçıoğlu, s. 34.

⁵⁸² Aral, Ayrancı, s. 532; Akıncı, s. 6; Zevkliler, Gökyayla, s. 600. Buna karşın bu bağımsızlığı, nispi bir bağımsızlık olarak nitelendiren, Tandoğan, c. II, s. 374.

⁵⁸³ Tandoğan, c. II, s. 439-440; Werro, CoRo, Art. 397, N. 3; Hofstetter, s. 90; Yavuz, Acar, Özen, s. 1201, yazarlar, bu sonuca, temsil yetkisini kaldırma hakkından feragati yasaklayan BK m. 42/II ve 512 hükmünden ulaşmaktadır.

⁵⁸⁴ Bu bağlamda hükmün aracılık işlerine ilişkin vekâletlerde emredici olduğu yönünde, Tercier, Bieri, Carron, N. 4448.

Talimatlarla bağılılığın ölçüsü, hizmet sözleşmesinde işverenin emir ve talimatlarıyla bağılılık kadar değildir⁵⁸⁵. Bu açıdan, temsil yetkisinin veya vekâletin kapsamı dışında bu tür bir talimat, ancak bir öneri olarak değerlendirilebilir⁵⁸⁶.

Vekil, vekâlet verenin işin yapısına ve amacına uygun olmayan, akıl dışı ve talimatlarını uygulamak zorunda değildir⁵⁸⁷. Aynı şekilde hukuka aykırı talimatlarla da bağılı değildir⁵⁸⁸. Özellikle teknik meselelerde, bu talimatların çoğu zaman bir anlamı olmayacaktır. İşin uzmanı ve mesleği icabı vekâleti yerine getiren vekilin, bu talimatlarla bağılı olmadığı kabul edilmelidir. Bunun yanında vekilin bu gibi talimatlar konusunda vekâlet vereni bilgilendirmesi, onun özen borcundan kaynaklanan bir yükümlülüğüdür⁵⁸⁹. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi, işin sonucuna ve işin görülmesine ilişkin talimatları ayırmakta ve hedeflenen iş sonucuna ilişkin verilen talimatlarla profesyonel vekilin de bağılı olduğu yönünde kararlar vermektedir⁵⁹⁰.

Hükmün ikinci fıkrasında ise, kusurlu bir şekilde vekâlet verenin verdiği talimatlardan ayrılan vekilin sorumluluğunun ağırlaşacağı düzenlenmektedir. Bu ihtimalde, zarar ile vekilin talimattan ayrılması arasındaki illiyet bağı kesilmediği takdirde, vekil talimata aykırı olarak yaptığı işlemde dolayı vekâlet verene karşı sorumlu tutulmaktadır⁵⁹¹.

⁵⁸⁵ Tandoğan, c. II, s. 374, talimatlarla bağılılık, vekilin işgücünü ve zamanını işsahibinin emrine tahsis etmesi derecesinde olduğu takdirde, hizmet sözleşmesinden bahsedilir. Aynı yönde, Öz, s. 49, dn. 126.

⁵⁸⁶ Werro, CoRo, Art. 397, N. 4, yazar bu sonuca, vekâletin kapsamının sözleşmeye göre belirlenmesinden ulaşmaktadır. Hofstetter, s. 90, vekâlet veren tek taraflı olarak sözleşmenin konusunu değiştiremez. Vekâlet bir sözleşme olduğu için, ancak vekilin sessizliğine zımî kabul anlamı verilebilir. Bu tür bir beyanın öneri niteliğinde olduğuna dair, Aral, Ayrancı, s. 550; Yalçınduran, s. 81.

⁵⁸⁷ Werro, CoRo, Art. 397, N. 10; Zevkliler, Gökyayla, s. 620. Aksi yönde, Oser, Weber, Art. 397, N. 8; Hofstetter, s. 91: “Vekil akıl dışı talimatlarla da bağılıdır. Buna karşın, sadakat borcu gereği, vekâlet vereni talimatın sonuçlarına ilişkin uyarmalıdır. Bu durumda, İBK m. 369 (BK m. 476) kıyasen uygulanır ve vekile karşı herhangi bir tazminat talebinde bulunulamaz. Ayrıca bu talimatlara uymak istemeyen vekil vekâleti sonlandırabilir”. Bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Zira vekil, işçiden farklı olarak bağımsız, çoğu zaman işinin ehli ve uzman bir kişidir. Onun, özellikle bu tür profesyonel vekillerin gördüğü işlerde, bütün talimatlarla bağılı olmaması gerekir. Mesela hasta tarafından seçilen tedaviyi uygulamak sırasında hekim, hastanın talimatıyla bağılı olamaz. Bu açıdan vekilin istifa etmesini önermek de, uygun olmayan zamanda vekâleti sonlandırmanın sonuçlarından dolayı vekile zarar verebilir. Yahut hekimin bağılı olduğu meslek kurallarına aykırılık oluşturabilir.

⁵⁸⁸ Tandoğan, c. II, s. 437; Yavuz, Acar, Özen, s. 1201; Oser, Weber, Art. 397, N. 7; Aral, Ayrancı, s. 551.

⁵⁸⁹ Werro, CoRo, Art. 397, N. 11; BGE 108 II 197, E. 2a. 115 II 62; 110 II 372; 62 II 276. Bunun sadakat yükümlülüğünün bir parçası olduğu yönünde, Tandoğan, c. II, s. 443-444; Aral, Ayrancı, s. 551.

⁵⁹⁰ *Fachanweisungen* ve *Zielanweisungen* şeklinde yapılan ayrıma ilişkin, BGE 130 II 87, E. 4.2 ; 91 II 438, E. 6a, bu kararda mahkeme, dava sırasında nasıl bir taktik uygulanacağına ilişkin müvekkilin talimatlarına uymayan avukatı haklı bulmuştur. Kararın eleştirisi için bkz. Hofstetter, s. 92. Bunun dışında, talimatların, emredici, ihtiyari ve yol gösterici olarak ayrılmasına ilişkin olarak bkz. Tandoğan, c. II, s. 444 vd; Yavuz, Acar, Özen, s. 1202.

⁵⁹¹ Tandoğan, c. II, s. 446 vd.; Hofstetter, s. 93; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 397, N. 10; Eren, borçlar özel, N. 2499; Aral, Ayrancı, s. 551.

Vekilin talimatlara uyma yükümlülüğü, tipik vekâletin önemli bir unsurudur⁵⁹². Bu bakımdan, hüküm aracılık işlerinde ve hukukî fiil vekâletlerinde sorunsuz bir şekilde uygulanabilir. Vekâlet verenin talimatıyla, elindeki hisseleri borsada satan vekile, bu hisseleri satmaması söylendiği takdirde, vekil bu talimata uymak zorundadır. Aynı şekilde, avukata davanın sulh yoluyla çözüme ulaştırılması konusunda verilen talimat da avukat için bağlayıcıdır. Bunun tipik vekâletin unsuru olması, aynı zamanda böyle bir vekâlet ilişkisinde vekâlet verenin talimatlarına uymak istemeyen vekilin her zaman istifa etmek imkânının olmasından da kaynaklanır⁵⁹³.

Vekilin talimatla bağlılığı konusunda, atipik vekâletlerde benzer yaklaşım göstermek kolay değildir. Özellikle maddî fiil vekâletlerinde vekil, çoğu zaman kendi profesyonel mesleğini icra etmektedir. Vekâlet verenin, alanında uzman olduğunu düşünerek başvurduğu vekile, onun uzmanlık alanında talimat vermesi de pek mantıklı değildir⁵⁹⁴. Bu yüzden, hükmün daha çok tipik vekâletlerde uygulama alanı bulacağı, buna karşın, atipik vekâlet sözleşmelerinde, vekilin talimatlarla bağlılığının, yaptığı iş dikkate alınarak belirlenmesi daha makuldür. BK m. 502/II uyarınca, atipik vekâletin yapısına uygun düşmediği takdirde, vekilin talimatla bağlı olmadığı kanaatine ulaşılmalıdır.

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcı, alanında uzman ve oldukça teknik bir iş yapmaktadır. Yazılımdaki hataları düzelterek teknik destek verme ve yazılıma ilişkin güncelleme ve geliştirmeleri yayınlama borcu yüklenen yazılımcıya, vekâlet veren tarafından verilen talimatın çoğu zaman hiçbir anlamı olmayacaktır. Bu açıdan, diğer atipik vekâlet sözleşmelerinde olduğu gibi, yazılım bakımı sözleşmesinde de vekilin vekâlet verenin talimatlarıyla bağlılığı oldukça dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir. Bu yüzden maddenin yazılım bakımı sözleşmesinde uygulanması pek muhtemel değildir.

E. Özen Yükümlülüğü

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcı, bir sonucu taahhüt etmemekte, yazılımın düzenli ve sürekli bir şekilde bakımını üstlenmektedir. Yazılımcının bu

⁵⁹² Tandoğan, c. II, s. 374-375. Vekilin vekâlet verenin talimatlarıyla bağlılığını ve güven ilişkisini vekâletin bir unsuru sayarak yönetim sözleşmesini *sui generis* bir işgörme sözleşmesi olarak nitelendiren, Öz, s. 49-50. Ayrıca vekâlet verenin talimat verme yetkisi de güven ilişkisinden doğan bir unsur olduğu için, karş. sona ermede güven ilişkisi için dn. 726.

⁵⁹³ Zevkliler, Gökyayla, s. 620.

⁵⁹⁴ Werro, mandat, N. 527 vd; Tercier, Bieri, Carron, N. 4448; Yalçınduran, s. 82.

taahhüdünde onun davranışının ölçüsü de özen yükümlülüğüyle ölçülecektir. Bu noktada, yazılımcı sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirirken, bu sözleşme bir işgörme sözleşmesi olduğu için, özenle hareket etmekle yükümlüdür.

Yazılım bakımı sözleşmesinde, yazılımcının özen yükümlülüğü, bir objektif özen yükümlülüğüdür. Bu husus, sözleşmenin genel şartları içerisine konulan kayıtlardan anlaşılmaktadır. Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının özen yükümlülüğünü objektifleştiren kayıtlardan ilki hizmet seviyesi anlaşmalarıdır (*SLA – service level agreement*). Hizmet seviyesi anlaşması (*SLA*), müşterinin, yazılımcıdan aldığı hizmetlerin kalitesini ölçmek ve değerlendirmek için, yazılımcıyla yaptığı sözleşmedir⁵⁹⁵. Bu sözleşmede, yazılım bakımı sırasında sistemde oluşan hataya ilişkin olarak yazılımcının müdahale süresi ve çözüm süresi ayrı ayrı kararlaştırılır. Bakım sözleşmesinde sürekli karakterdeki tüm hizmetler için *SLA* koşulları kararlaştırılabilir⁵⁹⁶.

SLA anlaşmaları, bulut sözleşmesi, *outsourcing* (mal ve hizmetleri dış kaynaklardan karşılama), entegrasyon veya bakım sözleşmesi gibi çeşitli hizmet edimi barındıran sözleşmelerde yer alabilir ve sözleşmeye bir standart getirmeyi amaçlar. Bu kayıt veya anlaşmayla sözleşmede hedeflenen edimin kalitesi için bir çıta getirilmektedir. Bu yüzden ölçülebilir çeşitli edimler için *SLA* kararlaştırılabilir⁵⁹⁷.

Bu anlaşma uyarınca, sözleşmede belirlenen ölçü aşılar ve hizmet kalitesi bu ölçünün altına düşerse, belirlenen cezaî hükümler, tazminat olarak işlemeye başlar. Bu husus *métrologie* kriteri olarak isimlendirilmektedir⁵⁹⁸. Mesela, %98,5 şeklindeki bir ibare, yazılımın bir yılın tamamının en fazla %1,5'a denk gelen zaman dilimi için çalışamayabileceğini ifade eder. Bu da 365 günle 24 saatin çarpımı üzerinden elde edilen sonucun yüzdesi alınarak hesaplanır. Ayrıca taraflar, *SLA* kayıtları içerisine sistem arızalarının sıklığı konusunda da bir sınırlandırma getirebilirler. Bu manada çok sık meydana gelen arızalar, sözleşmenin haklı sebeple feshine sebep olabilir⁵⁹⁹.

Taraflar arasında hizmet seviyesi anlaşmasında kararlaştırılan süre, ortaya çıkan hatanın şiddeti ve kategorisi ile ilgilidir⁶⁰⁰. Yazılımın kullanılmasını kesintiye uğratan kritik hatalarda yazılımcı bu hatayı hemen çözmeliyken, buna sebep olmayan

⁵⁹⁵ De Werra, Jacques, s. 111-112.

⁵⁹⁶ Briner, s. 141.

⁵⁹⁷ *SLA* kararlaştırılabilecek türde edimlerin örnek bir listesi için bkz. Straub, s. 203-204.

⁵⁹⁸ De Werra, s. 120.

⁵⁹⁹ Bkz. ileride III, L, 2, Haklı Sebeple Fesih.

⁶⁰⁰ Widmer, s. 123; Fröhlich-Bleuler, N. 3103 vd. Ayrıca taraflar sözleşmede hataları tasnif ederler ve buna göre çözüm için bir süre belirlenir. Genellikle, basit, orta ve ağır şeklinde üçlü ayrımın kabul edilmesine ilişkin, de Werra, s. 118.

daha hafif hataları bir sonraki güncellemede çözmek üzere erteleyebilir⁶⁰¹. Hizmet seviyesi anlaşmasında, yazılımcının hataya müdahale etmesi için bir süre belirlenir⁶⁰². Müdahale süresi, hatanın düzeltilmesi için belirlenen süreden daha kısa olacaktır. Yani hem müdahale süresi hem çözüm süresi sözleşmede ayrı ayrı kararlaştırılır. Hem müdahale zamanı hem de çözüm zamanının aşılması halinde sözleşmeye aykırılık oluşur⁶⁰³ ve eğer sözleşmede belirlendiyse, bu ceza tutarları devreye girer⁶⁰⁴.

Hizmet seviyesi anlaşması bu açıdan, yazılımcının borcunu objektifleştiren bir özelliğe sahiptir. Bu anlaşmada belirlenen sürelerin aşılması halinde ceza tutarlarının devreye girmesi, bu açıdan sözleşmeye aykırılığın tespitine yarayan bir ölçüt olarak kullanılabilecek niteliktedir. Bu bakımdan, özen yükümlülüğünü objektifleştirmek dışında, hizmet seviyesi anlaşmaları, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme hallerini somut olarak tespit etmek imkânı da vermektedir.

Müşterinin taleplerine ve çağrılarına yazılımcının cevap verme süresi, hata düzeltme konusunda olduğu gibi, destek edimi açısından da SLA kayıtlarında belirlenir⁶⁰⁵. Bu kayıtlarda belirlenen şekilde, çağrının veya talebin mahiyetine göre, çeşitli süreler içerisinde yazılımcının müşteriye bir cevap vermesi veya destek sağlaması gerekmektedir. Bu açıdan destek ihtiyacı da kritik, orta ve hafif şeklinde sınıflandırılır ve her bir kategorideki ihtiyaca göre ayrı ayrı cevap verme ve çözüm bulma zamanı belirlenir⁶⁰⁶.

Hizmet seviyesi anlaşmasına benzer bir şekilde yazılım bakımı ve diğer yazılım sözleşmelerinde sıklıkla kullanılan en iyi surette ifa kayıtları da yazılımcının özen yükümünü göstermesi bakımından önem arz eder⁶⁰⁷. En iyi surette ifa kayıtları, bir taraftan yazılımcının yazılımın çalışır vaziyette kalmasını garanti etmediğini ifade

⁶⁰¹ Widmer, s. 124. Bu noktada hatanın mesai saatlerinde mi çıktığı, yoksa mesai saatleri dışında mı olduğuna göre müdahale süresi değişebilir. Uygulamada büyük yazılım şirketleri, çalışanlarının bir kısmını geceleri veya hafta sonları nöbetçi olarak görevlendirmektedir.

⁶⁰² Widmer, s. 124-125.

⁶⁰³ Yazılımcının sözleşmeyi ifa etmemesi veya kötü ifasına ilişkin uyuşmazlıklar, genellikle bu hataların tamiri ve bunun zamanı ile alakalı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, SLA koşullarında, yazılımcıya, müdahale ve çözüm süresi olarak iki ayrı süre belirlenmektedir (de Werra, s. 119). Bu noktada SLA'de, yazılımcıya bir ortalama ve bir de azami süre verilerek, hatanın düzeltilmesi istenmektedir. SLA kayıtları, sadece hata düzeltme için değil, diğer edimler açısından da sözleşmede kararlaştırılmaktadır (Fröhlich-Bleuler, N. 3139). SLA'le ilgili daha kapsamlı bilgi için bkz. Fröhlich-Bleuler, N. 2553 vd.

⁶⁰⁴ Türkiye'deki uygulamada, yazılım bakımı sözleşmelerinde bu tür sözleşme cezaları genellikle kararlaştırılmamaktadır. Buna karşın, bunların kararlaştırılmasının önünde bir engel de bulunmamaktadır. Bu husus daha ziyade, sözleşmede taraflar arasındaki ekonomik dengeyle alakalıdır.

⁶⁰⁵ De Werra, s. 119.

⁶⁰⁶ Bkz. yukarıda, dn. 197 ve ilişkili metin.

⁶⁰⁷ Bu hususu vurgulamak amacıyla “*use all (reasonable/best) efforts*”, yani “en iyi çabayı sarf etme” kayıtları kullanılmasına ilişkin, Von Baum, s. 706; Aynı yönde, Caduff, Rhein, s. 200, *code of best practices (CBP)*.

ederek sözleşmede sonuç borcu olmadığını göstermektedir. Diğer taraftan bu kayıtlar, belirlenen edimler aracılığıyla yazılımcının özen yükümlülüğünün ihlalinde bir ölçü olarak kullanılması mümkün olacaktır⁶⁰⁸. Her ne kadar en iyi surette ifa kayıtları hizmet seviyesi anlaşmalarından farklı nitelikte olsa da, sözleşmeye getirdikleri standart açısından, bu kayıtların da, hata düzeltme ve destek edimleri bakımından özen yükümlülüğünün ölçüsü olabilir.

Yazılım bakımı sözleşmesinde sözleşmeye eklenen kayıtlarla objektif hale getirilen özen yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesinde ise vekilin aslî edimine eklenen ve aslî edim yükümlülüğünün tamamlayıcısı mahiyetinde bir yan yükümlülüktür⁶⁰⁹. Vekil, sözleşmede belirlenen iş görme edimini ifa ederken, özenli bir şekilde hareket etmelidir. Bu açıdan özen yükümlülüğü bir tür davranış yükümüdür ve kendi başına var olamaz; vekilin aslî edim yükümlülüğüne bağlı olarak ortaya çıkar⁶¹⁰. Sözleşmede müvekkile veya alacaklıya karşı bir sonucu taahhüt etmeyen, bunun aksine bir faaliyet yürütmeyi vaad eden vekilin, edimini yerine getirmesi için gerekli ölçüt, onun özen yükümlülüğünde kendisini göstermektedir. Dolayısıyla vekilin borcunun konusu, sözleşmede belirlenen edim sonucunun gerçekleşmesi için, hayatın olağan akışına uygun olarak makul ve dürüst bir şekilde çalışmaktır⁶¹¹.

BK m. 506 hükmünde, özenle alakalı olarak iki ayrı düzenleme yapılmıştır. İlki hükmün ikinci fıkrasında, vekilin aslî edimi olan işgörme borcunu ifa ederken gösterdiği özendir. Sadakat yükümüyle birlikte düzenlenen özen yükümü, bu manada, vekilin işin ifasında göstermesi gereken davranışı işaret etmektedir.

⁶⁰⁸ Caduff, Rhein, s. 200. Bu noktada, kavramı “azami gayret” şeklinde Türkçeleştiren ve bu kayıtların sözleşmede borçlunun taahhüdünü değiştirmedikçe savunan, Büyükay, Amiklioğlu, s. 548. Buna karşın, *best effort clauses* olarak ifade edilen bu azami gayret kayıtlarının çeşitli sözleşmelerde farklı anlamlara gelebileceğini, bu yüzden sözleşmedeki unsurlara dikkat etmek gerektiğini savunan Philippe, s. 204. Bu noktada doğrudan alıntı yaparak azami gayret kaydının olası anlamlarından birini görmek yerinde olur: “*A service having a certain difficulty, where the achievement of the result cannot be guaranteed absolutely.*” (Sonuca ulaşılmasının kesinlikle garanti edilemeyeceği, belirli bir zorluğu olan hizmet, Philippe, s. 204). Kanaatimizce yazılım bakımı sözleşmelerinde kullanılan azami gayret kayıtları, uygulamada daha çok bu manaya yakın bir şekilde kullanılmaktadır. Tüm bunların dışında, azami gayret kayıtlarının çeşitli seviyeleri ve olası anlamları için, bkz. Büyükay, Amiklioğlu, s. 551 vd., Philippe, s. 207 vd.

⁶⁰⁹ Gümüş, özen, s. 142; Eren, borçlar özel, N. 2502. Özen yükümü, hukukî niteliği bakımından, doktrinde çokça tartışılmış bir konudur. Bir görüşe göre (eser sözleşmesi açısından Gauch, Werkvertrag, N. 820 ve Gökyayla, özen ve sadakat, s. 787), özen yükümünü sadakat yükümünün bir ifadesi, başka türlü bir görünümü olarak kabul etmektedir. Bir diğer görüş ise (Von Büren, s. 128; Derendinger, N. 254) vekâletteki özen yükümünü, genel özen yükümünün bir parçası olarak görmektedir. Buna göre, her borç ilişkisinde borçlunun borcu yerine getirirken uyması gereken davranış kalıplarını işaret eden bir yükümlülük olarak özen yükümlülüğü vardır. Her iki yükümlülüğün ayrı ayrı ele alınması gerektiği yönünde, Gümüş, özen, s. 142, Werro, Art. 398, N. 13.

⁶¹⁰ Gümüş, özen, s. 142.

⁶¹¹ Gautschi, BerKom. Art. 398, N. 21; Aral, Ayrancı, s. 544.

Özen yükümlülüğünün ihlali halinde, vekilin, ortaya çıkan zararı tazmin etme yükümlülüğü doğar⁶¹². Bu husus, özen yükümlülüğünün bir yan yükümlülük olmasından kaynaklanır. Bu açıdan vekâlet sözleşmesinde, aslî edim yükümlülüğünün kötü ifası halinde tazminat yükümlülüğü, vekilin özen ve sadakat yükümlülüğünden kaynaklanır. Bu açıdan özen borcunun ihlali, bir vasıta borcu üstlenen vekilin, vekâlet sözleşmesi kapsamında üstlendiği borcunun ihlalini oluşturur⁶¹³. Bu açıdan özen yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesinde kusurun ve sözleşmeye aykırılığın tespiti açısından esaslı bir nokta oluşturur⁶¹⁴.

Avukatın boşanma anlaşmasının bağlayıcılığına ilişkin hukukî bilgiden yoksun olması⁶¹⁵, taşınmazın satış değeri ile bilirkişinin belirlediği değer arasında aşırı fark olması⁶¹⁶, bankanın, çek hesabı kapatıldığı halde, çekleri ibraz eden kişiye başka bir hesaptan ödeme yapması⁶¹⁷, sahte çekin karşılığının banka görevlileri tarafından ödenmesi⁶¹⁸, doktorun hastanın karnında pens⁶¹⁹ veya tampon⁶²⁰ unutulması gibi hallerin hepsinde vekil özen yükümlülüğüne aykırı davranarak sözleşmeyi ihlal etmektedir. Vekâlet sözleşmesinde, aslî edimin kötü ifası, işte bu tür özen yükümlülüğünün ihlali halleriyle ortaya çıkabilir⁶²¹.

Vekâlet sözleşmesinin, işgörme sözleşmeleri arasında vasıta borcu doğuran sözleşme olduğunu dikkate aldığımızda, özen yükümünün önemi ortaya çıkacaktır. Bu açıdan, özen yükümünün belirlendiği bu madde hem tipik vekâletlerde hem de atipik vekâlet sözleşmelerinde de esaslı bir noktadadır. Borçlunun, bir sonucu taahhüt etmediği ve eser sözleşmesi olmayan sözleşmelerin bir atipik vekâlet olarak görüldüğü düşünülürse, bu husus daha iyi anlaşılır. Bu açıdan çalışmamız açısından da vekilin

⁶¹² Danışmanlık sözleşmesinde, Altop, s. 96; avukatlık sözleşmesinde, İyimaya, s. 191 vd. sponsorluk sözleşmesinde, Grassinger, s. 115.

⁶¹³ Eren, borçlar özel, N. 2503. Ayrıca Başpınar, özen yükümlülüğünün bir talî borç olduğunu ve sözleşmeden beklenen faydanın sağlanması amacıyla asıl borca bağımlı bir şekilde var olduğunu savunmaktadır. Başpınar, s. 149. Ayrıca, vekilin özen borcunun onun aslî edim yükümlülüğü olmadığına ilişkin, Başpınar, s. 158 vd.

⁶¹⁴ Büyükay, Amiklioğlu, s. 549.

⁶¹⁵ BGE 127 III 357 E. 2 d ve e.

⁶¹⁶ Yarg. 13. HD, 18.4.1989, 538 E., 2701 K., in Özkaya, s. 571 (hem sadakat hem de özen yükümlülüğüne aykırılık).

⁶¹⁷ Yarg. 11. HD, 23.11.1990, 7479 E., 7498 K., in Özkaya, s. 563-564.

⁶¹⁸ Yarg. 11. HD, 3.6.1991, 2053 E., 3671 K., in Özkaya, s. 556-557.

⁶¹⁹ Yarg. 4. HD, 11.2.1976, 4260 E., 1393 K., in Özkaya, s. 621.

⁶²⁰ Yarg. 4. HD, 16.5.1968, 4365 E., 4301 K., in Özkaya, s. 630.

⁶²¹ YHGK. 20.3.2013, 2012/13-1049 E, 2013/383 K. “Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur” (Legalbank). Karara konu olayda, yanlış ilaç verilmesinden dolayı, organlarında hareket yetersizliği oluşan hasta, hastaneye karşı vekilin özen yükümüne aykırılık sebebiyle dava açmıştır. Karara konu olayda hukuk genel kurulu, eksik inceleme (bilirkişi raporunun yetersizliği) sebebiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

özen yükümlülüğü önemli bir yer tutmaktadır. Dolayısıyla, özen ve bununla beraber sadakat yükümlülüklerinin, vekâletin diğer hükümleri gibi her olayda hâkim tarafından incelenerek somut olaydaki sözleşmenin yapısına uygun olduğunun değerlendirilmesine gerek yoktur. Zira özen yükümlülüğü, hem genel bir davranış yükümlülüğü özellikleri göstermesi açısından hem de vekilin aslî edim yükümlülüğüne bağlılığı açısından vekâlet sözleşmesinin temel karakterini oluşturur. Üstelik atipik vekâlet olarak nitelendirdiğimiz sözleşmeleri bir arada değerlendirmek, ancak bu özen yükümlülüğüyle mümkün olabilir. Aksi takdirde, bu sözleşmelerin birlikte değerlendirilmesi ve atipik vekâlet olarak nitelendirilmesi imkânsızdır. Tüm bu sebeplerle, atipik vekâlet sözleşmelerinde herhangi bir denetime ihtiyaç duyulmadan özen yükümlülüğünün geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Bu bağlamda yazılım bakımı sözleşmesi açısından da vekâletteki özen yükümlülüğünün benimsenmesinde herhangi bir beis yoktur.

BK m. 506 hükmünde, özenin ikinci kullanım şekli ise üçüncü fıkra, vekilin göstermesi gereken özenin ölçüsüne ilişkindir⁶²². Bu hükme göre vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır. Vekilin özeninin ölçüsü olarak benzer alanda işgören vekillerin belirlenmesi, bu özen ölçüsünün objektifleştirildiğini göstermektedir. Objektifleştirilmiş özen kıstası⁶²³, mesleği icabı işi yürüten vekiller açısından dikkate alınır⁶²⁴. Bu manada objektif kıstas, vekilin göreceği işin türünü, bu işin zorluğunu ve bu işi yürütmek için gereken meslekî bilgi derecesi gibi dışsal unsurlara bakarak vekilin özeninin belirlenmesini sağlar. Bu takdirde “basiretli vekil”in özeninden bahsedilmekte ve sorumluluğun tespitindeki bir kıstas olarak özenin ölçüsü, ortalama vekilden daha ağır takdir edilmektedir⁶²⁵. Bunun dışındaki vekâletlerde ise, ortalama vekilden beklenen özen ölçüsünde hareket edilecektir. Ayrıca işin ücretsiz görülmesi halinde, vekilin özen ölçüsünün daha hafif

⁶²² Gümüş, özen, s. 115.

⁶²³ Gümüş, borçlar özel, s. 159, yazar objektifleştirilmiş özeni şu şekilde açıklamaktadır: “...vekilin, somut olaya göre ideal bir vekilden beklenebilecek en yüksek derecedeki özenli davranıştan sapma oluşturacak bir davranışının varlığı...”

⁶²⁴ Tandoğan, c. II, s. 410; Gümüş, özen, s. 143.

⁶²⁵ Yavuz, Acar, Özen, s. 1195; Gümüş, borçlar özel, s. 164; BGE 117 II 563, E. 2.a (Olayda avukatın özen ölçüsü, profesyonel bir meslek yürüttüğü için daha ağır belirlenmiştir. Avukat bu manada bütün kusurlarından sorumlu tutulmuş ve müvekkile tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir). Mesleğe has ortalama davranışın ölçü olarak kabul edilmesi yönünde, Aral, Ayrancı, s. 545; Eren, borçlar özel, N. 2500. Ayrıca, İyimaya, s. 282-283, avukatlık sözleşmesi açısından özen borcu, Avukatlık Kanununda daha ağır düzenlenmiş ve somutlaştırılmıştır. Bu yüzden yazar, avukat açısından ağırlaştırılmış özen borcundan bahsetmektedir. Ayrıca avukat, hekim, bankacı, eczacı gibi vekillerin sorumluluğu azaltıcı anlaşma yapamayacaklarına ilişkin, Eren, borçlar özel, N. 2508; Başpınar, s. 162.

takdir edilmesi gerektiği kanaati de yaygındır⁶²⁶. Özen borcunun kural olarak objektif şekilde takdirine rağmen, bazı durumlarda, mesela bir ressamın tablo çizmesinde ise sübjektif bir şekilde değerlendirilmesi gerekir⁶²⁷. Bu manada sübjektif bir şekilde özenin tespiti, vekilin veya işgörme borçlusunun, vekâlet veren veya işsahibi tarafından bilinen veya bilinmesi gereken özelliklerini de de dikkate almayı gerektirir⁶²⁸.

Buna göre, 818 sayılı BK'de hizmet sözleşmesine yapılan atıfla belirlenen ve objektif ve sübjektif kıstaslarla tespit edilen özen ölçüsü 6098 sayılı BK ile değiştirilmiştir⁶²⁹. Eser sözleşmesine paralel bir şekilde⁶³⁰, vekâlet sözleşmesinde de vekilin "sadakat ve özenle" işleri yürütmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu şekilde artık vekilin özeni sadece objektif kritere göre tespit edilmektedir⁶³¹. Objektif kritere göre vekilin özen ölçüsünü belirleyen faktörler, yapılacak işin güçlüğüne, bu işin türüne, vekilin meslekî bilgisi veya uzmanlığına göre değişecektir⁶³².

Bütün bu hususlar, vekâletteki özen yükümlülüğünde bir kademelendirme olduğunu göstermektedir. Yani objektif kritere göre belirlenen vekilin özen yükümü, vekilin karşı tarafın bildiği özelliklerine göre değil, somut olayda, vekilin bulunduğu konumda gösterilmesi gereken özen ölçüsündedir. Dolayısıyla avukat veya mühendisin yürüttüğü işte daha yüksek, ücretsiz yapılan işlerde de daha hafif bir özenin beklenmesi gerekir. Yine yazılım bakımı sözleşmesinde bu özen ölçütü, en üst

⁶²⁶ Gautschi, Art. 398, N. 24d; Tandoğan, c. II, s. 411; Başpınar, s. 161; Eren, borçlar özel, N. 2506. Aksi düşüncede, Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 398, N. 28. Ayrıca, vekâletin ücretsiz olmasının ancak tazminatın belirlenmesinde önemli olduğunu savunan, Aral, Ayrancı, s. 546; Aydoğdu, Kahveci, s. 485.

⁶²⁷ Hatemi, s. 358; Gökyayla, eser, s. 790. 818 sayılı BK'de hem sübjektif hem objektif kritere göre belirlenen özen yükümü, BK m. 506'da sadece objektif kritere göre belirlenmektedir. Buna karşın, ressam veya hattat ya da her türden kişisel kabiliyetin ön plana çıktığı işlerde, sözleşmede iş sahibi, vekil veya yüklenicinin (sözleşme eser sayıldığı takdirde) o sanat dalındaki yeteneğine göre sözleşme yapmaktadır. Bu halde, hâkimin sanatkarın özen yükümünü takdir ederken, bu hususu dikkate almaya devam etmesi gerekir.

⁶²⁸ Tandoğan, c. II, s. 411.

⁶²⁹ 818 sayılı BK'de vekilin özeni 390/I hükmünde, bugünkünden farklı bir şekilde, hizmet sözleşmesine yapılan atıfla belirleniyordu. O dönemde bile doktrindeki baskın görüş ve mahkeme kararları, vekilin sorumluluğunun işçiden ağır bir şekilde belirlenmesi gerektiği yönündeydi. Bkz. Tandoğan, c. II, s. 411 vd.; Gümüş, özen, s. 183; Yarg. 13. HD 4.3.1994, 8557/2138, Yarg. 13. HD 14.3.1983, 7237/1783, Yarg. 13. HD 5.2.1991, 7902/1070; BGE 127 III 357, E. 1.c. Ayrıca bu düzenlemeye yönelik eleştiriler için bkz. Gümüş, borçlar özel, s. 162, özellikle dn. 853 ve orada zikredilen yazarlar.

⁶³⁰ Buna karşın, doktrinde eser sözleşmesindeki özen ölçüsünün, vekâlete göre daha ağır belirlendiği savunulmaktadır. Bkz. Gümüş, borçlar özel, s. 45 vd, özellikle s. 47.

⁶³¹ Madde gerekçesinde açık bir şekilde, objektif ölçüte yer verildiği ve benzer alanda işgören basiretli bir vekilin göstermesi gereken özenin aranacağı yer almaktadır. Ayrıca, Gümüş, borçlar özel, s. 162 vd; Başpınar, s. 163; Eren, borçlar özel, N. 2500. Ayrıca, hükmün ikinci fıkradaki düzenlemenin sözleşme ihlaline, buna karşın üçüncü fıkradaki düzenlemenin ise sadece kusurun tespitine yönelik olduğuna ilişkin, Gümüş, özen, s. 84 vd.

⁶³² Aral, Ayrancı, s. 545

seviyede tespit edilmek zorundadır. Yazılımcının göstermesi gereken özenin ölçüsü de kaynak kodlara sahip olup olmadığına veya yazılımı kendisinin üretilip üretilmediğine göre değişiklik gösterecektir.

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcının özen yükümlülüğü, sözleşme ilişkisinin en baskın tarafını oluşturmaktadır. Yazılımcının, çoğunlukla sözleşmede bir sonucu taahhüt etmediği dikkate alındığında, onun edimlerinde borca aykırılığın tespiti, vekilin özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Sözleşmede kararlaştırılan en iyi şekilde ifa şartları ve hizmet seviyesi anlaşmasına ilişkin kayıtlar bu bağlamda, onun özen yükümlülüğünün tespitinde objektifleştirme açısından yardımcı olacak niteliktedir⁶³³.

Yazılımcının özen yükümlülüğünün belirlenmesinde bu kayıtların kapsamadığı alanlarda ise, yazılımcıdan benzer alanda faaliyet yürüten bir yazılımcıdan beklenmesi gereken özen beklenmelidir. Özellikle yazılım sektöründe işgören şirketlerin büyüklüğü, tecrübeleri, çalışan eleman sayısı, işteki uzmanlıkları dikkate alındığında bu özen ölçüsü oldukça yüksek olacaktır. Yazılımcı “basiretli” bir yazılımcı gibi davranmalı, teknik kapasitesini bilerek uzman olmadığı alanda iş üstlenmemelidir⁶³⁴. Bunun yanında yazılımcı, sektördeki gelişmeleri takip etmeli ve mesela yazılımın çalışacağı sistemlerde yapılacak değişiklikleri öngörerek, yazacağı kodları bu yeni işletim sistemine göre kurgulamalıdır⁶³⁵. Yazılımın çalışmasını etkileyebilecek tüm faktörleri dikkate almalı ve gerektiğinde, müşteri için ek yükümlülükler doğurma ihtimali olsa da, onu bu konular hakkında bilgilendirmelidir. Yazılımın kullanılması konusunda ek bir eğitime ihtiyaç duyuluyorsa, sözleşmenin kurulması veya sonraki aşamalarda bunun için gerekli olan altyapıyı ve insan

⁶³³ Bu kayıtlar, işgörme borçlusunun özen yükümünü objektifleştirmek açısından oldukça elverişli olmakla beraber, sözleşmenin atipik özelliğini artıran bir özellik de göstermektedir. Bu kayıtlarla beraber yazılımcının borcunun bir sonuç borcu olduğu söylenememekte; ancak onun vasıta veya özen borcu da oldukça ölçülebilir bir yapıya bürünmektedir. Bu açıdan hukukumuzdaki eser-vekâlet yapısının yazılım sözleşmelerinde pratik bir sonuç vermediğine ilişkin Caduff, Rhein, s. 195.

⁶³⁴ Yapamayacağı, kabiliyetlerini aşan işleri üstlenmenin, bir üstlenim kusuru oluşturduğuna dair, Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 398, N. 28; Eren, borçlar özel, N. 2500.

⁶³⁵ Uygulamada yazılım imalinde yazılımcının dikkat etmesi gereken hususlardan birisi de, yazılımın, üzerinde çalışacağı işletim sistemine uygunluğudur. Bu açıdan, *Android* sistemini kullanan bir telefon veya *Microsoft* sistemini kullanan bir bilgisayarda çalışan yazılımın, bu sistemlere uygun olması beklenir. Genellikle bu işletim sistemlerini üreten firmalar, bunlarda yapacakları değişiklikleri bir veya iki sene önceden tüm piyasa aktörlerine ve müşterilerine duyurarak gerekli teknik bilgileri paylaşmaktadır. İşte bu tür bir değişiklik oluşacağı zaman, yazılımcı bu değişikliğe uygun olarak yazılımı imal etmeli veya buna uygun olarak bakım faaliyetini yürütmelidir. Yazılımcı bu durumu dikkate almadan, herhangi bir işletim sisteminin üreticisi tarafından duyurulan kodlara göre değil, söz konusu sistemin eski sürümüne uygun olarak kodları hazırladığı takdirde, onun bu ihmali kendi yazdığı veya bakımını yaptığı yazılımda hatanın ortaya çıkmasına yol açarsa, özen yükümlülüğünün ihlal edildiği tespit edilir. Zira basiretli bir vekil yazılım sektöründe bunu öngörebilecek kapasitede olmalıdır.

kaynaklarını oluşturmalıdır. Bu ve bunun gibi örnekler, yazılımcının ve müşterinin çalıştığı sektöre, yazılımın özelliklerine ve bu alanda meydana gelen gelişmelere göre değişiklik gösterebilir. Bu açıdan, yazılımcının özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, sektörde uzman olan kişilerin yardımına ihtiyaç duyulacaktır⁶³⁶.

F. Sadakat Yükümlülüğü

Sadakat yükümlülüğü, kanunda düzenlenen işgörme sözleşmelerinde, borçlunun özen yükümlülüğüyle birlikte anılan temel bir yükümlülüktür. Eser sözleşmesinde BK m. 471/I, hizmet sözleşmesinde BK m. 396 ve vekâlet sözleşmesinde de BK m. 506/II hükümleri, işgörme borçluları açısından sadakat yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, işgörme sözleşmelerinin hepsinde, yapma borcu icra edilirken borçlu ve alacaklı arasında kurulan ilişkinin mahiyetinden dolayı bir sadakat yükümlülüğü oluşmaktadır. Bu yükümlülük kanunda düzenlenmese dahi işgörme sözleşmelerinin ayrılmaz bir özelliğini oluşturur⁶³⁷.

Yazılım bakımı sözleşmesinde de sadakat borcu önemli bir rol oynar. Yazılımcı, özellikle ticaret şirketlerinin verilerine ulaşabilir ve bu verileri kolaylıkla elde edebilir. Taraflar arasındaki ilişki, yazılımcının müşterisinin ticari bilgilerine bütünüyle hâkim olması ile sonuçlanabilir. Yazılımcı, mesela markette kullanılan yazarkasaların yazılımını veya stoklarının kontrolünü ve bunun mağazalara dağıtımını yapan bir yazılımın bakımını yapıyor olsun. Bu takdirde yazılımcı, müşterinin hangi ürünleri sattığından stoklarının miktarına, ürünleri alış fiyatından bunlardan elde edilen kâra kadar, ekonomik olarak paha biçilemeyecek değerde bilgilere erişme imkânına sahiptir. Bu durumda, bu bilgileri korumak ve başkaları ile paylaşmamak açısından yazılımcının, vekâlet sözleşmesinde sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan veya MK m. 2'ye dayandırılan bir yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır⁶³⁸. Bu çerçeveden bakıldığında, oldukça ticari ve tektipleşmiş bir işi yapan yazılımcının dahi sır

⁶³⁶ Caduff, Rhein, s. 203.

⁶³⁷ Altop, s. 91.

⁶³⁸ Widmer, s. 157, yazar yazılım bakımı sözleşmesini eser temelli olarak kabul ettiği için, sadakat yükümlülüğünü eser sözleşmesine atıfla belirlemektedir.

saklama⁶³⁹, veri koruma, rekabet etmeme gibi sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan borçları ortaya çıkacaktır⁶⁴⁰.

Vekâlet sözleşmesinde ise sadakat yükümlülüğü, özen yükümlülüğü ile birlikte BK m. 506/I hükmünde düzenlenmiştir. Kanunî vekâlet tipinde vekâlet güven ilişkisine dayanır. Vekil, vekâlet veren tarafından kişisel özellikleri ön planda tutularak seçilir. Vekilin özellikle şahsı, yapacağı işteki becerisi ve karakter özellikleri vekâlet veren tarafından dikkate alınır. Bu şekilde seçilen vekille müvekkil arasındaki güven ilişkisi sözleşme boyu ve hatta sözleşmeden sonra da devam eder. Vekilin işte bu güven ilişkisi içerisinde, vekâlet verenin menfaatlerini dikkate alarak, onun işini görürken azamî surette dikkat ve onun yararını gözetmesi sadakat borcu olarak isimlendirilmektedir⁶⁴¹.

Sadakat yükümlülüğü güven ilişkisiyle iç içe geçen tabiatıyla tipik vekâlet sözleşmesinde esaslı bir unsur olmakla birlikte, diğer işgörme sözleşmelerinde ve atipik vekâlet sözleşmesinde de bulunmaktadır. Her sözleşmede bir ölçüde bulunması gereken güven ilişkisiyle sadakat borcu, hizmet ve eser sözleşmelerinde de özen yükümüyle birlikte kanunda düzenlenmiştir⁶⁴². Bu açıdan, tüm işgörme sözleşmelerinde özen ve sadakat yükümlülüğü, çoğu zaman birbirinden ayıramayacak mahiyette bulunmakta ve esaslı bir rol oynamaktadır. Sözleşmenin karşı tarafıyla yakın bir münasebet kurarak sözleşme ilişkisine giren ve işsahibi/vekâlet verenin sırlarını öğrenen işgören, bu yakın ilişkiden kaynaklı olarak diğer tarafın menfaatlerini korumalı ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmalıdır⁶⁴³.

Sadakat yükümlülüğü, bazı işgörme sözleşmelerinde somut görünümlere sahiptir. Öğretide eser sözleşmesi açısından sadakat yükümlülüğünün somutlaştığı, bu yükümlülükten doğan birtakım borçlar sayılmaktadır. Sınırlı sayıda olmamak kaydıyla sır saklama yükümlülüğü⁶⁴⁴, menfaat çatışmasını önleme yükümlülüğü (bu bağlamda

⁶³⁹ Know-how sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğünün MK 2'den kaynaklanan bir edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi olduğuna dair, Ögüz, s. 109. Yine gizlilik ödevi, sır saklama yükümlülüğü gibi bazı yükümlülüklerin, doğrudan kanun hükmünden veya MK 2'den doğabileceğine ilişkin, Tercier, Develioğlu, Pichonnaz, N. 261.

⁶⁴⁰ Widmer, s. 158.

⁶⁴¹ Bağlılık borcu olarak da isimlendiren, Tandoğan, c. II, s. 407; Hatemi, s. 417; Weber, Oser, BSK-OR-I, Art. 398, N. 34; Yavuz, Acar, Özen, s. 1204; Zevkliler, Gökyayla, s. 618.

⁶⁴² 818 sayılı BK döneminde eser sözleşmesinde düzenlenmeyen sadakat borcu, vekâlet hükümlerinin kıyasen eser sözleşmesine uygulanmasını öngören doktrin dolayısıyla kabul ediliyordu. Tartışma için bkz. Yavuz, Acar, Özen, s. 1001. Buna karşın bu borcun kaynağını MK 2'de bulanlar da vardı, bkz. Gauch, Werkvertrag, N. 820.

⁶⁴³ Akıncı, s. 16; Gümüş, borçlar özel, s. 154; danışmanlık sözleşmesi açısından Altop, s. 92.

⁶⁴⁴ Tandoğan, c. II, s. 450; Hofstetter, s. 96 vd; Eren, borçlar özel, N. 2513-2514; Gümüş, borçlar özel, s. 154-155.

çifte temsil ve kendi kendisiyle sözleşme yapmama)⁶⁴⁵, aydınlatma yükümü⁶⁴⁶, bilgi verme yükümü⁶⁴⁷ ve rekabet etmeme yükümü bu yükümlülükler arasında sayılabilir. Ayrı ayrı görünür hale gelen bu yükümlülükler, vekâlet sözleşmesindeki sadakat yükümlülüğü açısından da kabul edilebilir niteliktedir. Eser sözleşmesine benzer şekilde hizmet sözleşmesinde de işçinin sadakat yükümlülüklerinden bir kısmı BK m. 396 hükmünde sayılmıştır. İşçinin başkasına hizmette bulunması veya işverenle rekabete girmesi, üretim ve iş sırlarını kendi yararına kullanması veya üçüncü kişilere açıklamasının yasaklanması bu mahiyette sadakat yükümlülüğünün birer görünümünü oluşturur.

Diğer işgörme sözleşmelerinde de bulunan sadakat yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesinde, tipik vekâlet yapısı içerisinde güven ilişkisiyle iç içe geçmiştir. Sadakat yükümlülüğünü, vekâletin güven ilişkisi doğuran bu tipik yapısından uzaklaştırmak ve sınırlamak eğiliminde olan doktrinde bir görüş, vekâlet sözleşmesinde vekilin sadakat yükümlülüğünün sadece aracı vekiller için mevcut olduğunu savunmaktadır. Buna göre, aracı vekiller dışında, kendi hesabına hareket eden vekilin sadakat borcundan kaynaklanan borçları da bulunmaz⁶⁴⁸. Sadece aracı vekil başkası hesabına hareket ederken, bu durumda onun borçları, kendi hesabına hareket eden vekilden farklılaşacaktır⁶⁴⁹. Vekâlet sözleşmesine ilişkin bazı hükümlerin ve azil ve istifaya ilişkin BK m. 512 (İBK m. 404) hükmünün, atipik vekâletlere uygulanmasını engellemek amacıyla savunulduğunu düşündüğümüz bu görüşe katılmak pek mümkün değildir. Zira sadakat borcu, sadece tipik vekâletler açısından değil, atipik vekâlet türleri ve diğer işgörme sözleşmeleri açısından da önemli bir yükümlülüktür. Aracılık işlerindekiyle aynı ölçüde olmasa da, vekâletin diğer görünümünde de sadakat borcu önem taşımaktadır. Ayrıca eser sözleşmesinde

⁶⁴⁵ Tandoğan, c. II, s. 408; Hofstetter, s. 94; Yavuz, Acar, Özen, s. 1205; Weber, Oser, BSK-OR-I, Art. 398, N. 15; Zevkliler, Gökyayla, s. 619.

⁶⁴⁶ Yavuz, Acar, Özen, s. 1205 (bilgilendirme borcu); Fellmann, BerKom. Art. 398, N. 412; Weber, Oser, BSK-OR-I, Art. 398, N. 9; BGE 127 III 357, E. 1.d

⁶⁴⁷ Tercier, Bieri, Carron, N. 4465; Eren, borçlar özel, N. 2511-2512.

⁶⁴⁸ Werro, mandat, N. 144, 145 ve ayrıca, N. 492 vd; Werro, CoRo, Art. 394 N. 11; Tercier, Bieri, Carron, N. 4312. Bu görüş açısından, vekâlet sözleşmesinde bizim sadakat yükümlülüğü kapsamında değerlendirdiğimiz sır saklama, rekabet etmeme gibi yükümlülükler, aracı vekiller dışındaki vekiller açısından özen yükümlülüğünün bir parçasıdır.

⁶⁴⁹ Werro, CoRo, Art. 394 N. 11. Yazar burada, aracılıktan doğan borçların dar anlamda “*obligations fiduciaires*” olduğunu belirtmektedir. Buna göre sadakat borcu (İBK m. 398), hesap verme borcu (İBK m. 400) ve vekâletle ilgili aldıklarını verme borcu bu borçlara birer örnek niteliğindedir. Bu borçların, vekilin aracılık işleri dışında kendi hesabına hareket ettiği sözleşmelerde herhangi bir anlamı kalmamıştır. Aynı yönde, Werro, mandat, 144. Karşıt görüş için bkz. Weber, Oser, BSK-OR-I, Art. 398, N. 3; Gehrre, Giger, CHK-OR, CO 398, N. 3.

yüklenicinin, hizmet sözleşmesinde de işçinin sadakat borcu bulunduğu dikkate alınırsa, sadakat yükümlülüğünü bu şekilde sınırlamak doğru olmayacaktır.

Atipik vekâlet sözleşmeleri veya *sui generis* işgörme sözleşmelerinin hepsinde sadakat borcu önemli bir yer tutar. Bu açıdan somut olayın koşullarına, özellikle de müvekkilin vekille kurduğu ilişkinin mahiyetine bakmak gerekir. Mesela bir mimarın, işini yaptığı bir ticaret şirketinin ticari sırlarını öğrenmesi⁶⁵⁰ veya özel ders veren öğretmenin, ders vermek için gittiği evde gizli kalması gereken bilgiler edinmesi bu şekilde değerlendirilir.

Yazılımcı da, sırlarına ve özellikle verilerine ulaşma imkânı olduğu müşteriye karşı sadakatle davranmakla yükümlüdür. Yazılımcı bu sadakat yükümlülüğünü herhangi bir şekilde ihlal ederse, tazminat ödeme borcuyla karşı karşıya kalacaktır⁶⁵¹. Bu takdirde, müşteriye verdiği zararın tazmin edilmesinin yanında, sadakat yükümlülüğünün ihlali, yazılım bakımı sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olduğu için, sözleşmenin haklı sebeple feshine de neden olabilir⁶⁵². Bu açıdan, sözleşmenin sona ermesine temel oluşturabilecek nitelikte önemli bir ihlali oluşturur.

Yazılım bakımı sözleşmesinde rekabet yasağı, veri koruma veya sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan borçlara ilişkin bir düzenleme yapılmadığı takdirde vekilin sadakat yükümlülüğünden yola çıkarak, yazılımcının yükümlülükleri tespit edilebilir. Buna karşın uygulamada çoğunlukla, sözleşmedeki genel koşullarda, gizlilik, veri koruma ve rekabet yasağına ilişkin özel düzenlemeler yapılmaktadır⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Sır saklama yükümlülüğünün sadakat borcu kapsamında değerlendirilmesi için Tandoğan, c. II, s. 450; Hatemi, s. 417. Buna karşın, sır saklama yükümlülüğünün, vekilin aslî edim yükümlülüğünden bağımsız değerlendirilmesi gerektiği ve henüz sözleşme görüşmelerinin başında aslî edim yükümlülüklerinin ifasına başlamadan ortaya çıkabileceğini ve sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam edebileceği yönünde, Zevkliler, Gökyayla, s. 619. Yine vekâletteki sır saklama yükümlülüğünü sözleşmenin ard etkisi kapsamında ele alan, Oğuzman, Öz, N. 136.

⁶⁵¹ Ögüz, s. 110, yazar, *know-how* sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmenin akdin müspet ihlali sayılması ve BK m. 112 vd.'na göre tazminata hükmedilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna karşın, sır saklama yükümlülüğünün *know-how* sözleşmesi bakımından arz ettiği özellik yazılım bakımı sözleşmesindekiyle aynı değildir. Öncelikle *know-how* sözleşmesinde sözleşmenin konusu doğrudan bu sırların devri veya öğretilmesidir. Yazılım bakımı sözleşmesinde sözleşmenin konusu yazılımın bakımının yapılmasıdır. O halde, yazılım bakımı sözleşmesinde bu tür bir sır saklama yükümlülüğünün ihlali, bir yan yükümlülük olarak kabul ettiğimiz sadakat borcunun ihlali ve yan yükümlülüklerin ihlaliinden ancak bir tazminat borcu doğmalıdır. Aynı yönde, Kılıçoğlu, N. 229. Aynı yönde, Eren, borçlar genel, N. 101; Antalya, c. V/1, 1, N. 63.

⁶⁵² Bkz. ileride, III, L, 2, Haklı Sebeple Fesih.

⁶⁵³ Widmer, s. 210. Özellikle veri korumaya ilişkin olarak, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında veri korumaya ilişkin özel düzenleme için bkz. EK-Sözleşme, Ek-8, Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Aktarımına İlişkin Ek Protokol.

G. Şahsen İfa Yükümlülüğü

1. Şahsen İfa

Yazılım bakımı sözleşmesinde müşterinin, yazılımcı ile yaptığı sözleşmede onu tercih ederken hareket noktası, yazılımcının ürettiği veya lisansı altında olan yazılım konusundaki uzmanlığıdır. Yazılımcı, bakım ve destek hizmetini çoğu zaman, kaynak kodları elinde olan veya gerektiğinde bunlara ulaşabileceği bir yazılım için verebilir. İstisnaen açık kaynak kodlu yazılımlarda buna gerek olmuyor gibi görünse de, bu durumda da yazılımcının ilgili program konusunda uzmanlığı müşteri tarafından ilk planda dikkate alınan husustur. Benzer şekilde yazılımcı, büyük bir yazılım üreticisi veya lisans sahibiyle yaptığı sözleşme uyarınca da bakım hizmetini veriyor olabilir. Bu takdirde de hem yazılımın kalitesine olan güven hem de yazılımı üreten üçüncü firmanın satış ve destek hizmetleri ağına olan güven, müşteriyi yazılımcıyla sözleşme yapmaya iten temel saiktir.

Müşterinin yazılım bakımı sözleşmesinde veri güvenliğiyle ve ticari sırlarının korunmasına ilişkin menfaati de yazılımcının şahsına duyulan bir güveni gerektirir. Yazılımcının güvenilir birisi olması, kurumsal bir firma olarak piyasada kazandığı itibar, müşteri için veri güvenliği konusunda da önemli bir güven uyandırır. Bu bakımdan müşteri, verilerinin ve sırlarının da korunacağına ilişkin bir düşünceyle hareket ederek yazılım bakımı sözleşmesini yapar. Bu amaçla da yazılım bakımı sözleşmelerine ayrıntılı hükümler konulmaktadır⁶⁵⁴.

Müşterinin bu tavrı, yazılım bakımı sözleşmesinin devredilmesinde kendisini gösterir. Uygulamada genellikle bakım sözleşmelerinde, sözleşmenin devri yasağı bulunmaktadır⁶⁵⁵. Böyle bir yasağın bulunmadığı sözleşmelerde dahi, yazılımcının sözleşmeyi devretmemesi, müşteriyi tanımadığı bir üçüncü kişiyle karşı karşıya bırakmaması gerekir. Zira hem yazılımcının bakım hizmeti konusundaki uzmanlığı hem de veri güvenliği ve sırları konusundaki müşterinin güveninin korunması bunu gerektirir. Bu sebeple, yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcı, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini devretmemelidir.

⁶⁵⁴ Bkz. EK-Sözleşme, m. 13, a ve EK-8, Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Aktarımına İlişkin Ek Protokol.

⁶⁵⁵ Bkz. EK-Sözleşme, m. 14. Aksi yönde, sözleşmenin devrine izin veren kayıtlar bulunduğu dair, Fröhlich-Bleuler, N. 3201.

Yazılımcının sözleşmeyi devretmesi uygun olmamakla birlikte, yazılımcının çoğu zaman bir tüzel kişi olduğu ve bakım hizmetinin de çalışanları tarafından verildiğini unutmamak gerekir. Dolayısıyla yazılımcı, bakım sözleşmesini ancak çalışanları aracılığıyla ifa edebilir. Bu açıdan yazılımcının çalışanları, sözleşmeye yabancı üçüncü kişiler sayılmamalıdır.

Yazılımcının hem müşteri ile arasında oluşan güven ilişkisi hem de veri güvenliği bakımından sözleşmeyi üçüncü kişiye devretmesi makul görünmese de, sözleşmenin ifasında gerektiği takdirde yardım alabilmesi gerekir. Onun objektifleştirilmiş özen borcu, yazılımda ortaya çıkan hatayı bir an evvel çözmesini zorunlu kılar. Diğer yandan, müşterinin de yazılımın en kısa sürede tekrar sağlıklı bir şekilde çalışmasına ihtiyacı vardır. Bu açıdan, uygulamada genellikle yazılımcının ifa yardımcısı veya alt vekil, taşeron çalıştırması sözleşmede yasaklanmamaktadır⁶⁵⁶. Özellikle yazılımda meydana gelen hataların daha hızlı çözülmesi açısından bu şekilde ifa yardımcısı çalıştırılması müşterinin de menfaati açısından gereklidir. Ancak yazılımcı, ifa yardımcısına başvururken, özen ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmamalıdır.

Yazılım bakımı sözleşmesinin yapısına ilişkin bu hususların dışında, hukukumuzda işgörme sözleşmelerinde kural olarak, borçlunun borcunu şahsen ifa etmesi beklenmektedir⁶⁵⁷. Borçların ifasına ilişkin BK m. 83 hükmü, vekâlette şahsen ifayı düzenleyen BK m. 506/I hükmünün aksine, kural olarak, borçlunun borcunu şahsen ifasının mecbur olmadığını düzenlemektedir. Bunun kanunî istisnasını ise, alacaklının şahsen ifada menfaatinin olması oluşturur. Bu takdirde, borçlu borcunu şahsen ifa etmelidir. Vekâlet sözleşmesi de yapma borcu doğuran bir sözleşme olduğu için, vekil vekâleti bizzat ifa etmekle yükümlüdür (BK m. 506/I).

İşgörme sözleşmelerinde şahsen ifanın mecbur olmasının sebebi, bu sözleşmelerde borçluyla alacaklı arasında oluşan güven ilişkisidir. Vekâlet sözleşmesinde de bu hükmün güven ilişkisinden kaynaklandığı kabul edilmektedir⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ Bkz. EK-Sözleşme, m. 13, a (son cümle) “Yazılımcı, çalışanlarının, taşeronlarının ve müteahhitlerinin de işbu gizlilik hükmüne uygun davranmalarını sağlamakla yükümlüdür.” Bu şekilde zimnen yazılımcının alt vekil çalıştırmasına izin verilmektedir.

⁶⁵⁷ Yapma borcu doğuran sözleşmelerde kural borçlunun borcunu şahsen ifa etmesidir. Hizmet sözleşmesinde BK m. 395, bizzat çalışma, eser sözleşmesinde BK m. 471/III, yüklenicinin “kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak” ve vekâlet sözleşmesinde BK m. 506/I vekilin şahsen ifa borcunu düzenleyen kurallar getirmektedir.

⁶⁵⁸ Tandoğan, c. II, s. 456; Akipek, s. 61 ve 109; Yavuz, Acar, Özen, s. 1196; Zevkliler, Gökyayla, s. 622.

Bu doğrultuda, kural olarak, vekil yardımcı kişi çalıştırmamalı, ikâme vekil tayin etmemeli ve alt vekile başvurmamalıdır⁶⁵⁹.

İşin üçüncü kişiye gördürülmesi, vekâlet sözleşmesinde ikâme vekil tayini, ifa yardımcısı ve alt vekil tayini şeklinde ortaya çıkabilir⁶⁶⁰. Genel olarak yardımcı kişi çalıştırmanın, özellikle vekilin şahsî özelliklerinin çok önemli olduğu haller dışında caiz olduğu kabul edilmektedir⁶⁶¹. Böylelikle hükmün etkisi alt vekil ve ikâme vekil tayininde kendisini göstermektedir. Maddede düzenlenen ve vekile üçüncü kişiye başvurma imkânı veren haller de bu haller açısından değerlendirilmelidir⁶⁶². Bundan başka, kendisinin yerini tutumak üzere ikâme vekil tayin etmesi halinde de vekilin sorumluluğu alt vekilde olduğu gibi devam eder.

Vekilin şahsen vekâlet sözleşmesinde belirlenen borcunu şahsen ifa etmesi kural olmasına karşılık, kanunda bunun istisnalarına da yer verilmektedir. BK m. 506/I hükmü, üç farklı halde vekilin başkasının yardımı alabileceği düzenlenmiştir. İlk olarak sözleşmede bu yönde bir yetkinin vekile verildiği hallerde, vekil ifa yardımcısı veya alt vekile başvurabilir. Bu yetki sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi, vekâlet verenin göz yumması, zımnî bir anlaşmanın varlığını göstermesi açısından da buna imkân verebilir⁶⁶³. Ayrıca, vekâlet veren, vekilin işi yaptırmasından sonra da bunu onaylayabilir⁶⁶⁴. İkinci ihtimal, vekilin başkasının yardımını almaya, işin gereği mecbur olmasıdır. Vekilin bir uzmanın yardımına ihtiyaç duyması durumunda ondan yardım alması buna örnek verilmektedir⁶⁶⁵. Son olarak, teamülün mümkün kılması halinde de yardımcı kişiye başvurabileceği düzenlenmiştir⁶⁶⁶. Buna göre, doktorun veya avukatın tatile gittiği zaman, hastalarını veya müvekkillerini başka bir hekime yönlendirmesi buna örnek verilebilir⁶⁶⁷.

⁶⁵⁹ Huguenin, N. 3248; Akıncı, s. 15.

⁶⁶⁰ Akipek, s. 61. İkâme vekâlet kavramının alt vekâletten ayrılması konusu, doktrinde tartışmalıdır (bkz. Akipek, s. 121-122). Buna karşın ikâme vekâletin alt vekâletten temel farkı, ikâme vekâlette, asıl vekilin kendi adına ve hesabına bir sözleşme yapmıyor olmasıdır (Akipek, s. 121).

⁶⁶¹ Yavuz, Acar, Özen, s. 1197; Werro, CoRo, Art. 398, N. 9; Zevkliler, Gökyayla, s. 622. Vekilin şahsının çok önemli olduğu hallere örnek olarak ünlü bir sanatçının vereceği konser veya ünlü bir beyin cerrahının yapacağı operasyon gibi örnekler verilmektedir.

⁶⁶² Tandoğan, c. II, s. 459 vd.; Yavuz, Acar, Özen, s. 1197-1198; Werro, CoRo, Art. 398, N. 10; Aral, Ayrancı, s. 548; Zevkliler, Gökyayla, s. 623; Akipek, s. 61 ve s. 121 vd..

⁶⁶³ Yavuz, Acar, Özen, s. 1196; Aral, Ayrancı, s. 546-547; Akipek, s. 110.

⁶⁶⁴ Tandoğan, c. II, s. 457; Yavuz, Acar, Özen, s. 1197.

⁶⁶⁵ Weber, Oser, Art. 398, N. 10; Eren, borçlar özel, N. 2485; Werro, CoRo, Art. 398, N. 10'da ameliyat sırasında gelişen bir komplikasyondan dolayı, başka bir dalda uzman hekime başvurulması bu şekildedir.

⁶⁶⁶ Weber, Oser, Art. 398, N. 5, bazen vekilin özen sorumluluğu başka birinin yardımına başvurmayı gerekli kılabilir. Bu takdirde vekilin zorunlu olarak bir başkasından yardım alması gerekebilir. Doktorun, acil durumlarda mütehassıs başka bir hekime başvurması buna örnek verilebilir.

⁶⁶⁷ Weber, Oser, Art. 398, N. 19; Yavuz, Acar, Özen, s. 1197; Eren, borçlar özel, N. 2486. Hatta uygulamada, ofislerini paylaştan avukatların acil durumlarda, birbirlerinin mahkemedeki evrak

Şahsen ifayı düzenleyen bu hüküm, kökenini vekâletin aracılığa yöneldiği ve yoğun güven ilişkisi oluşturduğu zamanlardan almaktadır⁶⁶⁸. Vekilin şahsının sözleşmenin kurucu unsuru olduğu kabul edilen tipik vekâlet kurgusu bakımından bu husus hala geçerlidir. Buna karşın, vekilin şahsının vekâlet sözleşmesinde olduğu ölçüde önemli olmadığı eser sözleşmesinde de, vekâletteki kadar sıkı kurallara bağlı olmasa da yüklenicinin şahsen ifa mecburiyeti vardır. Bu açıdan şahsen ifa mecburiyetini atipik vekâlet sözleşmeleri açısından, güven unsuruna bağlayarak bir önkabulle reddetmek makul olmayacaktır. İşgörme sözleşmelerinin hepsinde geçerli bir kural olan şahsen ifa mecburiyeti, atipik vekâlet sözleşmelerinde de belirli ölçüde geçerli olmak zorundadır. Bu bakımdan yazılım bakımı sözleşmesi için de bu yükümlülüğün kural olarak kabul edilmesi gerekir.

Şahsen ifanın kural olarak kabul edilmesine karşın, vekâlet tiplerinin değişen yapısı içerisinde artık atipik vekâlet sözleşmelerinde şahsen ifa her durumda beklenmemelidir⁶⁶⁹. Özellikle, BK m. 506/I hükmünün, teamülün imkân verdiği hallerde işin başkasına yaptırılmasının caiz olduğu hallere ilişkin koyduğu istisna, gittikçe daha fazla uygulama alanı bulmaktadır⁶⁷⁰. Dolayısıyla, hükmün isimsiz sözleşmelerde uygulanması somut olayın koşullarına göre esnek bir şekilde takdir edilmelidir. Bu tür sözleşmelerde ya üçüncü şahsın ifasına izin verilmekte, ya durum bunu gerekli kılmakta veya teamül gereği vekil üçüncü şahsın ifasını sağlayabilmektedir.

Tüm bu değerlendirmemizin yanında, yazılım bakımı sözleşmesinde işin üçüncü kişiye gördürülmesi konusunda, sözleşmeyi karma sözleşme olarak nitelendiren görüşün farklı bir tavrı bulunmaktadır. Bu görüşe göre sözleşmede şahsen ifa zorunluluğu açısından, edimler ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁶⁷¹ Dolayısıyla destek edimi bir vekâlet olduğu için, vekâlet sözleşmesinde şahsen ifaya ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Buna karşın hata düzeltme edimi, eser sözleşmesinin özelliklerini

teslimine ilişkin işlerini yaptıkları görülmektedir. Bu açıdan meslekî teamül olarak değerlendirilebilir. Ancak, avukatlar açısından, özel yetki bulunması gerekliliğinden bahisle, başka bir avukatın tevkili için “örf gereğince” işlem yapılamayacağı konusunda, Akipek, s. 112.

⁶⁶⁸ Roma hukukunda da vekilin şahsen ifa mecburiyetinin olması ve vekâleti hukukî işlemlere özgüleyen Fransız hukukunda, CC m. 1994’ün alt vekil tayinini vekâlet verenin rızasına tabi tutması da bu savı destekleyici niteliktedir.

⁶⁶⁹ Sözgelimi bir portföy yöneticisinin hisse senetlerinin alımı işini bir başkasına yaptırması gayet yaygındır. Bu türden bir işi üstlenen banka veya finansal kuruluşun her işi kendisinin yapması beklenemez. Muhakkak başka bir kurum veya kişiden yardım alarak vekâlet görevini yerine getireceği açıktır. Her ne kadar bu tür sözleşmelerde genel işlem koşullarında veya tip sözleşmelerde işi başkasına yaptırmaya ilişkin kurallar yer alsın da, bu kurallara gerek olmadan da işin başkasına yaptırılabilceğini düşünmekteyiz.

⁶⁷⁰ Hofstetter, s. 83; Yavuz, Acar, Özen, s. 1197.

⁶⁷¹ Briner, s. 153, 154.

taşıdığı için eser sözleşmesine ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Bir diğer görüşe göre de, kural olarak, yazılımcı işin ifasını bir üçüncü kişiye devretmemelidir⁶⁷²; ancak ifa yardımcısı konusunda eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁶⁷³. Bu görüşün temel gerekçesi, kaynak kodun, geliştirme belgeleri ve teknik belgelerin genellikle yazılımcıda bulunmasıdır. Dolayısıyla yazılımcı bir tüzel kişi ise çalışanlarını şirket içinden sağlamalıdır. Ayrıca, yazılımcının müşterinin önemli bilgilerine ulaşabilme imkânı da bu savı destekleyici niteliktedir.

Karma sözleşmenin unsurlarına göre ayırım yaparak, her sözleşmede aynen ifaya ilişkin kuralları uygulamak, kanaatimizce makul bir görüş değildir. Her ne kadar destek edimi vekâlet özellikleri taşısa, hata düzeltme edimi de eser sözleşmesi olarak kabul edilse bile, veri güvenliği ve gizlilik açısından destek edimi, kaynak koda ve müşterinin ticari bilgilerine erişimin mümkün olduğu bakım ediminden daha az risk arz edebilir. Bu açıdan, müşteri açısından daha az risk taşıyan destek edimi için, eser sözleşmesinde işin üçüncü kişiye yaptırılmasından daha sıkı kurallar taşıyan vekâlet hükümlerini uygularken, diğer taraftan daha riskli bir iş olan hata düzeltmede eser sözleşmesi hükümlerini uygulamak mantıklı olmayacaktır. Gerçi her iki sözleşmenin hükümlerinin uygulanması açısından, somut olayda herhangi bir fark ortaya çıkmayabilir. Vekâletin şahsen ifa edilmesindeki istisnalardan yola çıkarak, bu tür bir edimin üçüncü kişiye devri teamül kapsamında izin verilen hallerden kabul edilebilir. Diğer taraftan eser sözleşmesi açısından da gizliliği koruma endişesiyle şahsen ifa zorunlu kılınabilir. Yani yazılım bakımı sözleşmesinde kodlama faaliyeti aracılığıyla müşterinin mahrem bilgilerine, ticarî sırlarına erişim imkânı sağlanması, işin mahiyetine göre engellenebilir. Bunun dışında, yazılımın mülkiyetinin müşteriye ait olduğu durumlarda da yazılıma ait bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılması sorunlar oluşturabilir. Özellikle bankacılık veya bundan daha gizli özellikler taşıyan savunma sanayii işlerinde, yazılımcının üçüncü kişiye başvurusu bu açıdan daha sıkı bir şekilde değerlendirilmelidir.

Yazılımcının destek faaliyetinde, ilk aşama destek için bir üçüncü kişiye başvurabilmesi gerekir; çünkü bu iş için kaynak kod gibi özel bilgilere veya müşterinin ticarî bilgilerine erişim çoğu zaman gerekli değildir⁶⁷⁴. İkinci aşama ve üçüncü aşama destek ve bakım faaliyetlerinde ise sözleşme şartlarına, kaynak kodun paylaşılması

⁶⁷² Fröhlich-Bleuler, N. 3199.

⁶⁷³ Fröhlich-Bleuler, N. 561.

⁶⁷⁴ Fröhlich-Bleuler, N. 3200.

riskine⁶⁷⁵ ve üçüncü kişiye başvurmanın bir zorunluluk olması gibi hususlara bakılmalıdır. Bunun dışında kritik hataların varlığı halinde, sistem/yazılım çalışmayı durdurduğu ve ciddi maddî zarar riski ortaya çıktığı için, bu durumda vekâlet hükümleri açısından, şahsen ifanın bir istisnasının olduğu kabul edilebilir. Ayrıca uygulamada yazılımcı acil durumlarda dış kaynaklardan, yani üçüncü kişilerden yardım almaktadır. Yani bu konuda yazılım sektöründe bir teamülün varlığından bahsedilebilir. Buna karşın, yazılımcının üçüncü kişilerin yardımını aldığı durumlarda, özellikle gizlilik ve veri güvenliği açısından sorumluluğunun, yani özen ve sadakat yükümlülüğünün daha yüksek belirlenmesi gerekir.

Vekâlet sözleşmesinde şahsen ifayı düzenleyen BK m. 506/I hükmü, yazılım bakımı sözleşmesi açısından ayrıntılı değerlendirmeyi gerektirmiştir. Şahsen ifa kuralı, tüm işgörme sözleşmeleri açısından genel mahiyette bir kural olmakla birlikte, yazılım bakımı sözleşmelerinde edimlerin ayrı ayrı gösterdiği özellikler, şahsen ifanın istisnalarını oluşturabilmektedir. Vekâlette şahsen ifa kuralı yerine, eser sözleşmesine ilişkin BK m. 471/III hükmünün uygulanması halinde de ulaşılabilecek sonuçlarda pek fazla bir değişiklik gözlenmeyecektir. Bu açıdan hükmün atipik vekâletler ve yazılım bakımı sözleşmesinde, teorik olarak uygulanması kabul edilse de, her somut olayda şahsen ifa zorunluluğu ve bunun istisnalarının ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

2. Üçüncü Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

Vekilin işi üçüncü kişiye gördürmesi halinde sorumluluğunu düzenleyen BK m. 507 hükmünün ilk fıkrası, vekilin, caiz olmayan bir şekilde bir başkasına işi bırakması halinde, işi bıraktığı alt vekil veya ikâme vekilin fiillerinden, kendisi yapmış gibi sorumlu olmasını düzenlemektedir. Bu sorumluluğun doğması için vekâlet veren, vekilin yerine geçen kişinin kusurunu ispatlamalıdır. Bu açıdan ifaya katılan ister yardımcı kişi, isterse alt vekil veya ikâme vekil olsun vekilin sorumluluğu aynı olacaktır⁶⁷⁶. Bunun yanında, alt vekil veya ikâme vekil tayininde, vekilin yerine geçen

⁶⁷⁵ Kaynak koda ilişkin fikrî mülkiyet hakları yazılımcıda ise, çoğu zaman bunların paylaşılmasının müşteri açısından ciddi bir riski olmayacaktır. Yazılımcı, bu riski almayı göze alıyorsa, üçüncü kişinin ifaya katılmasına müsaade edilmelidir.

⁶⁷⁶ Werro, CoRo, Art. 398, N. 42 ve Art. 399, N. 2, bu noktada, vekilin yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu BK m. 116/I (Art. 101 OR) da aynı ölçüyü getirmektedir. Yazar bu bağlamda, vekilin borcu bir özen borcu olduğu için, caiz olmayan alt vekil veya ikâme vekil tayininde, sorumluluğun mücbir sebebi kapsamaması gerektiğini savunmaktadır.

kişinin gerekli özeni gösterse bile sorumluluktan kurtulamayacağı savunulmaktadır⁶⁷⁷. Buna karşın vekilin bu halde, mücbir sebepten sorumlu tutulmaması yerinde olacaktır⁶⁷⁸.

Buna karşın BK m. 507/II kapsamında, caiz olan ikâme vekil ve alt vekil tayininde bu sorumluluk hafifletilmiştir. Buna göre, yetkisi kapsamında alt vekil veya ikâme vekil tayin eden asıl vekilin sorumluluğu, alt vekil veya ikâme vekili seçmek ve ona talimat vermekle sınırlandırılmaktadır. Vekil, işi yaptırdığı kişiyi seçmede ve talimat vermede gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bu açıdan vekilin sorumluluğunun, BK m. 116'daki genel düzenlemeden bir farkı bulunmamaktadır⁶⁷⁹.

İşinde uzman olan vekilin özen yükümlülüğü belirlenirken objektif kıstasa göre karar verilmektedir⁶⁸⁰. Bu durumda, onun sorumluluğunun sözleşmede bir üçüncü kişiden yardım alması halinde değişmemesi gerekir. Özellikle yazılım bakımı sözleşmesi açısından bu durum, sözleşmenin yapısıyla uyusmamaktadır. Öğretide bir görüş, BK m. 507 hükmünün ücretsiz vekâlet dikkate alınarak düzenlendiğini ve bu açıdan ücretli vekâlet sözleşmelerinde uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır⁶⁸¹. Gerçekten de, ücretli olduğu takdirde tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilen vekâlet sözleşmesinde, vekilin sorumluluğunu bu şekilde sınırlamak uygun olmayacaktır. Bu açıdan hükmün ikinci fıkrasındaki vekilin sorumluluğunu azaltan düzenleme, ücretli ve atipik vekâletler açısından uygulanma imkânına sahip olmamalıdır. Aynı şekilde yazılım bakımı sözleşmelerinde bu hususta özel düzenlemeler yapılmakta ve yazılımcının bu tür bir yardımcı kişi çalıştırması halinde sorumluluğunun devam ettiği düzenlenmektedir.

Hükmün son fıkrasında ise, vekâlet verene bir doğrudan talep hakkı verilmiştir⁶⁸². Vekil vekâletin ifasında, ister bir üçüncü kişiye başvurmaya yetkili

⁶⁷⁷ Hofstetter, s. 83-84, yazara göre, hükmün ikinci fıkrasının bir anlamı olması için, bu tür bir ihlalin, yerine geçen kişinin kusuruna bakılmaksızın, tek başına, vekilin sorumluluğunu doğurması gerekri. Aynı yönde, Yavuz, Acar, Özen, s. 1200, yazarlar vekilin sorumluluğunun doğması için, yerine geçen kişinin sorumluluğunun aranmadığını belirtmiştir.

⁶⁷⁸ Werro, CoRo, Art. 399, N. 2, yazar bu bağlamda, vekilin borcu bir özen borcu olduğu için, caiz olmayan alt vekil veya ikâme vekil tayininde, sorumluluğun mücbir sebebi kapsamaması gerektiğini savunmaktadır.

⁶⁷⁹ Hofstetter, s. 83; Yavuz, Acar, Özen, s. 1197.

⁶⁸⁰ Bkz. yukarıda, III, E, Özen Yükümlülüğü.

⁶⁸¹ Bu hükmün karşılığı olan İBK m. 399/II hükmünün, ücretsiz vekâlet esas alınarak düzenlendiğine ve bu yüzden ücretli vekâletler açısından uygulanmaması gerektiğine ilişkin, bkz. Werro, mandat, N. 166 vd, ayrıca dn. 180, 181, 182, 183 ve oradaki yazarlar.

⁶⁸² Werro, CoRo, Art. 399, N. 6; Yavuz, Acar, Özen, s. 1198. Vekâlet verene verilen bu hakkın niteliği ve tartışmalar için bkz. Yavuz, Acar, Özen, s. 1198-1199.

olsun isterse de bu yetkisi bulunmasın, vekâlet veren vekilin yerine geçen kişiye karşı doğrudan talep hakkına sahip olarak zararının giderilmesini isteyebilir⁶⁸³.

Yazılım bakımı sözleşmesi açısından özellikle ikinci fıkradaki sorumluluğu sınırlandıran husus kabul edilebilir değildir. Yazılımcının kendisine izin verilen hallerde dahi, sözleşmedeki borçlarını devrettiği kişiyi seçme ve ilişki devam ediyorsa seçme ve gözetmeden dolayı sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Tamamen uzmanlık isteyen ve ücretli olarak yapılan yazılım bakımı sözleşmesinde, yazılımcı işi üçüncü kişiye devrettiği takdirde de de ilk fıkra uyarınca sorumlu tutulmalıdır. Bu açıdan caiz olmayan veya caiz olan ikâme vekil kavramları yazılım bakımı sözleşmesi açısından uygulanabilir nitelikte olmayacaktır.

H. Hesap Verme Borcu

Vekilin hesap vermesini düzenleyen BK m. 508 hükmü, vekilin her zaman hesap verme zorunda olduğunu ve vekâletle ilgili olarak aldıklarını, vekâlet verene vermekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Buna göre vekâlet veren, vekilden her zaman görülen işle alakalı olarak bilgi talep edebilir ve vekilin hesap vermesini isteyebilir⁶⁸⁴. İşin gidişatını, kendi yararına olup olmadığını, giderlerin ve maliyetin durumunu öğrenmek isteyen vekâlet veren, bir edim yükümlülüğü söz konusu olduğu için, bu hususta vekile karşı dava açabilir ve icra takibi başlatabilir⁶⁸⁵.

Bir işgörme borçlusu olan vekilin hesap verme borcu geniş anlamda bir bilgi verme yükümlülüğünün parçasıdır⁶⁸⁶. Hesap verme borcu, vekilin başkası yararına çalışmasından kaynaklanmaktadır⁶⁸⁷. Her ne kadar hesap verme borcunun, sadece başkası yararına çalışan vekiller açısından doğacağı intibai uyanmaktaysa da, hüküm maddî fil vekâletleri için de sonuç doğuracaktır⁶⁸⁸. Hekimin hastanın dosyasını tutması

⁶⁸³ Bu halde bir müteselsil sorumluluğun doğabileceğine ilişkin olarak, Werro, CoRo, Art. 399, N. 7.

⁶⁸⁴ Eren, borçlar özel, N. 2519; Aral, Ayrancı, s. 552.

⁶⁸⁵ Hofstetter, s. 104; Werro, CoRo, Art. 400, N. 20 (ayrıca, bu-hem iade hem de hesap verme açısından-bir sonuç borcudur, aynı yönde, Yavuz, Acar, Özen, s.1209); Eren, borçlar özel, N. 2517; Zevkliler, Gökyayla, s. 625.

⁶⁸⁶ Yavuz, Acar, Özen, s. 1207; Eren, borçlar özel, N. 2520; Zevkliler, Gökyayla, s. 625, yazarlara göre bu borç sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam edebilecek niteliktedir.

⁶⁸⁷ Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 400, N. 2 vd; Yavuz, Acar, Özen, s. 1207.

⁶⁸⁸ Fellmann, BerKom, art. 400, N. 16; Hofstetter, s. 104; Weber, Oser, BSK-OR-I, Art. 400, N. 3, yazarlar, bilgi verme borcu açısından, hem aracılık işlerinde hem de saf işgörmelerde (*blosse Dienstleistungen*) bu hükmün uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Hekim ve mimarın bu yükümlülüğü açısından, Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 400, N. 6. Aynı şekilde hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün bu hükümden kaynaklandığına dair, Hofstetter, s. 105-106. Bu borcun sadece aracı vekiller için doğduğuna ve sadakat borcunun bir görünümü olduğuna ilişkin, Werro, CoRo,

ve bunu gerektiğinde hastayla paylaşması, muhasebecinin müşterisinin kayıtlarını onunla paylaşması vekilin hesap verme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁸⁹. Dolayısıyla hesap verme borcunu, özen ve sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak görmek de mümkündür⁶⁹⁰.

Vekil, madde kapsamında, bilgi verme borcu dışında, vekâletle ilgili olarak aldıklarını geri verme borcu altındadır. Genel hesap verme borcu dışında aldıklarını geri verme borcu, ancak vekilin vekâlet verenin hesabına hareket ettiği hallerde doğacaktır⁶⁹¹. Bu haller de genellikle aracı vekiller için söz konusu olur. Bu bakımdan özellikle salt bir hizmetin görülmesini konu alan maddî fiil vekâletlerinde aldıklarını geri verme borcu genellikle doğmayacaktır. Buna karşın, sözleşmeye konu olan hizmetin vekâlet verenin sağladığı araç ve gereçlerle görüldüğü durumlarda, bunların da geri verme borcu kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Hükmün ikinci fıkrasında ise vekilin, vekâlet verene iade etmesi gereken parayı iadesinde gecikme halinde temerrüt faizini düzenlenmektedir. Dolayısıyla, vekilin vekâlet verenin hesabına bir iş gördüğü ve onun parasını veya malvarlığı değerlerini işlettiği durumlarda uygulanma imkânı olabilir. Bu açıdan faize ilişkin düzenleme, maddî fiil vekâletlerinde, eğer bu vekâlete eklenen bir aracılık işi yoksa uygulanma imkânı bulamayacaktır. Meselâ hekimin hastasına temerrüt faizi ödemesi pek karşılaşılan bir durum değildir. Çalışmamızın konusu olan yazılım bakımı sözleşmesi açısından da benzer bir şekilde hükmün uygulaması gündeme gelemeyecektir.

Doktrinde hesap vermeye ilişkin BK m. 508 hükmünün emredici olmadığı ve vekâlet verenin, gelecekteki hakları hakkında doğru bir şekilde bilgilendirildiği takdirde, bu haktan feragat edebileceği kabul edilmektedir⁶⁹².

Hesap vermeye ilişkin BK m. 508 hükmü, esas itibarıyla bir başkasının işini görmeye yönelen, aracı vekâletleri hedefler. Hükmün ifadesi de, CC'de ve 1881 tarihli İBK'de bulunması⁶⁹³ da bunu destekler niteliktedir. Bu noktada vekâletin kapsamına ilişkin BK m. 504 hükmüyle aynı şekilde, yorum yoluyla hükmün anlamı genişletilmiş

Art. 400, N. 1 (Yazarın, sadakat borçları -*obligations fiduciaires*- olarak ifade ettiği görüşüyle –bkz. yukarıda dn. 648- birlikte değerlendirmek gerekir. Ona göre vekâletteki borçların bir kısmı sadece bu tür işlerde doğacaktır. Yazar hesap verme borcunu da sadakat borçları kapsamında değerlendirmektedir).

⁶⁸⁹ Eren, borçlar özel, N. 2519; Zevkliler, Gökyayla, s. 626.

⁶⁹⁰ Hofstetter, s. 103; Eren, borçlar özel, N. 2520.

⁶⁹¹ Werro, CoRo, Art. 400, N. 12; Eren, borçlar özel, N. 2521.

⁶⁹² Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 400, N. 21; malvarlığı yönetimi sözleşmesi açısından, BGE 137 III 393, E. 2.2; 132 III 460, E. 4.2. Bu kararlarda, belirli şartlarla vekâlet verenin bu haktan feragat edilebileceğine hükmedilmiştir. Aksi yönde, Hofstetter, s. 104.

⁶⁹³ CC m. 1993 ve 1881 tarihli İBK m. 398. Her iki düzenlemede de vekâletin

görülmektedir. Bu açıdan, hem bilgi verme yükümlülüğü hem de maddî fiil vekâletinde, belgelerin ve dosyaların teslimi bu hükümden bağımsız olarak genel özen yükümlülüğü kapsamında da değerlendirilebilir⁶⁹⁴. Yani bu madde hükmü olmasa dahi, bilgi edinme ve hesap verme borcunun vekilin özen borcundan türetilebilir nitelikte borçlar olacağı sonucuna ulaşılabildi.

Vekilin hesap verme borcunun genel nitelikte bir borç olması ve gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında, aracılık işleri dışındaki diğer vekâletler açısından da uygulanması yönünde bir eğilim oluşması hasebiyle, atipik vekâlet sözleşmelerinde de uygulanabileceği pekâlâ söylenebilir. Aynı şekilde yazılım bakımı sözleşmesi açısından da hükmün uygulanması ilke olarak mümkün görülmelidir. Bu açıdan, edimleri birbirinden ayırmadan, tüm edimler hakkında bilgi istenebilmesi gerekir. Müşteri yazılımla alakalı olarak istediği bilgilere ulaşabilmelidir. Özellikle yazılımın kullanım ömrü, işlevselliği, yeni ürün alma konusunda fikrini oluşturacak nitelikteki veya sonraki yıllardaki olası bakım ihtiyacına dair bilgiler müşteriyle paylaşılmalıdır. Aynı şekilde yazılımcının belgeleme faaliyeti açısından bu hükmün uygulanması gündeme gelebilir. Yazılım bakımı sözleşmesinde belgeleme borcu, yazılımcının yaptığı işin, yani aslî ediminin bir parçasıdır. Yazılımcı hata düzeltme sonrasında, güncelleme yayınladıktan sonra ve gerekiyorsa destek faaliyetine ilişkin belgeleme yükümlülüğünü, bu aslî edimlere bağlı olarak yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde, bu edimlerin muhteviyatı müşteri tarafından anlaşılamayacaktır. Müşteri, bilgi verme yükümlülüğü kapsamında, yazılımda yapılan değişiklikleri gösteren bu belgeleri isteyebilmelidir. Zira bu belgeler olmadan, çoğu zaman müşteri, bakım sözleşmesinin sona ermesinin ardından yazılımı kendisi kullanamayacaktır.

İ. Hakların Geçişi

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcı, hata düzeltme, destek ve güncelleme edimlerinin hepsi bakımından, müşteriye bir hizmet vermektedir. Bu hizmetin kapsamında, edimler incelenirken de gösterildiği üzere, yazılımcının müşteri adına bir hukukî işlem yapma yetkisi genellikle bulunmaz. Ayrıca, işin tabiatı gereği, yazılımcının bu hizmeti görürken kazanabileceği bir hak da bulunmamaktadır. Bundan

⁶⁹⁴ Bilgi verme borcunu, sadakat yükümünün gereği olarak gören, Eren, borçlar özel, N. 2511; Aral, Ayrancı, s. 552; Vekilin iade yükümlülüğüne yönelik olarak aynı yönde, Werro, CoRo, Art. 400, N. 14.

dolayı, hayatın olağan akışında, vekâlet hükümleri arasında BK m. 509'da düzenlenen hipotezin yazılım bakımı sözleşmesinde gündeme gelme ihtimali zayıftır.

BK m. 509 hükmündeki edinilen hakların vekâlet verene geçişini düzenleyen hüküm aracı vekillere ilişkindir. Aracı vekil, vekâlet veren adına hareket ederken, kimi zaman doğrudan temsilci gibi, kimi zaman da dolaylı temsilci olarak hareket eder. Doğrudan temsilci olarak hareket eden vekilin edindiği haklar, doğrudan vekâlet verenin mal varlığına dâhil olur⁶⁹⁵. Taşınmazlar veya haklar bu şekilde sorunsuz bir şekilde vekâlet verenin malvarlığına girdiği için, herhangi bir iade veya mahsuplaşma sorunu ortaya çıkmaz⁶⁹⁶. Aynı şekilde iflas halinde de ikinci fıkra uyarınca bu alacak ve hakları, vekâlet veren doğrudan iflas masasına karşı ileri sürebilir⁶⁹⁷. Buna karşın taşınır eşya ve bazı haklar açısından, vekâlet verenin tasarruf edebilmesi için zilyetliğin devri gibi muameleleri yapmak, vekilin bu madde kapsamında yükümlülüğüdür.

Hükmün ilk fıkrası bir kanunî halefiyet halini düzenlemektedir⁶⁹⁸. Vekâlet verenin bütün borçlarını yerine getirmesi halinde, kendiliğinden üçüncü kişilerdeki haklar vekâlet verene geçer⁶⁹⁹. Hükmün ikinci ve üçüncü fıkraları ise vekilin iflas halinde, vekâlet verenin haklarını iflas masasına karşı ileri sürmesini düzenlemektedir.

Bu hükmün tabiatı gereği, aracılık işleri dışındaki vekâlet sözleşmelerine uygulanması ihtimali zayıftır⁷⁰⁰. Hekimin veya öğretmenin, kendilerine hukukî işlem yapma yetkileri veren herhangi başka bir hukukî ilişki olmadıkça, bu maddeden kaynaklanan herhangi bir yükümlülüğü ortaya çıkmayacaktır. Ayrıca, bu hükmün ilke olarak atipik vekâlet sözleşmelerine uygulanmasına bir engel bulunmamakla birlikte, aracılık işlerine yönelen başka bir vekâlet ilişkisi, maddi fiil vekâletini içeren hukukî ilişkiye dâhil olmadıkça, hayatın olağan akışında karşılaşmak pek mümkün

⁶⁹⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 167; Oğuzman, Öz, c. I, N. 670; Eren, borçlar genel, N. 1330; Kılıçoğlu, N. 1627; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, N. 388; Antalya, c. V/1, 1, N. 2665.

⁶⁹⁶ Bunun bir kanunî devir olduğuna ilişkin, Werro, CoRo, Art. 401, N. 1; Gümüş, borçlar özel, c.2, s. 188 vd; yine de zilyetliğin devri gerekiyorsa bunun için gerekli işlemleri yapmak vekilin bu madde kapsamında borcudur.

⁶⁹⁷ Bu ihtimalde, üçüncü fıkra gereği, dolaylı temsil yetkisi verilmiş olsa bile, vekâlet verenin bu hakkı kullanabileceğine ilişkin Werro, CoRo, Art. 401, N. 1.

⁶⁹⁸ Werro, CoRo, Art. 401, N. 2. Bunun bir kanunî devir olduğu yönünde, Eren, borçlar özel, N. 2525.

⁶⁹⁹ Bunun gerçekleşmesi için tasarruf işlemlerinin yapılması gerektiğine yönelik, Eren, borçlar özel, N. 2525. Vekilin, alacaklarını alana kadar bir kanunî hapis hakkı olduğuna ilişkin, Werro, CoRo, Art. 401, N. 6.

⁷⁰⁰ Hükmün sadece dolaylı temsile ilişkin vekâlet sözleşmelerinde uygulanabileceğine ilişkin, Gümüş, borçlar özel, c.2, s. 187. Buna karşın, Eren, borçlar özel, N. 2522'de hem hukukî fiil hem de maddi fiil vekâletlerinde hükmün uygulanabileceğini, bu hükmün hukukî fiil vekâletlerinde bir aslı edim yükümlülüğü iken, diğer vekâletlerde bunun bir yan edim yükümlülüğü olduğunu savunmaktadır.

görünmemektedir. Yazılım bakımı sözleşmesi açısından da aynı değerlendirmeyi yapmak gerekir. Bu sözleşmede yazılımcı müşteri adına, ayrı bir hukukî ilişkiden dolayı hukukî işlem yapma yetkisine sahip olmadıkça, bu borcun gündeme gelmesi ihtimali oldukça zayıf olacaktır.

J. Müşterinin Borçları ile Karşılaştırmalı Olarak Müvekkilin Borçları

Yazılım bakımı sözleşmesinde, müşterinin külfet olarak değerlendirilen birlikte çalışma yükümlülüğü dışında tek borcu, sözleşmede belirlenen bedeli ödemektir⁷⁰¹. Bunun dışında, oldukça fazla sayıda olabilen ve çoğu zaman genel işlem koşullarında tespit edilen birlikte çalışma yükümlülükleri ise birer külfet olarak kabul edilmelidir. Bu açıdan ücretsiz vekâlet ve aracı vekâlet tipleri göz önünde bulundurularak düzenlenen BK m. 510 hükmünün yazılım bakımı sözleşmesi açısından gündeme gelmesi ihtimali BK m. 509 hükmünde olduğu gibi zayıf olacaktır.

BK m. 510 hükmü, vekâlet verenin borçlarını düzenlemektedir. Buna göre ilk fıkra, vekilin yaptığı giderler ve verdiği avansları, faiziyle birlikte ödemek ve vekilin üstlendiği borçlardan onu kurtarma yükümlülüğüne yer verilmiştir. İkinci fıkra ise, vekilin işin görülmesi sırasında uğradığı zararlara ilişkin bir düzenleme vardır. Buna göre, vekâlet veren, kusuru bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir. Yani işin görülmesi sırasında, vekilin uğradığı zararlardan dolayı vekâlet verenin sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Ancak kusursuzluğunu ispat yükü vekâlet verene verilmiştir.

Vekilin, masrafların ödenmesini ve borçlardan kurtarılmasını isteyebilmesi için, vekâleti uygun bir şekilde yerine getirmesi gerekir⁷⁰². Ayrıca, bu borcun gündeme gelebilmesi için, vekilin, vekâleti yerine getirirken kendi adına hareket etmesi gerekir. Diğer hallerde, borçlar doğrudan vekâlet verenin malvarlığında doğacaktır⁷⁰³. Hükmün ikinci fıkrasında ise, vekâlet verene, kusurlu olmadığını ispat ederek borçlarından kurtulması imkânı verilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, bu imkânı ücretsiz vekâletler açısından kısıtlamaktadır⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ Yazılımcının ve müşterinin borçları veya edim yükümlülükleri çalışmamızın ikinci bölümünde kapsamlı bir şekilde incelendiği için, burada sadece müvekkilin borçları ile karşılaştırmalı bir inceleme yapılacaktır. Bkz. II, 5, a ve b.

⁷⁰² Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 402, N. 2 ve N. 6; Werro, CoRo, Art. 402, N. 7, vekil özen borcunu ihlal ederek yaptığı masrafları ve üstlendiği borçları vekâlet verenden talep edemez.

⁷⁰³ Werro, CoRo, Art. 402, N. 6.

⁷⁰⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, ücretsiz vekâletlerde bu hükmü uygulamayıp, yerine vekâletsiz işgörmeye işin iş sahibinin menfaatine yapılmasını düzenleyen Art. 422 OR (BK m. 529) hükmünü

Yedek hukuk kuralı niteliğinde olan⁷⁰⁵ bu hüküm, kaynağını vekâletin ücretsiz olmasında bulmaktadır⁷⁰⁶. Bugün için de vekilin, sadece başkasının menfaati için hareket ettiği hallerde söz konusu olabilecek niteliktedir⁷⁰⁷. Böyle bir vekilin vekâleti yürütme sırasında herhangi bir maddî zarara uğramaması gerekir. Dolayısıyla vekilin ücretsiz olarak yürüttüğü işler sırasında ek bir maddî külfetle karşılaşmaması beklenir.

Vekâletin ücretsiz olmasını ve eksik iki tarafa borç yükleyen bir vekâlet tipini esas alan bu hükmün atipik vekâlet ilişkilerinde uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Bu sözleşmelerde, vekilin yaptığı masraflar ve onun elde etmeyi umduğu kârı kapsar bir şekilde bir ücret veya sözleşme bedeli kararlaştırılır. Bu açıdan, profesyonel bir meslek sahibi olan “atipik vekil”, vekâlete konu olan işi görürken, kendi riskini üstlenir. Bu açıdan atipik vekâlet olarak nitelendirdiğimiz bu sözleşmeler, kanundaki vekâlet tipinden uzaklaşmakta ve eser sözleşmesine yakınlık göstermektedir.

Yazılım bakımı sözleşmesinde de aynı esasın geçerli kabul edilmesi gerekir. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul ettiğimiz yazılım bakımı sözleşmesinde, yazılımcının bakım hizmetini yerine getirirken ortaya çıkan herhangi bir ek masrafı, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmadıkça isteyememesi gerekir. Bu sözleşmede, yazılımcı, uzmanı olduğu işi yaparken, çalıştırdığı kişiler ve kendi mesaisini hesap ederek, toplam bir ücret talep eder. Bundan dolayı, işin yapılması sırasında uğradığı zararı ayrıca üstlenmesi için herhangi bir sebep bulunmamaktadır.

K. Birlikte Sorumluluk

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcı çoğu zaman işi tek başına ifa eder. Bu açıdan sözleşmede karakteristik edim borçlusu olan yazılımcının, uygulamada birden fazla kişiden oluşması pek rastlanılan bir durum değildir. Bir yazılım veya program konusunda uzman olan ve çoğu zaman bu yazılımın satışını da yapan yazılımcı, tek bir gerçek veya tüzel kişi olarak organizasyon kurmaktadır. Yazılım bakımı ve destek hizmetinin, genellikle bir proje tasarımı olarak görülmesi ve hem müşterinin hem de yazılımcının çalışanlarının konumlarının belirli olması da, yazılımcı tarafında birden fazla kişinin olmasını zorlaştırmaktadır. Yazılım bakımı sözleşmesinde, birden fazla

uygulamaktadır. Bu şekilde vekâlet verenin sorumlu tutulmasına ilişkin BGE 129 III 181; 61 II 95; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 402, N. 14; Yavuz, Acar, Özen, s. 1217. Bu değerlendirmenin eleştirisi için bkz. Werro, CoRo, Art. 402, N.15.

⁷⁰⁵ Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 402, N. 16.

⁷⁰⁶ Werro, CoRo, Art. 402, N. 3.

⁷⁰⁷ Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 402, N. 3

müşterinin olması durumunda ise her bir müşteriyle yazılımcının ayrı sözleşme ilişkisi içerisinde olduğu kabul edilmelidir. Aksi takdirde, teknik sebeplerle işin takibi ve ücretlerin belirlenmesi zorluk arz edecektir.

Birlikte vekillerin ve birlikte vekâlet verenlerin sorumluluğunu düzenleyen BK m. 511 hükmünün ilk fıkrasında, birlikte vekâlet verenlerin vekile karşı sorumluluğu, ikinci fıkrasında ise aynı şekilde birlikte vekillerin, vekâlet verene karşı sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre hem birlikte vekâlet verenler hem de birlikte vekiller sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsil olarak sorumlu tutulmuştur. Hükmün ikinci fıkrası bundan başka birlikte vekillerin, aksi kararlaştırılmadıkça ancak beraber yapacakları işlemle vekâlet vereni borçlandıracabileceklerini düzenlemiştir.

BK m. 511 hükmü emredici olmadığı için, aksi kararlaştırılabilir bir yedek hukuk kuralıdır⁷⁰⁸. Bu temel şartların dışında, maddenin lafzı gereği ancak birlikte verilen vekâletlerin, birebir aynı olması halinde hükmün uygulanması mümkündür⁷⁰⁹. Yani vekâlet verenlerin veya vekillerin işi birlikte görmeye dönük iradeleri açık olmalı ve kendilerine verilen yetki de özdeş olmalıdır. Hükmün uygulanmasına ilişkin durumlarla çoğu zaman, kanunî teselsül hallerinde karşılaşılır. Bu konuda adi ortaklık, aile ortaklığı veya mirasçılar ortaklığı halleri örnek verilmektedir⁷¹⁰.

Hüküm atipik vekâletler alanında uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Bunun sebebi, hükmün hukukî işlemlere özgü vekâlet sözleşmeleri açısından düzenlenmiş olmasıdır⁷¹¹. Ayrıca, birlikte işgörme maddî fiil vekâletlerinde bile sık rastlanılan bir durum değildir. Yazılım bakımı sözleşmesinde, yazılım bakımının birden fazla yazılımcı tarafından ifa edilmesi karşılaşılan bir durum değildir. Aynı şekilde birden fazla müşteriye aynı hizmetin verilmesi de yazılım bakımı sözleşmesi açısından ticari ve teknik saiklerle mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, BK m. 511 hükmünün öngördüğü kurgu, birçok atipik vekâlet ilişkisinde olduğu gibi, yazılım bakımı sözleşmesinde de uygulanma imkânı bulmayacaktır.

⁷⁰⁸ Yavuz, Acar, Özen, s. 1219; Werro, CoRo, Art. 403, N. 4.

⁷⁰⁹ Werro, CoRo, Art. 403, N. 2.

⁷¹⁰ Werro, CoRo, Art. 403, N. 3.

⁷¹¹ Hatemi, s. 429.

L. Sözleşmenin Sona Ermesi

1. Normal Yoldan Sona Erme

Vekâletin sona ermesine ilişkin olarak, kanunda düzenlenen maddelere geçmeden önce, her sözleşme gibi vekâlet sözleşmesinin de ifa ile normal yollardan sona erdiğini söylemek gerekir⁷¹². Vekil, borcunu yerine getirdiği ve bu konuda hesap verdiği, vekâlet veren de vekâlet ücretini ödediği takdirde vekâlet sözleşmesi sona erer. Bunun dışında, genel hükümlerde düzenlenen sona erme halleri de vekâlet sözleşmesi için geçerlidir⁷¹³. Buna karşın, sır saklama yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olarak sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam edebilir⁷¹⁴.

Hem tipik hem de atipik vekâlet sözleşmeleri açısından bu genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yolcu taşıma sözleşmesi, özel ders verme, bir konser verme gibi edimlerin hepsinde edimin ifası ve işgörenin ücretinin ödenmesiyle sözleşme ilişkisi sona erer. Sır saklama borcunun veya sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğünün atipik vekâlet sözleşmeleri açısından da devam edeceği kabul edilmelidir. Yazılım bakımı sözleşmesi açısından da bu hususlar önemlidir. Genellikle belirli süreli yapılan yazılım bakımı sözleşmesinde, sözleşmede belirlenen bu sürenin sona ermesiyle sözleşme kendiliğinden sona erer. Sadakat borcundan kaynaklanan, sır saklama, veri koruma ve özellikle rekabet etmeme yükümlülükleri sözleşmeden sonra da devam edebilir.

2. Haklı Sebep Fesih

Yazılım bakımı sözleşmesi bir sürekli edimli sözleşmedir. Bu açıdan sözleşmenin sona ermesinde ilk olarak dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmenin bu sürekli edimli karakteridir. Sürekli edimli sözleşmelerin sona ermesine ilişkin olarak kabul edilen haklı sebep fesihi, yazılım bakımı sözleşmesinde de kabul edilmek

⁷¹² Tandoğan, c. II, s. 617, 618; Werro, CoRo, Art. 404, N. 1.

⁷¹³ Von Büren, s. 139; Seçer, İŞ, m. 512, N. 1.

⁷¹⁴ Tandoğan, c. II, s. 409; Oğuzman, Öz, N. 136; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 398, N. 8; Yavuz, Acar, Özen, s. 1205-1206; Aral, Ayrancı, s. 543, 544; Akıncı, s. 16.

zorundadır⁷¹⁵. Haklı sebeple fesih, sürekli edimli bir sözleşmede, bir kanun veya sözleşme hükmüne dayanmadan, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve taraflardan birine sözleşmeyi çekilmez hale getirerek, sözleşmeyi sonlandırma hakkı verdiren bir sebebe dayanan fesihtir⁷¹⁶. Bu fesih halleri, borçlunun ifa güçlüğüne düşmesinden dolayı (BK m. 138) ortaya çıkabileceği gibi, yine sözleşmenin karşı tarafının borca aykırı davranışından da ileri gelebilir. Bunların yanında, karşı tarafın dürüstlük kuralına ve genel yükümlülüklerine aykırı davranışları da bu şekilde bir feshe imkân verebilir⁷¹⁷. Yazılımcının özen borcuna aykırı davranışı ve özellikle sadakat yükümlülüklerinin ihlali, bu manada yazılım bakımı sözleşmesinin sona ermesi için geçerli bir fesih nedeni oluşturabilir. Yine kötü ifa sebebiyle de haklı sebeple fesih mümkün olabilir. Özellikle sürekli bir şekilde devam eden ve uyarılara rağmen etkileri ortadan kaldırılmayan kötü ifa hallerinde haklı sebeple fesih söz konusu olacaktır⁷¹⁸.

Yazılım bakımı sözleşmesinde güven ilişkisi açısından odaklanmak gereken nokta, sözleşmenin sürekli edimli yapısıdır. Sürekli edimli sözleşmelerde taraflar arasında, çeşitli seviyelerde bir güven ilişkisi olduğu kabul edilir⁷¹⁹. Bu güven ilişkisi sürekli edimli olan sözleşmenin kanuni tipinde veya taraflar arasındaki ilişkide her zaman aynı değildir. Ayrıca sürekli edimli sözleşmelerin kanunî tiplerinde de sözleşmeyi fesih hakkı aynı şekilde düzenlenmemiştir⁷²⁰. Mesela kira sözleşmesinde sona erme ile hizmet sözleşmesinde sona erme arasındaki farklılıklar bunu göstermektedir.

Yazılım bakımı sözleşmesinde, sözleşmenin sürekli edimli yapısından dolayı var olan güven unsuru, tipik vekâlette tiple bütünleşen güven unsuruyla aynı ölçüde değildir. Bu bakımdan, bakım sözleşmesinin diğer sözleşmelerden daha fazla güven

⁷¹⁵ Widmer, s. 171. Sözleşmenin sürekli edimli olarak nitelendirilmesinin önemini, sözleşmenin geçersizliği halinde uygulanacak hükümler ve sözleşmenin sona erdirilmesinde gösterdiğine dair, Oğuzman, Öz, N. 41.

⁷¹⁶ Öz, s. 146. Yazara göre bu fesih aynı zamanda olağandışı fesih olarak da isimlendirilir.

⁷¹⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 967. Haklı sebeple feshin varlığını, “hak ve nisfet” kurallarına uygun olarak hâkimin MK 4’te kendisine verilen görev kapsamında belirlemesi gerektiğine ilişkin, Seliçi, s. 187. Ayrıca, haklı sebeple sözleşmenin sonlandırılmasına ilişkin kanunda düzenlenen kuralların kaynağının dürüstlük kuralı olduğuna ilişkin, Dural, Sarı, N. 1244.

⁷¹⁸ Öz, s. 150

⁷¹⁹ Altınok Ormancı, s. 112; *know-how* sözleşmesi açısından, Ögüz, s. 81; Seçer, tam tazminatla fesih, s. 65. Vekâletteki güvenin sözleşmenin devamına olan güvenden farklı olduğuna dair, Gökyayla, s. 23.

⁷²⁰ Altınok Ormancı, s. 113. Buna karşın, doktrinde sürekli edimli karma sözleşmeler açısından sözleşmede kira veya hizmet sözleşmesinin unsurlarının bulunduğundan hareketle, bunlara ilişkin sona erme hallerinin uygulanabileceğini savunan Hatemi, s. 413-414; *know-how* sözleşmesi bakımından vekâlet ve ürün kirası hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin Ögüz, s. 80.

ilişkisi oluşturduğunu, özellikle tipik vekâlette olduğu kabul edilen güven ilişkisinin olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Bu doğrultuda, sözleşme maddi edimli bir sözleşme olduğu için, tüm sözleşme ilişkisi vekâlet olarak kabul edilse bile, Türk hukuku açısından BK m. 512 hükmü uygulanmamalıdır. Bu noktada, sözleşmenin sürekli edimli olması açısından sonuç, kendisini haklı sebeple fesihle göstermelidir.

Yazılım bakımı sözleşmesinde güven ilişkisi, ilişkiyi çekilmez hale getirecek düzeyde sarsıldığı takdirde, diğer sürekli edimli sözleşmelerde olduğu gibi taraflara haklı sebeple fesih hakkı tanınmalı ve bu şekilde sözleşme sonlandırılabilir⁷²¹. Bu noktada, sona erme konusunda sürekli edimli sözleşmelere ilişkin hükümler uygulama alanı bulacak ve haklı sebeple fesih için somut olayda inceleme yapılacaktır⁷²²:

Yazılımcının yaptığı bakımların sürekli olarak yeni sorunlara sebep olması ve bunun müşteriye ciddi ekonomik zararlar vermesi, yazılımcının destek edimini her türlü ikaz ve talebe rağmen gereği gibi yerine getirmemesi ve bu sebeple yazılımdaki basit hataların kullanıma engel olması gibi sebepler haklı sebepler olarak sayılabilir. Özellikle bu noktada, müşterinin sözleşmenin geleceğine yönelik inancını yitirmesine sebep olacak ölçüde sözleşme ihlalinin yaşanması haklı sebebin oluşması için yeterlidir⁷²³. Yine yazılımcı tarafından güncelleme için belirlenen vakitleri çok uzun süre aşması ve bunun yazılım hatalarına sebep olması da haklı sebep sayılabilir. Kullanılan yazılımın önemine ve yazılımcı tarafından verilen bakım ve destek hizmetinin kapsamına göre, uzun süreli, tamir edilmemesi ciddi maddi kayıplara neden olan tek bir hata bile bu manada sözleşmenin sona erdirilebilmesi için haklı sebep sayılabilir. Bu noktada yazılımcının destek ve bakım hizmetleri için 7/24 çalışıp çalışmadığı, sözleşmede kararlaştırılan hizmet seviyesi sürelerine uygun olarak müdahale için çaba sarfedilip edilmediği gibi konular önem kazanacaktır. Böyle bir

⁷²¹ Widmer, s. 171; Fröhlich-Bleuler, N. 3305, yazar sadece faaliyet odaklı yazılım bakımı sözleşmeleri açısından bu imkânı kabul etmektedir. Diğer sürekli edimli sözleşmelere ilişkin olarak bu imkânı tanıyan, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 967; Seliçi, s. 192 vd.; Öz, s. 147; finansal kiralama sözleşmesi açısından, Zevkliler, Gökyayla, s. 420; lisans sözleşmesi bakımından Eren, 3439. Ayrıca FKFFŞK m. 31/II hükmü bu hususu finansal kiralama sözleşmesi açısından düzenlemektedir: “Taraflardan birinin sözleşmeye aykırı harekette bulunduğu hâllerde, bu aykırılık nedeniyle diğer tarafın sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği durumlarda sözleşme feshedilebilir”. Ögüz, s. 81, yazara göre, sürekli edimli *know-how* sözleşmesi belirli süreli olduğu takdirde ancak haklı sebeple feshi mümkün olmalıdır.

⁷²² Haklı sebeple feshin nasıl ortaya çıkabileceğine dair çeşitli örnekler için, Fröhlich-Bleuler, N. 3372 vd. Altınok Ormancı, s. 257 vd. Seçer, tam tazminatla fesih, s. 71.

⁷²³ Altınok Ormancı, s. 124-125, yazara göre, art arda teslimli satış sözleşmesinde, satıcının bir veya birden çok edimi ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi, aynı zamanda ileride doğacak edimlerdeki sıkıntıya da işaret ediyorsa, bu durumda haklı sebeple fesih imkânı kabul edilmelidir.

durumda yazılımın kimin tarafından üretildiği, kaynak kodların kimde olduğu, yazılımcının olası hataları önlemek için önleyici bakım faaliyetini vaktinde yerine getirip getirmediği, eğer kararlaştırılmışsa, sözleşme kapsamında müşterinin teknik personeline yeterince eğitim verilip verilmediği, müşterinin kendisi için külfet oluşturan birlikte çalışma yükümlülüklerini düzenli bir şekilde yerine getirip getirmediği gibi hususlar da haklı sebep bakımından incelenmek zorundadır. Özellikle banka sistemleri veya ulusal çapta hizmet veren her türlü kurumun kullandığı yazılımlarda meydana gelen tek bir hata bile, bu hususlar dikkate alınarak sözleşmenin sona erdirilmesi için haklı sebep sayılabilir.

Yazılım hataları dışında, destek ediminin gereği gibi ifa edilmemesi de haklı sebep oluşturabilir. Müşterinin personeline verilmesi gereken eğitimlerin her türlü ihtara ve talebe rağmen verilmemesi, 7/24 çalışması gereken çağrı merkezine geceleri ulaşamaması ve bu sorunun çözülmemesi, yazılımcının destek personelinin sürekli olarak teknik yeterlilikten yoksun kişilerden oluşması gibi sebepler, sözleşmenin haklı sebeple feshine yol açabilecek niteliktedir.

Sürekli edimli yazılım bakımı sözleşmesinde haklı sebeple fesihte, özellikle temerrütte sözleşmeden dönme hakkı veren BK m. 125/II konusunda, yazılımcıya ek süre verilmesi her durumda bir şart olarak aranmamalıdır⁷²⁴. Bu noktada, yazılımcının borca aykırılık oluşturan fiili, ilişkiyi çekilmez hale getirdiği takdirde, derhal fesih mümkün sayılmalıdır. Bu kapsamda, yazılımcının özellikle sistemin çalışmasını engelleyen nitelikteki hatalara müdahale ve çözüm için tanınan süreleri oldukça aşması halinde, müşteri ortaya çıkan ve olası zararı da göz önünde bulundurarak, yazılımcıya herhangi bir süre vermeden sözleşmeyi sonlandırabilmelidir. Buna karşın, sistemde düşük seviyede hataların çıkması, destek ediminde yaşanan kimi basit aksaklıklar bu manada tek başlarına haklı sebeple fesih için yeterli olmayacaktır. Özellikle yazılımcının bir sonraki güncellemede çözmek üzere ertelediği önemsiz hatalardan dolayı, tek başına kötü ifa sebebiyle feshe imkân tanınmamalıdır.

Bunların dışında, yan yükümlülüklerin ihlalinde de herhangi bir ifa imkânı vermek söz konusu olamayacağı için sözleşmenin derhal feshi mümkün sayılabilir.

⁷²⁴ Seliçi, s. 221, 222. Doktrinde Öz, kötü ifa sebebiyle haklı sebeple feshin şartlarını, yönetim sözleşmesi açısından üçe ayırmaktadır: 1. Kötü ifanın niteliği artık iş sahibi açısından katlanılamayacak düzeydeyse derhal fesih hakkı tanınmalı. 2. Borçlu, kötü ifaya ilişkin davranışlarını düzeltmediği takdirde iş sahibi açısından çekilmezlik oluşacaksa BK m. 125'e uygun süre verilmeli 3. Eğer kötü ifanın niteliği bedelden indirim veya sözleşme sonuna kadar borçluya katlanabilecek düzeyde hafifse ve fesih sonucu oluşacak durum, borçlu açısından diğerine nazaran çok ağır olarsa, sürenin sonunda haklı sebeple fesih mümkün olmalıdır.

Veri gizliliğinin ihlali veya geniş anlamda sadakat yükümlülüğünün ihlalini oluşturabilecek, sır saklama, rekabet etmeme gibi yükümlülüklerin ihlali, bu şekilde derhal feshi mümkün kılan hallerden sayılabilir. Sözgelimi, kaynak kodlara erişme imkânına sahip olan müşterinin bu kodları başka birisine satmak için görüşme yapması gibi bir durumda, yazılımcı sözleşmeyi derhal feshedebilmelidir. Bu noktada çoğu zaman müşteri açısından mümkün olsa da, yazılımcının da sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesinin mümkün olduğu unutulmamalıdır.

Uygulamada haklı sebebin tanımı yapılmadan, sözleşmedeki genel koşullarda sözleşmenin her iki tarafına da sözleşmeyi sonlandırma hakkı veren sözleşme şartlarına da rastlanmaktadır⁷²⁵. Bu tür şartlarda tanınan haklara ve bunlarda taraflara tanınan sürelerle uygun olarak tarafların sözleşmeyi sonlandırma hakkı olduğu kabul edilmelidir. Sözleşme serbestîsi içerisinde taraflar birbirlerine bu şekilde sözleşmeyi sonlandırma hakkı vermesinde bir sakınca bulunmamaktadır.

3. Vekâletin Her Zaman Sona Erdirilebilmesi ve Bunun Yazılım Bakımı Sözleşmesine Uygulanma İmkânı

BK'nin 512. maddesi, İBK m. 404 hükmüne paralel şekilde, vekâlet sözleşmesinin, vekâlet veren ve vekil tarafından her zaman sonlandırılabilceğini düzenlemektedir. Bu hüküm esasını, kanunî vekâlet tipinin bir güven ilişkisi oluşturmasında bulmaktadır⁷²⁶. Buna göre vekâlet sözleşmesinde vekil ile vekâlet veren arasında kanunî tip gereği oluşan güven ilişkisi, başka hiçbir sözleşmede olmadığı kadar yoğundur ve sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye hakkı, bu yüzden vekâletin bir unsuru sayılmaktadır⁷²⁷. Bu yüzden sözleşmede, taraflara herhangi bir

⁷²⁵ Bkz. EK-Sözleşme, m. 18, Sözleşmenin Feshi.

⁷²⁶ Leuenberger, s. 23; Dessemontet, s. 170-171; Guhl, s. 501; Abravanel, s. 468; Dürr, s. 182; Derendinger, s. 65; Huguenin, N. 3310; Gökyayla, s. 52; Bucher, s. 227; Zevkliler, Gökyayla, s. 600 ve 633; Gümüş, borçlar özel, c.2, s. 195 ve 197; Frick, s. 49; Öz, s. 50; Erdem, s. 953-954; Gökyayla, s. 23-24; Akıncı, s. 60; Kayıhan, Ünlütepe, s. 179; Tiftik, s. 126; Seçer, sona erme, s. 879 ve 887; Seçer, İŞ, m. 512, N. 1 ve N. 3. Bu maddenin kökenini güven ilişkisi dışında vekâletin ivazsızlığında bulan Fellmann, BerKom, Art. 404, N. 8; von Büren, s. 140, yazarlara göre, hizmet sözleşmesinde güven önemli bir unsur olduğu halde, İBK m. 404'tekine benzer bir sonlandırma hakkı tanınmamıştır. Bundan dolayı, hükmün kaynağını vekâletin ilke olarak ivazsız olmasında bulmaktadırlar. Kanaatimizce bu hakkın kökenini vekâlette olduğu varsayılan özel güven ilişkisi oluşturur. Ayrıca, Alman BGB 627 hükmünde, hizmet sözleşmesinde güven ilişkisi olması halinde buna benzer bir hakkın taraflara tanınması da bu savı destekler niteliktedir. BGB 627 hükmü için bkz. yukarıda I, C, 2, a, Alman Hukukunda Hizmet Sözleşmesi.

⁷²⁷ Gautschi, Art. 394, N. 23 ve Art. 404 N. 10, Tandoğan, c. II, s. 375; Olgaç, s. 6, "Taraflar her zaman için sözleşmeyi sonlandırma hakkına sahip iseler, Borçlar Kanununun 404 üncü maddesi uyarınca ortada bir vekâlet akdi var demektir". Ayrıca, Yarg. HGK, 11.10.2006, 13-610 E, 639 K: "...Vekâlet ilişkisinin kurulmuş olması, karşılıklı güven unsurunun vekâlet sözleşmesinin kurulması

sebebe gerek olmaksızın sözleşmeyi sonlandırma hakkı verilmiştir. Vekilin istifa etmesi, vekâlet verenin de vekili azletmesi için süre verilmesine gerek olmadığı gibi, herhangi bir sebep bildirilmesine de gerek yoktur.

Hükmün lafzına göre, hem vekil hem de vekâlet veren, sözleşmeyi istediği zaman sonlandırabilir⁷²⁸. Sona ermenin geçerli olabilmesi için, karşı tarafın rızasına veya onayına ihtiyaç bulunmamaktadır⁷²⁹. Maddede düzenlenen sona erdirmeye hakkını ifade etmek için, 818 sayılı BK m. 396'da azil ve istifa kavramları kullanılmaktaydı. Ayrıca, İBK'de de, vekâlet verenin hakkı "geri alma" (*wiederrufen-révoquer*) vekilin hakkı da "feshetme" (*kündigen-répudier*) şeklinde ifade edilmektedir. Bu ifadelerin de etkisiyle vekâlet verenin, maddede düzenlenen sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı konusunda doktrinde tartışma vardır⁷³⁰. Bunun dışında, hükümdeki hakkın her halükârda bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilmektedir⁷³¹.

BK m. 512/II'de sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sonlandıran tarafın, diğer tarafın zararını tazmin etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, bu tazmin yükümlülüğü için kusur aranmaz ve takdir edilecek zarar olumsuz zarardır⁷³². Ayrıca uygun olmayan zamanda da gerçekleşse, kusurlu davranışıyla feshe sebep olan vekil, tazminata hak kazanamayacaktır⁷³³.

Hükmün niteliği, yani emredici olup olmadığı doktrinde çokça tartışılmıştır. Bunun temel sebebi, *sui generis* işgörme sözleşmesinin imkânı tartışmasındakine

aşamasında her iki taraf yönünden mevcut olmasıyla mümkündür ve bunun o aşamada varlığının göstergesidir. Ne var ki, vekâlet sözleşmesinin niteliği gereğince, bu unsur, sözleşmenin devamı süresince de varlığını korumalıdır. Eğer, başlangıçta mevcut olan karşılıklı güven, sözleşme süresi içerisinde gerçekleşen olgulardan dolayı bir taraf yönünden haklı olarak zedelenir veya ortadan kalkarsa, o taraf sözleşmeyi her zaman feshedebilir. Bu ilke, Borçlar Kanunu'nun 396/1. maddesinde, "Vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir" şeklinde ifade edilmiştir..." (Legalbank, erişim tarihi: 22.2.2023)

⁷²⁸ Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 404, N. 5; Werro, CoRo, Art. 404 N. 4; Demirbaş, s. 226

Ayrıca, vekâleti her zaman sürekli edimli olarak gören Gümüş'e göre, hakkın kullanılmasının etkisi her zaman ileriye etkili olacaktır. Gümüş, borçlar özel, c. 2 s. 196-197.

⁷²⁹ Yalçınduran, s. 98; Seçer, İŞ, m. 512, N. 8.

⁷³⁰ Bir görüşe göre, müvekkilin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bir fesih veya dönme hakkıdır; ancak kanun koyucu, vekâletin hem sürekli edimli hem de ani edimli olabileceğine ilişkin doktrini dikkate alarak tek taraflı sona erdirmeye ifadesini kullanmıştır, Hatemi, s. 432-433; Gümüş, borçlar özel, c. 2, s. 196; Sarı, s. 81; Aral, Ayrancı, s. 559. Bu hakkın bir yenilik doğuran hak olduğuna ilişkin Demirbaş, s. 224. Aksi görüşte, bunun fesih ve dönmeden farklı olarak tek taraflı bir sona erdirmeye (geri alma-wiederruf) hakkı olduğuna ilişkin, Akıncı, s. 35 ve 57 vd.; Gökyayla, s. 47-48. Seçer, sona erme, s. 882.

⁷³¹ Gauch, Art. 404, s. 10; Fellmann, BerKom, Art. 404, N. 21; Hofstetter, s. 54; Başpınar, s. 257; Akipek, s. 241; Seçer, İŞ, m. 512, N. 7; Yarg. 4. HD 15.3.1980, 1600 E., 6365 K. in Özkaya, s. 943-945; Gümüş, borçlar özel, c. 2 s. 196.

⁷³² BGE 110 II 380, E. 4.b, "besondere Nachteile"; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 404, N. 17

⁷³³ BGE 104 II 317, E. 5.b.

paralel bir şekilde⁷³⁴, tek taraflı sona erdirmenin, vekâletin “yapısal bir unsuru” olarak kabul edilmesidir⁷³⁵. Buna göre vekâlet sözleşmesi, güven unsurunun sözleşmenin esas karakterini oluşturduğu ve şahsî niteliklerin çok önemli olduğu bir sözleşmedir. Bu sözleşmede, tarafların sözleşmeyi her zaman sonlandırabilmesi, sözleşmenin mahiyeti gereğidir. Tek taraflı sona erdirmenin hakkına ilişkin bu hüküm, bu sebeple emredici olarak kabul edilmektedir⁷³⁶. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi de hükmü benzer gerekçelerle emredici kabul etmektedir⁷³⁷.

Hükmün emredici olarak kabul edilmesinin sonucunda, tarafların, sözleşmeyle vekâleti tek taraflı bir şekilde ortadan kaldırma hakkından feragati de kabul görmemektedir⁷³⁸. Ayrıca, bu hakkın kullanılmasını zorlaştırmak için herhangi bir cezai şart da konulamaz⁷³⁹. Buna karşın, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sonlandırma haline özgü sözleşme cezası kararlaştırılabilir⁷⁴⁰.

Yoğun güven ilişkisi oluşturan sözleşmelerde, vekili veya vekâlet vereni sözleşmede tutmaya çalışmak, tarafların kişilik haklarını zedeleyebilir⁷⁴¹. Aracılık işlerinde veya hekimlik yahut avukatlık sözleşmesinde bu türden güven ilişkisinin mevcudiyeti varsayılabilir⁷⁴². Ancak her halükarda, somut olayın koşullarına bakılmalı ve güven ilişkisinin bu hakkı kullanmaya yetecek derecede yoğun olup olmadığına karar verilmelidir⁷⁴³. Özellikle güvenin, tarafların sözleşme ilişkisine girmesindeki temel saik olduğu hukukî ilişkiler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bir arabasını veya evini satması için vekâlet verdiği kişiye karşı vekâlet veren, bu türden bir güven besler. Bu yüzden hüküm, özellikle aracılık işleri konusunda oldukça önemli bir menfaat alanını korumaktadır.

⁷³⁴ BGE 104 II 108, E. 4, kararda Federal Mahkeme, hem *sui generis* işgörmeye sözleşmesini reddetmekte, hem de somut olaydaki sözleşmede sona ermeyi düzenleyen Art. 404 OR hükmünün sözleşmeyle aksinin kararlaştırılamayacağına hükmetmektedir.

⁷³⁵ Gautschi, BerKom, Art. 404, N. 10a: “...bildet ein strukturelles Merkmal des Mandats” (...vekâletin yapısal bir özelliğini oluşturur).

⁷³⁶ Gautschi, BerKom, Art. 404, N. 10a vd. ve 15a vd.

⁷³⁷ YHGK, 11.10.2006, 13-610 E, 639 K; Yarg 13. HD, 7.11.1997, E. 7395, K.8923; Yarg. 3. HD, 29.12.1997, E. 11339, K. 12497. Federal Mahkeme, çeşitli gerekçelerle uzunca bir süre İBK m. 404 hükmünü emredici kabul etmiştir ve bu içtihadını kimi sözleşmeler açısından hala devam ettirmektedir. BGE 98 II 305, E. 2; 115 II 464; 106 II 157 E. 2b; 104 II 108 E. 4; BGer 4A.351/2007.

⁷³⁸ BGE 98 II 305, E. 2; 106 II 159; 109 II 462 E. 3.e; 115 II 464; Guhl, s. 501. Aksi yönde, Gauch, Werkvertrag, N. 64.

⁷³⁹ BGE 103 II 130; 104 II 116; Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 404, N. 13; Gümüş, s. 197.

⁷⁴⁰ Guhl, s. 502. Aksi yönde, Yavuz, Acar, Özen, s. 1220, dn. 307. Tartışmanın detayları için bkz. Sarı, s. 182 vd.; Gökyayla, s. 59-60.

⁷⁴¹ Erdem, s. 950.

⁷⁴² Uyan, s. 112, yazar bu türden bir güvenin sadece hekimlik sözleşmesinde, müvekkil veya hasta açısından var olduğunu savunmaktadır.

⁷⁴³ Sarı, s. 70-71.

Doktrinde baskın görüş, hükmün en azından “atipik” vekâlet sözleşmeleri açısından, yani yoğun güven ilişkisinin olmadığı durumlarda, emredici kabul edilmemesi gerektiği yönündedir⁷⁴⁴. İvazlı olarak, ticari bir ilişki kapsamında yapılan bir sözleşme ilişkisinde, tipik vekâlettekiyle aynı ölçüde bir güven ilişkisi yoktur. Bundan dolayı, hüküm bütün vekâlet türleri için emredici olarak kabul edilmemelidir. Yine bu doğrultuda, resmî işlere ilişkin vekâlet sözleşmelerinde de bu hakkın sınırlandırılması gerektiği düşünülmektedir⁷⁴⁵.

Doktrindeki eleştirilere rağmen, Federal Mahkeme bu hakkın kullanılmasını uzunca bir süre sınırlamamıştır⁷⁴⁶. Bu yüzden, BK m. 502/II hükmünün karşılığı olan İBK m. 394/II hükmünün, yani vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanmasının en sıkıntılı olduğu konu, vekâletin tek taraflı olarak sona erdirilebilmesi olmuştur⁷⁴⁷. Buna karşın, sürekli edimli sözleşmeler gibi bazı noktalarda Federal Mahkemenin içtihadı değişiklikler göstermektedir⁷⁴⁸. Bunun dışında, üçüncü kişi yararına (*mandatum aliena gratia*) bir vekâlet söz konusu olduğu zaman ve sözleşmede yararlanan, haklarını kullanacağını beyan ederse, vekilin sona ermeye ilişkin hakkını kullanmaması gerektiği de kabul edilmektedir⁷⁴⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi, karma işgörme sözleşmeleri konusunda da tek taraflı sona erdirme hakkının emredici olduğu görüşündedir. Özellikle, tam mimarlık sözleşmesi konusunda, karma sözleşmenin varlığını kabul etse de, bu sözleşmede güven ilişkisinin ağır bastığını ve bu yüzden İBK m. 404 (BK m. 512) hükmünün

⁷⁴⁴ Tandoğan, c. II, s. 630; Fellmann, BerKom, Art. 404, N. 115 vd; Engel, s. 480; Favre-Bulle, s. 374; Sarı, s. 70-71; Seçer, sona erme, s. 880 ve 892; Erdem, s. 955; Aldemir Toprak, s. 32. Bu sonlandırma hakkının sadece ücretsiz, yoğun güven ilişkisi barındıran ve kişisel özelliklerin önemli olduğu (sanatkârlarla yapılan sözleşmeler gibi) vekâlet türleri ile sınırlandırılmasını savunan Werro, CoRo, Art. 404, N. 7. Bunun yanında Werro, bu düzenlemenin tipik vekâletler açısından da düzenleyici bir hüküm olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır, Werro, mandat, N. 271. Sona erdirme hakkının emredici olarak kabul edilmesi halinde, sözleşme özgürlüğünün lüzumsuz yere kısıtlanacağına ilişkin, Frick, dn. 308; Bucher, s. 228, Fellmann, BerKom, Art. 404, N. 108; Schneeberger, s. 195 vd.; Weber, Aktuelle Probleme, s. 187; Jäggi, s.304; Sarı, s. 109 vd.

⁷⁴⁵ Oser, Weber, BSK-OR-I, Art. 404, N. 12 (noter veya kanunî vekil gibi).

⁷⁴⁶ BGE 115 II 464, E. 2.a.aa; BGer 4A.351/2007; 4C.447/2004, ücretli olması veya güven ilişkisine bağlı olmadan her türlü vekâlet sözleşmesinde 404 hükmü emredici olarak uygulanmalıdır.

⁷⁴⁷ Hofstetter, s. 27, yazar ayrıca, İBK m. 404 hükmünün yedek hukuk kuralı olarak görülmediği takdirde, *sui generis* işgörme sözleşmesini kabul etmenin bir anlamı olmadığını kabul etmektedir.

⁷⁴⁸ Önceleri sürekli vekâlet sözleşmelerinde de hükmün emredici olduğunu kabul eden Federal Mahkeme (BGE 104 II 108 E. 4), yeni kararlarında bu tür ilişkilerde 404’ün uygulanmasını kabul etmeme yönünde bir eğilime sahiptir. Acentelik, İBK’de düzenlenmeden önce, BGer 4C.66/2002, 4C.270/2002; *franchise* sözleşmesine ilişkin, 4C.228/2000 (Yüksek mahkeme, bu kararında, hizmet sözleşmesinin haklı sebeple sona ermesine ilişkin hükümleri kıyasen uyguladığını ve sürekli edimli işgörme sözleşmelerindeki sona ermeye ilişkin boşluğu bu şekilde doldurmaktadır). Sürekli edimli sözleşmelerde de İBK m. 404’ün uygulanmasına ilişkin, BGE 104 II 108 E. 4; BGer 4A_284/2013, E. 3.5.1.

⁷⁴⁹ Hofstetter, s. 42, 43.

emredici olarak uygulanacağına hükmetmektedir⁷⁵⁰. Aynı şekilde bir taşınmaz yönetimi sözleşmesinde sözleşmenin *sui generis* veya vekâlet olarak nitelendirilebileceğini, ancak her halükarda tek taraflı sona erdirmeye hakkının geçerli olduğunu kabul etmiştir⁷⁵¹. Ayrıca vekâletin işgörmeye sözleşmeleri dışında, satış gibi başka bir sözleşme ile bir arada bulunduğu karma sözleşmelerde de bu hakkın kullanılması mümkün görülmektedir⁷⁵².

Diğer işgörmeye sözleşmelerinde ve kanunda düzenlenen diğer sözleşmelerde, sözleşme ilişkisini bu kadar kolay sonlandırma hakkı hukukumuzda kabul edilmemektedir⁷⁵³. Bu yönüyle BK m. 512 hükmü kendisine özgü bir düzenlemedir. Güven ilişkisinin oldukça önemli olduğu hizmet sözleşmesinde veya sürekli edimli sözleşmelerde bile taraflara, vekâlet sözleşmesindeki benzer bir sona erdirmeye hakkı tanınmamıştır. Sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye imkânı veren eser sözleşmesinde ise, yalnızca iş sahibi, sözleşmeyi ancak tüm bedeli ödeyerek sonlandırabilir (BK m. 484).

Vekâlet sözleşmesi hükümleri arasında en fazla tartışmaya konu olan bu hüküm, hukukumuzda oldukça istisnâî nitelikte olduğu ve ayrıca güven ilişkisinden kaynaklandığı için, kanaatimce diğer işgörmeye sözleşmelerine uygulanırken, oldukça çekingen davranılmalıdır⁷⁵⁴. Bunun yerine, bu tür ilişkilerde, genel hükümlere göre sözleşmeyi sonlandırma hakkı tanınmalı ve söz konusu sözleşme eğer sürekli edimli bir sözleşme ise haklı sebeple fesih imkânı tercih edilmelidir. BK m. 502/II'nin lafzı gereği vekâlet hükümleri, diğer işgörmeye sözleşmelerine, bunların niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı için, çoğu atipik vekâlet sözleşmesi açısından uygulanmaması daha yerinde olacaktır.

Doktrinde, sürekli edimli bir sözleşme olan yazılım bakım sözleşmesinde, sözleşmenin sona ermesine ilişkin olarak, vekâletin sona ermesine ilişkin hükmün uygulanması kabul edilmemektedir⁷⁵⁵. Yazılım bakım sözleşmesinde de taraflar arasında bir güven ilişkisi oluşur. Fakat bu güven ilişkisi, tipik vekâlette olduğu gibi,

⁷⁵⁰ BGE 109 II 462, E. 3d ve e.

⁷⁵¹ BGE 106 II 157, E. 2a.

⁷⁵² Gauch, Werkvertrag, N. 135. Yazarın verdiği örnekte, satış ve satılan malın montajının denetimi söz konusudur. Bu durumda, İBK m. 404 hükmünü kıyasen uygulayarak, satışın değil; ama denetim sözleşmesinin sonlandırılabilirliğini düşünmektedir.

⁷⁵³ Abravanel, s. 468; Schneeberger, s. 3; Gökyayla, s. 40; Seçer, tam tazminatla fesih, s. 879.

⁷⁵⁴ Erdem, s. 955; Seçer, sona erme, s. 905.

⁷⁵⁵ Widmer, s. 192; Briner, s. 159; Fröhlich-Bleuler, N. 3367. Benzer bir düşünceyle, özel okul sözleşmesinin sürekli edimli yapısından ve güven ilişkisinin ikinci planda kalmasından dolayı, bu sözleşmeye de vekâletin sona ermesine ilişkin BK m. 512 (818 sayılı BK m. 396) hükmünün uygulanmaması gerektiğine ilişkin Tiftik, s. 125.

sözleşme ilişkisine girmenin temel saiki değildir. İsviçre Federal Mahkemesinin sürekli edimli sözleşmelerde İBK m. 404 (BK m. 512) hükmünün uygulanmaması yönünde aldığı kararlar da dikkate alınınca, hükmün yazılım bakımı sözleşmesine uygulanmaması yerinde olacaktır. Ayrıca, bu sözleşmede tek taraflı olarak sona erdirmeye imkân verilmesi, tarafların menfaatine uygun olmadığı gibi, herhangi bir ihtiyacı da karşılamamaktadır⁷⁵⁶.

Vekâletin sona ermesine ilişkin BK m. 512 hükmünün uygulanmamasının yanında, sözleşmeyi eser sözleşmesi ağırlıklı olarak nitelendiren görüşteki yazarlar, eser sözleşmesinde tam tazminatla sözleşmeyi sonlandırma hakkını da yazılım bakımı sözleşmesi açısından incelemiştir. BK m. 512 hükmünde olduğu gibi, eser sözleşmesinin tam tazminatla sona erdirilmesine ilişkin BK m. 484-İBK m. 377 hükmünün yazılım bakımı sözleşmesine uygulanması da, bu görüş taraftarlarınca kabul edilmemektedir⁷⁵⁷. Zira yazılımcının, müşteri çevresi, yaptığı işin sonrasında kendisine referans olması gibi sebeplerle, sözleşmenin devamında menfaati vardır. Bu sebeple, müşteri sözleşmeyi ancak kendisi için sözleşme ilişkisinin çekilmez hale gelmesiyle feshedebilmelidir.

4. Ölüm, İflas ve Tüzel Kişiliğin Ortadan Kalkması

BK m. 513 hükmü, vekilin veya vekâlet verenin iflası, ehliyetini kaybetmesi veya ölümü halinde⁷⁵⁸, sözleşme veya işin niteliği başka türlü gerektirmedikçe vekâletin sona ereceğini düzenlemektedir. Bu hüküm, güven ilişkisi oluşturan vekâletin, kural olarak bu güvenin süjesinin ortadan kalkmasına veya bu güvenin sarsılmasına sebep olan olaylarla sona ereceğini öngörmektedir⁷⁵⁹. Yani vekil veya vekâlet veren ölür ya da vekil veya vekâlet veren iflas eder veya bunlardan birisi hak ehliyetini kaybederse vekâlet sözleşmesi kendiliğinden sona erer.

Hükmün ifadesi gereği, aksi kararlaştırılabilir; yani hüküm emredici değildir⁷⁶⁰. Kanun, taraflardan birinin ölümü ile vekâlet sözleşmesinin sona ereceğine

⁷⁵⁶ Briner, s. 151. Ayrıca yazılım bakımı sözleşmesini eser sözleşmesi ağırlıklı olarak nitelendiren Weber'e göre, sözleşme eser sözleşmesi temelli olduğu için, İBK m. 404 hükmünün uygulanma imkânı bulunmamaktadır bkz. Weber, s. 64-65.

⁷⁵⁷ Widmer, s. 195; Briner, s. 159, 160.

⁷⁵⁸ Aynı şekilde, gaiplik ve tüzel kişiliğin ortadan kalkmasında da vekâletin sona ereceğine ilişkin, Zevkliler, Gökyayla, s. 638.

⁷⁵⁹ Akıncı, s. 70; Seçer, sona erme, s. 910.

⁷⁶⁰ Gümüş, borçlar özel, s. 201; Zevkliler, Gökyayla, s. 637.

ilişkin aksi ispatlanabilir bir karine koymuştur⁷⁶¹. Bunun yanında, kimi durumlarda ve özellikle maddî edimli vekâletlerde, vekilin iflası her zaman vekâlet sözleşmesinin sonlanmasına sebep olmayacaktır⁷⁶². Ayrıca, ölümden sonraya etkili olmak üzere vekâlet verilmesi de hukukumuzda mümkün sayılmaktadır⁷⁶³.

BK m. 513 hükmü, esasını güven unsurunun önemli olduğu tipik vekâletten almaktadır. Bu açıdan, özellikle atipik vekâletler açısından hükmün uygulanması, yani sözleşmenin, maddede öngörülen hallerde sona ermesi her zaman makul değildir. Mesela, bir inşaatın denetimini yapan mimarın sözleşmesi, müteahhidin ölümüyle sona ermemeli, mirasçıları bu sözleşmeye taraf olmalıdır. Buna karşın vekilin yeteneklerinin ve şahsî özelliklerinin önemli olduğu sözleşmede, sözleşmenin sonlanması açısından herhangi bir sorun oluşmayacaktır. Mesela bir ressamın ölümünde sözleşmenin sona ermesi açısından herhangi bir tereddüt olmamalıdır.

Yazılım bakımı sözleşmesinde yazılımcı eğer gerçek kişiye, onun ölümüyle yazılım bakımı sözleşmesinin sona ermesi gerekir. Zira mirasçıların onun yeteneğine ve teknik bilgisine sahip olması beklenemez⁷⁶⁴. Buna karşın, yazılımcı çoğu zaman bir şirket olduğu için, bu durumda şirketin tüzel kişiliğinin ortadan kalkması ele alınmalıdır. Aynı şekilde, bu durumda da sözleşme kendiliğinden sona ermelidir. BK m. 513 hükmünden bağımsız olarak, bu durumda zaten bakım hizmetini yürütebilecek organizasyonun da ortadan kalkacağı varsayılabilir. Dolayısıyla bakım hizmetini fiilen yürütme kabiliyetine sahip bir yapının olmadığı durumda, sözleşmenin ayakta kalmasının da bir manası kalmayacaktır. Bu açıdan yazılımcının bir tüzel kişi olduğu hallerde, tüzel kişiliğin ortadan kalkması yazılım bakımı sözleşmesini sona erdirmelidir⁷⁶⁵.

Vekâletin sona ermesine ilişkin bu kuralın yazılım bakımı sözleşmesine uygulanmasında herhangi bir sorun görülmemektedir. Ancak dikkat etmek gereken nokta, sözleşmenin sona ermesine, yazılım bakımı sözleşmesinin yapısı dikkate alınarak, mantık kuralları gereği karar verilmesidir. Bu açıdan, kanaatimizce hükmün BK m. 513 hükmünü uygulamaktan ziyade, somut olayın mantık kuralları gereği bu

⁷⁶¹ Akıncı, s. 71.

⁷⁶² Zevkliler, Gökyayla, s. 638, ayrıca avukat vekâlet verenin iflasında bile, malvarlığını doğrudan ilgilendirmeyen soybağının reddi gibi davaları yürütmeye yetkilidir. Aynı görüşte, Özkaya, s. 965-966. Avukatın iflası halinde ise vekilin ismi Avukatlık Kanunu m. 5/f hükmü uyarınca baro levhasından silinceği için vekâletin sona ermesi gerekir, bkz. Akıncı, s. 85.

⁷⁶³ Serozan, s. 162; Akıncı, s. 74 vd.

⁷⁶⁴ Tipik vekâlet açısından vekilin ölümüyle, şahsen ifa borcunun öneminden dolayı bir ifa imkânsızlığı oluştuğuna dair, Akıncı, s. 71.

⁷⁶⁵ Akıncı, s. 78; Zevkliler, Gökyayla, s. 638.

sonuca ulaşılmaktadır. Yani bu hüküm yazılım bakımı sözleşmesinde genelgeçer uygulanabilir bir kural koymamaktadır. Dolayısıyla, somut olayda inceleme yapılarak sözleşmenin bu şekilde sona ermesine ilişkin değerlendirme yapılması gerekir.

M. Değerlendirme: Vekâlet Hükümlerinin Yazılım Bakımı Sözleşmesine Uygulanmak Bakımından Yetersizliği

Vekâlet sözleşmesinin kanunî düzenlemesi, genel nitelikte hükümler taşımakta ve ayrıca vekâlet olarak tanımlanan sözleşmelerin içeriğine ilişkin yeteri kadar hüküm barındırmamaktadır. Bu açıdan diğer işgörme sözleşmelerine uygulanma kabiliyeti olmayan birçok vekâlet hükmünün bulunduğu incelememizde de göze çarpan hususlardan birisidir⁷⁶⁶. Sadece hukukî işlemlere uygulanma kabiliyeti olan hükümler dışında, BK m. 512 hükmündeki sözleşmeyi sonlandırma hakkı gibi, başka hiçbir sözleşmede bulunmayan bir hak da vekâlette sözleşmenin taraflarına verilmiştir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde, bu hükümlerin hepsi herhangi bir önkabulle hareket edilmeden tek tek incelenmiş, BK m. 502/II'nin ifadesi doğrultusunda, bu hükümlerin yazılım bakımı sözleşmesine uygunluğu değerlendirilmiştir.

BK m. 502/II hükmü gereği hâkim, vasıta borcu doğuran bir sözleşmeyle karşılaştığında, öncelikle bunun tipik bir vekâlet olup olmadığına karar verecek, ardından vekâlet hükümlerinin bu sözleşmeye uygulanmasını denetleyecektir. Bu açıdan, BK m. 502/II hükmünün ifadesi, hâkime kanunda düzenlenmeyen sözleşmeleri vekâlet hükümlerinin niteliklerine uygunluk açısından denetleme görevi yüklemektedir⁷⁶⁷. Çalışmamızda bu denetimin olası zorluklarını ortadan kaldırmak ve BK m. 502/II'nin anlamını belirginleştirmek için yazılım bakımı sözleşmesi örneğinde bir değerlendirme yapılmıştır. Vekâlet hükümlerinin tek tek değerlendirilerek yazılım bakımı sözleşmelerine uygunluğunun incelenmesi de bunu hedeflemektedir. Bu yüzden hükümlerin ihdas ediliş amacı ve nitelikleri dikkate alınarak inceleme yapılmıştır. Bu değerlendirmeden edindiğimiz kanaate göre, hükümleri niteliklerine ve atipik vekâletlere uygulanma kabiliyetine göre sınıflandırmak gereklidir.

Talimata uygun ifa başlıklı BK m. 505, işin üçüncü kişiye gördürülmesi halinde sorumluluğu düzenleyen BK m. 507 ve sözleşmenin her zaman sona erdirilebilmesine ilişkin BK m. 512 hükümleri, dayanaklarını vekâletin bir güven

⁷⁶⁶ Tercier, Bieri, Carron, N. 4291.

⁷⁶⁷ Bkz. yukarıda dn. 332 ve ilişkili metin.

ilişkisi oluşturmada bulan, atipik vekâlete özgü hükümlerdir. Özellikle güven ilişkisinin yoğun olduğu durumlarda bu hükümler uygulanma imkânı bulacaktır. Buna karşın bu hükümlerin yazılım bakımı sözleşmesine uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Vekâletin ücretsiz olmasına ilişkin ilkeyi düzenleyen BK m. 502/III hükmü, istisna hükmü kuraldan daha baskın hale geldiği için atipik vekâletlere uygulanabilir nitelikte görülmemiştir. Sözleşme yapma zorunluluğu getiren BK m. 503 ve özel temsil yetkisiyle yapılması gereken halleri düzenleyen BK m 504/III hükümleri ise vekâlet sözleşmesi dışında diğer sözleşmeleri de bağlayacak genel kurallar getirmektedir. Aynı şekilde şahsen ifayı düzenleyen BK m. 506/I hükmünün doğrudan uygulanması yazılım bakımı sözleşmesinin şartlarına bağlı olarak mümkün olmamıştır. Ayrıca, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, iflası veya hak ehliyetini kaybetmesi halinde sözleşmenin sona ermesini düzenleyen BK m. 513 hükmünün uygulanmasına da çoğu zaman gerek kalmayacaktır.

Bunun dışında, vekilin sahip olduğu yetkiyi belirleyen BK m. 504/II, edinilen hakların vekâlet verene geçişini düzenleyen BK m. 509, vekâlet verenin karşı edim dışındaki borçlarını düzenleyen BK m. 510, birlikte vekâlet verenlerin ve birlikte vekillerin sorumluluğunu düzenleyen BK m. 511 ve vekâletin sona ermesinden sonra sorumluluğu düzenleyen BK m. 514 de, ya niteliği gereği ya da konuluş amacı itibarıyla hukukî işlemlere yönelik vekâleti hedef alan hükümlerdir. Dolayısıyla bu hükümlerin de yazılım bakımı sözleşmesine uygulanması mümkün görülmemiştir.

Bu hükümlerin dışında geriye vekâletin tanımını yapan BK m. 502/I, vekâlet hükümlerinin diğer işgörme sözleşmelerine uygulanmasını düzenleyen BK m. 502/II ve vekilin özen ve sadakat yükümlülüğünü düzenleyen BK m. 506/II ve III hükümleri ve vekilin hesap vermesine ilişkin BK m. 508 hükmü kalmaktadır.

Dolayısıyla, bütün incelemelerimize rağmen, atipik vekâlet sözleşmelerine kesin olarak uygulanabilir nitelikteki tek düzenleme olarak vekilin özen ve sadakat yükümlülüğü ve bunlardan kaynaklanan ve yorum yoluyla kapsamı genişletilen hesap vermeye ilişkin hüküm kalmaktadır. Maddeler tek tek incelenirken de gösterildiği üzere, hükümlerin birçoğu atipik vekâletler ve yazılım bakımı sözleşmesine, büyük oranda uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Bu açıdan, somut olayın koşullarına göre hükümleri değerlendirmek gerekli olsa da, bu bölümün sonucunda oluşan kanaatimiz, vekâlet sözleşmesinin, kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanması açısından yeterli hükümleri barındırmadığı olmuştur. Bu açıdan, hâkimin

BK m. 502/II gereği hükümlerin atipik vekâletlere uygunluğunu denetlerken yoğunlaşması gereken alan, vekilin özen ve sadakat yükümlülüğü olmalıdır. Buna karşın, tüm değerlendirmelere rağmen, bunun dışında kalan hükümler de somut olayda uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir; fakat incelememizin neticesinde bu ihtimalin oldukça az olduğu kanaati oluşmuştur.

Bu durumu, atipik vekâlet sözleşmesi ile *sui generis* işgörme sözleşmesi arasındaki farkın belirsizleştiğine ilişkin görüşümüzle birlikte değerlendirdiğimizde ulaştığımız sonuç, kanunun işgörme sözleşmeleri açısından, herhangi bir tartışmaya yer vermeyecek şekilde, emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla kesin bir serbestiyi amaçladığı olmaktadır. Bu halde, metodolojik olarak herhangi bir tipe bağlı olmadan, yani bir sözleşmeyi eser veya vekâlet tipine koymaya çalışmadan, isimsiz işgörme sözleşmesi olarak nitelendirmek, mevcut kanunî düzenleme içerisinde eskisine nazaran çok daha kolay olacaktır. Sözleşme serbestisi içerisinde zaten yapılagelen sözleşmelere, kavramsal olarak da kanunî tiplerden uzaklaşarak yaklaşmak gerekir. Türk doktrininde bundan önceki dönemde de emredici olarak kabul edilmeyen BK m. 512 (818 sayılı BK m. 396) hükmünün bağlayıcılığından kurtulmak ve vekâlet hükümlerinin herhangi bir somut sözleşme ilişkisine uygulanmasından çekinmek için bir sebep bulunmamaktadır. Zira bu hükümlerden, incelediğimiz üzere, diğer işgörme sözleşmelerine uygulanabilecek nitelikte olanları oldukça genel nitelikte olanlardır.

Vekâlet hükümlerinin birçoğunun, uygulamada atipik vekâlet olarak değerlendirdiğimiz sözleşmelere uygulanması mümkün olmadığına göre, borçlunun vasıta borcu ile işgörmeyi üstlendiği sözleşmelerde, atipik vekâlet sözleşmesinin herhangi bir “tip” niteliğini barındırabilecek tek özelliğinin, işleri özenle ve sadakatle yürütmek olduğu gözlenmektedir. Bu da atipik vekâletin artık bir sözleşme tipi olmadığını, tam olarak *sui generis* işgörme sözleşmelerine verilen isim olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır⁷⁶⁸.

Kanunun bu şekilde değiştirilen düzenlemesiyle, *sui generis* işgörme sözleşmelerinde serbest bir alan oluşturulması kanaatimizce oldukça yerinde kabul edilmelidir. Çalışmamız kapsamında ele aldığımız yazılım bakımı sözleşmesinin gösterdiği teknik özellikler ve sözleşmenin kurulduğu ekonomik alan, kaynağını Roma hukukunda bulan ve 20. yy'ın başlarında genel yapısı düzenlenen işgörme sözleşmelerimizle uyuşmamaktadır. Çalışmamızda da kısmen göstermeye çalıştığımız

⁷⁶⁸ Karş. II, D, 4, Değerlendirme.

üzere, bu yeni tür sözleşmelerin kendi içerisinde arz ettiği değişken özellikler, tarafların ihtiyaçları doğrultusunda sözleşmeye eklenen kayıtlar, yazılımın fizikî yapısı gibi hususlar ve bunlardan doğan hukukî problemler oldukça genel nitelikte hükümlerle veya ilkelerle çözüme kavuşturulabilir. Bu açıdan, en azından borçlunun vasıta borcu ile üstlendiği sözleşmeler açısından kanunî tiplerden uzak bir şekilde sözleşmenin yorumlanması mümkün olabilecektir. Bu bağlamda sonuca ve borçlunun sorumluluğuna odaklanan bir yaklaşım, pratik sonuca ulaşmaktan uzak tartışmaların yerine geçebilir.



IV. SONUÇ

Vekâlet hükümlerinin yazılım bakımı sözleşmesine uygulanmasını incelediğimiz çalışmamızda, BK m. 502/II hükmünden yola çıkarak, vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen yazılım bakımı sözleşmesine uygunluğu değerlendirilmiştir. Bu bağlamda çalışmamızın giriş bölümünde, işgörme sözleşmelerinin tanımı, tarihi ve Fransız ve Alman Medeni Kanunlarında nasıl düzenlendiğinden başlayarak işgörme sözleşmelerine ilişkin bir genel çerçeve çizmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümle birlikte, çalışmamızın merkezine yazılım bakımı sözleşmesi koyulmuş, bu sözleşmenin genel özellikleri yansıtılmaya gayret edilmiştir. Bunun için yazılım kavramı, yazılım bakımı sözleşmesinin amacı ve konusu, tarafların sözleşmede üstlendikleri edimler aktarılmıştır. Ardından yazılım bakımı sözleşmesine uygulanacak hükümleri tespit etmek amacıyla BK m. 502/II hükmü ele alınmış ve devamında BK m. 502/II hükmünün sınırlarını ve bu bağlamda vekâlet sözleşmesiyle eser sözleşmesi arasındaki ayrımı belirlemek için her iki sözleşme arasında yapılan ayırımı yer verilmiştir. Sonrasında ise, yazılım bakımı sözleşmesinin hukukî niteliği, önceki başlıklarda yapılan incelemeler doğrultusunda tespit edilerek, bu sözleşmenin BK m. 502/II hükmünün kapsamında kaldığı sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, ikinci bölümde ulaşılan sonuca binaen, vekâlet sözleşmesinin kanunda düzenlenen hükümlerinin yazılım bakımı sözleşmesine uygunluğu incelenmiştir. Bu bağlamda, yazılım bakımı sözleşmesinin gösterdiği özelliklerle birlikte, vekâletin ilgili hükmünün tipik ve atipik vekâlet sözleşmelerinde ifade ettiği anlam birlikte değerlendirilmiştir. Bunun neticesinde de, vekâlet hükümlerinin birçoğunun yazılım bakımı sözleşmesine uygulanamayacağına karar verilmiştir. Bu doğrultuda, atipik vekâlet ve *sui generis* işgörme sözleşmesi arasında herhangi bir fark olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Genel olarak aktardığımız bu sonuçları, ayrıntılı bir şekilde görmek amacıyla sonuçları tek tek listelemek yerinde olacaktır:

1. Borçlar Kanununda düzenlenen hizmet, eser ve vekâlet sözleşmelerinin kaynağı Roma hukukudur. Bu açıdan, İsviçre ve Türk hukukunda bu sözleşmelerin hükümleri Roma hukukundan izler taşımaktadır. Özellikle

vekâlet sözleşmesi, Türk-İsviçre hukuklarında bu karakteri büyük ölçüde devam ettirmektedir.

2. İşgörme sözleşmeleri Fransız ve Alman hukuklarında da Roma hukuku geleneğinin etkisini taşısa da, BK m. 502/II'ye benzer bir hüküm bu hukuklarda bulunmamaktadır. Bu açıdan vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanmasını öngören BK m. 502/II hükmü Türk-İsviçre hukuklarına özgüdür.
3. İsviçre hukukunda BK m. 502/II hükmünün kökeni olarak gösterilebilecek sözleşme, Zürih Medeni Kanununda düzenlenen *Honorarvertrag* (serbest meslek sözleşmesi) olarak tespit edilmiştir.
4. Vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen sözleşmelerim niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasını öngören BK m. 502/II hükmü Türk hukuku açısından işgörme sözleşmeleri alanında tip sınırlılığı olduğuna ilişkin herhangi bir görüşü savunulamaz hale getirmiştir.
5. Tipik vekâlet sözleşmelerinin dışında doktrinde öteden beri kabul edilen atipik vekâlet sözleşmeleri ile borçlunun bir sonucu borçlanmadığı *sui generis* işgörme sözleşmeleri arasındaki sınırın ortadan kalktığı sonucuna ulaşılmıştır.
6. BK m. 502/II hükmü hâkime, vekâlet hükümlerinin somut sözleşme ilişkisine uygunluğunu denetleme görevi vermektedir. Bu açıdan borçlunun bir faaliyet yürütmeyi borçlandığı her somut işgörme sözleşmesinde vekâlet hükümlerinin uygulanma kabiliyeti araştırılmalıdır.
7. Fikrî eser sözleşmesi, bu nitelendirmenin pratik faydasının olmaması sebebiyle reddedilmiştir. Daha önce fikrî eser kapsamında yer alan sözleşmelerin BK m. 502/II'nin yeni ifadesi sebebiyle vekâlet sözleşmesinde özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmeleri daha yerinde bulunmuştur.
8. Yazılım bakımı sözleşmesi, yazılım ve bilgisayar teknolojilerinin sonucunda ortaya çıkan, sürekli edimli atipik bir sözleşmedir ve bu sözleşmede yazılımcı herhangi bir sonucu taahhüt etmemekte ve büyük oranda bir işgörme edimi üstlenmektedir. Bu açıdan sözleşmenin eser temelli/ağırlıklı olduğuna ilişkin öğretilerdeki baskın görüş reddedilmiştir.
9. Yazılım bakımı sözleşmesi, işgörme edimlerinden oluşan bir sözleşme olması ve bir sonucun değil bir faaliyetin borçlanması sebebiyle, BK m.

502/II hükmü kapsamında yer almalıdır. Bundan dolayı vekâlet hükümlerinin yazılım bakımı sözleşmesine uygunluğu denetlenmelidir.

10. Vekâlet hükümlerinin büyük çoğunluğu, yazılım bakımı sözleşmesinin niteliğine uygun bulunmamıştır. Çalışmamızda herhangi bir tereddüde yer vermeden uygulanabilecek hükümler, işin özenle ve sadakatle görülmesine ilişkin BK m. 506/II ve bu özenin ölçüsüne ilişkin BK m. 506/III olarak belirlenmiştir.
11. Özellikle vekâletin sona ermesine ilişkin BK m. 512 hükmünün yazılım bakımı sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin niteliğine uygun olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Bu açıdan yazılım bakımı sözleşmesinin sona ermesinde, normal yoldan sona erme dışında, özellikle sürekli edimli sözleşmelerin haklı sebeple feshi ön plana çıkarılmıştır.
12. Vekâlet hükümlerinin yazılım bakımı sözleşmesine uygulanma zorluğu veya kimi zaman imkânsızlığı, kanunda düzenlenmeyen ve maddî hizmet edimlerinin üstlenildiği işgörme sözleşmelerine de teşmil edilebilir niteliktedir. Bu yüzden, BK m. 502/II hükmünü, bu sözleşmeler bakımından özen ve sadakat yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirmek gerekecektir.

KAYNAKÇA

- Abravanel, Philippe, **L'empereur de Chine et le grain de tabac, réflexion sur l'article 404 CO**, JdT 1987 I, s. 466 vd.
- Akıncı, Şahin, **Vekâlet sözleşmesinin sona ermesi**, Sayram, Konya, 2004.
- Akipek, Şebnem, **Alt Vekâlet**, Yetkin, 2003, Ankara.
- Akünel, Teoman, **İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1972 Tarihli Kararı**, in İÜHFM, 1974, C. 40, S. 1-4, s. 701 vd
- Aldemir Toprak, İpek Betül, **Die Natur des den Auftragsvertrag Einseitig Beendigenden Rechts und die Frage Nach Dessen Anwendung auf die Innominatverträge**, in Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 69, s. 1–36.
- Altınok Ormancı, Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, Vedat, İstanbul, 2011.
- Altop, Atilla, **Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi**, Vedat, İstanbul, 2003.
- Amstutz, Marc, Morin, Ariane; **Einl. vor Art. 184 ff.** in BSK OR I.
- Antalya, Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1**, Seçkin, Ankara, 2019.
- Aral, Fahrettin, Ayrancı, Hasan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Yetkin, Ankara, 2022.
- Arat, Ayşe, **İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması**, in Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt.1, S. 2, 2006, s. 99 vd.
- Aşçıoğlu, Çetin, **Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**, Olgâç Matbaası, Ankara, 1982.
- Aubert, Gabriel, Art. 319, in **Commentaire Romand CO I**.
- Auf der Maur, **Vertragsgestaltung für Internet-Projekte**, in Internet-Recht und Electronic Commerce Law.
- Ayan, Mehmet, **Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk**, Kazancı, Ankara, 1991.
- Aydın, Arafat Salih, Esen, M. Fevzi, Özlü, Erhan, **Türkiye’de Çevik Yazılım Geliştirme Süreçlerinde Scrum Yöntemini Uygulayan İşletmelerin Başarı Faktörleri**, in Bilişim Teknolojileri Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 4, Ekim 2020, s. 463-477.

- Aydoğdu, Murat, Kahveci, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Bächler, Beat Christophe, **Erwerb einer EDV-Problemlösung für Personal Computer**, Schultess, Zürich, 1990.
- Barbey, **Les contrats informatiques**, in La Semaine Judiciaire 1987
- Bartsch, **Softwarepflege nach neuem Schuldrecht**, in NJW, 2002, Heft 21.
- Başpınar, Veysel, **Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğu**, Ankara, Yetkin, 2004.
- Von Baum, Florian, **Gestaltung von Software-Maintenance-Verträgen in der internationalen Praxis**, in CR 10/2002, s. 705 vd.
- Bénabent, Alain, **Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux**, LGDJ, 11e éd, Issy-les-Moulineaux, 2015.
- Bilge, Necip; **Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971.
- Bluntschli, Johann Kaspar, **Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen**, III. Band (Folderungen und Schulden), Fr. Schultess, Zürich, 1855.
- Briner, Robert G.; **Software-Wartungsverträge**, in: Internet-Recht und IT-Verträge Jörg, Florian S., Arter, Olivier (Hrsg.), Bern 2005, s. 129 vd.
- Bucher, Eugen; **Obligationenrecht, Besonderer Teil**. 3. erweiterte Auflage, Schultess Verlag, Zürich, 1988.
- Von Büren, Bruno, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551)**, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1972.
- Büyükkay, Yusuf, Amiklioğlu, Hüseyin, **Sözleşmelere Eklenen “Best Efforts”/“Üstün Gayret” Kayıtları Üzerine Düşünceler**, in Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 547 – 561.
- Caduff, Rhein, **Best Practices in IT-Projekten**, in Vertrauen-Vertrag-Verantwortung, Schultess, 2007, s. 183-209.
- Le Calonnec, Joseph, **Le progrès technique et la distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens**, in Revue Juridique de l’Ouest, 1986, 2.
- Carlen, Louis, **Rechtsgeschichte der Schweiz**, Eine Einführung, Francke Verlag, Bern, 1988.

- Chaix, François, **le contrat d'entreprise**, in Commentaire romand. Code des obligations I: Art. 1-529 CO, Helbing & Lichtenhahn, édit. Thévenoz, Luc, Werro, Franz, Bâle, 2012.
- Çakalır, Yalçın, **Mimarlık Sözleşmesi**, Seminer Yarışması 1973-1974, Ankara, 1976.
- Dayınlarlı, Kemal, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1988.
- Demirbaş, Harun, **Savunma Sanayii Sözleşmeleri**, Oniki Levha, İstanbul, 2021.
- Demogue, René, **Traité des obligations en général**, T. V, Rousseau, Paris, 1925.
- Demogue, René; **Traité des obligations en général**, T. VI, Rousseau, Paris, 1931.
- Derendinger, Peter, **Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages**, Universitätsverlag Freiburg, Freiburg, 1988.
- Dürr, Carl, **Werkvertrag und Auftrag, Kommentar d. Art. 363 - 379 u. 394 - 406 OR**, 1979.
- Dessemontet, François, **Les contrats de service**, in Procès-verbal de la 121e assemblée annuelle à Neuchâtel, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel, 1987.
- Dinar, Cem, **Borçlar Kanunundaki düzenleme açısından istisna sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasındaki kurumsal farklılıklar**, in Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 5, S. 1, Haziran 2008.
- Dunand, Jean-Philip, in **Droit privé romain**, Dunand, Jean-Philip, Schmidlin, Bruno, Winiger, Bénédict, Faculté de droit de l'Université de Genève, 2012.
- Dural, Mustafa, Sarı, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz, İstanbul, 2020.
- Eckert, Martin K., **Der Softwarepflegevertrag (Software Maintenance)**, in Softwareverträge, Herausgeber Hans Rudolf Trüb, Schulthess Juristische Medien AG, 2004, s. 129 vd.
- Elçin Grassinger, Gülçin, **Sponsorluk Sözleşmesi**, Seçkin, Ankara, 1995.
- Engel, Pierre; **Contrats de droit suisse**, Staempfli Editions SA Berne, 2000.

- Erdem, Mehmet, **Vekâletten azil ve istifa (Vekâlet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesi)**, in Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No. 5, Beta, 2007.
- Eren, Fikret, **İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar**, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 85-111 (Eren, isimsiz sözleşme).
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2021 (Eren, borçlar genel).
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2019. (Eren, borçlar özel).
- Favre-Bulle, Xavier, **L'évolution du droit des contrats de prestations de services**, RDS 1991, s. 351-380.
- Fischer, Willi, **Die Umschreibung der Dienstleistung und der verschiedenen Rechte und Pflichten im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages**, in AJP/PJA, 3/1997, s. 256 vd.
- Fellmann, W.: **Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR**, in: Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1992.
- Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel borç ilişkileri)**, Cilt I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- Fick, F., **Commentaire du Code fédéral des Obligations du 30 Mart 1911**, adaptation française de la 4e édition allemande par Max=E. Porret, Delachaux & Niestlé S.A. Neuchatel, 1911.
- Frick, Aurelia C. K., **Die Beendigung des einfachen Auftrages (Art. 404 und 405 OR)**, tez, 2005.
- Fröhlich-Bleuler, Gianni, **Softwareverträge**, Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern, 2014.
- Gauch, Peter, **Zurück zum Geistwerkvertrag**, in Recht 1983, s. 132 vd.
- Gauch, Peter, **Art. 404 OR - Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, Urteilsanmerkung zu BGE 115 II 464 ff**, in recht 1992, s. 7 vd.
- Gauch, **Das Gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge**, in Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell, Zürich 2002, s. 3 vd.

- Gauch, Peter, **Der Werkvertrag**, Schultess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2019.
- Gautschi, G.: **Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR**, in: Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1971.
- Gehrler, C., Giger, G.: **Art. 319-529 OR**, in: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich, 2016.
- von Gierke, O, **Deutsches Privatrecht**, Band 3: Schuldrecht, Leipzig/München, 1917.
- Giverdon, Claude, **L'évolution du contrat du mandat**, Doktora Tezi, Paris, 1947.
- Gökyayla, Emre, **Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu**, in Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2002, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul.
- Gökyayla, Emre, **Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi**, Seçkin, Ankara, 2007.
- Gurovits, Andras, **EDV Beratungsverträge**, Zürich, 1993.
- Gümüş, Mustafa Alper, **Türk-İsviçre borçlar hukukunda vekilin özen borcu**, Beta, 2001.
- Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Habertisch, J; **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, Traduit par Ch. Gilliéron, Tome II, J. Marti, 1886, Moudon.
- Hafner, H., **Schweizerische Obligationenrecht**, Verlag von Orell Füssli, Zürich, 1883.
- Hatemi, Hüseyin, in **Borçlar Hukuku: Özel Bölüm**, Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona, Arpacı, Abdülkadir, Filiz, İstanbul, 1992.
- Heerman, **Entgeltliche Geschäftsbesorgung, BGB 675**, in Münchener Kommentar zum BGB, 4. Auflage, 2004.
- Heusler, Bernhard, Mathys, Roland, **IT-Vertragsrecht**, orell füssli Verlag AG, Zürich, 2004.

- Hilty, Reto M.; **Softwarevertrag - Qualifikation im Lichte des gesetzlichen Gebrauchsrechts**, in Besonderes Vertragsrecht - aktuelle Probleme. Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Schulthess, Zürich 2002, s. 61 – 85.
- Hofstetter, Josef; **Le mandat et la gestion d'affaires**, TDPS., vol.VII, t. II/1, Fribourg 1994.
- Honig, Richard, **Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İkinci basım, İstanbul, 1938.
- Honsell, Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Stämpfli Verlag, 10. Auflage, Bern, 2017.
- Huet, Jérôme, Decocq, Georges, Grimaldi, Cyril, Lécuyer, Hervé; **Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux**, LGDJ, 3e édition, sous la direction de J. Ghestin, Paris, 2012.
- Huguenin, Claire, **Obligationenrecht: allgemeiner und besonderer Teil**, Schulthess, Zürich, 2019.
- İmre, Zahit, Erman, Hasan, **Miras Hukuku**, Der, İstanbul, 2021.
- İyimaya, Ahmet, **Avukatın özen borcu**, ABD, 1986/2.
- Jaccard, Michel, Robert, Vincent **Les contrats informatiques**, in La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Edité par Pascal Pichonnaz, Franz Werro, Schulthess Editions Romandes, 2009, s. 95 vd.
- Jäggi, Peter; **Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag**, in SJZ 1973, s.301 vd.
- Kalay, Adnan, **Statik Kod Analizinin Yazılım Geliştirme Sürecindeki Yeri ve Yazılım Kalitesine Etkisi**, in 4. Ulusal Yazılım Mühendisliği Sempozyumu - UYMS'09, İstanbul, 2009, s. 211 vd.
- Karadeniz, Özcan, **Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri**, Sevinç, Ankara, 1976.
- Karadeniz Çelebican, Özcan, **Roma Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2010.
- Kayıhan, Şaban, Günergök, Özcan, **Borçlar Kanunu m. 386/f. 2 Karşısında İsimli İş Görme Sözleşmeleri Yapılabilir mi?**, AÜEHFD, C. II, S. 1, 1998.
- Kayıhan, Şaban, Ünlütepe, Mustafa, **Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri**, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, Y. 2014.

- Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Turhan, Ankara, 2021.
- Köteli, Argun, **Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri)**, Kazancı, İstanbul, 1991.
- Kropholler, Jan; Jacoby, Florian; von Hinden, Michael; **Bürgerliches Gesetzbuch Studienkommentar**, München, Verlag C.H. Beck, 2013, BGB 611, 631, 662.
- Kuntalp, Erden, **Karışık Muhtevah Akit (Karma sözleşme)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Bası, Ankara, 2013.
- Kurşat, Zekeriya, **Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü**, İÜHFM, C. LXVII, S.1-2, s. 143-166, 2009.
- Larenz, Karl, Canaris, Claus-Wilhelm, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Springer, 3. Auflage, Berlin, 1995.
- Leloup, Jean-Marie, **La création de contrats par la pratique commerciale**, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUF, Paris, 1985.
- Leuenberger, Christoph, **Dienstleistungsverträge**, in Procès-verbal de la 121e assemblée annuelle à Neuchâtel, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel, 1987.
- Lotmar, Philipp: **Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches**, Band 1, Leipzig, 1902.
- Löffelmann, Peter, Fleischmann, Guntram, **Architektenrecht**, Werner-Verlag, Düsseldorf, 1995.
- Malaurie, Philippe/ Aynès, Laurent/ Gautier, Pierre-Yves, **Droit des contrats spéciaux**, LGDJ, 9e éd, 2017.
- Martinek, Michael, **Moderne Vertragstypen, Band I: Leasing und Factoring**, Verlag C.H.Beck, München, 1991.
- Martinek, Michael, **Moderne Vertragstypen, Band III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen**, Verlag C.H.Beck, München, 1991.
- Martinek, Michael, Omlor, Sebastian, in **J von Staudingers – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 2, p. 662-675b, Sellier – de Gruyter, 2017.
- Oechsler, Jürgen, **Vertragliche Schuldverhältnisse**, Mohr Siebeck, 2. Auflage, 2017.

- Oetker, Hartmut, Maultzsch, Felix; **Vertragliche Schuldverhältnisse**, Springer, 4. Auflage, 2013.
- Oğuz, Arzu, **Roma ve Türk Hukuklarında İnançlı İşlem ve Vekâlet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41, S. 1, Ankara, 1990, s. 225 vd.
- Oğuzman, Kemal, Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Vedat, İstanbul, 2020.
- Oğuzman, Kemal, Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, Vedat, İstanbul, 2016.
- Olgaç, Senai, **İstisna Akdi**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.
- Oser, David, Weber, Rolf H., **Art. 394 ss.** in Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Auflage, 2020.
- Ögüz, Tufan, **Know-How Sözleşmesi**, Filiz, İstanbul, 2018.
- Öz, Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı, İstanbul, 1989 (Öz, dönme).
- Öz, Turgut, **Yönetim (management) Sözleşmesi**, Kazancı, İstanbul, 1997.
- Özdemir, Hayrünnisa, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin, Ankara, 2004.
- Özen, Burak, **Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler**, Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, s. 598 vd.
- Özkaya, Eraslan, **Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2013.
- Pache, Pierre, **La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat en droit français et son application en droit suisse**, J.Bron, Lausanne, 1956.
- Perrin, Jean-François, **Le contrat d'architecte**, Librairie de l'université, Genève, 1970.
- Pfister, Laurent, **Un contrat en quête d'identité, Jalons pour une histoire de la qualification du mandat**, in Le mandat, un contrat en crise? Paris, 2011.
- Philippe, Denis, **Best Efforts Clauses: Common Law and Civil Law**, in Comparative Law Yearbook of International Business, Volume 39, Kluwer Law International, Netherlands, 2017.
- Piaget, Emmanuel, **Les regles du mandat face aux contrats innommés, analyse conceptuelle et typologique du contrat de mandat**, AJP/PJA 2005.

- Pichonnaz, Pascal, **Les fondements romains du droit privé**, Schultess Éditions romandes, 2eme édition, Genève Zurich, Bâle, 2020.
- Pott, Werner, Frieling, Günter, **Vertragsrecht für Architekten und Bauingenieure, Handbuch zum Architektenvertrag**, Verlag für Wirtschaft u. Verwaltung Hubert Wingen, Essen, 1979.
- Rado, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Rauber, George; **IT-Projektvertrag**, in Internet-Recht und IT-Verträge, Jörg Florian S. / Arter Oliver (Hrsg.), Stämpfli, Bern, 2005.
- Rijabe, Mustafa, **La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse**, Nouvelle bibliothèque de droit et de jurisprudence, Lausanne, 1958.
- Ritzinger, Rolf, in **Fingerhut Vertrags- und Formularbuch**, Köln, Wolterskluwer, 2009.
- Rossel, Virgile, **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, F. Payot, Lausanne, 1922.
- Rümelin, Gustav, **Dienstvertrag und Werkvertrag**, Tübingen, Verlag von J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1905.
- Sarı, Suat, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, Beşir Kitabevi, 1. Baskı, İstanbul, 2004.
- Schäfer, in **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 5/2, Schuldrecht – Besonderer Teil III/2, 7. Auflage, C.H.Beck, München, 2017.
- Schluep, **Innominatverträge**, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2.
- Schmid, Bruno, **Johan Caspar Bluntschli**, in Historisches Lexikon der Schweiz, <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/007303/2010-09-22/> (erişim tarihi: 2.2.2023)
- Schmid, Jörg, Stöckli, Hubert, Krauskopf, Frédéric, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Schultess, 2021.
- Schneeberger, Thomas René, **Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten**, Peter Lang AG, Bern, 1992.
- Schneider, A. Fick D., **Code Fédéral des Obligations et la loi sur la capacité civile**, traduit de l'allemand par E. Stoecklin, Imprimerie H. Trembley, Genève, 1882.

- Schuler, Eva Petrig, **Kodifikation**, N. 3, in Historisches Lexikon der Schweiz, <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009605/2021-09-22/> (erişim tarihi: 2.2.2023)
- Schulz, Fritz, **Classical Roman Law**, Oxford, 1961.
- Seçer, Öz, **Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:2, Yıl 2015 (Seçer, sona erme)
- Seçer, Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi TBK m. 484**, Yetkin, 2020, 2. Bası, Ankara (Seçer, tam tazminatla fesih).
- Slongo Wagen, Doris; **Der Softwareherstellungsvertrag**, Schulthess, Zürich, 1991.
- Straub, Wolfgang; **Informatikrecht: Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung**, Stämpfli, Zürich, 2004.
- Sury, Ursula; **Informatikrecht**, Stämpfli, Bern, 2013.
- Suter, Robert, **Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht**, tez, Bern, 1904.
- Şahan, Gökhan; **Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi**, Yetkin, Ankara, 2016.
- Şeker Öğüz, Zehra, **Gemi Yönetimi Sözleşmesi**, Filiz, İstanbul, 2013.
- Şenocak, Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Turhan, Ankara, 2002.
- Tandoğan, Haluk, **İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden ayırdedilmesi**, in İmran Öktem'e Armağan, Sevinç matbaası, Ankara, 1970.
- Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1**, Vedat, İstanbul, 2008.
- Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1987.
- Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz, İstanbul, 1993.
- Tercier, Pierre, Bieri, Laurent, Carron, Blaise, **Les contrats spéciaux**, Schulthess, Zürich, 2016.
- Tiftik, Mustafa; **Türk Hukukunda Özel Okul Sözleşmesi**, Yetkin, 2. Baskı, Ankara, 2005.
- Le Tourneau, Philippe, **La responsabilité civile**, PUF, Paris, 2003.

- Tunc, A. **La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence**, in JCP 1945 I, s. 449.
- Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1999.
- Umur, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- Uyan, Göktürk, **İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukukî Niteliği**, Beta, İstanbul, 2006.
- De Werra, Jacques, Thévenoz, Luc; **Introduction à la partie spéciale du Code des obligations: des contrats innommés**, in Commentaire Romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO, Helbing & Lichtenhahn, édit. Thévenoz, Luc, Werro, Franz, Bâle, 2012.
- Venturi Zen-Ruffinen, Marie-Noëlle, **La Résiliation pour justes motifs des contrats de durées**, Schulthess, Genève, 2007.
- Vermelle, Georges, **Droit civil, les contrats spéciaux**, Dalloz, Paris, 2006.
- Waser, Urs, **Computerwartungsverträge**, Schulthess, Zürich, 1980.
- Weber, Rolf H., **Informatik und Jahr 2000**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998.
- De Werra, Jacques; **Les contrats de niveau de service**. in Internet 2005: travaux des journées d'étude, CEDIDAC, Lausanne, 2005. p. 110-148.
- Werro, Franz, **La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle**, in RDS 108, 1989.
- Werro, Franz, **Le mandat et ses effets**, Éditions universitaires, Fribourg, 1993 (Werro, mandat).
- Werro, Franz, **le contrat de mandat**, in Commentaire romand. Code des obligations I: Art. 1-529 CO, Helbing & Lichtenhahn, édit. Thévenoz, Luc, Werro, Franz, Bâle, 2012.
- Widmer, Michael, **Der Softwarepflegevertrag**, Schulthess, Zürich, 2000.
- Widmer, Ursula, **Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen**, Diss. Bern 1990 (Risiko).
- Windscheid, **Lehrbuch des Pandektenrechts** 2,2, Düsseldorf: Buddeus [u.a.], 1866.
- Yalçınduran, Türker, **Vekâlet Sözleşmesinde Ücret**, Yetkin, Ankara, 2007.

- Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk, Özen, Burak, **Türk Borçlar Hukuku-Özel Hükümler**, Beta, İstanbul, 2014.
- Yavuz İpekyüz, Filiz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat, İstanbul, 2006.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl, **Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri)**, İstanbul, 1999.
- Yurt, Bülent, **Seyahat Düzenleme Sözleşmesi**, Yetkin, Ankara, 2000.
- Zevkliler, Aydın, Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Turhan kitabevi, Ankara, 2019.
- Zimmermann, Peter, **Der Geist-Werkvertrag**, Basel, 1984.



EK: LİSANS SÖZLEŞMESİYLE BİRLİKTE YAPILAN YAZILIM BAKIMI SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ⁷⁶⁹

1. TARAFLAR

- a. ŞİRKETİ
(“Müşteri” olarak anılacaktır)
- b. X BİLGİSAYAR SİSTEMLERİ SANAYİ VE TİCARET ANONİM
ŞİRKETİ
(“Yazılımcı” olarak anılacaktır)

2. SÖZLEŞMENİN KONUSU

Bu Sözleşme Yazılımcı tarafından,

- Müşteriye satılan X yazılımı lisansının (“X Yazılımı” olarak anılacaktır) sözleşmede belirtilen kullanıcı sayısı ve koşullarda bakımının yapılmasını,
- Sözleşmeye konu yazılım ve diğer uygulamalara ilişkin eğitim ve destek hizmetlerinin verilmesine ilişkin hüküm ve şartları kapsar.

3. SÖZLEŞMENİN SÜRESİ

İşbu sözleşmenin süresi imza tarihinden itibaren 1 (bir) yıldır; bu sürenin sonunda taraflarca itiraz edilmediği takdirde Sözleşme kendiliğinden bir yıl süreli olarak uzayacaktır.

Sözleşmenin yenilenmesi halinde, yeni dönemde oluşacak maliyetler Sözleşme bedeline yansıtılacaktır.

4. TANIMLAR

- | | |
|--------------|--|
| “X Yazılımı” | : Yazılımcı tarafından geliştirilen ve bu Sözleşme ile lisansının Müşteriye devredildiği Yazılımı’dır |
| “Versiyon” | : X Yazılımı’nda, Yazılımcının piyasaya sürdüğü teknolojik yenilik veya kullanıcının da fark edebileceği önemli bir altyapı değişikliği gerçekleştiren yazılımdır. Her versiyon, bir rakamsal kod ile ifade edilir ki bu koda “versiyon kodu” denir. |

⁷⁶⁹ Burada kullanılan örnek sözleşme metni uygulamadan alınmıştır. Sözleşme şartlarında herhangi bir değişiklik yapılmadan, sadece ilgili program ve şirket isimleri X, Y, X Yazılımı şeklinde ifade edilmiş ve bu şekilde kişisel verilerin ihlal edilmesinin önüne geçmek amaçlanmıştır. Sözleşme metnindeki yazım hataları düzeltilmiş; ancak dilin kullanımından kaynaklanan bozukluklara müdahale edilmemiştir.

“Sürüm (Sürüm)”

- : X Yazılımı’nda, aynı versiyon içerisinde kullanıcıların istekleri ve piyasa koşulları gereği genellikle dört ayda ya da altı ayda bir piyasaya sürülen geliştirmeler ve eklenen özelliklerdir. Her sürüm, bir rakamsal kod ile ifade edilir ki bu koda “sürüm kodu” denir.



“Eklenti”

- : Tarafların, işbu sözleşme hükümlerine tabi olarak; Yazılımcı tarafından Müşterinin özel isteği doğrultusunda üretilecek yazılım parçaları/geliştirmeleri ilgili Mevzuat kapsamında bir ‘eser’ olduğu, tüm fikri ve sınai hakları ile mülkiyetinin Yazılımcıya ait olduğu; Müşterinin bu geliştirmelerin kullanımına dair bu sözleşmeye tabi olduğu ve lisans verdiği konular olacaktır.

“Düzeltilme (Bugfix)”

- : X Yazılımı’nda yeni yayınlanan bir sürüm’de çıkan aksaklıkları, görülen eksiklikleri düzeltmek için çıkarılan yazılımlardır. Her düzeltme, bir rakamsal kod ile ifade edilir ki bu koda “düzeltme kodu” denir.

“Modül”

- : Y ürün ailesi alt yapısı ile üretilmiş fiyat listesinde tanımlı eklentilerdir.

“Özel Geliştirmeler”

- : Müşterinin talepleri doğrultusunda, yazılımcı tarafından gerçekleştirilecek yazılım değişikliği, ekleme, yeni fonksiyon, yeni raporlar

“Y”

- : El Bilgisayarı Yazılımı olan Y’nin kısaltmasıdır.

“Kullanıcı”

- : Bu Sözleşmeye konu X Yazılımı’nın, yine bu Sözleşmede belirtildiği yöntem, kapsam ve süreç sonunda Müşterinin sisteminde kullanılmaya başlanması ile birlikte yazılımın kullanıcısı (operatörü) Müşteri olacaktır.

- “Kullanıcı Hakkı” : X Yazılımı için Müşterinin satın aldığı her bir Lisans Hakkı’nı kullandırmaya yetkili olduğu Kullanıcı sayısıdır.
- “Saha personeli” : X Yazılımı’nı el bilgisayarları vasıtasıyla kullanan Müşteri personelidir.
- “İşgünü” : Sözleşmenin tabi olacağı hukuk sisteminin öngördüğü hafta tatili ve genel tatil ve ulusal bayramlar dışındaki çalışma günleridir.

5. KAPSAM

Müşteri EK-2’de listelenmiş olan ve satın almış olduğu bakım ve hizmet haklarını bu sözleşmede belirtilen koşullara bağlı olarak ve yine Sözleşmede belirtilen bedeller ile satın almıştır; Sözleşme bedeli bu Sözleşmede belirtilen koşullar, lisans ve kullanıcı adedi ve diğer hususlar gözetilmek sureti ile belirlenmiştir. Bu nedenle Müşteri Sözleşme bedelinin tamamını eksiksiz ödemek zorunda olduğunu; Sözleşme bedelinin herhangi bir nedenle değişikliğe uğramayacağını kabul etmiştir.

Bu Sözleşme ile ekleri ile bir bütün halinde akdedilmiştir; Sözleşme ekleri, Sözleşme ile birlikte hüküm ifade etmek üzere ayrılmaz bir parçası olarak düzenlenmiş ve imzalanmıştır.

6. KULLANICI SORUMLULUĞU

İşbu Sözleşme konusu X Yazılımı, Lisans Sözleşmesinde belirtilen tanımlar ve şartnameler kapsamında kurulacak ve ardından ../../.... tarihinde Yazılımcının bakım destek yükümlülüğü başlayacaktır. Yazılımcı bakım destek yükümlülüğü devam ettiği müddetçe, X Yazılımının sorunsuz ve hizmete elverişli halde çalışmasını temin etmekle yükümlü olacaktır. X Yazılımının kullanıcısı Müşteri ya da hukuki ilişkide olduğu üçüncü kişilerdir. Yazılımcı, Müşteri tarafından kendisine bakım ve destek sözleşmesi hükümlerine göre bildirimde bulunulmadıkça teknik hatalar ya da kayıplardan haberdar olamayacağı gibi, kullanıcı hataları nedeni ile oluşan kayıpları engellemek ya da gidermek olanağına da sahip olmayacaktır.

Sayılan bu nedenlerle Yazılımcı, X Yazılımının kullanımından kaynaklanacak zararlardan sorumlu olmayacaktır.

7. DESTEK HİZMETLERİ

Bu destek sözleşmesi süresi kapsamında Müşteri, X Yazılımlarını ve Y yazılımlarını sürekli, hatasız ve güncel kullanabilmesi için destek hizmetlerini aşağıdaki şekilde yürütmesi gerekir:

- a. Kullanım ve yazılım hatalarından kaynaklanan sorunlar Müşteri admin operatörü tarafından Yazılımcının çağrı merkezine bildirilir. Telefon ya da e-mail ile yapılan bildirimler için Yazılımcı, kendi bünyesinde “Y” yazılımını kullanarak log kayıtlarını açar ve takip altına alınmasını sağlar. Ayrıca Müşteri verilecek olan Müşteri Hizmetleri Portal’ı kullanıcı adı ve şifresi ile operator, online çağrı kaydı-log açabilir ve logları takip edebilir.

- b. Yazılımcının Çağrı merkezine 0851 123 45 67 nolu telefondan 4'ü tuşlayarak ulaşılır.
- c. Yazılımcının Çağrı Merkezi santraline gelen her çağrı kaydı 3 ay süresince saklanarak, 3 ay sonunda imha edilir.
- d. X Yazılımı kuruluşları sırasında eğitim alan Müşteri admin operatörünün (Program kullanıcısı) değişmesi durumunda Yazılımcı, Müşteri bilgisi dâhilinde yeni operatöre eğitim teklifi verir. Eğitim almamış saha elemanı/operatörlere çağrı merkezi hizmeti verilmez.
- e. Mesai Saatleri Pazartesi-Cuma günleri 08:30-18:00 arası, Cumartesi günleri 09:30-17:00 saatleri arasındadır. Destek verilecek hizmet seviyesi EK-8' de belirtilen hizmet paketi kapsamındadır.
- f. Hosting/ sunucu barındırma hizmeti almayan ve donanımlarını kendisi kurmuş olan Müşterilerin X Yazılımları'nın üzerinde çalıştığı ve kullanıldığı bilgisayar donanımı, işletim sistemi, network, yazıcı, internet erişimi ile ilgili sorunlar Yazılımcının çözüm bulma sorumluluğu dışındadır. Bu tür donanımlara da yüklenmesi gereken yazılımlardan, donanımların güvenliğinden, her türlü bakım ve onarım işlerinden, güncelleme ve diğer her türlü Yazılımcının ürünü olmayan tüm programların lisanslarından Müşteri sorumludur. Bu konularda tespit edilen hatalar, çözüm için kullanıcıya destek veren IT grubu veya lokal donanım destek firmasına yönlendirilir.
- g. Yerinde destek, telefon ve uzaktan erişimi ile destek hizmetleri mesai saatleri içerisinde verilecektir.
- h. Müşteriye özel çalışma saatleri ve özel destek talepleri için MÜŞTERİ ile Yazılımcı arasında özel hizmet anlaşması olarak ayrıca yapılabilir.
- i. Telefon ve uzaktan bağlantı ile çözülemeyen hatalar için Müşteri yerinde destek hizmeti talep edebilir. Müşteri onaylamadığı yerinde destek hizmeti masraflarından sorumlu tutulamaz. Müşteri tarafından onaylanan yerinde verilecek destek hizmetleri EK-3'te verilmiş olan liste fiyatlarına göre ücretlendirilecektir. Bu durumda Yazılımcı, EK-3'te belirtilen miktarlar üzerinden işlem yapar. Masraf belgeleri Yazılımcı adına alınacak olup fatura ekine masraf belgelerinin birer sureti eklenerek faturalanacaktır.
- j. Müşteri, X Yazılımı veya Y programının kullanılacağı el terminalleri modellerini Yazılımcıdan öğrenip lisans adetlerine göre kullanıma alabilir. Yazılımcının desteklemediği el terminali modelleri için çağrı merkezi destek hizmeti vermez.
- k. X Yazılımının çalıştığı veri tabanı sunucusunda, aşağıdaki belirtilen SQL ortamının program kodlarının çalıştırılabilmesi için hazırlanması Müşteri sorumluluğundadır. İlgili ortamın devreye alınma aşamasında aşağıdaki çalışmalar yapılmalıdır:
 - Hem veri tabanı, hem de uygulama sunucusu için remote desktop/uzak masaüstü bağlantısı yapılabilmelidir.
 - Uzaktan direkt SQL Connection yapılabilir olmalıdır. Bu bağlantı projede tespit edilmiş konuların Yazılımcının ekibi tarafından, program kodları (debug) ile daha hızlı incelenerek gerekli tespitlerin yapılabilmesi için kullanılacaktır. Bu işlem için SQL in default portu olan 9876 (bu port kurulum sırasında değiştirilmiş olabilir) un dışarıya açık olması gerekmektedir.
 - Müşterinin X Yazılımını kullanacağı sunucudan Yazılımcının lisans sunucusuna bağlanabilmesi için 9876 portunun açık olması ve güvenlik ayarlarının tamamlanması Müşteri sorumluluğundadır.

Yazılımcı tarafından verilen hizmet detayları Sözleşme bitiş tarihi ile birlikte yıllık olarak “Sözleşme Kapatma Raporu” Müşteri ile paylaşılır.

8. KURULUŞ ve EĞİTİM

Yazılımcı, kuruluş ve eğitim hizmetleri kapsamında aşağıdaki işlemleri tamamlayacaktır:

- Müşteri merkez ofisinde X Yazılımının devreye alınması, Müşteri ve Müşteri Proje Ekibinin Eğitimlerinin verilmesi,
- Müşterinin Dağıtım Kanalında çalışacak olan el terminallerine Y yazılımlarının kurulması. Müşterinin Dağıtım Kanalı mevcut internet erişimi ile merkezde kurulu olan X Yazılımına bağlanarak günlük satış ile ilgili işlemlerini (fatura, tahsilat, depo hareketleri vb) sorunsuz ve düzenli olarak yerine getirebilecek şekilde çalışır hale getirilmesi,
- “Ticari Yazılımlara Fatura ve Tahsilat Kaydı Entegrasyonu” bölümünde belirtilen yapıda AAA yazılımlarının Ticari Yazılımlarla entegrasyonun sağlanması,
- Dağıtım Kanalı işyerinde yapılacak olan X Yazılımı ve Y eğitimleri her bir Dağıtım Kanalı için ayrı ayrı olmak üzere 3 (üç) işgünü olarak planlanmıştır.
- Dağıtım Kanalına ve Müşteri Proje ekibine Müşteri Merkez ofisinde yapılacak X Yazılımı ek eğitimleri yukarıda anlatıldığı şekilde gerçekleştirilecektir.

9. İLAVE EĞİTİM, DANIŞMANLIK ve PROJE YÖNETİMİ HİZMETLERİ

Müşterinin Yazılımcıya yazılı olarak göndereceği bir talep doğrultusunda, Müşteri ve Dağıtım Kanalına 1 (bir) defa kuruluş ve eğitim yapıldıktan sonra sağlanacak olan ilave eğitim, hizmet ve/veya kuruluş hizmetleri 12 (oniki) ay süresince EK-3’de verilmiş fiyatlar üzerinden ücretlendirilir, bu süreden sonra ilave hizmetler için güncel fiyat listesi üzerinden ücretlendirme yapılacaktır.

Proje planında yeralan, eğitim, uygulama danışmanlığı ve Proje yönetimi ve hizmetlerinin teslimi tamamlandıktan sonra; ihtiyaç duyulacak olan tüm eğitim, danışmanlık, analiz, değerlendirme toplantıları, entegrasyon ve rapor geliştirme çalışmaları günlük bedel üzerinden faturalandırılır (EK-3).

Yazılımcı her ayın 25’inde bir önceki ay tamamlamış olduğu tüm kurulum, eğitim ve ilave hizmetlerin seyahat masraflarını (ulaşım+konaklama+yemek vs) harcama belgelerinin bir kopyası ile Müşteriye fatura eder.

Müşterinin, ilave eğitim hizmetlerini sınıf eğitimleri şeklinde talep etmesi halinde eğitim hizmeti, eğitime katılacak eğitmen sayısı üzerinden EK-3’de belirtilen fiyatlar üzerinden ücretlendirilir.

10. SÖZLEŞME BEDELİ VE ÖDENMESİ

Bu Sözleşmenin bedelinin tayini ve ödenmesine dair koşullar EK 1’de belirtilmiştir.

11. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Müşterinin Yükümlülükleri:

- a. X Yazılımlarına, yazılım dökümantasyonunda tanımlanan şekil dışında ya da Yazılımcının yazılı onayı olmadan Müşteri ya da üçüncü kişilerin müdahale etmesinden kaynaklanan zararlardan Yazılımcı sorumlu değildir.
- b. Hosting hizmetinin Yazılımcı tarafından sağlanmadığı durumda; X Yazılımları'nın SQL Server üzerinde tutulan verilerinin günlük ve düzenli olarak yedeklerinin disk veya disk dışında bir yedekleme medyasına alınmasından Müşteri sorumludur. Yedek alınmaması nedeniyle veri kaybından Yazılımcı sorumlu değildir. Aynı şekilde, Yazılımcı tarafından verilecek destek hizmetleri öncesinde ve sonrasında, Müşteri bilgisayarlarında yer alan tüm diğer yazılım ve bilgi dosyalarının yedeklenmesi ve korunmasından Müşteri sorumludur. Bu dosyaların yedeklerinin alınmamasından dolayı oluşabilecek veri kayıplarından Yazılımcı sorumlu değildir.
- c. Müşteri, sisteminin sağlıklı çalışabilmesi için merkezde konfigürasyonu yüksek, yedekli çalışabilecek Server/Server'lar, yeterli internet bant genişliği gibi altyapıları tedarik etmekten sorumludur.
- d. Müşteri, hosting hizmeti almayıp server parkını (sunucusunu) kendi üzerinde çalıştırmayı tercih ederse sistem güvenliğinden, veri tabanı bütünlüğünden, kullanıcı erişim haklarından, Yazılımcının sağladığı programlar dışında kullanılan tüm programların lisanslarından, her türlü virüs ve firewall yazılım ve donanımının kurulmuş olmasından sorumludur.
- e. Müşteri, X Yazılımına ait veri tabanı (index, View, Table, Function, vs. gibi) nesnelere Yazılımcı dışında müdahale edemez ya da üçüncü kişilerce müdahale edilmesine müsaade edemez.
- f. Müşteri, X Yazılımının kurulacağı ve çalışacağı SQL Server'ındaki özel alanın (Instance'ın) kurulumu ve ayarlarının Yazılımcı tarafından bildirilecek talimatlara uygun olarak yapmalıdır; bu ayarlara Yazılımcının bilgisi dışında müdahale edilmemeli, değişiklik yapılmamalıdır.
- g. Müşteri X Yazılımının kurulacağı ve çalışacağı SQL Server'ındaki özel alanda (Instance) bu yazılım haricinde başka uygulama ya da yazılımın bulunmasına izin vermemelidir; aksi halde oluşacak kaynak sıkıntısı ve bağlantılı sorunlardan Yazılımcı sorumlu değildir.
- h. Müşterinin faaliyetlerinin yoğunlaştığı saatlerde, Server alanında kaynak sıkıntısına neden olmamak amacı ile Server üzerinde periyodik olarak yapılmak üzere iş (job) tanımlanmamalıdır.
- i. Müşteri, X Yazılımının çalıştığı sunucudaki dosyalara ve yazılıma, sorun yaşanması halinde derhal müdahale yapabilmek amacıyla sabit erişim yetkisi tanımlanmalıdır; bu amaçla oluşturulacak kullanıcı adı ve erişim şifresi Yazılımcıya bildirilmelidir.
- j. Yukarıda bahsi geçen konuların biri veya birkaçının zamanında gerçekleşmemesinden doğan gecikmelerden Yazılımcı sorumlu değildir.

Y Admin Operatörü Görev Ve Sorumlulukları:

- Müşteri merkez ofisinde görevli admin operatör görev ve sorumlulukları EK-4'te verilmiştir.

Yazılımcının Yükümlülükleri:

- Yazılımcı, X Yazılımlarında oluşabilecek üretimden kaynaklanan yazılım hatalarını düzeltmekle yükümlüdür. Yazılım hatalarının düzeltmelerinin yapılması Yazılımcının iş planında önceliklidir.
- Veri Tabanında oluşabilecek bir arıza durumunda yedekten geri dönülmesi gerekiyorsa Müşterinin aldığı en son çalışır durumda olan yedekten geri dönülmesinin ardından sistemi yeniden çalışır hale getirilmesi Yazılımcının sorumluluğundadır.
- Yazılımcı, destek hizmetlerini işbu sözleşmenin “Destek Hizmetleri” başlıklı maddesinde belirtilen koşullarda Müşteriye vermekle yükümlüdür.

12. ÖZEL GELİŞTİRMELER

- a. X Yazılımı ve X-Y adı altında üretilen diğer tüm ürünler paket yazılımlardır. Müşteriden gelen ek talepler, (programın misyonuna, teknik altyapıya uygun olması halinde) ve değişim yönetimi bu platform üzerinde özel olarak geliştirilebilecektir.
- b. AAA Yazılımları proje başlangıcında mevcut içeriği ile teslim edilecektir. Müşteri, Yazılımcıdan Özel Geliştirmeler talep edebilir. Bu durumda herhangi bir talep uygulamaya dönüştürülmeden önce, Yazılımcı bu taleplerle ilgili, talebin özetini ve program uygulaması ile ilgili detayları içeren bir ihtiyaç analizini EK-3’de belirtilen adam/gün bedelleri üzerinden fiyat teklifi ile Müşterinin onayına sunacaktır. Analiz raporu ve fiyat teklifinin Müşteri tarafından onaylanmasını takiben, teklifte belirtilen süreler içerisinde ilgili faaliyet sonuçlandırılacaktır.
- c. Müşteri, Eklenti’nin kendi talepleri doğrultusunda özel olarak üretilecek ya da geliştirilecek bir yazılım ürünü olduğu, X Yazılımları aile grubuna dâhil olmakla birlikte, Yazılımcının ürünleri ve yazılımları ile birlikte lisanslanan modüller arasında yer almadığı, dolayısıyla evvelce başka üçüncü kişiler nezdinde üretilerek satılmadığı, uzun süreyle kullanılmaktan kaynaklanan bir sağlamlık, işlevsellik ve çalışırılık deneyimine tabi olmadığını anlamıştır. Eklentinin devreye alınması veya canlı sistemlere yüklenmesi, mutlaka UAT -Kullanıcı kabul testinden başarılı olarak geçmesi şartına bağlıdır. Taraflar, sayılan bu nedenlerle Eklenti’nin yazılımına (üretilmesine) dair sorumluluk dışında, Eklentinin devreye alımı nedeni ile Müşteri nezdinde sonradan oluşabilecek herhangi bir kayıp ya da netice zararından birbirlerini sorumlu tutmayacakları konusunda karşılıklı olarak anlaşmışlardır.
- d. Eğer varsa, Dağıtım Kanalı tarafından gelen talepler, yazılım sorunu değil, ek geliştirme olarak Müşteri tarafından onaylandığı takdirde Yazılımcıya iletilecek, karar verilen maddelerin adam gün çalışmaları yapılacak ve bu maddeler yukarıda belirtilen adam/gün bedelleri üzerinden ücretlendirilecektir.
- e. İşbu özel geliştirmelere ait faturalar, özel geliştirmenin müşteriye teslimini takiben Yazılımcı tarafından Müşteri fatura edilecek ve Müşteri, bu fatura bedellerini EK-1’de belirtilen ödeme koşullarına uygun olarak Yazılımcıya ödeyecektir.

13. GİZLİLİK VE MÜLKİYET

- a. Yazılımcı, işbu sözleşmenin yürürlükte olduğu sürede ve hangi sebeple olursa olsun, sözleşmenin sona ermesinden sonra dahi süresiz olarak,

aşağıdakilerle sınırlı olmamak kaydı ile, işbu sözleşmenin ifası sırasında dolaylı ya da dolaysız olarak öğrenebileceği, Müşterinin ve Dağıtım Kanalının kayıt ve dosyalarındaki ticari, mali, teknik belge ve bilgileri ya da çeşitli alanlarda kullanılan Müşteri ve Dağıtım Kanalına özgü metodları, çalışma biçimini, iş hacmini, müşteri bilgilerini, hazırlanmış veya hazırlanmakta olan projeleri, mülkiyeti veya fikri hakları Müşteriye, Dağıtım Kanalına ait olan hususlara ilişkin bilgi ve belgeleri Müşterinin onayı olmadan üçüncü kişilere veya kamuoyuna açıklayamaz, özel faaliyetleri için veya ücret karşılığı olsun ya da olmasın başka kişi, kurum ve kuruluşların yararına kullanamaz, kullandıramaz. Yazılımcı, çalışanlarının, taşeronlarının ve müteahhitlerinin de işbu gizlilik hükmüne uygun davranmalarını sağlamakla yükümlüdür.

- b. Müşteri, X Yazılımlarını ve Yazılımcı'nın kendisine teslim ettiği yazılı dökümanlarını Dağıtım Kanalı ve kendi kullanımı dışında hiçbir şekilde kopyalayamaz, çoğaltamaz ve üçüncü kişilere veremez. Müşteri, bu gibi durumlarda X Yazılımı ve yazılım dökümanları üzerindeki mali ve manevi haklar gibi tüm fikri mülkiyet haklarının Yazılımcıya ait olduğunu ve bu hakların 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile koruma altına alındığını, ihlallerinin anılan Yasaya aykırılık teşkil edip, hukuki ve cezai yaptırımlarının olacağını kabul ve taahhüt eder.
- c. Bu sözleşme şartları çerçevesinde Müşteri madde EK-2' de belirtilen Lisans Hakkı adedi ve Kullanıcı hakkını aşmamak ve yine sadece kendi ürettiği/ithal ettiği ürünlerin satış ve dağıtımında kullanmak kaydı ile Y yazılımlarını kendi kullanma, Dağıtım Kanalına kullandırma ve gerektiğinde yedek almak amacıyla kopyalamak hakkına sahip olmuştur.
- d. X Yazılımlarının, Müşteri tarafından işbu sözleşmede belirlenen sayı dışında kullanımı, yedeklemek amacı dışında kopyalanması, bu sözleşmede izin verilenler dışında üçüncü şahıslara kiralanması ve kullandırılması, satılması, devredilmesi, yazılım dökümanlarının Müşteri tarafından, normal kullanım amacı dışında üçüncü şahıslara verilmesi yasaktır.

14. SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Bu sözleşme Müşteri ve Yazılımcı arasında olup taraflardan herhangi biri, bu sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini diğer tarafın yazılı onayı olmadan üçüncü bir kişiye ya da tüzel kişiliğe kısmen ya da tamamen devir ve ciro etmeyecektir.

15. DEĞİŞİM ve GELİŞTİRMEDE SÜREKLİLİĞİN SAĞLANMASI

Yazılım bakımının başlamasından itibaren yazılım, yazılımcı tarafından izlemeye alınacaktır. Yazılımcının “yaşayan projeler” yaklaşımı ve Müşteri ile akdedilen “bakım anlaşması” kapsamında düzenli sürümler ile Sözleşmeye konu uygulamaların güncel ve gelişmelere uyumlu olması sağlanacaktır. Yazılımcı talep edilen eklenti için Y ürünlerinin misyonu veya teknik altyapı sebeplerinden dolayı konuyu red etmek hakkını saklı tutar. Projenin yaşam sürecinde değişim yönetimi Müşterinin gelişen ihtiyaçlarını karşılamak için aşağıdaki şekilde yapılır:

Var Olan Modüllerin İmplementasyonu:

- a. Modül, yalnızca Müşterinin ihtiyaç ya da talebini karşılamaya hizmet etmekle birlikte, X yazılımından ayrı bir fikri veya sınai hak teşkil etmez; Modül'e dair tüm fikri ve sınai haklar Yazılımcıya ait olacaktır.

- b. X Yazılımı, uzun yıllar içerisinde geliştirilmiş, iletirilmiş, teknolojiyi yakından takip etmiş ve Dünya çapında yüzlerce kurulum ve kuruluş tarafından kullanılmakta olan, dolayısı ile bütünlüğü, sorunsuz çalışması ve zaman, para ve işgücü kaybına neden olmayacak şekilde kompakt olması ile bilinen ve tanınan bir yazılımdır.
- c. Modül, sadece Müşterinin ihtiyacı karşılamak amacı ile değil, Y'nin misyonuna uygun şekilde oluşturulacak ve sonraki sürümlerde de yaşatılacak bir fonksiyondur.

Müşterinin İhtiyacını Karşılacak Eklentilerin Geliştirilmesi:

- a. Y platformu adı altında üretilen tüm ürünler paket yazılımdır, Müşteriden gelen ek talepler ve değişim yönetimi bu platform üzerinde geliştirilmektedir.
- b. Müşterinin düzenli güncellemeler dışında, kendi ihtiyaçları doğrultusunda ileteceği özel uygulama talepleri Yazılımcı tarafından analiz edilecek, maliyet çalışması ile birlikte talebe ait oluşturulacak plan yeni bir proje olarak sunulacaktır. Müşterinin bu projeyi detay onayını takiben, özel geliştirme talebi, ilgili versiyon planı içinde Yazılımcı tarafından geliştirilecek ve devreye alınacaktır.
- c. Y yazılımına yapılan eklentiler kullanıcı Kabul testi (UAT) ile onaylanır, Kabul testi olmadan eklenti devreye alınmaz. Kabul testine rağmen önceden öngörülmesi olanaksız olan eklenti kaynaklı zarar ve kayıplarda Yazılımcı sorumlu olmayacaktır.
- d. Yazılımcı ayrıca, iş geliştirme faaliyetleri kapsamında Müşteri ile birlikte yıllık yazılım geliştirme planları üzerinde çalışacaktır. Bu çalışmalarda oluşacak talepleri, Yazılımcı periyodik olarak yayınlanacak olan sürüm planlarına dâhil ederek gerçekleştirecektir.

16. MÜCBİR SEBEPLER

Taraflar, grev, savaş, doğal afetler, terör olayları, seferberlik ilanı ve ülke çapında bulaşıcı hastalıklar da dâhil fakat bunlarla sınırlı olmaksızın kendi iradeleri ile önleyemeyecekleri herhangi bir nedenden ötürü veya hükümet, belediye veya diğer resmi bir makamca verilecek bir emre uymaları yüzünden işbu sözleşmede belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmekte gecikir, engellenir veya alıkonulursa, mücbir sebepten ötürü yükümlülüğünü zamanında yerine getiremeyen taraf derhal diğer tarafı bu durumla ilgili bilgilendirecek ve yükümlülüklerini zamanında yerine getirememekten dolayı sorumlu olmayacaktır. Mücbir Sebep halinin bir aydan fazla sürmesi, hakları ihlal edilen taraf için haklı fesih sebebidir.

17. SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİKLERİ

İşbu sözleşmede yapılacak herhangi bir değişiklik veya ekleme yazılı şekle tabi olup her iki tarafın yetkili temsilcileri tarafından onaylanmalıdır. Belirtilen şekilde yapılmayan değişiklik veya eklemeler geçerli addedilmeyecektir. İşbu sözleşmenin herhangi bir hükmünün geçersiz, hukuka aykırı veya icra edilemez olması veya bu hale gelmesi durumunda sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerliliği, hukuka uygunluğu veya icra kabiliyeti bundan etkilenmeyecektir. Böyle bir durumda taraflar söz konusu hükmün yerine, geçersiz, hukuka aykırı veya icra edilemez sayılarak çıkarılan hükme en yakın geçerli bir hüküm koymak üzere işbirliği yapmak için gereken tüm çabayı göstereceklerdir.

18. SÖZLEŞMENİN FESHİ

Taraflardan birinin bu sözleşmeye aykırı davranması halinde; diğer taraf, aykırılığın giderilmesi için 15 (onbeş) gün tanıyarak durumu yazılı olarak bildirecek, süre sonunda aykırılığın giderilmemesi halinde sözleşmeyi feshedebilecektir. Aykırı davranışı ile sözleşmenin süresinden önce feshedilmesine yol açan taraf, bu davranışı nedeni ile oluşacak zararı ödemeyi kabul ve taahhüt eder. Taraflar, sözleşmeyi karşılıklı olarak sona erdirmek iradelerini yazılı olarak kayıt altına almakla sözleşmeyi süresinden önce feshedebilirler.

19. DAMGA VERGİSİ

Yazılımcı ve Müşteri sözleşmeden doğan damga vergisini yarı yarıya (%50 - %50 oranında) ödeyeceklerdir. Damga vergisinin tamamı Yazılımcı tarafından ödenecek ve Müşterinin ödemekle yükümlü olduğu miktar (%50) Yazılımcı tarafından Müşteriye fatura edilecek ve Müşterinin cari hesabına işlenecektir.

20. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

İşbu sözleşmeden kaynaklanabilecek her türlü uyuşmazlığın çözümünde İstanbul Mahkemeleri ve İcra Daireleri yetkili kılınmıştır. Yazılımcı ve Müşteri işbu sözleşme ile ilgili anlaşmazlıklarda Türkiye Cumhuriyeti kanunlarının uygulanacağını kabul etmişlerdir.

21. TEBLİGAT ADRESLERİ VE BİLDİRİM ŞEKLİ

Taraflar işbu sözleşmenin giriş bölümünde belirtilen adreslerini geçerli tebligat adresleri olarak beyan ve kabul etmiştir. Adres değişiklikleri yazılı olarak noter kanalı ile bildirilmediği sürece belirtilen adreslere yapılacak tebligatlar geçerli kabul edilecektir.

Bu Sözleşme/...../..... tarihinde iki nüsha olarak imzalanmıştır.

SÖZLEŞME EKLERİ:

EK-1 : MALİ KONULAR

EK-2 : VERİLEN HİZMETLER VE LİSANS HAKLARI

EK-3 : FİYAT LİSTESİ

EK-4 : MÜŞTERİ ADMİN OPERATÖR GÖREV ve SORUMLULUKLARI

EK-5 : DESTEKLENEN MOBİL CİHAZLAR LİSTESİ

EK-6 : BAKIM & HİZMET KAPSAMI

EK-7 : İLETİŞİM

EK-8 : KİŞİSEL VERİ TOPLANMASI, KORUNMASI VE AKTARIMINA İLİŞKİN EK PROTOKOL

EK-9 : ÖZEL ŞARTLAR PROTOKOLÜ

EK-1 / MALİ KONULAR
DESTEK HİZMETLERİ FİYATLANDIRMA

Hizmet Açıklama	Kayıtlı Lisans	Birim Fiyat	Bakım ve Destek Bedeli Toplam
KDV Hariç Toplam			

ÖDEME PLANI

Toplam sözleşme bedeli, Sözleşmenin imzalanmasını takiben kesilecek fatura karşılığında, faturanın Müşteriye tebliğ edildiği tarihte peşin olarak ödenecektir.

Sözleşmenin yenilenmesi halinde, yeni sözleşme yılında uygulanacak fiyatlar taraflar arasında müzakere edilerek belirlenir. Taraflar, yeni dönem fiyat teklifinin Yazılımcı tarafından yazılı olarak yapılacağı ve Müşteri tarafından en geç 7 gün içerisinde yanıtlanarak konuyu müzakere edeceklerini kabul ve taahhüt etmişlerdir; bu süre içinde teklifine yanıt verilmemesi halinde Yazılımcı, bir mutabakat sağlanana kadar hizmetin devam ettiği süre için, kendi öngördüğü “Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre” $((ÜFE+TÜFE)/2+ 5\%)$ oranında fiyat artışı ile aylık hizmet bedelini fatura edecektir. Bununla birlikte, herhangi bir nedenle taraflar arasında mutabakat sağlanana kadar aylık ödemelerin süresinde yapılamaması halinde, süresinde ödenmemiş aylıklar ödeme tarihi itibari ile avans faizi oranı üzerinden hesap edilecek faizi ile birlikte toplu halde ödenecektir.

Takip eden yıllarda sözleşme yenileme yapılmaması durumunda bu sözleşmede yer alan fiyatlar geçersiz kabul edilecektir. Yeniden sözleşme yapılacak tarih itibariyle geçerli olan fiyat listeleri üzerinden hizmet ve lisans kalemleri sözleşmeye dâhil edilecek, bakım hizmeti ilgili yılın fiyatları üzerinden yeniden hesaplanacaktır.

GENEL ÖDEME ŞARTLARI ve BANKA HESAPLARI

Tüm hizmetler sırasında gerçekleşen ulaşım, yemek ve konaklama giderleri Yazılımcı tarafından, takip eden ayın 25. günü Müşteriye harcama belgelerinin birer sureti ile birlikte ayrıca faturalandırılacaktır. Müşteri bu fatura bedellerini, tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 (otuz) gün içinde Yazılımcı'nın banka hesaplarına ödeyecektir.

Tüm lisans, hizmet ve özel yazılım geliştirmelerin satın alımından doğan yeni fatura bedelleri, faturanın Müşteriye tebliğ tarihini takip eden 30 (otuz) gün içinde Yazılımcının banka hesaplarına ödenecektir.

İş bu sözleşme Müşteriye gönderildiği/ulaştığı andan itibaren en geç 10 iş günü içinde onaylanıp imzalanması gerekmektedir. Geciken ödemelerde gecikme faizi günlük %0.1 tahakkuk eder. Bu miktar, geciken ödemenin yapıldığı tarihte faturalanır ve genel ödeme şartları içinde Müşteri tarafından ödenir.

EK-2 / VERİLEN HİZMETLER VE LİSANS HAKLARI

Lisans / Hizmet	Adet
X Yazılımı Platform Kullanıcı Lisansı	
Proje Yönetimi – Adam/Gün	

EK-3 / İLAVE EĞİTİM, HİZMET ve PROJE YÖNETİMİ, DANIŞMANLIK, YAZILIM GELİŞTİRME ve İLAVE LİSANS BİRİM ÜCRETLERİ

* Yeni/İlave lisans, hizmet, modül vb. talep edilmesi halinde güncel tarihli Yazılımcının fiyat listesi üzerinden ücretlendirme yapılacaktır.

EK-4 / MÜŞTERİ ADMIN OPERATÖR GÖREV ve SORUMLULUKLARI

- Merkezdeki Y harici diğer yazılım üzerinden ürün, stok ve fiyat aktarımının Y üzerine sağlanması ya da bu kayıtların Y üzerine manuel olarak girilmesinin sağlanması.
- Y ana sayfasında yer alan haberler, duyurular, vs... başlıklardan oluşan alanın kullanımı ve güncellenmesinin sağlanması.
- Dağıtım Kanalı, Bölge ve Depo/Tesis Kullanıcı tanımlama ve yetkilendirme.
- Y yazılımı uyarlamalarının devreye alınması; kontrol, test etme ve onaylama.
- Dağıtım Kanalı, Bölge ve depolardaki kullanıcılarının işten ayrılması durumunda kullanıcının pasife alınması.
- Yazılımcı ile Dağıtım Kanalı, Bölge ve Depolar arasındaki iletişimi kurma ve dosya paylaşımı.
- Y Yetki ve Parametre tanımlarının yapılması ve gerektiği durumlarda düzenlenmesi.
- Sistem için gelen program ya da rapor taleplerinin firma içerisinde görüşülerek, geliştirilmesi gereken maddelerin tespitini yapılması, gerekirse Yazılımcıya iletilmesi ve takip edilmesi.
- El terminali kullanılıyor ise, el terminali seri ve lisans tanımlama işlemlerinin yapılması.
- Dağıtım Kanalı, Bölge ve depolardan gelen konuların takibi; çözümün Merkez Firma ya da Yazılımcı tarafından çözülmesine karar verilmesi; çözüm sürecinin takip edilmesi ve sonuçlanmasının sağlanması.
- Y üzerinden Merkezde kullanılan yazılıma aktarım işlemleri var ise, Y'den aktarılan ya da bu yazılımdan Y üzerine aktarılan kayıtlarda sorun yaşanması durumunda, sorunun karşılanması ve çözümünün sağlanması.
- Yeni bir Dağıtım Kanalı, Bölge veya Deponun devreye alınması durumunda tüm bilgilerin Yazılımcıya iletilmesi, kurulum planlamasının yapılması ve Y üzerinde Bölge-DepoTanımlama işlemlerinin yapılması; Dağıtım Kanalı/Tesis/Bölge/Depo hazırlıklarının yapılarak Yazılımcıya iletilmesinin sağlanması.
- Yeni eklenen özellik ya da raporların Merkez Firma içinde duyurulması ve kullanımının sağlanması.
- Grup Yöneticisinin tanımlanması (Merkez Firma ve Bölge).
- Müşteri Grup, Ek Grup, İade Nedeni, Red Nedeni, vs. gibi gruplama tanımlarının yapılması ve güncellenmesi.

- p. Yazılımcı tarafından yapılan sürüm güncellemelerinin aynısının, sanal sistemin yedeği olarak fiziksel ortamda saklanan sunucuda da yaptırılması ve sürüm geçişi öncesinde gerekli testlerin yapılmasının sağlanması; yapılanlara onay verilmesi.
- q. Y sunucularının altyapı sorunları ile ilgili konuların tespiti, çözüm için aksiyon alınması.
- r. Projede UAT kullanıcı kabul testi sürecine dâhil olunması ve aktif rol alınması.

EK-5 / DESTEKLENEN MOBİL CİHAZLAR LİSTESİ

Minimum Gereksinimler

Y yazılımının çalışabileceği minimum donanım gereksinimleri aşağıda belirtilmiştir. Sahada kullanılacak tüm donanımların üst seviyede performanslı ve sürdürülebilirlik açısından minimum gereksinimlerin üzerinde donanımlar olması önerilmektedir.

İşletim Sistemi	: Android 5.1+	İşletim Sistemi: iOS 13+
İşlemci	: 1.2 Ghz Dual Core+	
RAM	: 2 GB+	
Ekran Çözünürlüğü	: 800x480+	
Ekran Boyutu	: Akıllı Telefonlar için 4" - 6" Tabletler için 7" - 10.1"	

Önerilen Donanımlar

Yazılımcı tarafından saha donanımları içerisinde aşağıda belirtilen nedenlerden dolayı endüstriyel olarak W ve “Z” markalı ürünler önerilmektedir.

- Yazılımcı, Z firmasında “**Premier ISV (Independent Software Vendor) Partner**” olarak konumlanmıştır.
- Tüm Z ürünleri üretime girmeden yaklaşık 6 ay önce Yazılımcı tarafından test edilir ve onaylanır. Aynı şekilde tüm Yazılımcı çözümleri Z tarafından test edilir ve onaylanır.
- Z ürünlerinde özelleştirilmiş Android platformu kullanılmaktadır. Bu sayede;
 - o İşlemci, RAM ve İşletim sistemi performansı en üst düzeye çıkmaktadır.
 - o Google tarafından yayınlanan güvenlik yamaları üzerine Z tarafından ekstra güvenlik yamaları yayınlanmaktadır,
 - o Sahada kullanıcılar tarafından otomatik olarak Android güncellemesi yapılması engellenebilmektedir.
- Z tarafından geliştirilen “**DEEP**” ve “**ENTERTAINMENT**” gibi ücretsiz uygulama araçları sayesinde saha rollout ve destek süreçleri çok daha hızlı ve sorunsuz gerçekleştirilmektedir.
- Yazılımcının ekipleri ve müşteri hizmetleri ekiplerinde yazılım geliştirme ve test süreçleri Z markalı ürünler ile gerçekleştirilmektedir. Donanım bazında özelleşen yazılım geliştirmeleri (barkod okuyucu kullanımı gibi) Z ürünleri için yapılmaktadır.
- E-dönüşüm süreçleri kapsamında sahada “Mobil Yazıcı” olarak önerilen Z-AB1234 mobil yazıcı ile uyumlu çalışması açısından Z markalı terminal ve tabletler daha başarılı çalışmaktadır.

Farklı Marka/Model donanımlar kullanılması durumunda

Saha operasyonlarında X tarafından önerilen “Z” markalı ürünlerin kullanımı zorunlu değildir.

Bu kapsamda “**Minimum Gereksinimler**” başlığı altında belirtilen minimum gereksinimlere uygun olan farklı marka ve model ürünler tercih edilebilir.

Endüstriyel veya farklı mobil cihazlar tercih edilmesi durumunda aşağıdaki konularda alternatif maliyetler ve süreçler oluşacaktır:

- Müşteri tarafından sahada konumlandırılan tüm marka/model ürünlerden en az 2 set mutlaka süresiz olarak Yazılımcıya tahsis edilmelidir. Bu ürünler yazılım geliştirme, test ve destek süreçlerinde kullanılacaktır (*Pandemi döneminde evden çalışma şartlarında cihaz sayısı daha yüksek adetli olarak talep edilebilir*).
- Projenin ilerleyen dönemlerinde sahada farklı marka/model ürün konumlandırıldıkça yukarıdaki şartlar geçerli olacaktır; bunlar sahada aktif olarak kullanılan/kullanılacak tüm marka/modeller için geçerlidir.
- İlk karar aşamasındaki kontrol için 7 (yedi) Adam/Gün yazılım departmanı eforu+2 Adam/Gün Proje Yönetimi eforu gerekli olacaktır.
- Yıllık set geçişi sayısız 1 Adam/Gün olacak şekilde yıllık bakım bedeline Ek 4 Adam/Gün Proje Yönetimi /Operasyon Destek testi eforu olacak şekilde Yazılım Bakım bedeli maliyetlerine ek yapılacaktır.
- Sahada konumlandırılacak ürünler için ekstra bir yazılım geliştirme ihtiyacı olması durumunda Adam/Gün geliştirme maliyetleri Müşteri tarafından karşılanacaktır.
- Yazılımcı tarafından verilen saha destek süreçlerinde donanımlardan kaynaklı oluşabilecek gecikmeler Yazılımcı SLA başarı sürelerini etkilemez.

EK-6 / BAKIM & HİZMET KAPSAMI

YAZILIM BAKIM HİZMETLERİ

• DÜZELTİCİ BAKIM

Yazılımın teslim edilmesinden sonra kullanıcı tarafından bildirilen yazılım kusurlarının düzeltilmesi, yazılımda değişiklikler yapılması amacını taşımaktadır. Arıza meydana geldikten sonra arızanın giderilmesi için yapılan bakım türüdür. Sözleşme kapsamı dâhilinde ayrıca ücret talep edilmeden üretimden kaynaklı yazılım hataları düzeltilir.

• UYARLAYICI BAKIM

Yazılımın teslim edilmesinden sonra, çalışma ortamının, işletim sisteminin, üzerinde veya birlikte çalıştığı donanım ürünlerinin değişmesi durumunda, yeni çalışma ortamına ait gerekli değişikliklerin ve uyarlamaların yapılması amaçlanmaktadır. Bu tür bakım hizmetlerinin bazıları ücretli olmaktadır.

Kapsam İçi İşlemler

Sözleşme başlangıcında belirlenen kapsam içinde kalan;

- İşletim sistemi güncellemesi
 - ERP Program güncellemesi / Entegrasyon
 - Mobil İşletim sistemi güncellemesi
 - Sql Server ve ISS versiyon desteği
- için extra ücret talep edilmez.

• İYİLEŞTİRİCİ BAKIM

Yazılımın teslim edilmesinden sonra, yazılımın performansının artırılması veya ek işlevler kazandırılması amacıyla yapılan Müşterinin talepleri ile yapılan değişiklikler ve geliştirmelerdir. Bu hizmet için ücretlendirme yapmak

Yazılımcının inisiyatifindedir. Müşteri tarafından talep edilen, özel planlama gerektiren her hizmet için X adam/gün ücretlerini Müşteriden talep edebilir. Ürünü geliştirmek adına Yazılımcı inisiyatifinde yapılmış, lisansa bağlı olmadan versiyon dahilinde sahaya çıkartılacak geliştirmeleri kapsar.

• ÖNLEYİCİ BAKIM

Yaşayan projeler yaklaşımı kapsamında saha da kullanılan sistemin izlenmesi ve periyodik olarak Müşteriye raporlanması sürecidir. Yılda 2 kez ölçüm ve raporlama şeklinde yapılacaktır.

Bu süreçte; hosting hizmet kaynağına göre işlem yapılmalıdır.

- Veritabanı Performansının İncelenmesi (Kaynakların kullanımı, Performans Raporları, Profiler Akışı ve Deadlock Detector)
- Panorama Backoffice Uygulama Seviyesi
- IIS giden-gelen paket inceleme
- System Event Log Analizleri
- Memory Analizleri
- Performans arttırıcı ve iş sürekliliğini sağlayan teknolojik öneriler
- SoapUI entegrasyon akış testi
- Sistem kaynaklarının kullanımı (Hosting Yazılımcıda ise)

DESTEK HİZMETLERİ

Bu proje kapsamında servis seviyesinde hizmet sunulacaktır.

Yazılımcı kullanım sırasında karşılaşılan sorun çağrılarına, aşağıda belirlenen önem ve öncelik derecesi ve sürelerle bağlı olarak mesai saatleri içerisinde müdahale eder:

SLA Hizmet Paketleri

İlgili hizmet tablosu eklenir.

- a. Yazılımcı Çağrı Merkezinden müdahale süreleri çalışma gün ve saatleri göz önüne alınarak belirlenir.
- b. Birinci ve ikinci önem derecesine sahip hata ihbarı halinde Yazılımcı, süresi içinde hataya müdahale edip, çözüm sağlayıncaya kadar çalışmaya devam eder.
- c. Üçüncü hata derecesine sahip hataların ihbarı halinde Yazılımcı, Müşteri ile yazılı mutabakata varılarak planlanan süre içinde hatanın giderilmesi için gereken çalışmayı yapar.
- d. Söz konusu müdahale işlemi, Yazılımcının çağrı merkezinin yönlendirmesi ile kullanıcıya yaptırılabilir veya uzaktan bağlantı ile yapılabilir. Uzaktan müdahale konusunda Müşterideki eksiklikler müdahale ve çözüm sürelerini uzatabilir. Telefon veya uzaktan bağlantı ile çözülemeyen sorunlar için Müşteri yerinde servis talep edilebilir. Yazılımcı, uzaktan bağlantı için "T" yazılımı kullanır; kullanılacak sürüm Yazılımcı tarafında lisanslıdır. Gerekli durumlarda Yazılımcı, Müşteriye ilgili ücretsiz sürümü internet üzerinden gönderebilir ya da yüklettirebilir.

EK-7 / İLETİŞİM

Yazılımcı ve Müşteri organizasyon ve iletişim bilgileri aşağıdaki yer alır. Bu formun proje süresi boyunca canlı tutulması sorumluluğu Yazılımcı ve Müşteride atanmış olan Proje Yöneticisidir.

ESKALASYON MODELİ

Projenin devam ettiği süre boyunca herhangi bir seviyede çözülemeyen konu ilgili süreç bazında bir üst yetkiliye yukarıda paylaşılan iletişim bilgileri üzerinden aktarılabilir.

EK-8 / KİŞİSEL VERİ TOPLANMASI, KORUNMASI VE AKTARIMINA İLİŞKİN EK PROTOKOL

1. KONU

Bu ek Protokol Müşteri ile Yazılımcı arasında akdedilmiş ve yürürlükte bulunan Sözleşme kapsamında görülen işlerde, Tarafların 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesine dair kural, koşul ve karşılıklı taahhütleri düzenler. İşbu Ek Protokol Sözleşmenin doğal bir eki ve ayrılmaz parçası olarak akdedilmiştir.

2. TANIMLAR

İşbu Ek Protokolün içeriği ve konusu bakımından,
 “Kanun”; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu,
 “Kişisel Veri”; Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi

“İşleme”; Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem,

“Kurul”; Kişisel Veriler Koruma Kurulu'nu ifade eder.

3. KANUNİ YÜKÜMLÜLÜK

Taraflar Sözleşmenin her ne nedenle olursa olsun sona ermesi üzerine, derhal kendilerine Sözleşmenin amacının gerçekleşmesini sağlamak amacıyla diğer Tarafça teslim edilen kişisel verileri, ilgili mevzuat ve işbu Sözleşmenin imzasından sonra dahi yayınlanarak yürürlüğe girecek düzenlemeler ile öngörülecek usullere uygun şekilde imha edecek ya da anonim hale getirecektir.

Taraflar, imhayı gerçekleştirecek bilişim uzmanının da imzasını taşıyan imha tutanağının aslını ilgili diğer Taraf'a teslim edecektir.

4. TAAHHÜTLER

a. Taraflar kişisel verilerin karşı Taraf'a aktarımı hallerinde halinde aktarım ve muhafazaya ilişkin olarak en güncel ve güvenli prosesi uygulayacaklarını, mümkün olan tüm güvenlik tedbirlerini alacaklarını, fiziksel ve dijital yetkisiz erişim ya da aktarımı önlemek için gerekli her türlü önlemi alacaklarını kabul, beyan ve taahhüt ederler.

b. Taraflar karşı Tarafça aktarılan kişisel verilere herhangi bir şekilde yetkisiz erişim ya da uygunsuz aktarım gerçekleşmesi durumunda bu durumu derhal ilgili Taraf'a bildireceklerini, bu durumdan doğabilecek zararların en aza indirilmesi, doğan zararın giderilmesi için birbirleri ile işbirliği

- içerisinde olacaklarını ve karşı Taraf tarafından talep edilen her türlü bilgi, belge ve desteği gecikmeksizin sağlayacaklarını kabul ve taahhüt ederler.
- c. Her bir Sözleşme tarafı, talep edildiği zaman kişisel verilerin aktarılması ve muhafazasına dair uyguladığı tedbir ve işlemler hakkında muhatabına bilgi verecektir.
 - d. Taraflar üstlenilen işlerde alt yüklenici ya da tedarikçi kullanmaları halinde, işbu Protokolde yer alan taahhüt ve yükümlülüklerin alt yüklenici ya da tedarikçiler için de geçerli olacağını, bunların bu yükümlülüklere uymalarını sağlayacaklarını, herhangi bir idari yaptırım ya da zararın söz konusu olması halinde, alt yüklenici ya da tedarikçi ile birlikte müşterek ve müteselsil sorumlulu olacaklarını, üçüncü şahsın edinimini taahhüt eden sıfatıyla kabul, beyan ve taahhüt ederler.
 - e. Taraflardan birinin Kişisel Verilerin Korunması Mevzuatına aykırı fiilleri sebebi ile idari veya cezai bir yaptırıma maruz kalması ya da herhangi bir zararı tazmin etmek durumunda kalması halinde, söz konusu tutarlar ilk talep halinde tüm ferileri ile ve derhal kusurlu Taraf tarafından ödenecek, varsa hakedişlerinden mahsup edilecek, teminatlarından karşılanacaktır.
 - f. Taraflar, diğer Taraf tarafından kendisine aktarılmış olan veya diğer Taraf adına elde ettiği Kişisel Veriler'e ilişkin ilave olarak aşağıdaki yükümlülükleri yerine getireceklerini kabul, beyan ve taahhüt ederler:
 - g. Veri güvenliğinin sağlanmasına ilişkin olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından önerilen veri güvenliğini sağlamaya yönelik tüm önlemleri alacaklardır;
 - h. Veri güvenliğinin sağlanmasına ilişkin olarak verisi işlenen Taraf'ın bizzat veya üçüncü bir kişi eliyle denetim hakkının bulunduğunu ve verisi işlenen Taraf tarafından bu kapsamda denetim talebinde bulunulması durumunda söz konusu denetime izin vermeyi ve verisi işlenen Taraf ile iş birliği içerisinde hareket edeceklerdir;
 - i. Süresiz sır saklama yükümlülüğüne tabi olacaklardır;
 - j. Herhangi bir veri işleme süreci ile ilgili olarak verisi işlenen Taraf tarafından bu yönde bir talepte bulunulması halinde, verisi işlenen Taraf'ın ilettiği onay ve aydınlatma metinlerini ileride ispatı mümkün olacak şekilde ilgili kişilere sunacaklarını ve veri işleme süreçlerini varsa verisi işlenen Taraf'ın önerileri doğrultusunda gerçekleştireceklerdir;
 - k. Herhangi bir veri ihlali olması halinde bu durumu derhal verisi işlenen Taraf'a bildireceklerdir;
 - l. Verisi işlenen Taraf'ın Kişisel Veri Saklama ve İmha Politikası'na uygun hareket edeceklerdir.

Bu Ek Protokol ../../.... tarihinde imzalanmıştır.

EK-9 / ÖZEL ŞARTLAR

İlgili özel şartlar yazılır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Mustafa Hasanali Akay
Tez Başlığı : Yazılım Bakımı Sözleşmesine Vekâlet Hükümlerinin
Uygulanması
Savunma Tarihi : 22 / 3 / 2023.
Danışman : Prof. Dr. Hüseyin Murat Develioğlu

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. H. Murat Develioğlu

Prof. Dr. Mehmet Erdem

Prof. Dr. Sezer Çabri

Doç. Dr. Ömer Bağcı

Doç. Dr. Zafer Kahraman

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü

