

Vekâlet Hükümlerinin Kanunda Düzenlenmeyen İşgörme Sözleşmelerine Uygulanmasını Öngören İBK m. 394/II'nin Kökeni^(*)

The Origins of Swiss Co Article 394/II: Extending the Provisions on Mandate to Unregulated Contracts for Services

M. Hasanali AKAY^(**)

Öz:

Vekâlet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen borçlunun bağımsız olduğu işgörme sözleşmelerinden biridir. Vekâlet sözleşmesinde borçlu alacaklıya belirli bir sonucun elde edilmesini değil, yalnızca faaliyet yürütmeyi taahhüt eder. Bu sözleşmenin kapsamı, yalnızca hukukî fiillerle sınırlı olmayıp maddî fiilleri de içerir. Mimarlık, avukatlık, hekimlik gibi sözleşmeler, borçlunun ediminin niteliğine göre vekâlet niteliğinde olabilir. Vekâlet sözleşmesinin bunun dışındaki ikincil işlevi ise BK (Borçlar Kanunu) m. 502/II (İBK -İsviçre Borçlar Kanunu- m. 394/II) hükmüyle ortaya çıkmaktadır: Kanunda özel olarak düzenlenmemiş işgörme sözleşmeleri, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümlerine tabidir. Bu düzenleme, vekâleti yalnızca belirli mesleklerle sınırlı olmaktan çıkarıp ona genel işgörme sözleşmesi niteliği kazandırmıştır. Söz konusu gelişmenin kökeni, 1911 tarihli İBK'ye dayanmaktadır. 1881 tarihli ilk düzenlemede serbest meslekler hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilirken, vekâlet yalnızca hukukî işlemlerle sınırlı tutulmuştu. Ancak Roma hukukundaki *mandatum* kurumunun güven ilişkisine dayalı yapısı ve *opera liberales* (serbest meslekler) ayrımı İsviçre hukukuna, oradan da Türk hukukuna aktarılmıştı. Zürih Medenî Kanunu'nda yer alan *Honorarvertrag* ise serbest mesleklerin ayrı bir sözleşmede düzenlenmesine örnek teşkil etmiştir. 1911'de yapılan reformla vekâletin kapsamı genişletilmiş, sözleşme maddî fiilleri de kapsar hâle gelmiş, hizmet sözleşmesine ise zaman unsuru eklenmiştir. 1971 reformu ile

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.08.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 23.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1772747

Bu makaleye atf için; AKAY, M. Hasanali, "Vekâlet Hükümlerinin Kanunda Düzenlenmeyen İşgörme Sözleşmelerine Uygulanmasını Öngören İBK m. 394/II'nin Kökeni", *İMHFD*, C. 10, S. 2, 2025, s. 1373-1394

Bu makale, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanıp 2023 yılında kabul edilen "Yazılım Bakımı Sözleşmesine Vekâlet Hükümlerinin Uygulanması" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

^(**) Arş. Gör. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: hasanali.akay@medeniyet.edu.tr
Orcid: 0009-0009-8111-3720

hizmet sözleşmeleri bağımlı iş ilişkilerine özgülenmiş, tüm serbest meslekler vekâlet kapsamına alınmıştır. Nihayet İBK m. 394/II (BK m. 502/II) hükmü sayesinde, vekâlet sözleşmesi günümüzdeki genel işgörmeye sözleşmesi halini almıştır.

Anahtar Kelimeler:

Vekâlet, İşgörmeye Sözleşmeleri, Vekâletin İkincilliği, Mandatum, Operae Liberales.

Abstract:

The contract of mandate is regulated in the Turkish CO as one of the independent contracts for the performance of services, under which the debtor undertakes not to achieve a specific result for the creditor, but merely to carry out an activity. In this respect, the scope of the contract is not limited only to legal acts, but also includes material acts. Contracts such as architecture or medical practice may qualify as contract of mandate. The secondary function of the contract of mandate, beyond this, is revealed by Article 502/II CO: service contracts that are not specifically regulated by law are subject to the provisions on mandate, to the extent that their nature is compatible. This regulation has transformed the contract of mandate from being limited only to certain professions into a general contract for the performance of services. The origin of this development goes back to the Swiss CO of 1911. In the first enactment of 1881, liberal professions were considered within the scope of the contract of employment, while the contract of mandate was restricted solely to legal acts. However, the trust-based structure of the Roman *mandatum* and the distinction of *operae liberales* were transmitted into Swiss. With the 1911 reform, the scope of the mandate was expanded: the contract came to include material acts as well, while the element of time was added to the contract of employment. With the reform of 1971, employment contracts were confined to dependent labor relations, and all liberal professions were brought under the scope of mandate. Ultimately, thanks to Article 394/II of the Swiss Code of Obligations the contract of mandate has evolved into today's general contract for the performance of services.

Keywords:

Mandate, Mandatum, Operae Liberales, The Subsidiarity Of Mandate, Service Contracts.

Extended Summary:

The contract of mandate, regulated under the Turkish Code of Obligations, is classified as one of the contracts for performing services independently, alongside the contract for work. Unlike the contract for services (employment), which presupposes a relationship of subordination, the contract of mandate is defined as an agreement where the debtor undertakes an activity without guaranteeing a specific result. This activity may consist of either a legal act or a factual act, which explains why contracts such as medical treatment or legal representation fall within its scope. Beyond its primary function, the mandate also has a secondary, subsidiary role stemming from Article 502/II of the Turkish Code of Obligations: provisions on mandate apply, where appropriate, to other contracts for services not specifically regulated by law. This feature makes the mandate a “general contract for services.”

The historical roots of this subsidiary principle can be traced to Swiss law, which served as the model for the Turkish Code. In the first Swiss Code of Obligations of 1881, “liberal professions” such as physicians, lawyers, and engineers were included under the contract of services. Mandate, at that time, was narrowly limited to legal acts. This distinction drew upon Roman law, where the *mandatum* was originally a gratuitous contract based on trust, and where the notion of *operae liberales* (liberal services) marked a conceptual boundary between “free” professions performed by members of the elite and “non-liberal” services carried out by lower classes. While liberal professions received “honor” rather than remuneration, servile tasks were compensated by wages. This hierarchical distinction profoundly influenced continental legal thinking and ultimately shaped the treatment of professional services in Swiss and Turkish law.

The Zurich Civil Code, one of the most influential cantonal codifications prior to Swiss federal Code of Obligations, contained a distinctive category of contract called *Honorarvertrag* (contract for liberal services). Professions such as doctors, lawyers, and teachers were explicitly mentioned, highlighting the social and legal recognition of their unique status. Although the federal Swiss Code of 1881 unified the law by abolishing this separate category, the conceptual distinction persisted. Article 348 of the 1881 Code placed liberal professions under the contract of services, emphasizing that they were not to be assimilated into the narrower sphere of mandate. At this stage, the general framework for contracts involving the performance of services was grounded in the contract of services rather than the mandate.

The turning point came with the 1911 revision of the Swiss Code of Obligations. Article 394/II was introduced, expressly extending the provisions of mandate to contracts for services not otherwise regulated by law. Simultaneously, the scope of mandate was broadened to cover not only legal but also factual acts. At the same time, the contract of services was redefined, with the inclusion of a “time element” as a defining feature: the debtor was obliged to render performance over a specific period. This innovation blurred the boundaries between mandate and services, since both now applied to contracts involving the performance of activities. The decisive distinction lay in the element of duration for services, which mandate did not require. Liberal professions, still formally linked to the services contract through Article 361, could nevertheless fall within the mandate’s scope depending on their characteristics.

This complex framework persisted until the 1971 reform. The reform fundamentally reshaped the contract of services by introducing the modern concept of subordination: the employee was legally dependent on the employer. Consequently, the scope of the services contract was confined to employment relationships characterized by hierarchical dependency. Liberal professions were entirely excluded from its ambit, and with the repeal of Article 361, they were subsumed under the mandate. From this point onward, the mandate emerged as the sole general contract for independent services in Swiss law.

This historical trajectory explains the present position in Turkish law. The mandate contract serves both as a distinct agreement for cases where a person undertakes an activity without guaranteeing a result, and as a residual framework applicable to unregulated contracts for services. Its Roman origins, the conceptual legacy of liberal professions, and the evolution of Swiss legislation all converge to explain why Turkish law treats mandate as the general contract for services. Thus, the contract of mandate represents not only a technical category within the law of obligations but also a reflection of the historical and social distinctions between dependent and independent work.

GİRİŞ

Vekâlet sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda yer alan iş görme sözleşmelerinden biridir. Kanunda işgörme sözleşmeleri; eser, hizmet ve vekâlet sözleşmeleri olmak üzere üçlü bir yapı halinde düzenlenmiştir. Günümüzde hizmet sözleşmesi, sadece bağımlı iş görme ilişkilerini kapsadığından, bağımsız iş görme sözleşmeleri bakımından artık yalnızca eser ve vekâlet sözleşmelerinden söz edilebilir. Vekâlet sözleşmesinin temel özelliği, borçlunun belirli bir sonucu garanti etmek yerine, alacaklı yararına bir faaliyet yürütmeyi üstlenmesidir. Bu faaliyetin konusu bir hukukî fiil olabileceği gibi maddî fiil de olabilir. Dolayısıyla gerek hekimlik gerek avukatlık sözleşmesi vekâlet sözleşmesinin kapsamında kalır.

Vekâlet sözleşmesinin bağımsız ve müstakil bir işgörme sözleşmesi olarak sahip olduğu işlev dışında, BK m. 502/II (İBK m. 394/II) hükmünden doğan ikincil bir işlevi de vardır. Hüküm gereği “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*” Vekâlet sözleşmesinin bu özelliği, doktrinde vekâletin ikincilliği veya talilîği (*principe de subsidiarité*) olarak isimlendirilmektedir¹. Bu hükümden ortaya çıkan talilîk ilkesi gereği, Kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine, vekâlet hükümleri uygulanır. Böylelikle vekâlet sözleşmesi, bir genel işgörme sözleşmesi niteliği kazanmaktadır.

Vekâlet hükümlerinin BK m. 502/II dolayısıyla bir sözleşmeler türüne veya grubuna uygulanması ve başka bir sözleşme bakımından buna benzer bir hükmün kanunumuzda bulunmaması, bu düzenlemenin nasıl ortaya çıktığına ilişkin merak uyandırmaktadır. Bu bakımdan mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanununda hükmün ortaya çıkışı ve gelişimi değerlendirilmelidir.

İBK m. 394/II hükmü, 1911 tarihinde İsviçre Borçlar Kanununda yapılan revizyonla ortaya çıkmıştır. 1881 tarihli İBK'de daha sonra vekâletin sahip olacağı bu işlev hizmet sözleşmesindeydi. 1881 tarihli İBK m. 348 hükmü hizmet sözleşmesi hükümlerinin serbest (özgür) mesleklere uygulanmasını öngörüyordu. Serbest meslekler ise hekimlik, mühendislik gibi borçlunun bir faaliyet yürüttüğü ve belirli statü sahiplerinin yaptıkları işlerdi. Bu kanunda vekâlet daha

¹ TERCIER, Pierre, BIERI, Laurent, CARRON, Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5. éd., Schulthess, Zürich, 2016, N. 4318; WERRO, Franz, “le contrat de mandat”, *Commentaire romand Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, Ed. Thévenoz, Luc, Werro, Franz, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012, Art. 394, N. 20; ARAL, Fahrettin, AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 15. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022, s. 593.

çok hukukî fiillere, hizmet sözleşmesi ise borçlunun alacaklı için bir faaliyet yürütmeyi üstlendiği işgörmelere yönelmekteydi.

Vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine uygulanmasını öngören hüküm, 1881 tarihli İBK m. 348'in aşamalı olarak vekâlet sözleşmesine taşınmasıyla oluştu. Dolayısıyla konuyu aydınlatabilmek için, bu hükümde kullanılan serbest veya özgür meslek kavramının da anlaşılması gerekir. Günümüzde işgörme edimleri özgür veya özgür olmayan şeklinde bir ayırıma tabi tutulmadığından, bu kavramın o dönem için ne ifade ettiği veya kökenin ne olduğu da merak uyandırmaktadır. Bunun için ilk olarak vekâlet sözleşmesinin Roma hukukundaki tarihi, ardından *operae liberales* olarak isimlendirilen serbest veya özgür meslekler kavramları incelenecektir. Bu şekilde vekâlet sözleşmesi ve serbest mesleklerle vekâlet arasındaki ilişki ortaya çıkarılabilecektir.

Özgür ve özgür olmayan mesleklere ilişkin bu fikrî yapı, İsviçre hukukunda ilk defa Zürih Medeni Kanununda somutlaşmıştır. İBK'nin hazırlanmasında da önemli etkisi olan bu Kanunda, özgür veya serbest meslek sözleşmesi olarak tercüme edilebilecek *Honorarvertrag* isimli bir sözleşme bulunmaktadır. İşgörme sözleşmelerinin bir kısmını, borçlunun statüsü veya mesleğine bağlı olarak ayrı bir sözleşme kapsamına alan bu düzenleme, hem eski İBK m. 348'e hem de sonraki İBK m. 394/II'ye kaynaklık eden fikri ortaya koymak açısından oldukça önemlidir. Bu bağlamda, Zürih Medeni Kanunundaki işgörme sözleşmeleri ve özellikle bu kanundaki *Honorarvertrag* kısaca anlatılacaktır.

Ardından, İsviçre'deki ilk federal Borçlar Kanunu olan 1881 tarihli İBK incelenecek ve son başlıkta İBK m. 394/II hükmünün ortaya çıktığı 1911 tarihli İBK kapsamında hüküm değerlendirilecektir. 1911 tarihli İBK'nin ilk halinde hizmet sözleşmesi henüz bağımlılık ilişkisine özgülenmemiştir. Kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmeleri vekâlet sayılmakla birlikte, daha sonra ilga edilen İBK m. 361 hükmü, serbest meslek sözleşmelerinden, hizmet sözleşmesi vasfını taşıyanlara hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını öngörmekteydi. Dolayısıyla aynı iş için, kimi zaman hizmet kimi zaman da vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması mümkün sayılıyordu. Şöyle ki vekâlet ve hizmet sözleşmelerinin birbirinden ayrılması önemli bir mesele halini almıştı ve her iki sözleşme zaman unsuruyla birbirinden ayrılmaktaydı. İBK'deki bu tanımlama zorluğunu ortadan kaldıran veya ayırım yapmayı kolaylaştıran düzenleme ise 1971 yılındaki revizyonla yapılmıştı. Böylelikle hizmet sözleşmesi bağımlı çalışmalara özgüldü ve günümüzdeki düzenleme ortaya çıktı. Önemi ne binaen, 1911 düzenlemesi ve 1971'deki reform sonrası ortaya çıkan durum da ayrı ayrı incelenecektir.

I. MANDATUM'UN ROMA HUKUKUNDAKİ TARİHÇESİ VE OPERAE LIBERALES

Serbest meslekler (*operae liberales*) kavramının anlaşılması, bu kavramın en çok ilişkilendirildiği sözleşme olan vekâlet (*mandatum*) sözleşmesinin kökenini aydınlatmayı da gerekli kılar. Aracılık işlerine duyulan ihtiyaçtan doğan *mandatum*'un, bir grup meslek sahibinin yaptığı işlerle ilişkilendirilen bir sözleşmeye dönüşmesi ancak bu şekilde anlaşılabilir. Dolayısıyla bu bölümde ilk olarak vekâlet sözleşmesinin Roma hukukundaki kökeni ve kısa tarihi, ardından da *operae liberales* aktarılacaktır.

A. Vekâletin Ortaya Çıkışı ve Roma Hukukundaki Evrimi

Tarihî açıdan bakıldığında, herhangi bir sözleşmenin karakterini, ona duyulan ihtiyaç ve sonraki dönemlerde diğer muamelelerle birlikte hukuk içinde edindiği konum belirlemektedir. Bu bağlamda sözleşmelerin karakterini belirleyen ana unsur hukuk uygulamasıdır. Roma hukukunda vekâlet veya daha doğru tabirle *mandatum* da benzer şekilde incelenmelidir. Bu muamelenin nasıl ortaya çıktığı, hangi ihtiyaçların belirleyici olduğu, onunla beraber ortaya çıkan diğer muameleler ve bunların tarihî süreçte geçirdiği evrim, bugüne kadar gelen kavramsal yapıyı oluşturmaktadır.

Roma hukukunda *mandatumun* kökeni tartışmalı bir konudur². Bu konu incelenirken, Roma hukukunda onunla aynı dönemde, fakat farklı bir kurum olarak ortaya çıkan, daha sonraki dönemlerde ise *mandatum* ile kavramsal olarak birleşecek olan *procuratio* işlemine değinmek gerekir. Türkçeye her ikisini de vekil olarak tercüme ettiğimiz *procurator* ve *mandator*, ortaya çıktığı alan itibarıyla ayrı ayrı incelenmesi gereken işlemlerdir³. *Procuratio* daha çok aracılık işlerine duyulan ihtiyaçtan ortaya çıkmıştır. Benzer bir şekilde *mandatum* da Romalıların kendi işlerini başkalarına yaptırma ihtiyacından ortaya çıkmıştır⁴. Eski devirlerde Roma vatandaşlarının işlerini kendilerinin yapması, sürekli olarak şehirde kalmaları, hukukî muamelelerin sayısının az olması gibi sebeplerle *mandatum* nispeten geç bir zamanda ortaya çıkmıştır⁵. Bir şehir devleti olan

² Ayrıntılı bilgi için SCHNEEBERGER, Thomas René, *Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten*, Peter Lang AG, Bern, 1992, s. 7 ve özellikle dn. 4'teki yazarlar. Ayrıca vekâletin *officium* ya da *amicitia* kaynaklı olduğunu tartışan, Schneeberger, s. 10-11 ve s. 14-15.

³ GIVERDON, Claude, "L'évolution du contrat du mandat", Doktora Tezi, Paris Üniversitesi, 1947, s. 9; KARADENİZ, Özcan, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Sevinç, Ankara, 1976, s. 210 ve özellikle dn. 90 ve oradaki yazarlar.

⁴ RADO, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 151.

⁵ UMUR, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, 3. Baskı, Beta, İstanbul, 1999, s. 193.

Roma'da, aile babasının fiil ehliyeti tam olan tek kişi olmasına karşın, kendi adına işlerini aile evlatlarından veya kölelerinden birine yaptırması, sınırlı olan bu ihtiyacı karşılamaya yetmiştir⁶. Ayrıca bu devrin hayat telakkileri, bunlara bağlı olarak şekillenen hukukî formalizm, tarım ekonomisine dayanan toplum yapısının bir sonucu olarak ticaretin sınırlı olması da vekâletin ya da daha geniş ifadeyle bir başkası için aracılık yapma fikrinin daha sonra ortaya çıkışına sebep olmuştur⁷.

Eski Roma'nın dar toplum yapısı içerisinde, yoğun bir güven ilişkisine dayanan bu anlaşıma, başlarda herhangi bir hukukî yaptırıma sahip değildi. Az sayıda hak ehliyetine sahip aile babasının yaşadığı bu dönemde, anlaşmanın kendisine bağlı bir yaptırımdan daha çok, kişinin kaybedeceği onuru, güvenilirliği ve dostluğu daha mühimdir. Aslında vekil, bu dönemde bile, vekâletle edindiği yetkilere aykırı davrandığı takdirde kötü niyetli kabul edilirdi. Özellikle *pietas* (dinibütünlük), *reverentia* (saygı), *amicitia* (dostluk) gibi kavramların esas teşkil ettiği bu toplumda kişinin kendisine duyulan güvenin sarsılması, icra edilebilir bir yaptırım olmasa dahi, vekili doğru davranmaya teşvik edecek düzeydedir⁸.

⁶ 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. KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin, Ankara, 2010, s. 135-136.

⁷ GIVERDON, N. 11. Diğer yandan *ius civile* tarafından vekâletin henüz bir rızai akit olarak tanınmadığı dönemde *fiducia cum amico* (hatır için inançlı işlem) bir aracılık işi yürütmeye yaryacak şekilde, hatta vekâlet için de yapılmaktaydı, OĞUZ, Arzu, "Roma ve Türk Hukuklarında İnançlı İşlem ve Vekâlet" **AÜHF**, C. 41, S. 1, 1990, s. 225 vd., 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 anlaşmasıyla, bugünkü vekâlet ilişkisine benzer bir ilişki kuruluyordu. Günümüzde vekâletin inançlı işlemleri de kısmen kapsar hale gelmesi ise, kurumların kökeniyle tezat oluşturur gibi görünmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Oğuz, s. 225 vd. Yine Romalıların malvarlıklarını idare etmek için "atadıkları" kölelere verilen isimler de aracılık işlerine olan ihtiyacın daha geç çıktığını destekler mahiyettedir. *Pater familias* için tarım işletmelerini idare eden kölelere *vilicus* denilmiş, şehirlerdeki evleri idare eden köleler de *atriensis* olarak isimlendirilmiştir, GIVERDON, N. 13..

⁸ GIVERDON, N. 46, vekil, sahip olduğu yetkiye aykırı davrandığında *mala fides* sahibi sayılır. Dolayısıyla *mandatum* kapsamında var olan katı ve yoğun güven ilişkisini sarsan vekil "şerefsiz" sayılmıştır. Aynı yönde, SCHNEEBERGER, s. 23 vd. Bu güven ilişkisinin daha sonraki dönemde de devam ettiğini gösteren, HONİG, Richard, **Roma Hukuku**, 2. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1938, s. 270, *actio mandati directay*ı kaybeden vekil için, bu husus şeref ve haysiyeti bozucu etki doğurmaktadır. *Infamis* kavramı için bkz. UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 85. Bu durumu Almanca, "Verlust der bürgerlichen Ehre"/ "Minderung der Ehre"/ "rechtserhebliche Bescholtenheit" olarak ifade ederek *infamis* olmayı hak ehliyetini kaybetmeye yakın bir şekilde okuyan, SCHNEEBERGER, s. 24. Bir çeşit sivil ölüm gibi değerlendirilebilecek olan bu kurum, belki de daha sonra kilise hukuku içerisinde ortaya çıkacak olan aforozun kavramsal kökeni de olabilir. *Infamis* olan kişi başkasının davasını yürütemez ve ayrıca kendi davası için de vekil atayamazdı. Dolayısıyla kısmi bir hak ehliyeti kaybı söz konusuydu. *Infamis*'in bu tür işler yapması *ius civile* tarafından yasaklanmıştı.

Bir başkası için iş yapma ihtiyacı, Roma'nın genişlemesine paralel olarak ortaya çıkmıştır. Romalıların savaşlar sırasında ve kolonilere gittikleri zaman zarfında malvarlıklarının idaresi, bir başkasının aracılığına duyulan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır⁹. Kölelerin işleri idare etmekle beraber hak ehliyetine sahip olmaması, diğer yandan aile evlatlarının da *sui iuris* olmadıkları için her hukukî işlemi yapamaması, tam ehliyetli bir başka kişinin, asil adına işlem yapmasını gerektirmiştir. Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla *manus dare*, yani el vermek anlamına gelen kelimelerden türetilen *commendatio* işlemi ortaya çıkmıştır¹⁰.

Ticari hayatın cumhuriyetin sonlarında gelişmesi, küçük Roma şehrindeki anlayışı da değiştirmiş, mutlak güvenden daha çok borç saiki önem kazanmaya başlamıştır¹¹. Profesyonel olarak aracılık faaliyeti yürüten *procurator*, faaliyetini sürekli bir şekilde değil, geçici olarak yürütmekteydi. Aile reislerinin Roma'da bulunmadığı dönemlerde, onun işlerini artık hatır veya dostluk amacıyla değil, doğrudan bir kazanç amacıyla ve borç olarak üstleniyordu. İmparatorlukla beraber, Romalılar şehirden daha uzun süre ayrılmaya başladılar. Bunun sonucu, *procurator*'un faaliyetine duyulan ihtiyacın da sürekli ve daha önemli hale gelmesi oldu¹². Özellikle büyük servet sahipleri, malvarlığı değerlerinin bir kısmını, farklı *procurator*'lere vermektedir. Bunda Roma'da ortaya çıkan zenginliğin ve bütün bir malvarlığını idare etmenin de zorluğu yadsınamaz niteliktedir¹³. Yine imparatorlukla beraber, *mandator* ve *procurator* kurumları arasındaki ayırım etkisini yitirmiş, *Corpus Iuris Civilis*'te i her iki kurum tamamen birleş-

⁹ GIVERDON, N. 12; PFISTER, Laurent, "Un contrat en quête d'identité, Jalons pour une histoire de la qualification du mandat", *Le mandat, un contrat en crise?* Ed. Nicolas Dissaux, Economica, Paris, 2011, s. 3.

¹⁰ SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, The Clarendon Press, Oxford, 1961, s. 554; PICHONNAZ, Pascal, *Les fondements romains du droit privé*, 2. Baskı, Schulz Éditions romandes, Genève Zurich, Bâle, 2020, N. 2543; MARTINEK, Michael, OMLOR, Sebastian, "vorbem zu p. 662 ff," *J von Staudingers - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, p. 662-675b*, Sellier - de Gruyter, 2017, N. 2. Yazarlar, sözleşmenin adını aldığı el verme veya el sıkışmanın, taraflar arasındaki güven ilişkisini sağlamak amacıyla yapıldığını belirtmektedir. *Quirites* hukukundaki bu şekilcilik, Roma'nın dininden kaynaklanmaktadır. Romalılar, bağlanma iradelerini tanrıların huzurunda, bir çeşit ibadet veya dini kurallara bağlı bir şekilde göstermekteydi. Bu minvalde bir tür ayin olan *manus dare* (el verme) ya da başka bir deyişle *commendatio* (karşılıklı el vermek- *manus dare*'nin isim hali) bu dinsel anlayışın bir göstergesidir. *Commendatio* sözlükte birine güvenmek, birini yetkilendirmek veya birine iş vermek anlamlarına gelir. Bkz. Dictionnaire Gaffiot, *commendo* (çevrimiçi) <https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?p=350>, E.T. 25.08.2025.

¹¹ Bu durumun ortaya çıkmasında *ius gentium*un 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.

¹² GIVERDON, N. 16.

¹³ GIVERDON, N. 14. *Procurator ad res administrandas* bir malvarlığının idaresini, *procurator litis* ise hukukî menfaatlerin korunmasını üstlenirdi.

miştir¹⁴. *Iustinianus* hukukunda *procurator* tayini için, vekâlet verilmesinin zorunlu olduğu düşünülmeye başlanmıştır¹⁵. Artık *mandator* ve *procurator* bir başkasının mallarının idaresiyle sorumlu olan aynı kişidir. Ayrıca bir başkasının işini gören *gestor* özü itibarıyla *mandator*dan farklı bir iş yapıyor olsa da, *Iustinianus* hukukunda bu müesseseler de birbirinin içine geçmiştir¹⁶.

Bütün bu evrim ve vekâletin geçirdiği değişikliğe rağmen, *Digesta*'da vekâlet ücretsiz olarak düzenlenmiştir. Bunda hala özgür ve üst sınıftaki kişilerin vekil olabilmemesinin ve geleneği koruma düşüncesinin etkisi olmalıdır¹⁷. Bu düzenlemenin günümüze kadar olan etkisi ise aşikârdır. İsviçre ve Türk hukukunda vekâlet ilke olarak ücretsiz şekilde düzenlenmiştir. Yine Alman Medeni Kanununda vekâlet tamamen ücretsiz bir sözleşmedir.

Görüldüğü üzere *mandatum*, aslında aracılık işlerine mahsus bir sözleşmedir. Bu sözleşme eski dönemlerde olduğu gibi sadece aracılık işlerini hedefleyen bir yapıda kalsaydı, muhtemelen sadece hukukî fiiller için öngörülen bir işlem olurdu¹⁸. Buna karşın, kökeninde başkası için aracılık işleri yürütme ihtiyacı olan *mandatum*'un diğer işgörmeler, yani borçlunun iş sahibi için bir hizmeti üstlendiği işgörmeye sözleşmeleri için de akdedilebilmesi¹⁹, muhtemelen sözleşmenin Roma toplumunun üst sınıfındaki kimselere yönelik olması ile alakalıdır.

¹⁴ GIVERDON, N. 17. Fransız Medeni Kanununda vekâlet sözleşmesinin tanımının yapıldığı 1984. madde bu etkiyi hala göstermekte ve madde "*Le mandat ou procuration...*" ifadesiyle başlamaktadır.

¹⁵ GIVERDON, N. 20, ancak *mandatum* kelimesi başka bir anlam daha kazanarak, hukukî işlem sırasında verilen yetkiyi de ifade etmeye başlamıştır.

¹⁶ 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.

¹⁷ (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, Franz, *Le mandat et ses effets*, Éditions universitaires, Fribourg, 1993, N. 30 ve 151. Vekâletin bu özelliği daha sonra 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. Vekâlette ücrete hak kazanabilmek için ek bir anlaşma yapma gerekliliğinin, *Code Napoléon* öncesindeki Fransız hukukunda da kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bkz. POTHIER, du mandat, N. 23.

¹⁸ Fransız hukukunda vekâlet bu şekilde sadece hukukî fiillere özgü bir sözleşmedir. Buna karşın Alman hukukunda hem hukukî hem de maddî fiiller vekâletin konusunu oluşturabilir. Bkz. AKAY, M. Hasanali, "Fransız ve Alman Medeni Kanunları ile Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarında İş Görmeye Sözleşmelerinin Genel Düzeni", *Terazi Hukuk Dergisi* S. 223, 2025, s. 10-23, s. 18.

¹⁹ SCHNEEBERGER, 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*'e ilişkin kaynakların azlığını da bu sebebe bağlamaktadır.

B. Vekâletin “Ayırt Edici Unsuru” Olarak *Operae Liberales*

Sınıflı bir toplum yapısına sahip olan Roma’da, toplumun üst kesiminde olanların yaptığı işlerden bir ücret almaları uygun bulunmamaktaydı. Bu kişiler yaptıkları işleri, bir asalet ve onur göstergesi olarak yaparlardı. Dolayısıyla, bu toplum düzeni içerisinde işi yapan kişi ve işin kendisi bakımından, yapılan işin ismi değişmekteydi. Bazı işler, ancak özgür kimseler tarafından yapıldı. Dava-da birini savunmak, bir yapının planını çizmek gibi işler böyledi. Bu işler, *artes* veya *operae liberales* olarak isimlendirilirdi²⁰. Bu işleri yapanlara, diğer sözleşmelerde olduğu gibi ücret (*merces*) ödenmezdi. Onların aldıkları ücret de bu sebeple *honor*²¹; bu tür işleri yapan da *magistratus* (büyük, efendi) olarak isimlendirilirdi. Bu özgür veya serbest mesleklerin karşısında ise özgür olmayan işler (*operae illiberales*) yer alırdı ve bu alt tabaka işleri yürütenler *ministeria* (küçükler) olarak adlandırılırdı. Taş kırma işçiliği, rençberlik, maden işçiliği gibi bu işleri yapanlara ise *honor* değil, *merces* yani bir ücret ödenirdi²².

İBK m. 394/II düzenlemesinin tarihî kökeni olarak kabul edebileceğimiz bu üst ve aşağı tabaka işler ayırımına ilişkin tereddütler ve belirsizlikler olduğunu da söylemek gerekir. Roma’da hangi işin özgür mesleklerden sayıldığı, hangisinin alt mesleklerden olduğu uzun tartışmaları gerektirir. Mesela hekimlik, önceleri Yunanistan’dan gelen savaş esirleri tarafından icra edilen bir işken, muhtemelen daha sonraları bu özgür meslekler arasına dâhil olmuştur²³. Yine bu tereddütleri veya belirsizliği destekler mahiyette, *mandatum*’da *honor*’un dava edilememesine ilişkin özelliği de zamanla değişmiştir. Özellikle doğu hukuklarının etkisiyle, ikinci ve üçüncü yüzyıldan itibaren *honor*, *cognitia extra ordinem* usulüyle dava edilebilir hale gelmiştir²⁴. Bu husus bugün hizmet sözleşmesi

²⁰ *Operae liberales* ve bunun Roma hukukundaki konumuna ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. BERNARD, Antoine, *La rémunération des professions libérales en droit romain classique*, Paris, 1936; KARADENİZ, s. 64 vd.

²¹ HONIG, s. 265; RADO, s. 152; MARTINEK, OMLOR, Vorbem zu p. 662 ff, N. 3. Digestada D. 17. 1. 6 bölümün başlığı da *honorarie* şeklindedir ve metinde, isim halinde *honor* şeklinde ifade edilmiştir. GAIUS, 3, 162, OĞUZ, s. 262. Türk doktrininde, Almanca veya Fransızcadan iktibasla *honorar* ifadesi kullanılmakla birlikte, bu çalışmada Digesta’da geçen haliyle *honor* tercih edilmiştir. Ayrıca *honor*’un hukukî niteliği ve *merces*’ten farkına ilişkin olarak detaylı anlatım için bkz. Schneeberger, s. 28 vd.

²² GIVERDON, N. 31.

²³ Hekimlik sözleşmesinin hukukî niteliğine ve diğer tartışmalara ilişkin bkz. Karadeniz, s. 84 vd.

²⁴ HONIG, s. 270; GIVERDON, N. 31. *Honor*’un 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 17’de Paulus’a atıfla vekâletin ücretsiz olmadığı takdirde hükümsüz olacağı söylense de, *honor*’u *merces* ile bir tutmamak gerekir. Zikredilen maddenin so-

olarak isimlendirdiğimiz *locatio conductio operis faciendi* ve *mandatum* arasındaki farkı belirlemeyi güçleştirmiştir. Zira bu haliyle her iki sözleşmenin konuları kesişmektedir²⁵. Ancak her iki sözleşmeyi birbirinden ayıran hususlardan en önemlisi, borçlunun sosyal konumudur²⁶.

Roma hukukunda vekâlet sözleşmesinin kısa tarihini görmek, bugünkü Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinde vekâlet kurumunun anlaşılması açısından önemli olduğu gibi, İsviçre ve Türk hukuklarında bir nebze daha mühimdir. Özellikle BK m. 394/II hükmünün aslında Roma'da var olan özgür meslekler kavramı üzerinden şekillenmesi, bunu göstermektedir. Aslında aracılık işleri için ortaya çıkan ve yoğun güven ilişkisi barındıran bir sözleşmenin, belirli kişilerin yaptıkları işler için akdedilmesi, belki de kanunumuzdaki hukukî fiil ve maddî fiil vekâletinin doğmasına sebep olmuştur. Tüm bunlara karşın, *mandatum*'un aslında özgür meslekler için ortaya çıkmadığını, özellikle aracılık işlerine duyulan ihtiyacın, bu sözleşmeyi doğurduğunu unutmamak gerekir²⁷.

II. İSVİÇRE KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİNDE İŞGÖRME SÖZLEŞMELERİ VE İBK M. 394/II'NİN KÖKENLERİ

A. Zürih Medeni Kanununda İşgörme Sözleşmeleri ve *Honorarvertrag*

1881 yılında İsviçre'de federal borçlar kanunu kabul edilene kadar, kantonların her biri ayrı hukuka sahipti²⁸. Federal borçlar kanununa en fazla etki eden

nunda, tarafların istemeleri halinde, bunu *locatio* olarak borçlanabileceklerinin ifade edilmesi 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.

²⁵ 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.

²⁶ DESSEMENTET, François, "Les contrats de service", *Procès-verbal de la 121e assemblée annuelle à Neuchâtel*, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel, 1987, s. 114-115; PFISTER, s. 3-4.

²⁷ SCHNEEBERGER, s. 18. Yazar, vekâletin *operae liberales* olarak isimlendirilen serbest mesleklerle bir tutulmasını sert bir dille eleştirmekte, bu yaklaşımdakilerin kaynakları yeteri düzeyde okumadığını belirtmektedir. Vekâleti serbest meslek sözleşmesi olarak görme eğilimi için bkz. HONSELL, Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Stämpfli Verlag, Bern, 2017, s. 335. Ayrıca bkz. UYAN, Göktürk, *İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukukî Niteliği*, Beta, İstanbul, 2006, s. 104 vd.

²⁸ CARLEN, Louis, *Rechtsgeschichte der Schweiz, Eine Einführung*, Francke Verlag, Bern, 1988, s. 95-96, İsviçre'de medeni hukukun gelişimi, federal Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hazırlanana kadar, her kantonda farklılık göstermiştir. Fribourg, Tessins, Wallis, Neuenburg (Neuchâtel) 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, tarihçi okul tesirinde kanunlaşmaya girişen kantonlarla beraber, Uri, Schwyz, Obwalden gibi

düzenleme ise Zürih Medeni Kanunuydu²⁹. Zürih Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanunundan önce olduğu için, Cermen hukukunun ilk kanunlaştırma hareketi sayılmaktadır³⁰.

Zürih Medeni Kanununda işgörme sözleşmeleri pandektist çalışmalardan etkilenmişti. Bugünkünden farklı olarak Kanunda dört ayrı işgörme sözleşmesi mevcuttu. Bağımlılık ilişkisi içerisinde, bir emir altında çalışılan işler için hizmet sözleşmesi (*Lohndienstvertrag*) düzenlenmişti. Bu sözleşmenin bir nevi zıddı olarak görülebilecek diğer bir sözleşme ise çalışanın bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunmadığı *Honorarvertrag* (*Freidienstvertrag*)³¹, özgür veya serbest hizmet sözleşmesiydi. Her iki sözleşmede ortak olan husus, borçlunun alacaklıya bir faaliyetin yürütülmesini, bir işin görülmesini borçlanmasıydı³². Bir eserin üretilmesi veya bir sonucun ortaya çıkarılmasından ziyade bir iş için emeğini sarf etmek söz konusuydu. Eser sözleşmesi (*Verdingung eines Werkes*)³³ ise borçlunun bir şey imal etmeyi, bir ürün ortaya koymayı üstlendiği sözleşmeydi. Yüklenicinin (*Uebernehmer*) borcu bütün bir eseri imal ederek alacaklıya teslim etmektir.

Serbest hizmet sözleşmesi veya serbest meslek sözleşmesi olarak tercüme edebileceğimiz *Honorarvertrag*, Zürih Medeni Kanununda, hizmet sözleşmesinin devamında, onun ardından düzenlenmişti. 1567. madde, sayma yoluyla hekim, öğretmen, mühendis, avukat, kimyager ve acentelerin bu sözleşmeyle bağlı olacağını düzenlemişti. Bunların dışında alacaklıya hizmet bağıyla bağlı olan kimseler dışındaki (*keine Herrschaftsverhältnis*) tüm serbest ve karşılığında bir

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 bu şekilde mümkün olabilir.

²⁹ SCHMID, Bruno, “Johan Caspar Bluntschli”, *Historisches Lexikon der Schweiz* (çevrimiçi) <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/007303/2010-09-22/>, E.T. 25.08.2025.

³⁰ SCHULER, Eva Petrig, “Kodifikation”, N. 3, *Historisches Lexikon der Schweiz* (çevrimiçi) <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009605/2021-09-22/>, E.T. 25.08.2025.

³¹ Zürih Medeni Kanunundan önce Avusturya Medeni Kanununda da *Freidienstvertrag* (özgür hizmet sözleşmesi) isimli bir sözleşme vardı. Zürih Medeni Kanunu’nda Avusturya hukukundaki bu düzenlemenden esinlendiğine dair yeterli kaynak bulunmasa da, tarihi, sosyolojik ve dilsel yakınlık sebebiyle sözleşmenin bu şekilde isimlendirilmesinin Avusturya hukuku kaynaklı olduğu akla yakın gelmektedir.

³² Cermen hukuklarının ilk kanunlaştırması olması hasebiyle, bu düzenleme bugünkü BGB’deki hizmet sözleşmesini akla getirmektedir. BGB’de hizmet sözleşmesi her ne kadar tek bir sözleşme olarak düzenlense de iki farklı sözleşmenin hükümlerini barındırır. Hizmet sözleşmesinin bazı hükümleri sadece bağımlı olarak çalışan işçiler için uygulanırken, diğer bazılarıysa bağımsız çalışanlar içindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKAY, s. 15-16.

³³ Zürih Medeni Kanunu m. 1572. hükmünde yükleniciye örnek olarak da el işçisi, tekniker, sanatkar gibi meslekler de verilmiştir.

ücret değil de, “*honor*” verilen işler *Honorarvertrag* kapsamına alınmıştı. Bu noktada, Roma hukukunda var olan ayırımın yaşıtılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bunun bugünkü vekâlet ve hizmet/iş sözleşmesi ayırımına benzediği göze çarpmaktadır. Ancak henüz iş hukukunun kendisini tam olarak göstermemiş olması, 19. yy. ortasındaki Zürih’in sosyal koşulları, Avrupa’nın genel olarak sınıflı toplum yapısına sahip olması gibi hususlar, bu düzenlemeyi doğrudan bugünküyle özdeş görmeyi zorlaştırmaktadır³⁴.

Bu sözleşmelerin dışında, Zürih Medeni Kanununda vekâlet sözleşmesi de bulunmaktaydı. Tıpkı daha sonra kabul edilecek Alman Medeni Kanununda olduğu gibi, bu kanunda vekâlet sözleşmesi ücretsiz³⁵ ve her zaman sona erdirilebilir³⁶ bir şekilde, “işgörmekten doğan talepler” başlığı altında, diğer işgörmeye sözleşmelerden farklı bir yerde düzenlenmişti³⁷. Özellikle sözleşmenin ücretsiz olması ve her zaman sona erdirilebilmesi, Roma hukuku geleneğini koruma çabasını da göstermektedir.

Zürih Medeni Kanununda işgörmeye sözleşmelerinin düzeni, serbest meslek sahiplerinin diğer çalışanlarla aynı hukuka tabi olmamaları ve çalışmalar arasında bir sosyal statü farkının varlığı açısından önemlidir. *Honorarvertrag* düzenlemesinde somutlaşan bu telakkî, 1881 tarihli İBK’de de etkisini göstermiş ve bir sonraki başlıkta aktarılabilecek olan, hizmet-vekâlet sözleşmesi yapısının doğmasına yol açmıştır. İşgörmeye sözleşmelerine bu şekilde yaklaşılması, muhtemelen isim değişikliğiyle bugünkü İBK m. 394/II hükmüne giden yolu hazırlamıştır³⁸.

³⁴ BLUNTSCHLI, Johann Kaspar, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen, III. Band (Forderungen und Schulden)*, Fr. Schultess, Zürich, 1855, m. 1560, N. 2’de yazar, her iki sözleşmedeki işgörmelerin tabiat itibarıyla birbirinden farklı olduğunu söylemektedir. Zürih Medeni Kanununda yer alan hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsurunun, bugünkü kanunlarda da yer alan bağımlılık unsuruyla tam olarak aynı olduğunu söylemek mümkün değildir. O dönemdeki hizmet sözleşmesinde bir şahsî bağımlılık söz konusuydu. Bugünkü hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsurundan farkı ise, o dönemde işi yapan kişiye ve işin statüsüne bağlı olarak işin tabiatının değişmesidir.

³⁵ BLUNTSCHLI, 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.

³⁶ 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.

³⁷ *von den Forderungen auf Geschäftsbesorgungen* başlığını taşıyan sekizinci bölümde vekâletle birlikte kredi mektubu (m. 1189) ve vekâletsiz işgörmeye (m. 1206) de düzenlenmişti.

³⁸ Benzer düşüncede, DESSEMONTET, s. 116.

B. 1881 Tarihli İsviçre Borçlar Kanununda İşgörme Sözleşmeleri: Hizmet Sözleşmesi Kapsamında Kalan Serbest/Özgür Meslekler

1881 tarihli İBK’de işgörme sözleşmeleri, bugünkünden oldukça farklı şekilde düzenlenmişti. Daha çok sonraki yıllarda yürürlüğe girecek olan Alman Medeni Kanunu sistemini andıran bu Kanunda, işgörme sözleşmeleri hizmet, eser ve vekâletten oluşuyordu. Serbest meslekler Zürih Medeni Kanununda olduğu gibi bir sözleşmeye isim vermese de, Kanunun bu tabirden ve ayırımdan kurtulamadığı ve hizmet sözleşmesi hükümleri içerisinde serbest meslekler kavramına yer verilmiştir. Bu açıdan, Zürih Medeni Kanununda var olan ikili hizmet sözleşmesi yapısı, yerini işlerde birliği esas alan tek bir hizmet sözleşmesine bırakmıştır³⁹.

Hizmet sözleşmesi (*du louage de services/Dienstvertrag*), m. 338’le başlamakta ve 11. başlık altında yer almaktaydı. Hizmet borçlusunun alacaklıya belirli hizmetleri bir ücret karşılığında sunduğu işler hizmet sözleşmesi kapsamındaydı. Borçlunun faaliyet yürütmeyi üstlendiği tüm işler için bu sözleşme geçerliydi. Tüm çalışmaların hizmet sözleşmesi kapsamında yer aldığını, vekâlet veya başka bir sözleşmenin konusunu oluşturmadığını vurgulamak amacıyla olsa gerek, m. 348’de serbest mesleklerin de hizmet sözleşmesi kapsamında yer aldığı düzenlenmişti⁴⁰. Hizmet sözleşmesinin bağımlı veya özgür/bağımsız çalışanlar açısından geçerli sözleşme olması, sözleşmenin sonlandırılması açısından önemli bir özellik taşıyordu. Bu sözleşme, vekâlette olduğu gibi her zaman sonlandırılmıyor, m. 346 gereği yalnızca haklı sebeplerin varlığı halinde sona erdirilebiliyordu.

Eser sözleşmesi (*du louage d’ouvrage par suite de devis ou de marché/Werkvertrag*) ise bugünkü eser sözleşmesine yakın bir şekildeydi. Kanunun

³⁹ Bu Kanunun meclis görüşmelerine ulaşılamadığından, hükmün gerekçesi açıkça anlaşılamamaktadır. 19. yüzyılın sonu, Avrupa’da sol siyasi hareketlerin güç kazandığı bir dönemdir. Sosyal eşitlik gibi kavramlar da bu bağlamda önem kazanmıştır. Dolayısıyla, İBK’nin işlerin benzer şekilde algılanmasına yönelik bu eğilime uygun davranmış olmalıdır. Serbest veya özgür mesleklerle diğer işler arasındaki ayrımın kaldırılması bu şekilde anlaşılmaya müsaittir.

⁴⁰ 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”. SCHNEIDER, Albert, FICK, Heinrich, *Code Fédéral des Obligations et la loi sur la capacité civile*, traduit de l’allemand par E. Stoecklin, Imprimerie H. Trembley, Genève, 1882, s. 280, art. 338. “Kanun, diğer hukuk düzenleri ve *ius commune*’nin yaptığı gibi, hizmet kiralama (*louage de service*) ve *honoraires* 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.”

350. maddesine göre yüklenicinin bir eseri üretmeyi borçlandığı sözleşme eser sözleşmesiydi. Yine aiptan sorumluluk ayrıca düzenlenmemiş, satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerine yollama yapılmakla yetinilmişti (m. 362). Bugünkü düzenlemede de var olan, yüklenicinin tüm bedeli ödeyerek sözleşmeyi sonlandırma hakkı gibi düzenlemeler bu Kanunda da yer almaktaydı (m. 369). Bu bakımdan eser sözleşmesinin, diğer işgörmeye sözleşmelerine nazaran bugünkü düzenlemeye daha yakın olduğu söylenebilir.

1881 tarihli İBK’de bugünkünden farklı olan bir diğer sözleşme ise vekâletti (*du mandat/Auftrag*). Vekâlet sözleşmesi, biraz da Fransız ve Avusturya hukukundan esinlenen bir şekilde hukukî fiillere yönelikti⁴¹. Bu farklılık, sözleşmenin tanımındaki bir kelimenin eksikliğinden kaynaklansa da, hizmet sözleşmesiyle arasında açık bir ayırım ortaya çıkarmaktaydı.

C. 1911 Tarihli İsviçre Borçlar Kanununda İşgörmeye Sözleşmeleri

İBK m. 394/II hükmü, 1911 tarihli Kanunla getirildi. Vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörmeye sözleşmelerine uygulanması, öncelikle onun maddî işgörmeleri de kapsamını gerektiriyordu. Zira 1881 tarihli İBK’de vekâlet yalnızca hukukî fiillere ve aracılık işlerine özgüydü. Bu doğrultuda İBK m. 394/I hükmüne, “hizmetleri görme” (*rendre les services*) ifadesi eklenmiştir. Böylelikle hukukî fiil vekâleti ve maddî fiil vekâleti kavramları ortaya çıkmıştır⁴².

⁴¹ 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, doktrinadaki bu şerh ile birlikte kurmak gerekir. Aynı yönde, bkz. SUTER, Robert, “Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht”, Doktora tezi, **Bern Üniversitesi**, 1904, s. 18. Bu görüş doğrultusunda mahkeme kararlarının, kimi maddî fiilleri de vekâletin kapsamına dâhil ettiğine ilişkin olarak FICK, Fritz, **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., Neuchâtel, 1911, Art. 394, N. 2. Ayrıca kanunda hizmet sözleşmesi kapsamına alınmasına rağmen, serbest mesleklerin vekâlet kapsamında olduğunu savunan görüşler için bkz. HABERTISCH, Johannes; **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, Traduit par Ch. Gilliéron, Tome II, J. Marti, Moudon, 1886, s. 152; HAFNER, Heinrich, **Schweizerische Obligationenrecht**, Verlag von Orell Füssli, Zürich, 1883, Art. 392, N. 2. 1881 t. İBK m. 348’in açık bir şekilde düzenlemesine rağmen, 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 bazen hizmet bazen de vekâlet hükümlerinin uygulanabileceğini, hangi sözleşme kapsamında yer alacağını belirlemenin zor olduğuna dair, ROSSEL, Virgile, **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, F. Payot, Lausanne, 1922, 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. 46, özellikle FF 1909 III s. 775’de bahsedilen husus.

⁴² WERRO, **mandat**, N. 50.

Bu yeni vekâlet sözleşmesi hem konu itibariyle daha geniş hem de İBK m. 394/II hükmüyle kanunda düzenlenmeyen işgörmelere uygulanacak hükümleri barındırıyordu. Sözleşmenin konusu ve uygulama alanındaki bu genişlemeye rağmen, vekâlet hükümlerinde önemli bir değişiklik yapılmamıştır. 1881 tarihli İBK’de hukukî fiillere ve aracılık işlerine özgülenen vekâlet sözleşmesi hükümlerinin, daha sonraki düzenlemede hem hukukî hem de maddî fiilleri kapsayan vekâlete taşınması hayret vericidir⁴³. İsviçre hukukçuları ve onları takiben Türk hukukçuları, vekâlet hükümlerinin bu yapısı karşısında, bazı hükümleri yorum yoluyla genişletmiştir. Sözleşmenin kapsamına ilişkin TBK m. 504’deki hükmün daha geniş yorumlanması ve maddî fiil vekâletlerini de kapsamaya buna örnek teşkil eder. Buna rağmen, vekâlet hükümlerinin bir kısmının maddî fiil vekâletlerine uygulanmasının imkansız olması gibi sonuçlar ortaya çıkmıştır. TBK m. 509’da yer alan edinilen hakların vekâlet verene geçişine ilişkin hüküm, mantikî imkânsızlık sebebiyle aracılık işlerine yönelen vekâlet sözleşmeleri dışında, özellikle de maddî fiil vekâletlerinde uygulanma imkânına sahip değildir.

1911 yılında hizmet sözleşmesine ilişkin de önemli bir değişiklik yapılmıştır. Fransızca metindeki *louage de service* (hizmet kirası) ifadesi, *contrat de travail* (iş sözleşmesi) şeklinde değiştirilmiştir⁴⁴. İsim değişikliğinden daha önemli olan husus, bu yeni hizmet sözleşmesinin tanımına zaman unsurunun eklenmesidir. Zaman unsuruyla hizmet sözleşmesinde işçi, bir işi veya faaliyeti “bir zaman zarfında” üstlenen kişi haline gelmiştir.

Bu değişiklik vekâlet sözleşmesiyle hizmet sözleşmesinin birbirinden ayrılmasını zorlaştırmıştır. Önceki kanunda konuları birbirinden farklı olan

⁴³ Her iki düzenlemedeki vekâlet sözleşmesi hükümleri arasında anlamlı bir farklılık bulunmamaktadır (LEUENBERGER, Christoph, “Dienstleistungsverträge”, **Procès-verbal de la 121e assemblée annuelle à Neuchâtel**, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel, 1987, s. 47). Hızlı bir karşılaştırmayla göze çarpan farklılıklar şunlardır:

- Vekâletin tanımının yapıldığı, m. 392’nin yerine gelen m. 394’e ikinci fıkra eklenmiş ve “kanunda düzenlenmeyen işlere vekâlet hükümlerinin uygulanması” öngörülmüştür.
- 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’de mevcut olmaması açısından bir yenilik arz eder.
- 1881 tarihli İBK’de bulunan, başkası için sözleşme yapmanın sürekli olmayan bir şekilde borçlanıldığı işlemleri vekâlet hükümlerine tabi tutan 405. madde hükmü kaldırılmıştır.

⁴⁴ 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.

vekâlet ve hizmet sözleşmeleri, artık aynı konuda yani maddî hizmet edimlerinde akdedilebilir olmuştur. Hizmet sözleşmesi için henüz bir bağımlılık unsurundan da bahsedilemeyeceği için, hem bağımsız hem de bağımlı çalışanlar hizmet sözleşmesi akdedebiliyordu. Her iki sözleşmeyi birbirinden ayırmaya yarayan kıstas ise hizmet sözleşmesinde borçlunun bir zaman zarfında faaliyetini yürütmeyi borçlanması, diğer yandan vekâlet sözleşmesinde böyle bir unsurun bulunmamasıydı⁴⁵. Dolayısıyla faaliyet yürütme veya geniş anlamıyla hizmet sözleşmeleri hem hizmet hem de vekâletin konusunu oluşturabiliyordu.

Öte yandan serbest mesleklerin hizmet sözleşmesi kapsamında yer aldığını öngören 1881 tarihli İBK m. 348 hükmü, 1911 yılında tamamen kaldırılmamıştır. Hüküm 1911'deki değişikliklerle m. 361'e taşınmıştır. Özgür veya serbest meslekler (*professions libérales*) başlığını taşıyan bu maddeye göre, bu meslekleri icra edenler, hizmet sözleşmesinin esaslı unsurunu barındıran bir sözleşme yaptıkları takdirde, hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır. Hükümün eski 348. maddeden esaslı tek farkı, vekâlet sözleşmesiyle hizmet sözleşmesini ayırmak için konulan "hizmet sözleşmesi niteliğinde olan" ifadesidir.

Oldukça karmaşık görünen bu düzenleme, 1971 yılına kadar İsviçre'de uygulanmış; ayrıca 818 s. Türk Borçlar Kanununa da mehzaz teşkil etmiştir. Düzenlemenin niçin bu şekilde yapıldığı ise belirsizlik içerisinde⁴⁶. Özellikle

⁴⁵ 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. Aynı yönde, WERRO, **mandat**, N. 53. Bu açıdan süre unsurunun İsviçre doktrinde vekâlet ve hizmet sözleşmesini ayırmaya yarayan bir kıstas olarak kullanılması, 1971 reformunda önceki düzenlemeden kaynaklanır. WERRO, **CoRo**, N. 6. Yazar, 1911 düzenlemesinde hizmet sözleşmesinin, süreye dayanan tüm iş görme edimlerini kapsaması sebebiyle böyle bir ayırım olduğunu belirtmektedir. Benzer 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. Ayrıca ROSSEL, s. 435, işçinin zamanını işverene adayarak bir nispette bağımlı çalışmasına karşın, vekâletin böyle bir husus barındırmamasını sözleşmeler arasındaki ayırım hususunda ele almaktadır. Hizmet sözleşmesi açısından hala geçerli kabul edilen, zamana bağımlı olarak çalışma unsuru için bkz. BİLGE, Necip; **Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971, s. 287.

⁴⁶ 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, Feuilles Fédérales 1905 II, 1, s. 35.

Feuilles Fédérales 1909 III, s. 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 ortak hukukla uyumlu olmasa da, en azından gerekli açıklığı sağladığı savunulmuştur. Sonuç olarak, 1881'de hem işçilerin hem de serbest çalışanların akdettiği hizmet sözleşmesinin uygulama alanı 1911'de daraltılmış ve

hizmet sözleşmesine zaman unsurunun neden eklendiği ve İBK m. 394/II hükmünün neden ihdas edildiği konusunda açık bir gerekçe bulunmamaktadır. Öğretide serbest meslekler olarak tarif edilen hekim, avukat ve mimar gibi meslek sahiplerinin 19. yy sonu ve 20. yy başında önemli bir baskı grubu olduğu; bu sebeple serbest mesleklerin vekâlet hükümleri kapsamına alındığına yönelik ifadelere rastlanmaktadır⁴⁷.

D. İsviçre Borçlar Kanununda 1971’de Yapılan Değişiklikler

İBK’de 1971 yılında hizmet sözleşmesi hükümleri kapsamlı bir şekilde değiştirilmiştir. Hizmet sözleşmesini düzenleyen hükmün Fransızca metninde daha önce iş sözleşmesine (*contrat de travail*) dönüştürülen ifade, Almanca metinde de artık aynı şekli almış ve *Dienstvertrag* (hizmet sözleşmesi), *Arbeitsvertrag* (iş sözleşmesi) şekline evrilmiştir. Bu değişiklikte bağımsız olarak da yürütülebilen hizmet sözleşmesi ortadan kalkmış; yerine bağımlılık unsurunun ağır bastığı iş sözleşmesi getirilmiştir. İşçi artık işverene veya iş sahibine hukukî açıdan bağımlı olarak çalışan kişidir.

1971’de hizmet sözleşmesinin birçok hükmü ilga edilmiştir. Serbest mesleklerin bir kısmını hizmet sözleşmesi kapsamına alan İBK m. 361 de bu hükümler arasındadır. Böylelikle, en azından hizmet sözleşmesiyle vekâlet sözleşmesi arasında ayırım yapmaya yarayan zaman unsuru dışında, daha keskin bir unsur olan bağımlılık unsuru ortaya çıkmıştır⁴⁸.

Kanunda yapılan bu reformla, hizmet sözleşmesinin uygulama alanının vekâlet sözleşmesi lehine daraldığı görülmektedir. Vekil, hizmet sözleşmesi kapsamında kalma endişesi taşımadan, zamana yayılmış işleri de üstlenebilecektir⁴⁹. Bu açıdan sadece hizmet sözleşmesinde yapılan bu değişikliğin, neredeyse vekâlet sözleşmesinin hukukî niteliğini değiştirdiği söylenmektedir⁵⁰.

vekâlet genel işgörmeye sözleşmesi olmuştur. Aynı yönde, LEUENBERGER, s. 48-49; ÖZEN, Burak, “Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler”, **Nuri Çelik’e Armağan**, Beta, İstanbul, 2001, s. 598 vd., s. 601, dn. 6. Ayrıca serbest mesleklerin toplumdaki farklı algısının önceki düzenleme sebebiyle değişmediğini, bunun için vekâlet sözleşmesinin bu sözleşmelere daha uygun görüldüğünü aktaran, DESSEMONTET, s.116.

⁴⁷ Üstü kapalı bir şekilde bunu ifade eden, DESSEMONTET, s. 205.

⁴⁸ TERCIER, BIERI, CARRON, N. 4284. Bu bağımlılığın, maddi ve ekonomik bağımlılık değil bir hukukî bağımlılık olduğunu özellikle vurgulayan, WERRO, **mandat**, N. 68. Bu hususun özellikle vurgulanması, Zürih Medeni Kanununda da var olan ve yukarıda dn. 34’te bahsedilen bağımlılıkla, hukukî bağımlılığın aynı olmadığını söylemek içindir.

⁴⁹ WERRO, **mandat**, N. 70 vd.

⁵⁰ WERRO, **mandat**, N. 66.

Bu haliyle vekâlet sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu ve daha sonra bu değişiklikleri benimseyen Türk Borçlar Kanununda, borçlunun bir faaliyet yürütmeyi üstlendiği tek sözleşme halini almış; İsviçre hukukundaki vekâlet-hizmet ikiliği artık ortadan kalkmıştır. Hizmet sözleşmesi sadece işverenin emir ve talimatlarına hukukî olarak bağlı olan kişiler içindir. Diğer yandan, 361. maddenin ilgasıyla Kanunda da yer verilmeyen bir ifade olan “serbest meslekler”, İBK m. 394/II gereği tümüyle vekâlet sözleşmesi kapsamında yer almaktadır⁵¹.

SONUÇ

Vekâlet sözleşmesinin tarihî gelişimi ve günümüzdeki konumu incelendiğinde, Roma’dan modern kanunlaştırma hareketlerine doğru bir evrim göze çarpmaktadır. Roma hukukunda ortaya çıkan *operae liberales* kavramı, özgür kişilerin bağımsız bilgi ve emeklerini belli bir ücret veya karşılık karşılığında sunmalarını ifade etmekteydi. Bununla birlikte, 19. yüzyıl sonu ve 20. yüzyıl başında şekillenen serbest meslekler (*professions libérales*) anlayışı tam anlamıyla aynı içerikte değildir. Roma hukukundaki *operae liberales* daha çok sosyal statüye dayalı bir ayrımı ifade ederken, modern dönemde *professions libérales* kavramı kurumsallaşmış meslek örgütleri, mesleki etik kuralları ve bağımsız çalışma biçimiyle tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu iki kavram arasında tarihsel bir bağlantı olsa da, mutlak bir özdeşlikten söz etmek mümkün değildir. Ancak Roma hukukundaki kavramsal yapıyı koruma çabasıyla modern baskı gruplarının ihtiyaçlarının örtüştüğünden bahsetme imkânı vardır.

Vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen sözleşmelere uygulanmasının, İsviçre Borçlar Kanunu’na özgü bir özellik olarak ortaya çıktığını belirtmek gerekir. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu, vekâletin kapsamını genişleterek yalnızca hukukî işlemleri değil, maddî fiilleri de içine almış; ayrıca 394/II hükmüyle serbest mesleklerin ve kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerinin tamamını bu sözleşme tipinin içinde değerlendirmiştir. Buna karşılık, Alman ve

⁵¹ WERRO, **mandat**, N. 67 ve 71. Ayrıca, WERRO, **CoRo**, Intro, N. 6 ve Art. 394, N. 3. Yazar, bu değişiklikte vekâlet sözleşmesinin “*petit contrat*”, yani küçük sözleşme olmaktan çıktığını söylemektedir. Sözleşmelerin *grand* (büyük) ve *petit* (küçük) olarak isimlendirilmesi, Fransız hukukunda yaygındır. Werro, tüm bu değişikliklerden sonra vekâlet sözleşmesinin İsviçre hukukunda sahip olduğu geniş alanı işaret ederek ironik bir şekilde kullanmaktadır. Ona göre, sözleşmelerin uygulanma sıklığı ve önemi dikkate alınarak küçük veya büyük sözleşme şeklindeki sınıflandırmasında, vekâlete *grand* sıfatı de kafi gelmektedir. Fransız doktrininde satış, evlenme, kira ve adi ortaklık “büyük sözleşmeler” arasında yer alırken, vekâlet, vedia, ariyet, karz gibi sözleşmeler “küçük sözleşmeler” arasında yer alır. Kavramla ilgili detaylı bilgi için bkz. CARBONNIER, **Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur**, LGDJ, 2013, Paris.

Fransız kanunlarında vekâletin bu şekilde geniş bir uygulama alanının olmadığı söylenmelidir. Bu karşılaştırma, İsviçre hukukunun vekâlet sözleşmesini, sözleşmeler içerisinde özel olarak ele alan farklı bir yaklaşım geliştirdiğini ortaya koymaktadır. Ancak bu özellik, kişisel güvenin önemli olduğu vekâletin, günümüzde ticarî ve karşılık beklenerek yapılan işlere uygulanması, onun esas karakteriyle uyumsuz görünmektedir. Dolayısıyla bu güven ilişkisine yakınlık veya bundan uzaklığı gösteren tipik ve atipik vekâlet tanımlarının ortaya çıkması kaçınılmaz olmuştur.

Vekâletin hukukumuzda da tartışma konusu olan birçok özelliğinin, aslında Roma'daki tarihî köklerinden kaynaklandığını görmek mümkündür. Bir yandan aracılık işlerine, diğer yandan da üst sınıf işlere yönelik bir sözleşme olan vekâlet, İsviçre hukukunda her iki grup işler, yani hem hukukî hem de maddî fiillere yönelik olarak devam etmektedir. Daha da önemli olan husus, bu sözleşmenin 20. yy başındaki ihtiyaç veya eğilimler dikkate alınarak ve ilk etapta serbest meslekler diye bir grubun varlığı düşünülerek uygulama alanının genişletilmesidir. Özellikle üzerinden yüzyıldan daha fazla bir zaman geçtikten sonra, asıl sorulması gereken soru ise, İBK m. 394/II hükmünün gerçekçi bir ihtiyaç ve kanunun sistematigi sebebiyle mi, yoksa tarihsel mirasın etkisiyle mi kanunda yer aldığıdır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AKAY, M. Hasanali, “Fransız ve Alman Medeni Kanunları ile Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarında İş Görme Sözleşmelerinin Genel Düzeni”, **Terazi Hukuk Dergisi** S. 223, 2025, s. 10-23.
- ARAL, Fahrettin, AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 15. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.
- BİLGE, 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.
- CARLEN, Louis, **Rechtsgeschichte der Schweiz, Eine Einführung**, Francke Verlag, Bern, 1988.
- DESSEMONTET, “François, Les contrats de service”, **Procès-verbal de la 121e assemblée annuelle à Neuchâtel**, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel, 1987.
- Dictionnaire Gaffiot, (çevrimiçi): <https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?p=350>, E.T. 25.08.2025.
- FICK, Fritz, **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.
- GIVERDON, Claude, “L’évolution du contrat du mandat”, **Doktora Tezi**, Paris, 1947.
- HABERTISCH, Johannes, **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, Traduit par Ch. Gilliéron, Tome II, J. Marti, Moudon, 1886.
- HAFNER, H., **Schweizerische Obligationenrecht**, Verlag von Orell Füssli, Zürich, 1883.
- HONIG, Richard, **Roma Hukuku**, 2. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1938.
- HONSELL, Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Stämpfli Verlag, Bern, 2017.
- KARADENİZ, Özcan, **Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri**, Sevinç, Ankara, 1976.

- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin, Ankara, 2010.
- LEUENBERGER, Christoph, “Dienstleistungsverträge”, **Procès-verbal de la 121e assemblée annuelle à Neuchâtel**, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel, 1987.
- OĞUZ, Arzu, “Roma ve Türk Hukuklarında İnançlı İşlem ve Vekâlet” **AÜHFD**, C. 41, S. 1, 1990, s. 225-284.
- PFISTER, Laurent, “Un contrat en quête d’identité, Jalons pour une histoire de la qualification du mandat”, **Le mandat, un contrat en crise?**, Ed. Nicolas Dissaux, Economica, Paris, 2011.
- PICHONNAZ, Pascal, **Les fondements romains du droit privé**, 2. Baskı, Schulthess Éditions romandes, Genève Zurich, Bâle, 2020.
- RADO, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- ROSSEL, Virgile, **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, F. Payot, Lausanne, 1922.
- SCHMID, Bruno, “Johan Caspar Bluntschli”, **Historisches Lexikon der Schweiz** (çevrimiçi) <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/007303/2010-09-22/>, E.T. 25.08.2025.
- SCHNEEBERGER, Thomas René, **Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten**, Peter Lang AG, Bern, 1992.
- SCHNEIDER, Albert, Fick, Heinrich, **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”, **Historisches Lexikon der Schweiz** (çevrimiçi) <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009605/2021-09-22/>, E.T. 25.08.2025.
- SCHULZ, Fritz, **Classical Roman Law**, The Clarendon Press, Oxford, 1961.
- SUTER, Robert, “Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht”, **Doktora tezi**, Bern Üniversitesi, 1904.
- TERCIER, Pierre, BIERI, Laurent, CARRON, Blaise, **Les contrats spéciaux**, 5. éd., Schulthess, Zürich, 2016.
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta, İstanbul, 1999 (Umur, Roma).
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- UYAN, Göktürk, **İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukukî Niteliği**, Beta, İstanbul, 2006.
- WERRO, Franz, “le contrat de mandat”, **Commentaire romand Code des obligations I: Art. 1-529 CO**, Ed. Thévenoz, Luc, Werro, Franz, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012 (Werro, CoRo).
- WERRO, Franz, **Le mandat et ses effets**, Éditions universitaires, Fribourg, 1993 (Werro, mandat).