

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ ANABİLİM DALI**

DOKTORA TEZİ

**MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK HUKUKU'NDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMLILIK
UNSURU**

Abdullah EROL

2502120029

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Halil İbrahim SARIOĞLU

İSTANBUL- 2019

TEZ ONAY SAYFASI



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ABDULLAH EROL Numarası : 2502120029
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ Danışmanı : PROF. DR. HALİL İBRAHİM SARIOĞLU
Tez Savunma Tarihi : 10.05.2019 Saati : 11.00
Tez Başlığı : MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMLILIK UNSURLARI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorular sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE / YERİNE / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. HALİL İBRAHİM SARIOĞLU		Kabul
2- PROF. DR. ÖMER EKMEKÇİ		Red
3- PROF. DR. HALUK HADİ SÜMER		Kabul
4- PROF. DR. TALAT CANBOLAT	—	—
5- DR. ÖĞR. ÜYESİ HASAN ŞENOCAK		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. SAYIM YORĞUN	—	—
2- PROF. DR. SÜLEYMAN ÖZDEMİR		KABUL

ÖZ

MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK HUKUKU'NDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMLILIK UNSURU

ABDULLAH EROL

Bağımlılık, iş sözleşmesinin temel unsurları arasında yer almakta ve iş sözleşmesini konusu iş görme olan diğer sözleşme türlerinden ayırmaktadır. Ancak esnek çalışma biçimlerinin yaygınlaşması, küreselleşme akımının etkileri ve işverenlerin işçi çalıştırmaktan kaynaklanan maliyetlerden kaçınma eğilimleri sebebiyle bağımlılık kavramının içi boşalmıştır. Bağımlılık kavramının klasik tanımından yola çıkıldığında, artık çalışanların önemli bir kesiminin ihtiyaç duymalarına rağmen işçilere/bağımlı çalışanlara sağlanan hak ve imkânlardan faydalanamadıkları görülmektedir. Bu sebeple, bağımlılık kavramının yeniden tanımlanması ve değişen şartlara göre yeniden uyarlanması gerekmektedir.

Her ne kadar Türkiye’de pek tartışma konusu olmasa da, bağımlılık kavramının içeriği ve kimlerin bağımlı çalışan olarak değerlendirilmeleri gerektiği hususu özellikle sanayisi gelişmiş ülkelerde yoğun araştırmalara konu olmuştur. Zira çalışanların hukuki statülerinin doğru bir şekilde belirlenmesi; kimlerin İş Kanunu’ndan ve işçiyi koruyucu diğer kanun hükümlerinden faydalanacağını tespit etmeyi, dolayısıyla da esasında İş Hukuku’nun kapsamının belirlenmesini sağlamaktadır. Özellikle son yıllarda giderek artan şekilde dillendirilen iş hukukunun sonunun geldiği yönündeki görüşlerin de temel dayanak noktası, bağımlılık kavramının aşındığı ve içinin boşaldığı gerçeğidir. Bağımlılık kavramındaki aşınma, yalnız hukuk alanını ilgilendiren bir sorun değildir; özellikle sanayi toplumlarında toplumun önemli bir kesiminin bağımlı çalışan statüsünde istihdam edilmesi ve bireysel anlamda işçi-işveren arasındaki ilişkilerin temelinde yer alması sebebiyle, dar ve geniş anlamda sosyal politikanın da konusunu oluşturmaktadır. Bu gerçek-

lerden yola çıkarak hazırlanan çalışmamızda, bağımlılık kavramında yaşanan değişim, değişime etki eden faktörler, değişimin sonucunda ortaya çıkan sorunlara bulunan çözüm yolları ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: İş Sözleşmesi, Bağımlılık Unsuru, Bağımlı-Bağımsız Çalışan, Bağımlılığın Tespitinde Kullanılan Ölçütler, Bağımlılığın Tespitinde Yararlanılan Testler, Sosyal Koruma.

ABSTRACT

THE DEPENDENCY FACTOR OF EMPLOYMENT CONTRACT IN TURKISH AND COMPARATIVE LAW

ABDULLAH EROL

The dependency is one of the basic elements of the employment contract and differentiates the employment contract from other types of contracts that are subject to work. However, the concept of dependence has been emptied due to the spread of flexible working styles, the effects of the globalization trend and the tendency of employers to avoid the costs arising from employing workers. From the classical definition of the concept of dependency, it is now seen that, despite the need of an important part of the employees, they do not benefit from the rights and opportunities provided to the employees / dependent workers. For this reason, the concept of dependency must be redefined and re-adapted according to changing conditions.

Although there is not much debate in Turkey, especially in developed countries the contents of dependency and whether the issue of who should be considered as dependent employees has been the subject of intense research. Through identifying the legal status of employees correctly, helps to determine who will benefit from the Labor Law and other provisions of the law protecting the worker and thus to determine the extent of the Labor Law. The main fulcrum of the opinion that the end of the labor law, which has been increasingly expressed in recent years, is the fact that the concept of dependency is eroded and emptied. The erosion in the concept of dependency is not a problem only in the field of law; on the contrary, it is the subject of social policy in a narrow and broad sense by the reason of the fact that the majority of the population employed as a dependent employee in industrial societies and is the basis of the relations between the individual and the

employer. Based on these facts, the changes in the concept of dependence, the factors affecting the change, the solutions to the problems that arise as a result of the change and the effectiveness of these solutions are discussed in this study in detail.

Keywords: Employment Contract, Dependency Factor, Dependent-Independent Worker, Criteria Used in Detection of Dependency, Tests Used in Detection of Dependency, Social Protection.

ÖNSÖZ

İş hukukunun en temel sorun alanlarından birini oluşturması sebebiyle konu edindiğimiz, iş sözleşmesinin bağımlılık unsurundaki değişimleri ve bu değişimlerin hukuki ve sosyal etkilerini incelediğimiz çalışmamızda her aşamada değerli katkılar sunan tez danışmanım, hocam Sayın Prof. Dr. Halil İbrahim Sarıoğlu'na en içten teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca tez konusunu belirlememdeki teşvik edici tavrı, yurt dışına çıkabilmemdeki yardımları ve katkıları dolayısıyla Sayın Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer Hocam'a da ne kadar teşekkür etsem azdır.

Augsburg Üniversitesi kütüphanesinden faydalanabilmem için yardımlarını esirgemeyen ve ihtiyaç duyduğumda kendisine danışabilmem için kapısını her zaman açık tutan, kendisiyle tanışmaktan onur duyduğum Sayın Doç. Dr. Erhan Temel'e de teşekkürü bir borç bilirim.

Eleştirilerine derin saygı duyduğum ve tezin içeriğine yönelik yapıcı eleştirileriyle tezimi geliştirmemde büyük yardımları bulunan Sayın Prof. Dr. Sayım Yorgun Hocam'a da saygı ve sevgilerimi sunmak isterim.

Tez süreçleri zorlu ve büyük sabır gerektiren süreçlerdir. Hem tezi yazanın hem de çevresindekilerin bu zorluklara katlanması ve gereken sabrı göstermeleri gerekir. Yeri geldiğinde tezi yazan kişinin derdini dinleyen ve sıkıntısını üzerinden alan kişiler de en az tezi yazan kişi kadar teze katkıda bulunurlar. Bu bakımdan, derdime ortak olan, zor zamanlarımda yanımda duran, maddi-manevi desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen ve sürekli beni teşvik eden anneme ve babama minnet ve şükranlarımı sunarım.

Yeri geldiğinde derdime ortak olan, benimle birlikte dertlenen ve sıkıntıya düştüğümde her daim yardımına koşan ve sıkıntılarımı rahatlıkla kendilerine anlatabildiğim Dr. Öğr. Üyesi Şevket Kamil AKârve Dr. Öğr. Üyesi Şenol Kurt Hocalarıma özellikle teşekkür ederim.

Hayatını benimle birleştirmekle ve kızımı hediye etmekle bir insanın yaşayabileceği en güzel duyguları bana yaşatan, kendisini tez çalışmalarım sebebiyle zaman zaman ihmal etmek zorunda kalmama rağmen büyük bir anlayış gösteren eşime de yürekten teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	v
ÖNSÖZ	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xvii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ

I. İş Sözleşmesi Kavramı	4
A. Tanım	4
B. İş Sözleşmesinin Temel Unsurları	7
1. İş Görme	7
2. Ücret Ödeme.....	9
3. Bağımlılık	11
C. İş Sözleşmesi-İş İlişkisi.....	13
II. İş Sözleşmesinin Gelişimi	15
A. Tarihçesi.....	16
1. Klasik Roma Hukuku'ndaki Durum.....	16
2. Orta Çağ'daki Durum	17
3. 20. Yüzyılda Ortaya Çıkan Eğilimler	19
4. İslam Hukuku'ndaki Durum.....	20
B. Küreselleşme Çağı'nda İş Sözleşmesi	22
III. İş Sözleşmesinin Özellikleri.....	23
A. Kişisel İlişki Doğurması.....	23
B. Karşılıklı Borç Doğurması	25
C. Sürekli İlişki Kurması	27

D. Katılma Sözleşmesi Olması	28
E. Rızâî Sözleşme Olması	29
F. İvazlı Bir Sözleşme Olması.....	30
G. Sosyal Koruma Sağlaması.....	31
IV. İş Sözleşmesinin Konusu İş Görme Borcu Olan Diğer Sözleşme Türleriyle Karşılaştırılması.....	33
A. Eser Sözleşmesi.....	33
1. Tanımı.....	33
2. Unsurları	34
a. Eser	34
b. Meydana Getirme	35
c. Ücret Vaadi	36
d. Taraflar Arasında Anlaşma	37
3. İş Sözleşmesiyle Karşılaştırılması	37
B. Vekâlet Sözleşmesi	43
1. Tanımı.....	43
2. Unsurları	45
a. Zorunlu Unsurları	45
(1) Bir İşin Görülmesi veya Bir Hizmetin Yapılması	45
(2) İşin veya Hizmetin Bağımsız Bir Şekilde Yapılması.....	47
(3) İş veya Hizmetin Başkasının Menfaatini Temin Amacıyla Gerçekleştirilmesi.....	48
(4) Tarafların Anlaşması	49
(5) İşin veya Hizmetin Sonuçtan Bağımsız Olarak Görülmesi.....	50
b. Zorunlu Olmayan Unsurları.....	51
(1) Ücret	51
(2) Sözleşmenin İstenildiği Zaman Sona Erdirilebilmesi	52
3. İş Sözleşmesiyle Karşılaştırılması	53

C. Adi Ortaklık Sözleşmesi	57
1. Tanımı.....	57
2. Unsurları	58
a. En Az İki Kişinin Varlığı (Kişi Unsuru).....	58
b. Ortak Amaç.....	59
c. Sermaye Koyma.....	60
3. İş Sözleşmesiyle Karşılaştırılması	61

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMLILIK UNSURU VE TESPİTİ

I. Bağımlılık Kavramı	64
A. Genel Olarak	64
B. Kişisel Bağımlılık.....	65
C. Hukuki Bağımlılık.....	68
II. Bağımlılık Kavramında Yaşanan Değişim ve Bu Değişimin Nedenleri	69
A. Bağımlılık Kavramında Yaşanan Değişim.....	69
B. Değişimin Nedenleri	70
1. Küreselleşme Akımı	70
2. Esnekleşme Eğilimleri.....	71
3. İş ve Üretim Organizasyonlarında Değişim	74
4. Sendikasızlaştırma Eğilimleri ve İşverenlerin Toplu Pazarlık Sürecine Müdahale İstekleri	75
III. Bağımlılık Kavramındaki Değişimin Tarafların Hak ve Borçları Üzerindeki Etkileri	77
A. İşçinin Hak ve Borçları Üzerindeki Etkileri.....	77
1. İş İfa Borcuna Etkileri	77
a. İş Bizzat İfa Etmesi.....	77
b. Özenle İfa Etmesi.....	80
2. Sadakat Borcuna Etkileri	81

a. Genel Olarak	81
b. Sır Saklama Borcu	82
c. Rekabet Etmeme Borcu	83
3. Düzenleme ve Talimatlara Uyma Borcuna Etkileri	84
a. Genel Olarak	84
b. İşin İfasına İlişkin Düzenleme ve Talimatlar	85
c. İşin Zamanına İlişkin Düzenleme ve Talimatlar	86
d. İşin Yerine İlişkin Düzenleme ve Talimatlar	87
B. İşverenin Hak ve Borçları Üzerindeki Etkileri	89
1. Ücret Ödeme Borcuna Etkileri	89
a. Genel Olarak	89
b. Ücretin İşveren veya Üçüncü Kişi/ler Tarafından Ödenmesi	90
c. Ücretin Ödenme Zamanı	91
d. Ücretin Ödenme Yeri	92
2. İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu	93
a. Genel Olarak	93
b. İş Sağlığı ve Güvenliği Tedbirlerini Alma Yükümlülüğü	93
c. İşçinin Vücut Bütünlüğünün ve Malvarlığının Korunması Yükümlülüğü ..	96
d. İşçinin Kişiliğinin Korunması Yükümlülüğü	96
3. Eşit Davranma Borcu	97
IV. Bağımlılık Unsurunun Tespiti	99
A. Bağımlılık Unsurunun Tespitinde Kullanılan Testler	99
1. Kontrol Testi	101
2. Organizasyonel Entegrasyon Testi	105
3. Ekonomik Gerçeklik Testi	108
4. Karşılıklı Yükümlülük Testi	111
B. Testlerde Dikkate Alınan Ölçütler	113
1. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı	113

2. Eğitim	116
3. Yapılan İşin İşyerinde Gerçekleştirilen İşle Bağlantısı	119
4. İlişkinin Sürekliliği	121
5. İşin Belirli Bir Kişi Tarafından İfa Edilmesi	123
6. Yönetim Yetkisinin Kimde Olduğu	124
7. Çalışma Süreleri	126
8. Çalışma Yeri	128
9. İşyeri Düzeni	130
10. Hesap Verme	131
11. Ücretin Belirlenme Yöntemi ve Ödenme Zamanı	132
12. İşin İfasına İlişkin Masrafların Kim Tarafından Ödendiği	136
13. İşin Yerine Getirilmesinde Kullanılan Araç-Gereçlerin Kim Tarafından Temin Edildiği	138
14. Yatırımın Kim Tarafından Yapıldığı	140
15. Kârve Zararın Kime Ait Olduğu	141
16. Aynı Anda Kaç Kişi İçin Çalışıldığı	144
17. Yapılan İşin Bir Kişinin (İşvereninin) Onayına Bağlı Olmaksızın Kamuya Sunulup Sunulamayacağı	146
18. İşten Çıkarma Yetkisi	147
19. Fesih Bildiriminde Bulunma Zorunluluğu Olup Olmaması	148

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞME TÜRLERİNE GÖRE BAĞIMLILIK_Toc8649998

I. Genel Olarak	150
II. Atipik İş Sözleşmesi Türlerinde Bağımlılık Unsuru	151
A. Geçici (Ödünç) İş ilişkisi	151
1. Kavram	151
2. Hukuki Niteliği	153

3. Unsurları	155
a. Meslekî Faaliyet Olmayan (Alelâde) Geçici İş İlişkisinin Unsurları	156
b. Meslekî Faaliyet Olan Geçici İş İlişkisinin Unsurları	157
4. Hükümleri.....	158
5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi	159
a. Çalışma yeri	160
b. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı.....	160
c. Ücretin Kim Tarafından Ödendiği	162
d. Eğitim.....	163
B. Kısmî Süreli İş Sözleşmeleri	164
1. Kavram	164
2. Hukuki Niteliği	165
3. Unsurları	166
4. Hükümleri.....	168
5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi	170
a. İşin Belirli Bir Kişi Tarafından İfa Edilmesi	170
b. İlişkinin Sürekliliği	172
c. Çalışma Süreleri.....	174
d. Çalışma Düzeni.....	175
C. Sıfır Saat Sözleşmesi.....	176
1. Kavram	176
2. Hukuki Niteliği	177
3. Unsurları	180
4. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi	181
D. Tele Çalışma.....	183
1. Kavram	183
2. Hukuki Niteliği	186
3. Unsurları	187

4. Hükümleri.....	188
5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi.....	189
a. Eğitim.....	189
b. Çalışma Yeri	191
c. İşyeri Düzeni.....	193
d. İşin Yerine Getirilmesinde Kullanılan Araç- Gereçlerin Kim Tarafından Temin Edildiği	194
E. Evde Çalışma	195
1. Kavram	195
2. Hukuki Niteliği.....	197
3. Unsurları	200
4. Hükümleri.....	201
5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi.....	204
a. Çalışma Yeri	204
b. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı.....	205
c. İlişkinin Sürekliliği	207
d. İşin Belirli Bir Kişi Tarafından İfa Edilmesi	208
F. Pazarlamacılık Sözleşmesi	209
1. Kavram	209
2. Hukuki Niteliği.....	211
3. Unsurları	212
4. Hükümleri.....	215
5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi.....	219
a. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı.....	219
b. Çalışma Süreleri.....	222
c. Çalışma Yeri	224
d. Kârve Zararın Kimin Üzerinde Gerçekleştiği.....	225
e. Aynı Anda Kaç Kişi İçin Çalışıldığı.....	228

III. İş Sözleşmesi Dışındaki Bazı Sözleşme Türlerinde Bağımlılık Unsuru	229
A. Acentelik Sözleşmesi	229
1. Kavram	229
2. Hukuki Niteliği	230
3. Unsurları	232
4. Hükümleri	235
5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi	238
a. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı	238
b. İşçi İstihdam Etme ve İdare Etme Yetkisinin Kimde Olduğu	240
c. İşin İfasına İlişkin Masrafların Kim Tarafından Ödendiği	241
d. Aynı Anda Kaç Kişi İçin Çalışıldığı	243
B. Tek Satıcılık Sözleşmesi	244
1. Kavram	244
2. Hukuki Niteliği	245
3. Unsurları	246
4. Hükümleri	250
5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi	253
a. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı	253
b. İlişkinin Sürekliliği	254
c. Aynı Anda Kaç Kişi İçin Çalışıldığı	255
C. Taşımacılık Sözleşmesi	256
1. Genel Olarak	256
2. Kavram	258
3. Hukuki Niteliği	259
4. Unsurları	261
5. Hükümleri	262
6. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi	264
a. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı	265

b. Aynı Anda Kaç Kişi İçin çalışıldığı.....	267
c. İlişkinin Sürekliliği	269
SONUÇ	271
KAYNAKÇA.....	274
ZGEMİş.....	314

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AB	: Avrupa Birliği
Abs.	: Absatz
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
ArbGG	: Arbeitsgerichtsgesetz (Alman İş Mahkemeleri Kanunu)
ArbStättVO	: Verordnung über Arbeitsstätten
Art.	: Artikel
Auckland U. L. Rev.	: Auckland University Law Review
AÜG	: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (Alman İstihdam Yasası)
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AVG	: Arbeitsvermittlungsgesetz (Alman İşe Yerleştirme Kanunu)
BAG	: Bundesarbeitsgericht (Alman Federal İş Mahkemesi)
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BFH	: Bundesfinanzhof (Alman Federal Finans Mahkemesi)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Yüksek Mahkemesi)
BK	: 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMR	: Convention Marchandise Routier
Co.	: Company
Colum. J. Transnat'l L.,	: Columbia Journal of Transnational Law

CP	: Common Pleas
Çev.	: Çeviren
Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi	: Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EuGH	: Gerichtshof der Europäischen Union (Avrupa Birliği Adalet Divanı)
EÜSBED	: Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
f.	: fıkra
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GewO	: Gewerbeordnung
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HAG	: Heimarbeitsgesetz (Alman Evde Çalışma Yasası)
HD.	: Hukuk Dairesi
hg.	: Hergestellt
HGB	: Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBHKG	: İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
ILO	: International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
IRLR	: Industrial Relations Law reports
İSG	: İş Sağlığı ve Güvenliği
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar (veya Kanun)
LR	: Law Reports
Ltd.	: Limited

m.	: Madde
No.	: Numara
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OR	: Obligationen Recht (İsviçre Borçlar Kanunu)
örn.	: Örneğin
plc.	: Public Limited Company
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
STİSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Transp. L.J.,	: Transportation Law Journal
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
TvG	: Tarifvertragsgesetz (Alman Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu)
TzBfG	: Teilzeit- und Befristungsgesetz (Alman Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Kanunu)
UK	: United Kingdom (Birleşik Krallık/İngiltere)
UKEAT	: Employment Appeal Tribunal of United Kingdom (İngiltere İş Temyiz Mahkemesi)
UKSC	: Supreme Court of United Kingdom (İngiltere Yüksek Mahkemesi)
US	: United States of America (Amerika Birleşik Devletleri)
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri

vs.	: ve sair
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
yy.	: Yüzyıl
ZGB	: Zivil Gesetz Buch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

Hayatın her alanında olduğu gibi, hukukta da sürekli bir değişim ve dönüşüm yaşanmaktadır. Ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmeler neticesinde her geçen gün yeni ihtiyaçlar ve çözülmesi gereken yeni sorunlar ortaya çıkmaktadır. Toplumun önemli bir kısmını ilgilendiren iş hukuku da bu değişim ve dönüşümden kendine düşeni almaktadır.

İş hukuku, hem hukukun hem de sosyal politikanın temel uğraş alanları arasında yer almaktadır. Zira ücret, çalışanların sosyal korumaya duydukları ihtiyaç, ailelerin yapısı, sendika özgürlüğü gibi kavramlar, hukukun olduğu gibi, sosyal politikanın da ilgi alanlarındandır. Bu bakımdan, iş hukuku kapsamında çıkarılan kanunların ve verilen kararların toplumda büyük etkileri olmaktadır.

Özellikle teknolojik gelişmeler neticesinde iş hukuku bakımından sürekli yeni meseleler gündeme gelmektedir. Zira teknolojik ilerleme ve gelişmeyle eşanlı olarak iş ilişkileri de değişmekte ve gelişmektedir. Sanayi Devrimiyle birlikte gündeme gelen “işçi” kavramı artık bilinen manada “işçi”leri tanımlamada yetersiz kalmaktadır. 1980’lerden beri giderek artan bir hızla yayılan esnek çalışma şekilleri ve uzaklaştırma stratejileri kapsamında uygulanan çalışma modelleri, “tipik iş” kapsamında istihdam edilen çalışanların sayısını devamlı olarak azaltmaktadır. Tipik iş denilince akla gelen; belirli bir işyerinde, yalnızca bir işverene bağlı olarak, onun emir ve talimatları çerçevesinde tüm çalışma süresini ona hasrederek çalışma biçimi artık gitgide azalmaktadır. Zira esnek çalışma biçimlerinin etkisiyle “tipik iş” i oluşturan her unsur ya ortadan kalkmakta ya da ifade ettiği anlam değişmektedir. Nitekim “işyeri” unsuru, eskiden olduğu gibi fabrikayı veya sabit, tek bir işyerini değil, işin yapıldığı her yeri ifade etmektedir. Aynı şekilde, çalışanın çalışma süresinin tamamını tek bir işverenin yanında kullanmaması ve birden fazla işverenin yanında çalışmasının, hatta kimi zaman aynı anda birden fazla işverenin işini görmesinin de mümkün hale gelmesi “çalışma saatleri” ve “tam zamanlı çalışma” unsurlarının farklı şekilde değerlendirilmesini zorunlu hale getirmiştir.

Tipik iş olarak nitelendirilen işlerin kapsamının daralması ve esnek çalışma biçimlerinin ortaya çıkmasıyla birlikte, kimin “bağımlı çalışan/işçi”, kimin “bağımsız çalışan” olarak nitelendirileceği konusu önemli bir sorun haline gelmiştir. Kanunların tipik işten yola çıkarak tanımladıkları “işçi” kavramı, yeni ortaya çıkan çalışma biçimleri kapsamında istihdam edilenlerin “işçi” olarak değerlendirilmesine imkân vermemiştir. Hal böyle olunca da, sosyal korumaya ihtiyaç duymasına rağmen kanunların işçilere sağladığı imkânlardan faydalanamayan ve işveren karşısında daha da korunmasız hale gelen bir “bağımsız çalışan” kategorisi oluşmuştur. Bu durumun toplumda ortaya çıkarttığı ve çıkaracağı huzursuzlukları gören kanunkoyucular da, “bağımlı çalışan/işçi” kavramının kapsamını ihtiyaca göre sürekli olarak değiştirmiş ve geliştirmiştir. Ancak bu çaba, değişimin hızı karşısında istenilen sonucu vermekten uzak kalmıştır.

Günümüzde bir kimsenin işçi olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle, “bağımlı bir çalışmanın” varlığı aranmaktadır. Şayet taraflar arasında kişisel/hukuki, ekonomik ve hiyerarşik bir bağıllık mevcut değilse, iş sözleşmesinden ve dolayısıyla da “işçi” likten bahsetmenin mümkün olmayacağı görüşü hâkimdir. Bununla birlikte, bağımlılığın nasıl tespit edileceği en temel sorunu oluşturmaktadır. Esnek çalışma biçimlerinin “tipik iş”ten ayrılan pek çok farklı çalışma türünü içermesi, bu kapsamda istihdam edilenlerin bağımlılıklarının da farklı ölçütler göz önünde bulundurulması gerektirmiştir. Öyle ki bilgisayar ve iletişim teknolojilerinin gelişmesi neticesinde, artık işyerine hiç uğramadan da iş görme borcu ifa edilebilmektedir. Haliyle bu ve bu türden işlerde çalışanlar klasik anlamda “işçi” olarak nitelendirilememektedirler. Ancak bu kişilerin ekonomik açıdan tek bir işverene bağımlı olmaları, geçimlerini ondan elde ettikleri ücretle sağlamaları, işi yaparken uyguladıkları usul ve yöntemleri ondan aldıkları emir ve talimatlar çerçevesinde şekillendirmeleri, hiyerarşik bakımdan da onun organizasyonu içerisinde ve altında yer almaları gibi ölçütler göz önüne alındığında, sosyal korumaya ihtiyaç duydukları açıktır. Dolayısıyla değişimin bu kadar hızlı gerçekleştiği bir çalışma hayatında iş sözleşmesi kapsamında ele alınan bağımlılık unsurunun varlığı ve derecesini belirlemede kullanılan “tipik iş” ölçütünden farklı ölçütlerin kullanılması zorunlu hale gelmiştir.

Bu amaçla tezin birinci bölümünde, iş sözleşmesinin tarihsel gelişim sürecine kısaca değinilmiş, temel unsurlarını ve diğer iş görme sözleşmelerinden ayrılan yönü teorik bir çerçevede ele alınmaya çalışılmıştır. Bağımlılık unsurunun iş sözleşmesini konusu iş görme borcu olan diğer sözleşme türlerinden (eser, vekâlet ve adi ortaklık) ayırt etmedeki önemi ve iş sözleşmesinin hangi yönlerden farklılıklarının bulunduğu anlatılacaktır.

İkinci bölümde ise bağımlılık unsurunun tespitinde kullanılan testlere ve bu teslerin dikkate aldıkları ölçütlere yer verilmiştir. Testlerin bağımlılık ilişkisini tespit etmede eksik kalan yönleri gözönünde bulundurularak; hâlihâzırda kapsam açısından en geniş olan, en detaylı ölçümü sağlayan ve en doğru sonuçları veren Amerikan İç Gelir Servisi (Internal Revenue Service-IRS)'nin bağımlı çalışan – bağımsız çalışan ayrımında kullandığı testin ele alınması uygun görülmüştür. Zira bu test kapsamında değerlendirme yapmak için kullanılan ölçütler, şimdiye kadar kullanılan testlerin başvurdukları tüm ölçütleri içermektedir. Bununla birlikte, söz konusu testin de her olayda doğru sonucu vermemesi nedeniyle, kullanılan ölçütlerin ne şekilde ele alınması gerektiğine ve hangi yönlerden yetersiz kaldıklarına yer verilecektir.

Üçüncü bölümde, çalışma hayatında çokça başvurulan esnek iş ilişkilerinin bağımlılık unsurunun aşınmasına hangi yönlerden katkıda bulunduğu ve bu sözleşme türleri kapsamında istihdam edilenlerin bağımlılık unsurundaki aşınmaya rağmen neden “bağımlı çalışan” olarak değerlendirilmeleri gerektiğinin üzerinde detaylı olarak durulmuştur. Her ne kadar günümüzde bu türden iş ilişkileri kapsamında çalışanların bağımlı çalışan oldukları kabul ediliyorsa da, bunun temelinde yatan mantığın açıklanması, henüz bağımlı çalışan olarak görülmemeyen; bununla birlikte, esasında bağımlı çalışanlardan pek de farkı bulunmayan kişilerin hukuki statülerinin doğru bir şekilde belirlenmesine katkıda bulunacaktır. Bu doğrultuda, henüz Türk hukuk doktrininde üzerinde pek durulmasa da, acentelik, tek satıcılık ve karayolu taşıma sözleşmelerinin iş sözleşmesindeki gibi bir bağımlılık ilişkisi kurduğuna ve acentenin, tek satıcının ve kendi aracına sahip olan taşıyıcının esasında bağımlı çalışan olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğuna ve bu yapılırken de hangi ölçütlerden nasıl yararlanılacağına dair açıklamalarda bulunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ

I. İş Sözleşmesi Kavramı

A. Tanım

İş sözleşmesi, temel olarak, işçinin çalışması ve bu çalışma karşılığında, işverenin yapılan iş sonucunda kararlaştırılan parasal karşılığı işçiye ödemesi unsurlarından oluşmaktadır¹. “İş” ve “ücret” in iş sözleşmesinin temelini teşkil eden unsurlardan olması, bu sözleşme türünün bir özel hukuk sözleşmesi karakterini taşımasından ileri gelmektedir. Zira özel hukuktaki sözleşme tanımından hareket edildiğinde²; işverenin “iş”, işçinin de “ücret” sonucunu elde etmek üzere birbirine uygun irade beyanında bulunmaları neticesinde, iş sözleşmesinin ortaya çıktığı görülmektedir.

Her ne kadar “iş” ve “ücret” unsurları, iş sözleşmesinin en temel unsurlarından olsa da, hukuki anlamda bir “iş sözleşmesi”nden bahsedilebilmesi için yalnızca bu iki unsurun varlığı yeterli olmayacaktır. Zira modern iş hukuku öğretisinde, iş sözleşmesinin yalnızca karşılıklı edimlerin ifasından (iş ve ücret) ibaret olan bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olduğu görüşü artık kabul edilmemektedir³. Öyle ki, yalnızca söz konusu iki unsur göz

¹ Peter Hanau, Klaus Adomeit, **Arbeitsrecht**, 14. Auflage, Neuwied, Luchterhand, 2007, s. 153.

² “Sözleşme, iki tarafın bir hukuki sonucu elde etmek üzere iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun surette açıklamalarıyla oluşan bir hukuki işlemdir.” Bkz. Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 1-2.; Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, Beta, 2012, s.23.

³ A. Can Tuncay, “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, **Prof. Dr. Hayri Domanıç’e Armağan**, İstanbul, 1995, s. 1044. Yargıtay da 1986 yılından itibaren vermiş olduğu kararlarda, “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarının bir sözleşmenin iş sözleşmesi olarak belirlenmesinde belirleyici olduklarına hükmetmektedir. Bkz. Yarg. HGK 1998/21-529 E., 1998/534 K., Tarih: 24.6.1998. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-1998-21-529.htm&kw>, (Çevrimiçi), 27.09.2017.; Yarg. HGK 1986/10-718 E., 1987/332 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-1986-10-718.htm&kw>, Tarih: 15.4.1987, (Çevrimiçi),27.09.2017.; Yarg. HGK 2016/9-1414 E., 2016/1072 K. Tarih: 16.11.2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2016-9-1414.htm&kw>, (Çevrimiçi), 27.09.2017.

önünde bulundurulacak bir değerlendirme, herhangi bir sözleşmenin “iş sözleşmesi” olarak diğer özel hukuk sözleşmesi türlerinden ayrıştırılmasını mümkün kılmamaktadır. Bu noktada, iş sözleşmesinin ayrıştırıcı unsuru olan “bağımlılık” ortaya çıkmaktadır. Bağımlılık; iş sözleşmesini, konusunu iş görme borcunun oluşturduğu diğer özel hukuk sözleşmesi türlerinden ayıran, karakteristik bir özelliği ifade etmektedir⁴.

Bağımlılık unsurunun, iş sözleşmesini, konusunu iş görme borcunun oluşturduğu diğer sözleşmelerden ayırt etmede başvurulacak önemli bir husus olduğu gerçeği, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde Türk kanunkoyucusu tarafından göz ardı edilmiştir. İş sözleşmesinin ayrı bir kavram olarak alınmadığı ve “hizmet sözleşmesi” başlığı altında düzenlendiği 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda, hizmet sözleşmesi; “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki, onunla işçi, muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder” şeklinde tanımlanmıştır⁵. Anlaşılması zor ve tercüme yöntemi bakımından da sıkıntılı olan bahse konu tanımdan, hizmet sözleşmesinin hizmet görme ve ücret ödeme borçlarını doğuran ve bu yönüyle de karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, iş sözleşmesini diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayıran “bağımlılık” unsuruna, madde metninde yer verilmemiş olması, hizmet sözleşmesi kavramının iş sözleşmesi kavramı yerine de kullanılması noktasında birtakım sorunların ortaya çıkmasına yol açmıştır⁶. Oysaki mehz İsviçre Borçlar Ka-

⁴ Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 27. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2014s. 106-108.; Ali Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, Ankara, 1997, s. 96; Günther Löschnigg, Alpay Hekimler, **Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku İle Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları**, 1. Basım, Ankara, Efil Yayınevi, 2011, s. 69.

⁵ Borçlar Kanunu’nda “hizmet sözleşmesi”, İş Kanunu’nda “iş sözleşmesi” kavramlarının kullanılmış olması, tarihi süreçte doktrinde bu iki kavramın farklı sözleşmeleri ifade ettiği ve “hizmet sözleşmesi” ile “iş sözleşmesi” nin birbirinden farklı iki hukuki kurum olduğu yönünde görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Buna karşılık, doktrinde hâkim olan görüş, bu iki kavramın esasında aynı içeriğe sahip olduğu ve aynı kurumu tanımladığı doğrultusundadır. Bkz. Seza Reisoglu, **Hizmet Akdi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 3-10.

⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 341-343. Haluk Hadi Sümer, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, **Sicil**, S. 19, Eylül, 2010, s. 68. 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndaki ifade edilen eksikliğin, tercüme hatasından kaynaklanmış olması

nunu'nda, "İş Sözleşmesi" başlığı altında yapılan tanımda, "işverenin hizmetinde" ifadesine yer verilerek, bağımlılığın, iş sözleşmesinin temel unsurlarından birisi olduğu belirtilmiştir⁷.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 393/1'de hizmet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır; "Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir". 4857 sayılı İş Kanunu m. 8/1'deki tanım ise; "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir" şeklindedir⁸.

Bu açıklamalardan yola çıkıldığında iş sözleşmesi; Sözleşme taraflarından birinin (işçi) diğer tarafa (işveren) bağımlı olarak, yerine getirilmesi hususunda, karşılıklı birbirine uygun irade beyanları neticesinde anlaşılan işi ifa etmeyi, diğer tarafın da (işveren) söz konusu ifanın değeri olarak para cinsinden maddi bir karşılık ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşme türü olarak tanımlanabilecektir.⁹

ihtimali bir yana; kanunkoyucunun bu eksikliği bilerek de ortaya çıkarmış olması da muhtemeldir. Nitekim, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki "hizmet sözleşmesi" tanımı, Alman Medeni Kanunu'ndaki "serbest hizmet sözleşmesi (freie Dienstverträge)" tanımıyla önemli ölçüde benzeşmektedir⁶. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesinin tanımına ilişkin bahse konu hükmü, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği zamana kadar değiştirilmeden korunmuştur. Bu noktadan hareketle, kanunkoyucunun, bağımlılık unsurunu kasıtlı olarak hizmet sözleşmesine dâhil etmediği sonucuna varmak mümkündür. Buna karşılık, Alman hukukunda hem hizmet sözleşmesi hem de iş sözleşmesi kurumlarının tanımlanmış olması, bu yönde bir sonuca varmayı pek de mümkün kılmamaktadır.

⁷ İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki tanımın tam metni; "İşçinin, bireysel iş sözleşmesiyle belirli veya belirsiz bir süre için, işverenin hizmetinde iş görmeyi ve işverenin de zamana veya yapılan işe göre takdir edilen ücreti ödemeyi üstlenmesidir." (OR. Art. 319/1).

⁸ Alman Hukuku'nda mevcut olan bir görüşe göre, iş sözleşmesi (Arbeitsvertrag), hizmet sözleşmesinin (Dienstvertrag) özel bir türüdür. Bununla birlikte, Alman Borçlar Kanunu'nda hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlenen hükümler ve aynı şekilde yönetmelikler de iş sözleşmesi hakkında da uygulanmaktadır. Ancak iş sözleşmesine ilişkin düzenlenen yönetmelikler, hizmet sözleşmesi hakkında uygulanmamaktadır. Bu bakımdan, iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi birbirinden ayrı kavramlar olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Michael Niebler, Horst Meier; Anja Dubber, **Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter?**, 2. Überarbeitete Auflage, Erich Schmidt, 1995, s. 26.

⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 38-39.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 99; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Legal Kitabevi, 2010, s. 53-54.; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 164-165.; Sarper Süzek, **İş**

B. İş Sözleşmesinin Temel Unsurları

1. İş Görme

Karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olan iş sözleşmesinin, işçinin üzerine yüklemiş olduğu temel borç, iş görme borcudur. İş sözleşmesinin, hukuki olarak geçerli bir şekilde ortaya çıkabilmesi için varlığı mecburi olan “iş görme edimi”, bu özelliğinden hareketle, aynı zamanda iş sözleşmesinin temel unsurlarından birini de oluşturmaktadır. Bununla birlikte, iş görme edimini, iş sözleşmesinin karakteristik bir özelliği olarak nitelendirmek mümkün değildir¹⁰. Zira iş sözleşmesinde olduğu gibi diğer özel hukuk sözleşmelerinde de, bir “iş” in yerine getirilmesi, sözleşmenin taraflarından en azından birisi üzerine yüklenen bir borçtur. Örneğin; eser sözleşmesinde, iş sahibinin ücret ödeme yükümlülüğü karşısında, yüklenicinin, bir binayı inşa etme, bir projeyi çizme veya bir elbiseyi dikme yükümlülükleri ortaya çıkabilmektedir¹¹.

İş görme ediminin temelini oluşturan “iş” in ne şekilde ortaya çıkabileceği ayrıca incelenmesi gereken bir konudur. Bu noktada, iş sözleşmelerinde genel olarak görülen ortaya çıkış şekli; aktif olarak, yani harici bir eylemle meydana gelmesi halidir. Zira iş sözleşmeleriyle elde edilmek istenen sonuç çoğunlukla, emek ve dolayısıyla da olumlu bir fiil gerektiren işlerden oluşmaktadır¹². Bununla birlikte, “iş” in olumlu bir fiil olarak ortaya çıkması mecburi değildir. Nitekim işçinin, herhangi bir iş görmüyor olsa bile, işveren emrinde ve işin ifası için hazır bekliyor olması da “iş” kavramına dâhil kabul edilmektedir.

Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Beta, 2014, s. 107.; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 418.; A. Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E. Tuncay Senyen/Kaplan, **İş Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013, s. 51.; Cevdet İlhan Günay, **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 366.; Löschnigg/ Hekimler, **a.g.e.**, s.69-71.Wolfgang Hromadka, “Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes”, **NZA**, Heft 15, 2007, s. 838.

¹⁰ Sinan Sami Akkurt, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, **DEÜHFD**, c. 10, S. 2, s. 48.

¹¹ Akıntürk/Karaman, **a.g.e.**, s. 307.; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin, 2012, s. 314.

¹² Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 419.; Akkurt, a.g.m., 15-17.

Aynı şekilde, işçinin harici bir eylemde bulunmuyor olması durumunda da iş sözleşmesinin varlığından bahsedilebilecektir. Örneğin; modelin poz vermesi, mühendisin bulunduğu yerden fabrikada çalışan işçileri denetlemesi vb.¹³.

Aynı bağlamda değerlendirilebilecek bir başka husus da, sözleşmenin temelini oluşturan fiilin bedensel veya zihinsel bir eylemi konu ediniyor olmasının, bu sözleşmenin iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesine ne şekilde etki edeceğidir. Yukarıdaki bilgiler ışığında değerlendirildiğinde, “iş” in zihinsel ya da bedensel bir faaliyetle gerçekleştiriliyor olmasının, iş sözleşmesinin ortaya çıkması bağlamında herhangi bir etkisi bulunmamaktadır¹⁴.

İş görme edimini, -aksi kararlaştırılmamışsa- işçinin şahsen ifa etmesi gerekmektedir. Zira iş sözleşmesi, bağımlı bir hukuki ilişki doğuran ve -çoğunlukla- işçi veya işverenin şahsına bağlı olarak tesis edilen bir sözleşmedir. Dolayısıyla, işçinin bu borcu başkasına devretmesi -genel olarak- mümkün değildir. Buna karşılık, şayet iş sözleşmesinin tesisinde, işçinin veya işverenin şahsı önemli değilse veya iş görme borcunun işçiden başka biri tarafından yerine getirilebileceği sözleşmede kararlaştırılmış ise; işçinin, bu borcu şahsen ifa yükümlülüğü de ortadan kalkar¹⁵.

¹³ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 40; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal., **a.g.e.**, s. 344.; Ayrıca bkz. Social Security Board v. Nierotko 327 U.S. 358 (1946), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/327/358>, (Çevrimiçi), 07.11.2017.

¹⁴ Preis, “Dienstvertrag”, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, hg. Von Rudi Müller-Glöge, Preis, Ingrid Schmidt, Münih, C.H. Beck, 2015, s. 1519.; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 40.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal., **a.g.e.**, s. 344-345.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 102.; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 419.; Türk Hukuku’nda zihinsel faaliyetlerin öngörüldüğü sözleşmeler, 3008 sayılı Kanun’da iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemekte, dolayısıyla da İş Kanunu, bu sözleşmeler için uygulanmaktaydı. 4857 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte, faaliyetin zihinsel veya bedensel olmasının iş sözleşmesinin kapsamında değerlendirilme hususundaki ikilem ortadan kaldırılmış, 3008 sayılı Kanun döneminde meydana çıkan fikir işçisi-beden işçisi sona erdirilmiştir.

¹⁵ Preis, “§ 613 Unübertragbarkeit”, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, hg. Von Rudi Müller-Glöge, Preis, Ingrid Schmidt, Münih, C.H. Beck, 2015, s. 1550.; Preis, **Arbeitsrecht**, 4. Baskı, Köln, Dr. Otto Schmidt, 2012, s. 342-343.; Ji-Soon Park, **Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen**, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 2004, s. 21.; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 147.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 579-585.; Manfred Rehbinder, **Schweizerisches Arbeitsrecht**, 15. Baskı,

İşçinin iş görme borcu, her ne kadar iş sözleşmesinin bir sonucu olarak kendiliğinden mevcut ve aynı zamanda bu sözleşmenin kurucu unsuru olsa da işçinin bu borcu mutlak suretle sözleşme devam ettiği sürece her an ifa etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim işveren ücret ödeme borcunu yerine getirmekten çekiniyorsa ve aynı zamanda sözleşmeyi de feshetmiyorsa, bu durumda işçinin iş görmekten kaçınma hakkının mevcut olduğu kabul edilmektedir¹⁶.

2. Ücret Ödeme

İşçinin iş görme borcunun karşılığı olma ve iş sözleşmesini diğer sözleşme türlerinden ayırma özelliği bağlamında “ücret ödeme”, iş sözleşmesinin temel unsurlarından birini oluşturmaktadır¹⁷. İş görme ediminden farklı olarak; ücret ödeme, iş sözleşmesini, konusunu iş görme borcunun oluşturduğu vekâlet sözleşmesinden ve bağış vaadinden ayırma hususunda işlev görmektedir¹⁸.

İşverenin ücret ödeme borcunun söz konusu olmadığı bir sözleşmeyi, iş sözleşmesi olarak adlandırmak mümkün değildir. Buna karşılık, iş sözleşmesi akdedildiği esnada ücretin iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde belirlenmiş olması da mecburi değil-

Bern, Stampfli, 2002, s. 56-58.; Süzek, **a.g.e.**, s. 329.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 250-251.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 168-169.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **a.g.e.**, s. 97.; Turgut Uygur, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013, s. 1968-1969.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. A. Can Tuncay, “Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 6, 2005, s. 650- 654. Ayrıca bkz. Yarg. HGK 2012/9-1166 E., 2013/279 K. Tarih: 27.2.2013., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2012-9-1166.htm&kw>, (Çevrimiçi), 07.11.2017.

¹⁷ Preis, **a.g.e.**, s. 388.; Uygur, **a.g.e.**, s. 1959.

¹⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 348.; Süzek, **a.g.e.**, s. 218.; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 425.; Vehbi Umut Erkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları”, **AÜHFD**, C. 2, S. 62, 2013, s. 443.

dir; sonradan belirlenmesi veya hiç belirlenmemiş olması da, söz konusu ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesini engellemeyecektir. Mevcut durumda, işçinin ücreti, emsal işçinin ücreti üzerinden değerlendirilecektir¹⁹.

Emsal işçinin ücreti üzerinden yapılacak ücret ifasında; bedeli ödenecek işin, “karşılıksız yapılamayacak bir iş” olması gerekmektedir²⁰. Aksi halde, söz konusu işin, bir yardım veya bağış vaadi çerçevesinde gerçekleştirildiği sonucuna varılacaktır²¹.

Her ne kadar ücretin, “yapılan işin karşılığı” olması bağlamında değerlendirildiğinde, nakden olduğu gibi, aynı olarak da ödenebileceği ileri sürülebilirse de, modern iş kanunlarında, işin karşılığı olarak belirlenen ücretin, geçerli para birimi üzerinden nakden ödemesi, bir zorunluluk olarak düzenlenmiş bulunmaktadır²².

¹⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **a.g.e.**, s. 128.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 173.; Süzek, **a.g.e.**, s. 218.; Uygur, **a.g.e.**, s.1960-1961.; Kübra Doğan Yenisey, “Hizmet Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler- Tebliğler**, Ed. Murat İnceoğlu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 314.; “Emsal işçi/ücret” kavramı, hizmet sözleşmesinde ücretin belirlenmesi hususunda TBK ile getirilmiş bir ölçüttür. BK döneminde bulunmamaktadır. Bu ölçütün ücretin belirlenmesi hususunda belirsizliklere sebep olacağı, bu sebeple kanun meninden çıkartılması gerektiği, doktrinde ileri sürülen bir görüştür. Bkz. Ömer Ekmekçi, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart, Yıl 4, S. 13, 2009, s. 22. Ayrıca bkz. Yarg. HGK. 2017/7-2236 E., 2017/1182 K., Tarih; 14.6.2017., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2017-7-2236.htm&kw>, (Çevrimiçi), 07.11.2017.

²⁰ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 173-174.

²¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 348.

²² Bkz. 4857 sayılı Türkiye için: 4857 sayılı İş Kanunu m. 32/2; Almanya için: §107 Abs. 1 GewO. 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda m. 401’den hareketle, ücretin aynı olarak ödenebileceği yönünde birtakım görüşler mevcuttur. Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 351. Buna karşılık; BK m. 407 hükmü göz önüne alındığında, bu yönde bir yorum mümkün gözükmemektedir. Zira Kanun’da “özel olarak açılan olan banka hesabına yatırılacak ücret” ten bahsedilmektedir. Dolayısıyla da, kanunun lafzı karşısında, aynı ödeme mümkün gözükmemektedir. Ancak bu kural, sosyal ücret olarak da adlandırılan asıl ücret dışındaki çıkarlar bakımından geçerli değildir. Haluk Hadi Sümer, **İş Hukuku**, 23. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018, s. 75.

3. Bağımlılık

İş sözleşmesi, her ne kadar kaynağını özel hukuktan almakta ise de, diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak; sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden işçinin, sosyal bakımdan da korunmasını amaç edinmiş bulunmaktadır. Zira iş sözleşmesinin taraflarını oluşturan işçiler ve işverenler, nicelik olarak toplumun önemli bir kesimini oluşturmakta ve bunların kendi aralarındaki hukuki ilişki, tüm toplumu ilgilendirmektedir. Şöyle ki, işçiler çoğunlukla yalnızca bir işte çalışmakta ve çalıştıkları işlerden aldıkları ücretlerle hayatlarını idame ettirmektedirler. Buna karşılık işveren ise, gerektiğinde veya arzu ettiğinde, işçileri işten çıkarabilmekte ve üretime, dolayısıyla da kazanç elde etmeye devam edebilmektedir. Dolayısıyla, diğer özel hukuk sözleşmesi türlerinden farklı olarak iş sözleşmesinde, taraflar arasında bir eşitlikten söz etmek mümkün olmamakta; tam aksine, hiyerarşik bir ilişkinin varlığının kabulü gerekmektedir²³.

Söz konusu hiyerarşik ilişki, işçinin işverene bağımlı bir şekilde iş görmesini ve işini ifa ederken işverenin emir ve talimatlarına mutlak suretle itaat etmesini mecburi hale getirmektedir²⁴. Bu açıdan bakıldığında, diğer hiçbir özel hukuk sözleşmesinde, âkit tarafların, birbirlerine iş sözleşmesinde olduğu kadar bağımlı olmadıkları görülmektedir. Netice olarak, bağımlılık unsuru, iş sözleşmesinin, hukuk mevzuatında ve öğretisinde kendine özgü bir yer edinmesinde önemli bir işlev üstlenmektedir.

²³ Süzek, **a.g.e.**, s. 220.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **a.g.e.**, s. 54.; Burhan Özdemir, “Ev Çalışması”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, Ankara, 1997, s. 136.

²⁴ Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru üzerine Bir Deneme”, s. 107-108.; Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 97-105.

Bağımlılık unsuru, aynı zamanda iş sözleşmesinin karakteristik bir özelliği olarak da nitelendirilmektedir. Sözleşme taraflarının birbirlerine bağımlılıklarının bulunup bulunmadığı veya bulunması halinde bunun derecesi, ihdas edilen sözleşmenin, iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesinde başvurulacak en önemli kıstas olmaktadır²⁵.

Bağımlılık unsurunun iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt etme hususunda başvuru temel ölçüt olarak değerlendirilmesi, modern hukuk öğretisinin ortaya koymuş olduğu bakış açısı doğrultusunda gündeme gelmiştir²⁶. Bu bakış açısının gündeme gelmesinde ise, iş piyasasında başvuru yeni çalışma biçimlerinin, klasik “iş” tanımına girmemesi ve bundan dolayı “işçi”lerin hak kayıplarına uğramaları etkili olmuştur²⁷. İşçinin tek bir işyerinde, günün belirli saatlerinde ve belirli bir ücret karşılığında çalıştığı klasik çalışma biçimlerinin, sosyal ve ekonomik birtakım sebeplerden değiştirilmesi ihtiyacının ortaya çıkması ve bunun sonucunda yeni (esnek) çalışma biçimlerinin oluşturulması, bu gelişmelere cevap verecek yeni kanuni düzenlemelerin de tesis edilmesini zorunlu kılmıştır. Nitekim, 19. yy.’ın sonları ve 20. yy.’ın başlarında Kıta Avrupası’nda ortaya konulan, iş sözleşmesinin iş ve ücret unsurları yanında “bağımlılık” unsurunu da bünyesinde barındıran bir sözleşme türü olduğu görüşü, bu ihtiyaca karşılık vermek amacıyla ortaya atılmıştır²⁸.

Günümüzde, çalışma türleri daha da çeşitlenmiş bulunmaktadır. Öyle ki, hâlihâzırda iş piyasasında uygulanan neredeyse hiçbir çalışma biçimi, klasik iş tanımı kapsamında değerlendirilememekte, dolayısıyla bu çalışma biçimlerinin hangi sözleşme kapsamında

²⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 353.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 106-108.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **a.g.e.**, s. 54.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 167.; Süzek, **a.g.e.**, s. 219.; Kenan Tunçoğlu, Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s. 69.; Günay, **a.g.e.**, s. 375-382.; Aktay/Arıcı/Kaplan, **a.g.e.**, s. 51.

²⁶ Tuncay, “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, s. 1044.; Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru üzerine Bir Deneme”, s. 96.; Ertürk, **a.g.e.**, s. 106-107.

²⁷ Russell D. Lansbury, “The changing world of work and employment relations: a multi-level institutional perspective of the future”, **Labour & Industry**, C. 28, S. 1, s. 8.

²⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 353.; Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru üzerine Bir Deneme”, s. 83.

gerçekleştirildiği hususunda derin ayrılıklar ortaya çıkmaktadır. Söz konusu ayrılıklar neticesinde ise, bu çalışma ilişkileri kapsamında istihdam edilen kişilere, hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Zira artık bağımlılık unsuru da, yalnızca kişisel ve hukuki bağımlılık olarak ele alındığında, iş sözleşmesinin varlığının veya yokluğunun tespitinde yeterli olmamaktadır. Bu durumun sonucu olarak, günümüz iş hukuku öğretisinde, bağımlılık, yalnızca kişisel ve hukuki bağımlılık değil; ekonomik, örgütsel, teknik bağımlılık gibi kavramları da bünyesinde barındırmaktadır²⁹.

C. İş Sözleşmesi-İş İlişkisi

İş sözleşmesi ve iş ilişkisi, birbirlerini destekleyen ve birbirlerinin varlıklarına katkıda bulunan kavramlardır. Bu iki kavram arasındaki ilişkiyi incelemek için öncelikli olarak kavramların tarihsel arka planına bakmak gerekmektedir.

20. yy. başlarında, iş sözleşmesinin artık özel hukuk karakterini kaybederek statü hukuku kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sözleşme olacağı görüşü ortaya çıkmıştır. Bu görüş, iş sözleşmesinin taraflarının eşit statüde olmamaları gerçeğinden yola çıkılarak oluşturulmuştur. Buna karşılık, ilerleyen dönemde, “iş ilişkisi” kavramı ortaya atılmış ve iş sözleşmesinin yaşaması muhtemel olan itibar kaybının önüne geçilmiştir.

İş ilişkisinin ne şekilde ortaya çıktığı hususunda, Kıta Avrupa’sı hukuk doktrininde uzun tartışmalar yaşanmıştır. İş ilişkisinin hangi andan itibaren var olmaya başlayacağı ve dolayısıyla da hangi andan itibaren iş sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulacağı, çözülmesi gereken önemli bir problem olarak ortaya çıkmıştır³⁰. Zira iş sözleşmesinin hüküm sonuçlarını doğurmaya başlamasıyla birlikte, işi görececek olan kişi (işçi), İş Kanunu’na tabi olacağından ve bu sayede de diğer sözleşme türlerinden farklı olarak sosyal

²⁹ A.e., s. 102-126.; Günay, **a.g.e.**, s. 370-375.

³⁰ Preis, **a.g.e.**, s. 42.

bir koruma altına gireceğinden³¹, iş sözleşmesinin mevcudiyetinin veya başlangıç anının tespiti önem arz etmektedir.

Söz konusu tespitin nasıl yapılacağı hususunda öğretide iki temel görüş ortaya atılmıştır. Bunlar; iş sözleşmesinin akdedildiği anda, sözleşme hükümlerinin işçi ve işveren hakkında uygulama alanı bulacağını savunan “sözleşme teorisi” ve iş sözleşmesinin, akdedilme anında değil de, işçinin bu kapsamında çalışmaya başladığı, yani işletmeye dâhil olduğu anda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını savunan “katılma teorisi” görüşleridir³².

Sözleşme teorisi ve katılma teorisi arasındaki fark, öğretide gelişen anlayış ve kanun hükümlerinin etkisiyle artık ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte, geçmişte yaşanan ve iş sözleşmesinin varlığını devam ettirmesine katkı sağlayan bir çözüm elde edilmesi sonucunu doğurması ve bunun da tezin sonucunda yön gösterici olacağı düşüncesiyle, konunun açıklanmasının gerekli olduğu takdir edilecektir.

Sözleşme teorisine göre, taraflar, iş sözleşmesini akdettikleri andan itibaren işçi ve işveren sıfatlarını haiz olmakta, işçinin çalışmaya başlamamış olması bu noktada bir önem arz etmemektedir. Bu teoriye göre, iş sözleşmesinin tüm şartlarıyla beraber ortaya çıkmasıyla birlikte, iş ilişkisinin kurulduğu kabul edilir. Dolayısıyla, iş hukukunun taraflar bakımından uygulanmaya başlama anı, iş sözleşmesinin akdedildiği tarih olmaktadır. Buna karşılık, katılma teorisine göre; iş ilişkisi, sözleşmenin akdedildiği tarihte değil, işçinin söz konusu iş sözleşmesi çerçevesinde işverenin işletmesinde çalışmaya başladığı, yani işverenin işletmesine katıldığı anda kurulmaktadır³³.

Günümüzde, her iki teorinin de izlerini taşıyan kanunların yürürlüğe konulması ve öğretinin de artık konunun üzerinde durmaması sebebiyle, bu ayrımın iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi bağlamında pek bir önemi kalmamıştır. Nitekim Alman hukukunda, söz

³¹ Shinya Ouchi, “Labor Law Coverage and the Concept of ‘Worker’”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, 2004, s. 111.

³² A.e. s. 42-43.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, a.g.e., s. 361-362.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s. 100-101.

³³ Ouchi, a.g.m., s. 42-43.

konusu teorilerden yalnızca birine başvurulması, olayların çözümünün temin edilemeyeceği, vakıanın hal ve şartlarına göre her iki teoriye de başvurulması gerektiği yaygın olarak kabul edilmektedir. Türk hukukundaki duruma bakılacak olursa; her ne kadar iş ilişkisinin tesisi için, sözleşmenin akdedilme anı esas alınıyor olsa da, kıdem tazminatı ve ücrete hak kazanma için çalışmaya başlama şartını getirmiş olması gibi istisnai düzenlemeler, Alman hukukunda olduğu gibi, iki teorinin bir sentezinin oluşturulması suretiyle soruna çözüm bulunmaya çalışıldığını göstermektedir³⁴.

Sözleşme teorisi ve katılma teorisi arasındaki söz konusu ayırım, iş sözleşmesinin başlangıç anının tespit edilmesi hususunda artık bir anlam ifade etmiyor olsa da, işçi kavramının tanımı açısından hâlâ yol gösterici olmaktadır³⁵.

II. İş Sözleşmesinin Gelişimi

İşin, hukuki manada bir sözleşmenin konusu olması, tarihsel olarak uzun bir süreç neticesinde mümkün olmuştur. Bu durumun ortaya çıkmasında, “iş” e ve “çalışan” a verilen değer ile “emek” in toplum algısındaki gelişiminin önemli bir etkisi bulunmaktadır. Söz konusu değişim ve gelişim sebebiyle, “iş (çalışma)” in hukuki statüye kavuşturulması uzun ve meşakkatli bir ilerleme süreci neticesinde gerçekleşmiştir.

³⁴ A.e., s. 101.; Martin Becker, **Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland vom Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Kaiserreichs**, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1995, s. 5-8.

³⁵ Ulrich Preis, “Wesen des Arbeitsvertrags”, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, hg. Von Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt, München, C.H. Beck, 2015, s. 1392.

A. Tarihçesi

1. Klasik Roma Hukuku'ndaki Durum

Roma Hukuku, modern Kıta Avrupası hukuk sisteminin temelini oluşturması bakımından, iş sözleşmesinin tarihsel gelişim süreci incelenirken, göz önünde bulundurulması gereken önemli bir kaynağı teşkil etmektedir.

Roma Borçlar Hukuku'nda iş sözleşmesi, “hizmet kirası” olarak algılanmış ve “locatio conductio” kategorisi altında, “Locatio Conductio Operarum” başlığıyla hüküm altına alınmıştır³⁶. Bu sözleşme türü; ücret karşılığında bir işin görülmesini düzenlemiş, işçi ve işveren arasındaki herhangi bir bağımlı çalışma ilişkisinden söz etmemiştir³⁷.

Hür kişilerin para karşılığı iş görmelerinin onursuzluk olacağı anlayışının Roma'daki hâkimiyeti, etkisini bu sözleşmede de göstermiştir. Roma Hukuku'na göre, iş sözleşmesinin konusunu, yalnızca fiziksel çalışmayı gerektiren işler oluşturabilirdi. Fikri çalışmayı gerektiren işler karşılığında bir ücret alınması ise, belirtilen anlayış çerçevesinde, onursuzluk olarak kabul edilmekte, buna karşılık “honorarium” adı altında, bir nevî hediye olarak değerlendirilen bir ödeme yapılmaktaydı³⁸.

Roma Hukuk mevzuatına bakıldığında, esas itibarıyla, bağımlı çalışmanın bir sözleşme türü olarak değerlendirilmediği görülecektir. Zira hem hür insanların para karşılığı iş görmelerinin uygun görülmemesi, hem de kölelik kurumunun mevcudiyeti ve yoğun bir şekilde hayatın her alanında kullanılıyor olması, bağımlı çalışmanın, dolayısıyla da iş sözleşmesinin önemli bir hukuki enstrüman haline gelmesini engellemiştir³⁹.

³⁶ Frank Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, 2. Auflage, Basel, Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1994, s. 10.

³⁷ Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınevi, 2014, s. 236.

³⁸ Vischer, **a.g.e.**, s. 10.; Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 237.

³⁹ **A.e.**, s.237.

2. Orta Çağ'daki Durum

Bu dönemde, iş sözleşmesinin gelişimi açısından bakıldığında, kayda değer bir ilerleme yaşanmadığı görülmektedir. Zira derebeylerinin hâkim olduğu ve hukukun kilisenin etkisinde kalarak, kilisenin ihtiyaçları doğrultusunda şekillendiği Orta ve Yeni Çağda, tek ve bütünleşik bir iş, dolayısıyla da iş sözleşmesi hukukundan bahsetmek mümkün değildir. Söz konusu dönemde, iş sözleşmesi alanında yaşanan gelişmeleri iki ana başlık altında incelemek mümkündür. Bunlar; çeşitli meslek gruplarının, kendi alanlarında uygulamak amacıyla oluşturdukları düzenlemeler⁴⁰ ile derebeylerince uygulanan angarya türündeki ve ilerleyen zamanlarda borçlar hukuku kapsamında sınıflandırılacak çalışma biçimleridir⁴¹.

19. yy.'ın başlarına gelindiğinde, devletler artık kendi hukuksal düzenlemelerini yavaş yavaş tesis etmeye başlamışlardır. (Bavyera Medeni Kanunu 1756, Prusya Medeni Kanunu 1794 Fransız Medeni Kanunu (Code Napoléon)1804) Bu çalışmalar neticesinde, hayatın her alanı, Orta Çağ ve Yeni Çağ'daki derebeylerin, kralların ve kilisenin kendi tasarruflarına göre şekillenen hukuk kurallarından sıyrılarak, daha objektif kanunlarla düzenlenmeye çalışılmıştır.

İş sözleşmesinin gelişimi açısından bakıldığında ise, söz konusu dönem yerinde sayma dönemi olarak değerlendirilebilir. Zira bu dönemde Sanayi Devrimi'nin etkileri, neredeyse bütün Kıta Avrupa'sında hızlı bir şekilde yayılmıştır. "Laissez faire (bırakınız yapınlar, bırakınız geçsinler)" anlayışının önemli ölçüde tatbik edildiği Sanayi Devrimi

⁴⁰ Simon Deakin, "The Contract of Employment: A Study In Legal Evolution", University of Cambridge Working Paper, No. 203, 2001.s. 9.

⁴¹ Vischer, **a.g.e.**, s. 10.; Richard R. Carlson, "Why the Law Still Can 't Tell an Employee When It Sees One and How It Ought to Stop Trying", **Berkeley Journal of Employment & Labor Law**, C. 22, s. 2, Eylül, 2001, s. 302.

döneminde, işçilerin ücret karşılığında gerçekleştirmiş oldukları çalışmaların, ayrı bir sözleşme çerçevesinde değil de; satış sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi malvarlıksal sözleşmeler temelinde ortaya çıktığı, yaygın olarak kabul edilmiştir⁴².

19. yy. hukuk sistemlerinin, gerçekleştirilen işi ve bunun karşılığında alınan ücreti, işçinin hizmetini satması veya kiralaması ve işverenin de bu hizmeti satın almak için ücret ödemesi şeklinde değerlendirilmesi, dolayısıyla da mevcut hukuki ilişkinin malvarlıksal bir temele oturtulması; bahse konu hukuk sistemlerinin Roma Hukuku'nun, özellikle de Ius Civile'nin büyük oranda etkisi altında kalmış olmaları gerçeğine dayanmaktadır⁴³.

Roma Hukuku'nun temel alınmasının başlıca sebebi, uzun yıllar kilise etkisiyle şekillenen hukuk sisteminden sıyrılarak, pozitif ve laik bir hukuk sistemine geçilmek istenmesi ve bu tanıma uygun en yakın örneğin de Roma Hukuk sistemi olmasıdır. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin 19. yy.'daki gelişimi bakımından, yukarıda da ifade edildiği üzere, bir yerinde sayma dönemi olarak değerlendirilmesi, Roma Hukuk sisteminin neredeyse tamamıyla ve değiştirilmeden tekrar uygulamaya konulmuş olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁴.

19. yy., iş sözleşmesinin hukuki gelişimi bakımından her ne kadar kayda değer bir ilerlemeyi barındırmasa da, 20. yy.'da yaşanacak hukuki ve sosyal atılımlara zemin teşkil etmesi bakımından önemlidir. Zira bu dönemde, işçilerin ağır çalışma şartlarında istihdam edilmiş olmaları, toplumda bu uygulamalar aleyhinde bir tepkinin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Tepkileri hafifletmeye yönelik yürürlüğe sokulan birtakım kanuni düzenlemeler de modern iş hukukunun temellerini oluşturmuştur⁴⁵.

⁴² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 36.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 4.; Süzek, **a.g.e.**, s. 7.; Narmanlioğlu, **a.g.e.**, s. 6.; Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s. 14.

⁴³ Vischer, **a.g.e.**, s. 10.; Carlson, a.g.m., s. 304.

⁴⁴ **A.e.**

⁴⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 38.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 3- 4.; Süzek, **a.g.e.**, s. 8.

3. 20. Yüzyılda Ortaya Çıkan Eğilimler

Sanayi Devrimi'nin ortaya çıkmasında önemli katkısı bulunan bireycilik ve liberalizm anlayışları ile, bu anlayışların bir sonucu olarak gündeme gelen “sözleşme serbestisi” ilkesi, işçiler ve işverenler arasında dengesizliklere sebebiyet vermiştir⁴⁶. İşçiler, ifa ettikleri iş karşılığında yeterli ücreti alamazken, işverenler aşırı kârlar elde ederek maddi imkânlarını ve sosyal statülerini geliştirmişlerdir.

İş ilişkisinin tarafları arasında meydana gelen bu adaletsiz durum neticesinde oluşan toplumsal baskı, devlet eliyle müdahaleyi zorunlu kılmış, netice olarak işçileri koruyucu hükümler hukuk mevzuatına dâhil edilmiştir. Hukuki alanda, işçilerin korunmasına ve çalışma şartlarının iyileştirilmesine yönelik ilk düzenlemelerin İngiltere’de ortaya çıktığı görülmektedir. Zira İngiltere’de 1802 yılında çıkarılan sanayi çıraklarının çalışma şartlarının iyileştirilmesi hakkındaki Kanun, 1819 ve 1833 yıllarında çıkarılan çocuk işçilerin çalıştırılmasının yasaklanması hakkındaki Kanunlar, bu alandaki ilk örnekleri oluşturmaktadır⁴⁷.

İngiltere’de ortaya çıkan ve ilerleyen süreçte diğer Avrupa ülkelerinde de uygulama alanı bulan bu tür yasal düzenlemeler, işin görülmesi ve karşılığında ücret ödenmesi bağlamında ortaya çıkan hukuki ilişkinin; satım, kira ve eser sözleşmelerinden farklı, yeni bir sözleşme olarak ortaya çıkması yönünde önemli bir aşama olmuştur. Zira bu sayede; iş

⁴⁶ Vischer, **a.g.e.**, s. 10.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal,, **a.g.e.**, s. 38.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 3- 4.; Süzek, **a.g.e.**, s. 8.

⁴⁷ Paul Mantoux, **The Industrial Revolution in the Eighteenth Century- An outline of the beginnings of the modern factory system in England**, Methuen &Co Ltd, London, 2013, s. 473.; Osmanlı’da çocuk işçilerin yasalar karşısındaki durumu için bkz. Deniz, Önder; Hüseyin Vehbi İmamoğlu“**The Legal Rights of Child Workers in the Working Life from Ottomans to the Republic**”, **European Journal of Research on Education**, C. 2 (2), 2013, s. 215-216.

ilişkinin, malvarlığını konu edinen bir sözleşme olduğu anlayışı, yerini işçinin ve işverenin şahsını ilgilendiren, şahsi (kişisel) nitelikli ve işçi ile işveren arasında bağımlı çalışma ilişkisi kuran bir sözleşme olduğu anlayışına bırakmıştır⁴⁸.

Tüm bu gelişmeler neticesinde, modern hukuk mevzuatında, artık iş hukuku ve iş sözleşmesi kendine ayrı ve bağımsız bir yer edinmiş bulunmaktadır. İş hukuku, kendine has ilke ve prensipleri bulunan, ayrı bir kanun çerçevesinde düzenlenen hukuk dalı olarak ortaya çıkmıştır, iş sözleşmesi de diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmıştır⁴⁹.

4. İslam Hukuku'ndaki Durum

İslam Hukuk Sistemi'nde kişinin iş görmesi, karşılığında da ücrete hak kazanması şeklinde ortaya çıkan hukuki ilişki, "iş sözleşmesi" başlığı altında düzenlenmemiştir. Bu hukuki ilişki, "icâre (kira) akdi" kapsamında hüküm altına alınmıştır. Hanefî mezhebi hukukçuları, icâre akdine ilişkin pek çok tanım yapmış olsalar da, iki tanım öne çıkmaktadır. Bunlar; "Mâlum bir menfaati mâlum bir ivaz karşılığında satmak" ve "Menfaati ivaz karşılığında temlik" tir⁵⁰.

⁴⁸ Vischer, **a.g.e.**, s. 11.; Orsola Razzolini, "The Need to Go Beyond the Contract: Economic and Bureaucratic Dependence in Personal Work Relations", **Comparative Labour Law & Policy Journal**, C. 31 2010, s. 269.

⁴⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal,, **a.g.e.**, s. 38.

⁵⁰ Belirtilen tanımlarda, satım ve temlik kavramları kullanılmaktadır. Oysaki "icâre" nin kelime karşılığı "kira" dır. Dolayısıyla, icâre (kira) akdinin tanımı yapılırken bu iki kavramın kullanılması bir çelişki olarak görülebilecektir. Söz konusu durum, fikhın kendi sistemiğinden kaynaklanmaktadır. Konuyla ilgili daha detaylı açıklamalar için bkz; Ali Bardakoğlu, "İcâre", **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, C. 21, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2000, s. 380. Ayrıca bkz. Mehmet Aykanat, "Mecelle'de İş Sözleşmesi", **Kamu-İş**, C. 13, S. 4, s. 59.; Murat Şen, "Cumhuriyet Öncesi Türk Hukukunda Hizmet Akdine Genel Bakış", **AÜEHFD**, C. IV, S. (1-2), 2000, s. 526-527., Murat Şen, "Mecelle'de hizmet Akdinin Fesih Dışındaki Sona Erme Halleri", **AÜEHFD**, C. V, S. 1-4, 2001, s. 175.

Buradan yola çıkılarak bir değerlendirme yapıldığında, İslam Hukuku'nun da Roma Hukuku'na benzer şekilde iş ilişkisini, malvarlığını ilgilendiren bir hukuki ilişki olarak değerlendirdiği görülmektedir⁵¹.

İslam Hukuku'nun ilerleyen zamanlardaki gelişimine bakıldığında, iş sözleşmesi açısından farklı herhangi bir nitelendirme yapıldığı görülmemektedir. Bilindiği üzere, genel olarak İslam hukuku, Batı'da olduğu gibi esaslı değişikliklere uğramamıştır. Zira Batı'nın yaşamış olduğu toplumsal, siyasal ve ekonomik alanlardaki büyük değişimler, İslam toplumlarında uzun bir dönem boyunca gerekli görülmemiş, gerekli görüldüğünde ise yeterli gelişimi göstermesi mümkün olamamıştır⁵².

Osmanlı'nın son dönemlerinde Ahmet Cevdet Paşa tarafından düzenlenen "Mecelle", bu bağlamda, Avrupa'ya ve Avrupa'nın göstermiş olduğu gelişime ayak uydurma amacıyla çıkarılan⁵³; fakat Osmanlı Devleti'nin varlığının sona ermesi sebebiyle, gelişme fırsatı bulamayan, önemli bir adım olarak değerlendirilmektedir. Gerçi iş sözleşmesi açısından bakıldığında, Hanefi mezhebi hukukçularınca kabul edilen sistematüğün Mecelle'ye de yansımış olması⁵⁴, bu noktada ileri yönde atılan bir adımın olmadığını göstermektedir.

⁵¹ İki hukuk sistemi arasındaki bu benzerlik, aralarında bir etkileşim olup olmadığı hususunda çeşitli tartışmaların ortaya çıkmasına sebep olmakla birlikte, söz konusu benzerliğin, esasen Roma dönemi toplumsal yaşantısı ile İslamiyet'in, dolayısıyla da fikhın ortaya çıktığı dönemdeki toplumsal yaşantının pek de farklı olmamasından kaynaklandığı tarafımızca değerlendirilmektedir. Konuyla ilgili daha detaylı bilgi için bkz.; Hayreddin Karaman, "Fıkıh", **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, C. 13, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996, s. 2.; Cem Doğan, "Türk İş Hukuku ve Çalışma İlişkileri Alanına Ulaştırma Kurulunun Girişi: Ta'Til-İ Eşgal Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme", **Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, C. 31, 2012. s. 280.; Mehmet Aykanat, "Mecelle'de İş Akdi", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011, s. 17.

⁵² Melda Sur, "General framework and historical development of labor law in Turkey", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, C. 30(2), 2009, s. 189.

⁵³ Banu Uçkan, "Mecelle'de İş Hukuku Düzeni", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 54, S. 1., s. 163.

⁵⁴ A.e.; Bardakoğlu, **a.g.m.**, s. 380.

B. Küreselleşme Çağı'nda İş Sözleşmesi

20. yy.' da yaşanan olaylar, özellikle de II. Dünya Savaşı sonrası sosyalist akımların etkileri, iş hukukunun gelişimi ve günümüzdeki halini almasına büyük katkı sağlamıştır⁵⁵. Birçok ülkede yaşanabilecek sosyalist bir devrim endişesi nedeniyle, işçinin ve emeğin üretimden daha fazla pay alması ve refah seviyesinin artırılması gerektiği yönündeki düşünceler kuvvetlenmiş, devletler üzerindeki reform baskıları çoğalmıştır. Toplumlarda ortaya çıkan söz konusu talepler doğrultusunda, 20. yy.'ın başından itibaren ortaya çıkmaya başlayan, fakat yavaş bir gelişim süreci izleyen, çalışma şartlarının düzeltilmesine ve işçilerin haklarının korunmasına ilişkin düzenlemeler uluslararası standartlara bağlanmış ve ülkelerin bu standartlara uymaları temin edilmeye çalışılmıştır.

Bununla birlikte, 80'li yılların başlarında hızlanan küreselleşme akımı, iş hayatının, devletlerin müdahaleleri ile değil de, şirketlerin kendi işletmeleri için oluşturdukları “şirket kodları” aracılığıyla düzenlenmesi anlayışının yerleşmesi sonucunu doğurmuştur⁵⁶. Neo-Liberal iktisadi akımların etkili olduğu bu dönemde, iş hukukunun ve dolayısıyla da iş sözleşmesinin işçinin haklarını korumayı ve çalışma şartlarını iyileştirmeyi amaçlayan temel ilke ve prensipleri, giderek etkisini yitirmektedir⁵⁷.

Küreselleşme akımı, iş hukukuna, çalışma biçimlerinin esnekleşmesi ve bu alanın kuralsızlaşması şeklinde etkide bulunmaktadır⁵⁸. Mevcut çalışma biçimlerinin kanunlarla düzenlenmiş yerleşik kural ve kaidelerinden giderek sıyrılması, kuralsızlığı esas alan ve çoğunlukla işverenin ihtiyaçları doğrultusunda şekillenen yeni çalışma biçimlerinin ortaya

⁵⁵ Vischer, **a.g.e.**, s. 11.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal,, **a.g.e.**, s. 39.

⁵⁶ Richard M. Locke, Ben A. Rissing and Timea Pal, “Complements or Substitutes? Private Codes, State Regulation and the Enforcement of Labour Standards in Global Supply Chains”, **British Journal of Industrial Relations**, C. 51, S.3, Eylül, 2013, s. 523.; Gülten Kutal, Ali Rıza Büyükuslu, **Endüstri İlişkileri Boyutunda Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Kaynağı Yönetimi- Teori ve Uygulama**, İstanbul, Der Yayınları, 1996, s. 84-85.

⁵⁷ Lance Compa, Tashia Hinchliffe-Darricarrre, “Enforcing International Labor Rights Through Corporate Codes of Conduct”, **Colum. J. Transnat'l L.**, C. 33, 1995, s. 663-689.

⁵⁸ Paul Schoukens, Alberto Barrio, “The changing concept of work: When does typical work become atypical?”, **European Labour Law Journal**, C. 8, S. 4, 2017, s. 307.

çıkması neticesini doğurmuştur⁵⁹. Bunun sonucunda, iş sözleşmesinin diğer özel hukuk sözleşmesi türlerinden ayırt edilmesi çok daha zor bir hal almıştır. Nitekim teknolojik gelişmelerin de etkisiyle, artık işçinin belirli bir çalışma yeri veya belirli bir işverene bağımlılığından bahsedilmesi mümkün olmamakta, işverenler de, kendilerini fazladan yükümlülük altına sokan iş sözleşmesi çerçevesinde bir hukuki ilişki kurmaktan kaçınmaktadırlar⁶⁰. Doğal olarak, kimin bağımlı, kimin bağımsız çalışan olduğunu her zaman kesin bir şekilde tespit edilememekte, adaletsizlikler yaşanmaktadır⁶¹.

İş sözleşmesinin, dolayısıyla da iş hukukunun, ilerleyen zamanlarda da varlığını sürdürmesi, bu temel probleme bir çözüm bulunması ve yeni bir anlayış geliştirilmesiyle mümkün olacaktır.

III. İş Sözleşmesinin Özellikleri

A. Kişisel İlişki Doğurması

İş sözleşmesinin, yalnızca malvarlığını ilgilendiren bir sözleşme olmaktan uzaklaşıp, işçinin şahsının ve şahsi özelliklerinin de göz önüne alındığı bir hukuki ilişki haline gelmesi ile birlikte, kişisellik de bu sözleşmenin temel özelliklerinden biri olmuştur⁶². İş sözleşmesi, işçinin ve duruma göre işverenin kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır. Hatta iş sözleş-

⁵⁹ Raimund Waltermann, “Neue Arbeitswelt- gesetzliche Gestaltung und Niedriglohnsektor”, **Neue Arbeitswelt**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, s. 2.

⁶⁰ Charlie Cromwell, “Independent Contractor vs. employee and Blackwater”, **Montana Law Review**, C. 70, s. 97.; Carola Möller, “Flexibilisation: The Impoverishment of Employees and the Reduction of Work Place Solidarity”, **The Redesign or Working Time: Promise or Threat?**, Ed. Judith Buber Agassi/ Stephen Heycock, Berlin, Ed. Sigma, 1989, s. 115.

⁶¹ Micah Prieb Stoltzfus Jost, “Independent Contractors, Employees and Entrepreneurialism Under The National Labor Relations Act: A Worker -by- Worker Approach”, **Wash. & Lee Law Review**, C. 68, 2011, s. 314.

⁶² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 109.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **a.g.e.**, s. 56.

mesinin kişisel özellikleri, işçi ve işveren arasında, diğer özel hukuk sözleşmelerinin taraflarına oranla daha yoğun bir münasebet kurulmasına sebebiyet vermektedir⁶³. Bu sayede kişisel ilişki doğurma özelliği, iş sözleşmesinin bazı özel hukuk sözleşmelerinden ayırt edilmesinde de kullanılmaktadır⁶⁴.

Tarafları arasında, çoğunlukla, uzun süreli bir ilişki kuran ve bu ilişkinin temelini oluşturan iş sözleşmesi, işi yapan (işçi) ve işin sahibi (işveren) olan kişilerin şahsi özelliklerini ve bu özelliklerin kişilerde oluşturduğu güven duygusunu esas alan bir sözleşme-dir⁶⁵. Güven duygusu ve bu güven duygusu çerçevesinde kurulup idame ettirilen kişisel hukuki ilişki, iş sözleşmesi için olmazsa olmaz nitelik taşımakta, bu ilişkinin yokluğu veya sarsılması halinde iş sözleşmesi de sona ermektedir. Nitekim işçinin, kaynağını kişisel özelliğinden alan sadakat⁶⁶ ve işverenin emir ve talimatlarına uyma borcuna aykırı davranması halinde, iş sözleşmesinin tazminatsız ve ihbarsız olarak feshi gündeme gelebilmektedir⁶⁷.

İş ilişkisinin, güven duygusunun sarsılması sebebiyle sona ermesi ihtimali yanında, işçinin veya duruma göre işverenin kişiliğinin sona ermesi yoluyla da son bulması mümkündür. Zira iş ilişkisinin tesisinde, işçinin meziyetleri ve kişisel özellikleri, karşılıklı güvenin tesisi bağlamında büyük bir önem taşımaktadır⁶⁸.

⁶³ Preis, **a.g.e.**, s. 44; Park, **a.g.e.**, s. 21.

⁶⁴ Frank Hohmeister, Susanne Goretzki, **Verträge über Freie Arbeit**, Verl. Recht und Wirtschaft, 2. Auflage, Heidelberg, 2000, s. 37.

⁶⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal., **a.g.e.**, s. 401-402.; Süzek, **a.g.e.**, s. 227. Akkurt, a.g.m., s. 56.

⁶⁶ İşçinin sadakat borcunun ile ilgili, BK'dan farklı olarak, TBK'da yeni bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, işçinin sadakat borcu, işverenin haklı menfaatlerinin gerektirdiği hallerde söz konusu olacaktır. İsviçre borçlar Kanunu'nda mevcut olan "haklı menfaat" kavramı, bu düzenleme ile birlikte Türk Hukuk mevzuatına da girmiş bulunmaktadır. Buna karşılık, söz konusu kavramın mevzuatımıza girmiş bulunması, sadakat borcu ile ilgili bir takım tartışmaların nihayete ermesi sonucunu doğurmamıştır. Nitekim iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra sadakat borcunun devam edip etmeyeceği veya ne kadar süreyle devam edeceği hususlarındaki muğlaklık halen daha devam etmektedir. Yenisey, **a.g.m.**, s. 314

⁶⁷ Vischer, **a.g.e.**, s. 178.

⁶⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal., **a.g.e.**, s. 401-402. Akkurt, a.g.m., s. 25.

Kişisellik özelliğinin bir neticesi olarak; ölüm, gaiplik vb sebeplerle işçinin kişiliğinin ortadan kalkması halinde, iş sözleşmesi herhangi bir bildirimle gerek kalmadan kendiliğinden sona erecektir. İşçinin ifa etmekle yükümlü olduğu iş görme borcu ve bu borçtan türeyen yan borçlar (sadakat, rekabet etmeme, emir ve talimatlara uyma vb.)⁶⁹, kişiliğinin sona ermesi ile son bulacak, mirasçılara geçmeyecektir⁷⁰.

İşverenin kişiliğinin sona ermesi halinde ise farklı bir durum mevcuttur. Şayet iş ilişkisi, işverenin şahsına bağlı olarak kurulmuşsa ve işverenin kişiliği, iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisini oluşturuyorsa, işverenin kişiliğinin ortadan kalkmasıyla birlikte, iş sözleşmesi (ilişkisi) de kendiliğinden sona erer. Buna karşılık, işverenin kişiliği iş sözleşmesinin kurulması ve yürütülmesi bakımından bir önem arz etmiyorsa, ölümü, gaipliği vs., hallerinde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi durumu ortaya çıkmayacaktır⁷¹.

B. Karşılıklı Borç Doğurması

İş sözleşmesi; tarafları arasında, kaynağını borçlar hukukundan alan borç ve alacak doğurmakta, her iki tarafı da yükümlülük altına sokmaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesi, hukukta “synallagma” kavramı ile ifade edilen her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler kategorisine dâhil olmaktadır⁷².

İş sözleşmesinden doğan temel borç; işçi için, iş görme iken işveren için ise ücret ödemedir⁷³. Bununla birlikte; iş sözleşmesinin sosyal nitelikteki hükümlerinin fazlalığı sebebiyle, işçiye ve işverene yüklenen birtakım yan hak ve yükümlülükler bulunmaktadır.

⁶⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 109.

⁷⁰ Preis, **a.g.e.**, s. 971.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 402.

⁷¹ Preis, **a.g.e.**, s. 343.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 402.

⁷² Vischer, **a.g.e.**, s. 1-3.; Preis, **a.g.e.**, s. 43.; Preis, “Wesen des Arbeitsvertrags”, s. 1391.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 402-403.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 109.; Süzek, **a.g.e.**, s. 227.; Günay, **a.g.e.**, s. 366.; Aktay/Arıcı/Senay Kaplan, **a.g.e.**, s. 54.; İpek Kocagil, İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları”, **MÜHF-HAD**, Ali Rıza Okur’a Armağan, 2014, s. 430.

⁷³ BAG 15.02.2012 NZA 2012, 735.

Örneğin; sadakat, rekabet etmeme, sır saklama borçları işçinin; eşit davranma, koruma ve gözetme borçları da işverenin sosyal karakteri haiz borçlarındandır⁷⁴.

İfade edilen sosyal karakterli alacak ve borçlar, iş sözleşmesinin diğer özel hukuk sözleşme türlerinden ayrılmasında da kullanılmaktadır⁷⁵. Zira kaynağını özel hukuktan alan sözleşme türlerinde (satış, eser, kira, vekalet vb.) sosyal nitelikteki hükümler, iş sözleşmesinde olduğu kadar ağırlığa ve öneme sahip değildir. Nitekim bu sözleşmeler, ya kısa süreli (sürekli olmayan) hukuki ilişkiler kurmakta ya da uzun süreli (sürekli) bir hukuki ilişki kursa dahi, tarafları birbirine eşit statülerde olmakta, dolayısıyla tarafların hukuk düzeni tarafından birbirlerine karşı korunma ihtiyacı, çok daha az olmaktadır.

İş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin, gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi halinde, durumun şartlarına göre, işçi ve işveren için borçlarını yerine getirmekten kaçınma veya sözleşmeyi feshetme imkânları tanınmış bulunmaktadır. Nitekim işçi iş görme borcunu haksız bir şekilde yerine getirmeyecek olursa, işverenin sözleşmeyi haklı sebeple, tazminatsız bir şekilde feshetme yetkisi bulunmaktadır. Aynı şekilde, işverenin ücret ödeme borcunu kanuna uygun olmayan bir sebeple yerine getirmekten kaçınması halinde de, işçinin iş görmekten kaçınması veya sözleşmesi haklı sebeple feshetmesi gündeme gelebilecektir⁷⁶.

Karşılıklı borç doğurma özelliği, kaynağını borçlar hukukundan birtakım kurumların kullanılması imkânını da doğurmaktadır. Örneğin, iş görme ediminin eksik ya da yanlış bir şekilde yerine getirilmesi, ücretin hiç ödenmemesi veya eksik ödenmesi gibi durumların varlığı halinde, bir borçlar hukuku kurumu olan “borca aykırılık” a ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilecektir⁷⁷.

⁷⁴ Preis, **a.g.e.**, s. 44.

⁷⁵ İlerleyen bölümlerde de ifade edileceği üzere, tek başına “sosyal karakteri haiz hükümler barındırma” özelliği, iş sözleşmesinin, konusunu iş görme borcunun oluşturduğu diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayırt edilebilmesi için yeterli değildir. Buna karşılık, ayrımda kullanılan ölçütler arasında değerlendirilebilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Visher, **a.g.e.**, s. 29.

⁷⁶ Sarper Süzek, “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, **AÜHFD**, C. 56, S. 4, 2007, s. 211.

⁷⁷ **A.e.**

C. Sürekli İlişki Kurması

Konusunu iş görme borcunun oluşturduğu bir hukuki ilişkinin, hukuki anlamda iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, o ilişkinin süreklilik arz etmesine bağlıdır. Belirli bir işin yapılması ve bu işin yapılması halinde sona ereceği öngörülen bir hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi, dolayısıyla da iş sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarına tabi olması mümkün değildir. Zira iş hukuku kapsamında, kendisine hüküm ve sonuç bağlanan iş, sonucu belirli süre ve sürekli ifa neticesinde ortaya çıkabilecek bir eylemdir⁷⁸.

İş sözleşmesinin sürekliliği ile kastedilen, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam ettiği müddetçe, tarafların borç ve yükümlülüklerini tekrarlayan bir biçimde ifa etmek mecburiyetinde olmalarıdır⁷⁹. Süreklilik, yalnızca zaman bağlamında değerlendirilecek bir kavram değildir. Elbette ki zaman kavramı da sürekliliğin mevcut olup olmadığının tespiti bakımından önemlidir; fakat tek başına bir işin sürekli ya da süresiz olduğunun belirlenmesi bakımından yeterli değildir. Bir işin uzun bir zaman diliminde yapılıyor olması, o işin tekrarlayan ve devamlı bir iş olduğunu çoğu zaman gösterebilir. Buna karşılık, konusunu parça borcunun oluşturduğu ve ifa edilmekle birlikte sona erecek bir sözleşmenin, ne kadar uzun sürerse sürsün, sürekli olduğundan söz etmek mümkün değildir. Örneğin; bir boyacı ustasının, iki günde bitirilecek bir işi fiziksel imkânsızlıklar sebebiyle bir ayda bitirmesi durumunda bir iş sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Bu sebeple, süreklilik özelliğinin mevcudiyeti değerlendirilirken, tekrar etme durumunun var olup olmadığının tespiti, daha kesin sonuçlar alınmasını sağlayacaktır⁸⁰.

4857 sayılı İş Kanunu'nda, sürekli iş – süresiz iş sözleşmesi şeklinde bir ayrıma yer verilmiştir. Bu ayrıma göre; niteliği itibarıyla en çok otuz gün sürmesi öngörülen işler süresiz iş, otuz günden daha fazla sürmesi öngörülen işler ise, sürekli iş olarak nitelendirilmiştir. Kanun, otuz günlük süreyi, işin niteliği esas alınarak belirlenecek bir süre ola-

⁷⁸ Süzek, **a.g.e.**, s. 227.

⁷⁹ Vischer, **a.g.e.**, s. 3.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 404.; Süzek, **a.g.e.**, s. 227.

⁸⁰ Vischer, **a.g.e.**, s. 3.

arak tespit etmiştir. Dolayısıyla, normal şartlar altında otuz günden daha uzun süreceği öngörülen bir işin, otuz günden daha kısa bir sürede bitirilmesi üzerinde taraflarca anlaşılması ve bu süre içerisinde bitirilmesi halinde, söz konusu iş süresiz iş olarak değerlendirilemeyecektir. Yine aynı şekilde, yukarıdaki örnekte de ifade edildiği üzere, otuz günden kısa sürmesi öngörülen bir işin otuz günden daha uzun bir sürede ifa edilerek sonuçlandırılması halinde, sürekli işten bahsetmek mümkün olmayacaktır⁸¹.

Son olarak, süreklilik özelliğinin, iş sözleşmesinin tarafları arasında güven ilişkisi oluşturduğunun da ifade edilmesi gerekmektedir. Zira taraflar, karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin kısa dönemli veya tek seferlik olmadığını bilerek davranmakta, birbirlerine borç ve yükümlülüklerini sürekli olarak ifa edecekleri konusunda güvenmektedirler⁸². Oluşturulan bu güven ilişkisi, işçi ve işveren arasındaki hukuki ve kişisel bağımlılığın temelini teşkil etmekte, diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı karakterde bir sözleşmenin ortaya çıkmasını sağlamaktadır.

D. Katılma Sözleşmesi Olması

İş sözleşmesi; kısmen kanunlarca ve kanunların mutlak emredici hükümlerince belirlenmiş şartlara uyarak, karşılıklı hak ve yükümlülük doğuran bir hukuki ilişkinin tarafı olma hususunda, şahısların, birbirine uygun irade beyanında bulunarak belirledikleri hükümlere katılım sağlamaları neticesinde ortaya çıkan bir sözleşmedir⁸³.

İş hukuku, toplumun önemli çoğunluğunu ilgilendirmesi sebebiyle, devlet müdahalesinin yoğun olduğu bir hukuk dalıdır. Bu müdahale neticesinde, aksi kararlaştırılması mümkün olmayan (mutlak emredici) birçok hüküm, tarafların iradesinden bağımsız olarak, iş sözleşmesinin hükmü haline gelmektedir. (Örneğin; haftalık azami çalışma süresi,

⁸¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 405.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 111.; Süzek, **a.g.e.**, s. 232.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, **a.g.e.**, s. 55.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, 210.

⁸² Süzek, **a.g.e.**, s. 227.

⁸³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 405.

süt izni, ihbar süreleri vb.) Söz konusu hükümlerin, iş ilişkisinin tarafları hakkında uygulanabilmesi için, tarafların bu hükümleri ihtiva eden bir sözleşme kapsamında hukuki ilişki kurmaya rıza göstermeleri, bu yönde irade beyanlarının varlığı gerekmektedir. Aksi halde, herhangi bir hukuki ilişkinin tesisi gündeme gelmeyeceğinden, ifade edilen hükümlerin uygulanmasından da bahsedilemeyecektir. Bu durumun neticesi olarak iş sözleşmesi, katılma sözleşmesi özelliğini haiz olmaktadır⁸⁴.

E. Rızâî Sözleşme Olması

İş sözleşmesinin kurulması, tarafların aynı yönde irade beyanında bulunmalarına bağlıdır, dolayısıyla özel bir şekil şartına tabi değildir⁸⁵. Aynı yönde irade beyanından kasıt, sözleşmenin tüm hükümleri üzerinde bir anlaşmaya varmak, hukuki ilişkiyi bu hükümler çerçevesinde yürütmeyi kabul etmektir. Şayet hükümlerin bir kısmı üzerinde anlaşma mevcutsa, fakat geri kalan kısmı üzerinde değilse, bu durumda karşılıklı irade beyanlarının birbirleriyle uyuşmasından, dolayısıyla da hukuki ilişkinin tesisinden bahsedilemeyecektir⁸⁶.

⁸⁴ A.e.

⁸⁵ Preis, a.g.e., s. 288.; Süzek, a.g.e., s. 292.; Catherine Barnard, “Reconsidering the Mechanism to Regulate Working Conditions in the Light of Diversified and Individualised Employees and the Declining Labour Unions”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 51.; BAG 17.04.2013 NZA 2013, 904. Alman Federal İş Mahkemesi başka bir kararında, Rostock Üniversitesi ile kendisine üniversitenin yönetimine dair birtakım haklar ve yetkiler verilen öğrenci temsilcisi arasındaki uyuşmazlıkta, öğrenci temsilcisinin bağımlı çalışan olarak kabulünün mümkün olmadığına karar vermiştir. Olayda öğrenci temsilcisi, haftalık doksan saate varan çalışması nedeniyle kendisiyle iş sözleşmesi yapılmasını talep etmiş, üniversite yönetimi de kamu hizmetinde bulunanlar için devletin belirlediği tarifeye uygun olan ücreti ödemeyi kabul etmiştir. Ancak öğrenci temsilcisi bunu kabul etmemiş, fakat ilerleyen zamanda hem yapmış olduğu çalışma, hem kendisine masrafları için bir bütçe ayrılmış olması hem de üniversite yönetiminin kendisine bu yönde bir teklifte bulunmasını, kendisinin bağımlı çalışan olduğunu gösterdiğini iddia etmiştir. Ancak Mahkeme, üniversite yönetiminin bu teklifini bir iş sözleşmesi yapma iradesi olarak değerlendirmenin mümkün olmadığına ve temsilci ile üniversite arasında bir bağımlılık ilişkisinin bulunmadığına hükmetmiştir. Bkz. BAG 9. April 2014 10 AZR 590/13, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-03-30/10_AZR_590-13.pdf, (Çevrimiçi), 12.03.2018.

⁸⁶ Akıntürk/Karaman, a.g.e., s. 30.

İş sözleşmesinde şekil serbestisi ilkesinin uygulama alanı bulması, yani rızâî bir sözleşme olması, her konuya ilişkin rıza göstermenin meşru olduğu yönünde algılanmamalıdır. Tarafların üzerinde anlaştıkları sözleşme; ahlâka, adaba ve kanunun emredici nitelikteki düzenlemelerine aykırı hükümler içermekte ise, bunlara ilişkin irade beyanları geçersiz olarak değerlendirilecektir. Bu durum, iş sözleşmesinin sosyal karakteri haiz bir sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır⁸⁷.

F. İvazlı Bir Sözleşme Olması

İş sözleşmesi, karşılıklı borç doğuran bir hukuki ilişki olma özelliğinin neticesi olarak, ücret karşılığında gerçekleştirilen sürekli bir iş edimini içermektedir. Buradan yola çıkıldığında, ücretin iş sözleşmesini, konusunu ivazsız iş görme borcunun oluşturduğu diğer sözleşme türlerinden ayırt etme imkânı sağladığı görülmektedir⁸⁸.

İvaz kavramı, sözlükte; “ödün, edim, karşılık” anlamlarına gelmektedir⁸⁹. Belirtilen sözcükler doğrultusunda bir değerlendirme yapıldığında, üzerinde anlaşılan herhangi bir ifa türünün, iş sözleşmesinin ivazlı olma özelliğini sağlamasında yeterli olacağı düşünülebilecektir. Oysaki bir edimin iş sözleşmesinin konusu olabilmesi için, para olarak ifa edilmesi gerekmektedir. İş sözleşmesi kapsamında ödenecek ücretin, para haricinde herhangi bir araçla (çek, senet, aynî mal vb.) ödenmesi mümkün değildir (Bkz. Türk İş Hukuku’ndaki durum için: İş K. m. 32/4; Alman İş Hukuku’ndaki durum için: § 107 Abs. 1 GewO; İsviçre İş Hukuku’ndaki durum için: 322 Abs.2 OR.). Takas yasağı (Truckverbot) olarak da adlandırılan söz konusu durum, modern iş kanunlarında yasal zemin bulamamıştır.

⁸⁷ Preis, **a.g.e.**, s. 295-299.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 558-560.

⁸⁸ **A.e.**, s.406. Ayrıca bkz. “Ücret, BK m. 313 anlamında hizmet akdini oluşturan unsurlardandır ve bu unsurun yokluğu durumunda çalışma ya vekalet sözleşmesine, ya da bir sözleşme ilişkisi bulunmaksızın hatır, yardım, dayanışma, arkadaşlık gibi bir nedene dayanmaktadır.” Yarg. HGK. 2004/10-737 E., 2005/26 K., Tarih: 02.02.2005, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2004-10-737-k-2005-26-t-2-2-2005>, (Çevrimiçi), 12.03.2018.

⁸⁹ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=ke-lime&guid=TDK.GTS.5676ab275f6992.62773892, (Çevrimiçi), 20.12.2015.

G. Sosyal Koruma Sağlaması

İş sözleşmesi, taraflarının yüklenmekte oldukları hak ve borçlar itibarıyla, devletlerin ekonomik ve sosyal politikaları üzerinde önemli etki doğurması sebebiyle, kanunkoyucuların çokça müdahalede buldukları bir sözleşme türüdür. İşçinin ifa etmekle yükümlü olduğu en temel borcu olan iş görme borcu, bir ülkedeki üretimin varlığını ve devamını sağlamaktadır. Buna karşılık işverenin ücret ödeme borcu ise; çoğu zaman tek geçim kaynağı, çalıştığı tek bir işten kazandığı ücret olan işçilerin, geçimlerini sağlama ve dolaylı olarak da ülke ekonomisinin düzenlenmesi noktalarında büyük önemi haizdir⁹⁰. Zira işçilerin ne kadar ücret kazandıkları, bu ücreti nasıl harcadıkları ve bu harcamalarının piyasada ortaya çıkardığı sonuçlar, ekonominin genel işleyişi, dolayısıyla da devlet politikaları üzerinde kapsamlı etkiler doğurmaktadır⁹¹.

Ülkelerin ücret politikaları, çalışan gruplarının toplum içerisindeki ekonomik ve sosyal statüleri üzerinde büyük değişimlere sebep olmaktadır. Bu politikalar neticesinde bazı toplumsal grupların refah seviyesi artma, bazılarının ise azalma eğilimi gösterebilmektedir. Şayet ortaya çıkan bu etkileşimler, toplumun uygun göreceği sınırları aşan dalgalanmalara sebep olacak olursa, sosyal çalkantıların ve huzursuzlukların yaşanması gündeme gelebilecektir.

Toplum huzuru ve devlet siyaseti açısından bu derece derin sonuçları olan iş sözleşmesi, bu özelliğinden dolayı konunkoyucular tarafından ihdas edilen pek çok sınırlamaya ve özel hukuki düzenlemelere tabidir. Söz konusu düzenlemelerin tesis edilmesiyle ulaşılmaya amaçlanan çokça sonuç olmakla birlikte, bunların en temel olanı, sosyal adaletin sağlanmasıdır.

Sosyal adaleti sağlamak üzere, çıkarılan kanuni düzenlemelere örnek olarak; çocukların çalıştırılmasının yasaklanmasına, kadınların çalışma şartlarının düzenlenmesine, asgari ücrete, azami çalışma süresine vb. ilişkin kanunların verilmesi mümkündür. İfade edilen konularda, geçmişte toplumun sosyal ve ekonomik yaşantısını derinden etkileyen,

⁹⁰ Lansbury, a.g.m. s. 7.

⁹¹ Süzek, a.g.e., s. 357.

pek çok olumsuzluk meydana gelmiştir. Bu sebeple kanunkoyucular, yaşanan ve ileride yaşanması muhtemel olumsuzlukları gidermek amacıyla bu ve benzeri pek çok alanda düzenleme yapma ihtiyacı duymuştur. Tarihsel süreç neticesinde, iş hukuku, sosyal adaleti tesis etme hususunda önemli bir fonksiyon üstlenmiş ve sosyal adaleti sağlamak, iş hukuku açısından hem bir amaç hem de temel bir özellik halini almıştır.

Kaynağını özel hukuktan alan sözleşme türleri, ahlak ve adaba uyma yükümlülüğü haricinde taraflara sosyal anlamda herhangi bir borç yüklememektedir⁹². Buna karşılık iş sözleşmesinde, ahlaka ve adaba aykırı hükümler taşımama bir yana, sosyal adalete ters düşen nitelikteki hükümlerin konulması da hukuken mümkün değildir. Öyle ki, bu tür hükümlerin konulması halinde, hem işçinin hem de işverenin, sözleşme kapsamında doğan borçları ifa etme yükümlülükleri ortadan kalkacak, bu hükümlere dayanarak ifa talep edilemeyecektir.

İş sözleşmesi haricinde kalan özel hukuk sözleşmelerinde de; taraflarca, sosyal adalet unsuru göz önünde bulundurularak belirlenecek hükümlerin ihdası mümkündür; ancak karşılıklı iradelerin uyuşması neticesinde sosyal nitelikli hükümlerin ihdas edilebilmesi, söz konusu sözleşmelerin sosyal koruma sağlama özelliğini taşıdıkları yönünde bir sonucun ortaya çıkmasını sağlamayacaktır. Zira iş sözleşmesinin sosyal koruma sağlama özelliği, tarafların iradesinden bağımsız bir şekilde, kendiliğinden var olan bir özelliktir. Diğer özel hukuk sözleşmelerinde ise sosyal nitelikli hükümlerin, borçlar hukukunun sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde konulması gündeme gelmektedir. Dolayısıyla, üzerinde bu yönde bir irade beyanı mevcut olmadığı sürece, sosyal korumanın, ifade edilen sözleşmelerin özelliği olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

Sosyal koruma sağlama fonksiyonu, ilerleyen bölümlerde de ifade edileceği üzere, iş sözleşmesinin/ilişkisinin ortaya konulması, diğer sözleşmelerden ayırt edilmesi ve “işçi”

⁹² Hatta bazı durumlarda ahlak ve adaba aykırılık dahi, sözleşme konusunu oluşturabilmektedir. Nitekim Alman Hukuku'ndaki serbest hizmet sözleşmesi (freie Dienstvertrag) kapsamında hayat kadınlığı yapılması söz konusu olabilmektedir. Bkz. Preis, “III. Abgrenzung des Arbeitsvertrags zu anderen Vertragstypen”, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, hg. Von Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt, Münih, C.H. Beck, 2015, s. 1392.

tanımının belirginleştirilmesi noktasında da, kullanılması gereken bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir⁹³.

IV. İş Sözleşmesinin Konusu İş Görme Borcu Olan Diğer Sözleşme Türleriyle Karşılaştırılması

A. Eser Sözleşmesi

1. Tanımı

Eser sözleşmesinin kanuni tanımlarına bakıldığında, Türk Borçlar Kanunu'nda "yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir". (TBK m.470); Alman Medeni Kanunu'nda "yüklenicinin (Unternehmer), yapılması kararlaştırılan eseri, belirlenen ücret üzerinden meydana getirmek hususunda sipariş verene (Besteller) karşı borç altına girdiği sözleşme türüdür" (BGB § 631 1) ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda da "yüklenicinin (Unternehmer) bir eseri üretmeyi ve sipariş verenin (Besteller) de bu eser karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme türüdür" (OR Art. 368) şeklindeki ifadelerle karşılaşılmaktadır.

Belirtilen tanımlamalar çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, eser sözleşmesinin; bir eser, eserin meydana getirilmesi, ücret vaadi ve taraflar arasında anlaşma unsurlarından teşekkül ettiği görülmektedir⁹⁴. Bu unsurlar doğrultusunda eser sözleşmesini, "iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi üstlendiği ve her iki taraf için de haklar ve borçlar doğuran bir sözleşmedir" ifadesiyle tanımlamak mümkündür⁹⁵.

⁹³ OFD Hannover 21.02.2000 NZA 2000, 1278.

⁹⁴ Haluk Tandoğan, **Borçlar hukuku Özel Borç İlişkileri: İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Cilt II**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 2-35.; Senai Olgaç, **Hukuk Davalarında İstisna Akdi**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1977, s. 9-11.

⁹⁵ Yusuf Büyükkay, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin, 2013, s. 27.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, 2015, s. 583.

Eser sözleşmesinin taraflarını, iş sahibi ve yüklenici oluşturmaktadır. İş sahibi, eserin meydana getirilmesini arzu eden ve bunun sonucunda da ücret ödemeyi yükümlenen kişidir. Yüklenici ise, eserin meydana getirilmesini, gerçekleştirdiği işin sonucunda kendisine bir ücret ödenmesi şartıyla üstlenen kişidir⁹⁶. İş sahibi ve yüklenici, gerçek veya tüzel kişi olabilirler⁹⁷.

Eser sözleşmesi, taraflarından birine iş görmeyi, diğerine de ücret ödemeyi borç olarak yüklemesi sebebiyle, sinallagmatik bir sözleşmedir. Eser sözleşmesinin tarafları, birbirine uygun irade beyanları çerçevesinde borç altına girerek alacaklara da hak kazanırlar. Bu yönüyle, rızâ bir sözleşme karakteri de taşımaktadır. İş sahibinin ücret ödeme yükümlülüğünün bulunması, eser sözleşmesini ivazlı sözleşmeler kategorisine de dâhil etmektedir. Son olarak, eserin meydana getirilmesi ile birlikte sona ermesi sebebiyle, eser sözleşmesi aynı zamanda ânî edimli bir sözleşme olarak da nitelendirilmektedir. Bununla birlikte, bazı hallerde uzun süreli olarak kararlaştırılması da mümkündür⁹⁸.

2. Unsurları

a. Eser

Eser kavramının sözlükteki karşılığına bakıldığında; “emek sonucu ortaya konan ürün, yapıt, iz” anlamlarını taşıdığı görülmektedir⁹⁹. Almanca’ ya “Werk” olarak çevrilen eser kavramının yalnızca maddi eserleri mi kapsadığı, manevi eserlerin de bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı hususu, İsviçre Hukuk doktrininde, dolayısıyla da Türk doktrininde çeşitli fikirlerin ileri sürülmesine sebebiyet vermiştir. BK’ da eser sözleşmesi, m. 355’te; “istisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın

⁹⁶ Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, İstanbul, Beta, 2014, s. 984-987.

⁹⁷ **A.e.**, s. 958-986.; Eren, **a.g.e.**, s. 605.

⁹⁸ Eren, **a.g.e.**, 585-588.

⁹⁹ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56793777097c35.34510949 (Çevrimiçi), 22.12.2015.

(iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder” ifadesiyle tanımlanmaktaydı. Bu tanımda yer alan “imal etme” kavramı, eser sözleşmesinin, ancak maddi varlığı olan eserleri konu edinebileceği şeklinde bir anlayışın ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. İsviçre Hukuku’nda Gautschi’ nin önderlik ettiği¹⁰⁰, eserlerin yalnızca maddi olabilecekleri görüşü, daha sonra Alman Hukuku’nun etkileri neticesinde ortaya çıkan, maddi varlığı olmayan eserlerin de bu sözleşmenin kapsamına girebileceği görüşü karşısında azınlıkta kalmıştır. Türk Hukuku’nda, BK döneminde doktrinde çoğunluğu teşkil eden maddi varlığı olmayan eserlerin de eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü, TBK döneminde de devam etmektedir¹⁰¹.

b. Meydana Getirme

Meydana getirme kavramı; yeni bir eser ortaya çıkartma ve var olan bir eseri değiştirme veya ortadan kaldırma hallerini kapsamaktadır¹⁰². Eser kavramı açıklanırken de değinildiği üzere, BK’ da eser sözleşmesinin tanımlanmasında kullanılan “imal etme” kavramı yerine, TBK’ da “meydana getirme” kavramının kullanılması neticesinde, maddi olmayan eserlerin de eser sözleşmesi kapsamına girdiği ve bunların da meydana getirme kavramına dâhil oldukları hususunda artık bir tartışma bulunmamaktadır¹⁰³.

¹⁰⁰ Georg Gautschi, **Das Obligationenrecht**, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR, Bern 1967.; Eren, **a.g.e.**, s. 590.

¹⁰¹ İfade edilen görüş, maddi olmayan eserlerin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilmesi için şu iki unsurun varlığını aramaktadır; maddi olmayan sonucun yapısı, yüklenicinin vaat edebileceği nitelikte olmalıdır ve maddi bir hal alabilmeli, yani vücut bulabilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 2-22.; Yavuz, **a.g.e.**, s. 989.; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin, 2012, s. 315-318.; Olgaç, **a.g.e.**, s. 2.; Büyükay, **a.g.e.**, s. 28. Yargıtay’ın da bu hususta doktrindeki ağırlıkta olan görüşle aynı yönde kararlar verdiği görülmektedir. Bkz. Yarg. HGK 2009/15-459 E., 2009/541 K., Tarih: 18.11.2009, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2009-15-459.htm&kw>, (Çevrimiçi), 20.11.2017.

¹⁰² Eren, **a.g.e.**, 594.

¹⁰³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 2-22.; Yavuz, **a.g.e.**, s. 989.; Zekeriya Kürşat, “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, **İÜHFİM**, C. LXVII, S.1-2, 2009, s. 149.

Bu bağlamda değerlendirildiğinde, yeni bir eser ortaya çıkartma halinin, maddi olmayan eserleri de kapsadığı açık bir şekilde ortaya konulabilecektir. Var olan bir eseri değiştirme veya ortadan kaldırma hallerinde de, söz konusu olan eser maddi olmayan bir eser ise, aynı şekilde eser sözleşmesinin kapsamına dâhil edilebilecektir¹⁰⁴.

c. Ücret Vaadi

Eser sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilecek ücret vaadi, açıkça yapılabileceği gibi, zımnen de yapılabilecektir. Zira eser sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilen “iş”lerin ücret ödenmesini gerektirmesi, tarafların bu konuda anlaşmalarının karine olarak kabul edilmesi neticesini doğurmaktadır. İlâveten, meydana getirilecek iş karşılığında ödenecek ücretin zımnen kararlaştırılması mümkün olduğu gibi, ücretin miktarı konusunda herhangi bir anlaşmanın yapılmamış olması da eser sözleşmesinin geçerliliğine bir etkide bulunmayacaktır. Bu durumda, yapılan iş, ortaya çıkan netice üzerinden bir değerlendirmeye tabi tutulacak ve bu netice üzerinden bir fiyat tayin edilecektir¹⁰⁵.

Eser sözleşmesi kapsamında elde edilecek ücretin, para olarak belirlenmesi ve ödenmesi genel ilke olmakla beraber¹⁰⁶, para haricinde, aynî olarak belirlenip ödenmesi de mümkündür¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 594-595.

¹⁰⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 24.; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 320.

¹⁰⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 595.

¹⁰⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 28.

d. Taraflar Arasında Anlaşma

Eser sözleşmesinin temel unsurları arasında yer alan, tarafların anlaşması unsuru, eser sözleşmesinin rızâ bir sözleşme olması doğrultusunda, herhangi bir şekilde bağlı değildir¹⁰⁸. Nitekim kuru temizlemeciye herhangi bir ifadede bulunulmadan elbiselerin bırakılmış olması ve kuru temizlemecinin de bunları hiçbir şey söylemeden alarak temizlemesi, taraflar arasında bir anlaşmanın tesis edildiğini göstermektedir. Bununla birlikte, tarafların meydana getirilecek eserin nitelikleri üzerinde de anlaşmış olmaları gerekmektedir¹⁰⁹.

3. İş Sözleşmesiyle Karşılaştırılması

Eser sözleşmesi, yukarıda da ifade edildiği üzere; ivazlı, rızâ ve iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu özellikler itibarıyla değerlendirildiğinde, iş sözleşmesinin de aynı nitelikleri haiz olduğu görülmektedir.

İki sözleşme türünün birbirinden ayrıştığı noktalara bakıldığında ise, söz konusu ayrımı sağlayabilmenin bazı durumlarda pek de mümkün olmadığı görülmektedir¹¹⁰. Eser sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasında temel bir ayrılık oluşturan; fakat her zaman için kesin sonuç alma imkânı vermeyen, sözleşmenin konusunun ne olduğu hususu, ayrımın yapılabilmesinde kullanılan önemli bir ölçüttür. Eser sözleşmesinde, bir eserin meydana getirilmesi, çoğunlukla da maddi varlığa sahip bir eserin meydana getirilmesi söz konusuysen; iş sözleşmesinde, hizmet ifa edilmesi sözleşmenin konusunu teşkil etmektedir¹¹¹. Nitekim Yargıtay da, eser sözleşmesi ve iş sözleşmesi ayrımını yaparken sözleşmenin konusunun

¹⁰⁸ Yavuz, **a.g.e.**, s. 993.; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 320.; Mehmet Remzi, Sezer Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, İkinci Sayfa, 2014, s. 278.

¹⁰⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 28.

¹¹⁰ Niebler/Meier/Dubber, **a.g.e.**, s. 56.

¹¹¹ Heinz-Peter Mansel, "Dienstvertrag und ähnliche Verträge", **Jauernig Kommentar**, 15. Bası, Münih, C.H. Beck, 2014, s. 859.; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 36.; Eren, **a.g.e.**, s. 598.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 408.

ne olduğunu dikkate almaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 26.04.2012 tarihli bir kararında, “çalıştırılanların fiilen yaptıkları iş ile sözleşmedeki işlerin uyuşmaması” ve “eser sözleşmesinde bir eserin ortaya konulması gerektiği halde istisna sözleşmesi yapılarak çalıştırılanların iş isteyen bir işçi adayı gibi kuruma başvurmaları ve uygun görülenlerle sözleşme imzalanması” hususları dikkate alınarak taraflar arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olduğu sonucuna varılmıştır¹¹². Kararda, davacının Türk Radyo ve Televizyon Kurumu'nda ve sözleşmeli personel statüsünde çalıştırılmasından dolayı kurumdaki tüm çalışmalarını iş sözleşmesi kapsamında yapılmış sayılmasa da, davacının hukuki statüsünün belirlenmesinde başvuru temel ölçütler bakımından isabetli bir değerlendirme yapılmıştır. Zira mahkeme, yapılan iş ile sözleşmede öngörülen iş arasındaki bağlantının yanı sıra ücretin nasıl ödendiği ve eser sözleşmelerinin zincirleme olarak yapılmasını gözönünde tutarak, söz konusu hususların eser sözleşmesinin değil, iş sözleşmesinin varlığını ortaya koyduğu sonucuna varmıştır.

İş sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilen hizmet karşılığında ücretin akort ücret olarak belirlenmesi veya eser sözleşmesinde, iş sahibinin ödeyeceği ücretin götürü ücret şeklinde belirlenmiş olması hallerinde, iş sözleşmesi ile eser sözleşmesinin birbirinden ayırt edilmesi oldukça güçleşmektedir. Zira söz konusu durumlarda, iş sözleşmesinin konusunu oluşturan hizmet ifası, eser sözleşmesi kapsamında bir eserin imal edilmesiyle karıştırılabilmektedir.¹¹³ Bu durumda, iki sözleşmeyi ayırt etmek amacıyla, başka ölçütlerin de dikkate alınması gerekmektedir.

Söz konusu ihtimalin ortaya çıkması halinde, yapılan sözleşmenin âni edimli mi yoksa sürekli bir sözleşme mi olduğu önem kazanmaktadır. Zira ani edimli sözleşmeler kategorisinde yer alan¹¹⁴ eser sözleşmesinin konusunu oluşturan edimler, genel itibarıyla

¹¹² Karar için bkz. Yarg. 9. HD. 2010/7871 E., 2012/14422 K., Tarih: 26.04.2012 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Çevrimiçi), 06.04.2019.

¹¹³ Frank Maschmann, **Arbeitsverträge und Verträge mit Selbstständigen – Rechtliche Qualifizierung von Dienstleistungsverhältnissen als Abgrenzungs- und Einordnungsproblem**, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, s. 122.

¹¹⁴ Kürşat, a.g.m., s. 162.

bir eserin meydana getirilmesini esas almakta ve bu eserin meydana getirilmesiyle de müteahhidin borcu sona ermekte, ücrete hak kazanmaktadır. Buna karşılık, iş sözleşmesinde, genellikle belirli bir işin/hizmetin yapılması veya belirli bir eserin meydana getirilmesi ile sona eren bir borçtan değil, işin/hizmetin veya eser meydana getirme fiilinin belirli bir süre boyunca devam etmesinden söz edilmektedir¹¹⁵. İşçinin borcu/borçları, bu sürenin sonunda veya sözleşmenin sona ermesiyle ortadan kalkmakta, bu sayede de ücrete hak kazanmaktadır¹¹⁶. Her ne kadar genel durum, ifade edilen yönde gerçekleşiyor olsa da, bazı istisnalar mevcuttur. Örneğin, eser sözleşmesinin, birden çok sayıda aynı nitelikteki eserin artarda ifa edilmesini ve belirli bir süreyi kapsayacak şekilde akdedilmesi mümkündür. Aynı şekilde, iş sözleşmesinin hizmet ifasına değil de belirli sayıda işin belirli sürede ifa edilmesine hasredilmesi de mümkündür¹¹⁷. Dolayısıyla bu hallerde edimin türüne ilişkin ortaya konulan ölçüt de, ayırımın yapılabilmesi için yeterli olmayacaktır.

İki sözleşmeyi birbirinden ayırt etmede kullanılan bir diğer ölçüt de, işin ifasında kullanılacak araç ve gereçlerin kim tarafından sağlanacağıdır. Eser sözleşmesinde genel kural; gerekli araç ve gereci, eseri meydana getirecek müteahhidin temin etmesidir¹¹⁸. İş sözleşmesinde ise bu kural tam aksi yönde işlemekte ve araç ve gereçlerin işveren tarafından sağlanması gündeme gelmektedir. Örneğin, çeşitli motiflerle işlenmek üzere ceviz ağacından masa yapılması hususunda bir ustayla anlaşılması durumunda, bu üretim için gerekli olan tüm malzemeyi bulma ve temin etme görevi, müteahhidin üzerinde olmaktadır. Zira hem hayatın olağan akışına uygun olanı budur, hem de bir parça borcu, yani bir eserin imal edilmesi söz konusudur. Dolayısıyla eser sözleşmesi kapsamına giren bir edim mevcut olmaktadır. Bununla birlikte, eser sözleşmesindeki söz konusu genel kuralın, aksi kararlaştırılabileceği ve iş sahibinin de araç-gereç sağlamakla mükellef kılınabileceği gibi; iş sözleşmesi çerçevesinde, işçi de bazı hallerde bu borcu üstlenebilecektir¹¹⁹. Söz konusu

¹¹⁵ Maschmann, **a.g.e.**, s. 117.

¹¹⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 599.

¹¹⁷ Akkurt, a.g.m., s. 48.

¹¹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 615.

¹¹⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal Baysal, **a.g.e.**, s. 408.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 278. Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD. 2016/804 E. 2016/2815 K. Tarih: 16.2.2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/>

halde, araç ve gereçleri sağlama borcunun kimin üzerinde olduğunun tespiti, kesin bir ayırım yapabilme imkânını ortaya çıkaramamaktadır.

Buna binaen, yalnızca araç-gereç sağlama borcundan değil de, genel olarak iktisâdî riskin kimin üzerinde olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılması hâlinde daha kesin bir sonuca ulaşmak mümkün olabilecektir. Zira eser sözleşmesinde iktisâdî risk müteahhidin üzerinde iken; iş sözleşmesinde işverenin üzerindedir¹²⁰. Genel kural ve uygulama bu yönde olmakla birlikte, iktisâdî risk unsuru da ayırım için yeterli kesinliği sağlayamamaktadır. Şu sebeple ki; eser sözleşmesinde araç-gereç sağlama borcu, dolayısıyla iktisâdî risk, kural olarak müteahhidin üzerinde olmakla birlikte, tarafların bu borcu iş sahibine yüklemeleri mümkündür. Hâliyle ifade edilen şekilde bir anlaşmanın varlığında, iki sözleşme arasında ayırım yapılması zor bir hâl olacaktır.

Eser sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasında farklılık oluşturan başka bir unsur, borcun ifasında gösterilecek özen ve bu özenin gösterilmemesi hâlinde meydana gelecek zarardan kimin sorumlu olacağıdır. Eser sözleşmesinde, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi müteahhidin işini özenle yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu özen borcu, iş sözleşmesinde olduğu gibi edimin sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edildiğinin kabul edilebilmesi için olmazsa olmaz değildir. Nitekim müteahhidin temel borcu, eseri meydana getirmek ve bu borçtan doğan bir yan borç olarak da, eseri teslim etmektir¹²¹. Eser, sözleşmede kararlaştırılan şekilde ortaya çıktığı müddetçe, müteahhidin

dsp.php?fn=9hd-2016-804.htm&kw, (Çevrimiçi), 18.12.2017. Aynı şekilde İsviçre Borçlar Kanunu'nda da aksine bir anlaşma ya da uygulama olmadığı sürece, işin yapılması için gerekli olan araç gereçlerin ve malzemelerin işveren tarafından temin edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.(Bkz. OR Art. 327/1)

¹²⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 101.

¹²¹ Büyükay, **a.g.e.**, s. 67.; “Eser sözleşmesinde ise işi yapmayı üstlenen, eser meydana getirmekten ibaret bir iş görme edimini borçlanmaktadır. Eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla beraber burada önemli olan çalışmanın kendisinden ziyade bu çalışma neticesi ortaya çıkan ve objektif olarak gözlemlenen sonuçtur.” bkz. Yarg. 9. HD. 2015/31263 E., 2015/32362 K., Tarih: 16.11.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Çevrimiçi), 06.04.2017.

eseri meydana getirirken özensiz¹²² davranması önemli değildir¹²³. Sonuçta, eseri istenilen vasıflara uygun bir şekilde meydana getirip iş sahibine teslim ettiği sürece müteahhit, borcunu ifa etmiş sayılacaktır¹²⁴.

Müteahhidin özen borcu, eserin istenilen vasıflarda veya hiç imal edilmemesi halinde gündeme gelecektir. Gerçi bu durumda da özen borcuna aykırılıktan değil, ayıba karşı tekeffülden hüküm tesis edilecektir¹²⁵. Hâlbuki iş sözleşmesinde, özenli davranma, işçinin borcunu ifa ettiğinin kabul edilebilmesi için zorunluluk arz etmektedir¹²⁶. Zira iş sözleşmesinde, ifa edilmekle biten bir işten değil; belirli veya belirsiz bir süre içinde sürekli ve tekrarlayan surette ifa edilen bir işten söz edilmektedir. Dolayısıyla, işin özenle yapılması, hem işin gerektiği şekilde yapılması hem de borcun ifası bakımından önem taşımaktadır. İş sözleşmesinde, özenli davranmama durumunda, istenilen sonuç elde edilmiş olsa dahi,

¹²² Burada kastedilen, müteahhidin özen borcunun olmadığı veya iş sözleşmesi kapsamında iş gören işçinin daha az özen göstereceği değildir. Nitekim TBK'da da müteahhidin, basiretli bir yükleniciden beklenen özeni göstermekle yükümlü olduğu ve BK döneminde müteahhitten beklenen "hizmet sözleşmesi kapsamında iş gören bir işçiden beklenen özeni göstermesi" yükümlülüğünün doktrindeki eleştiriler neticesinde ortadan kaldırıldığı görülmektedir. Bkz. K. Emre Gökyayla, "Eser Sözleşmesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler- Tebliğler**, Ed. Murat İnceoğlu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 288. Zira müteahhitten beklenen özen derecesi ile işçiden beklenen özenin aynı derecede olması mümkün değildir. Buradaki "özensiz" tabiri ile ifade edilmek istenen husus, müteahhidin bir sonuç borcunun bulunduğu ve bu borcu sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri haiz bir biçimde yerine getirdiği müddetçe sırf özensiz davranmasından dolayı herhangi bir yaptırıma maruz bırakılmayacak olmasıdır.

¹²³ Buna karşılık, eserin meydana getirilmesi esnasında, müteahhidin sergilemiş olduğu özensizlik neticesinde eserin istenilen vasıfları haiz olarak ortaya çıkarılamayacağı yönünde iş sahibinde bir kanaat oluşursa, eserin başkasınca meydana getirilmesi yönünde bir karar alınması da mümkündür. Bkz. Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 334-344.

¹²⁴ Akkurt, **a.g.m.**, s. 55.; Ayrıca bkz. Yarg. 21. HD. 2016/5004 E., 2017/7112 K., Tarih: 2.10.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=21hd-2016-5004.htm&kw>, (Çevrimiçi), 20.12.2017.

¹²⁵ K. Emre Gökyayla, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu", **GÜHFD**, S. 1, 2002, s. 788. Yarg. 15. HD. 2014/836 E. 2015/471 K. Tarih: 28.1.2015, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2014-836.htm&kw>, (Çevrimiçi), 20.12.2017.

¹²⁶ Recep Makas, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu'na Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S. 4, 2012, s. 153.; Uygur, **a.g.e.**, s. 2154.

eser sözleşmesinden farklı olarak, borç yerine getirilmiş sayılmamakta, işçinin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Öyle ki, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebeple feshi dahi gündeme gelebilmektedir. (İş K. m. 25/II) Buradan yola çıkıldığında, özenli davranma yükümünün, eser sözleşmesini, iş sözleşmesinden ayırt etmek amacıyla kullanılacak güvenilir bir unsur olduğu dile getirilebilecektir¹²⁷. Ancak, bu unsurun da kesin bir sonuç sağlaması söz konusu değildir. Zira eser sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi karakterini haiz ve sözleşme serbestisi ilkesine tabi olması, tarafların bu çerçevede belirli bir özen yükümlülüğünü veya üretimde belirli prosedürlere uyulmasını öngörmelerinin mümkün olması, kesin bir ayırım yapmayı zorlaştırmaktadır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, sözleşmenin taraflarının kimler olabileceğidir. Eser sözleşmesinin her iki tarafı da, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir; ancak iş sözleşmesinde işçinin mutlak suretle gerçek kişi olması gerekmektedir¹²⁸. İfade edilen farklılığın sözleşmelerin birbirinden ayırt edilmesinde ne derece güvenilir sonuç vereceği ise, başka bir husustur. Nitekim eser sözleşmesinin tarafları olan müteahhidin gerçek kişi, iş sahibinin de tüzel kişi olması halinde, iş sözleşmesinden -yalnızca bu unsur göz önünde bulundurularak değerlendirilirse- görünürde bir farkı kalmayacaktır. Bu sebeple, sözleşme taraflarının kim olduğu hususu da yeterli kesinliği sağlayamamaktadır.

Eser sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasında en temel farklılığı oluşturan ve söz konusu sözleşmelerin birbirlerinden ayırt edilmesinde diğerlerine göre daha kesin sonuçlar vermesi sebebiyle yaygın olarak kullanılan ölçüt, bağımlılık ölçütüdür. İş sözleşmesinde, işçinin, işverene hukuki ve kişisel bağımlılığı mevcuttur; ancak eser sözleşmesinde bu söz konusu değildir. Nitekim müteahhit, eseri istenilen şekilde meydana getirdiği sürece, iş sahibinin verdiği talimatlara uyması veya uymaması önemli değildir¹²⁹. Buna karşılık, iş

¹²⁷ Andrea H. Brustein, “Casual Workers and Employee Benefits: Staying Ahead of the Curve”, **U. Pa. Journal Of Labor and Employment Law**, C. 7, S. 3, 2005, s. 700.

¹²⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 40; Uygur, **a.g.e.**, s. 1955.

¹²⁹ Uygur, **a.g.e.**, s. 1966. Mehmet Özgür Avcı, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, **MÜHF-HAD**, C. 22, S. 3, 2012, s. 309. Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir; “Eser sözleşmesi ise, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği

sözleşmesi açısından, işçinin işverenin emir ve talimatlarına uyması, işverene bağımlılık içerisinde ve sadakatle işini yerine getirmesi, aynı zamanda sözleşmeden kaynaklı bir borç olarak da ortaya çıkmaktadır¹³⁰.

B. Vekâlet Sözleşmesi

1. Tanımı

Vekâlet kavramı sözlükte; “~i olmadan başkası hesabına tasarruf: vekilliksiz iş görme” şeklinde tanımlanmaktadır¹³¹. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, vekâlet, bir kimsenin kendisi yerine, bu kimse tarafından yetkili kılınan başka bir kimsenin iş görmesi, bir yükümlülüğü ifa etmesidir. Söz konusu ifa yükümlülüğü, bir sözleşme kapsamında yerine getirilebileceği gibi, sözleşme yapılmadan, karşılıklı anlaşma çerçevesinde de gerçekleştirilebilir. Sözleşme yapılması halinde vekâlet sözleşmesinden; yapılmaması halinde de vekâlet ilişkisinden bahsedilmektedir¹³².

Vekâlet sözleşmesi, TBK’da m. 502’de tanımlanmıştır. Buna göre vekâlet sözleşmesi, “... vekîlin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir”. şeklinde tanımlanmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan tanım ise şu şekildedir; “Vekâlet, kabul edilmesiyle birlikte, vekile, kendisine verilen iş/görev ve hizmetleri yerine getirme sorumluluğu yükler”. (OR Art. 394) Son olarak Alman Medeni

sözleşmedir. Eser sözleşmesinde yüklenici eser meydana getirmekten ibaret bir iş görme edimini borçlanmaktadır. Bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla beraber, burada önemli olan, çalışmanın kendisinden ziyade, bu çalışma neticesi ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabil sonuçtur.” Yarg. 21. HD. 2016/6932 E., 2017/2036 K. Tarih: 14.3.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=21hd-2016-6932.htm&kw>, (Çevrimiçi), 27.12.2016.

¹³⁰ Tuncay, “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, s. 1043-1085.; Ertürk, **a.g.e.**, s. 132.

¹³¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.56bf1b03cb6071.49840782, (Çevrimiçi), 13.02.2016.

¹³² Nitekim 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun dokuzuncu bölümü “vekâlet ilişkileri” başlığını taşımakta ve bu başlık altında vekâlet sözleşmesi, simsarlık sözleşmesi, komisyon sözleşmesi, kredi mektubu ve kredi emri, gibi vekâlet ilişkisi doğuran hukuki ilişkiler düzenlenmektedir. Dolayısıyla kanunkoyucu, vekâlet ilişkisi ile vekâlet sözleşmesini birbirinden ayrı kavramlar olarak değerlendirmiştir. Aynı yönde bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 1154.

Kanunu'ndaki tanım da şu şekildedir; “Vekil, vekâleti kabul etmekle birlikte, vekâlet veren tarafından kendisine verilen işi/görevi ivazsız olarak yerine getirmeyi üstlenir”. (BGB § 662)

Tanımlardan anlaşılacağı üzere, vekâlet sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran, karşılıklı rızaya dayanan, başkası hesabına iş görmeyi içeren, temelde ivazsız ve eksik iki taraf borç yükleyen bir sözleşmedir¹³³.

Verilen tanımlara birbirleriyle karşılaştırıldığında, TBK' daki tanım ile OR' deki tanımın neredeyse aynı olduğu görülmektedir. BGB' deki tanım ise, vekâlet sözleşmesinin ivazsız bir sözleşme olmasını ifade etmesi sebebiyle, diğer ikisinden ayrılmaktadır. Buna karşılık, söz konusu tanımlardan hiçbirisini vekâlet sözleşmesinin tam bir tanımı olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira yapılan tanımların üçünde de bağımlılık unsuruna ve taraflar arasındaki güven ilişkisine, ilk iki tanımda ise bunlara ek olarak, ücret unsuruna yer verilmemektedir¹³⁴.

Doktrinde vekâlet sözleşmesinin çeşitli tanımları bulunmaktadır. Bir tanıma göre; “Vekâlet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile belirlenen işi görmeyi veya işlemi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceği edimin kanunda düzenlenen başka bir sözleşmenin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme ve teamül olan durumlarda vekilin ücrete hak kazandığı” bir sözleşme olarak tanımlanmıştır¹³⁵.

Diğer bir tanıma göre ise, “vekâlet öyle bir akittir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmemesi rizikosunu ona ait olmamak üzere yükler”¹³⁶.

Başka bir tanıma göre ise; “Vekâlet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, vekil, vekâlet veren ile arasındaki özel güven ilişkisine dayalı şekilde, vekâlet verenin menfaatine ve

¹³³ Yavuz, **a.g.e.**, 1155-1168.; Eren, **a.g.e.**, s. 707-711.; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 124- 132.; Erkan, **a.g.m.**, s. 441.

¹³⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s. 122.

¹³⁵ Yavuz, **a.g.e.**, 1154.

¹³⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s.356.

hesabına olarak ve nispeten yersel, zamansal veya maddi bağımsızlık içerisinde bir iş veya hizmeti, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmış ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi borçlanır”¹³⁷. Bu tanım, diğerlerine göre daha kapsamlı olması sebebiyle, tarafımızca da kabul edilmektedir.

2. Unsurları

Vekâlet sözleşmesinin unsurlarını, zorunlu olanlar ve zorunlu olmayanlar olmak üzere iki başlık altında toplamak mümkündür. Zorunlu unsurları: bir işin görülmesi veya bir hizmetin yapılması, işin veya hizmetin bağımsız bir şekilde yerine getirilmesi, iş veya hizmetin vekâlet verenin menfaatini temin amacıyla gerçekleştirilmesi, tarafların anlaşması ve işin veya hizmetin sonuçtan bağımsız olarak görülmesidir. Zorunlu olmayan unsurları ise: ücret ve sözleşmeyi istenildiği anda sona erdirebilme hakkıdır¹³⁸.

a. Zorunlu Unsurları

(1) Bir İşin Görülmesi veya Bir Hizmetin Yapılması

Vekâlet sözleşmesinin temelini, bir işin görülmesi veya bir hizmetin yapılması oluşturmaktadır. Her ne kadar bu ifade, vekâlet sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilecek iş veya hizmetler için herhangi bir kısıtlama öngörülmediği yönünde bir izlenim oluştursa da, esasında her iş veya hizmetin bu vekâlet sözleşmesi çerçevesinde görülmesi veya yerine getirilmesi mümkün değildir¹³⁹. Vekâlet kurumunun amacı, görülmesi istenen işi

¹³⁷ Gümüş, **a.g.e.**, s. 122.

¹³⁸ Yavuz, **a.g.e.**, s. 1155-1169.; Eren, **a.g.e.**, s. 708-718.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 124-132.

¹³⁹ Burada önemli olan husus, kanunların sözleşmelerin kapsamlarını ne şekilde belirlediğidir. Örneğin, kanunlarla iş sözleşmesinin kapsamına girdiği açık olarak düzenlenmiş olan maddi fiiller, vekâlet sözleşmesine konu edilemez. Bu bakımdan yalnızca, kanunda mevcut olan sözleşme türlerinin kapsamına dahil edilemeyen ve nitelik bakımından uygun olan maddi fiillerin vekâlet sözleşmesi başlığı altında değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Bkz. Yarg. HGK 2013/13-1913 E., 2015/1260 K., Tarih: 22.4.2015, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2013-13-1913.htm&kw>, (Çevrimiçi), 27.12.2017.

veya yapılması istenen hizmeti kendi becerisiyle yerine getiremeyen veya becerisi olmakla birlikte, farklı sebeplerden dolayı söz konusu işin görülmesi veya hizmetin yapılması yükümlülüğünü başkasına devretmektir.

Sözleşme kapsamında bir işin görülmesi veya bir hizmetin yapılması yönüyle vekâlet sözleşmesi ikiye ayrılır: hukuki fiil vekâleti ve maddi fiil vekâleti. Hukuki fiil vekâleti, bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesini (örn. Bir hakkın başkası adına veya hesabına devri, iktisabı, kullanılması veya temliki) içermekte iken; maddi fiil vekâleti ise, maddi fiil niteliğindeki bir hizmetin (örn. doktorun ameliyat yapması, mimarın proje çizmesi, öğretmenin özel ders vermesi vb.) yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır¹⁴⁰. Vekâlet sözleşmesinden söz edilebilmesi için ortada yapma borcu doğuran bir işin veya hizmetin bulunması gerekir. Konusunu tek başına yapmama veya kaçınma borcunun oluşturduğu iş veya hizmetlerin vekâlet sözleşmesi kapsamına girmesi mümkün değildir¹⁴¹.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili hukuki işlemlerin, vekâlet sözleşmesi kapsamında bir vekile tevdi edilmesi modern hukuk sistemlerince uygun görülmemektedir. Bu tür hukuki işlemlerin, bizzat hak sahibinin tasarrufuyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir.¹⁴²

¹⁴⁰ Yavuz, **a.g.e.**, s. 1155-1157.; Eren, **a.g.e.**, s. 709.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 124-125.

¹⁴¹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 1156.; Eren, **a.g.e.**, s. 708.; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 596.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 124.; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 388-389.

¹⁴² Yavuz, **a.g.e.**, s. 1159.; Eren, **a.g.e.**, s. 710. İslam Hukuku'nda, kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin hukuki işlemlerin de vekâlet sözleşmesinin konusu olabileceği değerlendirilmektedir. Nitekim nişanlanma, evlenme, tanıma, vesayet ve velayet vb. hususlarda, vekil vasıtasıyla işlemlerin gerçekleştirilmesi mümkün görülmüştür. Hattâ, kadınların nişanlanma ve evlenme gibi hususlarda, Hanefi mezhebi haricindeki mezhepler, reşit olsa dahi, kadınların vekil vasıtasıyla temsil edilmelerini bir zorunluluk olarak görmüşlerdir. Bunun sebebi, nikâhın riski çok büyük olan bir hak olması ve bu hakkın kullanılmasında tecrübe ve yetkinlik aranmasının kadınların yararına olacağı düşüncesidir. Detaylı bilgi için bkz. Bilal Aybakan, "İslam Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990, s. 27.

(2) İşin veya Hizmetin Bağımsız Bir Şekilde Yapılması

Vekâlet sözleşmesinin, konusunu iş görme borcunun oluşturduğu diğer özel hukuk sözleşme türlerinden -özellikle iş sözleşmesinden- ayrıştırılmasında kullanılan temel unsur vekilin müvekkile karşı bağımsızlığıdır¹⁴³. Çoğunlukla vekilin, görülmesi istenilen iş veya gerçekleştirilecek hizmet hakkında özel bilgi ve beceriye sahip olması sebebiyle gündeme gelen vekâlet sözleşmesinde vekil, istenilen sonucu elde etme doğrultusunda gerekli gördüğü eylemleri, uygun gördüğü yer, zaman ve usulle gerçekleştirme hak ve yetkisine sahiptir¹⁴⁴.

Buna karşılık, vekilin müvekkilinden tamamen bağımsız olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Vekilin müvekkilinden bağımsızlığı ile kastedilen, nisbî bağımsızlıktır¹⁴⁵; müvekkilin emir ve talimat verme yetkisi varlığını muhafaza etmekte, fakat söz konusu emir ve talimatların yerine getirilmesi noktasında vekilin kendi uygun gördüğü şekilde hareket etme yetkisi bulunmaktadır¹⁴⁶.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin bağımsızlığının tamamen veya önemli ölçüde ortadan kalkması durumunda artık vekâlet sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır¹⁴⁷. Müvekkil, işin veya hizmetin gerçekleştirilmesinde kat edilecek tüm aşamalarda vekili yönlendiriyor ve bunu da sözleşmeden kaynaklanan hukuki ilişkinin olmazsa olmaz unsuru olarak değerlendiriyorsa, söz konusu hukuki ilişki, iş ilişkisi olarak değerlendirilecektir. Bu duruma örnek olarak, hâlihâzırda çokça uygulanan ve gittikçe de yaygınlaşan

¹⁴³ “İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağılılığı vardır.” Yarg. HGK 2015/22-3235 E., 2017/381 K., Tarih: 1.3.2017, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2015-22-3235.htm&kw>, 03.01.2018.

¹⁴⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁴⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s. 1168.

¹⁴⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s. 126. Aynı yönde “Vekilin bağımsızlığı mutlak değilse de, iş sahibinin ısrarlı talimatı karşısında uyarması dışında, dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirme hakkı, vekilin bir ölçüde işveren karşısında bağımsızlığını bir ölçüde korumaktadır.” Bkz. Yarg. HGK 2015/22-3235 E., 2017/381 K., Tarih: 1.3.2017, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2015-22-3235.htm&kw>, 03.01.2018.

¹⁴⁷ Yavuz, **a.g.e.**, s. 1168.

çok ortaklı avukatlık firmaları, avukatların vekilden ziyade işçi olarak faaliyet göstermeleri neticesini doğurmaktadır. Zira buralarda çalışan avukatlar, görev üstlendikleri davalarda kullanacakları usul ve yöntemleri avukatlık firması sahibi kişinin talimatları doğrultusunda uygulamaktadırlar. Dolayısıyla firma sahibi ile avukat arasında vekâlet ilişkisinden değil, iş ilişkisinden bahsetmek gerekmektedir¹⁴⁸.

(3) İş veya Hizmetin Başkasının Menfaatini Temin Amacıyla Gerçekleştirilmesi

Vekâlet sözleşmesinin hukuki bir kurum olarak ortaya çıkmasının temelinde yatan sebep; iş veya hizmetin, o işi görmeye ehil veya ehil olmasa dahi bu amaçla yetkilendirilen bir kimse tarafından vekâlet veren veya vekâlet veren kimsenin belirttiği kişi/ler yararına gerçekleştirilmesidir. Vekâlet sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilmesi talep edilen işin veya hizmetin bir alacaklısı ve borçlusu bulunmaktadır. Zira “sözleşme” kavramı bir borç-alacak ilişkisi doğurmaktadır¹⁴⁹.

Kişinin kendisi için iş veya hizmet görmesi halinde bir alacak-borç ilişkisinden söz etmek mümkün olmayacak, dolayısıyla ortada bir alacaklı veya borçlu da olmayacaktır. Neticede vekilin, yalnızca kendi menfaatini temin amacıyla gerçekleştirmiş olduğu iş veya hizmetler, vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁵⁰. Bununla birlikte, vekilin iş veya hizmeti gerçekleştirdiği esnada veya sonrasında söz konusu iş veya hizmetten dolayı menfaat elde etmesi mümkündür. (Örneğin; avukatın davayı kazanması neticesinde müvekkilinden ücret alması, doktorun muayene neticesinde ücret alması vb.) Söz konusu durumdaki tek şart, vekâlet verenin de vekilin faaliyetleri sayesinde menfaat

¹⁴⁸ Bkz. Yarg. 9. HD. 2012/10616 E., 2014/11732 K., Tarih: 08.04.2014.; Yarg. 22. HD. 2013/5135 E., 2014/3338 K., Tarih: 21.02.2014.; Yarg. 7. HD. 2013/16395 E., 2014/4192 K., Tarih: 20.02.2014. (Şahin Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 2013-2014 Yılları**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 47-56.)

¹⁴⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 711.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 126-127.

¹⁵⁰ Yavuz, **a.g.e.**, s. 1162.

elde etmesidir. Vekâlet verenin herhangi bir fayda elde etmediği hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılması mümkün değildir¹⁵¹.

Vekâlet verenin vekilin faaliyetleri sonucunda fayda sağlaması unsuru, faydanın üçüncü bir kişi yararına gerçekleşmesini engellemektedir. Dolayısıyla, vekâlet sözleşmesinin, üçüncü kişi yararına bir sözleşme niteliğinde yapılması mümkündür. (Örneğin; vekilin, vekâlet sözleşmesi çerçevesinde satın aldığı taşınmazı müvekkilin çocuğu üzerine tapuya kaydettirmesi, anne-babanın çocuklarını muayene ettirmeleri vb.) Hattâ hem vekâlet verenin hem vekilin hem de üçüncü kişinin menfaat temin edebileceği bir vekâlet sözleşmesi dahi yapılabilir¹⁵².

(4) Tarafların Anlaşması

Vekâlet sözleşmesi, bir “sözleşme” olması sebebiyle tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olması halinde ortaya çıkabilmektedir. Söz konusu irade beyanlarının gizli veya örtülü olması vekâlet sözleşmesinin mevcudiyeti bakımından herhangi bir farklılık teşkil etmemektedir¹⁵³.

Vekâlet sözleşmesinde, kendisine vekillik sıfatı yüklenilmek istenen kişinin, kabul beyanını örtülü olarak yapması, özellikli bir durum içermektedir; şayet kişi kendisine verilen vekâleti hemen reddetmezse, kural olarak, kabul beyanında bulunduğu varsayılır¹⁵⁴.

¹⁵¹ Gümüş, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁵² Yavuz, **a.g.e.**, s. 1163.

¹⁵³ Erkan, **a.g.m.**, s. 445. Her ne kadar TBK’da vekâlet sözleşmesinin rızâ bir sözleşme olduğu düzenlenmiş olsa da, vekâlet sözleşmesi çerçevesinde ifa edilecek bir takım hukuki işlemlerde şekil şartı öngörülmüştür. (Örneğin; taşınmaz satımı ve tesciline ilişkin vekâlet) Alman Medeni Kanunu’nda da vekâlet sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. İsviçre Borçlar Hukuku’nda ise vekâlet sözleşmesi için yazılılık, bir geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür. (Bkz. OR Art. 406/d)

¹⁵⁴ Kural bu olmakla birlikte, birtakım istisnalar da mevcuttur. TBK m. 503’te örtülü kabulün şartları öngörülmüştür. Buna göre, bir işin görülmesi konusunda resmi sığata sahip olan bir kimse, kendisine yapılan iş teklifini hemen reddetmediği müddetçe, bu işi kabul etmiş sayılır. Maddede yer verilen “hemen” ifadesi, TBK m. 6 ile birlikte yorumlandığında, makul bir düşünme süresi neticesinde ret kararı verilmemesi halinde vekâlet sözleşmesinin kabul edildiği anlamının çıkarılmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde, vekile düşünmesi için hiçbir fırsat bırakılmamış olacak ve haksız bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Detaylı bilgi için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 712.

Sözleşme, karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarının bulunması suretiyle ortaya çıkan bir hukuki kurum olmakla birlikte, bir sözleşmenin varlığından söz edebilmek için, karşılıklı borç ve alacaktan da bahsedilebilmesi gerekmektedir. Borç altına girme iradesi olmaksızın, yalnızca yardım veya başka sebeplerden ötürü görülen işler vekâlet ilişkisinin doğumuna sebebiyet vermeyecektir. (Örneğin; bir emlakçının ücret elde etme ve borç altına girme iradesi olmaksızın, arkadaşının bir taşınmazı almasında aracılık yapması) Ancak bu durumda, temsil ilişkisinden söz edilebilmesi mümkündür¹⁵⁵.

(5) İşin veya Hizmetin Sonuçtan Bağımsız Olarak Görülmesi

Vekâlet sözleşmesi ile vekil, bir işi veya hizmeti görmeyi vekâlet verene taahhüt eder, fakat bu taahhüt, ulaşılmak istenen sonuca ulaşma garantisini içermemektedir. Vekil, üstlendiği iş veya hizmeti kendi bilgisi ve tecrübesi dâhilinde gerekli özeni göstererek yerine getirmekle yükümlüdür, buna karşılık kendisinden beklenen tüm çabayı göstermiş olmasına rağmen, istenilen sonucu elde edememesi halinde bundan dolayı sorumlu tutulamayacaktır¹⁵⁶.

Sonuçtan bağımsızlığın, vekâlet sözleşmesinin bir unsuru olarak kabul edilmesi, bu sözleşmenin temel ortaya çıkış sebebinden kaynaklanmaktadır. Temelini Roma Hukuku'ndan alan vekâlet sözleşmesi, ilk zamanlarda ücret karşılığı görülen bir iş veya hizmeti kapsamamaktaydı. Zira vekâlet sözleşmesi, başkası yararına ücretsiz iş görme borcu doğuran bir sözleşme olarak tanımlanmıştır ve taraflar arasındaki kişisel ilişki üzerine tesis edildiği kabul edilmiştir¹⁵⁷. Dolayısıyla, ücretsiz olarak bir başkası yararına iş veya hizmet gören kişiye bunun üzerine sonuç elde etme sorumluluğu da yüklemek aşırıya gitmek olarak görülmüştür¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s. 1165.

¹⁵⁶ **A.e.**, s. 1164.; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 592-593.

¹⁵⁷ Haluk Emiroğlu, "Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil", **AÜHFD**, C. 52, S.1, 2003, s.105.

¹⁵⁸ Yavuz, **a.g.e.**, s. 1164.

b. Zorunlu Olmayan Unsurları

(1) Ücret

Ücretin, vekâlet sözleşmesinin tarihî ve hukukî temelleri dikkate alındığında, vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmadığı görülmektedir¹⁵⁹. Zira vekâlet sözleşmesi ilk ortaya çıktığı zamanlarda, onurlu hizmetler arasında yer alan ve dolayısıyla da ücret karşılığı tesis edilmesi mümkün olmayan hukuki ilişkilerden sayılmıştır. Bu sebeple, vekâlet sözleşmesinin ücret karşılığında tesis edilmesi, sözleşme esnasında veya neticesinde ücret talep edilmesi onursuzluk olarak görülmüştür¹⁶⁰.

Söz konusu durum, nüfusun az, kişilerin birbirlerini tanıdığı ve dolayısıyla hukuki çekişme sayısının henüz makul seviyelerde olduğu ilk dönem Roma toplumunda pek de büyük bir sorun teşkil etmemiştir. İlerleyen zamanlarda Roma'nın topraklarının genişlemesi, hükümleraltığı altında bulunan insan sayısının ve hukuki çekişmelerin artması sebebiyle, artık vekâlet sözleşmesinin ücret karşılığında yapılması onursuz bir iş olarak kabul edilmemeye başlanmıştır¹⁶¹. Bu kabul, modern hukuk sistemlerinin de ifade edilen doğrultuda gelişmesi neticesini doğurmuş ve vekâlet sözleşmesinin ücret karşılığında tesis edilmesi kanunî düzenlemelerle de teminat altına alınmıştır. (Örneğin; Fransız Medeni Kanunu m. 1986; Avusturya Medeni Kanunu §1004; İtalyan Medeni Kanunu m. 1709)¹⁶².

Türk Borçlar Kanunu'nda ücret, vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple, ücretin öngörülmediği bir vekâlet sözleşmesinin akdedilmesi

¹⁵⁹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 391.

¹⁶⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 717.; Uygur, **a.g.e.**, s. 2292.

¹⁶¹ Emiroğlu, **a.g.m.**, s. 105-106.

¹⁶² Alman Medeni Kanunu'nda vekâlet sözleşmesi halen daha başkası yararına ücretsiz iş görme borcu doğuran sözleşmeler kapsamında yer almakta; uzmanlık gerektiren işler, eser ve hizmet sözleşmesi kapsamına alınmaya çalışılmaktadır. Bu sebeple, vekâlet sözleşmesinin ücret karşılığında yapılabilmesi mümkün görülmemektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 1165-166.

hukuki olarak mümkündür¹⁶³. Buna karşılık, tarafların bir ücret üzerinde anlaşmaları halinde vekilin bu ücreti talep etme hakkının bulunduğu kanunen teminat altına alınmıştır¹⁶⁴. (Bkz. m. 502 f. son) Ücrete ilişkin bir anlaşma olmaması halinde ise vekilin ücret talep hakkı her zaman için ortadan kalkmamaktadır. Bu durumda, görülen iş veya hizmet için ücret alınması hususunda teamül mevcut ise, ücret hususunda bir anlaşma olmasa dahi, vekilin talebi halinde vekâlet verenin ücret ödeme borcu gündeme gelecektir. Herhangi bir teamülün bulunmadığı ve ücret konusunda bir anlaşmanın da olmadığı hallerde vekâletin ücretsiz olduğu kesin karine olarak kabul edilecektir¹⁶⁵.

(2) Sözleşmenin İstenildiği Zaman Sona Erdirilebilmesi

Vekâlet sözleşmesinin, karşılıklı güvene ve kişisel ilişkiye dayanması sebebiyle, gerekli görüldüğü ve istenildiği her zaman sona erdirilebilmesi, kanunkoyucular tarafından vekâlet veren ve vekile tanınmış bir haktır¹⁶⁶.

¹⁶³ Bununla birlikte, modern hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunda vekâlet sözleşmesinin ücretli olduğu hususunda bir karine mevcuttur. Uygur, **a.g.e.**, s. 391.; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 598.

¹⁶⁴ Kanuni teminata ek olarak Yargıtay'ın Avukatlık Kanunu'nun 163. Maddesinin değişmeden önceki halinde mevcut bulunan 3. fıkrası doğrultusunda tesis ettiği içtihatlarında da vekalet sözleşmesi kapsamında faaliyet yürüten avukatların, sözleşme ile yapmayı üstlendikleri işin veya hizmetin gerçekleştirilememesi halinde dahi, ücrete hak kazanacaklarına hükmedilmiştir. Yargıtay'ın burada göz önünde bulundurduğu husus, vekâlet sözleşmesinde tarafların, vekilin (avukatın) üstlenmiş olduğu iş neticesinde başarıya ulaşamamış olması (davayı kazanamaması) halinde ücrete hak kazanamayacağı, fakat aksi halde hak kazanabileceği şeklindeki hükümlerin var olmasıdır. Bkz. Yarg. 13. HD. 1983/4618 E., 1983/6154 K., Tarih: 14.09.1993.; Yarg. 13. HD. 1983/6279 E., 1983/7796 K., Tarih: 09.11.1983. Söz konusu madde metni değiştirildikten sonra da Yargıtay, içtihatlarını 164. maddenin 4. fıkrasına dayanarak aynı doğrultuda hüküm tesis etmeye devam etmiştir. Bkz. Yarg. 13. HD. 2013/29419 E., 2014/9954 K., Tarih: 09.07.2013. Yargıtay'ın bu durumda sözleşmenin geçersiz olacağına ilişkin görüşünün eleştirisi için bkz. Haluk Burcuoğlu, "Avukatlık Ücret Sözleşmesinde Ücretin Belirlenmesi Hakkında Yargıtay Kararlarına Bir Bakış", **İÜHFİM**, 1991-1994, C. LIV, S. 1-4, s. 275-288.

¹⁶⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s. 1167.

¹⁶⁶ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 413.; Uygur, **a.g.e.**, s. 2340-2341. Ayrıca bkz. TBK m. 512.; OR Art. 404.; BGB § 671.

Vekâlet sözleşmesinin istenildiği anda sona erdirilebilmesi hakkı, doktrinde birtakım tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışmalar, söz konusu hak bakımından tipik vekâlet sözleşmeleri ile atipik ve karma vekâlet sözleşmeleri arasında bir ayrım bulunup bulunmadığı noktasında odaklanmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi ve bir kısım yazar, tipik veya atipik olmasına bakılmaksızın istenildiği anda sözleşmeyi sona erdirebilme hakkının kesin ve mutlak olduğunu, bunun sınırlandırılmasına ilişkin herhangi bir anlaşmanın ise kesin hükümsüz olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüşün karşısında bulunan diğer bir kısım yazar ise, tipik ve atipik veya karma vekâlet sözleşmelerinin birbirlerinden ayrılması, atipik veya karma vekâlet sözleşmelerinin istenildiği zaman feshedilmesi imkânının sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedirler¹⁶⁷.

İkinci görüşü savunan yazarlara göre, sözleşmenin sona erdirilebilmesi için, öncelikli olarak zamanın uygun olması gerekmektedir. Zamanın uygunluğun ile kastedilen, karşı tarafı mümkün olduğunca en az zarara uğratacak anın belirlenmesidir¹⁶⁸. (Örneğin, vekil avukatın davanın zamanaşımı süresinin dolmasına az bir süre kala vekillikten istifa etmesi ve kalan sürenin yeni bir avukatın gerekli hazırlığı yapmasına imkân tanımayacak kadar kısa bir süre olması) Şayet taraflardan biri sözleşmeyi uygun olmayan bir zamanda sona erdirecek olursa, tazminat ödeme borcu altına sokulmalıdır¹⁶⁹.

3. İş Sözleşmesiyle Karşılaştırılması

Vekâlet sözleşmesiyle iş sözleşmesi birbirinden ayırt edilmesi büyük dikkat ve özen gerektiren sözleşmelerdir. Zira ikisinin de konusunu iş görme edimini oluşturmasının yanı sıra, görülen iş ve hizmetler bakımından da önemli benzerlikler içermektedir. Öyle ki, bir

¹⁶⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 716.; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 413-414.; Ayrıca konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Suat Sarı, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, 1. Baskı, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004, s. 64-129.

¹⁶⁸ **A.e.**, s. 135-138.; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 626-627.

¹⁶⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 716.; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 413-414.

hukuki ilişkinin iş sözleşmesi mi yoksa vekâlet sözleşmesi mi olduğunun tespit edilemediği durumlarda, vekâlet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması kanunkoyucular tarafından uygun görülmüştür¹⁷⁰.

İş sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesini birbirinden ayırt etmede kullanılan ilk ölçüt “konu” dur. Yanıltıcı sonuçlar doğurması sebebiyle giderek daha az başvurulan bir ölçüt olmakla birlikte, “konu” bakımından iki sözleşmenin birbirinden birtakım farklılıkları bulunmaktadır. Buna göre vekâlet, esas itibarıyla maddi faaliyetlerin gerçekleştirilmesi için hizmetin kiralanmasını değil, hukuki temsili öngören bir hukuki işlemdir¹⁷¹. Buna karşılık, iş sözleşmesindeki temel amaç ise, maddi bir fiil gerektiren iş veya hizmetin yerine getirilmesidir. Hemen belirtmek gerekir ki bu ayırım, yanıltıcı sonuçların doğmasına sebebiyet vermektedir. Zira ne vekâlet sözleşmesinin konusu yalnızca hukuki temsildir ne de iş sözleşmesinin yalnızca maddi fiil gerektiren iş ve hizmetlerdir. Hukuki temsilin ve maddi fiiller neticesinde ifa edilen iş ve hizmetlerin her iki sözleşme türüne de konu olması mümkündür. Bu sebeple, “konu” ölçütü, iş ve vekâlet sözleşmelerinin birbirinden ayırt edilmesinde yeterli olamamaktadır¹⁷².

İkinci ölçüt ise, “zaman” dır. Zaman ölçütü, eskiden beri vekâlet sözleşmesi ve iş sözleşmesi ayırımında kullanılagelmiştir. Bu durumun ortaya çıkmasındaki temel sebep, vekâlet ilişkisinin sürekli bir hukuki ilişki doğurmaması (ani edimli olması) ve sözleşmeye konu “iş” in yapılması için genellikle herhangi bir sürenin belirtilmemesidir¹⁷³. Buna karşılık, iş sözleşmesinin sürekli edim borcu doğuran bir sözleşme olması sebebiyle, sözleşmenin tarafları arasında sürekli bir hukuki ilişki doğurmakta ve kural olarak da belirsiz

¹⁷⁰ Uygur, **a.g.e.**, s. 1967. Ayrıca bkz. TBK m. 502 f. 2.; OR Art. 394 Abs. 2.

¹⁷¹ Seda Örsten Esirgen, “Mecelle ve Fransız Medeni Kanunu Çerçevesinde Vekâlet Sözleşmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2013, s. 176.

¹⁷² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 343.

¹⁷³ Uygur, **a.g.e.**, s. 388. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 2011/9-354 E., 2011/375 K., Tarih: 01.06.2011, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2011-9-354-k-2011-375-t-1-6-2011>, (Çevrimiçi), 21.02.2018.

sürelidir¹⁷⁴. Zaman ölçütü, vekâlet sözleşmesinin bir süre öngörülerek tesis edilmesi halinde, bu sözleşmenin iş sözleşmesinden ayırt edilmesinde yeterli olamamaktadır. İlâveten, iş sözleşmesinin herhangi bir süre belirtilmeden kurulması halinde de tek başına zaman ölçütü, yanlış değerlendirmelerin yapılmasına sebebiyet verebilecektir¹⁷⁵.

Kanunî düzenlemeler dikkate alındığında, iş ve vekâlet sözleşmeleri arasındaki ayrımın, “ücret” ölçütü kullanılarak diğer ölçütlere nazaran çok daha kesin bir şekilde yapılabilmesi mümkündür. Ücret, vekâlet sözleşmesinin zorunlu olmayan unsurları arasında yer almaktadır¹⁷⁶. Roma Hukuku’ndaki vekâlet sözleşmesinin ivazsız ve başkası yararına bir hukuki ilişki doğurmasından kaynaklanan bu durum, ücretin vekâlet ve iş sözleşmeleri arasında ayrım yapılabilmesini kolaylaştırmaktadır¹⁷⁷. Buna karşılık, ücret unsuru her durumda doğru sonuçlar vermemektedir. Zira vekâlet sözleşmesinin de ücretli olarak tesis edilmesi mümkün olduğu gibi, iş sözleşmesinin, ücret üzerinde herhangi bir anlaşmaya varmadan tesisi de mümkündür. Söz konusu hallerde her iki sözleşmenin birbirinden ayrılması başka unsurların da göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir¹⁷⁸.

Vekâlet sözleşmesinin tespitinde kullanılan bir diğer ölçüt, sözleşmenin istenildiği zaman vekil veya vekâlet veren tarafından sona erdirilebilmesidir¹⁷⁹. Fesih, bozucu yenilik doğuran bir hak olması sebebiyle, muhatabına vardığı anda hüküm ifade etmekte ve geri alınması mümkün olmamaktadır. İş sözleşmesinde de taraflardan her biri, hukuki şartları oluşmuşsa veya bu şartlar oluşmamakla birlikte, sonuçlarına katlanmayı göze alarak, her zaman sözleşmeyi feshetme haki ve yetkisine sahiptirler¹⁸⁰. Buna karşılık, iş sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi arasında fesih hususunda birtakım farklılıklar mevcuttur. İlk olarak, vekâlet sözleşmesinde fesih hakkının kullanılması, kural olarak bir tazminat borcu

¹⁷⁴ Eren, **a.g.e.**, 719.

¹⁷⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 107.; Zevkliler/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 425.

¹⁷⁶ Mansel, a.g.m., s. 859.

¹⁷⁷ Bkz. Yarg. HGK., 2011/9-354 E., 2011/375 K., Tarih: 01.06.2011, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2011-9-354-k-2011-375-t-1-6-2011>, 09.02.2018.

¹⁷⁸ **A.e.**; Günay, **a.g.e.**, s. 378.; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 391-392.; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 425.

¹⁷⁹ Mansel, a.g.m., s. 859.

¹⁸⁰ Gümüş, **a.g.e.**, s. 128.

doğurmamaktadır¹⁸¹. Taraflar, gerekli gördükleri her an, önceden bildirimde bulunmaksızın sözleşmeyi derhal feshedebilirler. Hâlbuki iş sözleşmesinde fesih, yasal düzenlemelerle ağırlaştırılmış bir süreç sonucunda gerçekleşebilmektedir. Aynı şekilde, tarafların her istedikleri anda iş sözleşmesini herhangi bir tazminat borcu altında kalmadan derhal sona erdirmeleri de mümkün değildir¹⁸². Bu durum, iş hukukunun işçiyi koruyucu karakterinin vekâlet sözleşmesinde geçerli olmamasından kaynaklanmaktadır.

Konusu iş görme borcu olan diğer sözleşmeleri olduğu gibi vekâlet sözleşmesini de iş sözleşmesinden ayırt etmede en kesin ve doğru sonucu verecek olan ölçüt, “bağımlılık” ölçütüdür¹⁸³. Bağımlılık unsuru bağlamında yapılacak bir değerlendirme neticesinde kişinin hukuki, teknik ekonomik ve organizasyonel bakımdan herhangi bir kişiye bağlı olup olmadığı, kendisine verilen emir ve talimat verilir vermediği veya bu emir ve talimatlar doğrultusunda hareket edip etmediği vb. pek çok değerlendirme neticesinde kişinin bağımlı veya bağımsız çalışan olduğu belirlenebilmektedir¹⁸⁴. Şayet bu değerlendirmeler neticesinde kişinin bağımlı çalışan olduğu sonucuna varılıyorsa, söz konusu hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılması mümkün olmamaktadır. Zira vekâlet sözleşmesi, her ne kadar belirli bir seviyeye kadar vekilin vekâlet verenin talimatları doğrultusunda hareket etmesi yükümlülüğünü doğurabiliyorsa da, esasen vekil ile vekâlet veren arasında bağımlı çalışma ilişkisi mevcut değildir¹⁸⁵.

¹⁸¹ Bu kuralın istisnası, yukarıda da ifade edildiği üzere, sözleşmenin feshinin uygun olmayan bir zamanda gerçekleştirilmesi neticesinde ortaya çıkan zararı gidermeye yönelik tazminat yükümlülüğüdür. Bkz. Eren, **a.g.e.**, 716.

¹⁸² Bkz. Yarg. HGK., 2013/1957 E., 2015/1094 K., Tarih: 27.3.2015, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2013-1957-k-2015-1094-t-27-3-2015>, 09.02.2018.

¹⁸³ Vischer, **a.g.e.**, s. 32-33.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 107.; Günay, **a.g.e.**, s. 380-381.; Zevkililer/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 425. Bkz. Yarg. 9. HD., 2008/1023 E., 2010/8014 K., Tarih: 25.03.2010, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2008-1023-k-2010-8014-t-25-03-2010>, 09.02.2018.

¹⁸⁴ BGH 27.01.2000 NZA 2000, 390.

¹⁸⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s. 1168.; Eren, **a.g.e.**, 718.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 125-126.

C. Adi Ortaklık Sözleşmesi

1. Tanımı

Adi ortaklık, kökeni milattan önceki asırlara dayanan bir sözleşme türüdür. Her ne kadar adi ortaklık sözleşmesinin modern hukuk sistemlerindeki mevcut hali, Roma Hukuku kaynaklı olsa da, esasında bu sözleşme türü, Roma Hukuku'nun ilk zamanlarda bilinmemekteydi¹⁸⁶. Çeşitli etkileşimler neticesinde Roma Hukuk sisteminde ithal edilen adi ortaklık sözleşmesi, zamanın ihtiyaçları neticesinde değişip gelişmiş ve hukuk sistemlerindeki mevcut halini almıştır.

Farklı ülke kanunlarındaki tanımlara bakıldığında, birbirine benzer ifadelere yer verildiği görülmektedir: “Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.” (TBK m. 620, f. 1)“Şirket, iki veya daha fazla kişinin ortak emek ve araçlarla, ortak bir amaca ulaşmak için oluşturdukları akdî bir bağdır.” (OR Art. 530 Abs. 1); “Şirket sözleşmesiyle ortaklar, müşterek bir amaca, sözleşmede belirtilen usulle -özellikle de üzerinde anlaşılan katkıları sunmak suretiyle- ulaşmayı karşılıklı olarak yükümlenirler.” (BGB § 705 1)

Adi ortaklık sözleşmesi için doktrinde yapılmış pek çok tanım bulunmaktadır. Söz konusu tanımların her biri, adi ortaklığın farklı yönlerine dikkati çekmektedir. Bununla birlikte, temel unsurlar olan; karşılıklı irade uyuşması, emek veya sermaye taahhüdünde bulunulması ve kişilerin ortak bir amaç doğrultusunda bir araya gelmiş olmaları hususlarında tüm tanımlar uyuşmaktadır. Doktrinde adi ortaklığa ilişkin yapılan tanımlardan bazılarına değinilecek olursa: “Şirket, iki ya da daha çok kişinin ortak bir gayeye birlikte erişmek için güçlerini ya da araçlarını birleştirmeyi akit uyarınca taahhüt ettikleri şahıs birliğidir.”¹⁸⁷; “Adi ortaklık, kişisellik öğelerine göre şekillenmiş, ortaklık haklarının ve yapısının, sermayeye dayalı olarak değil, ortakların kişiliklerine bağlı bir tarzda biçimlendiği;

¹⁸⁶ Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 9.; Bülent Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 239.

¹⁸⁷ Ümit Doğanay, **Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü)**, İstanbul, Kutulmuş Matbaası, 1968, s. 5.

ortakların ortaklık borçlarından bütün malvarlıklarıyla, birinci derecede ve zincirleme sorumlu olduğu; her türlü iktisadi ve gayri iktisadi konu için herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın kurulabilen veya oluşabilen; bir ticari işletme işletmesi şart olmayan; tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaktır.”¹⁸⁸

Adi ortaklık sözleşmesi, tarafların birbirine uygun irade beyanlarının varlığı halinde ortaya çıkan bir sözleşme olması hasebiyle, sinallagmatik (her iki tarafa borç yükleyen) bir sözleşme olarak vasıflandırılmaktadır. Buna ek olarak, tarafların herhangi bir şekilde şartına uymak zorunda olmamaları, adi ortaklık sözleşmesinin rızâ bir sözleşme olma özelliğini kazanmasına da vesile olmaktadır¹⁸⁹.

2. Unsurları

a. En Az İki Kişinin Varlığı (Kişi Unsuru)

Adi ortaklık sözleşmesi, sinallagmatik bir sözleşme olmasının sonucu olarak, en az iki kişinin sözleşmenin tarafı olarak mevcut olması halinde söz konusu olabilecektir. Bu unsur, bir “sözleşme” nin mevcut olması sebebiyle, kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Buradan hareketle, en az iki kişinin varlığının, neden bir unsur olarak değerlendirildiği sorusu akla gelecektir. Kişi unsuru, adi ortaklık sözleşmesinde diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayık bir durum barındırmaktadır. Zira ortakların gerçek kişi olma zorunlulukları yoktur; hükmî (tüzel) kişiler de bu sözleşmeye taraf olabilmektedir¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku: Genel Bilgiler, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Kollektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit, Limited ve Holding Ortaklıklar ile Kooperatif**, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 38.

¹⁸⁹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 1514-1515.

¹⁹⁰ Hasan Pulaşlı, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi C.I**, Ankara, Adalet, 2011, s. 22.; Murat Yusuf Akın, “Adi Şirket”, **Şirketler Hukuku**, Ed. Sami Karahan, 1. Baskı, Mimoza, Konya, s. 32.; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 44.;

Kişi unsuru başlığı altında değinilmesi gereken bir diğer konu da, adi ortaklığın bir tüzel kişiliğinin bulunmamasıdır¹⁹¹. Ortakların gerçek veya tüzel kişi olmaları, adi ortaklık sözleşmesi ile ortaya çıkacak olan yapının tüzel kişilik kazanmasına sebebiyet vermemektedir¹⁹². Bir tüzel kişilik bulunmamasından dolayı ortaklar, sözleşmede belirledikleri amaçları gerçekleştirmek üzere girişecekleri faaliyetlerde, elde ettiği kazanımları ve uğradığı zararı sonradan ortaklar arasında paylaşmak üzere kendi nam ve hesabına işlem yapacak bir temsilci atayabilirler. Söz konusu durumda, dolaylı temsil hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, her ne kadar tüzel kişilik mevcut olmasa da, temsilci olarak belirlenen ortağın, üçüncü kişilerle ortaklık veya tüm ortaklar adına hukuki ilişki içerisine girmesi de mümkündür. Bu durumda ortaklar, temsil ilişkisi çerçevesinde üçüncü kişinin alacak ve borçlarından sorumlu olurlar¹⁹³.

b. Ortak Amaç

Adi ortaklık ilişkisinin temelinde yatan karşılıklı güven ilişkisinin bir yansıması olarak gündeme gelen ortak amaç unsuru, ortakların her birinin, adi ortaklık ilişkisini kurmaktaki gayelerinin aynı olmasını ve bu yönde ortak çaba göstermelerini ifade etmektedir. Bu unsurun mevcut olmaması halinde adi ortaklık ilişkisinin yokluğuna hükmedilecektir¹⁹⁴.

Genelleştirme suretiyle, esasında ortaklar arasında mevcut olmayan bir ortak amacın tesisi mümkün değildir. Böylesi bir durumda adi ortaklık ilişkisinin varlığına hükmedilmesi mümkün olmayacaktır¹⁹⁵. Örneğin; her ne kadar ortakların esas amaçları farklı olsa

¹⁹¹ Jobst-Hubertus Bauer/Ulrich Baeck/Doris-Maria Schuster, “Personengesellschaften, ein möglicher Weg aus der Scheinselbständigkeit“, *NZA*, Heft 16, 2000, s. 864.

¹⁹² İrem Aral, “Şirketler Hukukuna Giriş”, *Şirketler Hukuku*, Ed. Sami Karahan, s. 25.

¹⁹³ Yavuz, *a.g.e.*, s. 1523-1524.; Pulaşlı, *a.g.e.*, s. 51-52.; Ayrıca adi ortaklıklarda temsil ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Barlas, *a.g.e.*, s. 127-147.

¹⁹⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, s. 46.; Yavuz, *a.g.e.*, s. 1513.; Pulaşlı, *a.g.e.*, s. 22.

¹⁹⁵ Poroy/ Tekinalp/Çamoğlu, *a.g.e.*, s. 46. Ayrıca temsilcinin faaliyetlerinden dolayı adi ortaklığın sorumluluğu hususunda bkz. İsmail Kırca, “Adi Şirketin Temsili İle İlgili İki Sorun”, *Batider*, C. XX, S. 4, Aralık 2006, s. 63-71.

da sonuçta Kârelde etmek istedikleri kabulünden yola çıkılır ve ortak bir amacın varlığı yönünde hüküm kurulacak olursa, isabetsiz bir sonuca varılmış olacaktır. Zira kâr elde etmek gibi genel bir amaç, adi ortaklık ilişkisi için aranan ortak amaç unsurunun varlığını temin etmemektedir. Buna karşılık, belirli bir malın satılması veya belirli bir alanda yatırım yapılması vb. hususunda ortakların üzerinde anlaştığı bir amacın varlığı söz konusu olursa, bu durumda ortak amaç unsurundan bahsedilebilecektir.

Sözleşme taraflarının, ortak amacın gerçekleştirilmesi gayesiyle faaliyet göstermeleri de, bu unsurun varlığı açısından mecburidir. Şayet ortak bir faaliyet bulunmuyorsa, iradelerin uyuşuyor olması ve aynı neticeye ulaşma arzusu, tek başına yeterli olmayacaktır¹⁹⁶.

Ortak amaç unsuru, adi ortaklık sözleşmesinin iş sözleşmesinden ayırt edilmesinde de önemli bir ölçüt olmaktadır. Nitekim iş sözleşmesinde, işçi ve işveren birbirinden bağımsız amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunmaktadır. Her ne kadar işçi ve işverenin gerçekleştirmiş oldukları faaliyetler, sonuçta işyerini kâr elde etmesi genel amacını taşıyor olsa da, elde edilen bu kâr ile tarafların ulaşmak istedikleri esas amaç farklılık arz etmektedir. Zira işçi, ailesini geçindirmek ve hayatını idame ettirmek amacı güderken; işveren yatırım yapmak ve işini büyütmek amaçlarını gütmektedir. Oysaki adi ortaklık ilişkisinde ortakların tamamının esas amaçları aynı olmak mecburiyetindedir¹⁹⁷.

c. Sermaye Koyma

Sermaye koyma unsuru, adi ortaklık ilişkisinin tarafları açısından hem bir borç hem de bir hak olma özelliğini taşımaktadır. Adi ortaklık sözleşmesi neticesinde ortaya çıkan hukuki kurumun “şirket” olması ve şirketin de olmazsından birisinin sermaye

¹⁹⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 46.

¹⁹⁷ Ralph Kramer, **Die Scheinselbstständigkeit und ihre Individualarbeitsrechtlichen Folgen**, Aachen, Shaker, 1998, s. 6-7.

olması sebebiyle, ortakların “sermaye” olarak değerlendirilebilecek herhangi bir şeyi ortaya koymaları, şirket bünyesine dâhil etmeleri gerekmektedir. Sermaye, mal veya para vb. maddi değerler olabileceği gibi, yalnızca emek de olabilecektir¹⁹⁸.

Katılma payı olarak adlandırılan söz konusu sermaye, aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, eşit olmalıdır¹⁹⁹. Bu noktada, ortaklardan birinin emeğini, diğerinin de malını katılma payı olarak koyduğu bir adi ortaklık ilişkisinde ortakların eşit sermaye koyup koymadıklarının neye göre belirleneceği sorusu akla gelmektedir. Zira emek ve mal (maddi değerler) birbiri cinsinden ifade edilebilen veya yerine ikame edilebilen kavramlar değildir. Böylesi bir durumda, emeğin ve maddi değerlerin ortaklık için ne derece önem arz ettiğine bakılması gerekmektedir. Şayet emek veya maddi değerlerden herhangi biri olmadan ortaklığın amacına ulaşması mümkün olamayacak ise, katılma paylarının eşitliğinden bahsedilebilecektir²⁰⁰. Örneğin; Ortaklardan birinin işyerini ve araç-gereci, diğerinin de işgücünü sağlaması halinde katılma paylarının eşit olduğu sonucuna varılacaktır.

3. İş Sözleşmesiyle Karşılaştırılması

İş sözleşmesi ile adi ortaklık arasındaki farklılık, konusunu iş görme borcunun oluşturduğu diğer sözleşme türlerine göre çok daha kolay tespit edilebilmektedir. Zira adi ortaklık sözleşmesinin unsurlarına bakıldığında, tarafların birbirlerine eşit kabul edildikleri ve aralarındaki hukuki ilişkinin de bu temel üzerine tesis edildiği görülmektedir²⁰¹. Oysaki iş sözleşmesinde işveren işçiye göre daha üstün konumdadır. Nitekim bu üstünlüğün ortaya çıkardığı veya çıkarması muhtemel olumsuzlukları gidermek amacıyla iş hukuku, dolayısıyla da iş sözleşmesi kamu hukuku kaynaklı pek çok düzenlemeyi de bünyesinde

¹⁹⁸ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 25-26.; Akın, a.g.m., s. 32.

¹⁹⁹ Kural bu yönde olmakla birlikte, uygulamada sermaye paylarının eşit olmayan bir şekilde konulduğuna çokça rastlanılmaktadır. Buna karşılık, söz konusu durum, adi ortaklığın hükümsüzlüğüne sebebiyet vermemekte, kuruluşunu etkilememektedir. Dolayısıyla, zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmemektedir. Bkz. Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 26.; Akın, a.g.m., s. 34.

²⁰⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 48.

²⁰¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 416.

barındırmaktadır. Örneğin; işçinin korunması, işçilere eşit davranılması vb. gibi işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan borçları, iş hukukunun sosyal ve kamusal karakteri haiz olduğunu gösteren düzenlemelerdir.

Adi ortaklıkta, ortakların katılma payı ödeme taahhüdünde bulunmalarının kurucu unsurlardan olması, buna karşılık iş sözleşmesinde işçinin aynı yönde herhangi bir zorunluluğunun bulunmaması, söz konusu iki hukuki ilişkiyi birbirinden ayıran bir başka husustur. Ortakların katılma payı taahhüdünde bulunmaları ve adi ortaklıkla ulaşmak istedikleri amacın doğal bir sonucu olarak, Kâr ve zarara birlikte katlanma yükümlülükleri bulunmaktadır²⁰². Buna karşılık iş sözleşmesinde işçinin, işyerinin uğramış olduğu zarara katlanması gibi bir hükmün konulması mümkün değildir.

İş sözleşmesinin adi ortaklık ilişkisinden en temel farkı, karşılıklı birbiriyle uyuşan irade beyanlarının hangi amaca ulaşmayı hedeflediği noktasındadır²⁰³. Adi ortaklık ilişkisinde sözleşmenin tarafları, belirli iktisadi araçları kullanarak ve belirli çabaları göstererek ticari faaliyette bulunma, en nihayetinde de kâr elde etme amacını güderler. İş sözleşmesinde ise; işveren kâr elde etme, işçi ise bağımlı çalışma neticesinde elde ettiği ücretle kendisinin ve ailesinin geçimini temin etme amacını gütmektedir. Dolayısıyla adi ortaklıkta birbirinden bağımsız taraflar belirli bir amacı elde etmek üzere yine birbirlerine bağımlı olmayacakları bir hukuki ilişki kurmaktadır; fakat iş sözleşmesinde işçinin en temel amaçlarından birisi işverene maddi ve manevi açıdan bağımlı olmaktır²⁰⁴.

²⁰² Belirtilen kuralın tek istisnası, katılma payı olarak emeğini koyan kişinin, şirketin uğradığı zarara katlanmamasının kararlaştırılabilmesidir. Bu istisnanın tesis edilmesindeki sebep, şirkete emeğini koyarak dâhil olan ortağın, şirketin zarar etmesi sonucu zaten boşa giden emeğinin yanında bir de maddi kayba uğramasının önüne geçilmek istenmesidir. “aslan payı” ortaklığı olarak da adlandırılan ortaklardan birinin ya da bir kısmının yalnızca kara katılma ve zarardan muaf tutulma durumunun, şirkete maddi katkıda bulunarak dâhil olan ortaklar hakkında uygulanması kararlaştırılabilecektir. Bkz. Poroy/Tekeinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 50.; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1516.

²⁰³ Vischer, **a.g.e.**, s. 37.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 416.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 180-181.;

²⁰⁴ **A.e.**, s. 181; Süzek, **a.g.e.**, s. 226.

Adi ortaklık ilişkisinin ve iş sözleşmesi neticesinde kurulan iş ilişkisinin birbiriyle benzeştiği ve ayırımın nispeten zorlaştığı hal, katılma payı olarak emeğin konulması halidir. Zira bu durumda, görünürde emeğini koymak suretiyle adi ortaklığa dâhil olan ortağın işçiden pek de bir farkı bulunmamaktadır. Hele ki bu ortak zarara katılmaktan da muaf tutulmuşsa, bir iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi ile önemli ölçüde benzeşecektir. Böylesi bir durumda değerlendirilmesi gereken hususu, kişilerin sözleşmeyi tesis ederken ulaşmak istedikleri amaçtır²⁰⁵. Şayet kişi, sözleşmeye kâr elde etmek amacıyla müdahil oluyor ve bağımsızlığını muhafaza etmek istiyorsa, bu durumda adi ortaklığın; buna karşılık bir işverene bağımlı olarak çalışma ve bunun karşılığı olarak da bir ücret alma amacını taşıyorsa, iş sözleşmesinin mevcut olduğu sonucuna varılması gerekmektedir²⁰⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu doğrultuda vermiş olduğu bir kararında, kişinin anonim şirkette pay sahibi olmasının tek başına kişi organ sayılma sonucunu doğurmayaacağı ifade edilmiştir. Buna göre, şayet kişi şirketi temsil etmiyorsa, şirket adına alınan kararlarda etki sahibi değilse, ortaklı payı sembolikse veya kazanç payı dışında bir ücretlendirme yapılmıyorsa, bu durumda kişinin iş sözleşmesi ile çalıştığına hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Anonim şirkette kişi organ statüsündeki murahhas üyeler dışında şirket yönetim kurulunu oluşturan kişilerle şirket arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi yanında hizmet sözleşmesi kapsamında da kurulabileceği kuralıyla birlikte değerlendirildiğinde Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararının yerinde olduğu ifade edilebilecektir. Ayrıca bunun yanında, söz konusu kural olmasaydı dahi, her ne kadar görünürde şirkette pay sahibi olarak görünse dahi, esasında tıpkı şirketin bir işçisi gibi faaliyette bulunan bir kişinin şirket ortağı olarak vekâlet sözleşmesi kapsamında değil, iş sözleşmesi kapsamında çalıştığına hükmedilmesi İş Kanunu'nun amacına daha uygun olurdu²⁰⁷.

²⁰⁵ Hubertus/Baeck/Schuster, a.g.m., s. 864.

²⁰⁶ Julius von Staudinger, Philipp S. Fischinger, Reinhard Richardi, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (611-613)**, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2011, s. 35.; Vischer, a.g.e., s. 37.; Mollamahmutoglu/Asartarlı/Baysal, a.g.e., s. 415.

²⁰⁷ Bkz. Yarg. HGK 2017/3176 E., 2018/1470 K., Tarih: 18.10.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, (Çevrimiçi), 02.04.2019.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMLILIK UNSURU VE TESPİTİ

I. Bağımlılık Kavramı

A. Genel Olarak

Bağımlılık kavramı sözlükte; “Bağımlı olma durumu, tabiiyet; Bir kişi, toplumsal küme ya da toplumun siyasal, ekonomik, ekinsel vb. bakımlardan başka kişi, küme ya da toplumların güdüm ve yönetimi altına girmesi durumu” olarak tanımlanmaktadır.

Hukuki tanımına bakıldığında ise, tek ve genelgeçer bir tanımdan ziyade, ilgili hukuk dalına ve bu hukuk dalında duyulan ihtiyaca göre farklı tanımlamalar yapıldığı veya bağımlılık kavramının farklı sözlük tanımlarının dikkate alındığı görülmektedir.

İş hukukunda bağımlılık, iş hayatının değişen şartları doğrultusunda tarihsel süreç içerisinde gittikçe kapsamı genişleyen bir kavram olmuştur. Sanayi Devrimi’yle birlikte ortaya çıkan “işçi sınıfı” nı tanımlamak ve bu sınıfa mensup kişilerin hukuki statülerini diğerlerinden ayırt etmede temel bir ölçüt olarak kullanılan bağımlılık²⁰⁸, ilk zamanlarda işçinin işverenin emir ve talimatları doğrultusunda belirli bir mekân ve zamanda iş görmesi olarak anlaşılmakta ve tanımlanmaktaydı. İlerleyen zamanlarda çalışma biçimlerinin değişmesi ve esnekleşmesi neticesinde iş sözleşmesinin ve dolayısıyla da bağımlılık unsurunun da kapsamının genişletilmesi gerekmiştir. Esnekleşme akımının ortaya çıkardığı “bağımsız” çalışma biçimleri, çalışanların “işçilik” statülerinde aşınmaya ve dolayısıyla

²⁰⁸ Bağımlılığın, iş sözleşmesinin ayırt edici unsuru olduğuna dair görüşler 20. yy’ın başlarında Fransız hukukçularının öncülüğünde ortaya atılmıştır. Her ne kadar işçi sınıfı Sanayi Devrimi ile 18. yy’da yavaş yavaş ortaya çıkmaya başlamış olsa da bunların hukuki statüleri ve yaptıkları işin hukuki çerçevesini düzenleyen sözleşmelerin “iş sözleşmesi” başlığı altında ayrı bir kategoride düzenlenir hale gelmesi 20. yy.’ın başlarından itibaren gündeme gelmiştir. Bkz. Mollamahmutoglu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 353.; Cem Doğan, “Osmanlı İmparatorluğu’nda 1908 Grevleri ve Ta’til-i Eşgal Kanunu”, (Yayımlanmamış Yüksek lisans tezi), Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Bolu, 2010, s. 14.

da hak kayıplarına yol açmış²⁰⁹, bu kayıpların önüne geçmek isteyen kanunkoyucular da bağımlılık unsurunun kapsamını genişletme yoluna gitmişlerdir.

Bağımlılık unsurunun hâlihâzırdaki kapsamı ve tanımı 20. yy.'ın başlarındaki tanımdan daha geniştir. Artık iş sözleşmesinin unsuru olan bağımlılıktan bahsedildiğinde işçinin yalnızca hiyerarşik, zamansal ve mekânsal bağımlılığı değil, ekonomik ve organizasyonel bağımlılığı da dikkate alınmaktadır. Ayrıca iş ilişkisinde bağımlılığın sübjektif ve görelî niteliği haiz olması, her durumun belirli bir takım ölçütler ışığında kendi içinde değerlendirilmesini gerektirmektedir²¹⁰.

İş sözleşmesi bağlamında dikkate alınacak bağımlılık, hukuki/kişisel bağımlılıktır. Bu iki kavramın birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, hukuki bağımlılığın ve kişisel bağımlılığın belirlenmesinde, göz önünde bulundurulması gereken ölçütler bakımından bazı küçük farklılıklar bulunmaktadır²¹¹.

B. Kişisel Bağımlılık

Kişisel bağımlılık ölçütü, iş sözleşmesinin her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasından ve bu borcun (iş görme) işçi açısından mutlak şahsi borç doğurmasından kaynaklanmaktadır²¹².

İş görme borcunun, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda, işverenin belirlemiş olduğu yer, zaman ve süreklilik kapsamında ifa ediliyor olması, zaruri olarak işverenin

²⁰⁹ Colin C. Williams, Fred Lapeyre, **Dependent self-employment: Trends, challenges and policy responses in the EU**, Cenevre, International Labour Office, 2017, s. 9.

²¹⁰ Süzek, **a.g.e.**, s. 221.

²¹¹ Sevil Doğan, **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 129.

²¹² Mutlak şahsi borç kavramı ile ifade edilmek istenen, iş sözleşmesi ile ortaya çıkan iş görme borcunun yükümlüsünün “işçi” olmasıdır. Tabii ki uygun hal ve şartlarda işçinin işi yerine getirirken yardım alması veya işi başkasına yaptırması mümkün olabilir, fakat işin yerine getirilmemesi ve borca aykırılık durumunun ortaya çıkması varsayımında sorumlu kişi işçinin kendisi olacaktır. Bkz. Preis, **a.g.e.**, s. 343. Süzek, **a.g.e.**, s. 330.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 580.; Jost-Hubertus Bauer, Ulrich Baeck, Doris-Maria Schuster, **Scheinselbständigkeit: Kriterien und Auswege**, Stuttgart; München; Hannover; Berlin; Weimar; Dresden, Boorberg, 2000, s. 26-27.

işçi üzerinde otoriteye sahip olması sonucunu doğurmaktadır²¹³. İşçinin söz konusu otoriteye tâbiyeti/bağımlılığı hukuki açıdan bakıldığında kişisel bir nitelik arz etmekle beraber, mantıksal açıdan değerlendirildiğinde de kişisel olmak zorundadır. Zira otorite ve bağımlılık, kişilerin şahsi özellikleri göz önünde bulundurularak tesis edilmektedir²¹⁴.

İşçinin işverene kişisel bağımlılığının ve iş görme borcunun ifasının kişisel olmasının, iş sözleşmesini diğer bazı özel hukuk sözleşmesi türlerinden ayırt etmede katkı sağladığı birinci bölümde ifade edilmişti²¹⁵. Kişisel bağımlılığın derecesi, söz konusu ayırımın yapılmasında önemli bir işlev görmektedir. Nitekim doktrinde de çalışanın bağımlı mı yoksa bağımsız çalışan mı olduğunu belirlemek amacıyla yapılan değerlendirmelerde öncelikli olarak kişisel bağımlılığın mevcut olup olmadığı, mevcutsa da derecesinin ne olduğu göz önünde bulundurulmaktadır²¹⁶. Zira kişisel bağımlılık, ileride bahsedilecek olan hukuki bağımlılıktan farklı olarak tekil bir ölçütün varlığına değil, pek çok farklı ölçütün var olup olmadığına dair bir değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır. Bu sayede yapılacak değerlendirme daha doğru sonuçlar vermektedir.

Doktrinde bir kimsenin bağımlı çalışan olup olmadığını belirlemede pek çok ölçüt dikkate alınmakla birlikte, ilk olarak bakılması gereken ölçütlerin;

- Sürekli bir iş ilişkisi içerisinde olmak,
- Yalnızca bir işveren için iş görmek,
- Yanında herhangi bir kimseyi çalıştırmamak ve işi bizatihi kendisi görmek,

²¹³ Belinda Greene, “Independent Contractors: An Attractive Opinion?”, **New Zealand Journal of Industrial Relations**, C. 25, S. 2, Haziran, 2000, s. 189.; S. Doğan, **a.g.e.**, s. 129.

²¹⁴ Park, **a.g.e.**, s. 21.

²¹⁵ Bkz. III. İş Sözleşmesinin Özellikleri, s. 38.

²¹⁶ Alman hukuk doktrininde kişisel bağımlılık ölçütünün, iş sözleşmesini serbest hizmet sözleşmesinden (freier Dienstvertrag) veya bağımlı çalışmayı bağımsız çalışmadan ayırmada kullanılan en temel unsur olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Karl Michael Scheriau, **Selbständig oder Scheinselbständig?, Vert-ragsrechtliche arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Aspekte der Selbständigkeit**, 1. Bası, Berlin, K. M. Scheriau, 2010, s. 30.; Bauer/Baeck/Schuster, **a.g.e.**, s. 22.; Niebler/Meier/Dubber, **a.g.e.**, s. 31.; Christian Rolfs, Stefan Witschen, “Keine Beshäftigung ohne Arbeit?“, **NZA**, Heft 9, 2011, s. 884.; BAG 21.11.2017 9 AZR 117/17, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2018/2018-02-09/9_AZR_117-17.pdf, (Çevrimiçi), 02.01.2018.

- İşverenin organizasyonuna ferden müdahil olmak²¹⁷ (kendi organizasyonu bulunmuyor olmak)
- İşvereninkinden ayrı olarak, işi kendi sermayesi ile gerçekleştirmemek, olduğu kabul edilmektedir²¹⁸.

İfade edilen ölçütler, tabii ki kesin ve net bir ayırım yapabilmek için yeterli değildir, fakat herhangi bir olayda ilk değerlendirme yapılırken bunların var olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, söz konusu ölçütler, değerlendirme konusu hukuki ilişkide kişisel bağımlılık bulunup bulunmadığını tespit etme amacı taşımaktadır. İş ilişkisinin sürekli olması, tek bir işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görülmesi, işverene organizasyonel ve ekonomik açıdan bağımlılık ve bu bağımlılığın alt işverenlik ilişkisi çerçevesinde olmaması şartları, işçinin bizatihi kendisinin işverene şahsen tâbî olmasının, bahse konu ayırımın yapılmasında öncelikli olarak göz önünde bulundurulduğunu göstermektedir.

Kişisel bağımlılık ölçütü dikkate alınarak değerlendirme yapıldığında, ilk anda bir iş sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilemeyeceği düşünülen bir takım meslek dallarının bazı hallerde bağımlı çalışma sonucunu doğuran iş sözleşmesi kapsamında ifa edildiği tespit edilebilmektedir. Nitekim bir avukatın, acentenin, doktorun veya nakliyecinin iş sözleşmesi kapsamında çalışması pek de düşünülememektedir. Aynı şekilde, çoğunlukla bağımlı iş sözleşmesi kapsamında ifa edilen bazı meslek mensuplarının da bağımsız çalışan olarak iş ifa ettikleri görülebilmektedir²¹⁹.

²¹⁷ Karen R. Harned, Georgine M. Kryda, Elizabeth A. Milito, “Creating a Workable Legal Standard for Defining an Independent Contractor”, **Journal of Business Entrepreneurship & The Law**, C. IV, S. 1, 2010, s. 101.

²¹⁸ Petra Frantziach, **Abhängige Selbstständigkeit im Arbeitsrecht- Eine Untersuchung der rechtlichen Stellung von Selbstständigen in Persönlicher oder Wirtschaftlicher Abhängigkeit**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, s. 57.; Bauer/Baeck/Schuster, **a.g.e.**, s. 22.

²¹⁹ Kişisel bağımlılık ölçütü, çalışanın bağımlı çalışan olarak değerlendirilmesinin önünü açabileceği gibi, kapatabilmektedir de. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında, bağımlı çalışma için varlığı aranan ölçütlerin büyük çoğunluğu bulunmasına rağmen, tarafların kişisel bağımlılık konusunda açıkça anlaşmaya varmamış olmalarını ve bu yönde bir iradelerinin de bulunmamasını gerekçe göstererek Müzik öğretmenin bağımsız çalışan olduğuna hükmetmiştir. BAG 17.10.2017 9 AZR 792/16, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2018/2018-01-30/9_AZR_792-16.pdf, (Çevrimiçi),

C. Hukuki Bağımlılık

Bir hukuki ilişkide, hukuki bağımlılığın varlığı veya yokluğu, söz konusu hukuki ilişkinin iş ilişkisi olarak değerlendirilmesi noktasında temel bir ölçüttür. Hukuki bağımlılık ile kastedilen; çalışanın, işverenin emir ve talimatlarına uygun davranmak onun iş organizasyonu içerisinde çalışmak, dolayısıyla hukuki açıdan işverenin hiyerarşik olarak altında bulunmaktır²²⁰.

Hukuki bağımlılığın kişisel bağımlılıktan bağımsız bir kavram olarak düşünülmesi mümkün değildir. Bununla birlikte kişisel bağımlılık kuran her hukuki ilişki, hukuki bağımlılığın varlığını gerektirmemektedir. Nitekim tarafların, her ne kadar yapılan işin iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olsa da, karşılıklı olarak bağımlılık yükümlülüğü altına girmeyi istememeleri sebebiyle, iş ilişkisi haricinde başka bir hukuki temele dayanmaları böyle bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Örneğin, bir nakliye firmasının sahibi olarak, sahibi olduğu kamyonları sürmesi amacıyla şoför istihdam eden ve bunlarla iş sözleşmesi kapsamında işçi-işveren ilişkisi kuran bir kimsenin, kendi nakliye ağına dışında kalan bir bölgeye teslimat yapabilmek amacıyla, kendi iş organizasyonuna dâhil olmayan bir kimseyle eser sözleşmesi kapsamında anlaşması halinde her iki tarafta da bağımlılık ilişkisinin kurulması yönünde arzu ve istek olmadığından, iş sözleşmesi bakımından hukuki bağımlılıktan söz edilmesi mümkün olmayacaktır²²¹.

Netice olarak denilebilir ki, kişisel bağımlılık olmadan hukuki bağımlılığın ve dolayısıyla da iş ilişkisinin tesis edilmesi mümkün değildir. Ancak, hukuki bağımlılık olmadan

02.01.2018. Buna karşılık aynı Alman Federal İş Mahkemesi, okullarda tam zamanlı çalışan öğretmenlerin kural olarak bağımlı çalışan olduklarını kabul etmektedir. Bkz. BAG 15.02.2012 10 AZR 301/10, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-03-05/10_AZR_301-10.pdf, (Çevrimiçi), 02.01.2018.

²²⁰ Süzek, **a.g.e.**, s. 220.

²²¹ BAG 19.01.2000 NZA 2000, 1102.; BAG 17.01.2017 9 AZR 76/16, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2017/2017-04-13/9_AZR_76-16.pdf, (Çevrimiçi), 03.01.2018.

kişisel bağımlılığın tesis edilmesi ve karşılıklı irade uyuşması mevcut olduğunda bu ilişkinin iş ilişkisi olarak değerlendirilebilmesi mümkündür²²².

II. Bağımlılık Kavramında Yaşanan Değişim ve Bu Değişimin Nedenleri

A. Bağımlılık Kavramında Yaşanan Değişim

Bağımlılık unsurunda tarihsel süreçte yaşanan değişime yukarıda işaret edilmişti. Bu başlık altında ise, değişimin hangi yönde olduğu, bu değişim neticesinde ortaya çıkan yeni anlayışlar ve iş hukuku alanındaki etkileri değerlendirilecektir.

Bağımlılık kavramının önem kazanması, esasen var olan istihdam türlerinden farklı özellikler ve gereklilikler barındıran türlerin ihdas edilmesi ihtiyacı neticesinde, iş ilişkilerinin yeniden ele alındığı dönemlerde gündeme gelmektedir²²³. Nitekim tarihsel süreç incelendiğinde, bağımlılık kavramının gelişimi bakımından Sanayi Devrimi ve küreselleşme akımının önemli etkileri bulunduğu görülmektedir. Söz konusu dönemlerde, ekonomik ve toplumsal gelişmeler neticesinde hayatın her alanında gündeme gelen reform ihtiyacı, iş hukukunun yenilenmesini sağlamaktan ziyade, giderek yok olmasına sebep olan bir süreci başlatmıştır²²⁴.

²²² “İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.” Yarg. İBKG 2016/3 E., 2017/4 K., Tarih: 9.6.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=ibgk-2016-3.htm&kw>, (Çevrimiçi), 03.01.2018.

²²³ Robert N. Ray, “A report on self-employed Americans in 1973”, **Monthly Labor Review**, Ocak, 1975, s. 49.; M. Jayesh Rathod, Michal Skapski, “Reimagining the Law of Self Employment: A Comparative Perspective”, **Hofstra Labor & Employment Law Journal**, C. 31, 2013, 159.

²²⁴ Frantziach, **a.g.e.**, s. 33.

B. Değişimin Nedenleri

1. Küreselleşme Akımı

Mevcut ekonomik düzenin yapıtaşlarını oluşturan şirketlerin büyümeleri ve çok uluslu devasa yapılar haline gelmeleri sebebiyle gittikçe daha da artan “özgürlük” ve “bağımsızlık” talepleri, devletlerce tesis edilen hukuki alanın daralması sonucunu doğurmuştur²²⁵. 1980’li yıllara kadar büyük oranda ulusal düzeyde tesis edilen kanunlar, büyümek ve diğer ülkelerde de faaliyet göstermek isteyen şirketler açısından istenmeyen bir durum oluşturmakta, hedefledikleri kâr oranlarına ulaşamamalarına sebep olmaktadır. Çok uluslu şirketler, teşkilatlandıkları ülkelerde mümkün olduğunca kendi kurallarını uygulama/uygulatma amacını gütmüş, ulus devletler de yatırıma duydukları ihtiyaç neticesinde ya şirketlerin talepleri yönünde yasal düzenlemeler yapmış, ya da sözleşme özgürlüğü prensibinden hareketle, istedikleri şekilde sözleşme şartlarını şekillendirebilmelerine fırsat tanımıştır²²⁶.

Bu duruma ek olarak, devletler seviyesinde uluslararası birliklerin kurulması ve bu birliklerin işbirliğini ve dolayısıyla beraberliklerini sağlamlaştırmak amacıyla yürürlüğe koydukları yasal düzenlemeler de ulusal düzeyde kalan kanunların artık zamanının geçtiği yönünde bir anlayışın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Söz konusu birlik yapılanmalarından hukuk kurallarına, özellikle de iş hukuku alanını düzenleyen kurallara en çok etkisi bulunanları Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü olmuştur²²⁷.

²²⁵ Abdülkadir Şenkal, Doğa Başar Sarıipek, “Avrupa Birliği’nin Karşılaştırmalı Refah Modelleri ve Sosyal Politikada Devletin Değişen Rolü”, **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 2, S. 14, 2007, s. 152.

²²⁶ Renate M. De Haas, “Vizcaino v. Microsoft”, **Berkeley Technology Law Journal**, C. 13, S. 1, 1998, s. 488.; Locke/Rissing/Pal, a.g.m., s. 519-552.; Kemal Baş, “Küreselleşme ve Gelir Dağılımı Eşitsizliği”, **Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 18, S. 1, 2009, s. 54.

²²⁷ Detaylı bilgi için bkz. Gülsevil Alpagut, “AB’nde Güvenceli Esneklik Esneklik ve Türkiye’deki Yasal Düzenlemeler”, **TİSK Akademi**, C. 3, S. 5, 2008, s. 7-13.

1919 yılında kurulan ILO, uluslararası alanda ortak çalışma kodları belirleyerek çalışma şartlarının insanileştirilmesi, bu sayede de kendi insanlarına gelişmiş yaşam koşulları sunmak isteyen devletlerin önünü açma amacı gütmektedir²²⁸. Aynı şekilde AB de, Birlik bünyesinde bulunan ülkelerin çalışma standartlarını mümkün olduğunca aynı seviyeye getirerek hem çalışanların daha insani şartlarda yaşamalarını hem de üye devletler arasındaki rekabetin daha adil olmasını temin etmek düşüncesiyle ortak yasal düzenlemeler oluşturma yoluna gitmiştir (Bkz. 2001/23/EC İşin veya İşletmenin Kısmen veya Tamamen Devri Halinde İşçilerin Haklarının Korunmasına İlişkin Üye Devletlerin Yaklaşımına Dair 12 Mart 2001 Tarihli Konsey Direktifi, 80/987/EEC İşverenin Ödeme Aczine Düşmesi Halinde İşçilerin Korunmasına İlişkin Üye Devletlerin Yaklaşımına Dair 20 Ekim 1980 Tarihli Konsey Direktifi vb.). Nitekim tezin konusunu oluşturan “bağımlılık”, dolayısıyla da “işçi” kavramı her iki örgütün ihdas etmiş oldukları hukuki düzenlemelerde tanımlanmış ve bu sayede ortak bir “işçi” kavramının oluşturulmasına çalışılmıştır²²⁹.

Netice olarak, artık kanunkoyucular, ülkelerindeki sorunlara çözüm bulmak amacıyla yeni hukuki düzenlemeler tesis edecekleri zaman, öncelikle uluslararası anlaşmalara ve bunlarla getirilen kurallara dikkat etmektedirler. Zira bu sayede hem uluslararası sistemden kopmamayı ve hem de yatırımcıları ülkelere çekebilmeyi hedeflemektedirler²³⁰.

2. Esnekleşme Eğilimleri

Elde ettikleri “özgürlükler” neticesinde geniş bir hareket alanı kazanan işverenlerin daha fazla kâr elde edebilme amacıyla uygulamaya koydukları esnek çalışma modelleri,

²²⁸ ILO Anayasası, Başlangıç/3. fıkra.

²²⁹ Revision of the International Classification of Status in Employment (ICSE-93) m. 5/1; The Immigration (European Economic Area) Regulations 2006, m.4/1.; Esther Sanches Torres, “The Spanish Law on Dependent Self-Employed Workers: A New Evolution in Labor Law”, **Comparative Labor Law & Pol’y Journal**, C. 31, 2010, s. 231.

²³⁰ Karl P. Sauvart, “The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations Experience and Lessons Learned”, **The Journal of World Investment & Trade**, S. 16 2015, s.22; Karşı görüş için bkz. Yücel Uyanık, Neoliberal Küreselleşme Sürecinde İşgücü Piyasaları, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 10, C.2, 2008, s. 214.

çalışanların hukuki statüleri bakımından içinden çıkılması zor hukuki ve sosyal problemlerin doğmasına sebep olmuştur²³¹. Zira esnek çalışma modelleri, çalışanların işyerine ve işverene bağımlılıklarını azaltmak ve dolayısıyla da hukuk sisteminin iş sözleşmesi kapsamında çalışma nedeniyle tanımış olduğu sosyal güvencelerin ve korumaların işverenlere yüklediği ekonomik yüklerden kurtulmak için bir araç olarak kullanılmıştır²³². Bu amaç öylesine başarılı bir şekilde gerçekleştirilmiştir ki, mevcut iş hukuku öğretisi, artık iş hukununun temel kavramlarının tanımını yapamaz bir hale gelmiş, iş hukuku bir varlık kriziyle karşı karşıya kalmıştır²³³.

İş Hukuku alanını düzenleyen kanunlar -her ne kadar geliştirme yönünde çabalar mevcut olsa bile- temel kavramlar bakımından halen daha mevcut ekonomik gelişmelerin ortaya çıkardığı hukuksal zemini tesis etmekten uzaktır²³⁴. İktisadi düzenin, işçiyi korumaktan ziyade kâr sağlamak üzerine kurulduğu gerçeğinden yola çıkıldığında, söz konusu

²³¹ Karin Schulze Buschoff, Claudia Schmidt, “Adapting labour law and social security to the needs of the ‘new self-employed’ – comparing the UK, Germany and the Netherlands”, **Journal of European Social Policy**, C. 19 S. 2, 2009, s. 147.; Murat Özveri, “İşçi Sağlığı İş Güvenliğine Aykırı Bir Kavram Olarak Esneklik”, **Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi**, S. 58-59, C. 16, 2016, s. 73.

²³² Lisa Horwedel Barton, “Reconciling the Independent Contractor versus Employee Dilemma: A Discussion of Current Developments as They Relate to Employee Benefit Plans”, **Capital University Law Review**, S. 29, 2002, s. 1081.; Rogerio Nagamine Costanzi, Eudaldo Duarte Barbosa, Julimar Da SilvaBichara, “Extending Social Security Coverage to Self Employed Workers in Brazil”, **International Labour Review**, C. 152, S. 3-4, s. 553.; Buschoff/Schmidt, a.g.m., s. 148. Bu bağlamda değinilmesi gereken önemli bir kavram; “codes of conduct” (davranış kuralları) dır. Şirketlerin kendi bünyelerinde koydukları ve uyguladıkları bu kurallar, uluslararası şirketlerin gittikleri her ülkede uyguladıkları veya uygulamaya ve uygulatmaya çalıştıkları kurallardır. Öyle ki, şirket kurallarının henüz iş hukuku alanında gelişmemiş ve yeterli hukuki düzenlemeleri bulunmayan ülkelerde iş hukuku yasalarının bu kurallar temel alınarak konulması söz konusu olmakta, şirket kurallarının bir nevi “iş kanunu” statüsüne erişmesine sebebiyet vermektedir. Detaylı bilgi için bkz. Compa/Hinchliffe-Darricarrre, a.g.m., s. 663-689.

²³³ Simon Deakin, “The Comparative Evolution of The Employment Relationship”, Centre for Business Research, **University of Cambridge Working Paper**, No. 317, s. 1-2.; Richard Mitchell, “Where are we going in Labor Law? Some Thoughts on a Field of Scholarship and Policy in Process of Change”, Workplace and Corporate Law Research Group, Working Paper No. 16, Mart, 2010, s. 2.

²³⁴ Takashi Araki, “The System of Regulating the Terms and Conditions of Employment in Japan”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 15.; Frantzi-och, s. 26.; Rathod/Skapski, a.g.m., s. 162.

hukuki zeminin sağlanması gerekli ya da doğru olup olmadığı elbette gündeme gelecektir. Nitekim esnekleşme eğilimleri neticesinde uygulamada işçilerin haklarının gözletilmediği, iş sözleşmesinin “güçlü” tarafı işverenlerin daha da güçlendikleri ve işçilerin aleyhine kararlar verdikleri görülmüştür.

Esnekleşme ile birlikte, kurallardan gitgide daha da bağımsızlaşan veya kendilerine uygun kurallar koyduran işverenler, kendilerinin işçilere olan bağımlılıklarını azaltırken, işçilerin ise kendilerine bağımlılıklarını arttırmanın yollarını aramışlardır. Bu yollar arasında en çok kullanılanları ise, işçilerin işyerinden uzakta veya işverene en az maliyet doğuracak çalışma biçimleriyle çalıştırılmaları olmuştur. Ancak hızlı bir şekilde yaygınlaşan bir başka eğilim de, işçilerin artık “işçi” lik vasıflarını kaybetmelerini ve bağımsız çalışan statüsü kazanmalarını sağlayan uygulamaların hayata geçirilmesidir. Her ne kadar bu uygulamalar esnek çalışma biçimleri başlığı altında yer almasa da, esnekleşme eğiliminin neticesinde ortaya çıktıkları bir gerçektir.

Bununla birlikte, esnekleşme talepleri yalnızca işverenler tarafından değil, aynı zamanda işçiler tarafından da dile getirilmektedir²³⁵. Kanunkoyucuların, toplumda ortaya çıkan gelişmeleri kurallara bağlama ve olması gerekene yönlendirme görevi göz önüne alındığında, esneklik uygulamalarına kanunlarda yer verilmesi doğru olmak bir yana, bir mecburiyettir de²³⁶. Ancak, esnekleşmenin işçilerin mevcut durumlarında gerilemeye yol açmaması ve hak kayıplarına sebep olmayacak şekilde düzenlenmesi, bunu sağlayacak hukuki teminatların oluşturulması büyük önem arz etmektedir²³⁷.

²³⁵ Eurofound, “Working time developments in the 21st century: Work duration and its regulation in the EU”, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2016, s. 64.; Antonio Aloisi, “Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of on-Demand/Gig Economy Platforms”, **Comparative. Labour Law & Policy Journal**, S. 37, 2016, s. 658. Ayrıca bkz. Otis Dudley Duncan, “Social Origins of Salaried and Self-employed Professional Workers”, **Social Forces**, C. 44, 1965, s. 186 – 189.

²³⁶ Michele Tiraboschi, Maurizio Del Conte, “Recent Changes in the Italian Labour Law”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1., s. 87.

²³⁷ Waltermann, a.g.m., s. 2.

3. İş ve Üretim Organizasyonlarında Değişim

İşçi kavramı esas itibarıyla Sanayi Devrimi ile birlikte çalışma şeklinin değişmesi sebebiyle ortaya çıkan bir kavramdır. Sanayi Devrimi'ne kadarki süreçte kişisel ilişkinin yoğunluğunun daha fazla olduğu, yapılan işin yanında o işi yapan kişinin vasıflarının da önemli olduğu bir çalışma hayatı bulunmaktaydı. Bu süreçte, ulaşım ve iletişim imkânları henüz gelişmemiştir ve ticari faaliyetler büyük oranda yerel pazarlara hitap etmektedir. Bu sebeple de ürün arzı sınırlı olmaktadır. Ticari hayatın ve ekonomik düzenin geniş ölçekli ticari yapılanmalara ihtiyaç doğurmaması, çok sayıda insanın istihdam edileceği bu tür yapıların oluşmasını engellemiştir.

Sanayileşmeyle birlikte üretimin artması ve üretimin kendi talebini oluşturması (Say Kanunu), ayrıca ulaşım ve iletişim imkânlarının da gelişmesi sayesinde hitap edilen pazarlar genişlemiştir. Kişiyeye ve kişinin becerilerine dayalı geleneksel üretim yöntemlerinin terk edilip kaliteden ziyade niceliğin ön plana çıktığı üretim metotlarının yaygınlaştığı söz konusu dönemde, çalışanların hukuki statüleri ve sahip oldukları ve olmayı talep ettikleri haklarda da doğal olarak bir farklılaşma ortaya çıkmıştır. Zira fabrika kavramının ortaya çıkmasıyla birlikte, yoğun ve standart üretimin yapılması bir zorunluluk haline gelmiş, çalışanın kendine göre belirleme imkânının bulunduğu çalışma ortamından farklı, tek tip ve çoğunlukla da asgari insani şartların sağlanmadığı ortamlarda kişilerden çalışmalarını istenmiştir²³⁸. Devam ettirilmesi mümkün olmayan söz konusu durum, ilerleyen dönemlerde önemli toplumsal çalkantılara sebep olmuş, toplumun sosyal yapısında büyük değişiklikleri ortaya çıkartmıştır. Nitekim insanlar, gittikçe daha çok tüketmeye, sürekli yeni ürünler talep etmeye başlamışlardır²³⁹.

Sanayileşmeyle neticesinde belirli sınırları olan ve içerisinde "işin" yapılması gereken "işyeri" kavramı, ilerleyen dönemlerde, özellikle de esnekleşme akımının yaygınlaşması ve teknolojik gelişmeler neticesinde anlamını kaybetmeye başlamıştır. Zira artık

²³⁸ Detaylı bilgi için bkz. Mantoux, **a.g.e.**, s. 25-44.

²³⁹ Numan Kurtulmuş, **Sanayi Ötesi Dönüşüm**, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, İz Yayıncılık, 2001, s. 81.

işin yapıldığı her yer “işyeri” olarak kabul edilmekte ve teknolojik imkânlar sayesinde de en azından bir takım işler, akla gelebilecek her yerde ifa edilebilmektedir.

Tüm bu gelişmeler neticesinde, iktisâdî ve sosyal alanlardaki değişimleri destekleyecek ve devamını sağlayacak hukuki kurumların ve kavramların tesis edilmesi ihtiyacı doğmuştur²⁴⁰. Kişisel ilişkinin giderek daha az belirleyici olduğu yeni düzende, “işçi” kavramının doğru bir şekilde tanımlanması ve tespit edilmesi, ortaya çıkan hak kayıplarını önlemek ve çalışanlara kazanımlar sağlamak bakımından daha da büyük önem arz eder hale gelmiştir.

4. Sendikasılaştırma Eğilimleri ve İşverenlerin Toplu Pazarlık Sürecine Müdahale İstekleri

Sendikalar, işçilerin bir araya gelerek taleplerini güçlü bir şekilde dile getirmelerini ve bunları elde etmek için de gerekli mücadeleyi gösterebilmelerini sağlayan kurumlardır. Buna karşılık sendikalaşma oranları, yıldan yıla tüm dünyada düşme eğilimindedir²⁴¹. İşverenlerin, esnek çalışma uygulamalarını, işçiler karşısındaki güçlerini korumak ve toplu pazarlık süreçlerinde daha üstün bir konum almak, bu amaçla da sendikal örgütlenmeyi geriletmek, hatta mümkünse ortadan kaldırmak amacıyla kullanmaları sendikaların üye sayısının günden güne azalmasına sebebiyet vermiştir²⁴². Zira sendikalaşma için gerekli olan temel unsurlar; baskı altında olan veya yaşam ve çalışma şartlarından memnun olmayan bir çalışan kesiminin varlığı, söz konusu çalışan kesiminin birbiriyle iletişim halinde olmasıdır; fakat esnek çalışma biçimleriyle, her ne kadar işçilerin ekonomik düzeylerinde olumlu yönde bir değişim yaşanmasa dahi, işçinin birden fazla işte (kısmi süreli iş sözleşmesi, çağrı üzerine çalışma vb. iş sözleşmesi türleri sayesinde) çalışabilmeleri veya aynı işte kendi belirledikleri çalışma koşullarını (işverenin belirlediği çerçeve içinde kalmak

²⁴⁰ Ali Güzel, “İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konuda Esneklik”, **Kamu-İş**, C. 5, S. 3, 2000, s. 207-208.

²⁴¹ Bkz. <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=TUD>, (Çevrimiçi), 16.05.2018.

²⁴² Neil Millward, Alex Bryson, John Fort, **All Change At Work**, London and New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2002, s.86.

şartıyla) uygulayabilmeleri, işçilerin hayat ve çalışma standartlarından memnuniyetsizliklerini göreceli de olsa ortadan kaldırmıştır²⁴³. Aynı şekilde, uzaklaştırma stratejileri sayesinde de artık belirli bir işyerinden bahsedilemediğinden, işçilerin birbirleriyle iletişime geçebilmeleri engellenmiş, tüm bunlar neticesinde de sendikalaşma eğilimi giderek azalmıştır²⁴⁴.

Alt işverenlik uygulamasının bu konu bakımından özel bir yeri bulunmaktadır. Zira alt işveren işçilerinin sendikalaşmaları bakımından var olan bir takım engellemeler²⁴⁵ işçilerin sendikal faaliyetlere ve dolayısıyla da sendikalaşmaya olan ilgilerini azaltmıştır.

İşverenlerin, sendikasızlaştırma faaliyetleri kapsamında değerlendirilen ve işçilerin birlikte hareket etmelerini engellemek amacıyla kullandıkları bir diğer araç da “insan kaynakları yönetimi” yaklaşımı olmuştur. Bu yaklaşımda klasik endüstri ilişkileri sistemlerinden farklı olarak, işçinin “birey” olarak ele alınması hedeflenmiştir. Dolayısıyla, işçilerle toplu olarak iletişime geçmekten veya pazarlık yapmaktansa tekil olarak işçilerle muhatap olunmak istenmiş, bunun sayesinde de işverenin grev ve toplu sözleşme gibi “maliyet unsurlarından” kaçınması mümkün hale gelmiştir. Her ne kadar insan kaynakları yönetimi anlayışının temel hedefinin sendikasızlaştırma olduğunu iddia etmek mümkün değilse de, işverenlerin bu amaçla hareket ettikleri de görülmektedir²⁴⁶.

²⁴³ Shae McCrystal, “Collective Bargaining Beyond the Boundaries of Employment: A Comparative Analysis”, **Melbourne University Law Review**, C. 37, s. 663-664.

²⁴⁴ Kenneth G. Dau-Schmidt, Carmen L. Brun, “Individual Bargaining, Collective Bargaining and Protective Legislation: Determining the Terms and Conditions of Employment in the Modern American Employment Relationship”, *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 28.; Frantzioch, **a.g.e.**, s. 29.

²⁴⁵ Örneğin, asıl işverenin işyerinin/işletmesinin bağlı bulunduğu işkolu ile alt işverenin işyerinin/işletmesinin bağlı bulunduğu işkolu farklı olursa, alt işveren işçisi, asıl işverenin işyerinin/işletmesinin bağlı bulunduğu işkolundaki bir sendikaya üye olamayacak, dolayısıyla bir takım haklarını talep ederken asıl işverene karşı sendikal imkânlardan faydalanamayacaklardır. Bkz. Ayan, **a.g.m.**, s. 519-520.

²⁴⁶ Kutal/Büyüksulu, **a.g.e.**, s. 97. Ahmet Selamoğlu, **İşçi Sendikacılığının Gücündeki Değişim (Gelişmeler-Nedenler-Eğilimler)**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1995, s. 36-40.

Sendikalaşma oranlarının düşmesi, yalnızca işverenlerden kaynaklanmamaktadır. İşçi sendikalarının işçilerin faydalarını koruyup gözetmekte yetersiz kalmaları da bu eğilimin ortaya çıkmasına katkıda bulunmuştur.

III. Bağımlılık Kavramındaki Değişimin Tarafların Hak ve Borçları Üzerindeki Etkileri

A. İşçinin Hak ve Borçları Üzerindeki Etkileri

1. İşi İfa Borcuna Etkileri

a. İşi Bizzat İfa Etmesi

İş sözleşmesinin kişisellik özelliği gereği, işin bizzat işçi tarafından ifa edilmesi gerekmektedir (TBK m. 395, OR Art. 321 Abs. 1). İş sözleşmesinde, çalışanların kendilerine has yetenekleri ve vasıfları işverenlerce göz önünde bulundurulmakta, sözleşme tesis edilirken herhangi bir kişiyle değil, belirli bir kişiyle sözleşme kurulması amaçlanmaktadır²⁴⁷. Zira iş sözleşmesi, yalnızca üretim yapmayı veya bir hizmeti yerine getirmeyi değil, bunu yaparken belirli kurallara uymayı, bunlara uyabilecek yeteneği haiz olmayı ve karşılıklı güven ve sadakat çerçevesinde davranmayı da içermektedir²⁴⁸. Bu yönüyle eser sözleşmesinden farklı olarak, edimin kişiye bağlı olmaması “iş” in bir başkası tarafından da yapılabilmesi sonucunu doğurmayacaktır²⁴⁹; ancak bağımlılık unsuru hususunda, ifa yardımcıları ve üçüncü kişiler vasıtasıyla iş görülmesinin incelenmesi gerekmektedir.

²⁴⁷ Maschmann, **a.g.e.**, s. 142.

²⁴⁸ Hanau/Adomeit, **a.g.e.**, s. 157.

²⁴⁹ Her ne kadar kural, iş sözleşmesinde işin bizzat iş sözleşmesinin tarafı olan işçi eliyle gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde olsa bile, işverenin de muvafakati ile üçüncü kişi veya ifa yardımcıları tarafından ifa edilmesi mümkündür. Eser sözleşmesiyle ayrıldığı nokta ise, müteahhidin, eserin yerine getirilmesi bakımından kişisel özelliklerinin önemli olmadığını düşünmesi halinde eser sahibinin muvafakati aranmaksızın eseri başkasına yaptırabilmesidir. Tabii ki bu durumu ispat edebiliyor olması gerekmektedir. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 168.; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1007-1008.

Mevcut durumda, şayet işçinin kişiliği ve yetenekleri iş sözleşmesinin kurulması bakımından bağımlılık tesis etmesi sebebiyle kurucu unsur vasfını haiz ise işçi haricinde başka kimselerin de iş görme borcunu yerine getirmesi nasıl açıklanabilir? Her ne kadar işçi haricindeki kimseler, işi asıl yapması gereken ve sözleşmenin tarafı olan işçi kadar iyi ve kaliteli bir şekilde yapabilecek olsalar veya yapsalar dahi, bu durum iş sözleşmesinin temel unsurlarından olan bağımlılık ilişkisine aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca, sözleşmenin kurulması esnasında gözetilen kişisel özelliklerin ortadan kalkması neticesinde sözleşmenin iş sözleşmesi olma niteliğini kaybetmesine de sebebiyet vermesi gibi bir durumun varlığı karşısında kanunkoyucunun buna imkân vermesi de ayrı bir tartışma konusudur.

Öncelikle şunun belirtilmesi gerekir ki, her ne kadar mevzuatta işçinin iş görme borcunu bizzat yerine getirmesi gerektiği ifade edilse de, bu emredici değildir²⁵⁰. Zira işverenin muvafakat etmesi halinde üçüncü bir kişinin veya ifa yardımcısının işi yerine getirmesi mümkün olacaktır²⁵¹. Ancak, işverenin muvafakat etmesi bağımlılık ilişkisine aykırı bir durumun ortaya çıktığı gerçeğini değiştirmemektedir; yalnızca iş sözleşmesinin resmi olarak devam etmesini ve görünürde iş sözleşmesinin ayakta kalmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla yalnızca hukuk kaideleri göz önünde bulundurularak bir açıklama getirilmeye çalışıldığında, yetersiz kalınmakta, çelişkiler ortaya çıkmaktadır.

Her hukuk kuralında olduğu gibi, işin bizzat işçi tarafından yerine getirilmesinin aksinin kararlaştırılabileceği kuralının da bir takım sosyal temelleri bulunmaktadır. İfa yardımcısı kullanılması usulü, apartman görevlileri tarafından sıkça uygulanmaktadır. Apartman görevliliği, görevliler ve aileleri bakımından artık “aile işi” haline gelmiş, ailenin

²⁵⁰ Preis, **a.g.e.**, s. 342.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 580.; Çelik/Caniklioglu/Canbolat, **a.g.e.**, 168.; Süzek, **a.g.e.**, s. 330.

²⁵¹ LAG Niedersachsen 26.01.1999 NZA 2000, 320. İşverenin muvafakati üçüncü kişilerin iş görme borcunu yerine getirebilmesi bakımından dikkate alınan bir husus olmakla birlikte, tek başına yeterli değildir. Zira işin üçüncü kişilerce yerine getirilmesi, buna karşılık iş sözleşmesinin sona ermemesi, geçici bir sürenin ve istisnâ hallerin söz konusu olması durumunda mümkündür. Aksi taktirde, iş sözleşmesinin sona erdiği ve üçüncü kişiyle yeni bir iş sözleşmesi yapıldığı kabul edilecektir. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s.580.; Süzek, **a.g.e.**, s.330.

varlığını sürdürebilmesi için önemli katkı sağlayan ve bu sebeple de ihtiyaç halinde ailenin tüm fertlerinin katkıda bulunabileceği bir iştir. Bu yönüyle, sözleşmenin üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi halinde sona erdiği ve ücret ödeme yükümünün ortadan kalktığı kabul edilecek olursa aile bakımından olumsuz sonuçlar ortaya çıkacaktır. İlaveten, işveren de esasında apartman görevlisi istihdam edeceği zaman, gerektiğinde onun ailesinin de görülmesi istenen işe yardımcı olacağını bilmekte, hatta bunu istemektedir. Bu sebeple, işveren yalnızca sözleşme yapacağı kişiyle değil, onun ailesi ile de bağımlı çalışma ilişkisi kurmaktadır²⁵². İşverenin aile fertleri ile de bağımlı çalışma ilişkisi kurduğunun kabulü, iş sözleşmesinin varlığının korunmasını sağlamakta, ayrıca yasal altyapı tesisini de kolaylaştırmaktadır.

İfa yardımcıları dışındaki üçüncü kişiler vasıtasıyla işin görülmesinde ise, esasen geçicilik ve istisnailik dikkate alınmakta, dolayısıyla da sözleşmenin tarafları arasında kurulan iş ve bağımlı çalışma ilişkisinin sona ermemesine dair bir anlaşmanın mevcut olması hasebiyle de iş sözleşmesinin ve işçilik vasfının devam etmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁵³.

²⁵² Hohmeister/Goretzki, **a.g.e.**, s. 88.; Ertuğrul Yuvalı, “Türk İş Hukukunda Konut Kapıcıları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. 14, S. 56, 2017, s. 1745.

²⁵³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 580; Süzek, **a.g.e.**,330. Kanunkoyucu işçiyi ve bakmakla yükümlü olduğu kimseleri korumak bakımından bu şekilde istisnâî bir durum oluşturmuş olsa dahi, kanımca hukukun etrafından dolaşma olarak nitelenebilecek bu türde düzenlemelere gerek bulunmamaktadır. Zira kişisel güven ve güvenden doğan bağımlılık ilişkisinin temel unsur olduğu iş sözleşmesinde söz konusu düzenlemelerle açılacak gedikler, iş sözleşmesinin zaten gittikçe ortadan kaybolan itibarını tamamen yitirmesine sebebiyet verecektir. Hem kanunkoyucunun amaçladığı sosyal korumanın sağlanması hem de bağımlılık ilişkisinin hukuki çerçevede devamını sağlamak mümkündür. İstisnai ve geçici olmasına bakmaksızın üçüncü kişilerin iş görme borcunu üstlenmeleri durumunda, işverenle bu kimseler arasında yeni bir iş sözleşmesi tesis edildiğinin kabulü sorunu çözecektir. Tabii bu durumda iş görme borcunun asıl borçlusu olan işçinin sözleşmesinin sona ereceği ve işçinin söz konusu sosyal korumanın dışında kalacağı yönünde bir itiraz gündeme gelebilecektir. Buna karşı da şöyle bir savunma ve çözüm önerisi gündeme getirilebilir: işçinin sözleşmesinin sona ermesine gerek yoktur. Yalnızca geçici bir süreliğine işverenin işçiden iş görme borcunu, işçinin de işverenin ücret ödeme borcunu yerine getirmesini, istemekten imtina ettiği kabul edilebilir. Bu sayede hem koruma sağlanacak hem de hukuka uygun davranılmış olacaktır.

b. Özenle İfa Etmesi

İşçi, sözleşme konusu işi, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda, onun belirttiği yerde, zamanda, usul ve esaslar çerçevesinde ifa etmekle yükümlüdür. Ayrıca işin ifası esnasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi, sadakat borcuna aykırı hareket edilmemesi de gerekmektedir (TBK m. 396/1, OR Art. 321a Abs. II/1). Özen borcu, sadece edim sonucuna yönelik bir borç değildir. Öyle ki, işçi işverene ait makinelere, tesislere, taşıtlara, malzemelere, araç ve gereçlere özen göstermek, bunları korumakla yükümlüdür.

İşin özenle ifa edilebilmesi, işçinin dikkatinin mümkün olduğunca dağılmadan, belirli bir iş üzerinde yoğunlaşması sayesinde sağlanabilecektir²⁵⁴. Şayet işçinin aynı anda birden fazla işle uğraşırsa, gerekli dikkat ve özeni göstermesi pek de mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan, aynı anda veya farklı zamanlarda birden fazla işte çalışılmasına imkân veren atipik iş ilişkileri, özen borcunun gerektiği gibi ifa edilebilmesi bakımından olumsuzluklara neden olabilmektedir.

Klasik iş ilişkisinde yalnızca bir işveren için çalışan ve onun verdiği işi ifa etmekle yükümlü olan işçi, gerekli özeni göstermek bakımından tam anlamıyla yükümlüdür. Zira, işverence kendisine verilmesi gereken dinlenme sürelerine riayet edilmesi ve diğer koruma önlemlerinin alınmış olması halinde işin özenle yerine getirilmesi bakımından herhangi bir engelden bahsedilemeyecektir. Oysaki atipik iş ilişkilerinde işçinin işini gerekli özeni göstermek suretiyle yerine getirmesi zorlaşmaktadır.

Özen derecesinin tayini her somut durum için ayrı ayrı değerlendirilmekle birlikte, tamamen sübjektif bir değerlendirme yapılması da söz konusu değildir²⁵⁵. Her işin gerektirdiği özen derecesi genellikle belli olduğundan, işçinin en azından bu özen derecesini yerine getirmesi kendisinden beklenmektedir. Buna bağlı olarak, işçinin birden fazla işi farklı zamanlarda yerine getirmesini ve farklı işverenlere karşı özenle ifa borcu altına gir-

²⁵⁴ Preis, **a.g.e.**, s. 345.; Makas, a.g.m., s. 151.

²⁵⁵ Preis, **a.g.e.**, s. 345.; Makas, a.g.m., s. 155.

mesini öngören iş ilişkilerinde, işçinin her iki tarafa karşı da işin gerektirdiği özeni göstermekle yükümlü olduğu noktasında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Zira ortada birbirinden farklı işverenler ve iş ilişkileri bulunmaktadır. Bununla birlikte, birden fazla işte çalışan işçinin tek bir işte çalışan işçiyle aynı özeni göstermesi zorlaşacaktır.

2. Sadakat Borcuna Etkileri

a. Genel Olarak

İş sözleşmesinin sürekli ve kişisel bir hukuki ilişki doğurması sebebiyle gündeme gelen sadakat borcu; işçinin, işverenin çıkarlarını koruması bakımından kendisinden beklenecek azami²⁵⁶ gayreti göstermesi olarak ifade edilebilecektir (TBK m. 396/1, OR Art. 321a Abs. II/1).

Klasik bir iş ilişkisinde, işçinin tek bir işvereni vardır ve yalnızca bu işverene karşı sadakat borcu bulunmaktadır. Doğal olarak, mevcut işverenin hiyerarşisi altında çalışmadan önce başka işveren veya işverenlerle çalışmışsa, meslek sırlarını saklamak bakımından onlara karşı da sadakat borcu altına girecektir²⁵⁷. Ancak, işini özenle yerine getirmek, makine ve teçhizatı korumak ve işverenin çıkârve menfaatlerini gözetmek gibi sadakat borcunun yan edimleri niteliğini taşıyan edimleri esas olarak yalnızca mevcut işverene karşı yerine getirmekle yükümlüdür.

İşçinin birden fazla işverenle çalışmasını yasal olarak mümkün hale getiren çalışma türleri, esas itibarıyla klasik iş ilişkisini ortadan kaldırmaktadır²⁵⁸. Buna karşılık, gelişen teknolojiler neticesinde iş hayatında gündeme gelen yeni ihtiyaçlar, bu tür işlerde çalışan

²⁵⁶ Preis, **a.g.e.**, s. 369.; Süzek, **a.g.e.**, s. 342.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 600.; Stefan Edensfeld, "Dienstvertrag", **Erman Bürgerliches Gesetzbuch**, Köln, 13. Bası, C. 1, s. 2534.

²⁵⁷ Vischer, **a.g.e.**, s. 343.; Kudret Ertaş, **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Ankara, **Şafak Matbaası**, 1982, s. 22.; Gülsevil Alpagut, "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 25, Mart, 2012, s. 29.

²⁵⁸ Maurice Mullard, Paul Spicker, **Social Policy in a Changing Society**, New York, Routledge, 1998, s. 128.

kimselerin de işçi sayılmasını ve iş hukukunun sağladığı korumalardan faydalanmalarını gerektirmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, esasen klasik iş sözleşmesine aykırı olan söz konusu yeni çalışma türlerinin kanunkoyucu tarafından tanınmış olması, hukuki açıdan ifade edilen sorunların gündeme gelmesine de yol açmıştır.

İşçinin birden fazla işverenle çalışıyor olması halinde, kural olarak her bir işverene karşı ayrı ayrı sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak kimi zaman, sadakat borcunu kime karşı yerine getirileceği hususu belirsiz bir hal alabilmektedir. Bu belirsizlik, aynı anda birden fazla işveren için iş görülmesini gerektiren tüm çalışma şekilleri bakımından gündeme gelmektedir. Örneğin; borsa simsarları, görünürde tek bir işverenleri olmakla birlikte, aynı anda birden fazla müşteriye hizmet verebildiklerinden ve bağımlılık unsuru göz önüne alındığında müşterilerin de işveren olarak değerlendirilmeleri mümkün olduğundan, borsa simsarının hangisine karşı sadakat borcu ile yükümlü olduğu belirsiz hale gelebilecektir.

b. Sır Saklama Borcu

İşçi, iş sözleşmesinin karşı tarafı olan işverenin işletmesine veya işin yapılmasına ait, saklanması zorunlu olan bilgileri üçüncü kişilere ifşa etmemekle yükümlüdür²⁵⁹. Yasal düzenlemelerde de yer verilen sır saklama borcu (TBK m. 396/1 OR Art. 321a Abs. II/1, BGB§ 242), sadakat borcunun birden fazla işverene karşı ifa edilmesinin gerektiği hallerde de varlığını sürdürmektedir. Zira sır saklama borcu, işi ifa borcunda olduğu gibi kişinin şahsi özelliklerine veya çalışma şartlarına göre değişen bir nitelik arz etmemektedir. Buradaki tek yükümlülük, işyerine/işletmeye veya işin yapılmasına dair saklanması gereken sırların üçüncü kişilerle paylaşılmamasıdır. Vasıf derecesi veya çalışma şekli ne olursa olsun, herkesten yerine getirmesi beklenebilecek nitelikte bir borç olması hasebiyle, sır

²⁵⁹ Preis, **a.g.e.**, s. 369.; Süzek, **a.g.e.**, s. 343.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 277.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 272.

saklama borcunun bağımlılık unsurunda yaşanan değişimden olumsuz manada etkilendiğinden bahsetmek mümkün değildir.

c. Rekabet Etmeme Borcu

İşçi, bir iş sözleşmesiyle bağlı olduğu müddetçe veya bazı hallerde sözleşme sona erdikten sonra belirli bir süre boyunca, sözleşmenin karşı tarafı olan işverenin işletmesiyle rekabet teşkil edecek faaliyetlerden kaçınmakla yükümlüdür (TBK m. 396/3, OR Art. 321a Abs. II/3, HGB §60). Rekabet etmeme borcu, sadakat borcunun olumsuz yanını, yani yapmama borcunu oluşturmaktadır²⁶⁰. Rekabet etmeme borcu, işçi açısından altından kalkılması zor bir yük oluşturma ihtimalinden dolayı, özellikle iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam edebilmesi bakımından kanunkoyucular tarafından bir takım kısıtlamalara tabi tutulmuştur. Bu kısıtlamalardan, işçinin korunması ilkesi gereğince en gerekli olanı, işçinin rekabet yasağı kapsamında başka bir işi yapmasının veya başka bir işveren için iş ifa etmesinin, yanında çalışılan işverenin işten kaynaklanan kazanımlarını tehlikeye düşürecek nitelikte olmasıdır²⁶¹. Aksi halde, işveren yalnızca hoşuna gitmemesi sebebiyle dahi işçinin başka bir işte çalışmasını engelleyebilir ve hak kayıplarına yol açabilir. Rekabet etmeme borcunun iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam edebilmesi için ya iş sözleşmesine konulmuş bir kayıt ya da ayrıca düzenlenmiş bir rekabet yasağı sözleşmesinin bulunması gerekmektedir²⁶².

²⁶⁰ Fevzi Demir, Gönenç Demir, “Sadakat Borcu ve Uygulaması”, **Kamu-İş**, C. 11, s. 1, 2009, s. 19.

²⁶¹ Edinfeld, a.g.m., s. 2536.; Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, **İÜHF**, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 457.; M. Fatih Uşan, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 21, 2011, s. 122.

²⁶² Preis, **a.g.e.**, s. 375.; Hakan Keser, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Rekabet Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 24, 2011, s. 90.; Ş. Esra Başkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 2012, s. 117.

İşçinin sözleşmenin devamı süresince rekabet yasağına uyması klasik bir iş sözleşmesinde kendisinden beklenen ve uyması gayet kolay olan bir kuraldır. Ancak, özellikle vasıflı çalışanlar bakımından gündeme gelen birden fazla işverene aynı anda iş ifa edilmesini içeren bir iş ilişkisi için aynı ifadeyi kullanmak mümkün değildir. Örneğin evde bilgisayar başında çalışan bir grafik tasarımcı, aynı anda iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenin kendisine yüklediği işleri yapabilmekte iken, kendisinin veya bir başka işverenin işini de ifa edebilecektir. Haliyle bunları ifa ederken de sahip olduğu bilgi birikimini ve yeteneklerini kullanacaktır. Klasik iş sözleşmesi mantığıyla düşünüldüğünde, bu kimsenin işçi olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacak, konusu iş görme olan başka bir sözleşmeyle, örneğin eser sözleşmesiyle çalıştığı kabul edilecek ve rekabet etme yasağından bahsedilemeyecektir. Oysaki günümüz çalışma ilişkilerinde hem işverenlerin vasıflı çalışanlarını kaybetmeme arzusu hem de bu kişilerin sayılarının azlığı ve bu tip çalışma ilişkilerinin yaygınlaşması nedeniyle klasik iş sözleşmesi mantığının dışında yeni bir düşünceye ihtiyaç duyulmaktadır. Rekabet etmeme borcu da bundan nasibini almaktadır. Zira bu tip çalışma ilişkileri kapsamında çalışan işçilerin rekabet etme yasağına aykırı hareket ettiklerinin kabulü halinde, işçilerin önemli maddi yükümlülüklerle karşılaşmaları gündeme gelebilecek ve hak kayıpları yaşanabilecektir.

3. Düzenleme ve Talimatlara Uyma Borcuna Etkileri

a. Genel Olarak

İşverenin yönetim hakkının karşılığı olan düzenleme ve talimatlara uyma borcu, iş sözleşmesiyle kararlaştırılmamış, fakat işin işverenin belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde ve onun istediği şekilde yürütülmesi bakımından belirlenmesi gereken düzenleme

ve talimatların işçiye yöneltilebilmesini ve işçinin de bunlara uygun davranma yükümlülüğünü içermektedir²⁶³. Her ne kadar taraflar arasında akdî bir ilişki bulunsa da, iş sözleşmesinin özel karakterini oluşturan bağımlı çalışma ilişkisinden dolayı, işçinin yalnızca sözleşmede belirlenen hususlar çerçevesinde iş görme borcunu yerine getireceğini ifade etmek mümkün değildir. İşveren, gerektiğinde veya gerekli gördüğünde işçiye bir takım talimatlar verebilmeli ve yönlendirmelerde bulunabilmelidir²⁶⁴. İşin ne şekilde, ne zaman ve nerede görüleceği temel başlıklarında toparlanabilecek söz konusu düzenleme ve talimatlar²⁶⁵, bağımlılık unsurundaki değişimden önemli ölçüde etkilenmektedir.

b. İşin İfasına İlişkin Düzenleme ve Talimatlar

Bağımlı çalışan statüsünün belirlenmesi noktasında göz önünde bulundurulmuş en önemli ölçütlerden birisi; çalışanın kendisinin belirlediği değil de başkası tarafından belirlenen çalışma şartları kapsamında işini ifa etmesidir²⁶⁶. İşçi, her ne kadar kendisi birtakım mesleki bilgi ve becerileri haiz olsa da, iş sözleşmesinin karakteri ve kişisel ilişki kurması sebebiyle işverenin düzenleme ve talimatlarına -kanuna aykırı olmadığı müddetçe- uymakla yükümlüdür (TBK m. 399, OR Art. 321d Abs. 2)²⁶⁷. Aksi halde, işçinin ifa borcuna aykırı davranması söz konusu olacak ve sözleşmenin haklı nedenle feshi gündeme gelecektir.

İşçi açısından bu denli ağır ve katlanılması zor olan bir sonucun ortaya çıkması, bağımlılık unsurundaki değişimle birlikte daha da önemli hale gelmiştir. Atipik iş ilişkileri

²⁶³ Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 591.; Hozar, a.g.m., s. 84.

²⁶⁴ Ayşe Altıntepe, “Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 3.

²⁶⁵ Preis, **a.g.e.**, s. 62.; Walter Weidenkaff, “Dienstvertrag und ähnliche Verträge”, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, 73. Bası, München, C. H. Beck, s. 954.

²⁶⁶ Reinhard Richardi, “Geltungsbereich des Arbeitsrechts”, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht**, C. I, 2009, s.243.

²⁶⁷ **A.e.**; Preis, **a.g.e.**, s. 63.; Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 93.

kapsamında birden fazla işverenin işini görmeye yükümlü hale gelen çalışanların, bu işverenlerin birbirleriyle çelişen düzenleme ve talimatları bulunması halinde hangisinininkine uyacağına çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Zira birbiriyle çelişen düzenleme ve talimatların varlığı halinde hangisi uygulanırsa uygulansın en azından bir işverene karşı sözleşmeye aykırılık durumu gündeme gelecektir. Özellikle aynı anda birden fazla işveren için iş gören çalışanlar bakımından daha da karmaşık hale geldiğinden, çalışanların bağımlılık derecesinin tespitinde de hatalar yapılabilmektedir.

c. İşin Zamanına İlişkin Düzenleme ve Talimatlar

Esnek (atipik) istihdam türlerinin ortaya çıkmasıyla birlikte; tipik iş sözleşmesinin unsurları arasında yer alan, belirli bir zaman dilimi içerisinde –özellikle de tam zamanlı olarak- işverenin emrinde bulunma hususu önemli ölçüde aşınmaya uğramıştır. Artık işçilerin önemli bir bölümü kısmi zamanlı veya çalışma zamanını kendilerinin belirledikleri iş ilişkileri kapsamında çalışmakta/çalıştırılmaktadırlar²⁶⁸. İşverenler, artık işçilerini mümkün olduğunca işyeri dışında internet üzerinden erişim sağlayabilecekleri bir şekilde istihdam etmeyi tercih etmekte, bu sayede de işyeri maliyetlerini azaltmayı amaçlamaktadırlar²⁶⁹. Tabii bu husus daha çok büro işlerinde söz konusu olmaktadır. Zira büro işlerinde, işçilerin fiilen işyerinde bulunmalarını gerektirecek haller diğer iş türlerine göre önemli ölçüde azdır. Ancak, fiilen çalışmayı gerektiren işlerde de işverenin, işin zamanını belirleme noktasındaki emir ve talimatlarının tipik bir iş ilişkisinden önemli ölçüde farklılaştığı görülmektedir. Nitekim artık çoğu işyerinde, işçinin işe giriş çıkış saatlerini kesin

²⁶⁸ Nitekim ABD’de henüz 1999 yılında kısmi süreli iş sözleşmesiyle, geçici işçi veya “bağımsız çalışan” olarak çalışanların oranı tüm işgücünün yaklaşık üçte birine ulaşmış durumdaydı. Brustein, a.g.m., s. 697.; Avrupa Birliği ve OECD ülkelerinin ortalamalarına bakıldığında da her ülkenin verileri kendi içinde farklılaşmakla birlikte, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların oranı 2017 yılına kadarki süreçte artış göstermiştir. Bkz. <https://data.oecd.org/emp/part-time-employment-rate.htm>, (Çevrimiçi), 07.09.2018.

²⁶⁹ Millward/Bryson/Fort, a.g.e., s. 27.

olarak belirlemek yerine, günde asgari toplam kaç saat çalışılacağı belirlenmekte, bunun başlangıç ve bitiş saatleri işçinin tercihine bırakılmaktadır.

Her ne kadar bu durumda, işverenin tipik iş ilişkisi kapsamında haiz olduğu işin zamanını belirleme yetkisinde bir takım değişiklikler yaşansa da, esasında hakkın temelinin ortadan kalktığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zira işveren, giriş çıkış saatlerini belirleme hak ve yetkisini hala elinde tutmakta, ancak bunu kullanmaktan kaçınmaktadır. Ancak söz konusu kaçınma, çalışanın bağımlılık derecesinin belirlenmesi noktasında yanlış değerlendirmelerin önünün açılmasına da neden olmaktadır. Öyle ki, çalışma saatlerini kişinin kendisinin belirleyebiliyor olması, o kişinin bağımsız çalışan olduğunu iddia etmek bakımından önemli bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir²⁷⁰.

d. İşin Yerine İlişkin Düzenleme ve Talimatlar

Klasik bir iş ilişkisinde işçi işini, işveren tarafından tespit edilen ve işverene ait olan belirli yer ve zamanda yapmakla yükümlüdür²⁷¹. İşin ifa edildiği yer (çalışma yeri), yeni çalışma modellerinin ortaya çıkmasıyla ve bağımlılık unsurunda yaşanan değişimle birlikte önemli değişikliklere uğramıştır. Artık neredeyse tüm şirketler yerleşik bir karar alma ve uygulama merkezi yerine birden çok merkezin olmasını veya üretim ağları sayesinde karar alınan ve uygulamanın yapıldığı mekânları birbirinden ayırmaktadır²⁷². Nitekim pek çok teknoloji firması, merkezleri başka bir ülkede olmakla birlikte üretimlerini Çin'de veya maliyetlerin çok düşük olduğu Asya ve Afrika ülkelerinde gerçekleştirmektedir²⁷³.

²⁷⁰ Rolf Wank, **Arbeitnehmer und Selbständige**, München, C. H. Beck, 1988, s. 184.

²⁷¹ Alexandre Zucco, "Independent Contractors and the Internal Revenue Service's 'Twenty Factor' Test: Perspective on the Problems of Today and the Solutions for Tomorrow", **The Wayne Law Review**, C. 57., s. 603.; Preis, **a.g.e.**, s. 62.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 252.; Süzek, **a.g.e.**, s. 335.; EuGH 06.11.2003 NZA 2004, 88.

²⁷² Katherine V.W. Stone, "Legal Protections for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers", **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, C. 27, S. 2, 2006, s. 253.

²⁷³ Kutal/Büyüksulu, **a.g.e.**, s. 47.

Yeni çalışma modellerinden ziyade, işyeri kavramının değişmesinde esas etkiyi teknolojik gelişmeler yapmıştır. Zira artık internet erişiminin olduğu her yerden çalışmak mümkün hale gelmiştir. İşçi, işyerine hiç uğramadan işvereninden aldığı emir ve talimatlara uygun olarak, yapması gereken işi yapabilmektedir²⁷⁴. Tabii ki halen işçinin bizzat başında bulunmasını ve müdahale etmesini gerektiren işler mevcuttur; fakat çok da uzak olmayan bir gelecekte otomasyon teknolojileri sayesinde üretimde bulunan insan gücünün önemli ölçüde azalacağı tahmin edilmektedir²⁷⁵. Örneğin büro işlerinde, işverenler pek çok işçiyi bir işyerine toplayıp hem işyerinin hem de işçilerin ortaya çıkaracakları maliyetlerden kaçınmak amacıyla gittikçe artan bir şekilde uzaklaştırma stratejileri kapsamında işçileri işyeri dışında çalıştırmayı, hatta mümkünse işyeri olarak nitelendirilecek herhangi bir mekâna sahip olmamayı tercih etmektedirler²⁷⁶. Çalışanlar, evlerinde veya çalışmak istedikleri herhangi bir mekânda işlerini yapabilmektedirler, yeter ki bilgisayar ve internet erişimi mevcut olsun. Tam da bu noktada bağımlılık unsurunun belirli bir çalışma yerinin mevcut olmaması halinde nasıl değerlendirileceği ve kimlerin bağımlı çalışan olarak nitelendirilecekleri sorunu ortaya çıkmaktadır.

İşyerinin varlığı, üretim açısından gerekli olmasının yanında, işverene birtakım hukuki sorumluluklar da yükler²⁷⁷. Örneğin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınması konusunda yasal düzenlemeler hep işyeri esas alınarak tesis edilmiş ve edilmektedir. İşyeri kavramının giderek değişmesi ise söz konusu yasal düzenlemelerin giderek içinin boşalmasına ve anlamsız hale gelmesine sebep olmaktadır. Nitekim işverenden, işçilerinin ça-

²⁷⁴ Sümer, a.g.m., s. 69.

²⁷⁵ Jeremy Rifkin, **The End of Work: The Decline Of The Global Labor Force and The Dawn of The Post-Market Era**, New York, Putnam Publishing Group, 1995, s. 81-82.; Uyanık, a.g.m., s. 215.

²⁷⁶ Joo-Cheong Tham, "The Framework of Australian Labour Law and Recent Trends in 'Deregulation'", *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, 2004, s. 45.; Paul Davies, Mark Freedland, "Labor Markets, Welfare and the Personal Scope of Employment Law", **Comparative Labour Law & Policy Journal**, C. 21, s. 235.

²⁷⁷ Harned/Kryda/Milito, a.g.m., s. 108.

liştiğı her yerde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması beklenemeyecektir. Bu durumda, işçinin korunmasına ve işyerine ilişkin hükümler, kanunlarda bulunmalarına karşın, uygulanmaz hale gelecektir.

Doktrinin bu konuda bulduğu zm, çalışanın işini yaptığı yerin işyeri ve kendisinin de işçi olarak değerlendirilmesi gerektiği ynndedir²⁷⁸. Söz konusu görüş, işçinin korunması bakımından olumlu olarak değerlendirilmekle birlikte, günün ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Bu görüşe göre, örneğin faaliyetin yrtldğu işyeri dışındaki bir yere hafriyat dökmek amacıyla hafriyat kamyonunu kullanan kişi, her ne kadar işyeri dışında olsa da işyerinde yürütülen asıl işle ilgili bir işi yapması sebebiyle, içinde bulunduğu kamyon işyerinden sayılmakta ve çalışan da işçi olarak değerlendirilmektedir.

B. İşverenin Hak ve Borçları zerindeki Etkileri

1. cret deme Borcuna Etkileri

a. Genel Olarak

cret, "... bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para olarak ödenen tutardır" (İşK. M. 32/1; OR Art. 322 Abs. 1) İş hukuku bağlamında ücretin üç temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar; bir işin karşılığı olması, nakd olarak ve belirli zaman aralıklarında denmesidir²⁷⁹.

Bağımlılık unsurundaki değişimin görünür hale gelmesini sağlayan ve söz konusu değişimin daha da derinleşmesine yol açan esnek çalışma biçimlerinden bazıları, işverenin

²⁷⁸ Park, **a.g.e.**, s. 38-39.; Yargıtay da bu husustan hareketle, son yıllarda vermiş olduğu kararlarda, bağımlılık unsurunun tesisi bakımından işin işyerinde görülmesinin zorunlu olmadığı görüşüne yönelmiştir. Bkz. Yarg. 9. HD. 1998/18888 E., 1999/1810 K., Tarih: 09.02.1999. (Münir Ekonomi, **Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları**, Ankara, Kamu-İş, 2002, s. 3-4.)

²⁷⁹ Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda İşverenin cret deme Borcu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 23, 2011, s. 11.

ücret ödeme borcunun mahiyetini de farklılaştırmıştır. Örneğin; ücretin, satılan mal üzerinden belirli oranlarda komisyonların kesilmesi suretiyle ödenmesinin kararlaştırıldığı pazarlamacılık sözleşmesinde, ücretin işveren tarafından ve belirli bir ücret ödeme periyodunda ödendiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

b. Ücretin İşveren veya Üçüncü Kişi/ler Tarafından Ödenmesi

Kanunun yapmış olduğu tanımda da görüldüğü üzere, ücretin bizzat işveren tarafından ödenmesi zorunlu değildir. Üçüncü kişilerinde ödemede bulunması mümkündür. Nitekim esnek çalışma biçimlerinin yaygınlaşması neticesinde ücretin üçüncü kişilerce ödenmesi uygulaması da yaygınlaşmaktadır. Ancak, ödemenin üçüncü kişiler tarafından yapılmasının bağımlılık unsuruna nasıl etki ettiğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Ödemenin üçüncü kişiler tarafından yapılmasının bağımlılık unsuruna ve iş sözleşmesine aykırılık oluşturmamaktadır. Buna karşılık, belirli bir oran üzerinden komisyon alınması suretiyle ödemenin kararlaştırılması halinde her ne kadar pazarlamacı, sattığı malın veya sunduğu hizmetin karşılığı olarak aldığı bedelden kendi ücretini elde ediyor olsa dahi, müşterinin söz konusu bedeli, pazarlamacının ücretini ödemek kastıyla tevdi etmediği açıktır. Bu durumda, müşterinin kanunun tanımında yer alan üçüncü kişi olarak değerlendirilmesi ne derece doğru olacaktır? Ayrıca, müşterilerin birden fazla olması halinde hepsinin birden üçüncü kişi olarak değerlendirilmesi mümkün müdür? Değilse de bunlardan hangisi üçüncü kişi olarak nitelendirilecektir? Yargıtay, bu konudaki kararlarında, ücretin fiilen kim tarafından ödendiğine değil de, ücret ödeme borcunun kim üzerinde olduğuna önem vermektedir. Dolayısıyla da, ücretin doğrudan işveren tarafından ödenmediği ve pazarlamacı örneğinde olduğu gibi; bir veya birden fazla müşteri tarafından ödenmesi halinde de bağımlı çalışma ilişkisinin mevcut olduğunu ve iş ilişkisinin geçerli olduğunu karara bağlamıştır²⁸⁰.

²⁸⁰ Yarg. 9. HD. 2008/33883 E., 2010/1887 K., Tarih: 10.02.2009, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 623.

Ücret ödeme yükümlüsü kesin bir şekilde belirlenmediğinde, işçinin ücret hakkını elde etmesi de zorlaşacaktır. Nitekim verilen örnekte de, müşterinin tanımda öngörülen üçüncü kişi olduğunun kabul edilmesi halinde, pazarlamacının ücretini söz konusu müşteriden veya müşterilerden de talep edebilmesi gerekmektedir. Oysaki böylesi bir durum, hukuken ve fiilen mümkün değildir. Ancak Yargıtay`ın da isabetli bir kararında görüldüğü üzere; bu türdeki iş ilişkileri kapsamında çalışan kişilerin, ödenmemesi halinde ücreti işverenden de talep etmeleri mümkün olması sebebiyle, bağımlı çalışma ilişkisinin ortadan kalktığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, klasik iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ödeme yükümlülüğüne uygun olmayan bir durumun varlığı da açıktır.

c. Ücretin Ödenme Zamanı

Bağımlılık unsurunun zayıflaması sebebiyle ücretin ödenmesi borcu bakımından ortaya çıkan bir diğer sorun, ücretin belirli zaman periyotlarında ödenmesini öngörmeyen çalışma ilişkileridir. Zira ücretin özellikle komisyon üzerinden belirlenmesinin kararlaştırılmış olması halinde, ücreti elde etmek bakımından belirli bir zaman dilimiyle değil, satılan malın miktarı veya kaç kişiye hizmet sunulduğu hususları da ücretin ödeme zamanı belirlenirken dikkate alınmalıdır²⁸¹. Her ne kadar asgari ücret gibi, ücretin korunmasını ve en azından asgari ücret kısmı bakımından belirli bir zamanda ödenmesini öngören bir düzenleme var olsa da, ücretin yalnızca asgari ücretten ibaret olduğunu ifade etmek mümkün değildir²⁸².

Asgari ücretin veya taraflar arasında kararlaştırılan temel ücretin üzerine ilave edilmesi öngörülen kısmın ne zaman ödendiğinin de ücretin ödenme zamanı bakımından göz önünde bulundurulması gerekecektir. Bu açıdan bakıldığında, ücretin ödenme zamanının özellikle, komisyonu da bünyesinde barındıran ücretler bakımından belirli ve düzenli bir

²⁸¹ Centel, “Türk Borçlar Kanunu’nda İşverenin Ücret Ödeme Borcu”, s. 10-11.

²⁸² Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 299.

zaman diliminde ödendiğinden bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla da, ücretin sabit dönemlerde ödenmesini öngören kanun hükümlerine (İşK m. 32/4; OR Art. 323 Abs. 1) aykırı bir durum ortaya çıkacaktır.

Ücretin belirli periyotlarla ödenmesi, bağımlı çalışan olarak değerlendirilme noktasında önemli bir unsurdur. Zira bağımlı çalışana ödenecek ücretin, yaptığı iş karşılığında belirli dönemler itibarıyla ödenmesi gerektiği hem kanunlarda hükme bağlanmıştır hem de bireysel ve toplu iş sözleşmelerinde büyük çoğunlukla bu yönde hükümlere yer verilmektedir²⁸³. İlâveten, bağımlı çalışanın işverene bağlı olması ve ücretini de ondan talep edecek olması hasebiyle, ücretin periyodik olmayan dönemlerde ödenmesi bakımından, bağımlı çalışanın herhangi bir menfaati bulunmamaktadır. Daha da ötesi, böylesi bir ödeme usulü, bağımlı çalışanın menfaatine de aykırı olacaktır.

d. Ücretin Ödenme Yeri

Ücretin ödenme yeri konusundaki hükümler emredici olmadıklarından, ödeme yerinin taraflarca tayin edilmesi mümkündür²⁸⁴. Ancak, tarafların ödeme yeri hususundaki anlaşmalarının da bir sınırı mevcuttur. Buna göre, meyhane ve benzeri eğlence yerleri ve perakende mal satan dükkân ve mağazalarda, buralarda çalışanlar hariç olmak üzere, ücret ödemesi yapılamayacaktır (İşK. m. 32/7, ILO 95 sayılı Sözleşme m. 13/2). Yasalarda genellikle ücretin işyerinde ödenmesi veya ücretin ödenmesi amacıyla açılan bir banka hesabına yatırılması öngörülmüştür (İşK. m. 32/2, BGB § 269).

Doktrinde eskiden beri hâkim olan, ücretin işyerinde ödenmesi gerektiği görüşü, hem ücretin korunması noktasında daha etkili olması hem de teknolojinin gelişmesi neticesinde insanların büyük meblağlarda nakit para taşımaktan vazgeçmeleri sebebiyle, kanunkoyucuların da teşviki ile ücretler artık çoğunlukla banka hesaplarına yatırılmaktadır. Bu sayede bağımlılık unsurundaki değişimin, işyeri üzerinde ortaya çıkardığı etkiler de ödeme

²⁸³ Centel, “Türk Borçlar Kanunu’nda İşverenin Ücret Ödeme Borcu”, s. 10.

²⁸⁴ Preis, **a.g.e.**, s. 399.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 304.

yeri hususunda sınırlı bir etkide bulunmuştur. Ücretlerin banka hesaplarına yatırılması neticesinde, esnekleşme eğilimlerinden dolayı ortaya çıkan ve işyeri dışında çalışmayı öngören atipik iş ilişkileri kapsamında istihdam edilen işçilerin de bağımlı çalışan statülerinin tartışılmasının önüne geçilmiştir.

2. İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu

a. Genel Olarak

İşveren, işin veya işle ilgisi olan herhangi bir faaliyetin yapıldığı esnada gerçekleşmesi muhtemel her türlü fiziki ve manevi tehlikeden, saldırıdan veya rahatsızlıktan işçiyi korumak ve gözetmekle yükümlüdür²⁸⁵. TBK m. 417’de hukuki dayanağını bulan koruma ve gözetme yükümlülüğü, işverene bu noktada önemli sorumluluklar yüklemektedir. Zira koruma ve gözetme borcunun sınırları kesin bir şekilde çizilmemiş, olayın ve durumun şartlarına göre işverenden beklenen edimlerin de farklılaşacağı öngörülmüştür. Ancak bağımlılık unsurunda yaşanan değişim, olayın ve durumun şartlarının neyi gerektirdiğini belirlemeyi zorlaştırmakta, bazı hallerde de gerekenlerin uygulanmasını imkânsız hale getirmektedir²⁸⁶.

b. İş Sağlığı ve Güvenliği Tedbirlerini Alma Yükümlülüğü

İş sözleşmesinin konusu olan “iş”in “işyeri” sınırları dâhilinde yapılması durumunda, işverenin koruma ve gözetmeye yönelik tedbirleri alması, “işyeri” dışında yapılan işlere göre oldukça kolaydır. Zira ortada belirli bir işyeri bulunmaktadır ve ortaya çıkabilecek

²⁸⁵ Preis, **a.g.e.**, s. 536-537.; Süzek, **a.g.e.**, s. 401.; Ufuk Aydın, **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 54-55.; Fuat Bayram, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **Legal İHSGHD**, S. 14, 2007, s. 554.

²⁸⁶ Griffin Toronjo Privateu, “Rethinking the Worker Classification Test: Employees, Entrepreneurship and Empowerment”, **Northern Illinois University Law Review**, C. 34, 2013, s. 72.

tehlikeler ve riskler de çoğunlukla bellidir, ayrıca işverenin burada ortaya çıkabilecek her türlü riski yönetme imkânı bulunmaktadır. Ancak, evde çalışma, tele çalışma, pazarlamacılık gibi esnek çalışma şekillerinde koruma ve gözetmeye yönelik tedbirlerin alınması zorlaşmakta, hatta imkânsız hale gelebilmektedir²⁸⁷.

1475 sayılı İş Kanunu’nda işyeri; “Bir hizmet aktine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiye işçi, işçi çalıştıran tüzel veya gerçek kişiye işveren, işin yapıldığı yere işyeri denir” (m.1/1) şeklinde tanımlanmış, işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslekî eğitim yerleri ve avlu gibi sair eklentiler ve araçlar da iş yerinden sayılmıştır (m. 1/2). 4857 sayılı İş Kanunu’nda ise işyeri; “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi ve maddi olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” olarak tanımlanmaktadır (İşK. m. 2/1). Ayrıca, “işyerinde üretilen mal ve hizmet ile nitelik yönünden bağlı bulunan işlerin görüldüğü ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler”in de işyerinden sayılacağı ifade edilmiştir (İşK. m. 2/2). Bu hükümlerden yola çıkıldığında, kanunkoyucunun her iki Kanun’ da da birbirine benzer tanımları kullandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, işin nerede görüldüğüne bakılmaksızın, nitelik, amaç ve organizasyon bakımından asıl işyerine bağımlı olduğu müddetçe her yer işyeri olarak kabul edilmelidir²⁸⁸. Örneğin evde çalışma durumunda, işçinin “iş” i yaptığı yer, işyerinde yapılan işle mal, hizmet ve nitelik yönünden bağlı olduğundan, işyerine bağlı yerler başlığı altında değerlendirilmesi ve işverenin, burada ortaya çıkması muhtemel tehlike ve risklere karşı işçisini koruyucu önlemler alması gerekmektedir. Ancak işverenin söz konusu tedbirleri almasının ne derece mümkün olacağına detaylı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, evde çalışma gibi işin işçinin evinde, dolayısıyla da sabit bir mekânda yapıldığı çalışma türünde dahi çeşitli sorunlarla karşılaşmaktadır. Tele çalışma

²⁸⁷ Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru üzerine Bir Deneme”, s. 126.

²⁸⁸ Murat Kandemir, “Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, *İÜHF*, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 150.

ve pazarlamacılık gibi belirli bir işyerinin bulunmasının zorunlu olmadığı ve sıklıkla seyahat etmek zorunda olunan çalışma türlerinde ise işçinin korunması ve gözetilmesi neredeyse imkânsız hale gelmektedir²⁸⁹. Zira işverenden sürekli değişen “işyerleri” ni kapsayacak koruma ve gözetme tedbirlerini almasını beklemek hem hakkaniyete aykırı olacak hem de bu yöndeki bir hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır. Nitekim işyerinde üretilen ürünün tanıtımı ve pazarlanması amacıyla müşterilerin işyerlerine veya konutlarına giden pazarlamacının “işyeri” olarak neresinin dikkate alınacağı ve tedbirlerin de neye göre belirleneceği sorusuna kanunkoyucu herhangi bir cevap vermemektedir. Bu hususta Türk Kanunkoyucusu, işçinin işyerinde uğradığı zararlardan dolayı işverenin sözleşmeye aykırılık kapsamında sorumlu olduğunu düzenlemiştir (TBK m. 417/son). İşçinin uğradığı zararın tazmin edilmesi bakımından ise, 5510 sayılı K. m. 21’de işverenin ve üçüncü kişilerin sorumlu tutulabilecekleri öngörülmüştür.

Doktrinde ise, işyeri kavramının fiziki ve sabit bir mekân olarak ele alınması fikri artık kabul edilmemekte ve organizasyonel bağımlılık ölçütü kapsamında, işin yapıldığı her yerin işyerinden sayılması, işverenin de gözetme ve koruma borcunun bu kapsamda ele alınması gerektiği savunulmaktadır²⁹⁰.

Kanun’un tanımından ve doktrinde yer alan görüşlerden hareketle işçinin işin yapılması veya işin yapılması için işyeri dışında bulunması esnasında başına gelen herhangi bir olaydan dolayı zarara uğraması halinde işverenin bunu tazmin yükümlülüğü altında olduğu ifade edilebilecektir. Ancak İş Kanunu’nun ve iş hukukunun genel ilkelerinin, işçinin korunması hususunda yalnızca ortaya çıkan zararın tazminini amaçladığını ileri sürmek yanlış olacaktır. Zira kanunkoyucunun öncelikli amacı doğal olarak; söz konusu zararların henüz vuku bulmadan önce, bunların ortaya çıkmasını engelleyecek yönde tedbirler alınması olmalıdır, kanunkoyucular da hükümlerini buna göre tesis etmektedirler. Bu

²⁸⁹ Aydınöz, a.g.e., s. 176.

²⁹⁰ Tiraboschi/Del Conte, Employment Contract: Disputes on Definition in the Changing Italian Labour Law”, s. 155.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s. 322.; Aydınöz, a.g.e., s. 37-39.; Kandemir, a.g.m., s. 150.

bakımdan değerlendirildiğinde, uzaklaştırma stratejileri kapsamında yeni ortaya çıkan çalışma biçimlerinin (tele çalışma) veya eskiden beri var olan pazarlamacılık, evde çalışma gibi, işyeri dışında faaliyet gösterilmesi üzerine kurulu iş ilişkileri kapsamında istihdam edilen işçilere yönelik iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınması, ortaya çıkan zararın tazmininden daha önceliklidir (Bkz. 6331 sayılı K. m. 4 ve 5). Ancak, bağımlılık unsuruyla yaşanan değişim neticesinde ortaya çıkan söz konusu çalışma şekillerinde işverenin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almasının çoğu zaman hukuken ve fiilen imkânsız olduğu görülmektedir. Zira artık işyeri kavramının sınırı belirsizleştiğinden, işverenin kendisine ait olmayan yerlerde işin görülmesi de mümkün hale gelmektedir. Bunun sonucunda da işveren ne mülkiyeti ne de zilyetliği kendisine ait olmayan yerlerde veya taşıtlarda bir takım iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alamamaktadır. Netice olarak, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunda önemli bir çözümlenme söz konusu olmaktadır.

c. İşçinin Vücut Bütünlüğünün ve Malvarlığının Korunması Yükümlülüğü

Kural olarak, bir işyerinde işçilerin mal varlığına karşı gerçekleştirilen tecavüzlere karşı işveren tarafından gerekli tedbirlerin alınması zorunludur (TBK m. 417/2, 6331 sayılı K. m. 4/1). Bu halde, asıl işyeri dışında çalışan işçinin mal varlığı da işverenin koruması altındadır. Bu bakımdan ele alındığında örneğin; evde çalışan bir işçinin evine ziynet eşyalarının çalınması halinde işverenin tazminat borcu gündeme gelecektir. Evde çalışma sözleşmelerinde ev, “işyerine bağlı yerler” kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bakımdan, kural olarak burada meydana gelebilecek ve işçinin malvarlığına zarar verecek her türlü olayda işverenin tazminat yükümlülüğü bulunduğunu ifade etmek gerekecektir.

d. İşçinin Kişiliğinin Korunması Yükümlülüğü

İşçinin kişiliğinin korunması yükümlülüğü yalnızca işyerinin sınırları içerisinde değil, işyerinin dışında da hüküm ifade etmektedir. Zira iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alma yükümlülüğünden farklı olarak, işçinin kişiliğine yönelen herhangi bir saldırının yalnızca

diğer işçilerden veya işin yapılmasından ötürü ortaya çıkması durumlarında değil, işverenin kendisinden gelmesi durumunda da işverenin borcuna aykırı davrandığından bahsedilebilecektir. Dolayısıyla, işçi işyerinde olmasa veya işi ifa etmediği bir esnada olsa dahi işveren, işçinin kişiliğini koruma veya en azından onu bizzat ihlal etmeme yükümlülüğü altındadır²⁹¹.

Sonuç olarak ifade edilebilir ki, işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu, işyerinde olduğu gibi işyeri dışında da devam ettiğiinden, illiyet bağı mevcut olduğu müddetçe işçinin kişiliğine yönelik tecavüzlerden dolayı işveren sorumludur²⁹². Bu sebeple de, bağımlılık unsurunda yaşanan değişimin işverenin bu yükümlülüğüne herhangi bir etkide bulunduğundan bahsetmek pek de mümkün değildir.

3. Eşit Davranma Borcu

İşverenin, iş sözleşmesinden doğan ve işçiye karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu temel borçlardan birisi olan eşit davranma borcu, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümü olarak da ifade edilebilecektir²⁹³.

İşverenin eşit davranma borcunun, bağımlılık unsurundaki aşınmadan dolayı maruz kaldığı etkiler, doğrudan değil, dolaylı bir niteliği haizdir. Yasal düzenlemelerle işçiler arasında ırk, renk, dil, din, cinsiyet, sözleşme türü ve sendikaya üyelik vb. sebeplerle ayırım yapılmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiş, buna aykırı davranılması halinde ciddi yaptırımlarla karşılaşılacağı anayasa ve yasalarla düzenlenmiştir. Bu sebeple, bağımlılık

²⁹¹ Emine Tuncay Kaplan, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, **Kamu-İş**, C. 7, S. 2, 2003, s. 6-7.; Fatma Burcu Savaş Kutsal, “İşyerinde Psikolojik Taciz”, **Toprak İşveren**, S. 105, 2015, s. 7-8.

²⁹² Bayram, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, s. 556-557.; Levent Akın, “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu Kusur Esasına Dayanır”, **Çimento İşveren**, C. 28, S. 3, 2014, s. 38.

²⁹³ Fevzi Demir, “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, **Legal İHSGHD**, C. 11, S. 41, s. 16.; Ertuğrul Yuvalı, “İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 41.; Orhan Ersun Civan, “Genel İş Koşulları”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 55.

unsurunun aşınmasına yol açan esnek çalışma türlerinin herhangi birinin kapsamında istihdam edilen bir işçinin -objektif ve haklı nedenlerin varlığı haricinde- emsal işçiden farklı muameleye tabi tutulması mümkün olmamaktadır²⁹⁴. Ancak söz konusu aşınmanın eşit davranma borcuna olumsuz hiçbir etkisinin bulunmadığını ileri sürmek de mümkün değildir. Zira her ne kadar yasal olarak işçiler arasında ayırım yapılması engellenmiş olsa da, işverenlerin esnek çalışma modellerini bu yasaları dolanmak amacıyla kullandıkları görülmektedir²⁹⁵.

İşverenin, objektif ve haklı nedenlerin varlığı halinde işçilere farklı muamelelerde bulunabileceği hükmü, ilk bakışta basit, olması gereken ve hakkaniyete uygun bir düzenleme olarak değerlendirilebilir; ancak, sözleşme türünün farklı olması halinin objektif ve haklı neden kavramına dâhil edilmesi durumunda ortaya birtakım çelişkiler çıkmaktadır.

Öncelikle, sözleşme türünün farklı olması ve esnek çalışma modellerinin uygulanması neticesinde (kısmi süreli iş sözleşmesi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi, geçici iş ilişkisi vb.), elde edilen sosyal imkânlar ve dinlenme süreleri bakımından işçiler arasında farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Örneğin, kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında sabah 08.00'den öğlen 12.00'ye kadar çalışan bir işçiye öğle yemeği verilmesi veya öğle yemeği yiyebilmesi için çeşitli imkânların sağlanması (nakit yardımı, yemek fişi verilmesi vb.) hususu gündeme gelmemektedir. Aynı şekilde, tele çalışma kapsamında çalıştırılan bir işçinin yol yardımı alması da söz konusu olmamaktadır. Tabii ki verilen örneklerdeki işçilerin, zaten kullanmadıkları bir imkân için kendilerine yardımda bulunulmasını istemeleri yerinde olmayacaktır. (Paraya dönüştürülmüş aynı haklar herkese eşit sağlanırsa sorun olur mu?) Bu bakımdan, belirsiz ve tam süreli iş sözleş-

²⁹⁴ Sarper Süzek, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 12, 2008, s. 26.; Ulaş Baysal, "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", **Legal İHSGHD**, S. 25, 2010, s. 61-62.

²⁹⁵ Preis, **Arbeitsvertrag**, s. 245.

leşmesiyle çalışan işçiler ile esnek çalışma modelleri kapsamında çalıştırılan işçilerle aralarında ayrımı haklı kılan objektif ve haklı nedenin bulunduğu²⁹⁶ da doğrudur. Buna karşılık, sözleşmenin kıdem tazminatına hak kazandıran bir şekilde sona ermesi halinde söz konusu yardımların, işçinin hak kazanmamış olması sebebiyle kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı ve işverenlerin de bu ve bunun gibi yükümlülüklerden kaçınmak için esnek çalışma modellerini veya işçilerini “bağımsız çalışan” olarak değerlendirmeyi tercih ettikleri gerçeği²⁹⁷, “objektif ve haklı nedenler” (İş K. m. 11 ve 13) kavramının tekrardan tartışılması zorunluluğunu ortaya çıkartmaktadır. Tabii ki kanunun tanımış olduğu bir hakkın kullanılmasından dolayı onu kullanan kişinin, hakkı kötüye kullandığını iddia etmek mümkün değildir. Ancak ispatı zor olmakla birlikte, işverenlerin hakkı kötüye kullanmak saikiyle hareket ederek yasa hükmünü uygulamaktan kaçındıkları da bir gerçektir.

Sonuç olarak, bağımlılık unsurunun zayıflamasına önemli katkıda bulunan esnek çalışma modellerinin, yasalarla amaçlananın aksine, işçiler arasında ayırım yapılmasına ve eşit davranma borcuna aykırı hareket edilmesine sebep olduğu açıktır. Bunun engellenmesi için, “objektif ve haklı neden” kavramının tekrar yorumlanması gerekmektedir.

IV. Bağımlılık Unsurunun Tespiti

A. Bağımlılık Unsurunun Tespitinde Kullanılan Testler

Esnekleşme akımının çalışma hayatını etkilemesi ve önemli değişikliklerin yaşanmasına sebep olması²⁹⁸, tabiatıyla iş hukuku alanında bu değişikliklere cevap verecek yeni düzenlemelerin yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Bu amaçla, birçok ülke kanunkoyucusu

²⁹⁶ Rabia Sever, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Legal İHSGHD**, C. 9, S. 34, 2012, s. 54.

²⁹⁷ Cromwell, a.g.m., s. 97.; Jenna Amato Moran, “Independent Contractor or Employee? Misclassification of Workers and its Effect on the State”, **Buffalo Public Interest Law Journal**, C. XXVII, 2009 – 2010, s. 106.

²⁹⁸ Millward/Bryson/Fort, **a.g.e.**, s. 49.; De Haas, a.g.m., s. 483.

tarafından yeni kanunlar yürürlüğe sokulmuştur. Buna karşılık bağımlılık unsurunun zayıflaması ve bağımlılığın nasıl tespit edileceği hususlarında halen daha kesin ve net ölçütler konulamamıştır²⁹⁹. Zira bağımlılık kavramının kapsamı, iş hayatını düzenleyici sosyal politikaların belirlenmesi ile de yakından ilişkilidir. Kanunkoyucunun bağımlılık kavramını geniş yorumlaması ve bu doğrultuda çalışanların önemli bir kesimini bağımlı çalışan (işçi) olarak değerlendirmesi halinde işverenlerin katlanması gereken ekonomik maliyet ve aynı şekilde devletin sosyal politikaların uygulanmasına ilişkin ayıracağı bütçe artacaktır. Diğer yandan, toplumun kendini güvende hissetmesi ve sosyal ihtiyaçlarını temin etme hususunda devletin kendisini desteklediğini bilmesi devlete duyulan güveni arttıracak, toplumun memnuniyetini temin edecektir. Bu sebeple, yapılan değerlendirmelerde bağımlılık kavramının yalnızca hukuki yönünün ele alınması, doğru sonucun alınmasını engelleyecektir; fakat hukuki açıdan var olan eksikliğin giderilmesi ve politika yapıcıların uyması gerekli olan hukuki zeminin tesis edilmesi de tabii ki büyük önem arz etmektedir. Bu durum, bağımlılığın kapsamının belirlenmesini bir zorunluluk haline getirmektedir³⁰⁰.

Bu amaçla, öğretilerde çeşitli hallerde bağımlı çalışma ilişkisinin bulunup bulunmadığının veya ne ölçüde bulunduğu belirlenmesine ilişkin bir takım testler geliştirilmiştir. Bu testleri şu beş ana başlık altında toplamak mümkündür; Kontrol Testi (Control Test), Organizasyonel Entegrasyon Testi (Organisational Integration Test), Ekonomik Gerçeklik Testi (Economic Reality Test), Karşılıklı Yükümlülük Testi (Mutual Obligation Test)³⁰¹.

Bu testler, iş ilişkisinin bulunup bulunmadığını veya bir kimsenin bağımlı çalışan mı yoksa bağımsız çalışan mı olduğunu belirlemede çokça kullanılmaktadır. Testlerin her

²⁹⁹ Frantziach, **a.g.e.**, s. 86.

³⁰⁰ Marc Linder, "Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An Ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, C. 21, S. 1, Bahar, 1999, s. 187.

³⁰¹ Rene Boheim, Ulriche Muehlberger; "Dependent Forms of Self-employment in the UK: Identifying Workers on the Border between Employment and Self-employment", **Institute for the Study of Labor, (IZA) Discussion Papers**, S. 1963, Şubat, 2006, s. 2.

biri, bir iş ilişkisinde bulunan ölçütleri³⁰² farklı yönlerden ele almaktadır. Örneğin ekonomik gerçeklik testi, çalışan kişinin ekonomik olarak kime ve ne oranda bağımlı olduğunu göz önünde bulundururken; organizasyonel entegrasyon testi çalışan kişinin hangi işyerinin veya işletmenin bünyesinde, hiyerarşik yapısına dâhil olarak iş gördüğünü belirlemeyi amaçlamaktadır.

Söz konusu testler, işçi-bağımsız çalışan ayrımında gayet yararlı olmakla birlikte, her olay ve durumda kullanılmaları mümkün olmamaktadır³⁰³. Bu durumun ortaya çıkmasında, yaşanan teknolojik, sosyal ve ekonomik gelişmelerin önemli bir rolü bulunmaktadır. Zira her geçen gün yeni bir çalışma şekli ortaya çıkmakta ve iş sözleşmesinin olup olmadığını belirlemede kullanılan ölçütlerin sürekli yenilenmesi, artırılması gerekmektedir. Doğal olarak, önceki duruma göre oluşturulmuş olan testler yeni duruma ayak uyduramamakta ve ayrımın kesin bir şekilde yapılabilmesine imkân sağlayamamaktadır. Ancak, söz konusu testlerin halen çokça kullanıldığı ve ihtiyaca büyük oranda cevap verdiği de bir gerçektir³⁰⁴.

1. Kontrol Testi

Kontrol testi, bağımlılık unsurunun belirlenmesi amacıyla ortaya atılan testlerin en eskisidir³⁰⁵. Kaynağını İngiliz hukuk sisteminden alan³⁰⁶ bu test, mevcut bir iş görme fiilinin bağımlı bir hukuki ilişki neticesinde ortaya çıkıp çıkmadığı hususunda işverenin,

³⁰² Ölçütler için bkz. <http://www.labor.ny.gov/ui/dande/ic.shtm>.

³⁰³ Hugh Collins, "Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 10, S. 3, Sonbahar 1990, s.369.

³⁰⁴ Privateu, a.g.m., s. 79.; Harned/Kryda/Milito, a.g.m., s. 99.; Catherine Barnard, "The Personal Scope of the Employment Relationship", *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 133.

³⁰⁵ Greene, a.g.m., s. 188.

³⁰⁶ Kontrol testinin ortaya çıkışı, İngiliz Yargıtay'ının (Court of Appeal) vermiş olduğu 1881 tarihli *Yemens v Noakes* kararına dayanmaktadır. Bu kararın temelinde yatan olay, yıllık £150 kazanan bir kölenin (servant) artık köle olarak kabul edilmesinin mümkün olmaması gerektiğine yönelik ileri sürülen iddihadır. Yargıcin yapmış olduğu tanıma göre köle, "Bir köle, efendisinin emirlerine tabi tutulan ve işini onun öngördüğü şekilde yapan" kişidir. Her ne kadar kararda bir kimsenin köle olup olmadığı yönünde

(işin sahibi ve işin görülmesinde öncelikli menfaati olan kişi) iş (sözleşmeyle belirlenen iş) üzerindeki kontrolünün, egemenliğinin belirleyici olacağını kabul etmektedir. Bu kontrolün derecesinin belirlenmesi noktasında da şu üç temel ölçütün varlığı aranmaktadır: zaman, yer ve çalışma şekli³⁰⁷.

Kontrol testi kapsamında, bir kimsenin bağımlı çalışan olduğunun kabul edilebilmesi için tam zamanlı olarak iş görmesi gerekmektedir³⁰⁸. İşçinin günlük çalışma süresinde yalnızca bir işverenin yanında faaliyet göstermesi ve bu süre dışında herhangi başka bir işveren için çalışmaması gerekmektedir. Takdir edileceği üzere, zaman ölçütünün bu şekilde anlaşılması halinde, kısmi süreli çalışanların bağımlı çalışan olarak kabulü mümkün olmayacaktır³⁰⁹.

Artık zaman unsurunun ifade edildiği şekilde anlaşılması imkânsızdır. Zira emek piyasasında kısmi zamanlı çalışma bir yana, çalışma süresinin önceden belirlenmediği ve gerektiğinde ihtiyaçlara göre düzenleneceğinin kararlaştırıldığı çağrı üzerine çalışma, tele çalışma, sıfır saat çalışma gibi sözleşme türleri ortaya çıkmıştır³¹⁰. Aynı durum işin görül-

bir hüküm kurulmuş olsa da, bu ayrımın yapılmasında ortaya konulan ölçütler (emirlere tabi olma ve işin işverenin öngördüğü şekilde yapılıyor olması) ilerleyen zamanlarda bağımlılık unsurunun belirlenmesinde de dikkate alınmıştır.

³⁰⁷ David L. Gregory, William T. Leder, “Employee or Independent Contractor? *Vizcaino v. Microsoft Corporation*”, **Labor Law Journal**, Aralık, 1996, s. 749-750.; Niebler/Meier/Dubber, **a.g.e.**, s. 33.; Linder, a.g.m., s. 220.; Barton, a.g.m., s. 1108.; Jonathan Burnett, “Avoiding Difficult Questions: Vicarious Liability and Independent Contractors in *Sweeney v. Boylan Nominees*”, **Sydney Law Review**, C. 29, 2007, s. 166.; Privateu, a.g.m., s. 76.

³⁰⁸ Zaman unsurunun bağımlı çalışmanın belirlenmesi noktasında bir ölçüt olarak kabul edilmesi yine bir İngiliz mahkeme kararına dayanmaktadır. 1873 tarihli *R v. Negus (R v. Negus)* (1873) LR 2 CP 34 kararında hâkim, bir kimsenin çalışma zamanının tamamını bir işverene hasretmesini kontrol unsurunun bulunduğu ve o kimsenin bağımlı çalışan olduğuna ilişkin “kuvvetli bir kanıt” olarak değerlendirmiştir. Aynı yönde; BAG 20.05.2009, 5 AZR 31/08, <https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&sid=8d14969804b0dfad522daed3ff4a6dbc&nr=13627&pos=28&anz=29>, (Çevrimiçi), 23.01.2017.

³⁰⁹ Damien Morozumi, “Distinctions Between Employees and Independent Contractors”, **Res IPSA Loquiter**, 1989-1990, s. 35.

³¹⁰ Ufuk Aydın, “Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 8, 2007, s. 43.

düğü yer bakımından da geçerlidir; kontrol testine göre, işçinin ifa etmekle yükümlü olduğu işi işverene ait olan işyerinde görmesi gerekmektedir. İşin başka bir yerde görüleceğinin öngörüldüğü durumlarda, şayet bu yer işyerinden sayılan yerlere de dâhil değilse kişinin bağımlı çalışan olarak kabulü mümkün olmayacaktır³¹¹. Buna göre, örneğin kapıdan satış yapan firma temsilcileri bağımlı çalışan olarak kabul edilemeyeceklerdir. Zaman ölçütünde olduğu gibi, yer ölçütünün de mevcut çalışma ilişkilerindeki bağımlılık derecesini belirlemek bakımından yeterli olması mümkün değildir. Kanunkoyucunun, çalışma hayatında önemli çoğunluğu bulunan bu grupları bağımsız çalışan olarak değerlendirip sosyal ve hukuki koruma imkânlarından faydalandırmaması, hem toplumsal hem de hukuki bakımdan sorunlara yol açmıştır.

Kontrol testi kapsamında dikkate alınan son ölçüt ise, işin işverenin verdiği talimatlar ve bu talimatlar doğrultusunda şekillenen veya önceden belirlenmiş olan usuller çerçevesinde gerçekleştirilmesidir³¹². Şayet çalışan, yapmakla yükümlü olduğu işi işverenin belirlediği veya uymasını istediği usuller çerçevesinde gerçekleştiriyor ve bu usullerin dışına çıkamıyorsa, kontrol testine göre (zaman ve yer ölçütleri de mevcutsa) bu kimsenin bağımlı çalışan olduğunun kabulü gerekmektedir³¹³. Bu noktada, vasıflı çalışanlar bakımından birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır.

İşin vasıflı çalışanların gerçekleştirilmesi gereken bir iş (bilgisayar programcılığı, tasarımcılık vb.) olması halinde, işçi yükümlü olduğu işi kendi vasıfları ve yetenekleri çerçevesinde ifa etmekte, çalışma usullerini kendisi belirlemektedir. Zira işveren genellikle, işin vasıf gerektiren kısmı ile ilgili hiç bilgisi olmaması veya yetersiz bilgisi olması sebebiyle vasıflı eleman istihdam etmektedir. Haliyle, yeterli bilgisinin olmadığı bir konuda

³¹¹ Razzolini, a.g.m., s. 283.

³¹² Kenneth G. Dau-Schmidt, Michael D. Ray, “The Definition of “Employee” in American Labor and Employment Law”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 118.; Moran, a.g.m., s. 108.

³¹³ Mansel, a.g.m., s. 853.

işverenin çalışma usullerini belirlemesi de mümkün olmadığından, işçi kendi bildiği şekilde işi yerine getirmektedir. Esnek uzmanlaşma olarak da adlandırılan³¹⁴ bu durumda, benzer işlerde çalışan kimselerin, önceden belirlenmesi gereken usullerin yokluğu veya var olsa bile işi işverenin de izniyle farklı usul ve yöntemlerle yapabilmeleri, bu kimselerin bağımlı çalışan olarak değerlendirilmelerini engellememelidir³¹⁵. Dolayısıyla, vasıflı çalışanların bağımlılık derecelerinin ve haliyle hukuki sıfatlarının belirlenmesinde başka ölçütlerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir³¹⁶.

Çalışma usullerine uyma konusunda vasıflı çalışanın çalışma usullerini kendisinin belirlemesi, onun iş sözleşmesi kapsamındaki özen borcundan farklı hükümlere tabi olmasına sebep olup olmayacağı hususunun ayrıca göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Özen borcu, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan ve iş görme borcunun sözleşmeye uygun olarak yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde göz önünde bulundurulan önemli bir unsurdur³¹⁷. Gösterilmesi gereken özenin derecesi tespit edilirken de işverenin emir ve talimatlarına uyulup uyulmadığı dikkate alınmaktadır. Ancak vasıflı çalışanların göstermesi gereken özenin derecesi belirlenirken vasıfsız işçiler bakımından kullanılanlardan başka yöntemlere başvurulmalıdır. Klasik iş ilişkisinden yola çıkıldığında, işverenin emir ve talimatlarına uymayan ve ifa yöntemlerini kendisi belirleyen kimsenin bağımsız çalışan olduğu ve yaptığı işin sonucundan sorumlu olduğu sonucuna varılacaktır. Dolayısıyla vasıflı çalışanın özensiz davranması, istenilen ve sözleşmede belirtilen şekilde işi (bu durumda eserden bahsetmek gerekir, zira artık bağımsız çalışanın yapmış olduğu bir “iş” söz

³¹⁴ Paul Hirst, Jonathan Zeitlin, “Flexible specialization versus post-Fordism: theory, evidence and policy implications”, **Economy and Society**, C. 20, S. 1, Şubat, 1991, s. 2-8.

³¹⁵ “İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi, bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz.”, Yarg. 9. HD. 2011/25600 E., 2013/22943 K., Tarih: 18.09.2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Çevrimiçi), 06.04.2019. Buna karşılık Alman Federal İş Mahkemesi, çalışma yöntemlerinin ve çalışma zamanının çalışan tarafından belirlenebildiği hallerde bir iş ilişkisinden söz etmenin mümkün olmadığına yönelik kararlar vermektedir. Bkz. BAG 20.09.2000 NZA 2001, 551.

³¹⁶ Hohmeister/Goretzki, **a.g.e.**, s. 44.; Razzolini, a.g.m., s. 282.

³¹⁷ Makas, a.g.m., s. 153.

konusudur) teslim ettiği sürece sorumluluğuna yol açmayacaktır. Ancak bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira yalnızca çalışma usullerine uyma ölçütünden yola çıkılarak verilecek bir cevap, sorunun çözümü için yeterli olmayacaktır. Her ne kadar vasıflı çalışan, işverenden işin yapılmasına dair emir ve talimat almıyor, çalışma usullerini kendisi belirliyor olsa da işi; sürekli bir şekilde, bir işverene bağlı olarak, onun hiyerarşik yapılanması altında ve ekonomik açıdan da ona bağımlı olarak görmektedir. Bu sebeple, vasıflı çalışanların bağımlılık seviyeleri ve dolayısıyla bağımlı çalışan olup olmadıkları değerlendirilirken tek bir ölçüte bakmak yeterli olmayacak, istenmeyen sonuçlara yol açacaktır³¹⁸.

Kontrol testinin şekillenmesini sağlayan ve günümüzde “çağdışı” olarak kabul edilen mahkeme kararları, çalışanın statüsünü belirleme konusunda yetersiz kalmış ve esasında sorunun tam anlamıyla çözümü hususunda da gerekli olan gelişimi sağlamayı amaç edinen bir zihniyetin ürünü olmamışlardır³¹⁹. Zira mevcut hukuk doktrininde yapılan değerlendirmelerde de görüleceği üzere, kontrol testinin temelinde yatan düşünce, hukuki statünün tarafların faydalarına ve korunma ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla değil, hukuki yükümlülüklerinin ve bunun yanında da sosyal sınıflarının tespit edilmesi gayesiyle belirlenmesi olmuştur³²⁰.

2. Organizasyonel Entegrasyon Testi

İşveren karşısında güçsüz konumda olan ve sosyal korunmaya ihtiyaç duyan çalışanlar, iş kanunlarının sağladığı korumadan ve tanıdığı haklardan faydalanmayı talep etmişlerdir. Bu talebin karşılanması ise ancak “işçi” veya “bağımlı çalışan” kavramının belirlenmesinde göz önüne alınacak ölçütlerin geliştirilmesi, dolayısıyla da kavramların zamana ve şartlara uyumlulaştırılması sayesinde mümkün olabilmiştir.

³¹⁸ De Haas, a.g.m., s. 490.; Sümer, a.g.m., s. 69.

³¹⁹ Jeffrey M. Hirsch, “Employee or Entrepreneur?”, *Wash. & Lee Law Review*, C. 68, 2011, s. 356.

³²⁰ Brendan Burchell, Simon Deakin, Sheila Honey, *The Employment Status of Individuals in Non-standard Employment*, Employment Relations Research Series, Department Of Trade and Industry, Mart, 1999, s. 6.

Entegrasyon testinde, işçinin işverenin kontrolü altında olup olmadığının yanında, esas olarak onun hiyerarşisi altında bulunup bulunmadığına bakılmaktadır³²¹. Çalışan, işverenden emir ve talimat almıyor veya işverene ait işyerinden başka bir yerde çalışıyor olsa dahi şayet işverenin işin gerçekleştirilmesi amacıyla oluşturduğu hiyerarşik yapıda bir payı/rolü bulunuyorsa, bağımlı çalışan olarak değerlendirilmesi gerekecektir³²². Varsıflı çalışanların bağımlılık derecelerinin ve hukuki statülerinin belirlenmesinde kontrol testi kapsamında ortaya çıkan sorunlar “organizasyon şemasında yer alıyor olma ölçütü” sayesinde daha kolay giderilmektedir. Bu test sayesinde, işverenin kesin bir kontrolü altında olmasa dahi, bir çalışanın işçi (bağımlı çalışan olarak) değerlendirilmesi mümkün olmaktadır³²³.

Kontrol testinin sınırlayıcı bakış açısına bir tepki olarak geliştirilen organizasyonel entegrasyon testi, söz konusu sınırlılığı ortadan kaldırmış, fakat olması gerekenden daha çok genişletmiştir. Nitekim bu teste yöneltilen en önemli eleştiri, “organizasyon” kavramının nasıl tanımlandığı yönünde olmuştur³²⁴.

Bu eleştiriye cevap, kavramın çerçevesinin şu iki ölçüt ile sınırlandırıldığı ifade edilerek verilmeye çalışılmıştır;

- a. Şikâyet sisteminin varlığı
- b. Meslekî kazanç elde etme şemasına/sistemine dâhil olma³²⁵.

³²¹ Gregor Thüsing, Helga Laux, Mark Lembke (Herg.), **Kündigungsschutzgesetz**, 3. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Freiburg, Haufe-Lexware GmbH & Co. KG, 2014., s. 55.; Pascal Lokiec, “The Scope of Labour Law and the Notion of Employee: Aspects of French Labour Law”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 148.; Collins, a.g.m., s.369.; Burnett, a.g.m., s. 166.; BAG 15.02.2012 NZA 2012, 733.

³²² Mansel, a.g.m.,s. 857.; Frantziach, **a.g.e.**, s. 58.; Hohmeister/Goretzki, **a.g.e.**, s. 47.; Stevenson, Jordan & Harrison Ltd v. Macdonald & Evans [1952] 1 TLR 101.; BAG 29.05.2002 NZA 2002, 1232.

³²³ Collins, a.g.m., s.366.; De Haas, a.g.m., s. 484.

³²⁴ Andrew Commons, “Dependent Contractors: In From the Cold”, **Auckland University Law Review**, C.8, 1996-1999, s. 113.

³²⁵ Adalberto Perulli, “Economically Dependent/Quasi-Subordinate (Parasubordinate) Employment: Legal, Social and Economic Aspects”, European Commissions, Brüksel, 2002, s. 25.

Şayet çalışan, rahatsız olduğu veya düzeltilmesini istediği bir durumun varlığında, bunun için başvuracağı kimse bulunmuyor ve kendisi düzeltme yoluna gidiyorsa/gitmek zorunda ise, bu kimsenin bağımlı çalışan olduğundan bahsetmek yüksek bir ihtimalle mümkün değildir. Buna karşılık, şikâyet ve taleplerini kendisinden daha üst bir konumda olan ve işverenin emir ve talimatlarıyla hareket eden bir diğer çalışana veya bizzat işverenin kendisine iletiyorsa veya iletmek zorunda ise, bağımlı çalışan olduğu yönünde kuvvetli bir delil bulunuyor demektir.

Meslekî kazanç elde etme ile kastedilen ise, çalışanın işverence ödüllendirilmesinin yalnızca ücret veya ek ödemeler vermek suretiyle değil, terfi ettirme veya daha kazançlı birimlerde istihdam etme şeklinde de gerçekleştirilebiliyor olmasıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da bağımlılık unsurundaki zayıflamaya bağlı olarak, kararlarında iş organizasyonunu dikkate aldığı görülmektedir. Bununla birlikte Hukuk Genel Kurulu, iş organizasyonuna dâhil olan herkesin işçi/bağımlı çalışan olarak nitelendirilmesini de yerinde bulmamaktadır. Buna göre, Hukuk Genel Kurulu 24.01.2018 tarihinde verdiği bir kararında, iş organizasyonuna dâhil olmak ve işverenin belirlediği çalışma gün ve saatleri kapsamında çalışmayı bağımlılık ilişkisinin varlığını tespit etmede yeterli görülmemiştir. Zira çalışma gün ve saatleri işverence belirlenmekle birlikte; çalışanın iş görüp görmeme, çalışıp çalışmamaya karar verme yetkisinin ve kendi müşteri çevresi bulunduğu, bu nedenle birden fazla işverene aynı anda hizmet verebildiği ve bunun iş sahiplerince kısıtlanmadığı bir ilişkide bağımlı çalışmadan ve dolayısıyla işçi-işveren ilişkisinden söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. İş organizasyonuna dâhil olmanın yalnızca iş sözleşmesiyle değil, eser ve vekâlet sözleşmesiyle de mümkün olabileceği gerçeği de bu kararın verilmesinde etkili olmuştur³²⁶. Hukuk Genel Kurulunun söz konusu kararının bütününe bakıldığında, kanaatimizce isabetsiz bir şekilde, davacının bağımlı çalışan olarak değerlendirilmediği görüle de, iş organizasyonu bakımından yapılan değerlendirme yerindedir. Organizasyonel entegrasyon testinin eleştirildiği noktaların da göz

³²⁶ Karar için bkz. Yarg. HGK 2015/3561 E., 2018/77 K., Tarih: 24.01.2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, (Çevrimiçi), 05.04.2019.

önünde tutularak verildiği anlaşılan kararda, iş organizasyonu yanında çalışanın esas olarak kendi emir ve talimatları kapsamında mı yoksa bir başkasından aldığı emir ve talimatlar kapsamında mı çalıştığının dikkate alınması yerindedir.

3. Ekonomik Gerçeklik Testi

1949 yılında uygulamaya başlanan³²⁷ ekonomik gerçeklik testinde cevabı aranan soru, ekonomik risklerin taraflar arasında (işçi, işveren ve devlet) nasıl dağıtılmış olduğudur³²⁸. Bu test, çalışma ilişkilerini, işçilerin belirli ekonomik pozisyonları işgal etmeleri şartına bağlamıştır³²⁹. Odak noktası, çalışma ilişkisinin kurulma şeklinden ziyade çalışanın ekonomik pozisyonudur. İşverenin işi yeniden organize etme imkân ve kabiliyeti göz ardı edilmemekte, fakat iş hukukunun gerekli olduğu yerde ve amacına uygun bir biçimde uygulanması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, kendi hesabına iş görme ve güncelleştirilmiş bir “kontrol unsuru” nun birleşiminin dikkate alınmasını önermektedir³³⁰.

Yargı kararlarında, ekonomik gerçeklik testi bağlamında yapılan değerlendirmelerde esas olarak “ekonomik risk” in kimin üzerinde olduğuna bakılmaktadır³³¹. Risk ölçütü, mahkemelere geçmişte olduğundan daha geniş bir hareket alanı sağlamış, yakın zamana

³²⁷ Lisa D. Kinzer, “Employee Misclassification in Texas: Why the New Law Won’t Work”, **South Texas Law Review**, C. 55, 2014, s. 450.

³²⁸ Staudinger/Fischinger/Richardi, **a.g.e.**, s. 23; Markus Benjamin Lehnhart, **Arbeitnehmer und Arbeitgeberbegriff im Arbeitnehmererfindungsrecht**, Hamburg, Dr. Kovač, 2002, s. 39. Bununla birlikte, Alman Hukuku’nda ekonomik risk unsurunun artık bağımlılık ilişkisini belirlemede göz önünde bulundurulmaması gerektiği yönünde bir anlayış bulunmaktadır. Aksi yönde ise İngiliz mahkeme kararlarında ve öğretisinde halen daha dikkate alınan bir ölçüt olarak varlığını sürdürmektedir. Bkz. Katharina Ziegler, **Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht**, Münih, C.H. Beck, 2011, s. 93.

³²⁹ Privateu, a.g.m., s. 89.

³³⁰ A.e.,s. 90.; Commons, a.g.m., s. 115.; Harned/Kryda/Milito, a.g.m., s. 100.

³³¹ Yarg. HGK 2016/1414 E., 2016/1072 K. Tarih: 16.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2016-1414-k-2016-1072-t-16-11-2016>, (Çevrimiçi), 23.02.2018.; Yarg. 9. HD. 2016/19997 E., 2016/18472 K. Tarih: 25.10.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, (Çevrimiçi), 23.02.2018. Ayrıca bkz. Niebler/Meier/Dubber, **a.g.e.**, s. 41.; Ziegler, **a.g.e.**, s. 93. Ayrıca bkz. Rutherford Food Corp. v. McComb, 331 U.S. 722 (1947), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/331/722/>, (Çevrimiçi), 25.01.2017.

kadar bağımsız ve kendi hesabına çalışan olarak değerlendirilen meslek gruplarında çalışanların da şartlar sağlandığında bağımlı çalışan olarak değerlendirilmelerinin mümkün olmasını sağlamıştır. Örneğin, avukatlar, doktorlar, acenteler, kendine ait araçla taşımacılık yapanlar vb. meslek gruplarının tek bir işveren için iş görmeleri ve gelirlerinin önemli bir kısmını bu işten elde ettikleri kazançla sağlamaları, bu gelirin olmaması halinde hayatını idame ettirmede zorluk yaşayacak olmaları halinde bağımlı çalışan (işçi) olarak kabul edilmeleri gerekecektir³³².

Ekonomik bağımlılığın belirleyici unsur olduğu bu testte; ödeme metodu, başkalarını işe alma hakkı/özgürlüğü, araç-gereç sağlama, kendi işine yatırım yapma, vergilerin ödenme usulü, hastalık halinde ve tatil günlerinde ücret hakkının kaybolmaması unsurları çalışanın işverene bağımlı olup olmadığını değerlendirmede dikkate alınmaktadır³³³.

Söz konusu ölçütlerin, “ekonomik risk” kapsamı altında bulunmaları ve bu kavramın daha anlaşılır bir şekilde ortaya konulmasını sağlamaları sebebiyle açıklanmaları gerekmektedir. Bununla birlikte, ilerleyen bölümlerde hepsine detaylı olarak yer verileceğinden, burada yalnızca dikkat edilmesi gereken bazı önemli noktalara değinilmekle yetinilecektir.

Çalışanın yapmış veya yapmakta olduğu iş karşılığında aldığı ödeme süreklilik arz ediyorsa ve miktarı belliyse, ekonomik bakımdan bağımlı olduğu düşünülebilir. Zira bu halin gerçekleşmesi için çoğunlukla, çalışanın sürekli bir iş ilişkisi içerisinde çalışıyor ol-

³³² Park, **a.g.e.**, s. 23.; Stefanie Sorge, “German Law and Dependent Self-employed Workers: A Comparison to the Current Situation Under Spanish Law”, **Comparative Labor Law & Pol’Y Journal**, C. 31, 2010, s. 250. Süleyman Başterzi, “Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 17, Mart, 2010, s. 179. ; Ayrıca bkz. United States v Silk 331 US 704 (1947), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/331/704/>, (Çevrimiçi), 25.01.2017. Alman hukukunda, ekonomik bakımdan çalışanın gelirinin yüzde ellisinden fazlasını bir işverenden elde etmesi halinde “işçi benzeri çalışan” olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü bulunmaktadır. Bkz. Manfred Löwisch, Volker Rieble, **Tarifvertragsgesetz**, 2. Völlig neuarbeitete Auflage, München, Franz Wahlen, 2004, s. 701.; BAG 30.08.2000 NZA 2000, 1359.

³³³ Perulli, **a.g.m.**, s. 25.; Barton, a.g.m., s. 1109.; Collins, a.g.m., s. 369.; Ludwig Macher, “‘Fester freier Mitarbeiter’: Unternehmer oder Arbeitnehmer”, **NZA**, Heft 19, 2009, s. 1081.

ması gerekmektedir. Ancak yalnızca ücretin ödenme şekline bakılarak yapılacak bir değerlendirme eksik kalacaktır. Nitekim şirketlerin borsaları takip etmek ve gerektiğinde alım satım yapmak üzere istihdam ettikleri aracılar (broker), şirketten aylık belirli ücretler alıyor olmakla beraber yıllık olarak da, yapmış oldukları satışlar sayesinde şirkete kazandırdıkları gelir üzerinden komisyon almaktadırlar. Bu açıdan bakıldığında, söz konusu çalışma şeklinin yüzde usulü veya komisyon tarzı ücret uygulamasının mevcut olduğu normal bir işyerinden/işletmeden farklı olmadığı düşünülebilirse de, bahse konu kimselerin kendilerini aynı zamanda bağımsız birer “yatırımcı” olarak değerlendirerek bağımsız olarak da iş görmeleri ve kendilerine ait özel fonlarının bulunduğu ve bunları da yönettikleri dikkate alındığında bu kimselerin borçlar hukuku bağlamında “müteahhit” olarak değerlendirilmeleri de mümkün olacaktır³³⁴.

Başkasını işe alma hak ve özgürlüğü konusunda ise şu ayrımı belirtmek yerinde olacaktır; şirketlerde genellikle personel işleri müdürü mevkiinde bulunan işveren vekillerinin sahip olduğu işçi alıp çıkarma yetkisinin bu kimseleri bağımlı çalışan statüsünden çıkararak bağımsız çalışan olarak değerlendirilmeleri sonucunu doğurması mümkün değildir. Zira söz konusu işveren vekilleri, işçi alıp çıkarma yetkilerini kendilerinin de bağlı oldukları işverenin emir ve talimatları doğrultusunda, onun belirlemiş olduğu çerçevede kapsamında yerine getirmektedirler³³⁵. Bu sebeple, ekonomik gerçeklik testi bağlamında bir değerlendirme yapılırken, işçi alıp çıkarma yetkisinin, kişinin kendi tasarrufuyla mı yoksa başkası adına ve başkasının belirlemiş olduğu ölçütlere göre mi kullanıldığına dikkat etmek gerekmektedir.

Araç gereç sağlama ölçütü bakımından yapılacak değerlendirmede, eser sözleşmesi bahsinde de belirtildiği üzere, işin yapılması için gerekli olan teçhizatın iş sahibi tarafından sağlanması halinde müteahhidin bağımlı çalışan statüsünü kazanıp kazanmayacağı cevaplandırılması gereken bir soru olarak ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde, iş sözleşmesi

³³⁴ Commons, **a.g.m.**, s. 115.

³³⁵ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 46.

kapsamında çalışan bir işçinin gerekli araç gereci kendisinin temin etmesi durumunda bağımlı çalışma ilişkisinin devam edip etmeyeceği sorusu da gündeme gelmektedir. Bu sorulara verilecek cevap, araç gereç sağlama ölçütünün tek başına hukuki statünün belirlenmesi hususunda yeterli olmayacağı, olayın şartları bağlamında diğer ölçütlerin de gerektiği nispette göz önünde bulundurulmasının zorunlu olduğu şeklinde olacaktır³³⁶. Nitekim kendi işine yatırım yapma, vergilerin ödenme usulü, hastalık halinde ve tatil günlerinde ücret hakkının kaybolmaması ölçütlerinde de, tek başlarına ele alınmaları halinde yanlış sonuçlara varılması söz konusu olacaktır. Bu sebeple, ekonomik gerçeklik testi ve dolayısıyla da ekonomik risk ölçütü bağlamında yapılacak değerlendirmede, söz konusu unsurların hepsinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir³³⁷.

4. Karşılıklı Yükümlülük Testi

Karşılıklı yükümlülük testi, literatüre 1970’li yıllardan itibaren girmeye başlamıştır. Bu testte ekonomik gerçeklik testinden farklı olarak, kişinin ekonomik bağımlılığından ziyade, “istihdam”ı konusuna yoğunlaşmaktadır³³⁸. Karşılıklılık testi, resmî bir hiyerarşik ilişkinin varlığını değerlendirme ölçütü olarak dikkate almaktadır. Buna göre, entegrasyon testinden farklı olarak, var olan bir hukuki ilişkide –şayet sözleşmede buna dair bir

³³⁶ BAG 20.09.2000 NZA 2001, 210.; Ekonomik bağımlılık ölçütü, belirtildiği üzere tek başına “bağımlılık” unsurunun varlığını ispat edebilmek bakımından yeterli değildir. Bununla birlikte, ekonomik bağımlılığın mevcut olup hukuki/kişisel bağımlılığın mevcut olmadığı durumlarda, çalışanların “bağımlı çalışan” olarak değerlendirilmemeleri, söz konusu kimselerin ihtiyaç duydukları hukuki ve sosyal korumayı elde edememelerine yol açmaktadır. Bu olumsuz durumun üstesinden gelmek amacıyla, “bağımlı çalışan” ve “bağımsız çalışan” kavramları arasında yer alan ve her iki kategoriden de bir takım özellikleri bünyesinde barındıran “işçi benzeri çalışan (İngilizcede: quasi worker, quasi employee; Al-mancada: arbeitnehmerähnliche Person, Scheinselständigkeit) ” kavramına başvurulmaktadır. Dolayısıyla, hem çalışanın hukuki ve sosyal korunma ihtiyacı bir nebze de olsa giderilmekte hem de işverenlerin üstlendikleri maliyetlerde büyük artışlar olmamaktadır. Bkz. Ulrich Preis, **Der Arbeitsvertrag**, Köln, Dr. Otto Schmidt KG, 2009, s. 238.; Bernd Waas, “The Legal Definition of the Employment Relationship”, **European Labour Law Journal**, C. 1, S. 1, 2010, s. 55; Kerstin Reiserer, Anke Freckman, **Freie Mitarbeit und Mini- Jobs nach der Hartz- Reform**, München, C.H. Beck, 2003, s. 34.; Löwisch/Rieble, a.g.m., s. 702.

³³⁷ Gregory/Leder, a.g.m., s. 750.

³³⁸ Burchell/Deakin/Honey, **a.g.e.**, s. 8.

hüküm bulunmuyorsa– hiyerarşinin bulunup bulunmadığını, dolayısıyla çalışanın bağımlı çalışan olup olmadığını hâkim kendiliğinden takdir edemeyecektir. Kişinin bağımlı çalışan, olarak vasıflandırılabilmesi için mutlak suretle bunu kabul etmiş ve sözleşmede de bunun belirtilmiş olması gerekmektedir. Nitekim bu unsurdan yola çıkılarak verilen bazı mahkeme kararlarında evden çalışanların, sıfır saat çalışma sözleşmeleriyle çalışanların ve acente çalışanlarının iş sözleşmesi kapsamında sayılmadıkları görülmüştür³³⁹.

Resmi bir hiyerarşik ilişkinin varlığının yanı sıra, karşılıklı yükümlülük testinde iş sahibinin sürekli bir iş sağlama ve çalışanın da bu işte devamlı suretle çalışma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı da dikkate alınmaktadır³⁴⁰. Esasında bu ölçütün “süreklilik” başlığı altında değerlendirilebilmesi mümkündür. Dolayısıyla, bir hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi bakımından olmazsa olmaz niteliktedir. Bu ölçüt gözönünde bulundurularak verilen bazı mahkeme kararlarında da sürekliliğin, bağımlılık ve tabiatıyla da iş sözleşmesinin varlığı açısından belirleyici bir unsur olduğu açıkça belirtilmiştir³⁴¹.

Karşılıklı yükümlülük testinin eleştirildiği nokta, hiyerarşik ilişkinin varlığını tespit için sözleşmeye konulan yazılı bir şartın varlığını aramasıdır. Zira bu husus sözleşme serbestisi ilkesine aykırı düşmektedir. Tarafların iş sözleşmesini sözlü olarak da yapmaları ve hiyerarşik ilişkinin varlığı konusunda sözlü olarak anlaşmaları mümkündür. Hatta yazılı olarak sözleşme yapmış ve sözleşmeye de hiyerarşiye ilişkin herhangi bir hüküm koymamış olsalar dahi, kendi aralarında ast-üst olma konusunda anlaşmış olabilirler. Bu durumda, her ne kadar aralarındaki hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekiyorsa da, karşılıklı yükümlülük testi kapsamında iş sözleşmesinden bahsedilemeyecektir³⁴².

³³⁹ **A.e.**

³⁴⁰ Schoukens/Barrio, a.g.m., s. 309.; Perulli, a.g.m., s. 26.; Knight v Fairway & Kenwood Car Service Ltd UKEAT/0075/12/LA, <https://www.employmentcasesupdate.co.uk/site.aspx?i=ed12537>, (Çevrimiçi), 12.03.2019.

³⁴¹ O’Kelly v. Trusthouse Forte plc [1983], **IRLR**, 369; Carmichael v National Power plc [1998], **IRLR**, 301.

³⁴² Burchell/Deakin/Honey, **a.g.e.**, s. 8.

B. Testlerde Dikkate Alınan Ölçütler

1. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı

İş sözleşmesi, sözleşme serbestisi ilkesinin gereği olarak herhangi bir şekil şartına uyma zorunluluğu getirmemektedir³⁴³. Bununla birlikte, taraflar isterlerse karşılıklı yükümlülüklerini yazılı olarak belirleyebilirler. Ancak taraflar bu yolu seçseler ve ayrıntılı olarak her hususu düzenleseler dahi var olan veya ileride ortaya çıkması mümkün olan her durumu göz önünde bulunduramayabilirler. Gerekli olduğunda, işin gereklerini yerine getirmek ve devamını sağlamak amacıyla işverene çalışma şartlarında bir takım değişiklikler yapabileme veya çalışma usul ve yöntemlerine ilişkin talimatlar verebilmesi, sözleşmenin yapılması esnasında farkına varılamayan ve açık olarak tanımlanmayan kısımlarının sözleşmenin ifasına engel olmasının önüne geçmeyi sağlamaktadır³⁴⁴.

İşverenin yönetim hakkının karşılığı olarak ortaya çıkan emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü, bir hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi bakımından önemlidir³⁴⁵. Zira işçi, yapmakta olduğu işi kendi belirlediği yöntemlerle değil, işverenin önceden belirlediği yöntemler ve kurallar çerçevesinde yapmaktadır. Bu bakımdan konusunu iş görmenin oluşturduğu diğer sözleşme türlerinden de ayrılmaktadır³⁴⁶.

³⁴³ Lokiec, a.g.m., s. 147.

³⁴⁴ Zucco, a.g.m., s. 602.; N. Nağme Hozar, “İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak işçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.2, Haziran, 2006, s. 85.; Levent Akın, “İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı”, **Çimento İşveren**, C. 27, S. 2, 2013, s. 46.

³⁴⁵ Hromadka, “Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes”, s. 838.; Hohmeister/Goretzki, **a.g.e.**, s. 38.; Frantziöch, **a.g.e.**, s. 58.; Mehtap Yücel Bodur, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik**, İstanbul, Beta Basım, 2017, s. 22. BAG 11.08.2015 9 AZR 98/14, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-12-16/9_AZR_98-14.pdf, (Çevrimiçi), 30.03.2018.

³⁴⁶ Kramer, **a.g.e.**, s. 19.; Sümer, a.g.m., s. 71.

Emir ve talimat verme hakkını ve yetkisini işverenin bizzat kendisinin kullanması, çalışanın hukuki vasfının işçi (bağımlı çalışan) olduğu yönünde önemli bir karine oluşturmaktaysa da³⁴⁷, her olayda bundan bahsetmek mümkün olmamaktadır. Aynı şekilde, işverenin emir ve talimat vermekten imtina etmesi, işin nasıl nerede ve ne zaman yapılacağı konusunda çalışanın kendi değerlendirmesini yapmasını uygun görmesi halinde de çalışanın işçi olmadığını iddia etmek her zaman doğru olmayacaktır³⁴⁸. Burada göz önünde bulundurulması gereken husus, emir ve talimatların sürekliliği değil, emir ve talimat verildiği durumda çalışanın bunlara uyma yükümlülüğünün mevcut olup olmadığıdır³⁴⁹. Şayet çalışan, işverenden gelen emir ve talimatları kendisine bildirildiği andan itibaren uyguluyorsa, işverenin istediği şekilde davranıyorsa ve bunlara uymakla yükümlüyse, bu durumda bir iş ilişkisinin ve bağımlı çalışanın varlığından bahsetmek mümkün olacaktır³⁵⁰.

Emir ve talimat verme başlığı altında değerlendirilmesi mümkün olan ve bağımlılık unsurundaki aşınmadan dolayı ortaya çıkan yanlış değerlendirmelerin önüne geçebilmek için ortaya atılan “birlikte işverenlik” kavramı da, işverenlerin iş ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçmalarını engelleme imkanı sağlamaktadır. Birlikte işverenlik kavramı, aynı anda birden fazla işverenin işinin yapılması halinde, işi yapılan işverenlerin birlikte sorumlu olmalarını öngörmektedir. Ayrıca işverenlerin araya başka tüzel kişilikler koyarak, işçilerin kendilerinden hak talep etmelerinin de önüne geçmek istemeleri halinde, “tüzel kişilik perdesinin aralanması” yoluyla “asıl işverenden de talepte bulunmalarını sağlamaktadır. Buna ilişkin bir kararında Yargıtay; ... şirketine ait AVM’de otopark müdürü olarak çalışan davacının, işçisi olduğu ... Yönetim ve Danışmanlık Hizmetleri Ltd.

³⁴⁷ Niebler/Meier/Dubber, a.g.e., s. 33.; Mansel, a.g.m., s. 857.; Barry Leibowicz, “Independent Contractor or Employee?”, **The CPA Journal**, Haziran 2011, s. 49.;

³⁴⁸ “İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz.” Bkz. Yarg. 9. HD., 2016/26973 E., 2016/20667 K., Tarih: 22.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2016-26973-k-2016-20667-t-22-11-2016>, (Çevrimiçi), 29.03.2018.

³⁴⁹ Privateu, a.g.m., s. 95.

³⁵⁰ Yarg. 9. HD. 2016/804 E. 2016/2815 K. Tarih: 16.2.2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2016-804.htm&kw=ara%C3%A7+gere%C3%A7+temin#fm>, (Çevrimiçi), 18.12.2017.; BAG 15.02.2012 NZA 2012, 735

Şti. ile AVM'nin sahibi olan şirket arasında organik bağ bulunması sebebiyle, sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi neticesinde doğan haklarını AVM'nin sahibi olan şirketten de talep edebileceğine hükmetmiştir³⁵¹. Yargıtay'ın yerel mahkemenin aksine, söz konusu şirketler arasındaki “iş organizasyonu” kapsamında bir ilişkinin bulunup bulunmadığını tespit etmede şirketlerin farklı sektörlerde iştiğal etmelerini değil de, yapılan işin asıl işyerinde gerçekleştirilen işle bir bağlantısının olup olmadığını değerlendirilmesi yerindedir. Zira hem bir AVM'nin otoparkının olmaması günümüz şartlarında olması düşünülebilecek bir şey değildir hem de işverenlerin İş Kanunu'ndan ve iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından kaçınmak amacıyla bu tür yollara başvurmalarına sıkça rastlanmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay'ın değerlendirmesini yaparken bu hususları göz önünde tutması İş Kanunu'nun amacına da uygun düşmüştür. Aynı yöndeki bir başka kararında da Yargıtay, bir dizide görüntü yönetmeni olan davacının, davalıya bağlı işyerinde çalıştığına dair herhangi sigorta kaydı, ücret bordrosu, makbuz, izin belgesi, doktor raporu, tutanak ve yazılı belge bulunmamasına rağmen, davalı şirket ile davacının görüntü yönetmenliğini yaptığı dizinin yapımcısı kişi arasında organik bağ bulunması, bu kişinin davalı şirketin ortağı ve yetkilisi olması sebebiyle, ücret alacağını davalı şirketten de talep edebileceğini hükme bağlamıştır. Bu bakımdan, Yargıtay'ın iş ilişkisinin varlığına dair resmi belge bulunmamasını hükmüne dayanak teşkil etmemesi ve birlikte işverenliğin bulunup bulunmadığını araştırılmasının gerekliliğini vurgulaması yerinde olmuştur³⁵².

Bununla birlikte, birlikte işverenlik kavramının ortaya çıkabilmesi için hangi ölçütün göz önünde tutulacağı açık değildir. Nitekim Yargıtay, bir kararında taraflar arasında iş sözleşmesinin varlığını araken bir başka kararında, ortada iş sözleşmesi olmasa dahi, kişinin bir hizmet ediminde bulunmuş olmasını birlikte işverenlik için yeterli görmüştür³⁵³.

³⁵¹ Karar için bkz. Yarg. 9. HD. 2016/7156 E., 2018/23739 K. Tarih: 20.12.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/, (Çevrimiçi), 01.04.2019.

³⁵² Karar için bkz. Yarg. 9. HD. 2018/9969 E., 2018/22484 K., Tarih: 06.12.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/, (Çevrimiçi), 01.04.2019.

³⁵³ Bkz. Nuri Çelik, “Grup Şirketlerinde İşçilerden Bir Kısımın Aynı Anda Birden Fazla İşverene Hizmet Vermesinden Doğan Sorun”, **DEÜHFD**, C.15, Özel Sayı Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, 2013, s. 29.; Bodur, **a.g.e.**, s. 77.

Eğer birlikte işverenliğin tesisi için yalnızca hizmetin varlığı yeterli görülecekse, borsa simsarının iş yaptığı kişilerin birlikte işveren olarak görülmesi ve borsa simsarının tüm işverenlerin işçisi olarak kabul edilmesi mümkün olacaktır. Ancak iş sözleşmesinin varlığı aranacaksa, yalnızca aralarında iş sözleşmesinin bulunduğu işverenin işçisi olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Bu bakımdan, birlikte işverenlik kavramı bağımlılık unsurundaki aşınmayı ortadan kaldırmada gelecek vaad eden bir kavram olmakla birlikte, kavramın henüz tam olarak oluşturulamamış olmasından dolayı, sorunun çözümünde henüz yeterli katkıyı sağlayamamaktadır.

2. Eğitim

İşverenin yapılan işin niteliğine göre çalışana birtakım eğitimler vermesi, çalışanın işverene bağımlılığı ve hukuki ilişkinin temelini iş sözleşmesine dayandığı noktada belirleyici olabilmektedir³⁵⁴. Çalışma ve üretim yapma, belirli derecede uzmanlık ve bilgi birikimi gerektiren bir süreçtir. Teknolojinin gelişimi neticesinde istenilen kalite ve verimliliğin sağlanması için gerekli olan bilgi düzeyi de artmaktadır. Kaldı ki teknolojik gelişmeler söz konusu olmasa dahi, istihdam edildiği iş ile ilgili herhangi bir bilgisi olmayan vasıfsız işçilerin de istenen seviyede üretim yapabilmeleri için birtakım bilgileri edinmeleri gerekmektedir³⁵⁵.

İşverenler, mâlî durumlarına ve ulaşmak istedikleri hedeflerin zaruriyetlerine göre eğitilmiş veya eğitimsiz elemanları istihdam etmeyi tercih edebilmektedirler. Zira eğitim vermenin maliyeti yalnızca eğitim için yapılan harcamaları değil, eğitim sürecinde istenen miktarda üretim yapılamaması ve bundan dolayı hedeflenen miktardan daha az kazanç elde edilmesi sonucunu da kapsamaktadır.

İşverenler, yapılan işin gerekliliklerine ve kanuni yükümlülüklerine uygun olarak istihdam ettikleri çalışanlarına bir takım eğitimleri vermek zorundadırlar. Mevcut kanuni

³⁵⁴ Zucco, a.g.m., s. 602.;Leibowicz, a.g.m., s. 49.

³⁵⁵ Martina Benecke, „Das gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis nach § 24 BBiG“, NZA, Heft 15, 821 – 822.

düzenlemelere göre, işçilerin iş kazalarına, meslek hastalıklarına karşı iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almaları, yaptıkları iş ne olursa olsun, zorunludur (6331 sayılı K. m. 4/1, a; § 10 Abs. 2 ArbSchG). Buna ek olarak, yapılan işe göre başka eğitimlerin de verilmesi söz konusudur.

Kanundan kaynaklanan yükümlülükler neticesinde verilen eğitimler, her ne kadar mecburi olsa ve verilmemesi halinde işverene bir takım cezai yaptırımlar uygulansa da, söz konusu eğitimler için işverenin harcamalarda bulunduğu gerçeği ortadan kalkmamaktadır. Aynı şekilde, işverenin kanunen zorunlu olmasa dahi çalışanın veriminin artması ve işin daha iyi yapılabilmesi için gerekli gördüğü eğitimleri de çalışanlarına vermesi veya verdirmesi mümkündür. Her iki durumda da çalışanın, aldığı eğitimler neticesinde vasfının artması ve bununla paralel olarak daha fazla ücret kazanabilecek olması karşılığında, eğitimi almasını sağlayan işverenin de kayba uğramaması kanunkoyucular tarafından gözetilmiştir. Nitekim verilen eğitimlerin gereği yerine getirilmediğinde ve sözleşmede belirtilen hallerin de ortaya çıkması halinde işverenin “cezai şart” adı altında çalışanlardan ödeme talep etmesi mümkündür³⁵⁶.

Çalışanların eğitim almaları, yapılan işe ve işyeri/işletme örgütlenmesine bağımlılıklarının artmasını sağlamaktadır. Zira eğitimler sayesinde çalışan işiyle ilgili bilgi edin-

³⁵⁶ Kanunkoyucu bu yönde işverenlere bir imkân tanımış olsa da, Yargıtay’ın benimsemiş olduğu ve doktrinde de kabul edilen görüş, cezai şartın işçi aleyhine kararlaştırıldığı durumlarda geçerli olmayacağı yönündedir. Ceza şartına ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerli olabilmesi, bu hükümlerin işçi lehine olması halinde mümkündür. Bundan kasıt, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılan cezai şarttan daha fazla olmamasıdır. Yargıtay’ın bu husustaki görüşü için bkz. Yarg. 9. HD. 2016/15172 E., 2018/22247 K., Tarih: 04.12.2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr /Yargitay-BilgiBankasiIstemciWeb/>, (Çevrimiçi), 08.04.2019. Cezai şartın hukuki niteliği öğretilmektedir. Cezai şartın, hukuki manâda “ceza” olduğu görüşüne göre, işçinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi neticesinde bunun karşılığı olarak sözleşmeyle -iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınması için yapılan harcamaların dışında kalanlarla ilgili olarak- cezai şartın kararlaştırılması mümkündür. Buna karşılık olarak ise, cezai şartın bir “götürü tazminat” olduğu ve bir takım istisnai hükümlerin (örn. TBK m. 180/1) bu niteliği ortadan kaldırmayacağı görüşü ileri sürülmektedir. Son olarak ise, cezai şartın hem ceza hem de götürü tazminat özellikleri taşıdığı yönünde her iki görüşü sentezleyen bir görüş de bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Hakan Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 35, 2016, s. 19-20.

mekte, verimliliğinin artması sayesinde de iş memnuniyetinin artması söz konusu olabilmektedir. Ayrıca, elde ettiği mesleki ve teknik bilgiler, onun herhangi bir bilgisinin olmadığı ve yeniden eğitim almasını gerektirecek başka işe/işlere yönelme düşüncesini de azaltmakta veya ortadan kaldırmaktadır. Bu sayede çalışan, psikolojik olarak kendini işverene ve işyerine bağımlı hissetmektedir³⁵⁷.

Eğitimler neticesinde çalışanın kendisini işyerinin bir parçası olarak görmesi sağlanmaktadır. Öyle ki bazı hallerde verilen eğitim yalnızca o işyerinde yapılan işle ilgili olmaktadır ve herhangi başka bir işyerinde bu eğitimin bir katkısı olmamaktadır. Dolayısıyla çalışanın bu eğitimler neticesinde işten ayrılmasının da önüne geçilmektedir. Sonuç olarak hukuki bir değerlendirme yapıldığında, diğer ölçütlerin de katkısıyla, çalışanın bağımlı olarak iş gördüğü, dolayısıyla da “işçi (bağımlı çalışan)” vasfını haiz olduğu sonucuna varılması gerekmektedir.

Tabii ki tek başına eğitim ölçütü çalışanın, bağımlı çalışan olup olmadığı yönünde kesin bir sonuca varılmasını sağlamayacaktır. Nitekim çoğu kişi, gerekli olan eğitimleri herhangi bir işyeri bünyesinde çalışmadığı esnada, kendiliğinden, işe girmeyi kolaylaştırması amacıyla almaktadır. Bu kişilerin istihdam edilmeleri halinde, yalnızca eğitimi kendilerini istihdam eden işverenin sağlayacağı imkânlarla almamalarından dolayı, bağımsız çalışan olarak sınıflandırılmaları hukuken yanlış olacaktır. Bu bakımdan değerlendirildiğinde, eğitim ölçütünün tek başına bağımlılığın takdiri bakımından yeterli olmadığı, fakat yardımcı ve pekiştirici bir ölçüt olarak dikkate alınması gerektiği ifade edilebilecektir³⁵⁸.

³⁵⁷ Jeryl L. Shepherd, “Employee commitment: academic vs practitioner perspectives”, **Employee Relations**, C. 22, S. 6, 200, s. 562.; Selen Doğan, Selçuk Kılıç, “Örgütsel Bağlılığın Sağlanmasında Personel Güçlendirmenin Yeri ve Önemi”, **Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 29, Temmuz-Aralık 2007, s. 56-58.

³⁵⁸ Guy Davidov, “Who is a Worker?”, **Industrial Law Journal**, C. 34, S. 1, Mart, 2005, s. 68.

3. Yapılan İşin İşyerinde Gerçekleştirilen İşle Bağlantısı

İşçi, iş görme borcu kapsamında işi ve işin yapılması için gerekli olan fiilleri gerçekleştirmekle yükümlüdür³⁵⁹. İşyerinin varlık sebebi olan ürün ve hizmet üretimi işyerinin içerisinde yapılması gereken faaliyet iken, işyerinin karşılaşacağı hukuki sorunların çözülmesi amacıyla idari makamlarda ve yargı mercilerinde gerekli işlemleri yapmak veya işyerinin idamesi ile ilgili (inşaat, bakım, onarım vs.) ihtiyaçları gidermek, işyerinin ve ürünlerin/hizmetlerin reklamını yapmak vb. faaliyetler de işyerinin dışında yapılması gerekenleri oluşturur. Şayet, söz konusu faaliyetlerin tamamının işyeriyle ya da işle alakalı olmasından hareketle, bu fiilleri gerçekleştirenler, ayırım gözetilmeksizin bağımlı çalışan olarak kabul edilecek olursa hem kanunkoyucunun iradesine aykırı bir yol seçilmiş olacak hem de işverenlerin, hatta bazı durumlarda çalışanların istemedikleri durumlar ortaya çıkacaktır.

İşyerinin içinde ve dışında gerçekleştirilen faaliyetlerin tamamının –açıkça olmasa dahi– iş ilişkisi kapsamında gerçekleştirildiğinin kabulü, örneğin; işyerinin veya işverenin tarafı olduğu bir hukuki çekişmede işvereni savunmak amacıyla tutulmuş olan bir avukatın da işverene bağımlı çalışan bir “işçi” olarak nitelendirilmesini gerektirecektir. Buna karşılık, avukatın vekâlet sözleşmesi kapsamında çalıştığı ve bu sebeple de bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir³⁶⁰.

Yapılan işin, işyerinde yürütülen işle ilgili olup olmadığı ölçütü dar kapsamlı ele alınmalı ve öncelikle asıl işle bir ilgisinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, işyeri bünyesinde yürütülen işin yalnızca işyerinin sınırları dâhilinde gerçekleştirilebileceği, işyerinin dışında ifa edilen bir çalışmanın bağımlı çalışma ilişkisini doğurmayacağı yorumu hukuken doğru olmayacaktır. Bağımlılık ilişkisinin var olabilmesi için, işin nerede ifa edildiği yanında işyerinde yürütülen işle bağlantı derecesi de önemlidir. Kaldı ki, işyeri kavramının yasal tanımına bakıldığında, fiziksel bir mekândan

³⁵⁹ Zucco, a.g.m., s. 602.

³⁶⁰ Aynı yönde bkz. Leibowicz, a.g.m., s. 49.; Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD. 2011/50648 E. 2014/775 K. Tarih: 21.01.2014, <http://www.kazanci.com>, (Çevrimiçi) 06.02.2017.

ziyade yürütülen işle ilginin dikkate alındığı görülmektedir³⁶¹ (İşK. m. 2/3, §2 Abs. 4 ArbStättV). Tüm bunların yanında, yapılan işin iş organizasyonu içerisinde yer alıp almadığına da dikkat edilmesi gerekmektedir³⁶². Nitekim bazı hallerde yapılan işin asıl işle doğrudan bir bağlantısı olmasa dahi iş organizasyonu içerisinde görülen bir iş olması nedeniyle asıl işle bağlantılı olduğu ve bağımlılık ilişkisi kurduğu kabul edilmektedir. Örneğin; yürütülen asıl işin ahşap doğrama olduğu bir işyerinde, müşteri çevresini genişletmek amacıyla el ilanları basılması, her ne kadar asıl işle doğrudan bağlantılı olmasa dahi, hem dolaylı da olsa bir bağlantının varlığı hem de aynı organizasyon çerçevesinde bu işin görülmesi, bağımlılık ilişkisinin kurulduğuna dair bir karine teşkil etmektedir.

Geçici (ödünç) iş ilişkisi, çalışanın yürütülen işle ilgisi olması gerekmeyen bir işi, işyeri dışında gerçekleştirmesi, buna karşılık çalışanın yine de “işçi (bağımlı çalışan)” olarak değerlendirilmesi bakımından bir istisnâ hal ortaya çıkarmaktadır³⁶³.

Geçici (ödünç) iş ilişkisinde işçi, geçici olarak çalıştığı işyerinde, o işyerinin sahibi olan işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak çalışmak zorundadır³⁶⁴. Yapılan işin ödünç veren işverenin işyerinde yapılan işle aynı veya benzer olma gibi bir zorunluluğu da bulunmamaktadır. Geçici olarak işçiyi devralan işveren, işin ve işyerinin gerekleri doğrultusunda işçiyi istediği işte çalıştırabilecektir. Böylesi bir varsayımda, çalışılan yer veya yapılan işin işyerinde yürütülen işle ilgisi, değerlendirmenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için yeterli olmayacaktır. Bu durumda, iş ilişkisinin sürekliliği ölçütü gündeme gelecektir. Zira her ne kadar işçi başka bir işyerinde ve farklı bir işte çalışıyor olsa da, geçici

³⁶¹ Niebler/Meier/Dubber, **a.g.e.**, s. 39. Süzek, **a.g.e.**, s. 176.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 119.

³⁶² BAG 20.01.2010 5 AZR 99/09, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-03-23/5_AZR_99-09.pdf, (Çevrimiçi), 06.02.2017.

³⁶³ Soyut-somut işveren ayrımı yardımıyla açıklanabilecek bu durum, bağımlılık unsurunun klasik iş sözleşmesindeki bağımlılık unsurundan farklı da olsa, devam etmesine imkân sağlamaktadır. Geçici iş ilişkisi gibi, emir ve talimat verme yetkisi ile edimin ifasını talep etme hakkının farklı işverenlerde bulunduğu iş ilişkilerinde, edimin ifasını talep etme hakkını elinde tutan işveren soyut işveren; en üst düzey emir ve talimat verme yetkisini elinde bulunduran işveren de somut işveren olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Süleyman Başterzi, “Türk İş Hukukunda İşveren”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 17, Mart, 2010, s. 18.

³⁶⁴ Thüsing/Laux/Lembke, **a.g.e.**, s. 53.; Ercan Akyiğit, **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1995, s.137.

iş ilişkisi, devamlı olmayacağı hususunda açık irade beyanlarının bulunduğu(ev işleri ve mevsimlik tarım işleri hariç) bir hukuki ilişkidir. Netice olarak, geçici iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen çalışanların, kendilerini geçici süreyle devreden işverene bağımlı oldukları ve “işçi” oldukları hususunda tereddüt bulunmamaktadır³⁶⁵.

4. İlişkinin Sürekliliği

Süreklilik, iş sözleşmesinin ayırt edici özelliklerinden bir tanesidir³⁶⁶. İş sözleşmesini eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırmak amacıyla yargı kararlarında da çokça başvurulmaktadır³⁶⁷. Süreklilik ile kastedilen, iş sözleşmesinin sonsuza kadar devam etmesi değil, sözleşme yürürlükte olduğu müddetçe tarafların karşılıklı olarak borç ve yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olmalarıdır³⁶⁸. Bu sayede, belirli bir süre sınırının konulduğu, konusunu iş görme borcunun oluşturduğu sözleşmeler de iş sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir³⁶⁹.

Karışıklığa sebebiyet vermemek için şu hususun açıklanması gerekmektedir: söz konusu olan iş ilişkisinin mi yoksa iş sözleşmesinin mi sürekliliğidir? Şayet iş ilişkisinin sürekliliğinden bahsedilecek olursa, çalışanın iş sözleşmesi herhangi bir sebeple sona erse, fakat hemen ardından konusu iş görme borcu olan başka bir sözleşmeyle iş ilişkisi devam

³⁶⁵ Geçici iş ilişkisinin hizmet akdi kapsamında gerçekleşmediği yönünde görüş için bkz. Akyiğit, **a.g.e.**, s. 121-123. Alman Federal İş Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, Alman Kızıl Haç örgütünde çalışan “hemşire”lerin üniversite hastanelerinde ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışmalarının, Kızıl Haç ile hemşireler arasında bir iş ilişkisi doğurmadığına hükmetmiştir. Buna dayanak olarak da, hemşirelerin Kızıl Haç örgütünde bağımlı çalışan olarak değil de, “üye” olarak faaliyette bulunmalarını göstermiştir. Bkz. BAG 18.03.2015 7 ABR 42/12, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-08-17/7_ABR_42-12.pdf, (Çevrimiçi), 06.02.2017.

³⁶⁶ Zucco, a.g.m., s. 603.

³⁶⁷ Yarg. 9. HD. 2016/12461 E. 2016/13666 K. Tarih: 07.07.2016; Yarg. 20. HD. 2016/3981 E.. 2016/6136 K Tarih: 31.05.2016, <http://www.kazanci.com>, (Çevrimiçi), 06.02.2017.

³⁶⁸ Gregory M. Feary, “Independent Contractor Employment Classification: A Survey of State and Federal Laws in the Motor Carrier Industry”, **Transportation Law Journal**, C. 35, 2008, s. 148.

³⁶⁹ Faruk Baştürk, “Teknik Direktör ve Antrenörlerin Hukuki Durumu”, **Legal İHSGHD**, S. 6, 2005, s. 604.; EuGH 06.11.2003 NZA 2004, 88.

ettirirse de, çalışanın işverene bağımlılığı sona erecek, dolayısıyla “işçi” lik vasfı da ortadan kalkacaktır. Netice olarak da çelişkili bir durum ortaya çıkacaktır.

Bu hususta söz konusu çelişkiyi önlemek için dikkate alınması gereken, sözleşmenin sürekliliğidir³⁷⁰. Zira iş sözleşmesi sona erdiğinde iş ilişkisi tesisini sağlayan yeni bir sözleşme yapılırsa dahi, artık iş hukuku kapsamında bir bağımlılıktan söz edilemeyecektir. Ayrıca hukuki statü bakımından da bir değişiklik ortaya çıkacak, bağımlılık unsurunun mevcut olup olmadığına bakılmaksızın, çalışan artık “işçi” olarak değerlendirilemeyecektir³⁷¹. Tabii ki her olay için göz önünde bulundurulması gereken hal ve şartlar farklılaşabilecektir, fakat sözleşmenin sürekliliğinin dikkate alınması sayesinde daha kapsayıcı ve genel geçer bir çözüme ulaşılması mümkün olacaktır³⁷².

Vasıflı çalışanların ve vasıfsız çalışanların tekrarlayan çalışmalarının bir bağımlılık ilişkisi doğurup doğurmadığının tespitinde de süreklilik ölçütünden faydalanılmaktadır. Tekrarlayan çalışmalar, (örneğin bir noterin sürekli olarak almanca çevirileri için aynı yeminli tercümanla çalışması) çalışanların, özellikle de vasıfsız çalışanların, haklarının korunması açısından önemlidir. Vasıfsız bir çalışanın iş sözleşmesi haricinde sürekli olarak işe çağırılması, onun bağımlı çalışan olduğu yönünde bir karine teşkil edecektir. Zira vasıfsız çalışanların iş sözleşmesi haricindeki iş ilişkileri kapsamında tekrarlayan surette çalıştırılmaları, hem hayatın olağan akışına aykırıdır hem de iş hukukunun işçiyi koruma amacına ters düşmektedir.

³⁷⁰ Niebler/Meier/Dubber, **a.g.e.**, s. 40.

³⁷¹ Burada kastedilen, iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte hukuken “işçi” lik vasfının sona ermesidir. Zira kural olarak iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte bağımlılık ilişkisinin de sona ermesi gerekir; görünürde iş sözleşmesinin sona erdiği, fakat sona eren sözleşme kapsamında kurulan iş ve bağımlılık ilişkisinin devam ettiği durumlarda resmiyette işçilik vasfı sona erse dahi, esasında ortada bir muvazaa olduğundan bahsedilecektir. Nitekim İş Kanunu’nda alt işverenlik ilişkisinin işyerinde eskiden çalışmış bir işçiyle kurulması halinde bu ilişkinin geçersiz olduğu ve çalışanın sözleşmesi sona ermemiş gibi değerlendirilmesi, dolayısıyla işçilik vasfının da ortadan kalkmadığının kabul edilmesi de bu durumun bir yansımasıdır. Detaylı bilgi için bkz. Talat Canbolat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkileri**, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 28-31.; Özge Ayan, “Türk İş Hukuku’nda Alt İşverenlik İlişkisi”, **Legal İHSGHD**, C. 3, S. 10, 2006, s. 526-528.

³⁷² Leibowicz, a.g.m., s. 49.

5. İşin Belirli Bir Kişi Tarafından İfa Edilmesi

Kişisellik (şahsîlik) özelliği, iş sözleşmesinin en temel özelliklerinden biri olmanın yanında, işçinin de temel borçlarından birisidir. İşçi, iş sözleşmesiyle ifa borcu altına girdiği işi bizzat yerine getirmelidir. Tabii ki tarafların kendi aralarında anlaşmaları halinde işçinin ifa yardımcıları kullanması mümkündür, fakat esas olan iş görme borcunun bizzat sözleşmenin tarafı olan işçi tarafından ifa edilmesidir³⁷³. Ancak bağımlılık ilişkisi kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, şahsîlik özelliğinin bağımlı bir hukuki ilişki kurmakla birlikte, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt etmede çok da etkili olduğu söylenemeyecektir. Zira vekâlet ve eser sözleşmelerinde de kural, iş görme borcunun sözleşmenin tarafı olan vekil veya müteahhit eliyle ifa edilmesidir.

Kişisellik özelliği, taraflar arasında karşılıklı bir bağımlılık kurulmasına katkıda bulunmaktadır. Zira işçi bakımından işverenin kişiliği ne kadar önemli ise, işveren bakımından işçinin kişiliği de bir o kadar, hatta bazı durumlarda daha da önemlidir. İşveren, herhangi bir kişiyle değil, aradığı özellikleri taşıyan kişiyle/kişilerle iş sözleşmesi akdetmektedir. Bu özellikleri taşıyan kişiler bazı hallerde o kadar az miktarda olmaktadır ki, işveren hem bu kişileri bulurken hem de elinde tutarken büyük fedakârlıkta bulunmak zorunda kalmaktadır. Özellikle yüksek vasıflı işçiler bakımından söz konusu olan bu durumda işçi, piyasada kendisine talep fazla olduğundan, rahatlıkla iş değiştirebilmektedir. Buna karşılık işveren bu işçisini kaybedince önemli maddi kayıplara uğramaktadır. Böylesi durumlarda, işverenin işçiye olan bağımlılığı daha ön plana çıkmaktadır.

³⁷³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 264.

6. Yönetim Yetkisinin Kimde Olduğu

İşçiyi yönetme (istihdam ve idare etme), işveren olmanın temel niteliklerindedir³⁷⁴. İşçi olarak çalışan bir kimse, bir işverene bağlı olarak onun emir ve talimatları doğrultusunda iş görmeyi kabul etmiştir³⁷⁵. Zira işverenlik, birtakım ekonomik ve işletmesel risklere katlanmayı ve belirli bir seviyede birikim sahibi olmayı gerektirmektedir³⁷⁶.

İş sözleşmesinde; istihdam edilmeyi ve karşı tarafın emir ve talimatlarına uyarak iş görmeyi kabul eden taraf işçi olarak adlandırılırken diğer taraf da işveren olarak adlandırılmaktadır³⁷⁷. Buna karşılık uluslararası alanda faaliyet gösteren şirketler ve holdingler, artık tek bir işveren tarafından değil, pek çok üyenin bulunduğu icra kurulları tarafından yönetilmektedir. Ayrıca, istihdam edilen işçi sayısının fazlalığı sebebiyle işverene ait olan istihdam etme ile emir ve talimat verme yetkileri iş bölümü yapılarak yine işçi konumunda olan kimselere verilebilmektedir. Doğal olarak, kimin işçi, kimin işveren olduğunu belirlemek de zorlaşmaktadır.

Şirketlerin ve holdinglerin insan kaynakları birimlerinin yöneticileri, hem kendi birimlerinde bulunan işçilere emir ve talimat verme, yani idare etme hem de çoğunlukla işçi istihdam etme ve gerektiğinde de fesih veya diğer yollara başvurarak işçiyi işten çıkarma yetkisini haiz kimselerdir. Buna karşılık, işveren vekilleri ne İş Kanunu'nda ne de diğer kanunlarda işveren olarak kabul edilmemektedirler. Hâlbuki işçi istihdam ve idare etme yetkilerinin her ikisine de sahip bulunmaktadırlar.

Sorunun hukuki açıdan izahı şu şekilde yapılmaktadır; her ne kadar işveren vekilleri söz konusu yetkileri haiz olsalar da, esasında bu yetkileri işveren tarafından gerekli ve uygun görüldüğü müddetçe kullanma hakkına sahiptirler. Dolayısıyla, iş ilişkisinden ve sözleşmeden kaynaklanan bir durum söz konusu değildir. Ancak bahse konu yetkileri kullanan bir kimsenin işveren olarak değerlendirilebilmesi için, başka bir kimsenin onayına

³⁷⁴ Zucco, a.g.m., s. 602.; Leibowicz, a.g.m., s. 49.

³⁷⁵ LAG Niedersachsen 28.01.2003 NZA 2004, 550.

³⁷⁶ Rathod/Skapski, s. 160.

³⁷⁷ Kramer, a.g.e., s. 24.; Brustein, a.g.m., s. 700.

ihtiyaç duymaması gerekmektedir³⁷⁸. Bu sebeptendir ki, işveren vekillerinin bağımlılık ilişkilerinin göz ardı edilip yalnızca bu yetkileri kullanmalarından ötürü işveren olarak değerlendirilmeleri mümkün değildir. Maalesef Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda istikrarlı bir şekilde, ücreti kişinin kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırılmasını, bağımlılık ilişkisinin var olmadığına dair bir karine olarak görmektedir³⁷⁹. “Ücreti kendisi tarafından ödenen” ibaresi, yanıltıcı bir durum ortaya çıkartmaktadır. Zira tek bir iş sahibi/müvekkil için iş gören bir acentenin/müteahhidin/vekilin vb. bu işi ifa etmek için yardımcı eleman çalıştırması ve bunların ücretini de kendisi ödemesi halinde Yargıtay’a göre acentenin/müteahhidin/vekilin bağımlı çalışan olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Hâlbuki ücreti kimin ödediğinin yanında, iş yapılırken kimin emir ve talimatları doğrultusunda hareket edildiğine ve ekonomik bağımlılığın bulunup bulunmadığına, dolayısıyla da yönetim yetkisinin esas itibarıyla kimde olduğuna da bakılması gerekmektedir. Bu sayede görünürde birbirinden farklı tüzel kişiliklere sahip veya birbiriyle organik ve hiyerarşik bağı olmayan şirketlerin/kişilerin de aralarındaki ilişkinin esas mahiyeti anlaşılabilir ve hukuki değerlendirmeler daha doğru bir şekilde yapılabilir. Esasında Yargıtay’ın bu türden değerlendirmeleri yapmadığını ifade etmek de doğru olmayacaktır. Nitekim 9. Hukuk Dairesi’nin vermiş olduğu başka bir kararda, bağımlılık ilişkisinin tespiti isteyen davacının, ücreti kendisi yardımcı eleman çalıştırmanın yanı sıra; emir ve talimatları kimden aldığı, işini kaybetme riski olmaksızın görevi reddetme hakkının varlığı ve farklı iş organizasyonlarının bulunması hususlarını da göz önünde bulundurarak, davacının ekonomik ve teknik bakımdan davalıya bağımlı olmasına rağmen, tarafların arasında kişisel ve hukuki bağımlılığın bulunmaması sebebiyle, davacının işçi/bağımlı çalışan olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir³⁸⁰.

³⁷⁸ BAG 12.12.2001 NZA 2002, 788.

³⁷⁹ Yarg. 9. HD. 2012/5387 E., 2014/11477 K., Tarih: 07.04.2014, www.karararama.yargitay.gov.tr./YargitayBilgiBankasistemciWeb/, (Çevrimiçi), 03.04.2019.

³⁸⁰ Yarg. 9. HD. 2008/876 E., 2009/20602 K., Tarih: 13.07.2009, www.karararama.yargitay.gov.tr./YargitayBilgiBankasistemciWeb/, (Çevrimiçi), 03.04.2019.

Netice olarak, söz konusu yetkilerin kimin kullanımında olduğuna bakılarak yapılacak bir değerlendirme her zaman doğru sonuçlara ulaşmayı sağlayamayacaktır. Ancak yetkilerin esasında kimde olduğu göz önüne alınarak yapılacak değerlendirme daha sağlıklı olacaktır³⁸¹.

7. Çalışma Süreleri

Doktrinde, zaman unsurunun bağımlılık ilişkisi bakımından belirleyici olduğu ifade edilmektedir³⁸². Yargı kararlarında da, bir çalışanın bağımlılığını belirlemek için, zaman ölçütü öncelikli olarak dikkate alınır³⁸³. Zira zaman unsuru, sürekli bir hukuki ilişkinin tesisini sağlamak bakımından ilk adımı oluşturmaktadır. Nitekim iş sözleşmesinin modern zamana kadarki gelişimine bakıldığında tam zamanlı çalışmanın işçilik vasfı bakımından mecburi olduğu kabul edilmiştir³⁸⁴.

Çalışma ve üretim yöntemlerinin değişimi, çalışma saatlerinin bağımlılıkla olan ilişkisinde de değişimlere yol açmıştır³⁸⁵. Tam zamanlı çalışan oranının her geçen gün daha da azaldığı modern çalışma hayatında³⁸⁶ kısmi süreli iş sözleşmeleriyle çalışanların hukuki statüsünün ne olacağı sorusu ortaya çıkmıştır. Aynı şekilde, çalışma saatlerinin önceden kararlaştırılmadığı çağrı üzerine çalışma ve sıfır saat çalışma gibi modellerde belirli bir çalışma süresi bulunmamaktadır. Hatta bazı çalışma türlerinde, hiç çalışılmasa dahi

³⁸¹ Brustein, a.g.m., s. 700.; BAG 27.09.2012 https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-01-22/2_AZR_838-11.pdf, (Çevrimiçi), 12.02.2018.

³⁸² Hohmeister/Goretzki, **a.g.e.**, s. 39.; Kramer, **a.g.e.**, s. 19.

³⁸³ De Haas, a.g.m., s. 485.; Yarg. HGK 2009/21-249E., 2009/291K., Tarih:24.06.2009.;Yarg. 21. HD. 2009/1927 E., 2010/955 K., Tarih: 08.02.2010.; Yarg. 10. HD. 2006/5359 E., 2006/11340 K., Tarih: 21.09.2006.<http://www.kazanci.com>, (Çevrimiçi), 12.02.2017.

³⁸⁴ **A.e.**, s. 20.; Hromadka,“Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes”,s. 838.; Leibowicz, a.g.m., s. 49.

³⁸⁵ Sümer, a.g.m., s. 70.

³⁸⁶ Möller, a.g.m., s. 115-116.

ücrete hak kazanılmakta ve çalışan kişi ile işveren arasında bağımlılık ilişkisi kurulduğu kabul edilmekte, işçi sıfatı kazanılmaktadır³⁸⁷.

Çalışma zamanının bağımlılık oluşturmadaki rolü esas itibarıyla zamanın uzunluğu ile ilgili değildir. Önemli olan, kararlaştırılan süre içerisinde çalışanın yalnızca bir işverenin işini yapması, onun emir ve talimatlarıyla bağlı olması ve çalışma saatlerini belirleme hakkını kimin elinde bulundurduğudur³⁸⁸. Belirlenen süre dolduktan sonra başka bir işveren için iş görülmesi, diğer işverenle olan bağımlılık ilişkisinin sona ermesine, ortadan kalkmasına yol açmaktadır³⁸⁹. Yargıtay da, çalışma süreleri içerisinde yalnızca bir işverenin işlerini ifa etmeyi bağımlılık unsurunun varlığına dair bir karine olarak değerlendirmektedir. 22. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararda, Avukatlık Kanunu'na dayanarak özel bir firmanın avukatlığını yapan davacının, kıdem tazminatı ve ücret eklerine ilişkin ödemeleri talep ettiği uyuşmazlıkta; avukatın kendi yazıhanesinin olup olmadığı, iş takibi yapıp yapmadığı, bazı işleri tevkil yetkisine dayanarak başka avukatlara bırakıp bırakmadığı hususlarını, yani özü itibarıyla çalışma süresinin tamamını davalı şirkete tahsis edip etmediğini dikkate almış ve bu hususlar dikkate alınmadan verilen ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur³⁹⁰. Ancak bu durumun da istisnaları mevcuttur. Vasıflı çalışanlar söz konusu olduğunda ortaya çıkan istisnalar, teknolojik gelişmelerin bir neticesidir. Örneğin, kendi işvereninden başka kimselere de aynı hizmeti veren ve bu faaliyetlerinden de gelir elde eden “borsa simsarı (broker)” olarak tabir edilen kimseler, genellikle bir şirket bünyesinde, bağımlı çalışan olarak faaliyet göstermektedirler. Hem yaptıkları işin yüksek vasıf gerektirmesi hem de nüfuslarının az olması sebebiyle genellikle yüksek ücretler alan borsa simsarları, işverenlerin ellerinde tutmak istedikleri, bu amaçla da başka işverenlerin

³⁸⁷ Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde işveren işçiyi sözleşmeyle kararlaştırılan süre içerisinde işe çağırmış, fakat çalıştırmamış olsa dahi işçi günlük dört saat ve haftalık 20 saat çalıştırılmış kabul edilerek bu süreler üzerinden ücrete hak kazanacaktır.

³⁸⁸ Mansel, a.g.m., s. 857.; Zucco, a.g.m., s. 603.; BAG 15.12.1999 NZA 2000, 447.; BAG 15.12.1999 NZA 2000, 481.; BAG 27.06.2017 9 AZR 851/16, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesforum/bag/2017/2017-09-15/9_AZR_851-16.pdf, (Çevrimiçi), 09.03.2019.

³⁸⁹ Kramer, a.g.e., s. 20.

³⁹⁰ Yarg. 22. HD. 2014/5903 E., 2014/7084 K., Tarih: 07.04.2014, www.karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/, (Çevrimiçi), 03.04.2019.

de işlerini görmeleri ve zamanlarını onlara da tahsis etmeleri hususunda özgürlük tanıdıkları çalışanlardır. Yalnızca zaman ölçütü bakımından değerlendirildiğinde bu kimselerin bağımlı çalışan olarak değerlendirilmeleri mümkün olmayacak, diğer ölçütlerin de dikkate alınması gerekecektir³⁹¹. Fakat çalışma süresi içerisinde tek bir işveren için çalışılması halinde zaman ölçütünün şartlarının yerine getirildiği ve bağımlılık ilişkisinin varlığı kabul edilmektedir.

Çalışma saatlerinin önem arz ettiği bir diğer nokta da, işverenlerin bağımlı çalışan ve bağımsız çalışan kavramlarını yanlış değerlendirmeleri/sınıflandırmaları sebebiyle, çalışanın fazla çalışması karşılığında elde edeceği hakların kendisine verilmemesi hususudur. Amerikan Yüksek Mahkemesi, böylesi durumlarda, söz konusu hatalı sınıflandırmanın yasaya aykırı bir davranış olarak değerlendirileceğini, çalışanın başından itibaren işçi olarak çalıştığının varsayılacağını ve işverenin birtakım cezai yükümlülüklere katlanmak zorunda kalacağını hükme bağlamıştır³⁹².

8. Çalışma Yeri

Çalışma yeri veya işin ifa edildiği yer, bir hukuki ilişkinin iş ilişkisi olup olmadığının ve dolayısıyla da bağımlılık ilişkisinin varlığının tespiti bakımından göz önünde bulundurulması gereken önemli bir ölçüttür³⁹³. Çalışanın işi nerede ifa ettiği, işin ifa edildiği yeri kendisinin belirleme hak ve yetkisinin bulunup bulunmadığı, işin ifa edildiği yerin işverenin iş organizasyonu ile bağlantısının olup olmadığı hususları, bağımlılık derecesinin varlığı ve tespiti noktasında dikkate alınmaktadır³⁹⁴.

³⁹¹ BAG 15.12.1999 NZA 2000, 1162.

³⁹² Brock v. Superior Care, Inc., 840 F.2d 1054 (2d Cir. 1988), <https://openjurist.org/840/f2d/1054/brock-v-superior-care-inc>, (Çevrimiçi), 11.03.2019.; Jane P. Kwak, “Employees versus Independent Contractors: Why States Should not Enact Statutes that Target the Construction Industry”, **Journal of Legislation**, C. 39, 2012-2013, s. 307.

³⁹³ Preis, a.g.m., s. 1520.; BAG 17.04.2013 NZA 2013, 904.

³⁹⁴ Park, a.g.e., s. 38.; Schoukens/Barrio, a.g.m., s. 309.

Şayet çalışan, işverenin belirlediği yerde ve onun iş organizasyonuna dâhil olmak suretiyle işini ifa ediyorsa, bu durum onun bağımlı çalışan olduğu noktasında önemli bir karine teşkil edecektir³⁹⁵. Aksi halde ise, yani çalışanın işverene ait olmayan veya onun tarafından belirlenmemiş bir yerde işini ifa etmesi halinde, bağımlı bir hukuki ilişkinin varlığından bahsetmek zorlaşacaktır. Ancak, günümüzde bazı atipik iş ilişkilerinde görüldüğü üzere, işverence herhangi bir surette belirlenmeyen ve çalışanın kendi arzu ve isteğine göre tespit ettiği herhangi bir mekânda işin ifa edilebilmesi mümkün olmaktadır³⁹⁶. Özellikle “tele çalışma” ilişkisinde bariz bir şekilde görülen bu durum, çalışma yeri ölçütünün artık yalnızca fiziki mekân olarak algılanmaktan çıkıp “sanal mekânlar” kavramının da bu ölçüt kapsamına dâhil edilmesini gerekli kılmaktadır. Zira her ne kadar çalışanlar, fiziki olarak işyerinin dışında olsalar da, internet ağları veya hücrel ağlar sayesinde, esas itibarıyla işyeri kavramının kapsamı günümüzde çok daha genişlemiştir³⁹⁷.

Netice olarak, çalışanların bağımlılık dereceleri tespit edilirken çalışma yeri ölçütüne klasik iş ilikisindeki anlayıştan farklı olarak, yalnızca fiziki bağımlılık çerçevesinde değil,

³⁹⁵ Michele Tiraboschi, Maurizio Del Conte, “Employment Contract: Disputes on Definition in the Changing Italian Labour Law”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 155.

³⁹⁶ Rolf Wank, **Telearbeit**, Heidelberg, Forkel, 1997, s. 47. Türk İş Hukuku mevzuatı bakımından değerlendirildiğinde; işin bu türden yerlerde, özellikle de başka bir işverene ait olan yerlerde ifa edilmesi halinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alma yükümlülüğünün kimin üzerinde olacağı hususu bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, her işverenin kendi işyerinden sorumlu olduğu gerçeğinden yola çıkılırsa, işini başka bir yerde ifa eden işçinin işverenin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alma yükümlülüğünün geçici bir süreyle de olsa ortadan kalktığından bahsetmek gerekecektir ki, böylesi bir yorum kanuna aykırı olacaktır. İşverenin işçisi nerede olursa olsun her türlü tedbiri alması gerektiği ileri sürülürse de, işveren başka bir işverenin işyerine müdahale edemeyeceğinden, işverenin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alması söz konusu olmayacaktır. Netice olarak; kanuni düzenlemelerin, esnek çalışma modelleri neticesinde ortaya çıkan iş ilişkilerine henüz yeterince uyum sağlayamadığı rahatlıkla ifade edilebilecektir.

³⁹⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 195-196.; Süzek, **a.g.e.**, s. 270.; Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru üzerine Bir Deneme”, s. 120.

çağın gerektirdiği ve teknolojik imkânlar neticesinde ortaya çıkan yeni bakış açıları çerçevesinde, çalışma zamanı ve işyerinde gerçekleştirilen asıl işle bağlantı da dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir³⁹⁸.

9. İşyeri Düzeni

İşin bir işveren tarafından belirlenen usul ve esaslarda onun istediği düzen içerisinde yapılması, bağımlılığın tespitinde dikkate alınmaktadır³⁹⁹. İşçinin iş görme borcu, diğer iş görme borcu doğuran ilişkilerden farklı olarak, bir sonuç borcu değildir⁴⁰⁰. İşçi, sonuçtan değil, süreçten sorumludur. Süreçte önemli olan ise, işveren tarafından belirlenen düzen dâhilinde faaliyette bulunmaktır.

İşyeri düzeni, bağımsız çalışan ile bağımlı çalışan arasındaki temel farklılıklardan birini oluşturmaktadır⁴⁰¹. Bağımsız çalışan bir kimse, kendi belirlediği ve istediği an herhangi bir kimsenin onayına ihtiyaç duymadan değiştirebileceği usul ve esaslar çerçevesinde iş görebilmektedir⁴⁰². Oysaki bağımlı çalışanın, işverenin belirlediği düzen (işyeri düzeni, iş/işyeri organizasyonu, üretim yönetimi) dışına çıkması halinde birtakım yaptırımlarla karşılaşması söz konusu olacaktır.

Uyulması gereken belirli bir düzenin varlığı, aynı zamanda iş güvencesi sağlaması bakımından da kimin bağımlı çalışan kimin bağımsız çalışan olduğunu tespit etmeyi kolaylaştırmaktadır⁴⁰³. Zira her ne kadar bağımlı çalışan, işverence belirlenen işyeri içeri-

³⁹⁸ Thüsing/Laux/Lembke, **a.g.e.**, s. 55.

³⁹⁹ Mansel, a.g.m., s. 857.; F.J. Canty, "Independent Contractor or Employee?", **Insurance Counsel Journal**, Temmuz, 1950, s. 253.; Yarg. 9. HD. 2016/21479 E., 2016/20630 K., Tarih: 22.11.2016.; Yarg. 9. HD. 2016/20798 E. 2016/18086 K., Tarih: 18.10.2016, www.karararama.yargitay.gov.tr./yargitayBilgiBankasiustemciWeb/pf/sorgula.xhtml, (Çevrimiçi), 03.04.2019; BAG 25.09.2013 10 AZR 282/12, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-04-09/10_AZR_282-12.pdf, (Çevrimiçi), 16.02.2017.

⁴⁰⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 408.

⁴⁰¹ Zucco, a.g.m., s. 603.

⁴⁰² Süzek, **a.g.e.**, s. 225.

⁴⁰³ Harned/Kryda/Milito, a.g.m., s. 105.

sinde faaliyetlerini sürdürmek zorunda ise de, belirlenmiş olan düzenin değiştirilmesi bakımından onun da onayı gereklidir⁴⁰⁴. Örneğin, işyerinde mevcut bulunan makineleri kullanarak üretim yapan bir işçiden, işyeri dışında ve gerekli olan makineleri kullanmadan aynı kalite ve miktarda üretim yapmasının veya bilgisayar başında iş görmek üzere kendisiyle anlaşmış bir işçiden ev ev dolaşarak pazarlamacılık yapmasının istenmesi halinde çalışma koşullarının önemli ölçüde değiştiğinden bahsedilecektir. Bunun gerçekleştirilebilmesi için de ilgili işçinin onayına ihtiyaç duyulacaktır. Oysaki bağımsız çalışan için böyle bir durum söz konusu değildir. Bağımsız çalışan, gerekli gördüğü her anda gerekli değişiklikleri kimsenin onayına ve işten çıkartılma tehdidi olmadan yapabilecektir⁴⁰⁵.

10. Hesap Verme

Konusu iş görme borcu olan her sözleşmede işi yapmakla yükümlü olan tarafın hesap verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durum, akdî ilişkinin tabiatından kaynaklanmaktadır. Zira ortada ifa edilmesi gereken bir borç ve söz konusu borcun ifasını isteyen ve borcun ifasında menfaati bulunan bir alacaklı mevcuttur. Ancak söz konusu hesap verme yükümlülüğü her sözleşme türünde farklı derecede bulunmaktadır.

Eser sözleşmesinde müteahhidin sorumluluğu eserin istenilen özelliklere uygun olarak ortaya çıkartılmasıdır. Eser kararlaştırılan şekilde imal edildiği anda müteahhit, borcunu yerine getirmiş kabul edilmektedir⁴⁰⁶. Vekâlet sözleşmesinde de aynı doğrultuda hükümler bulunmaktadır. Nitekim her ne kadar vekil, müvekkilin açık talimatlarıyla bağlı

⁴⁰⁴ Gülsevil Alpagut, “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, **Bankacılar Dergisi**, S. 65, 2008, s.107.; Ufuk Aydın, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi”, **Sicil**, S. 23, 2011, s. 22.

⁴⁰⁵ Mia Rönmar, “Mechanisms for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment in Sweden”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, 2004, s. 99.

⁴⁰⁶ Müteahhidin eserin mülkiyetini iş sahibine geçirme borcunun bulunup bulunmadığı açık değildir. Eser sözleşmesindeki mülkiyeti geçirme borcunun, satış sözleşmesi hükümlerinden yola çıkılarak kıyasen tesis edildiği kabul edilmektedir. Bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 1020-1021.

olsa dahi, bu talimatların dışına çıkarak işlemleri yapması halinde, ortaya bir zarar çıkmadığı müddetçe sorumlu olmayacak ve borcuna aykırı davranmış olmayacaktır⁴⁰⁷.

Oysaki iş sözleşmesinde işçi, süreçten sorumlu olduğu için, ortaya herhangi bir zarar çıkmasa hatta işverenin kâr elde etmesini sağlasa dahi, onun belirlemiş olduğu usul ve esaslar çerçevesinde hareket etmediği zaman borca aykırı davranmış olacaktır. Zira iş sözleşmesinde, belirli bir işyeri ve uyulması gereken kurallar mevcuttur. Kuralların süreklilik arz eden yapılarda söz konusu olacağından hareketle, kurallara uyma borcunun da sürekli olduğu ifade edilebilecektir.

İşçinin hesap verme borcunun sürekliliği, işçinin iş görme borcunun sonuç üzerinden değerlendirilmemesine dayanmaktadır. Diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi, bir eserin veya hizmetin ifa edilmesiyle işçinin borcu sona ermeyecektir. Aksine, tekrarlayan bir biçimde işçi devamlı olarak kendisine verilen işi yapmakla yükümlüdür.

11. Ücretin Belirlenme Yöntemi ve Ödenme Zamanı

Ücret, işçinin yaptığı iş karşılığı elde ettiği kazançtır. Kural olarak, işçi çalışmadığı zaman ücrete hak kazanamaz. Bu sebeple işçinin ücreti, çalışmasını bitirmesi sonrasında ödenir⁴⁰⁸. Ancak iş ilişkisi, belirli bir işin yapılmasıyla sona eren bir ilişki değildir, süreklidir. Dolayısıyla ücrete ne zaman hak kazanılacağı veya ücretin ne zaman ve ne şekilde ödeneceği hususu yalnızca bu kuraldan yola çıkılarak belirlenemeyecektir.

İş Kanunu'nda ücrete ne zaman hak kazanılacağı belirlenmiş olmakla birlikte, ücretin ne zaman ve ne şekilde ödeneceği taraflara bırakılmıştır. Bir işyeri uygulamasına veya örf-adet kuralına bırakılabileceği gibi, kendilerine uygun olan herhangi bir zamanı da kararlaştırabilirler⁴⁰⁹. Nitekim uygulamada ayın başında ortasında veya sonunda ödeme yaygın olarak tercih edilmektedir.

⁴⁰⁷ A.e., s. 1023.

⁴⁰⁸ Preis, a.g.e., s. 399; G. Çağlar Çopuroğlu, "Ücretin Korunması", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 93-94.

⁴⁰⁹ Preis, a.g.e., s. 399; Çopuroğlu, a.g.e., s. 93-94.

Ücrete hak kazanılması ve ödenme zamanı konusundaki muğlaklığın tarafların iradeleri dikkate alınarak çözülmesi usulü, ücretin şekli hususunda da tercih edilmektedir. Bilindiği üzere, ücretin belirlenmesi hususunda bir takım yöntemler bulunmaktadır (Zamana göre, götürü usulü, yüzde usulü, iş sonucundan pay alma). Söz konusu yöntemlerin hangisinin seçileceği tarafların iradesine bağlı bulunmaktadır. Bununla birlikte kural, ücretin yapılan işin sonucunda en geç ayda bir olmak üzere ve para cinsinden ödenmesidir⁴¹⁰.

Her ne kadar ödeme şekli önemli bir ölçüt olsa da, aynı zamanda bağımlılık ilişkisinin belirlenmesinde zorluklar yaşanmasına da sebep olabilmektedir. Nitekim ücretin götürü olarak belirlendiği hallerde, üretilen parça miktarı üzerinden ücretin hesap edilmesi sebebiyle eser sözleşmesiyle karıştırılması söz konusu olabilmektedir. Aynı şekilde, her ne kadar taraflar arasında bir iş sözleşmesi veya bağımlılık ilişkisi kurulması yönünde bir irade olmasa da, düzenli ve belirli miktarlarda ücret ödenmesi durumunda, hatalı olarak bağımlılık ilişkisi bulunduğu yönünde değerlendirmeleri de ortaya çıkarabilecektir⁴¹¹.

Ücretin şekli bakımından dikkate alınması gereken ve diğer iş görme sözleşmelerinden ayrışmasını sağlayan bir husus da, ücretin ödeneceği yer bakımından ortaya çıkmaktadır. İş sözleşmesinde ücret, sosyal koruma amacı güdülerek belirli bazı mekânlarda ödenmemektedir. Meyhane ve benzeri eğlence yerleri ve perakende mal satan dükkân ve mağazalarda buralarda çalışanlar hariç ücret ödenmesi mümkün değildir (İş K. m. 32/2). Buna karşılık diğer iş görme sözleşmelerinde bu tür bir kısıtlama söz konusu değildir. Taraflar kabul ettiği sürece ücret herhangi bir yer, zaman ve şekilde ödenebilmektedir.

Yüzde usulü ücret ödenen işyerlerinde paylaşım yapıldıktan sonra ödenen ücretin asgari ücret seviyesinden aşağıda kalması halinde eksik kalan miktarın işverence tamamlanması hususu da⁴¹², iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt etmektedir. Aynı şekilde,

⁴¹⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 193.; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, 302-303.

⁴¹¹ Niebler/Meier/Dubber, **a.g.e.**, s. 43.

⁴¹² İngiltere’de 2009 yılında yapılan bir değişiklikle, müşterilerden alınan bahşişlerin, asgari ücretin ödenmesi için kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Müşterilerin işçilere vermek üzere verdiği paranın işveren tarafından kullanılması ve kanunen işverenin yerine getirmek zorunda olduğu asgari ücretin altında ücret ödememe yükümlülüğünün dolanılması amacıyla kullanılmayacağı hükme bağlanmıştır. Einat

asgari ücret de iş sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt edilmesinde katkı sağlamaktadır. Asgari ücret, iş sözleşmesine özgü bir kavramdır. Diğer iş görme sözleşmelerinde tarafların birbirleri karşısında zayıf konumda olmaları gibi bir hususun söz konusu olmadığı, dolayısıyla da tarafların sosyal korunma ihtiyaçlarını kendilerinin sağlamaları gerektiği kabul edilmektedir. Oysaki iş sözleşmesinde işçinin sosyal bakımdan korunması amacıyla, yapmış olduğu iş ne olursa olsun, asgari ücretten daha düşük bir ücretle çalıştırılması mümkün değildir.

Tüm bunlara ek olarak esnekleşme akımının ve teknolojik gelişmelerin neticesinde, bağımlı hukuki ilişkinin tespiti bakımından ödeme şeklinin tek başına yeterli olmadığı ortaya çıkmıştır. Öyle ki para yerine geçen ödeme araçlarıyla (bitcoin vb.) internet üzerinden yapılan ödemeler⁴¹³, iş sözleşmesinin temel kurallarından birisi olarak zikredilen “ücretin para olarak ödenmesi” ni giderek geçersiz ve anlamsız kılmaktadır⁴¹⁴.

Ücretin ödenme zamanı da taraflar arasında bağımlılık ilişkisinin varlığını belirleme bakımından dikkate alınmalıdır. Belirli periyotlarla, belirli bir miktarda ödenen bir ücretin/meblağın bulunması, bağımlılık ilişkisinin ve iş sözleşmesinin tespiti bakımından önemli katkı sağlamaktadır⁴¹⁵. Zira diğer iş görme sözleşmelerinde, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ücret işin yapılması neticesinde ödenmektedir. Yargıtay da, ücretin ödenme şeklini, bağımlılık unsurunun varlığını belirlemede dikkate almaktadır. 9. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararında, vekâlet sözleşmesi kapsamında avukat olarak

Albin, “A Worker–Employer–Customer Triangle: The Case of Tips”, **Industrial Law Journal**, C. 40, S. 2, Haziran, 2011, 181-182.

⁴¹³ Detaylı bilgi için bkz. Burcu Zengin, Aybegüm Güngördü, “Elektronik Ödeme Sistemlerinin Olası Etkileri Üzerine Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 15/3, 2013, 129-150.

⁴¹⁴ Davidov, a.g.m., s. 67.

⁴¹⁵ Marc Linder, **The employment relationship in Anglo-American law: a historical perspective**, New York, Greenwood Press, 1989, s. 196.; Joo-Cheong Tham, “The Scope of Australian Labour Law and the Regulatory Challenges Posed by Self and Casual Employment”, *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 127.; Zucco, a.g.m., s. 603.; Feary, a.g.m., s. 153. Robert W. Wood, “Do’s and Don’ts When Using Independent Contractors”, **Business Law Today**, Haziran, s. 2011, s. 2.; Başterzi, “Avukatla Bağlıtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, s. 193

çalışan davacının emeğini sürekli bir şekilde davalının emrine arz etmesi yanında ücretini aylık olarak almasını da bağımlılık unsurunun varlığını tespit etmede dikkate almıştır⁴¹⁶. Ancak şu da göz önünde bulundurulmalıdır ki, diğer sözleşme türlerinde de iş hukukundaki esaslar göz önünde bulundurularak ücretin ödenme zamanının tespit edilmesi mümkündür. Örneğin eser sözleşmesinde veya vekâlet sözleşmesinde taraflar ücretin en geç ayda bir ödeneceğine dair bir anlaşmaya varabilirler. Yargıtay'ın söz konusu kararında da temel olarak ilişkinin süreklilik arz etmesini ve ücretin aylık olarak ödenmesini esas alması ve davacıyı işçi/bağımlı çalışan olarak belirlemesi, davacının yararına olmakla birlikte; bu türden bir değerlendirmenin her zaman için doğru sonuç vereceğini iddia etmek mümkün değildir. Her ne kadar ifade edilen ölçütler çalışanın hukuki statüsünü belirlemede önemli olsa da, bu ölçütlerin bulunduğu, fakat çalışanın emir ve talimatlara uyma yükümlülüğünün bulunmadığı bir ilişkide bağımlılığın varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bağımlılık unsurunun değerlendirildiği kararlarda, diğer ölçütlerin varlığının yanında öncelikli olarak emir ve talimatlara uyma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının dikkate alınması gereklidir.

Sonuç olarak, ücretin belirlenme yöntemlerini ve ödenme zamanını, bağımlılık ilişkisinin tespiti bakımından tek başına yeterli olarak kabul etmek mümkün değildir. Diğer ölçütler de göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirme, daha kesin sonuçlar elde etmeyi sağlayacaktır⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Yarg. 9. HD. 2015/13800 E., 2015/20315 K., Tarih: 03.06.2015, www.karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, (Çevrimiçi), 02.04.2019.

⁴¹⁷ BAG 20.01.2010 5 AZR 106/09, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-03-23/5_AZR_106-09.pdf, (Çevrimiçi), 20.02.2017.; BAG 21.07.2015 9 AZR 484/14, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-11-11/9_AZR_484-14.pdf, (Çevrimiçi), 20.02.2017.

12. İşin İfasına İlişkin Masrafların Kim Tarafından Ödendiği

Bir iş ifa edilirken pek çok masrafa katlanılması gerekmektedir⁴¹⁸. Yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla işyerinde veya işletmede çeşitli düzenlemelerin yapılması, işin ve işletmenin sürdürülebilmesi için bir takım tedbirlerin alınması ve girişimlerin yapılması, işveren bakımından “masraf” başlığı altında değerlendirilmektedir⁴¹⁹.

Ekonomik risk kategorisi altında incelenmesi mümkün olan masrafların kim tarafından karşılandığı hususu, iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt etmede yardımcı olan ölçütlerden biridir⁴²⁰. Bağımlı iş ilişkisinde kural, üretim için yapılması gereken masraflara işverenin katlanmasıdır. Zira ekonomik risk işverenin üzerindedir ve işin sonucundan menfaati olan kimse de girişimcidir⁴²¹.

İş sözleşmesi haricinde kalan konusu iş görme olan sözleşme türlerinde, işi yapan kişinin (müteahhit, vekil, iş aracısı vb.), işin sonucundan sorumlu olması hasebiyle, elde edeceği menfaat de işin sonucu üzerinden değerlendirilmektedir. Şayet ortaya çıkan iş, sözleşmede belirlenen şartları karşılamıyorsa veya istenilenden daha fazla karşılıyorsa, sözleşmeden kararlaştırılan bedel üzerinde indirim veya yükseltmeye gidilmesi mümkündür. Zira iş sonucunda ortaya eser/ürün/hizmet, öncelikli olarak onu ortaya çıkaran kişiye aittir, fakat kişinin söz konusu eserin/ürünün/hizmetin iş sahibine temlik edilmesi için ilâve maddî bir talepte bulunmayacağı zımnen kabul edilmektedir. Bunun sebebi ise, işi yapan kişinin, işi yaparken ortaya çıkan masraflara kendisinin katlanması, fakat bu masrafları kendisi için değil, işin sahibi olan kimse kendisinden talepte bulunduğu için yapıyor olmasıdır. Dolayısıyla işi yapan kişi, iş için harcanması gereken miktarı da dikkate alarak

⁴¹⁸ Sonia Liff, Simon Turner, “Working in a corner shop: are Employee Relations Changing in Response to Competitive Pressures?”, **Employee Relations**, C. 21, S. 4, 1999, s. 427.

⁴¹⁹ Orhan Küçük, **İşletme Bilgisi ve Yönetimi**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017, s. 88.

⁴²⁰ Zucco, a.g.m., s. 603.

⁴²¹ Leibowicz, a.g.m., s. 50.

elde etmek istediği/emeği karşılığında hak ettiğini düşündüğü ücreti/maddi menfaati sözleşmenin karşı tarafına bildirmektedir. Anlaşma da bu temel üzerinde sağlanmaktadır. İş sözleşmesinde ise söz konusu durumun tam aksi mevcuttur.

İş sözleşmesinde işveren, işin yürütümü için gerekli olan tüm masraflara -aksine âdet ve anlaşma yoksa- katlanmak zorundadır. Öyle ki, işçilerin barınma, işe gidip-gelme, yakacak, gıda vb. masrafları da yeri geldiğinde “masraf” başlığı altına girebilmektedir. İşçi, emeği neticesinde ortaya çıkan işin sahibi değildir (İstisnai hal; işçinin fikri sınai mülkiyet kapsamı içerisinde değerlendirilebilecek bir ürün ortaya koyması hali). Dolayısıyla eserin/ürünün/hizmetin mülkiyetini geçirmek gibi zımnî de olsa bir yükümlülük işçi açısından söz konusu olmamaktadır.

Güncel piyasa düzeninde, belirtilen kural haricinde bir takım uygulamalara rastlanmaktadır. Nitekim tele çalışma usulünün uygulandığı iş ilişkilerinde işverenin, kullanılan elektronik cihazların ihtiyaç duyduğu elektriğin bedelini, işçinin ücretine dâhil ederek ödemesi durumu buna örnek olarak verilebilecektir. Söz konusu durumda, masraflar ücrete dâhil edilerek ödendiğinden, masrafların işveren tarafından karşılandığı her zaman açık bir biçimde ortaya konulamayabilecektir.

Masrafların sabit olduğu ve hesaplanabildiği durumlarda ücrete dâhil olarak verilmesi, ifade edilen sorunun doğmasına yol açmayacaktır; çünkü ücretin miktarı bellidir ve bunun üzerine ilâve edilen kısım tespit edilebilmektedir. Ancak tespit edilemediği durumlarda, ücretin miktarı hususunda da bir anlaşma mevcut değilse (örneğin yüzde usulü çalışılıyorsa) ödenen meblağın ne kadarının ücret ne kadarının masraf olduğu açık olarak belirlenemeyecektir. Bu da, masraflara kimin katlandığı hususunda belirsizliğe neden olacaktır.

Her ne kadar “masraf” başlığı altında yer almasa da işin yerine getirilmesi için katlanılması gereken maliyetler arasında yer alan vergilerin kim tarafından ödendiği hususu da taraflar arasında bağımlılık ilişkisinin varlığını ve derecesini belirlemede yol gösterici olmaktadır. Ancak özellikle “bağımsız çalışanlar” söz konusu olduğunda bu hususun da doğru sonucu vermediği görülmektedir. Zira “bağımsız çalışanlar” görünürde bir iş söz-

leşmesiyle çalışmadıkları ve çoğunlukla da bir işyerine sahip oldukları için gerçek bir bağımsız çalışan gibi vergilerini ödemek zorunda kalmaktadırlar. Dolayısıyla vergi ödeme yükümlülüğünün kim üzerinde olduğuna bakılarak yapılacak bir değerlendirme yanlış sonuca götürebilecektir⁴²².

Sonuç olarak, masraflara kim tarafından katlanıldığı bağımlılık ilişkisinin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır; fakat ifade edildiği üzere, neyin ücret, neyin masraf olduğunun ve ödemesinin ne şekilde yapıldığının kesin olarak belirlenmesi gerekmektedir.

13. İşin Yerine Getirilmesinde Kullanılan Araç-Gereçlerin Kim Tarafından Temin Edildiği

Araç gerecin kim tarafından temin edildiği hususu, bir kimsenin bağımlı çalışan olup olmadığını belirlemede öncelikli olarak dikkate alınmasa da, diğer ölçütleri destekleyici bir ölçüt olarak görülmektedir⁴²³. Araç-gereç (malzeme) temin borcu, emredici hükümler kapsamında düzenlemiş bir borç değildir. Bununla birlikte kural olarak, araç-gerecin ve malzemelerin işverence karşılanması gerekmektedir⁴²⁴. Ancak, aksine âdet ve uygulama olması halinde işçi tarafından da yerine getirileceği kararlaştırılabilen bir husustur (TBK m. 413). Aynı şekilde, aksine yerel âdet ve anlaşma bulunmaması hâlinde, araç ve gerecin işçi tarafından temin edilmesi söz konusu olursa, işverenin gerekli olan bedeli işçiye ödemesi gerekmektedir⁴²⁵.

Hiçbir işverenin kendisine maliyet oluşturacak yükümlülükler altına girmeyi istemeyeceği dikkate alındığında, hukuki düzenlemenin birtakım sorunlara yol açacağı görülmektedir. Düzenlemede, “aksine âdet ve anlaşma” bulunması halinde malzeme sağlama

⁴²² Öyle ki Alman Federal Finans Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda vergi kurumu tarafından ve haliyle de vergi unsuru gözönüne alınarak yapılan bağımlı/bağımsız çalışan ayrımının iş yargısını etkilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. BFH 03.02.2000 NZA 2000, 22.

⁴²³ Brustein, a.g.m., s. 700.

⁴²⁴ Zucco, a.g.m., s. 603.; Feary, a.g.m., s. 149.; Greene, a.g.m., s. 189.; Hohmeister, **a.g.e.**, s. 48.

⁴²⁵ Roland Müller, Manuel Stengel, “Berufskleidung im Arbeitsrecht- Vorschriften, Kostentragung, Depot”, **AJP/PJA**, S. 2, 2011, s. 223.

yükümlülüğünün işçiye verilmesinin ve bunların maddi külfetlerine de işçinin katlanmasının mümkün olduğuna yer verilmektedir. Hükmün açık ifadesi karşısında, hiçbir işveren malzemeleri temin etme yoluna gitmeyi istemeyecektir. İlâveten; kanunkoyucunun, işçinin ihtiyaç duyulan malzemeyi temin etmesinin işverence şart koşulmasını dikkate almamış olması bir eksikliklerdir.

Uygulamada malzemelerin veya bunların masraflarının işçi veya işçi olarak değerlendirilmesi gereken (fakat değerlendirilmeyen) kişiler tarafından temin edilmesi ve ödenmesi söz konusu olabilmektedir⁴²⁶. Örneğin, tele çalışma yöntemiyle istihdam edilen bir kimsenin zaten var olan bilgisayarını kullanarak işini yapması ve işverence kendisine bilgisayar alınmaması veya bilgisayarın kullandığı elektriğin ücretinin işçi tarafından ödenmesi halinde işverence malzeme temin edildiğinden veya bunun bedelinin ödendiğinden bahsedilmesi mümkün olmamaktadır.

Bu eksikliğin ortaya çıkmasındaki temel sebep, malzeme temin borcunun İş Kanunu kapsamında değil, Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenmiş olmasıdır. Borçlar Kanunu'nda hizmet sözleşmesi, birbirine eşit hukuki ve sosyal statüde bulunduğu kabul edilen taraflarca akdedilmektedir. İş Kanunu'nda olduğu üzere, işçiyi koruyucu hükümler bulunmamaktadır. Bu eksikliğin, işverenin malzeme temin etmesinin veya gerekli olan bedeli ödemesinin zorunlu olduğu yönünde İş Kanunu'na konulacak bir hükümle çözülmesi mümkündür.

Bağımlılık unsurunun tespiti bakımından araç-gereçlerin temini ölçütünün tek başına belirleyici olması mümkün değildir. Diğer ölçütlerle birlikte ele alındığında çalışanın kişisel ve hukuki bağımlılığının bulunduğu yönünde bir sonuca varılabiliyorsa, yalnızca araç-gerecin çalışan tarafından temin edilmesi, bağımlı çalışan niteliğinin ortadan kalkmasına yol açmayacaktır⁴²⁷.

⁴²⁶ Privateu, a.g.m., s. 94.; Commons, a.g.m., s.110.; Todd D. Saveland, "FedEx's New "Employees": Their Disgruntled Independent Contractors", **Transp. L.J.**, S. 36, 2009, s.105.

⁴²⁷ Başterzi, "Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", s. 192.

14. Yatırımın Kim Tarafından Yapıldığı

İş, türüne ve yapıma şekline göre belirli harcamalarda bulunulmasına ve ekonomik risklerin alınmasına ihtiyaç duymaktadır. Hukuki açıdan, söz konusu yatırımların, işverence yapılmasını zorunlu kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Tarafların aralarında anlaşmaları suretiyle yatırımı işçinin yapacağı kararlaştırılabilecektir⁴²⁸.

Bunun yanı sıra, maddî herhangi bir yatırım yapılmasını gerektirmeyen bir iş de söz konusu olabilecektir. Örneğin hizmet satın alma suretiyle kurulan alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işverenin işle alakalı olarak, ücretler haricinde herhangi bir yatırım yapmasına gerek yoktur. Kaldı ki, hem ücretlerin yatırım olarak değerlendirilmesi mümkün değildir hem de ücretlerin ödenmesi yükümlülüğünün asıl işverende olması hususunda anlaşmaya da varılabilecektir. Alt işverenin işçilerini çalıştırdığı yer kendi işyeri değil, asıl işverenin işyeridir. Bu sebeple işyeri temini için de yatırım yapmasına gerek yoktur.

Aynı şekilde, günümüzde bilgisayar teknolojileri sayesinde pek çok şirket yatırıma ihtiyaç duymadan kurulabilmekte ve işçi çalıştırmak suretiyle faaliyetlerini sürdürebilmektedir. Nitekim internet teknolojilerinin yaygınlaşması ve neredeyse her evde bir bilgisayar olması, ilave bir yatırım harcamasına gerek duyulmadan kişilerin istihdam edilmesine imkân sağlamaktadır. Bunun yanı sıra, işçinin zaten kullandığı bir takım eşyaları yeni istihdam edildiği işte de kullanmaya devam etmesi ve işverenin bunlar için ayrıca bir harcama yapmaması durumuyla da uygulamada sıkça karşılaşılmaktadır.

Yatırımın kim tarafından yapıldığının belirlenmesi, ekonomik riske kimin katlandığını, dolayısıyla da kimin kime bağımlı olarak çalıştığını tespit edebilmek bakımından göz önünde bulundurulmaktadır⁴²⁹. Oysa ifade edilen hallerde ekonomik riskten söz edilemeyeceği için bu riske katlanmaktan söz edilmesi de mümkün değildir.

⁴²⁸ Privateu, a.g.m., s. 95.

⁴²⁹ Jost, a.g.m., s. 328.; Sümer, a.g.m., s. 71.

Yatırım sadece kuruluş aşamasında gerçekleştirilen bir faaliyet değildir. Zira işin yürütülebilmesi için gerekli olan tüm harcamalar, yatırım kavramına dâhil edilir⁴³⁰. Dolayısıyla yatırım kavramının içine; üretim sürecinde kullanmak amacıyla satın alınan her türlü taşınır ve taşınmaz malın yanı sıra (sabit işletme yatırımları), işletmenin hâlihâzırda bünyesinde bulunan ekonomik değeri olan her türlü mal (stok yatırımları) da girmektedir⁴³¹. Bu sebeple, ortada bir işyerinin olmaması da veya iş için ihtiyaç duyulan maddî harcamaların işveren haricinde bir kimse tarafından yapılması, bağımlılık ilişkisinin mevcut olmadığını iddia etmek bakımından yeterli değildir. Önemli olan, iş ilişkisi süresince, yatırım yapılması gerektiğinde bunun için kime müracaat edildiği ve kimin yatırımdan sorumlu tutulduğudur⁴³².

15. Kârve Zararın Kime Ait Olduğu

Ekonomik risk kategorisi altındaki ölçütlerden, bağımlılık ilişkisini belirleme hususunda en önemli olanı kârın kime ait olduğu ve zarara kimin katlandığıdır⁴³³. Ekonomik gerçeklik testinin temelini oluşturan bu ölçüte, bağımlı çalışan-bağımsız çalışan ayrımında sıkça başvurulmaktadır⁴³⁴. Diğer ölçütlerde olduğu gibi, Kârve zarar ölçütünün de tek başına dikkate alınması halinde yanlış neticeler ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, Kârve

⁴³⁰ Zafer Tunca, **Makro İktisat**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 59.

⁴³¹ N. Gregory Mankiw, **Makroekonomi** (Çev. Ömer Faruk Çolak), 6. Bası, Ankara, Efil, 2017, s. 546.

⁴³² Zucco, a.g.m., s. 603.

⁴³³ A.e.; Frantziöch, **a.g.e.**, s. 65.; Hans Jürgen Ramser, “Arbeitsverträge: Einleitung und Übersicht”, **Arbeitsverträge**, Wissenwirtschaftliches Seminar Ottobeuren, Mohr Siebeck, C. 37, 2008, s. 3.; Sümer, a.g.m., s. 70. “Bir hukuki ilişkide hukuki ve kişisel bağımlılık yoksa işçinin kar veya zarar riskini taşıması, bu hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olmadığı yolunda tek başına yeterli bir kriter olmasa da çok önemli bir kriterdir.” Yarg. HGK 2015/3561 E., 2018/77 K., Tarih: 24.01.2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 05.04.2018.

⁴³⁴ Yarg. 7. HD. 2015/40396 E., 2016/1118 K., Tarih: 26.1.2016; Yarg. 22. HD. 2015/19491 E., 2016/15249 K., Tarih: 30.5.2016; Yarg. 9. HD. 2016/19997 E., 2016/18472 K., Tarih: 25.10.2016, <http://www.kazanci.com>, (Çevrimiçi), 23.02.2017.

zararın kime ait olduğu ölçütünün göz önünde bulundurulmadığı değerlendirmeler de eksik ve yüksek ihtimalle hatalı olacaktır⁴³⁵.

İşçinin, yaptığı işin karşılığı olan ücreti almak haricinde kendi adına başka bir kazanç sağlama amacı genellikle bulunmamaktadır. Aynı şekilde, işverenin herhangi bir sebepten dolayı uğramış olduğu zarara ortak olma düşüncesi de yoktur. İşçi, farklı nedenlerden dolayı iktisâdi hayata müteşebbis olarak değil, bağımlı çalışan olarak girmeyi, iktisâdi hayatın ortaya çıkardığı risklere katlanmamayı tercih etmiş kimsedir. Buna karşılık işveren ise, muhtemel zararlara ve kayıplara katlanmayı, fakat göze aldığı risk neticesinde kâr elde etmeyi de arzulayan kimsedir. Bu sebeple, henüz hukuki değerlendirme aşamasına geçmeden dahi, kişilerin dikkate aldıkları sâikler sayesinde kimin bağımlı, kimin bağımsız çalışan olduğu ayırt edilebilecektir⁴³⁶.

Hukuki açıdan, bazı özel durumlar incelenmek suretiyle belirli noktalara temas edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda ele alınacak ilk husus, ücretin ödenme şekli sebebiyle gündeme gelen muğlaklıktır. Ücretin farklı şekillerde ödenmesi mümkün olduğundan, farklı ödeme şekilleri farklı hükümleri ortaya çıkarmaktadır. Sabit ve belirli zamanlarda ödenen ücret, kâr ve zararın kimin üzerinde gerçekleştiği hususu bakımından klasik iş sözleşmesinden farklı bir durum oluşturmayacağından, böylesi bir ödemenin yapıldığı iş ilişkileri için farklı hükümler konulması da söz konusu olmayacaktır. Zira kanun hükümlerinde, temel olarak bu ücret ödeme şekli göz önünde bulundurulmuştur. Ancak yüzde usulü ve götürü usulde ücret ödenmesi durumunda mevcut hükümlerin uygulanması mümkün olmamaktadır.

Ücretin sabit olduğu ve belirli zamanlarda ödendiği hallerde, kâr ve zararın kimin üzerinde gerçekleştiğini tespit etmek –yalnızca bu ölçüte göre bir değerlendirme yapılıyor olması durumunda- mümkündür. Yüzde ve götürü usulü ücret ödeme şeklinde ise her zaman aynı kolaylıkta olmamaktadır. Yüzde usulünde, alınan bahşış ve elde edilen gelir üzerinden yapılacak paylaşım ile işçilere ücret verilmektedir. Dolayısıyla ücretin miktarı

⁴³⁵ Kramer, **a.g.e.**, s. 22-23.; Reinhard Richardi, “Arbeitnehmer als Beschäftigte”, **NZA**, Heft 19, 2010, s. 1102.

⁴³⁶ Feary, a.g.m., s. 147.; Leibowicz, a.g.m., s. 50.; Hohmeister/Goretzki, **a.g.e.**, s. 52.

kesin değildir (asgari ücretin altında olamayacağı hususu hariç). Ücretin sabit olmadığı hallerde, olumlu veya olumsuz fark olabilecektir. Bu durumda ortaya çıkan farklılık, işçi açısından kâr veya zarar olarak değerlendirilecek olursa, işçinin de kâr ve zarara katlandığından bahsedilebilecektir. Aynı durum götürü usulü ücret ödenmesinde de geçerlidir.

İşçinin, sözleşmeyle ifa ettiği iş neticesinde kâr elde ettiğinden veya zarara katlandığından bahsedilemez. Zira kâr ve zarar, müteşebbis/bağımsız çalışan bakımından gündeme gelen kavramlardır. Ancak ücrette yaşanan artma veya azalma halleri, bu durumun işyerinden/işletmeden kaynaklanması ve işçinin de ortaya çıkan durumdan ücret seviyesi vasıtasıyla etkilenmesi sebebiyle, işçinin de kâr ve zarara ortak olduğu şeklinde yorumlanabilecektir. Zira her ne kadar kâr ve zararı üstlenme niyeti olmasa dahi, işçinin aldığı ücret seviyesi ortaya çıkan kâr ve zarara göre şekillenmektedir. Bu noktada TBK m. 403/1'den hareketle, işin sonucundan pay alma şeklinde kararlaştırılacak ücret ödeme yöntemi sayesinde sorunun ortadan kalkacağı ileri sürülebilir. Zira bu halde işveren, hem eksik kalan kısmı tamamlayacaktır hem de fazlalık ortaya çıkıyorsa, bunu da işçilerine paylaşacaktır. Dolayısıyla işçinin zarara katlanmasından bahsedilemeyecektir.

Her ne kadar sorunun çözümü olarak ifade edilebilecek olsa da, TBK. m. 403/1 hükmü, bu noktadaki muğlaklığı daha da arttırmaktadır. Zira taraflarca belirlenmiş ve miktarının belirlenmesinin pek de mümkün olmadığı ilâve niteliğindeki ödemelerin asıl ücretten sayılması, kıdem ve ihbar tazminatlarının ve diğer ücreti temel alan ödemelerin hesaplanmasında sorunlar oluşturacaktır. Oysaki söz konusu fazla ödemelerin kâr veya zarar olarak değil de prim olarak değerlendirilmesi, bu sorunların çözümünü kolaylaştıracaktır.

Ücret ne şekilde belirlenmiş olursa olsun, diğer ölçütler dikkate alınarak yapılan değerlendirme neticesinde çalışanın işverene kişisel ve hukuki bağımlılığının bulunduğu kanaatine varılabiliyorsa, ücrette yaşanan artma ve azalmanın kâr ve zarara katlanma durumunu ortaya çıkardığından ve bağımsız bir çalışma ilişkisinin var olduğundan bahsedilemeyecektir.

16. Aynı Anda Kaç Kişi İçin Çalışıldığı

4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin birden fazla işte çalışmasına ilişkin herhangi bir yasak bulunmamaktadır. İşçi, yasal sınırlamalara uyduğu müddetçe birden fazla işte çalışabilecektir. Tek başına birbirinden farklı işlerde çalışma, bağımlılık unsurunun zedelenmesine veya ortadan kalkmasına sebebiyet vermez. Her işverenle kurulan iş ilişkisi birbirinden bağımsızdır ve kendi içerisinde bağımlılık ilişkisi doğurur⁴³⁷.

Bağımlılık unsuru bakımından özellik arz eden durum ise, çalışanın aynı anda birden fazla işveren için iş görmesi durumunda ortaya çıkmaktadır⁴³⁸. Klasik iş ilişkisinde işçi tam süreli olarak çalıştığından ve haftalık çalışma süresini de tek bir işi yaparken doldurduğundan, birden fazla işverenin yanında çalışması zaten söz konusu olmamaktadır⁴³⁹. Ancak, esneklik uygulamaları neticesinde klasik iş ilişkisinden uzaklaşmış ve farklı çalışma şekilleri meydana çıkmıştır. Bu yönde zikredilebilecek ilk çalışma modeli; kısmi süreli çalışmadır. Kısmi süreli çalışma, her ne kadar aynı çalışma zamanı içerisinde farklı işverenlerin işini yapmaya örnek olmasa da, bunun oluşmasında ilk adım olma niteliğine sahiptir⁴⁴⁰.

Kısmi süreli çalışmada, birbirinden farklı iki işveren, fakat aynı zamanda iki sözleşme mevcuttur. İşçi, her iki işverene de bağımlıdır. Her iki iş için ayırdığı zaman da farklıdır. Bu bakımdan, bağımlılık ilişkisinin ve seviyesinin tespiti kolaylıkla mümkün olmaktadır. Bununla birlikte, hâlihâzırda kısmi süreli çalışmadan çok daha farklı ve çetrefil çalışma ilişkileri mevcuttur.

⁴³⁷ Leibowicz, a.g.m., s. 50.

⁴³⁸ Zucco, a.g.m., s. 603.; De Haas, a.g.m., s. 491.

⁴³⁹ Rolf Wank, "Diversifying Employment Patterns – the Scope of Labor Law and the Notion of Employees", The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 140.

⁴⁴⁰ Frantzioch, **a.g.e.**, s. 26.; Mehmet Halis Karaman, "Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 79.

Geride kalan bölümlerde verilen “broker (borsa simsarı)” örneği, bu konuda ne gibi sorunların gündeme gelebileceğini göstermektedir. Aynı şekilde, özellikle bilgisayar ve teknoloji alanında vasıf sahibi çalışanlara çalışma hayatında çokça ihtiyaç duyulması, fakat bu kişilerin yeterli miktarda olmamaları sebebiyle, işverenlerin de rızaları ile aynı anda birden fazla işveren için çalışmaları gündeme gelebilmektedir. Oysaki klasik anlayışla bakıldığında, aynı anda birden fazla işverenin işini yapma, bir iş ilişkisine değil, iki bağımsız çalışan arasında kurulan akdî ilişkiye işaret etmektedir. Buna karşılık iş hukukunun varlığını sürdürme çabasını sarf ettiği bir ortamda artık “klasik” ten bahsetmek pek mümkün değildir. Yeni gelişmeler ve anlayışlar çerçevesinde yeni kavram ve kuralların oluşturulması mecbûrîdir.

Bu bağlamda, sadece işçinin birden fazla işveren için aynı anda çalışıyor olmasına bakılarak iş ilişkisinin söz konusu olamayacağını iddia etmek yanlış olacaktır. Bakılması gereken, ekonomik, hiyerarşik ve kişisel bağımlılığın mevcut olup olmadığı ve ne derecede olduğudur⁴⁴¹. Şayet çalışan, ücretini alamadığında veya eksik ve geç aldığında belirli bir kişiyi sorumlu tutuyor, hiyerarşik olarak kendisini bu kimsenin altında görüyor ve sadakat, rekabet etmeme gibi borçlarını da bu kişiye karşı yerine getirmekle kendisini yükümlü hissediyorsa, ortada bağımlı çalışmanın bulunduğu hükmetmek gereklidir⁴⁴².

⁴⁴¹ Başterzi, “Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, s. 190.

⁴⁴² Wolfgang Hromadka, “Arbeitnehmerähnliche Personen Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen”, **NZA**, Heft 23, 1997, s. 1253.; Herbert Buchner, “Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen – jedem das Gleiche oder jedem das Seine?“, **NZA**, Heft 21, 1998, s. 1145.; Gregory/Leder, a.g.m., s. 750.; Ayrıca bkz. Knight v Fairway & Kenwood Car Service Ltd UKEAT/0075/12/LA, <https://www.employmentcasesupdate.co.uk/site.aspx?i=ed12537>, (Çevrimiçi), 12.03.2019.

17. Yapılan İşin Bir Kişinin (İşverenin) Onayına Bağlı Olmaksızın Kamuya Sunulup Sunulamayacağı

İşverenin emir ve talimatlarına uygun iş görme ölçütüyle birlikte değerlendirilmesi gereken bu ölçüt, çalışanın yaptığı iş neticesinde ortaya çıkarttığı ürünün veya hizmetin piyasaya sunulması noktasında tek başına hareket edip etmediğini ön plana almaktadır⁴⁴³.

İşçi, yaptığı işin neticesinde ortaya çıkan ürünün mülkiyetine sahip değildir. Ancak, çalışanın işini yaptığı süre içerisinde işiyle maddi bir bağı olmayan ve FSEK kapsamında eser olarak nitelendirilmesi mümkün olan bir eser meydana getirmesi, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Söz konusu halde, işverenin eser üzerinde herhangi bir maddi ve manevi talep hakkı olmayacaktır⁴⁴⁴. Örneğin; çalışanın işyerinde bulunan araç ve gereçleri kullanarak yaptığı işle bağlantısı bulunmayan, yani normal şartlarda iş sonucunda üretilmeyen ve üretilmesi de söz konusu olmayan bir eser meydana getirmesi durumunda işverenin eser üzerinde hak iddia etmesi mümkün değildir. İşçi, kendi isteği doğrultusunda ürününü piyasaya sunabilecek ve gelir elde edebilecektir⁴⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki, ifade edilen istisnâî hal, çalışanın işçi sayılmasını engellemektedir. Zira çalışanın FSEK kapsamına girmesi mümkün olmayan ve yaptığı iş çerçe-

⁴⁴³ Leibowicz, a.g.m., s. 50.

⁴⁴⁴ Özge Yıldız, “Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler”, **İÜHFİM**, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 518.

⁴⁴⁵ Çalışanın bir ürün üretmesinin söz konusu olmadığı, fakat üretilen ürünleri satması şeklinde faaliyet gösterdiği çalışma ilişkilerinde (örn. Pazarlamacılık sözleşmesi), işveren tarafından üretilmeyen bir takım ürünlerin de çalışan tarafından işverenin onayına ihtiyaç duyulmaksızın satılması, pazarlanması gündeme geliyorsa, bu durumda bağımlılık unsurunun varlığından bahsetmek zorlaşacaktır. Nitekim Amerikan yüksek yargısı, bağımlılık unsurunun belirlenmesi noktasında önemli köşe taşlarından biri olan *NLRB v. Hearst* [322 US 111 (1944)] kararında gazeteci çocukların, gazetelerini sattıkları yayıncıdan başka bir yayıncıya ait dergileri de aynı mahalde ve aynı müşteri çevresine satmaları halinde bunların kontrol testi kapsamında “işçi” olarak değerlendirilemeyeceklerine hükmetmiştir. Bkz. Thomas M. Murray, “‘Independent Contractor or Employee?’ Misplaced Reliance on Actual Control Has Disenfranchised Artistic Workers under the National Labor Relations Act”, **Cardozo Arts & Ent. Law Journal**, C. 16, 1998s. 311.; Carlson, a.g.m., s. 318.

vesinde meydana getirdiği, iŖiyle maddi bağlantısı olan ürün ve hizmetler iŖverenin mülkiyetindedir ve onun onayı olmadan bunların piyasaya sürülmeleri, kamuya sunulmaları mümkün deđildir⁴⁴⁶.

Değinilmesi gereken bir diğer husus da iŖverenin onayının ne zaman aranacağıdır. İŖ sözleşmesinin devamlı ve sürekli bir sözleşme olmasını temin eden özelliği, yapılmakla sona ermeyen, tekrarlayan surette gerçekleştirilen “iŖ” i konu edinmesi sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, iŖ sözleşmesi kapsamında iŖçi sayı bakımından değil, zaman bakımından iŖverene taahhütte bulunmaktadır. Dolayısıyla üretilen her ürün veya yapılan her hizmet kendi başına ayrı bir borç konusunu teşkil etmemektedir. Önemli olan iŖ için ayrılan zaman içerisinde iŖin görölmesi olduğundan, piyasaya arz hususunda da her ürün/hizmet bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması iŖ sözleşmesinin karakteristik özelliğine aykırılık teşkil edecektir. Sonuç olarak, sözleşme akdedildiği esnada veya daha ileriki bir zamanda sonraki zamanı da kapsayacak bir onay verilmesi mümkündür ve çalıŖanın bağımlı çalıŖan olarak değerlendirilmesini engellemeyecektir.

18. İŖten Çıkarma Yetkisi

İŖçi istihdam etme ve iŖçiyi iŖten çıkarma yetkisi, iŖveren açısından yetki olmanın yanı sıra bir haktır da⁴⁴⁷. İŖveren, gerekli gördüğü ve kanunun kendisine imkân tanıdığı hallerde iŖ sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir⁴⁴⁸. Bununla birlikte, feshetme hakkının her durumda bir iŖverenin varlığı sebebiyle gündeme geldiğini iddia etmek de mümkün değildir. İŖ ilişkisinden ve iŖ sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, fesih hakkının sözleşmenin şartlarının ihlal edilmesi haricinde başka sebeplerden de kaynaklanabiliyor olması gerekmektedir⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Rob P. Saka, “Confidential Ideas and Independent Contractors: Trade Secret Ownership in the Age of the Hired Gun”, **Hastings Business Law Journal**, C. 10, S. 1, 2014, s. 250.

⁴⁴⁷ Leibowicz, a.g.m., s. 50.

⁴⁴⁸ Brustein, a.g.m., s. 700.

⁴⁴⁹ Zucco, a.g.m., s. 603.

İşten çıkarma yetkisi bağlamında ifade edilmesi gereken bir diğer husus; işçi alıp çıkarma yetkisini haiz işveren vekilinin hukuki statüsü konusundadır. Genellikle işletmelerin insan kaynakları bölümlerinin şefi/müdürü olan çalışanların sahip olduğu işçi alıp çıkarma yetkisi, işveren tarafından işveren vekillerine devredilmektedir. Bu çalışanlar, işverenden almış oldukları yetkiye dayanarak uygun gördükleri kimseleri işe alma ve işten çıkarma konusunda tasarrufta bulunabilmektedirler. Hatta kendi bölümlerinde ve hiyerarşik olarak kendilerinden alt seviyelerde bulunan çalışanların alacakları ücret konusunda da karar verebilmekte, bu bakımdan da diğer bir işveren yetkisini de kullanabilmektedirler. Dolayısıyla bağımlılık ilişkisinin varlığı noktasında ortaya çıkması muhtemel tereddütlerin giderilmesi gerekmektedir.

İşveren vekilleri, kullandıkları yetkileri, işverenin kendilerine devretmesi neticesinde kullanabilmektedirler. Şayet ortada bir işveren olmazsa, yetkilerin kullanılmasından da bahsedilemeyeceğinden, işveren ve işveren vekili arasında bağımlılık ilişkisinin var olduğuna hükmedilecektir. İşten çıkarma yetkisi bakımından da aynı husus geçerlidir. Bu sebeple, işten çıkarma yetkisinin kimin kullanımında olduğundan ziyade, hakkın kime ait olduğunun tespit edilmesi, bağımlılık ilişkisinin varlığını belirlemede daha faydalı olacaktır.

19. Fesih Bildiriminde Bulunma Zorunluluğu Olup Olmaması

Sözleşme serbestisi ilkesi gereği, kişi istediği kimseyle, istediği anda akdî ilişki kurabileceği gibi, kurulmuş olan ilişkiyi sona da erdirebilir. Tüm özel hukuk sözleşmeleri bakımından geçerli olan bu durum, iş sözleşmesi açısından bazı özellikler taşımaktadır⁴⁵⁰.

İş sözleşmesinin, diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi önceden herhangi bir bildirimde bulunulmadan sona erdirilmesi mümkündür, fakat diğer sözleşmelerde olmayan bir şekilde, haklı sebeple fesih şartları ortaya çıkmamışsa kural olarak ihbar sürelerine uymak suretiyle sona erdirilmesi gerekmektedir. Haklı sebeple fesih ve geçerli sebeple

⁴⁵⁰ Zucco, a.g.m., s. 604.

fesih olarak da adlandırılan hallerin gündeme gelebilmesi için kanunda yer verilen ahlak ve iyi niyete aykırı davranışların sergilenmiş olması, zorlayıcı nedenlerin veya sağlık sebeplerinin varlığı, gözaltına alınma veya tutuklanma (haklı sebepler), performans yetersizliği, işyerinde yapılan değişimler, teknolojik yenilikler vb. (geçerli sebepler) durumlarının varlığı gereklidir. İş sözleşmesi haricindeki özel hukuk sözleşmeleri için ise ifade edilen sebeplerin varlığı zorunlu değildir. Taraflar, bu sebeplerden herhangi biri olmasa da, sadece istedikleri için dahi sözleşmeyi sona erdirebilirler.

Tabii ki ikale halini ayrıca belirtmek gerekmektedir. İkaledede her ne kadar önceden bildirim veya ihbar sürelerinin beklenmesi gerekmiyor olsa da, yine de istenildiği anda işten ayrılmadan bahsedilmesi mümkün değildir. Zira ikale için işverenin de rızası gereklidir⁴⁵¹.

Kişinin istediği anda sözleşmeyi feshederek karşılıklı borçlu-alacaklı ilişkisini sona erdirmesi tek başına, bağımlılık ilişkisinin olmadığını göstermemekle birlikte⁴⁵², önemli bir delil olarak değerlendirilmelidir. Böylesi bir hukuki ilişkide dikkate alınan, kişisel özelliklerden ziyade, tarafların karşılıklı ekonomik çıkarlarıdır. Dolayısıyla iş sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildir.

⁴⁵¹ Hasan Nüvit Gerek, İş Sözleşmesinin İkaletle Sona Ermesi, **Çalışma ve Toplum**, C. 4, S. 31, 2011, s. 46.; Ufuk Aydın, “İş Sözleşmesinin İkaletle Sona Erdirilmesi”, **Çimento İşveren**, C. 18, S. 3, 2004, s. 4.; Mahmut Kabakçı, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkalet”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, C. 25, 2012, s. 125.; Ayrıca bkz. Yarg. 22. HD. 2017/35505 E., 2017/14692 K., Tarih: 19.6.2017, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=22hd-2017-35505.htm&kw=ikale#fm>, 12.11.2017.

⁴⁵² Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi, tarafların sözleşmenin istenildiği anda feshedilebileceği hususunda anlaşmış olmalarına rağmen, diğer ölçütleri de göz önünde bulundurarak yaptığı değerlendirmede, tarafların arasında bir iş sözleşmesinin bulunduğu hükmetmiştir. Bkz. BAG 25.09.2013 10 AZR 282/12, (Çevrimiçi), https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-04-09/10_AZR_282-12.pdf, 12.11.2017.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞME TÜRLERİNE GÖRE BAĞIMLILIK

I. Genel Olarak

Ekonomik ve sosyal hayattaki gelişmeleri takip etmek zorunda olan hukuk sistemleri, özellikle iş hukuku alanında, yaşanan değişimin ve gelişimin hızına ayak uydurmak zorundadır. İş hayatında; işçinin korunması, hukuki statünün belirlenmesi, işverenin ekonomik kayıplarının önüne geçilmesi, istihdamın artırılması vb. kaygılarla her gün yeni bir hukuki düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmakta, fakat kanunkoyucu gerektiği hızda buna karşılık verememektedir. Bunun hangi saiklerle ortaya çıktığı tartışılabilir bir husustur. Nitekim atipik iş sözleşmesi türlerinin, rekabette daha avantajlı bir konum elde etmek, maliyetleri azaltmak veya sabit tutmak suretiyle daha fazla kâr elde etmek vb. amaçlarla çoğunlukla işverenlerce talep edildiği ve uygulandığı bir gerçektir⁴⁵³. Ancak bu durum, hukuk sisteminin toplumsal ve ekonomik gelişmeler karşısında içinde bulunduğu zor durumun üstesinden gelinmesine -en azından kısa vadede- ne yazık ki bir katkı sağlamamaktadır.

Esasında hukuk kuralları vasıtasıyla bu olumsuz durumun bertaraf edilmesinin mümkün olup olmadığı da ayrı bir tartışma konusudur. Batı’da uzunca bir dönemdir gündemde olan “iş hukukunun sonuna gelindiği” düşüncesi⁴⁵⁴, kavramlarda ve algılayış biçimlerinde yaşanan değişimin, kanunların erişemeyeceği bir hızda olduğunun kabul edildiğini göstermektedir. Ancak, tabii ki bu kabulden yola çıkılarak kanunkoyucuların iş hukuku alanını boş bırakmasından da bahsedilemeyecektir, edilmemelidir de. İfade edilmek istenen,

⁴⁵³ John Atkinson, “Flexibility, Uncertainty and Manpower Management”, IMS Report No.89. Brighton, Institute of Manpower Studies, 1984, s. 25.; Alpagut, “AB’nde Güvenceli Esneklik Esneklik ve Türkiye’deki Yasal Düzenlemeler”, s. 15. Buna karşılık, atipik iş sözleşmesi türlerinin işçilerce de talep edildiğini göz ardı etmemek gerekmektedir. Zira çalışanların motivasyonlarında ortaya çıkan azalmaların giderilmesi amacıyla, özellikle bilişim sektörü gibi yüksek vasıf gerektiren sektörlerde çalışanlardan da atipik (esnek) iş sözleşme türlerinin uygulanması yönünde talepler gelmiştir.

⁴⁵⁴ Rifkin, **a.g.e.**, s. 3-15.

çalışma hayatına ve çalışma hayatını düzenleyen iş hukuku mevzuatına artık eski paradigmalara yaklaşmanın yeterli olmayacağıdır.

Nitekim yeni gelişmelerin, iş hukukunun alanını daralttığı düşüncesi yanında, kavramların sınırlarının giderek ortadan kaybolmasının, bu sınırları daha da ileriye taşımayı sağlayacağı iddia edilebilir⁴⁵⁵. Zira hâlihâzırda iş veya hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmeyen, fakat bağımlılık unsuru bakımından ele alındığında aslında iş veya hizmet sözleşmesine dâhil edilmesi de mümkün olan çeşitli hukuki ilişkilerin, iş hukukunun sınırları içerisine dâhil edilmesi gündeme gelebilecektir.

Bu bağlamda, tezin üçüncü bölümünde, öncelikle bağımlılık unsurunda meydana gelen aşınmanın atipik iş sözleşmeleri özelinde ne şekilde ortaya çıktığına değinilecek; çeşitli sözleşme türlerinde aslında bağımlılık unsurunun farklı derecelerde de olsa mevcut olduğu ve bu sözleşmelerle çalışanların hukuki statülerinin belirlenmesinde ikinci bölümde bahsedilen ölçütlerin ne şekilde göz önünde bulundurulabileceğine dair değerlendirmelere yer verilecektir.

II. Atipik İş Sözleşmesi Türlerinde Bağımlılık Unsuru

A. Geçici (Ödünç) İş ilişkisi

1. Kavram

Türk Hukuku'nda geçici iş ilişkisi başlığı altında İş K. m. 7'de düzenlenen, fakat öğretilde, Almanca "Leiharbeitsverhältnis" kelimesinin karşılığı olan "ödünç iş ilişkisi" kavramıyla da ifade edilen iş sözleşmesi türünde; bir işverenin (ödünç veren), işçisini (ödünç işçi) geçici olarak üçüncü bir işverene (ödünç alan) iş görmesi amacıyla devretmesi söz konusudur⁴⁵⁶. Fiili olarak 1837 yılında Almanya'da ortaya çıktığı ifade edilen geçici iş

⁴⁵⁵ Barbara Grandi, "Let's Deconstruct the Meaning of "Dependent Work" to Enlarge the Scope of Labor Law", *International Journal of Business and Social Research*, C.4, S.4, Nisan, 2014, s. 45.

⁴⁵⁶ Preis, *a.g.e.*, s. 106.; Süzek, *a.g.e.*, s. 276.; Hakan Keser, "İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansıması", *Legal İHSGHD*, S. 9, 2006, s. 66.

ilişkisi, 1960'lı yıllardan itibaren Avrupa 'da yaygın olarak kullanılmaya başlamıştır⁴⁵⁷. Türkiye'de de her ne kadar aynı tarihlerde iş hayatında görülmeye başlansa da, kanun hükmü olarak düzenlenmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun çıktığı 2003 yılına kadar mümkün olamamıştır. Kanunlaşma sürecinde ise, uyuşmazlıkların 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 320'de düzenlenen alacağın temliki hükümleri kapsamında çözülmesi yoluna gidilmiştir⁴⁵⁸.

Geçici iş ilişkisi, meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi ve meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi olarak iki grupta toplanabilir. Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi, yukarıda tanımlanan iş ilişkisidir. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi ise; bir işverenin, kazanç elde etmek amacıyla, kendisine bağlı olarak çalışan işçilerini üçüncü kişilerin işyerlerinde çalışmak üzere ödünç vermesini içermektedir⁴⁵⁹.

Ülke uygulamalarına bakıldığında, meslekî faaliyet olan ödünç iş ilişkisinin yasalarla düzenlendiği görülmektedir. Öyle ki Almanya'da AÜG (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) ve İsviçre'de AVG (Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih) olmak üzere geçici iş ilişkisinin hangi kapsamda uygulanacağına dair münferit ve bağımsız kanunlar çıkarılmıştır. Avrupa Birliği'nin Birlik bünyesinde yürürlüğe koyduğu veya koymaya çalıştığı düzenlemelerde de aynı durum söz konusudur. Geçici iş ilişkisi ile ilgili olarak AB Komisyonunca kabul edilen 91/383/CE sayılı "Belirli Süreli İş Sözleşmesine veya Ödünç İş İlişkisine Dayalı Olarak Çalışanların Sağlıklarının Korunması ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine Yönelik Önlemler Yönergesi", 96/71/CE sayılı "Hizmetlerin Yerine Getirilmesi Amacıyla Ödünç İşçi Gönderme Yönergesi", 2002/0072 (COD) sayılı "Geçici Çalışma Hakkında Düzeltmiş Yönerge Önerisi" ve 2008/104/EC sayılı

⁴⁵⁷ Akyiğit, **a.g.e.**, s. 15.

⁴⁵⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 367.

⁴⁵⁹ Şelale Uşen, **Avrupa Birliği'nde Ödünç İş İlişkisi: İtalya Uygulaması ve Türkiye**, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, İstanbul, 2006, s. 15.

“Ödünç İş İlişkisine İlişkin Yönerge”, Birlik’e üye ülke iş hukuku mevzuatlarını yönlendirmek ve ortak yasal bir zeminde buluşmayı sağlamak bakımından önemli hukuki düzenlemelerdir⁴⁶⁰.

Geçici iş ilişkisinin Türkiye’de yasal olarak ilk defa düzenlendiği 4857 sayılı Kanun’un 7. Maddesinin ilk halinde, meslekî faaliyet olmayan geçici iş ilişkisinin kurulmasına imkân tanınmıştır. Esasında İş Kanunu Tasarısı’nın 98. maddesinde, özel istihdam büroları aracılığıyla gerçekleştirilen geçici iş ilişkisine de yer verildiyse de, işçi sendikalarından gelen tepkiler neticesinde bu hüküm Tasarı’dan çıkarılmıştır. 2009 yılına kadarki süreçte “danışmanlık hizmeti adı altında faaliyet gösteren ve esasında yasadışı olarak iş aracılığı yapan kurumların çoğalması, bunların yasal çerçeve içerisine alınması taleplerinin daha da artmasına sebep olmuştur. Bunun neticesinde 26.06.2009 tarihli 5920 sayılı Yasa ile özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulmasına imkan sağlamak amacıyla İş K. m.7’ye (bu maddeden sonra gelmek üzere) 7/A maddesi eklenmiştir. Ancak Cumhurbaşkanının vetosuna takılan Yasa Tasarısı, kanunlaşmamış ve mesleki faaliyet olan geçici iş ilişkisinin yasalara girmesi mümkün olmamıştır⁴⁶¹. Mesleki faaliyet olan geçici iş ilişkisinin yasalaşması, 20.05.2016 tarihinde çıkarılan 6715 sayılı Kanun⁴⁶² ile gerçekleşmiş, İş K. m.7’de yapılan değişikliklerle birlikte artık geçici iş ilişkisinin meslekî faaliyet olarak yürütülmesi yasal hale gelmiştir.

2. Hukuki Niteliği

Geçici iş ilişkisinin atipik iş sözleşmeleri başlığı altında değerlendirilmesinin sebepleri; klasik iş ilişkisinden farklı olarak geçici iş ilişkisinde sözleşmenin tarafı olarak üç kişinin ve daha da önemlisi, iki işverenin bulunuyor olması ve işçinin her iki işverene karşı

⁴⁶⁰ Ali Güzel, Hande Heper, “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!...: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, **Çalışma ve Toplum**, C.1, S. 52, 2017, s. 20.

⁴⁶¹ **A.e.**, s. 302.; Savaş Taşkent, Dilek Kurt, “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, **Kamu-İş**, C.13, S.1, 2013, s. 3.

⁴⁶² RG. T. 20.05.2016, No: 29717.

da birtakım borçlarını ifayla sorumlu olmasıdır⁴⁶³. Geçici iş ilişkisi üçlü hukuki ilişkiler çerçevesinde olmakla beraber, işçi devrinden ve alt işverenlik ilişkisinden farklıdır⁴⁶⁴.

Meslekî faaliyet olmayan geçici iş ilişkisinde işçinin, ifa borcunu bir iş sözleşmesiyle çalıştığı ödünç veren işverenin işyerinden başka bir yerde yerine getirmek üzere, kendi rızasıyla ödünç alan işverene devredilmesi söz konusu olmaktadır. Geçici surette çalışacak olan işçinin rızası, bu işlemin geçerli olarak ortaya çıkabilmesi için mecburidir⁴⁶⁵, zira ödünç veren işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesi bulunmaktadır ve bundan kaynaklanan iş görme borcunun, yalnızca ödünç veren işverene karşı yerine getirilmesi gerekmekte ve istenebilmektedir⁴⁶⁶.

Meslekî faaliyet olan geçici iş ilişkisinde ise işçinin, ödünç verilmeden önce çalıştığı belirli bir işyeri bulunmamaktadır⁴⁶⁷. İşçi, işveren tarafından, geçici olarak üçüncü kişilerin işyerinde ve işlerinde istihdam edilmek üzere işe alınmaktadır. Özel istihdam büroları

⁴⁶³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 367.

⁴⁶⁴ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 258.; Algun Çifter, Özge Demir, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisinin Hükümleri ve Sonuçları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 6 S. 12, Güz 2007/2, s. 8.

⁴⁶⁵ Bu bakımdan, geçerlilik unsuru olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 368. Aksi görüş için bkz. Osman Güven Çankaya, Şahin Çil, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Ankara, 2006, s. 145; Ayrıca bkz. “İşçinin rızası alınmak suretiyle, işveren tarafından holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka işyerinde ya da yapmakta olduğu işe benzer bir işte geçici olarak çalıştırılması ile “geçici iş ilişkisi” kurulur. Geçici iş ilişkisinden söz edilebilmesi için her şeyden önce işçi ile işveren arasında geçerli bir iş sözleşmesinin bulunması ve devir sırasında işçinin yazılı rızasının alınması şarttır.” Yarg. 7. HD., 2013/18095 E., 2014/29 K., Tarih: 10.01.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-hukuk-dairesi-e-2013-18095-k-2014-29-t-10-1-2014>, (Çevrimiçi), 16.03.2018.

⁴⁶⁶ Akyiğit, **a.g.e.**, s. 127., Ayrıca bkz. “...Geçici iş ilişkisinde işçi, ödünç veren sürekli işverenin işçisi olmaya devam eder. Ancak işçi geçici süreyle iş görme edimini geçici işverene karşı yerine getirmektedir...” Yarg. 9. HD., 2007/26179 E., 2008/33761 K., Tarih: 16.12.2008, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2007-26179-k-2008-33761-t-16-12-2008>, (Çevrimiçi), 16.03.2018.

⁴⁶⁷ Burada kastedilen, işçinin sabit bir işyerinin olmamasıdır. Tabii ki işçinin önceden gerçekleşen mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi kapsamında çalıştığı işyerleri mevcut olabilecektir. Ancak bu işyerleri, mesleki olmayan geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan bir işçinin geçici iş ilişkisi sona erdikten sonra dönenceği asıl işyeri gibi değerlendirilemeyecektir. Her ne kadar özel istihdam bürosunun işçisi olarak da gözüke, geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırılan işçinin sabit bir işyerinin bulunduğundan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bkz. Güzel/Heper, **a.g.m.**, s. 24.; Taşkent/Kurt, **a.g.m.**, s. 4.

aracılığıyla yürütülen bu faaliyette, kişinin hukuki statüsü işçi olarak değerlendirilmektedir. Oysaki iş sözleşmesinin temel unsurları bakımından ele alındığında söz konusu türden bir çalışma şeklinin, işverene ait bir işyerinde çalışma ölçütü dikkate alındığında, bağımlı çalışma ve bu işte çalışan kişilerin de işçi olarak nitelendirilmeleri mümkün gözükmemektedir. Zira işin yapıldığı işyerinin sahibi olan kişi ile kendisiyle iş sözleşmesinin yapıldığı kişi farklıdır.

Her iki tür geçici iş ilişkisinde de, iş sözleşmesinden doğan yönetim yetkisinin geçici bir süreliğine de olsa başka bir işverene devredilmesi hali mevcuttur. Klasik iş sözleşmesinde işçinin başka bir işverenin emir ve talimatlarına uyması borca aykırılık başlığı altında ele alınmaktadır. Buna karşılık geçici iş ilişkisinde ifade edilen hal, borca aykırılık olarak değerlendirilmemektedir. Geçici iş ilişkisinin klasik iş ilişkisinden ayrılmasına sebebiyet veren bu husus, devreden işveren ve işçi arasındaki bağımlılık ilişkisinin zayıfladığını da göstermektedir. Ancak, kanunkoyucu hem piyasadaki talepleri karşılamak hem de geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin haklarını güvenceye almak amacıyla iş görme unsurunda istisnâ bir hal olarak geçici iş ilişkisini yasal çerçeveye bağlamıştır⁴⁶⁸.

Sonuç olarak denilebilir ki, geçici iş ilişkisi, ödünç alan işveren, ödünç veren işveren ve işçi arasında, bu kimselerin rızaları ile kurulan bir üçlü akdî ilişkidir⁴⁶⁹.

3. Unsurları

Atipik bir iş sözleşmesi türü olmasından ve bu sebeple de tipik iş sözleşmesinin sağlayacağı hukuki koruma imkânlarından faydalanmak bakımından bir takım sorunların ortaya çıkması muhtemel olduğundan⁴⁷⁰, kanunkoyucu geçici iş ilişkisinin gerçekleştirilmesi için bazı koşulların varlığını aramıştır. Söz konusu koşullar, meslekî faaliyet olan ve olmayan (alelâde) geçici iş ilişkisi bakımından farklılık arz etmektedir.

⁴⁶⁸ Jeremias Prassl, **The Concept of Employer**, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 87.; Günay, **a.g.e.**, s. 277.

⁴⁶⁹ Akyiğit, **a.g.e.**, s. 12.; Güzel/Heper, a.g.m., s. 19.

⁴⁷⁰ Taşkent/Kurt, a.g.m., s. 5-6.; Güzel/Heper, a.g.m., s. 12.

a. Meslekî Faaliyet Olmayan (Alelâde) Geçici İş İlişkisinin Unsurları

İş K. m.7'nin değiştirildikten sonraki halinde, meslekî faaliyet olan geçici iş ilişkisinin yanında meslekî faaliyet olmayan (alelâde) geçici iş ilişkisi de bir takım değişikliklere uğramakla birlikte, yerini muhafaza etmiştir. Buna göre, özel istihdam büroları yanında, eskiden beri uygulanagelen, holding veya aynı şirketler topluluğu içinde bulunan işyerlerinin kendi aralarında geçici iş ilişkisi tesis edebilecekleri hususu da aynen korunmuştur⁴⁷¹.

Meslekî faaliyet olmayan geçici iş ilişkisinin temel unsurları: işçiden, geçici olarak devredilmesine ilişkin devir sırasında alınacak yazılı muvafakat; işçinin holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı bir işyerinde veya yapmakla görevli olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması; geçici iş ilişkisinin yazılı bir sözleşme kapsamında yapılması ve belirli bir süre için yapılmasıdır⁴⁷².

Belirli süreli ve sınırlı sayıda tekrarlanabilir olma koşulu, bir koşul olmanın yanı sıra geçici iş ilişkisinin ayırt edici özelliğini de oluşturmaktadır. İş K. m.7'de, geçici iş ilişkisinin ne kadar süreyle yapılabileceği ve en fazla ne kadar tekrar edebileceği eski ve yeni hallerinde açık olarak belirtilmiştir⁴⁷³. Alman ve İsviçre Kanunlarında ise, bir süre sınırı

⁴⁷¹ 6715 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'na eklenen Geçici 7. madde ile "bir işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilmesi suretiyle kurulmuş bulunan geçici iş ilişkileri, sözleşmelerinin süresince devam edeceği" düzenlenmiştir.

⁴⁷² Ünal Narmanlıoğlu, "İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç "Geçici" İş İlişkisi)", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 23, 2011, s. 17.

⁴⁷³ Detaylı bilgi için bkz. Serkan Odaman, "Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 10, 2008, s. 28-30.

konulmamıştır⁴⁷⁴. Tarafların kendi aralarında anlaştıkları süre üzerinden geçici iş ilişkisinin sınırlanabileceği kabul edilmiştir⁴⁷⁵. Söz konusu farklılık, İş K. m. 7’de yapılan değişiklikten sonra da devam etmiştir. Zira m. 7’de geçici iş ilişkisinin hangi süreler dâhilinde gerçekleştirilebileceği ve kaç defa yenilenebileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, Almanya’da, elliden az işçinin çalıştığı bir işyerinde, çalışma saatlerini kısaltmak veya işten çıkarmaları engellemek amacıyla, geçici işçi olarak istihdam edilmemiş işçilerin oniki ay süresince devredilebileceklerine ilişkin bir düzenleme mevcuttur (AÜGŞ 1 Abs. 1).

b. Meslekî Faaliyet Olan Geçici İş İlişkisinin Unsurları

Meslekî faaliyet olarak geçici iş ilişkisi, genellikle özel istihdam büroları aracılığıyla yürütülen bir faaliyettir. Unsurları ise, geçici iş ilişkisinin bir özel istihdam bürosu aracılığıyla, yazılı bir sözleşme çerçevesinde ve belirli bir süre için kurulmasıdır⁴⁷⁶.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde emir ve talimat verme yetkisi devralan işverene devredilmektedir. Bu bakımdan, klasik iş ilişkisinden ayrılmaktadır, zira yönetim yetkisi geçici bir süreliğine de olsa, kendisiyle iş sözleşmesi akdedilen işveren haricindeki bir işverenin kullanımına sunulmaktadır⁴⁷⁷.

Bir diğer husus da, akdi ilişkinin “geçici” olmasıdır. Kural olarak iş sözleşmesinin, aksi yönde bir anlaşma olmadığı müddetçe belirsiz süreli olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, aksi yönde anlaşmalar akdedilebilir ve sözleşme belirli süreyle sınırlandırılabilir. Ancak geçici iş ilişkisi, belirli süreli iş sözleşmelerinden de ayrılmaktadır. Zira

⁴⁷⁴ Almanya’da her ne kadar yürürlükte olan kanunlar, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine süre sınırı öngörüyor olsa da, tarihsel sürece bakıldığında; bir ay, altı ay, dokuz ay ve oniki aylık sınırlar konulmuştur. Dolayısıyla, kademeli bir gelişim yaşanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Orhan Ersun Civan, “Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s.336-337.

⁴⁷⁵ Uşen, **a.g.e.**, s. 27.

⁴⁷⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 210.

⁴⁷⁷ **A.e.**, s. 216.

belirli süreli iş sözleşmelerinde, her ne kadar süre belirli de olsa, bir geçicilikten bahsedilemeyecektir. Bizatihi geçicilik vasfı, kurulan iş ilişkisinin fer'î olduğunu, esasında başka bir iş ilişkisine dayalı olarak ortaya çıktığını ifade etmektedir⁴⁷⁸. Oysaki belirli süreli iş sözleşmesinde tek bir iş sözleşmesi mevcuttur. Bu bakımdan geçici iş ilişkisi, bağımlılık unsurunun tesis edilmesi noktasında da belirli süreli iş sözleşmesinden ayrılmaktadır.

4. Hükümleri

Geçici iş ilişkisi kapsamında, işçinin devredilen tüm hak ve alacaklarından her iki işveren birlikte (müteselsil) sorumludur⁴⁷⁹. Bu özelliğiyle, iş sözleşmesinin devrinden farklılaşmaktadır. Ancak birlikte sorumluluk, ücret ödeme borcunun öncelikli olarak devralan işveren tarafından yerine getirilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. İşçi, devralan işveren tarafından ücretinin ödenmemesi halinde devreden işverene başvurabilecektir.

Eşit davranma borcu bakımından her iki işveren de yükümlülük altındadır⁴⁸⁰. Her ne kadar devreden işverenin ücret ödeme yükümlülüğü geçici iş ilişkisi süresince ikincil olarak gündeme geliyor olsa dahi, halen kendi işyerinde ve kendi talimatları doğrultusunda çalıştırdığı işçilerine sağladığı haklardan ve ücret artışlarından geçici işçi olarak devrettiği

⁴⁷⁸ Erdem Özdemir, “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 18, 2010, s. 22.

⁴⁷⁹ Süzek, **a.g.e.**, s. 280. Ayrıca bkz. “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür...” şeklinde düzenlenen geçici iş ilişkisi kapsamında, aynı düzenlemenin devamında, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumlu olduğu da belirtilmiştir.” Yarg. 10. HD., 2014/18576 E., 2014/20239 K. Tarih: 21.10.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/10-hukuk-dairesi-e-2014-18576-k-2014-20239-t-21-10-2014>, (Çevrimiçi), 16.03.2018.

⁴⁸⁰ Bu husus tartışmalı olmakla birlikte, kanunkoyucu, temel çalışma koşulları bakımından geçici işçiyle diğer işçiler arasında bir ayırım yapılamayacağını düzenlemiştir. “temel çalışma koşullarını sağlamak” ile ifade edilmek istenen ise, devralan işveren, geçici işçiyi kendisi işe alacak olsaydı hangi şartları sağlayacaktıysa o şartları geçici işçiye de sağlamak zorunda olmasıdır. (İş K. m. 7/10). Ayrıca bkz. Bodur, **a.g.e.**, s. 267.

işçisini de şartları gerçekleştiği ve mümkün olduğu hallerde faydalandırmak mecburiyetindedir⁴⁸¹. Devralan işverenin ücret ödeme yükümlülüğü olmadığına kararlaştırılması halinde, devralan işverenin ücret ödeme bakımından eşit davranma yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. Buna karşılık, emir ve talimatlarında kendi işçisi ile geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırdığı işçisi arasında ayırım gözetemeyecektir.⁴⁸²

İşçinin tabi olduğu ve kendisi hakkında hükümleri uygulanacak olan toplu iş sözleşmesi, devredildiği işyerinde uygulanan değil, devreden işverenin işyerinde uygulanandır. Buna karşılık; ara dinlenmesi, çalışma süreleri gibi hususlarda kendi işçilerinin tabi olduğu kuralları geçici işçiye uygulamak zorundadır. Aynı şekilde, işyerindeki sendikalı üye sayısının hesaplanması halinde devredilen geçici işçi de dikkate alınacaktır⁴⁸³.

5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi

Geçici iş ilişkisinin hukuki nitelik itibarıyla bir iş ilişkisi ve çalışanın da iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi (bağımlı çalışan) olduğunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, geçici iş ilişkisinin tam anlamıyla iş sözleşmesinin özelliklerini taşıdığından bahsetmek de mümkün değildir. Zira çalışma yeri, emir ve talimatları verme yetkisi, ücretin kim tarafından ödendiği ve eğitimin kim tarafından verildiği hususlarında klasik bir iş sözleşmesinden farklı hükümleri bünyesinde barındırmaktadır.

⁴⁸¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 216. Ayrıca bkz. “İşveren işçiyi gözetme yanında eşit davranma yükümlülüğü altındadır.” Yarg. 9. HD., 2007/26179 E., 2008/33761 K., Tarih: 16.12.2008, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama?p=RFLgwoLLvo4dvg7DPvkQj9nfsCEoaYmHf_CAGbFGKyZrQ_bBOrP3jMdY_U4XhkLeEp0o7N0e8RbR4F8dIRc6n4g, (Çevrimiçi), 17.03.2018.; “İşçinin ödünç alan işverene iş görme, talimatlara uyma ve sadakat borcu bulunmaktadır. Ödünç alan işveren de işçiyi gözetme yanında eşit davranma yükümlülüğü altındadır.” Yarg. 7. HD., 2013/18095 E., 2014/29 K., Tarih: 10.01.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-hukuk-dairesi-e-2013-18095-k-2014-29-t-10-1-2014>, (Çevrimiçi), 17.03.2018.

⁴⁸² Manfred Löwisch, “Labor Law in Europe”, **Ritsumeikan Law Review**, S. 20, 2003, s. 110.

⁴⁸³ Çifter/Demir, a.g.m., s. 14-15.

a. Çalışma yeri

Geçici iş ilişkisi kapsamında işçi, iş sözleşmesinin konusunu işi devreden işverenin işyerinden farklı bir işyerinde ifa etmek zorundadır. Söz konusu işyeri, işyerinin eklentisi niteliğinde de değildir. Zira başka bir işverence yönetilmektedir ve devreden işverenin işyerinden tamamen bağımsızdır⁴⁸⁴. Ancak, meslekî faaliyet olmayan geçici iş ilişkisi bakımından, işin başka yerde görülüyor olmasının, bağımlılık unsurunu zedelediğini veya zayıflattığını ifade etmek pek de mümkün olmayacaktır. Zira çalışma koşullarının değiştirilmesi kuralları çerçevesinde işçiden alınmış muvafakat ve işçinin hâlihâzırda çalıştığı, geçici iş ilişkisi sona erdikten sonra da döneceği bir işyeri mevcuttur.

Oysaki meslekî faaliyet olan geçici iş ilişkisinde işçi, devreden işverenin işyerinde çalıştırılmamaktadır. İşçi, geçici iş ilişkisi çerçevesinde devredilmek üzere işverenin sözleşme akdetmekte ve işverenin yanında herhangi bir işte çalıştırılmayacağını bilmekte, hatta istemektedir⁴⁸⁵. Bu durumda, işçinin iş sözleşmesi akdetmiş olduğu işverene bağlı olan herhangi bir işyerinde çalıştığından, dolayısıyla da bağımlılığın bahsetmek zorlaşacaktır⁴⁸⁶.

b. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı

Geçici iş ilişkisinde işçi, devreden işverenin işyerinden başka ve başka bir işverene ait, onun talimatları doğrultusunda işleyen bir işyerinde çalıştığından, devreden işverenin egemenlik alanından çıkmaktadır. Devralan işverenin işyeri düzenine uyma zorunluluğu

⁴⁸⁴ Burada ifade edilen bağımsızlık, aynı holding veya şirketler topluluğu bünyesinde olmak şartıyla bir arada değerlendirildiğinde çelişkiye sebep oluyor gibi görülebilir. Ancak, işyeri kavramından yola çıkıldığında, her ne kadar hiyerarşik olarak üst bir yapılanmaya bağlı olsalar da temelde iki farklı işverene ait ve birbirinden farklı işlerin görüldüğü işyerlerinden bahsetmek gerekecektir.

⁴⁸⁵ Uşen, **a.g.e.**, s. 16.

⁴⁸⁶ Frantziach, **a.g.e.**, s. 32.

vardır.⁴⁸⁷ Devreden işverenin yönetim hakkının daralmasına⁴⁸⁸ yol açan bu durum, bağımlılık ilişkisi bakımından da sorunlu bir hal arz etmektedir. Devreden işverenin işin nasıl yerine getirileceğine, çalışma düzenine ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin vb. hususlarda emir ve talimat verme yetkisi geçici bir süreliğine de olsa ortadan kalkmaktadır⁴⁸⁹.

Her ne kadar devreden işverenin emir ve talimat verme yetkisi daralıyor olsa da, işçiyi gözetme borcundan kaynaklanan sorumluluğu devam etmektedir. Böylesi bir durumda dikkat edilmesi gereken nokta; işçinin her iki işverenin birbiriyle çelişen emir ve talimatlarından hangisine uyması gerekeceğidir. Örneğin; devralan işverenin iş sağlığı ve güvenliğini yeteri kadar gözetmeyen fakat mevzuata da aykırı olmayan bir talimatı veya uygulaması, devreden işverenin ise o konu hakkında daha doğru emir ve talimatı söz konusu olduğunda, böylesi bir durumla karşılaşılacaktır. Emir ve talimat verme yetkisinin bu esnada devralan işverende olmasından bahisle -kanuni düzenlemenin aksine de olsa- yalnızca devralan işverenin sorumlu olması gerektiği değerlendirilirse, ekonomik risk unsuru da göz önünde bulundurulduğunda, artık bağımlılık ilişkisinin bu işveren ile işçi arasında gerçekleştiği söylenebilir.

Bununla birlikte, yasal düzenleme her iki işverenin de gözetme borcundan ve dolayısıyla işin yapılması neticesinde işçi üzerinde meydana gelebilecek zararlardan sorumlu olacağını düzenlemiştir. [İş K m. 7/3 (değişiklikten önceki); İş K. m. 7/13 (değişiklikten sonraki)] O halde her iki işverenin de ekonomik riske katlandığından bahsedilecektir.

Meslekî faaliyet olan geçici iş ilişkisi bakımından ise sorun daha da çetrefilleşmektedir. Zira devreden işveren konumunda olan özel istihdam bürosunun işçiye geçici olarak çalışacağı işyerini bildirmek ve burada çalışmasını emretmekten başka emir ve talimat

⁴⁸⁷ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 257.

⁴⁸⁸ Narmanlıoğlu, “İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödüş ‘Geçici’ İş İlişkisi)”, s. 18.; Abdurrahman Benli, Yusuf Yiğit, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Sonuçları”, **Kamu-İş**, C. 8, S. 4, 2006, s. 19.

⁴⁸⁹ Prassl, **a.g.e.**, s. 87.; Stephanie Kaufmann, **Arbeitnehmerüberlassung: Allgemeiner Überblick und Auswirkungen der Reform auf die betriebliche Praxis**, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, 1998, s. 86.; Altıntepe, **a.g.e.**, s. 56.

verme hakkı kapsamında gündeme gelebilecek herhangi bir husus bulunmamaktadır⁴⁹⁰. Böylesi bir iş ilişkisinin iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin hukuk kuralları çerçevesinde mümkün olmadığı açıktır. Zira bağımlılık unsuru bakımından en önemli ölçütler arasında yer alan emir ve talimat verme yetkisinin varlığından söz edilemeyecektir. Haliyle de bağımlılık unsurunun hem mesleki olan hem de olmayan geçici iş ilişkileri bakımından önemli ölçüde aşıldığından bahsetmek yerinde olacaktır. Ancak, söz konusu durum, geçici iş ilişkisinin istisnâî karakterinden kaynaklanmaktadır. Netice olarak da, geçici iş ilişkisi kapsamında çalışanların işçi oldukları hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır⁴⁹¹.

c. Ücretin Kim Tarafından Ödendiği

İşçinin, geçici iş ilişkisi kapsamında yaptığı işin karşılığı olan ücretin ödenmesinden öncelikli olarak devreden işveren sorumludur⁴⁹². Ancak geçici iş ilişkisi süresince ödenmeyen ücretten ve diğer alacaklardan devralan işverenin de sorumluluğu bulunmaktadır⁴⁹³. Bununla birlikte, aksinin kararlaştırılması ve işverenlerden yalnızca birisinin ücretin ödenmesinden sorumlu tutulması mümkündür⁴⁹⁴.

Ücret unsuru tek başına değerlendirildiğinde, geçici iş ilişkisindeki bağımlılığın varlığını ve derecesini belirlemede yeterli olmayacaktır. Zira devralan işverenin ücreti ödemekten sorumlu olması kararlaştırılsa dahi, ekonomik riske katlanma yükümlülüğünün el

⁴⁹⁰ Güzel/Heper, a.g.m., s. 45.

⁴⁹¹ Orhan Ersun Civan, “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, **AÜHFD**, C. 66, S. 2, 2017, s. 316-317.

⁴⁹² Rolf Wank, “Leiharbeitsverhältnis”, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, hg. Von Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt, Münih, C.H. Beck, 2015, s. 643.; Keser, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansımaları”, s. 68.

⁴⁹³ “Ödünç iş ilişkisinde ücret ödeme yükümlülüğü yine ödünç veren işverene aittir. Ancak geçici iş ilişkisi kurulan işveren de kendisinde çalıştığı süre ile sınırlı olarak ödenmeyen ücretten ve işçiyi gözetme borcu ile sosyal sigorta priminden ödünç veren işverenle birlikte sorumludur.” Bkz. Yarg. 7. HD., 2013/18095 E., 2014/29 K., Tarih: 10.01.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-hukuk-dairesi-e-2013-18095-k-2014-29-t-10-1-2014>, (Çevrimiçi), 17.03.2018.

⁴⁹⁴ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 373.; Keser, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansımaları”, s. 69.

değiştirdiğinden bahsedilemeyecektir. Tipik bir iş ilişkisinde ve iş sözleşmesinde de ücret ödeme borcunun işçinin rızası bulunması şartıyla üçüncü bir kimseye devri kararlaştırılabilecektir⁴⁹⁵.

d. Eğitim

Eğitim ölçütü, geçici iş ilişkisindeki bağımlılık unsurunun varlığına dolaylı olarak etkide bulunmaktadır. Gözetme borcuyla birlikte ele alınması gereken eğitim ölçütü, geçici iş ilişkisi bakımından, işçiye verilecek iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri ve buna bağlı olarak, iş kazalarından sorumluluk hususlarında özellik arz etmektedir. Her iki işverenin de işçiyi gözetme, dolayısıyla da gündeme gelebilecek iş kazalarından ve meslek hastalıklarından sorumlulukları bulunmaktadır⁴⁹⁶. Aynı şekilde, her ne kadar 6331 sayılı Kanun'da bu yönde emredici bir hüküm bulunmasa dahi, 4857 sayılı Kanun m.7/9-f hükmü gereğince devralan işverenin, işçiye iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eğitimleri vermek zorunda olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁷.

Eğitimin devreden işveren tarafından verilmemiş olmasının onun bu yükümlülüğünü ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususu bir yana, devralan işverenin kendi işçisi olmayan bir kişiye iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermenin kanunen zorunlu hale getirilmiş olması⁴⁹⁸, bağımlılık ilişkisinin tespiti açısından kanun eliyle bir belirsizlik tesis edilmesine sebep olmuştur. Zira devralan işveren, her ne kadar gözetme sorumluluğunu üstlenmişse de, eğitim verdiği işçi kendisinin işçisi değildir. İşçiyi gözetme borcu geçici iş ilişkisi neticesinde her iki işverenin üzerine yüklense de, devralan işverenin yanında çalıştığı sürece devreden işverenin işçiye herhangi bir eğitim vermesi mümkün değildir. Bu bakımdan, devreden

⁴⁹⁵ Süzek, **a.g.e.**, s. 358.

⁴⁹⁶ Narmanlıoğlu, a.g.m., s. 18.

⁴⁹⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 377. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 2011/21-290 E., 2011/361 K., Tarih: 25.05.2011, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2011-21-290-k-2011-361-t-25-5-2011>, (Çevrimiçi), 17.03.2018.

⁴⁹⁸ Canan Erdoğan, "Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", **YBHD**, S. 2, 2017, s.142.

işverenin işçiyi gözetme borcunu yerine getirmesinden bahsedilememektedir. Dolayısıyla da bağımlılık unsurunun geçici iş ilişkisinde zayıfladığı ve aşındığı ifade edilebilecektir.

B. Kısmî Süreli İş Sözleşmeleri

1. Kavram

İş Hukukunda esnekleşme eğilimlerinin neticesi olarak ortaya çıkan sözleşme türlerinden biri olan kısmî süreli iş sözleşmesinin temelinde, tam zamanlı çalışma süresinden vazgeçilebilmesi bulunmaktadır⁴⁹⁹. İşçilerin ve işverenlerin kısmi süreli iş sözleşmesine yönelmelerinin sebepleri arasında; verimliliği artırmak, sosyal olanaklardan faydalanamaktan kaynaklanan işgücü ve motivasyon kaybından kurtulmak⁵⁰⁰, tüketim için harcanacak zamanı artırmak önde gelmektedir⁵⁰¹.

Almanca'da "Teilzeitarbeit", İngilizce 'de "Part Time Work" kavramlarıyla ifade edilen kısmî süreli çalışma, çeşitli ülke kanunlarında farklı şekillerde tanımlansa da, işçinin çalışma süresinin aynı işyerinde yapılan emsal çalışmaya oranla önemli ölçüde az olması, ortak bir unsur olarak öne çıkmaktadır⁵⁰².

⁴⁹⁹ Öner Eyrenci, "Çalışma Hayatındaki Güncel Gelişmeler ve Çağdaş Bir İş Yasası", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, S. 46, 2003, s. 163.; Emre Sevgi, "Kısmi Süreli İş Sözleşmesi", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 22.

⁵⁰⁰ Edwin Schudlich, "Between Consensus and Conflict: On the Development of Industrial Working Times in the Federal Republic of Germany", **The Redesign or Working Time: Promise or Threat?**, Ed. Judith Buber Agassi/ Stephen Heycock, Berlin, Ed. Sigma, 1989, s. 35.; Arne L. Kalleberg, "Nonstandard Employment Relations: Part-Time, Temporary and Contract Work", **Annual Review of Sociology**, C. 26, 2000, s. 344-345.; Frantziach, **a.g.e.**, s. 30.; Mehmet Halis Kahraman, Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 30-31.

⁵⁰¹ Joseph E. Thurman; Gabriele Trah, "Part-Time Work in International Perspective", **Int'l Lab. Rev.**, C. 129, S. 1, s. 37.

⁵⁰² Kalleberg, a.g.m., s. 343.; Nitekim 4857 sayılı İş K. m. 13'te "İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir", İsviçre Borçlar Kanunu m.319'da (OR Art. 319 Abs. 2) "işçinin saat, yarım gün veya gün birimleri üzerinden işverenin hizmetinde çalışması da iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilir" ve Alman Kısmî Süreli ve Belirli Süreli Çalışma Kanunu m. 2/1' de (TzBfG § 2

Avrupa Birliği mevzuatına bakıldığında; 1997 yılında UNICE (Union of Industrial Employers' and Confederations of Europe), CEEP (European Centre of Employers and Enterprises Providing Public Services and Services of General Interest) ve ETUC (European Trade Union Confederation) arasında imzalanan Kısmî Zamanlı Çalışma Hakkında Çerçeve Sözleşme İle İlgili Direktif⁵⁰³ sayesinde, söz konusu çerçeve sözleşmede yapılan ve kısmî süreli çalışmanın temel unsurlarını ihtiva eden tanım AB Konseyi'nce de benimsenmiştir⁵⁰⁴.

Kısmî süreli iş sözleşmesi, Türk İş Hukuku bakımından nispeten yeni bir kavramdır. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'ndan önceki dönemde iş kanunlarında ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almamasına karşılık; doktrinde ve yargı kararlarında, herkesin üzerinde uzlaştığı tek bir tanım olmasa dahi, genel olarak kavram ve unsurları üzerinde bir kabul bulunmaktaydı⁵⁰⁵.

2. Hukuki Niteliği

Kısmî süreli iş sözleşmesi, hukuki nitelik itibarıyla bir iş sözleşmesidir. Bununla birlikte, tipik iş sözleşmesinden çalışma süreleri bakımından farklılaşmaktadır. Nitekim kısmî süreli çalışma kapsamında işçinin, her gün belirli saatlerle çalıştırılacağı kararlaştırılabileceği gibi, haftanın veya ayın belirli günlerinde çalıştırılması da kararlaştırılabilecektir⁵⁰⁶. Önemli olan, işyerinde uygulanan tam süreli emsal çalışmaya/çalışana oranla

Abs. 1) "Tam zamanlı olarak çalışan emsal işçiden, haftalık normal çalışma süresi bakımından daha az çalışan işçidir" söz konusu durum açıkça görülmektedir.

⁵⁰³ 15 Aralık 1997 Tarih ve 97/81/EC Sayılı AB Konseyi Direktifi.

⁵⁰⁴ Günay, **a.g.e.**, s. 328.

⁵⁰⁵ Kahraman, **a.g.e.**, s. 59.

⁵⁰⁶ 4857 sayılı İş Kanunu çalışma süreleri bakımından "hafta" kavramını esas aldığından, ayın belirli günlerinde çalışılacağına dair sözleşme yapılmasının geçerliliğine ilişkin bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ifade edilen yönde bir anlaşmaya varılması halinde sözleşme serbestisi hükümleri gereğince ve işçinin de yararına olduğu ortadaysa geçerli olacağını belirtmek gerekir.

önemli ölçüde daha az çalışılmasının kararlaştırılmış olmasıdır. İş sözleşmesinin diğer unsurları göz önünde bulundurulduğunda ise, kısmî süreli iş sözleşmesinin tam süreli iş sözleşmesiyle herhangi bir farklılığı bulunmamaktadır.

Geçici iş ilişkisinde olduğu gibi, kısmî süreli iş ilişkisinde de kanunkoyucu, ekonomik ve toplumsal ihtiyaçların zorlaması neticesinde tipik iş ilişkisinden farklı özellikleri haiz bir iş ilişkisi türü oluşturmuştur. Bu sebeple, her ne kadar farklılaşan yönleri bulursa da, kısmî süreli çalışma kapsamında çalışanların “işçi (bağımlı çalışan)” ve kurulan sözleşmenin de iş sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir.

3. Unsurları

Kısmî süreli iş sözleşmesinin hem koşulu hem de karakteristik özelliği olması sebebiyle ön plana çıkan temel unsur, çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesine oranla önemli ölçüde daha az belirlenmiş olmasıdır⁵⁰⁷. Bağımlılık unsurunun tespiti açısından da önemli olan çalışma süresi; kısmî süreli iş sözleşmesinde, emsal işçiye veya emsal işe göre önemli miktarda daha az belirlenmek zorundadır⁵⁰⁸. Burada açıklanması gereken hususlar, emsal işçinin kim olduğu, nasıl belirleneceği ve sürenin önemli miktarda az olmasından ne anlaşılacağıdır.

Alman Kısmî Süreli ve Belirli Süreli Çalışma Kanunu’nda emsal işçi, “işyerindeki aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçi” olarak tanımlanmıştır. İş K. m. 7’de de aynı esastan yola çıkılmış ve tanım Türk kanunkoyucusu tarafından da aynen benimsenmiştir. Söz konusu tanım, tam süreli çalışan bir işçinin bulunacağını kabul ettiğinden, örneğin tüm çalışanların kısmî süreli olarak çalıştırıldığı bir işyerinde kimlerin kısmî süreli çalışan olarak değerlendirileceği noktasında sorun doğuracaktır. Ancak kanunkoyucu,

⁵⁰⁷ Sevgi, **a.g.e.**, s. 29.; Yarg. 22. HD. 2013/3656 E., 2014/4846 K., Tarih: 06.03.2014 (Çil, **a.g.e.**, s. 318-319).

⁵⁰⁸ Sevgi, **a.g.e.**, s. 41.; Yarg. HGK., 2012/9-847 E., 2013/200 K., Tarih: 06.02.2013, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2012-9-847-k-2013-200-t-6-2-2013>, (Çevrimiçi), 21.03.2018.

böylesi bir sorunu ortadan kaldırmak için de, işkolu ölçeğinin dikkate alınmasını öngörmüştür. Buna göre, işyerinde tam süreli iş sözleşmesiyle aynı veya benzer işte çalışan bir işçinin olmaması halinde, işyerinin dâhil olduğu işkolunda bulunan ve şartlara uygun bir başka işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, emsal işçi olarak alınacaktır.

Emsal işçinin belirlenmesinde, Kanun'un tanımından ortaya çıkan ve dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta "tam süreli iş sözleşmesi" ile neyin kastedildiğidir. Şayet "tam süre" den haftalık azami çalışma süresi anlaşılıyorsa, iş sözleşmesiyle veya toplu iş sözleşmesiyle bu sürenin altında belirlenmesi halinde hiçbir işçinin tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı kabul edilemeyecektir. Örneğin, taraflarca çalışma süresinin haftalık 35 saat olarak belirlendiği bir işyerinde, kimse kırkbeş saat olan kanunun genel olarak belirlediği haftalık en çok çalışma süresini uygulamayacağından, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçinin bulunmadığı sonucuna varılması gerekecektir. Dolayısıyla ücret ve diğer hakların varlığı ve miktarı konusunda belirsizlikler ortaya çıkacaktır⁵⁰⁹.

Kanunkoyucunun "tam süre" kavramının sınırlarını kesin olarak belirlememesi, esasında bir soruna yol açmak için değil, taraflara ve özellikle de işçiye daha geniş bir hareket alanı ve fayda sağlamak içindir. Zira kanun, haftalık çalışma süresinin en çok kırkbeş saat olarak belirlenebileceğini ifade etmekle, bu sürenin altında belirlenmesinin taraflarca kararlaştırılabileceğini de öngörmüştür. Kanunkoyucunun özellikle işçinin korunması amacıyla hareket ettiği bir durumda, aynı düzenlemeyle diğer taraftan da hak kaybına yol açılmasını amaçladığını düşünmek hem iş hukukunun genel ilkelerine hem de devletin güvenilirliğine aykırı olacaktır. Bu sebeple, kırkbeş saatin altında belirlenen çalışma sürelerinin de "tam süre" kavramı kapsamı dâhilinde düşünülmesi gerektiği açıktır⁵¹⁰. Dolayısıyla, çalışma süresinin kırkbeş saatin altında belirlenmesi halinde, bir işçinin kısmî süreli

⁵⁰⁹ Kahraman, **a.g.e.**, s. 43.

⁵¹⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 446. Ayrıca bkz. Yarg. 21. HD., 2014/11933 E., 2015/12211 K., Tarih: 28.5.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/21-hukuk-dairesi-e-2014-11933-k-2015-12211-t-28-5-2015>, (Çevrimiçi), 17.03.2018.

iş sözleşmesiyle çalışıp çalışmadığı da buna göre değerlendirilecektir. Zira artık o işyerinde, Kanun'un belirlediği “normal çalışma süresi” değil, taraflarca belirlenen “normal çalışma süresi” geçerlidir⁵¹¹.

İnceleme konusu olan diğer husus “çalışma süresinin önemli miktarda daha az belirlenmesi” hakkında kanunkoyucu, İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği⁵¹²,nde “önemli miktar” kavramından 2/3 oranının ve otuz saati aşmayan çalışmanın anlaşılacağını belirtmiştir⁵¹³. 2/3 oranının tam süreli çalışma olan kırkbeş saat üzerinden belirlenmesi suretiyle haftalık otuz saate ulaşıldığı açıktır. Ancak çalışma süresinin kırkbeş saatin altında belirlendiği hallerde de aynı oran üzerinden bir değerlendirme mi yapılacağı yoksa otuz saatin altında çalışılması halinde herhangi bir hesaplama gerekliliklerinden kısmî süreli çalışan olarak mı kabul edileceği, izahı zorunlu olan bir husustur. Bu noktada, taraflarca belirlenen ve kırkbeş saatin altında olan çalışma süresinin o işyeri için “normal çalışma süresi” olduğunu ve dolayısıyla da 2/3 oranının bunun üzerinden hesaplanması gerektiği kabul edilmelidir⁵¹⁴.

4. Hükümleri

Kısmî süreli iş sözleşmeleri bakımından kanunkoyucunun getirmiş olduğu önemli düzenlemelerden bir tanesi, kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre farklı muameleye tabi tutulamayacağıdır (İş K. m. 13/2; § 4 Abs. 1 TzBfG). İşverenin eşit davranma borcu kapsamında da değerlendirilmesi mümkün olan söz konusu düzenleme, mutlak eşitliği ifade etmemektedir. Ayrım yapılmasını haklı kılan nedenlerin varlığı halinde, işverenin kısmî süreli iş sözleşmesiyle çalışan

⁵¹¹ Kahraman, **a.g.e.**, s. 43.

⁵¹² RG. T. 06.04.2004, No. 25425

⁵¹³ Millward/Bryson/Fort, **a.g.e.**, s. 44.; Haluk Hadi Sümer, **İş Hukuku Uygulamaları**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016, s. 48-49.

⁵¹⁴ Kahraman, **a.g.e.**, s. 43.

işçi hakkında farklı işlemler uygulaması mümkündür⁵¹⁵. Nitekim İş K. gerekçesinde de, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye tanınan hakların aynen kısmî süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye de uygulanması halinde eşitlikten değil, tam anlamıyla bir eşitsizlikten bahsedileceği ifade edilmektedir⁵¹⁶.

Kısmi süreli çalışan işçinin alacağı ücret, tam süreli çalışanın aldığı ücret üzerinden çalıştığı süreyle orantılı olarak hesaplanır⁵¹⁷. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin kıdem tazminatına hak kazanma açısından da tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Bu bakımdan, kısmî süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin kıdemi, çalıştığı süreler toplanarak değil, sözleşmenin başlangıç ve bitiş süreleri arasında geçen zaman dikkate alınarak hesaplanır⁵¹⁸. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin birden fazla işveren için çalışmaları mümkün olduğundan, bunların kıdem tazminatlarının nasıl hesaplanacağına da açıklanması gerekmektedir. Kısmi süreli iş sözleşmeleriyle birden fazla işveren için çalışan işçinin her bir işverenle ayrı ayrı iş sözleşmesi akdetmesi sebebiyle, kıdem tazminatı bakımından da her işveren, işçiyi kendi yanında çalıştırdığı süreyle sınırlı olarak sorumlu tutulacaktır.

⁵¹⁵ Preis, **a.g.e.**, s. 580.; Gerd Müller Volbehr, "Teilzeitarbeit und kirchliche Arbeitsverhältnisse", **NZA**, Heft 6, 2002, s. 303.

⁵¹⁶ TİSK, **4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi**, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara, Matsa Basımevi, 2009, s. 92.

⁵¹⁷ Burada ifade edilmesi gereken özel bir husus, kısmi süreli çalışanın aldığı ücretin, asgarî ücretin altında belirlenmesi halinde kanuna aykırı bir durumun söz konusu olup olmayacağıdır. İş Kanunu'nda konuya ilişkin hüküm bulunmamasıyla birlikte, yargı kararlarında sorun çözüme ulaştırılmıştır. Yargıtay HGK'nın 12.3.2003 tarihli ve E. 2003/21-143 K. 2003/159 sayılı kararında işverenden kısmi süreli çalışan işçiye, asgarî ücretin tamamını ödemesinin istenemeyeceği, bununla birlikte işçiye belirli bir süre için ödenecek ücret aynı süre için hesaplanacak asgarî ücretin altında bir ücretin de ödenemeyeceği hükme bağlanmıştır.

⁵¹⁸ Doktrinde hakim olan görüş, başından beri kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin kıdeminin hesaplanmasında sözleşme süresinin dikkate alınması gerektiği yönünde olmuştur. Buna karşılık Yargıtay, 2000 yılına kadar verdiği kararlarda kısmi süreli çalışan işçinin kıdeminin hesabında çalıştığı sürelerin toplanması suretiyle kıdeme esas sürenin belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ancak 2000 yılından itibaren doktrindeki hâkim görüşe uyarak sözleşme süresinin kısmi süreli çalışan işçilerin kıdem hesabında dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. Yarg. 9. HD. 1977/13902 E., 1977/15481, Tarih: 24.10.1977 K., Mahmut Cuhruk, **Kıdem Tazminatı ve Uygulaması**, Ankara, 1978.; Yarg. 9. HD. 2000/8184 E., 2000/12733 K., Tarih: 27.9.2000; Yarg. HGK 203/21-143 E., 2003/159 K., Tarih: 12.3.2003, www.kazanci.com, (Çevrimiçi), 04.04.2017.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği⁵¹⁹ m. 8/d'de açıkça belirtildiği üzere, Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma hükümlerinin kısmî süreli çalışanlar hakkında uygulanması mümkün değildir⁵²⁰. Yönetmeliğe göre, kısmî süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştırılan işçilere, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yaptırılmayacaktır. Zira her iki kurumun da ortaya çıkmasındaki temel sebep, tam süreli çalışmanın istenilen üretimi yapma noktasında yetersiz kalması, tam sürenin aşılması suretiyle de söz konusu yetersizliğin ortadan kaldırılmasıdır. Oysaki kısmî süreli iş sözleşmesinin temelinde ise, tam süreli çalışmadan kaçınma, hatta tam süreli çalışmaya oranla önemli ölçüde daha az çalışma amacı yatmaktadır. Dolayısıyla, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın mantığı ile kısmî süreli çalışmanın mantığı birbirine tamamen zıttır. Kanunkoyucu da bu durumu gözeterek, söz konusu hükmü düzenlemiştir.

5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi

a. İşin Belirli Bir Kişi Tarafından İfa Edilmesi

Kısmî süreli iş sözleşmesinde, sözleşmeyle kararlaştırılan işi işçinin bizzat kendisi yapmaktadır. Ancak kısmî süreli iş sözleşmesinin bir türü olan iş paylaşımına göre çalışmayı konu edinen iş sözleşmelerinde, iş belirli bir kişi tarafından değil, birden fazla kişi tarafından yapılmaktadır⁵²¹. Bu sözleşme türünde, iki veya daha fazla işçinin, bir veya birden fazla işi, işyerinde çalışan diğer işçilerin de onayını almak suretiyle, o işyerinde

⁵¹⁹ RG. T. 06.04.2004, No. 25425.

⁵²⁰ Her ne kadar Yönetmelikte bu yönde bir yasak getirilmiş olsa dahi, doktrinde, kısmî süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan bir işçinin kendisinin onaylaması halinde fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yapabileceği yönünde görüşler mevcuttur. Bkz. Süzek, **a.g.e.**, s. 804.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 653.

⁵²¹ Hanau/Adomeit, **a.g.e.**, s. 150.; Sevgi, **a.g.e.**, s. 45.

önceden belirlenmiş olan veya süregelen çalışma süreleri dâhilinde ve önceden kararlaştırılmış çalışma planı kapsamında çalışmalarını ifade etmektedir⁵²². İş paylaşımı sözleşmesinin nitelikli halinde işçiler, işyerinde uygulanan çalışma süresini kendi aralarında paylaştırarak sözleşmeye konu işi veya işleri yerine getirmektedirler. Çalışma süreleri ve hangi işi kimin yapacağı konusunda karar verme yetkisi işverene değil, kendilerine aittir⁵²³.

Şunu ifade etmek gerekir ki, her ne kadar işçilerin kendi aralarında çalışma süreleri ve işlerin paylaşılması konusunda düzenleme yapmaları mümkün ise de, bu yetki sınırsız değildir. Bir veya birden fazla işin söz konusu olması halinde, sözleşmeyle kararlaştırılan iş bölümünden bir işçi tamamen çıkartılamayacak, diğer işçilerin sürekli olarak onun yerine iş görmesinin kararlaştırılamayacaktır. Zira bu durumda şahsen ifaya aykırı bir durum ortaya çıkacaktır. Buna karşılık, istisnâî hallerle sınırlı kalmak üzere (hastalık, kaza vb.), bu yönde bir anlaşmanın yapılması mümkündür⁵²⁴.

İşçilerin, iş paylaşımını düzenleme yetkileri sınırsız olmamakla birlikte, klasik iş sözleşmesinde bu türden bir imkânın bulunmadığı gerçeği göz önüne alındığında⁵²⁵, iş paylaşımını konu edinen iş sözleşmelerinin de bağımlılık unsurunun zayıflamasına katkıda bulunduğu söylenebilir. Ancak bu durumun, esas olarak, bir işin birden fazla işçi tarafından paylaşılması halinde ortaya çıktığını da ifade etmek gerekir. Zira birden fazla iş olması ve her işin bir işçi tarafından yapılması durumunda, iş paylaşımına taraf olan her işçi ile ayrı bir iş sözleşmesi yapıldığı kabul edildiğinden⁵²⁶, normal bir iş sözleşmesinden ayırt

⁵²² Mahima Takur, Anjali Bansal, Rashmi Maini, “Job sharing as a tool for flexible work systems Creating opportunities for housewives in the Indian labor market”, **Gender in Management: An International Journal**, C. 33, S. 5, s. 351.; Süzek, **a.g.e.**, s. 264.

⁵²³ Cevdet İlhan Günay, “Hukuki Yönden Fazla Çalışma”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 30, 2013, s. 25.

⁵²⁴ Süzek, **a.g.e.**, s. 265.

⁵²⁵ Kapıcının eşinin zorunlu hallerde kapıcı yerine çalışması durumu da iş paylaşımı ile benzerlik göstermekle birlikte, bu başlık altında değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira iş paylaşımında her işçi ile ayrı ayrı bir iş sözleşmesi yapıldığı kabul edilmektedir. Oysaki kapıcının eşi ile işveren arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Bkz. Yarg. 7. HD., 2014/16572 E., 2015/13073 K., Tarih: 25.06.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-hukuk-dairesi-e-2014-16572-k-2015-13073-t-25-6-2015>, (Çevrimiçi), 17.03.2018.

⁵²⁶ Süzek, **a.g.e.**, s. 265.

edilmesi için diğer özelliklerinin bulunup bulunmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

b. İlişkinin Sürekliliği

İş ilişkisinin sürekliliği bakımından kısmi süreli iş sözleşmesiyle tam süreli iş sözleşmesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Kısmî süreli iş sözleşmesi, ani edimli bir sözleşme değildir ve sözleşme konusu iş, sözleşmenin süresi içerisinde sürekli olarak tekrar etmektedir. Aynı şekilde, karşılıklı borç ve yükümlülüklerin de sürekli bir şekilde yerine getirilmesini gerektiren bir hukuki ilişki söz konusudur⁵²⁷.

Bununla birlikte, kısmî süreli iş sözleşmesinin bir çeşidi olan çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde, iş sözleşmesinin kurulması sonucunu doğuran iş ilişkisinin sürekliliğinden bahsetmek aynı kolaylıkta olmamaktadır⁵²⁸. Zira çağrı üzerine çalışmada, işçinin belirli dönemlerde çağrılması ve çağrıldığı dönemde yaptığı iş karşılığında ücrete hak kazanması söz konusudur⁵²⁹. Çağrılmadığı dönemlerde ücrete hak kazanması ve bu dönemlerin kıdem süresinden sayılması da mümkün değildir. Dolayısıyla her ne kadar çalışanın sözleşme süresi çağrılmadığı dönemleri de kapsamakta ise de, çalışanın elde edeceği haklar bakımından yapılacak hesaplamada çalışma süreleri göz önünde bulundurulmaktadır. Yargıtay'ın istikrar kazanan içtihatlarında, kısmî süreli çalışmanın aksine, çağrı üzerine çalışmada maddi haklar bakımından, sözleşme süresinin tamamının göz

⁵²⁷ Sevgi, **a.g.e.**, s. 31.

⁵²⁸ Ulaş Baysal, "Türk ve Alman Hukuku'nda Çağrı Üzerine Çalışma", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 24, S. 1-2, 2012, s. 93.

⁵²⁹ Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin temel mantığı bu olmakla birlikte, kanunkoyucu, meydana gelebilecek olumsuzlukları engellemek amacıyla, tarafların çalışma süresini sözleşme ile belirlemiş olmaları halinde, çalışma süresinin haftalık yirmi saat olarak belirlendiğinin kabul edileceğini ve işçi çalıştırılmasa dahi, bu süre üzerinden belirlenecek ücretin işçiye ödeneceğini düzenlemiştir. (İş K. m. 14/II).

önünde bulundurulamayacağına hükmedilmektedir. Doğal olarak da bunun neticesinde bir takım çelişkiler ortaya çıkmaktadır⁵³⁰.

Tüm dünyada, çağrı üzerine çalışmanın iş sözleşmesinin bir türü olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin klasik iş sözleşmesi özelliklerini tam anlamıyla taşıdığından bahsetmek de mümkün değildir. Nitekim sözleşmenin süresi dâhilinde olmasına karşın işçinin çalıştırılmaması, ayrıca çalıştırılmadığı dönemin kıdem süresinden sayılmaması, klasik iş sözleşmesi düzenlemelerine aykırıdır. Tabii ki klasik iş ilişkisinde de, işçinin çalışmadığı zamanlarda ücrete hak kazanması veya bu sürelerin kıdemden sayılması söz konusu olmayacaktır; fakat işçi çalıştırılmak üzere de sürekli olarak hazırda tutuluyorsa, her ne kadar fiili bir çalışma söz konusu olmasa da işçi, ücrete hak kazanacaktır ve çalıştırılmadığı süreler kıdem süresine dâhil edilecektir. Oysaki çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde böyle bir durumdan bahsedilememektedir. Mevcut durumda, iş sözleşmesi kapsamında çalışılıyor olsa dahi, uygulamada iş sözleşmesinin sağladığı hakları kullanmak pek de mümkün olamayacaktır⁵³¹. Bu durumda, hem işverenin isteği neticesinde sözleşme konusu borcun sürekli olarak ifa edilmemesi hem de sözleşmeyle elde edilmesi mümkün olan hakların elde edilememesi sebebiyle iş sözleşmesinin sürekliliğinden bahsedilememektedir. Netice olarak da çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, bağımlılık unsurunun zayıflamasına katkıda bulunan bir diğer iş sözleşmesi türü olarak ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde işçinin, işverenin emir ve talimatlarına bağlı olmaya devam ettiği, çalışmadığı dönemlerde de bu bağlılığın

⁵³⁰ Yarg. HGK., 2012/9-277 E., 2012/303 K., Tarih: 11.04.2012, www.kazanci.com, (Çevrimiçi), 05.04.2017.

⁵³¹ İş Kanunu'nda belirli sürelerin doldurulması şartına bağlanmış kurumları bakımından çağrı üzerine çalışan işçinin bunlara hak kazanabilmesi, çalıştırıldığı sürelerin uzunluğuna veya kısalığına göre önemli değişiklikler gösterebilecektir. Şayet işçi, yılın yalnızca bir ayında çağrılıyor ise, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için oniki yıl çalışması gerekecektir. Kanımca, kanuna daha uygun olmasını sağlamak bakımından, işçinin çalıştırılmadığı veya çağrılmadığı süreler bakımından da ücrete hak kazandığının ve bu sürelerin kıdem süresine dâhil edilmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bkz. Öner Eyrenci, "İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliliği", **TÜHİS**, C. 16-17, 2001, s. 5.; Selin Sert, "Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesi", **TBB Dergisi**, S. 110, 2014, s. 335-356. 349.

sürdüğü dikkatlerden kaçmamalıdır. Dolayısıyla, söz konusu dönemlerde iş ilişkisinin sürekliliğini koruduğu ve bu sözleşme türü kapsamında çalışanların da bağımlı çalışan olarak değerlendirilmeleri gerektiği yönündeki yorum, iş hukukunun genel ilkelerine de uygun düşmektedir. Ancak, ortada bağımlılık ilişkisinin zayıflamasına yol açacak bir durumun bulunduğunu inkâr etmek de mümkün değildir⁵³².

c. Çalışma Süreleri

Çalışma süresi, kısmî süreli iş sözleşmesinin klasik iş sözleşmesinden farklılaşmasına sebep olmakta, bağımlılık unsurunun kısmi süreli iş sözleşmesinde zayıflamasına yol açmaktadır. Kısmî süreli çalışanın çalışma süresi, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye oranla önemli ölçüde azdır. İşçinin tüm mesaisini bir işte çalışmak üzere harcaması da, bağımlılık unsurunun zayıflamasına yol açar⁵³³.

İş ilişkisinin varlığı bakımından çalışılan sürenin uzunluğunun bir önemi bulunmamaktadır. İş Kanunu, taraflara sınırları çizilmiş de olsa bir sözleşme serbestisi tanımıştır ve çalışma süresi de bu sınırların dışında değildir. Ayrıca, işçi için olumsuz sonuçlara yol açmadığı müddetçe -işçi yararına yorum ilkesi gereği- tarafların çalışma süresini istedikleri gibi belirleme hakları da bulunmaktadır. Dolayısıyla, taraflar birbirlerini iş sözleşmesinin tarafı olarak görüyor, hak ve borçlarını ona göre belirliyorlarsa (hukuken akdi ilişkinin niteliği bakımından bir çekişme bulunmuyorsa), aralarındaki ilişkinin iş ilişkisi olmadığını iddia etmek mümkün olmayacaktır⁵³⁴.

Çalışma süresinin tek başına bağımlılık unsurunun varlığı bakımından, ifade edilen ilkeler çerçevesinde, belirleyici olması mümkün değildir. Ancak, çalışma süresinin kısa bir süre olarak belirlenmesi, başka bir işverenin yanında çalışılması amacıyla gündeme

⁵³² U. Aydın, “Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları”, s. 44.

⁵³³ Ryuichi Yamakawa, “New Wine in Old Bottles: Employee/Independent Contractor Distinction under Japanese Labor Law”, *Comp. Lab. L. & Pol'y Journal*, C. 21, S. 1, 1999, s. 105.

⁵³⁴ Kramer, *a.g.e.*, s. 27.

geliyorsa ve çalışan birden fazla işverenle bağımlılık ilişkisi kuruyorsa, ister istemez çalışma süresinin de bağımlılık unsuru kapsamında dikkate alınması gerekecektir. Zira birden fazla işverenle bağımlılık ilişkisi kurulması, iş sözleşmesinin kişisellik özelliğiyle yakın ilişki içerisinde olan sadakat, rekabet etmeme gibi borçların farklı işverenlere karşı üstlenilmesi sonucunu doğurmaktadır. Netice olarak da, kişisel bağımlılık bakımından bir zayıflama söz konusu olmaktadır.

Bu noktada ifade edilmelidir ki, her ne kadar klasik iş ilişkisi bakımından çalışma süresi, bağımlılığın tesisinde önemli bir unsur olarak değerlendirilse de, mevcut hukuk sistemlerinde, kanunkoyucular tarafından kısmî süreli iş sözleşmesinin ve bazı alt türlerinin yasal olarak düzenlenmiş olması karşısında artık söz konusu değerlendirmenin geçerli olamayacağı açıktır. Çalışanlar, çalışma süresinden bağımsız olarak iş sözleşmesinin tarafı olabilmekte ve bağımlı çalışan statüsüne sahip olmaktadır. Ancak bu durumun bağımlılık unsurunun zayıflamasına katkıda bulunduğunu ifade etmek de yanlış olmayacaktır.

d. Çalışma Düzeni

Özellikle iş paylaşımına göre çalışmayı konu edinen iş sözleşmelerinde ortaya çıkan çalışma saatlerinin ve kimin hangi işte çalışacağına ilişkin işçiler tarafından belirlenebilmesi imkânı, bağımlılık unsurunun temel özelliklerinden uzaklaşılması neticesini doğurmaktadır. Zira çalışma düzenini belirleme hakkı ve yetkisi esas olarak işverene aittir. Eğer bir çalışanın kendi çalışma düzenini belirlediğinden bahsediliyorsa, bu çalışanın işçi (bağımlı çalışan) olduğunu iddia etmek pek de mümkün olmayacaktır.

Ancak iş paylaşımına taraf olan işçilerin çalışma düzenini sınırsız bir şekilde tanzim etme yetkileri bulunmamaktadır. Kanunun getirdiği sınırlamaların yanı sıra, işin ve işyerinin gerekleri doğrultusunda ve diğer işçilerin muvafakat göstermemeleri halinde, iş paylaşımı sözleşmesi kapsamında çalışan işçilerin belirlemiş oldukları düzenin aksine uygulamaların kararlaştırılması da mümkündür. Bu sebeple, iş paylaşımına göre çalışmayı konu edinen sözleşmelerin her ne kadar çalışma düzenine ilişkin hükümleri bakımından,

bağımlılık unsurunun zayıflamasına katkıda buldukları açıksa da, bağımlılığı tamamen ortadan kaldırdığından ve dolayısıyla da bu sözleşme kapsamında çalışanların bağımlı çalışan vasfını yitirdiklerinden bahsedilemeyecektir.

C. Sıfır Saat Sözleşmesi

1. Kavram

Esnekliğin en ileri görünümünden birisi olarak değerlendirilebilecek sıfır saat sözleşmesi⁵³⁵, son zamanlarda Avrupa’da, özellikle de İngiltere’de, hızlı bir şekilde yayılmaktadır⁵³⁶. Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin özel bir türü olarak nitelenen sıfır saat çalışması, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarının neredeyse tamamının ortadan kaldırılmasını ve avantajın tamamıyla işverene geçmesini amaçlayan bir çalışma olarak kurgulanmıştır⁵³⁷. Sıfır saat sözleşmeleriyle işverenlerin, iş sözleşmesi kapsamında üstlenmek zorunda oldukları birtakım yükümlülüklerin ortadan kaldırılması ve işçilerin de iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını elde etmelerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

2008 Krizinden sonra İngiltere’de, ekonomik bakımdan içine düşülen darboğazı aşmak adına uygulamada başvurulan bir yöntem haline gelen sıfır saat sözleşmesi, hızla

⁵³⁵ Fuat Man, “Bir Hiper Esnek İstihdam Türü Olarak ‘Sıfır Süreli Sözleşme’: Akışkanlardan Gazlara Geçiş mi?”, **Emek ve Toplum**, C.4, S.4, 2015, s. 86.

⁵³⁶ Sıfır saat sözleşmesi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlar içerisinde son zamanlarda en çok gündemde olanı, UBER şirketi ile bu şirket için iş ifa eden sürücüler arasındaki ilişkidir. Bu ilişkide UBER, sürücülere herhangi bir ücret veya iş garantisi vermemekte, fakat sürücülerden sistemde buldukları süre içerisinde daima çalışmaya hazır vaziyette bulunmalarını istemektedir. İngiltere’de yargılama konusu olan UBER ve sürücüler arasındaki “işçi (bağımlı çalışan) statüsü” bakımından yaşanan bir anlaşmazlıkta mahkeme bu hususu da göz önünde bulundurarak sürücülerin “bağımlı çalışan” oldukları sonucuna varmıştır. Bkz. Uber BV v Aslam [2018] EWCA Civ 2748, https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/12/uber-bv-ors-v-aslam-ors-judgment-19.12.18_.pdf, (Çevrimiçi), 12.03.2019.

⁵³⁷ A.e., s. 95.; Peter A. Reilly, “Balancing Flexibility—Meeting the Interests of Employer and Employee”, **European Journal of Work and Organizational Psychology**, C.7, S. 1, 1998, s. 18.

yaygınlaşmıştır. Öyle ki 2005 yılında yirmi bin kişi sıfır saat sözleşmesi kapsamında istihdam edilmekteyken, bu sayı 2013 yılına gelindiğinde bir milyonu aşmıştır⁵³⁸.

Yasa koyucular tarafından henüz düzenlenmemiş olan sıfır saat sözleşmesi, konjonktürel olarak ortaya çıkan bir çalışma türü şeklinde değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte, “dibe doğru yarış” kavramı çerçevesinde, iş güvencesi duvarının yıkılmasına sebep olması ve güvencesiz çalışma şekillerinin uygulanması noktasında işverenlere cesaret vermesi bakımından önemlidir⁵³⁹.

Esasında kısmi süreli iş sözleşmeleri için ifade edilen hususlar bu çalışma türü bakımından da geçerli olsa da, son zamanlardaki yayılma hızının yüksekliği de göz önüne alındığında, tez içerisinde yer verilmesi ve bu çalışma türü kapsamında istihdam edilen kişilerin de bağımlılık durumlarının ve hukuki statülerinin tespit edilmesinin yerinde olacağı düşünülmüştür.

2. Hukuki Niteliği

Sıfır saat sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda öğretilerdeki genel görüş, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin özel bir türü olduğu yönündedir⁵⁴⁰. Ayrıca, İngiltere’de yapılan bir araştırmada, bu sözleşme kapsamında çalışanların da işverenlerin önemli bir kısmı tarafından “işçi (employee)” olarak görüldükleri tespit edilmiştir⁵⁴¹.

⁵³⁸ Mehmet Atilla Güler, “Uluslararası İstihdam Stratejisi Bağlamında Türkiye’de Güvencesiz Çalışma”, **Çalışma ve Toplum**, C.2, S. 45, 2015, s. 160. Sıfır saat sözleşmeleri kapsamında çalışanların İngiltere’deki tüm çalışanlar arasındaki oranının 1998 yılında yüzde beş olduğu dikkate alındığında, 2008 krizinin bu sözleşmenin yayılmasında nasıl bir etkisi olduğunun ve ne kadar kısa sürede yayıldığına görülmesi bakımından önemlidir. Bkz. lane Willis, “Subcontracted Employment and Its Challenge to Labor”, **Labor Studies Journal**, C. 34, S. 4, 2009, s. 444.

⁵³⁹ A.e., Greene, a.g.m., s. 194.; Patricia Leighton, Richard W. Painter, “Casual workers: still marginal after all these years?”, **Employee Relations**, C. 23, S. 1, 2001, s. 76.

⁵⁴⁰ Man, a.g.m., s. 94.; Güler, a.g.m., s. 160.

⁵⁴¹ Leighton/Painter, a.g.m., s. 80.; Man, a.g.m., s. 97.

Sıfır saat sözleşmesi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesiyle önemli benzerlikler göstermekle birlikte, en esnek çalışma türlerinden bir olarak kabul edilen çağrı üzerine çalışmadan bile daha esnek ve güvencesiz bir çalışma ortamı oluşturmaktadır. Zira sıfır saat sözleşmesinin aksine, çağrı üzerine çalışmada işçinin işveren tarafından çağrılmaması veya kendisine iş verilmemesi, kısacası anlaşılan dönem içerisinde işçiyi çalıştırmaması halinde işçinin bir takım haklara sahip olması yine de mümkün olabilmektedir⁵⁴².

Sıfır saat sözleşmesiyle çalışan bir kişinin işverenle arasında tesis edilen ilişki, eser sözleşmesiyle görünürde de olsa benzerlik göstermektedir. Zira işveren, ihtiyacı olduğu bir zaman dilimi veya iş için işçiyi çağrıda bulunmakta ve ifa edilmesi istenen iş ifa edildikten sonra da bu kişinin çalışmaya devam etmesi söz konusu olmamakta, yaptığı işin karşılığını almaktan başka da herhangi bir ücret hakkı doğmamaktadır. Bu bakımdan değerlendirildiğinde çalışanın, eser sözleşmesi kapsamında çalışan bir müteahhit olduğu ileri sürülebilir. Nitekim oranı az olsa da, İngiltere'deki işverenlerin yüzde üçlük bir kesimi, sıfır saat sözleşmesiyle çalışanları kendi hesabına bağımsız çalışan kişiler olarak değerlendirmektedir⁵⁴³.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Her ne kadar henüz yasal bir kurum haline gelmemiş olsa ve bu sözleşme kapsamında çalışanlar yasal güvence altına alınmamış olsa dahi, işverenler yine de bu kişileri işçi olarak görmektedirler. Dolayısıyla, sıfır saat sözleşmesinin hukuki niteliğinin “iş sözleşmesi” olduğu konusunda esasında ne öğretide ne de uygulamada bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır⁵⁴⁴. Ancak bu durum, sıfır saat sözleşmesinin kanuna veya iş hukukunun temel esaslarına uygun bir kurum olduğu anlamına gelmemektedir.

⁵⁴² Örneğin, Türk Hukuku'nda işçi çağrılmasına rağmen çalıştırılmasa dahi günlük en az dört saatlik ücreti nispetinde bir ödeme kendisine yapılmak zorundadır. Ayrıca, İş K. m. 14/2 hükmüne göre, tarafların çalışma süresini belirlememiş olmaları halinde, haftalık çalışma süresinin yirmi saat olarak kararlaştırıldığı varsayılmaktadır. Bkz. U. Aydın, “Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları”, s. 43.

⁵⁴³ Man, a.g.m., s. 97.

⁵⁴⁴ Doug Pyper, Daniel Harari, “Zero Hours Contracts”, (İngiliz Parlamentosuna Sunulan Çalışma Notu) SN/BT/6553, 04.07.2013, s. 6.

Öncelikle, sıfır saat sözleşmesi, iş güvencesinin alabildiğine düşük seviyeye indirilmesine ve çalışanın güvencesiz çalışmasına yol açmaktadır⁵⁴⁵. Bu bakımdan, olan ve olması gereken hukuk bakımından kabul edilebilir bir niteliği bulunmamaktadır. Nitekim çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde işverenin çalışma süresini tek taraflı belirleyebilmesinin hakkın kötüye kullanımına yol açtığı ve hukuka aykırı durumları ortaya çıkarttığı yönünde görüşler bulunmaktayken⁵⁴⁶, çalışma süresinin “sıfır” olarak düzenlenmesi kabul edilemeyecektir.

Aynı şekilde, çağrı üzerine çalışmada mevcut olan, işverenin belirli bir zaman dilimi öncesinde çağrıda bulunma, çağırdığında belirli sürelerde çalıştırma veya çalıştırmaya bile asgari sınırı belirlenmiş olan miktarlarda ücret ödeme zorunluluğunun sıfır saat sözleşmesiyle tamamen ortadan kaldırılması da hukuka uygun değildir.

İfade edilen hususlar göz önüne alındığında, sıfır saat sözleşmesinin ekonomik kriz döneminde ortaya çıkan ve çalışanların iş bulma kaygısını “güvenceli iş bulma kaygısı”ndan öne koydukları bir ortamda işverenlerin durumdan fayda sağlamak amacıyla başvurdukları bir yöntem olarak değerlendirilebilir. Buna bir hukuki kılıf uydurmak, çalışanların İş Kanunları’ndan ve sosyal koruma düzenlemelerinden kaynaklanan kazanımlarını ortadan kaldırmaya sebebiyet verecektir⁵⁴⁷. İlaveten, hukuki açıdan bakıldığında da esasen “sıfır saat sözleşmesi” nin geçerli bir sözleşme olduğunu da iddia etmek mümkün değildir. Tabii sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde düşünüldüğünde tarafların kanunlara, ahlaka ve adaba aykırı olmayan nitelikteki her türlü sözleşmeleri akdetmeleri mümkündür. Ancak sözleşme özgürlüğü prensibinin iş hukuku alanında bir takım ek sınırlamalara tabi olduğu ve dolayısıyla da sıfır saat sözleşmelerinin bu sınırlamaların dışında kaldığı tartışmasızdır⁵⁴⁸.

Netice olarak, sıfır saat sözleşmelerinin hukuki nitelik bakımından “çağrı üzerine çalışmaya dayalı” iş sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesi ve kanunlarda bu sözleşme

⁵⁴⁵ A.e., s. 5-6.; Güler, a.g.m., s. 160.

⁵⁴⁶ Süzek, **a.g.e.**, s. 263.; Baysal, “Türk ve Alman Hukuku’nda Çağrı Üzerine Çalışma”, s. 96.

⁵⁴⁷ Frantziach, **a.g.e.**, s. 34-35.

⁵⁴⁸ Leighton/Painter, a.g.m., s. 83.

için belirlenmiş kurallara tâbî olması, bunlara aykırı düzenlemeler yapılması halinde de işçinin İş Kanunu'ndan kaynaklanan haklarını kullanabilmesi gerektiği görüşü, hakkaniyete en uygun çözüm olarak ifade edilebilecektir.

3. Unsurları

Sıfır saat sözleşmesinin temel unsurları, sözleşmenin kurulmasında herhangi bir çalışma süresinin belirlenmemesi, işçinin çağrı üzerine çalışması ve ücrettir⁵⁴⁹.

İşçi ve işveren arasında her ne kadar bir iş sözleşmesi bulunsa da, taraflar, çalışma saatlerini belirlememektedirler. Böylesi durumlarda kural olarak sözleşmenin türüne göre emsal işçi veya çalışmalar üzerinden bir sürenin belirlenmesi gerekirken, sıfır saat sözleşmesinde bu yola gidilmemekte, herhangi bir çalışma süresi öngörülmemektedir. İşçinin ne kadar süreyle çalışacağı, işveren tarafından belirlenmekte, bu konuda işçiye de herhangi bir taahhütte bulunulmamaktadır⁵⁵⁰.

İşçinin ne zaman ve ne süreyle çalışacağıın belli olmaması, doğal olarak çalışmasının istendiği vaktin işveren tarafından kendisine haber verilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır; ancak burada da çağrı üzerine çalışmada işveren için öngörülen yükümlülüklerin⁵⁵¹ (çalışmanın yapılmasının istendiği günden en az dört gün önce çağrıda bulunulması gibi) bertaraf edildiği ve işverenin istediği her an ve işçinin başka bir yerde çalışıyor olması ihtimalini dikkate almadan işçiyi çalışmaya çağırabileceğini öngörmektedir⁵⁵².

Sıfır saat sözleşmesiyle çalışan işçiler, ücret bakımından da dezavantajlı hale gelmektedir. Zira işçi, yalnızca çalıştığı sürenin karşılığı olan ve çoğunlukla piyasadaki asgari seviyeden belirlenen ücreti alabilmektedir. İşverenle pazarlık etme ve diğer işçilerle da-

⁵⁴⁹ Ian Brinkley, "Flexibility Or Insecurity?: Exploring the Rise of Zero Hours Contracts", Work Foundation, 2013.

⁵⁵⁰ Güler, a.g.m., s. 160.

⁵⁵¹ Detaylı bilgi için bkz. Baysal, "Türk ve Alman Hukuku'nda Çağrı Üzerine Çalışma", s. 95-100.

⁵⁵² Reilly, a.g.m., s. 18.

yanışma yoluyla işverene karşı bir güç oluşturmaları da pek mümkün olmadığından, aldıkları ücretler de düşük seviyelerde kalmaktadır. Ayrıca, ikramiye, prim ve sosyal yardım gibi ücret eki niteliğindeki ödemelerden de çoğu zaman faydalanamadıklarından, aldıkları ücret diğer iş görme sözleşmeleri kapsamında çalışan işçilere göre çok düşük kalmaktadır.

Buna ek olarak, konusu iş görme olan diğer sözleşme kapsamında çalışan işçilerin elde etmeleri mümkün olan kıdem, ihbar tazminatı ve ikramiye gibi tazminat ve ücret eklerine hak kazanmaları mümkün olmamaktadır⁵⁵³. Zira ortada, sözleşmeyle belirlenmiş bir süre ve kıdem hesabında dikkate alınacak kıdem süresi bulunmamaktadır. Yargıtay'ın çağrı üzerine çalışanların kıdem tazminatına hak kazanmalarına ilişkin kararı da dikkate alındığında⁵⁵⁴, sıfır saat sözleşmesiyle çalışan işçilerin, kıdem tazminatına hak kazanmalarının çok zor olduğu görülecektir.

Sonuç olarak, unsurları da dikkate alınarak yapılan değerlendirme neticesinde denilebilir ki, sıfır saat sözleşmesi, kanunu dolanmak amacıyla tesis edilmiş ve hukuki temeli olmayan bir sözleşme türüdür⁵⁵⁵.

4. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi

Sıfır saat sözleşmesinin, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin özel bir türü olması hasebiyle, bu sözleşmenin bağımlılık unsuru bakımından değerlendirilmesi noktasında ifade edilen hususlar sıfır saat sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Sıfır saat sözleşmesi, ihtiva ettiği unsurları itibarıyla ilk bakışta, iş hukuku anlamında bir bağımlılık ilişkisi kurmaktan çok uzak görünmektedir⁵⁵⁶. Bununla birlikte, hem söz konusu unsurla-

⁵⁵³ Leighton/Painter, a.g.m., s. 82.

⁵⁵⁴ Kararın değerlendirmesi için bkz. Fuat Bayram, "Çağrı Üzerine Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hesabında Fiilen Çalışılan Sürelerin Birleştirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 28, 2012, s. 140-145.

⁵⁵⁵ A.e., s. 83.

⁵⁵⁶ Zira çalışma şartları, ücret ödenme yöntemi gibi hususlarda eser sözleşmesiyle önemli ölçüde benzeşmektedir. Ayrıca, sıfır saat sözleşmesiyle çalışan kişinin kendisine iş teklif edildiğinde bunu kabul etmekle yükümlü olup olmadığı da, işverenle arasında bağımlılık ilişkisinin varlığı bakımından dikkate

rın hukuka aykırı bir şekilde uygulanıyor olmasından dolayı hem de işçinin esasında çalışmadığı sürelerde de işverenin emri altında, çalışmaya hazır bulunuyor olması sebebiyle, sıfır saat sözleşmesiyle çalışan bir kişinin işçi (bağımlı çalışan) olarak değerlendirilmesi gerekecektir⁵⁵⁷:

Sıfır saat sözleşmesiyle çalışan işçi, bu çalışmanın doğası itibarıyla, sürekli olarak işverenin işyerinde bulunmamakta, kendisine bir iş verilmemektedir. Hatta bazı hallerde kendisine iş verilen süreler, yılda birkaç günü dahi geçmemektedir. Haliyle, işçinin de yaşamını idame ettirebilmek bakımından başka işlerde çalışması, ücret elde etmesi gerekmektedir. Bu noktada, en azından görünürde, sıfır saat sözleşmesiyle çalışan işçinin, kendi hesabına ve bağımsız çalışan bir kimseden herhangi bir farkı olmamaktadır. Zira yılın sadece birkaç gününde yanında çalıştığı bir kimseyle arasında bağımlılık ilişkisinin kurulduğunu iddia etmek pek de mümkün gözükmeyecektir. Dolayısıyla, sıfır saat sözleşmesiyle çalışan işçinin, gerçekleştirdiği işlerin sonucunda Kârelde eden ve zarara katlanan bir bağımsız çalışan olduğunu değerlendirmek gerekecektir.

Oysaki sıfır saat sözleşmesiyle çalışan kişilerin süre bakımından diğer işçilere göre çok daha az çalışmaları söz konusu olsa dahi, Kârve zararın bu kimselerin üzerinde gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir. Zira bu kimselerin esas itibarıyla Kârelde etme ve zarara katlanma gibi bir düşünceleri bulunmamaktadır. Ayrıca hukuki olarak da, bu kimselerin yapmış oldukları işin karşılığında aldıkları ücret Kârolar olarak değerlendirilecek olsa dahi, zarara katlanmaları söz konusu değildir, çünkü bu kimseler bir girişimde bulunmakta, var olan ve işin yapılması için gerekli olan her türlü imkânın işveren tarafından

alınmalıdır. Şayet böyle bir yükümlülük doğmuyorsa, sıfır saat sözleşmesinden, dolayısıyla da bir iş ilişkisinden bahsedilemeyeceğinden, bağımlılık ilişkisinin de bulunmadığı zonucuna varılacaktır. Bkz. Kelly v Trusthouse Forte Plc [1983] 3 All E.R. 456. (Andrew C. Bell, **Employment Law**, Londra, Sweet & Maxwell, 2006, s. 19.)

⁵⁵⁷ Nitekim bu yönde İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, her ne kadar taraflar arasında bir eser sözleşmesi bulunuyor olsa da, iş sahibinin herhangi bir iş teklif etmekle yükümlü olmamasına rağmen, sözleşmede çalışanın haftanın beş günü ve toplamda kırk saat çalışmaya hazır vaziyette bulunması şartını yerinde görmemiş ve taraflar arasında bir eser sözleşmesi değil, iş sözleşmesi bulunduğu hükmetmiştir. Bkz. Pimlico Plumbers Ltd v Smith [2018] UKSC 29, 2018, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0053-judgment.pdf>, (Çevrimiçi), 11.03.2019.

karşılandığı işlerde çalışmaktadırlar. Tüm bunların yanında, sıfır saat sözleşmesinin iş sözleşmesi olarak temellendirilmesi, bu sözleşme kapsamında çalışan kişilerin herhangi başka bir nitelermeye tabi tutulmalarını da engellemektedir.

D. Tele Çalışma

1. Kavram

1980’li yılların başından itibaren bilgisayar teknolojilerinin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan bir çalışma şekli olan⁵⁵⁸ ve bu sebeple de diğer esnek çalışma modellerine göre daha yeni olan tele çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesine 6715 sayılı K. ile yapılan değişiklikle “uzaktan çalışma” başlığı altında eklenmiş ve tanımlanmıştır. Buna göre; tele çalışma, “işçinin işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.” (İş K. m. 14/4). İngilizce ’de “Telework, teleworking, telecommuting”, Almanca ‘da “Telearbeit, Fernarbeit, Teleheimarbeit” kavramlarıyla ifade edilmektedir. Tele çalışma, esas itibarıyla asıl işyerinden başka bir yerde çalışmayı esas almaktadır⁵⁵⁹. Öğretideki tanımlara göre ise tele çalışma; “çalışanın, işini işvereninden ve müşterisinden uzakta ifa ettiği ve yaptığı işi, bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla ulaştırdığı bir çalışma şekli” veya “işçinin uzaklığının iletişim ve bilgi teknolojisiyle telâfi edilmesi” dir⁵⁶⁰. Tanımlardan yola çıkıldığında şu hususların göz

⁵⁵⁸ Sylvie Montreuil, Katherine Lippel, “Telework and Occupational Health: A Quebec Empirical Study and Regulatory Implications”, **Safety Science**, S. 41, 2003, 339.

⁵⁵⁹ Wank, **Telearbeit**, s. 1.; Vittoria Di Martino, Linda Wirth, “Telework: A New Way of Working and Living”, **International Labour Review**, C. 129, S. 5, 1990, s. 529.

⁵⁶⁰ Wank, **Telearbeit**, s. 1-4.; Ziya Erdem, **Tele Çalışma**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 52.; Karsten Greis, Norbert Kordey, “The Spread of Telework in 2005”, **E-Business: Key Issues, Applications and Technologies**, Ed. Brian Stanford-Smith/Paul T. Kidd, Amsterdam, IOS Press, 2000, s. 84.

önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır: işin görüldüğü mekân, tele çalışanın işverene bağımlılık derecesi ve bilgi teknolojisi kullanımı⁵⁶¹.

İşverenlere, işyerinden kaynaklanan maliyetleri ortadan kaldırma veya önemli ölçüde azaltma imkânı veren bu yeni çalışma türü, bilişim teknolojileri sayesinde işyerine uzaktan erişim imkânları geliştikçe, yayılımını hızlandırmaktadır. Tele çalışma, internet üzerinden veya telefon bağlantısı sayesinde verilen komutlarla, öncekiyle aynı hatta daha fazla oranlarda üretim yapabilmek, işyeri ve işletme maliyetlerinden (ulaşım, yemek, kırtasiye vb.) kaçınma, dolayısıyla da kârlılığı arttırma imkânı sağlaması nedeniyle işverenlerce uygulanmaktadır. Aynı şekilde, özellikle asıl işyerinde yapılan işle aynı anda gerçekleştirilme zorunluluğu olmayan işlerde çalışanlar tarafından da, istedikleri yerde ve zamanda çalışabilmelerine imkân tanınması, çalışma şartlarını kendilerine göre ayarlama daha serbest olmaları sebebiyle tercih edilmektedir⁵⁶². Ancak bu çalışma biçimi, örgütsel bağlılığı önemli ölçüde zedelediği ve çalışanın toplumdaki soyutlanmasına yol açtığı sebebiyle birtakım eleştirilerin de gündeme gelmesine sebep olmaktadır⁵⁶³. Ayrıca, tele çalışma sebebiyle çalışanların hakları arasında eşitsizliklerin ortaya çıkabileceği; çalışanların birbirlerinden haberdar olmaları önemli ölçüde zorlaşacağından, sendikalaşma oranlarının düşeceği ve aynı sebeple, işverenlerin çalışanların hak ve imkânlarını daha da kötüleştirebilecekleri yönünde endişeler de bulunmaktadır⁵⁶⁴.

Henüz pek çok ülke mevzuatında tele çalışma tanımlanmamış olsa da, hangi ilkeler kapsamında uygulanması gerektiği konusunda bazı düzenlemeler mevcuttur. 16.07.2002 tarihinde çıkarılan Tele Çalışma Üzerine Avrupa Çerçeve Sözleşmesi'nde tele çalışanların; çalışma şartları, bilgilerinin ve gizlilikleri korunması, araç-gereç sağlanması, iş sağlığı

⁵⁶¹ Wank, **Telearbeit**, s. 4-14.; Hohmeister/Goretzki, **a.g.e.**, s. 68; Erdem, **a.g.e.**, s. 53.; Emine Tozlu, "Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri ve Tele Çalışma ve Sıkıştırılmış İş Haftasının Karşılaştırılması", **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, C.3, S.4., 2011, s. 109.

⁵⁶² Aloisi, a.g.m., s. 658; Orhan Ersun Civan, "İş Hukukunda Uzaktan Çalışma", **Legal İHSGHD**, S. 26, 2010, s. 527.

⁵⁶³ Di Martino/Wirth, a.g.m., s. 529.

⁵⁶⁴ A.e.

ve güvenliği tedbirlerinin alınması, eğitimleri ve sendikal hakları konularında uygulanmak üzere temel esasları belirlenmiştir⁵⁶⁵.

Tele çalışma kapsamında çalışan kişilerin hukuki statüsünün ne olduğu yönünde de ülke uygulamaları bakımından netlik bulunmamaktadır⁵⁶⁶. Tele çalışanları işçi olarak değerlendirmek mümkün olduğu gibi, işçi benzeri veya bağımsız çalışan olarak değerlendirmek de mümkündür⁵⁶⁷.

Tele çalışma kavramı birbirinden bazı noktalarda ayrılan farklı çalışma biçimlerini içeren bir kavramdır. Söz konusu çalışma biçimleri şunlardır:

Elektronik araçlar kullanarak evde çalışma (Electronic home work): tele çalışmanın en yaygın görülen şeklidir. Çalışanın kendi evinde yeni bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanmak suretiyle işini yerine getirmesini ifade eder. Klasik evde çalışma usulünden farklı olarak; işçi tamamen farklı bir alanda bilgi ve yetenek sahibidir, örgütlenme biçimi daha detaylıdır ve asıl işverene bağlılık daha fazladır⁵⁶⁸.

Uydu merkezler (Satellite centres): Coğrafi olarak işin yapıldığı asıl merkezden farklı bir yerde olmakla birlikte, iletişim imkânları sayesinde bağlantının devam ettiği işyerleridir⁵⁶⁹. (Örn. Çağrı merkezleri)

Komşu merkezler (Neighbourhood centres): Farklı kullanıcılar, bağımsız girişimciler ve işletmeler tarafından kullanılabilen, bunların ihtiyaçlarına cevap verebilen elektronik alt yapıya sahip ve aynı zamanda çalışanların evlerine de yakın olan, iş haricindeki amaçlar (uzaktan alışveriş, uzaktan eğitim, boş zaman aktiviteleri vb.) için de kullanılabilen merkezlerdir.

⁵⁶⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:c10131>, (Çevrimiçi), 09.04.2017.

⁵⁶⁶ Murat Kandemir, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma**, İstanbul, Legal, 2011, s. 41.

⁵⁶⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 478. Aksi yöndeki görüş için bkz. Gonca Aydınöz, “İş Hukuku’nda Tele (Uzaktan) Çalışma”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 44-47.; Anne Aguilera vd., “Home-based telework in France. Characteristics, barriers and perspectives”, **Transportation Research Part A: Policy and Practice**, S. 92, s. 3.

⁵⁶⁸ Arkin Günay, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma**, İstanbul, Legal, 2018, s. 87.

⁵⁶⁹ Kandemir, **a.g.e.**, s. 46.

Gezgin çalışma (Mobile work): İşinin seyahat etmeyi gerektirdiği çalışanlar için kurulan ve bu çalışanların ihtiyaç duyduklarında merkez birimle iletişime geçmek, elektronik postalara, veri bankalarına ulaşabilmelerine imkân sağlamak amacıyla kurulan birimlerdir⁵⁷⁰.

2. Hukuki Niteliği

Tele çalışmanın hukuki niteliği konusunda 4857 sayılı İş Kanunu açısından bir değerlendirme yapıldığında, tele çalışanın işçi (bağımlı çalışan) olarak nitelendirilmesi gerektiği ortadadır. Fransız Hukuku'ndaki uygulama da aynı doğrultuda olup, evden yapılan tele çalışmaya İş Kanunu'nun evde çalışmaya ilişkin hükümleri uygulanmaktadır⁵⁷¹.

Bununla birlikte, çeşitli ülke uygulamalarında tele çalışanların hukuki nitelikleri konusunda farklı değerlendirmeler bulunmaktadır⁵⁷². Tele çalışmanın iş sözleşmesi veya eser sözleşmesi kapsamında kurulması mümkündür⁵⁷³. Ancak ifade edilmesi gerekir ki, tele çalışma ve evden çalışma arasındaki benzerlikler sebebiyle, Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin belirli sınırlar çerçevesinde tele çalışmaya da uygulanması söz konusudur⁵⁷⁴.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. Maddesinde 6715 sayılı Kanunla⁵⁷⁵ değişiklik yapılan kadarki süreçte, henüz yeni bir çalışma türü olması nedeniyle, tele çalışmanın hukuki niteliği konusunda ortaya farklı görüşler çıkmış olmakla birlikte, öğretilde, bu ilişkinin iş

⁵⁷⁰ Di Martino/Wirth, a.g.m., s. 530. Civan, "İş Hukukunda Uzaktan Çalışma", s. 531.; Abeer Mahmoud Garad, Mamdouh Mustafa Ismail, New Perspective of Telecommunication: A Conceptualized Framework for Teleworking. **The Social Sciences**, C. 4, S. 13, 2018, s. 893.

⁵⁷¹ Aydınöz, a.g.e., s. 45.; Bob Hepple, "Labour Law and the New Labour Force" **Labour Relations in a Changing Environment: A Publication of the International Industrial Relations Association**, Berlin-New York, Walter De Gruyter, 1992, s. 294.

⁵⁷² Örneğin Almanya'da 1951 yılında çıkartılan ve hâlihâzırda yürürlükte olan Evde Çalışma Yasası (HAG), tüm evden çalışma biçimlerine uygulanmaktadır ve kanun, bu türden işlerde çalışanları işçi olarak nitelendirmemektedir.. Bkz. HAG § 2 Abs. 1.

⁵⁷³ Civan, "İş Hukukunda Uzaktan Çalışma", s. 544.; Aksi yönde, Aydınöz, a.g.e., s. 144.

⁵⁷⁴ Kandemir, a.g.e., s. 548.; Aydınöz, a.g.e., s. 144-145

⁵⁷⁵ RG. T. 20.05.2016 Sayı: 29717

sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi ve çalışanların da işçi (bağımlı çalışan) olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşü ağırlıktaydı⁵⁷⁶. Değişikliğin yapılmasıyla birlikte, Türk iş hukuku mevzuatı bakımından belirsizlik ortadan kaldırılmış ve tele çalışanların hukuki statülerinin “işçi” olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Hem işçilerin uğrayacakları muhtemel hak kayıpları ve zararlardan onları korumak hem de tele çalışmanın özellikleri bakımından iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi dışındaki sözleşme türlerinin tele çalışmanın hukuki zeminini oluşturması çelişkili sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceğinden⁵⁷⁷, yapılan düzenleme isabetli olmuştur.

3. Unsurları

Tele çalışma, atipik iş sözleşmesi türlerinden biri olması sebebiyle klasik iş sözleşmesinden bir takım farklılıklar ihtiva etmektedir⁵⁷⁸. Henüz hukukumuz bakımından yeni bir düzenleme olması nedeniyle, tüm esasları da düzenlenmiş değildir. İş K. m. 14/7’de belirtildiği üzere, uzaktan çalışmaya ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir, ancak söz konusu yönetmelik hala çıkartılmış değildir. Bununla birlikte, kanunda uzaktan çalışmaya ilişkin bazı temel düzenlemelere yer verilmiştir.

Kanuna göre, tele çalışmanın söz konusu olabilmesi için öncelikli olarak, iş görme ediminin işçinin evinde veya teknolojik iletişim imkânlarının kullanılması suretiyle işyeri dışında herhangi bir yerde ifa edilmesi gerekmektedir. Alman Evden Çalışma Kanunu’nda (HAG) da her ne kadar evden çalışma kavramı tek başına tanımlanmamış olsa da, yukarıda da ifade edildiği üzere, söz konusu kanun hükümleri uzaktan çalışma hakkında da uygulanmaktadır⁵⁷⁹. Dolayısıyla burada öngörülen hükümler, uzaktan çalışma veya tele çalışma için de geçerli olmaktadır. Kanun’un 2. Maddesinin 1. Fıkrasında yapılan “evde

⁵⁷⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 478.; Süzek, **a.g.e.**, s. 270.

⁵⁷⁷ Wank, **Telearbeit**, s. 46-47.

⁵⁷⁸ **A.e.**, s. 46.

⁵⁷⁹ **A.e.**, s. 55.

çalışan” tanımına bakıldığında 4857 sayılı İş Kanunu m. 14 ile aynı doğrultuda olduğu görülmektedir. Zira evde çalışanın, kendi evinde veya kendi seçtiği bir işyerinde iş görme edimini yerine getiren kimse olduğu düzenlenmiştir (HAG § 2 Abs. 1).

Bir diğer unsur, uzaktan çalışmayı öngören iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasıdır⁵⁸⁰. Buna göre; işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümlerin iş sözleşmesinde yazılı olarak belirtilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, kanunkoyucu işçiyi korumak amacıyla bazı iş sözleşmesi türlerinin yazılı yapılmasını öngörmüştür (Örneğin; geçici iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi). Bu kaygı tele çalışma bakımından da mevcut olduğundan, kanun bu tür çalışmaları öngören sözleşmelerin de yazılı yapılması gerektiğini düzenlemiştir. Ancak yazılı şeklin, geçerlilik şartı değil ispat şartı olarak öngörüldüğünün belirtilmesi gerekmektedir⁵⁸¹.

4. Hükümleri

Tele çalışma bakımından en önemli olan ve kanunkoyucunun da bu önemi sebebiyle hüküm altına aldığı husus, işverenin eşit davranma yükümlülüğüdür. İş K. m. 14/6’ya göre; uzaktan çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamayacaktır.

Alman kanunkoyucusu da eşit davranma yükümlülüğüne öncelik tanıyarak kanunun ilk maddesinde işverenin, evde çalışanlara ve Kanun kapsamında değerlendirilen diğer çalışanlara eşit davranma yükümlülüğünü ve sınırlarını düzenlemiştir. (HAG§ 1 Abs. 3., 4., 5., 6.).

Tele çalışanlar bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus da iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin nasıl ve kim tarafından alınacağıdır⁵⁸². İş Kanunu ve İş

⁵⁸⁰ Aydınöz, a.g.e., s. 28.

⁵⁸¹ A.e., s. 29.

⁵⁸² Wank, **Telearbeit**, s. 70.

Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bunu da dikkate alarak, işverenin; çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmesini, gerekli eğitimleri vermesini, sağlık gözetimini sağlamasını ve sağladığı donanımla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almasını zorunlu tutmuştur⁵⁸³.

Alman kanunkoyucusu; genel olarak işin korunması, ücret, iş sağlığı ve güvenliği ve fesih konularında Evden Çalışma Kanunu'nda detaylı düzenlemelere yer vermiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almayan bu hususlara çıkartılacak olan Yönetmelik'te yer verilmesi isabetli olacaktır.

5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi

a. Eğitim

Uzaktan çalışma başlığı altında değerlendirilmekle birlikte, uzaktan çalışmanın özel bir türü olan tele çalışma, teknolojinin gelişmesine bağlı olarak gündeme gelen bir atipik çalışma şekli/iş sözleşmesi türüdür. Doğal olarak teknolojik imkânların nasıl kullanılacağı ve bu imkânların kullanılmasında gerekli olan bilgi birikiminin elde edilmesi de tele çalışmanın hayata geçirilebilmesi için gereklidir.

⁵⁸³ Bu bakımdan ele alınması gereken önemli bir husus, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin gerektiği şekilde alınmaması neticesinde yaşanan iş kazalarında cezai sorumluluğun kimin üzerinde olacağıdır. Özellikle asıl işveren- alt işveren ilişkilerinde daha da önem kazanan bu husus, işçilerin haklarını korumak bakımından önem arz etmektedir. Alt işveren işçilerinden sorumlu olan kişi öncelikle alt işverendir. Asıl işveren, ortaya çıkacak zarardan alt işverenle birlikte sorumlu olsa da, hukuken alt işverenin sorumluluğunun daha önde geldiğini ifade etmek gerekecektir. Buradan yola çıkılarak, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi de göz önünde bulundurulduğunda, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uyulmamasından dolayı ortaya çıkan ceza sorumluluklarından yalnızca alt işverenin sorumlu olduğu iddiası yerinde olmayacaktır. Zira kanunda bu durum özelinde ceza sorumluluğuna ilişkin bir hüküm bulunmasa da, kanunun asıl işveren ve alt işverenin işçilere karşı birlikte sorumlu olduklarını hüküm altına alması ve asıl işverenin de iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almakla yükümlendirdiği dikkate alındığında, asıl işverenin de cezai sorumluluğunun bulunduğunu ifade etmek gerekecektir. Bkz. Halid Özkan, "İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, 2016, s. 523.

Bağımlılık unsuru yönünden yapılacak değerlendirmede, göze çarpan ilk husus, tele çalışma açısından büyük önem arz eden eğitimin kim tarafından verildiği veya kimin sorumluluğunda olduğudur. Çalışanın, tele çalışma kapsamında iş görebilmesi için gelişmelerden sürekli olarak haberdar edilmesi ve ortaya çıkan yeni araç-gereçleri, yazılımları ve bilgiyi kullanabilir olması; bu amaçla da devamlı surette eğitilmesi gerekmektedir. Çalışma hayatı incelendiğinde, işverenlerin eğitim sürecinde geçen zamanda meydana gelebilecek gelir kayıplarının önüne geçmek ve kısa zamanda daha fazla kâr elde edebilmek amacıyla, işe alınacak kişilerin, yapılması istenen işi eğitim verilmesine gerek olmaksızın zaten yapabiliyor olmalarını aradıkları görülmektedir. Tabii ki bu durum işletmeye veya işverene göre değişkenlik göstermektedir, fakat çalışma hayatının profesyonel bir şekilde yürütüldüğü ve ideal iş piyasası şartlarının hüküm sürdüğü bir ortamda hizmet ve emtia standart olacağından⁵⁸⁴, işverenlerin de eğitim vermek yerine, hâlihâzırda eğitilmiş olan çalışanları işe almayı tercih edeceği açıktır. Neticede de, eğitimin işverence verilmesi gerekliliğine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira çalışana tele çalışma yaptırılabilmesi için gerekli olan eğitimin belirli bir süre aldığı, bu süreye katlanmak istemeyen işverenlerin gerekli eğitimi çalışanlarına vermedikleri ve vasıflı çalışanlara yöneldiği gerçeği, hukuki olarak bağımlılık ilişkisinin tesis edilemediği kabulünü de doğurabilecektir. Oysaki bu yönde bir kabulün doğru olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Tele çalışma, sürekli bir eğitimi ve güncel gelişmelerden haberdar olmayı gerektirmektedir. Her ne kadar işveren, işe alınma aşamasında çalışanın gerekli eğitimleri almış olmasını şart koşsa da; ilerleyen zamanda çalışanın işini yapmaya devam edebilmesi için bir takım eğitimleri alması gerekecektir. Şayet işveren ve çalışan arasında kurulan ilişkide söz konusu eğitimleri alma ve eğitimler için gerekli olan harcamaları yapma yükümlülüğü çalışana yüklenmişse, bir iş ilişkisinin mevcudiyetinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak tele çalışma hakkında bir değerlendirme yapılacak olursa, mevcut kanuni düzenlemelerin diğer çalışma türlerinde olduğu gibi, iş sağlığı ve güvenliği konusunda eği-

⁵⁸⁴ Sabahaddin Zaim, **Çalışma Ekonomisi**, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 17.

tim verme yükümlülüğünü işverene yüklediği görülmektedir. İşveren, eğer kendisinin vermesi mümkünse kendisi; değilse de vermeye yetkin kimselerce iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesini sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca, yapılan işle ilgili olduğu, işçinin mesleki gelişimine katkıda bulunduğu müddetçe ve bunun da işveren tarafından talep edilmesi halinde eğitim giderleri çalışan tarafından karşılanırsa dahi, işverene rücu edilmesinin mümkün olduğuna ilişkin hüküm, tele çalışma için de geçerlidir⁵⁸⁵.

Sonuç olarak eğitim ölçütü, tele çalışmanın bağımlı iş ilişkisi kuran bir sözleşme türü olduğu konusunda önemli bir karine teşkil etmektedir. Tabii ki tarafların eğitime ilişkin masrafları çalışanın karşılayacağı hususunda anlaşmaya varmaları veya herhangi bir anlaşmaya varmamakla birlikte çalışanın eğitim masrafları için işverenden talepte bulunması ve bulunmayı da düşünmemesi, iş ilişkisine veya iş sözleşmesine değil, eser sözleşmesine veya konusu iş görme borcu olan diğer sözleşme türlerine işaret edecektir. Ancak bunun haricinde kalan diğer hallerde bağımlılık ilişkisinin tesis edildiğine ve ortada bir iş sözleşmesi mevcut olduğuna -diğer ölçütlerin de varlığı halinde- hükmetmek gerekecektir.

b. Çalışma Yeri

Tele çalışmanın tanımına bakıldığında; “işin teknolojik imkânların kullanılması suretiyle işyeri dışından yapılması” özelliğinin, tele çalışmayı diğer çalışma türlerinden ayırttığı görülmektedir⁵⁸⁶. Ancak tanımdaki işyeri kavramının açık olarak ortaya konulması belirsizliklerin önüne geçmek bakımından önemlidir. 4857 Sayılı İş Kanunu’nda işyeri, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” olarak tanımlanmıştır. İlâveten, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olarak değerlendirilmiştir (İş K. m. 2/3). Dolayısıyla, işin görülmesi amacıyla asıl işyeri dışında

⁵⁸⁵ Preis, **a.g.e.**, s. 526.

⁵⁸⁶ Gizem Tan, “Atipik İş Sözleşmelerinden Evde Çalışma ve Tele Çalışma”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 38.

faaliyette bulunulan yerler de işyeridir⁵⁸⁷. Buna bağlı olarak, tele çalışanın işyeri dışında çalışıyor olması, onun bağımlı çalışan olarak nitelendirilmesinin önünde bir engel teşkil etmeyecektir⁵⁸⁸. Ancak söz konusu durum, işyerinin nasıl belirleneceği⁵⁸⁹ ve işverenin özellikle iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alma yükümlülüğünün nasıl uygulanacağı gibi belirsizliklere yol açmaktadır.

Bilindiği üzere teknolojik imkânlar, internet erişiminin sağlanabildiği her yerde “iş”in yapılmasını mümkün hale getirmiştir. Bu “yer” ev olabileceği gibi, ev haricinde her türlü mekân, hatta hareket halindeki araçlar da olabilmektedir. Çalışanın evinde veya ev haricindeki belirli bir yerde işi yapması halinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması mümkün olabilecektir⁵⁹⁰. Zira yerin belirli olması sebebiyle ortaya çıkabilecek riskler de belirli hale gelir. Ancak hareket halinde olunması durumunda mekân sürekli değişecektir ve karşılaşılabilecek riskler de devamlı olarak artacaktır. Hal böyle olunca, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini işin yapıldığı her mekân için alması gerektiğini ileri sürmek uygulamada mümkün olmayacaktır⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ Aydınöz, a.g.e., s. 53.

⁵⁸⁸ Kandemir, **a.g.e.**, s. 72.; Alman Federal İş Mahkemesi, bilgisayar programcısı olarak istihdam edilen bir çalışanın, işyerinden yüzseksen kilometre uzaktaki evinde çalışıyor olmasına rağmen, işyeri organizasyonuna dâhil olması, emir ve talimatları uygulamakla yükümlü olması sebebiyle taraflar arasında bir bağımlılık ilişkisinin var olduğuna ve çalışanın işçi benzeri çalışan olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. BAG 14.06.2016 9 AZR 305/15, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2017/2017-02-15/9_AZR_305-15.pdf, (Çevrimiçi), 21.03.2018. Buraya kadar yapılan değerlendirmelerden, mahkemenin bilgisayar programcısının işçi/bağımlı çalışan olduğuna hükmetmesi gerektiği savunulabilir. Ancak Alman kanunkoyucusunun evde çalışanlar için müstakil bir kanun oluşturması ve burada da evde çalışanları işçi benzeri çalışan olarak değerlendirmesinden dolayı, Alman Federal İş Mahkemesi de, taraflar arasında bağımlılık ilişkisi bulunmasına rağmen söz konusu bilgisayar programcısını işçi/bağımlı çalışan olarak değerlendirmemiştir. Aynı yönde; BAG 24.08.2016 7 AZR 625/15, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2016/2016-12-22/7_AZR_625-15.pdf, (Çevrimiçi), 21.03.2018.

⁵⁸⁹ Tele çalışma, teknolojik imkânlar sayesinde belirli bir mekân (ev, cafe vb.) haricinde de yapılabilir. Bu bakımdan, tele çalışmanın üç ana başlık altında toplanması mümkündür: ev esaslı tele çalışma, tele merkez esaslı tele çalışma ve mobil tele çalışma. Bkz. Erdem, **a.g.e.**, s. 74.

⁵⁹⁰ Aydınöz, a.g.e., s. 169.; Seda Topgül, Fatih Akpınar, “Türkiye’de Ev Eksenli Çalışan Kadınların Hukuki Durumları”, **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 7, S. 2, 2017, s. 174-175.

⁵⁹¹ Burada esas belirleyici unsur, işi yaparken bir yerde sabit veya hareket halinde olmak suretiyle farklı yerleri dolaşıyor olmak değildir. Tabii ki bu da dikkat edilmesi gereken bir husustur; ancak işçi hareket

Bir diğerk husus da, her ne kadar tele çalışmada işin yapıldığı yer, asıl işyerinden farklı ve devamlı surette değişmesi mümkün olan bir yer olsa da, asıl işyeriyle bağlantısı, işyeri dışında gerçekleştirilen diğerk çalışma türlerine göre daha fazladır. Zira tele çalışan, sürekli olarak işyeri ve işverenle bağlantı içerisinde. Teknolojik imkânlar işverene, işçisi işyerinde olmasa dahi istediği her an onunla iletişime geçebilme, emir ve talimat verebilme kabiliyeti sađlamaktadır⁵⁹².

Sonuç olarak, çalışma yeri, tele çalışmada bağımlılık ilişkisinin mevcut olup olmadığını belirleme noktasında sınırlı olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Hatta denilebilir ki, gelişen teknoloji sebebiyle bu ltn tele çalışmada bağımlılığın belirlenmesi bakımından ayırt ediciliği gittikçe daha da azalmaktadır⁵⁹³.

c. İşyeri Düzeni

Esas olarak, tele çalışanın asıl işyerinden farklı bir yerde çalışması sebebiyle gündeme gelen, işyeri düzenini kendisinin oluşturması, tele çalışmayı tipik iş ilişkisinden ayırmaktadır. Bilindiği üzere, işyeri düzenini ve işin hangi usul ve esaslar çerçevesinde yapılacağını belirleme yetkisi işverene aittir. Öyle ki bu yetki, işçi ve işveren arasında hiyerarşik ve organizasyonel ilişkinin tespitinde de önemli bir etkiye sahiptir. Ancak teknolojik gelişmeler, diğerk ltlerde olduğu gibi çalışma düzeni lt bakımından da farklı değerlendirmelerin gündeme gelmesini zorunlu kılmıřtır⁵⁹⁴.

İşyeri düzenini kurma hakkı, yalnızca tele çalışmada gündeme gelen bir hak değildir. Evden çalışmada, kısmi süreli çalışmanın belirli türlerinde de çalışanın kendi belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde ve düzen içerisinde işini yapmasından bahsedilebilmektedir.

halinde de olsa, işini işverenin kontrolünde olan mekânlarda yapıyorsa, işverenin sorumluluğunun ortadan kalktığından bahsedilemeyecektir. Detaylı bilgi için bkz. Civan, “İş Hukukunda Uzaktan alışma”, s. 562-567.; Montreuil/Lippel, a.g.m., 350.

⁵⁹² Civan, “İş Hukukunda Uzaktan alışma”, s. 550.

⁵⁹³ A.e., s. 553.

⁵⁹⁴ Bkz. Yarg. HGK., 2014/1173 E., 2016/1070 K., Tarih: 16.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2014-1173-k-2016-1070-t-16-11-2016>, (evrimii), 22.03.2018.

Hatta işverenlerinin bu hakkı tanınması sayesinde tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin de işyeri düzenlerini kurma imkânları ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla, bağımlılık ilişkisinin belirlenmesi sürecinde işverenin mi yoksa çalışanın mı işyeri düzenini belirlediğini dikkate almak yerine, işverenin uygun gördüğü zamanda çalışma düzeninde istediği değişiklikleri yapma ve uygulama yetkisinin olup olmadığına bakılmalıdır. Tele çalışma açısından da, her ne kadar işçi, kendi belirlediği düzen içerisinde ve usuller çerçevesinde işini yapıyor olsa da, işveren gerekli gördüğü değişiklikleri yapma hakkına sahiptir ve işçi de bu değişikliklere uymakla yükümlüdür. Aksi takdirde bağımlılıktan, dolayısıyla da iş ilişkisinden ve iş sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

d. İşin Yerine Getirilmesinde Kullanılan Araç- Gereçlerin Kim Tarafından Temin Edildiği

Ekonomik bağımlılığın tespiti için önemli bir ölçüt olan araç-gerecin kim tarafından temin edildiği hususu, tele çalışma ilişkisindeki bağımlılık seviyesinin belirlenmesi bakımından da dikkate alınmalıdır. Tele çalışma, teknolojik donanım gerektiren ve işin ihtiyaçlarına göre de söz konusu donanımın sürekli yenilenmesini gerektiren bir çalışma türüdür. Tipik bir iş sözleşmesinde kural, işverenin gerekli olan araç gereci temin etmesidir. Buna karşılık, örf ve adet kurallarının temin borcunu işçiye yüklemesi durumunda, işçiye de bu sorumluluğun yüklenilmesi söz konusu olabilecektir⁵⁹⁵.

Tele çalışmada da aynı kural geçerli olacaktır; her ne kadar işçi, kendisinde mevcut olan araç-gereçle tele çalışmaya başlamış olsa ve gerektiğinde bu araç-gereci kendisi yeniliyor olsa da, esas sorumluluk işverende olduğundan, tele çalışanın bağımlı çalışan sayılmasına bir engel bulunmamaktadır. Tabii ki, tarafların sorumluluğu tamamen çalışana yüklemesi ve işvereni bundan muaf tutmaları ihtimalinde bağımlılıktan ve iş ilişkisinin varlığından bahsedilemeyecektir.

⁵⁹⁵ Civan, “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma”, s. 545.

E. Evde Çalışma

1. Kavram

“Evde hizmet”, “ev çalışması”, “evde üretim” ve “eve iş verme sistemi” olarak da adlandırılan evde çalışma, her ne kadar çalışanlar tarafından son yıllarda giderek artan oranlarda tercih edilmekte ise de, aslında geleneksel çalışma türlerinden birisidir⁵⁹⁶.

Evde çalışma, mevzuatımızda TBK’da tanımlanmıştır. TBK m. 461’de yer alan tanıma göre; “ Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir.”

Alman Hukuku’nda ise evde çalışma ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. Bu kanun, evde çalışmayı değil, fakat “evde çalışan”ı tanımlamıştır. Buna göre evde çalışan; “bir tüccarın veya aracının emri/siparişi üzerine profesyonel olarak kendi belirlediği işyerinde (kendi evinde veya işyerinde) yalnız veya aile fertleriyle birlikte çalışan, bununla birlikte çalışmanın sonucunda ortaya çıkan malın/hizmetin paraya çevrilmesini doğrudan veya dolaylı olarak emri/siparişi veren tüccara/aracıya bırakan kişidir.” (HAG § 2 Abs. 1).

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nun yaptığı tanıma göre ise; “bağımsız çalışma için gerekli olan özerklik ve bağımsızlığa sahip olmayan kişi tarafından, kendi evinde veya işverenin işyeri dışında olmak kaydıyla kendi seçtiği diğer yerlerde, bir karşılık mukabilinde, malzeme, donanım ve diğer girdilerin, kendisi, işveren veya aracı tarafından temin edilmesine bakılmaksızın, işverence belirlenen mal veya hizmetlerin üretimi için yapılan çalışma”, evde çalışma olarak adlandırılmıştır [Evde Çalışma Sözleşmesi (C177- Homework Convention) m.1/a ve Evde Çalışma Tavsiyesi (R184- Homework Recommendation) m.1/a]⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ B. Özdemir, a.g.m., s. 127-128.; Kandemir, a.g.m., s. 144.; Aybüke Karaca, “Türk Borçlar Kanununda Evde Hizmet Sözleşmesi”, **EÜSBED**, C. V, S. 2, s. 373.; A. Günay, **a.g.e.**, s. 91.

⁵⁹⁷ Elif Alp, Özge Alev Sönmez, “(ILO: Uluslararası Çalışma Örgütünün) 177 Sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 23, S. 5-6, Ağustos/Kasım, 2011, s. 16.

Evde çalışma, basitçe, çalışanın sözleşmeyle yapmayı üstlendiği işini evde yapması olarak tanımlanabilir. “Ev”, çalışanın kendi evini veya işçi tarafından belirlenecek başka bir yeri ifade etmektedir⁵⁹⁸. Örneğin, halı dokumak amacıyla halı tezgâhının bulunduğu komşusunun evine giden çalışanın, komşusu işvereni olmamak kaydıyla, evde çalışma yaptığı kabul edilecektir. Evde çalışmada önemli olan, çalışanın işverenin asıl işyerinden farklı bir yerde işini yapıyor olmasıdır⁵⁹⁹.

Fabrika çalışmasından bir kaçış olarak gündeme gelen evde çalışmanın temelinde yatan sebepler: işçi açısından evinin rahat ortamında, işyerinin ve bir işyerinde çalışıyor olmanın ortaya çıkardığı sıkıntılardan uzakta, ailesinin yanında çalışmaktır; işveren açısından ise, işyerini kurma, işletme ve işçilik maliyetlerinden kaçınmak ve kârını maksimize etmektir⁶⁰⁰.

Genel olarak tekstil ve hazır giyim alanlarında ve çoğunlukla da kadınlarca gerçekleştirilen evde çalışma⁶⁰¹, zanaat erbabının çalışma şeklini de yansıtmaktadır. Bu çalışma türü, tipik iş ilişkisinden, çalışanın çalışma yerini, düzenini ve çalışma saatlerini ayarlayabilmesi, birden fazla işveren için çalışabilmesi noktalarında farklılık göstermektedir⁶⁰². Ancak bu durum evde çalışmanın bağımlı bir hukuki ilişki tesis ettiği gerçeğini değiştirmemektedir.

Evde çalışma, tele çalışmayla -özellikle de ev temelli tele çalışmayla- benzerlikler gösterse de, birbirlerinden farklı kavramları ifade etmektedir. Evde çalışanlar, genellikle vasıfsız eleman olarak nitelendirilebilecek çalışanlardır. Yaptıkları iş, bilgiden ziyade el

⁵⁹⁸ A.e.; A. Günay, **a.g.e.**, s. 92.

⁵⁹⁹ Kandemir, a.g.m., s. 144.

⁶⁰⁰ Collins, a.g.m., s. 368.; Sümer, a.g.m., s. 70.; E. Murat Engin, “Türk İş Hukukunda Evde Çalışma”, **Kamu-İş**, C. 5, S. 3, 2000, s. 270-271.

⁶⁰¹ Tijen Erdut, “Toplumsal Cinsiyet Bakımından Evde Çalışma”, **Çalışma ve Toplum**, C. 2, S. 29, 2011, s. 55-82. 56.

⁶⁰² Aydınöz, a.g.e., s. 35-36.

becerisine dayanmaktadır⁶⁰³. Gerçi son zamanlarda reklamcılık, çeviri, bilgisayar programcılığı gibi alanlarda da evde çalışma uygulanmaya başladığından, vasıfsızlık ayırt edici bir unsur olmaktan çıkmaktadır⁶⁰⁴.

2. Hukuki Niteliği

Mevzuatımızda TBK m. 14'te düzenlenen evde çalışma, Fransız Hukuku'nda İş Kodu'nda düzenlenmiş⁶⁰⁵; buna karşılık evde çalışanın hukuki statüsünün çeşitli ihtimallere göre farklılık göstereceği öngörülmüştür. Nitekim işçinin ücretinin parça başına ve iş süresinin de toplu iş sözleşmesiyle karşılaştırıldığı durumlarda evde çalışanın "işçi", bunun dışındaki hallerde ise "işçi benzeri" olarak kabul edileceği ifade edilmiştir⁶⁰⁶. Her iki ülke uygulamasından farklı olarak evde çalışma, Alman Hukuku'nda ne BK'da ne de İş Kanunu'nda düzenlenmiş, bunun için ayrı bir kanun çıkarılmıştır. Ancak, söz konusu Kanun'daki hükümlerden, evde çalışmanın iş ilişkisine önemli ölçüde benzetilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır⁶⁰⁷.

Alman Hukuku'nda evde çalışmaya dayalı hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olarak değerlendirilmemesi, iş sözleşmesinin karakteristik özelliklerine uymayan bir takım uygulamaları bünyesinde barındırmasından kaynaklanmaktadır⁶⁰⁸. Zira evde çalışma kapsamında, birden fazla işverenden iş alınması, işin işverenin işyerinde yapılmaması ve araç gerecin kimin tarafından temin edildiğinin önemli olmaması⁶⁰⁹ hususları, iş sözleşmesinden ziyade eser ve vekâlet sözleşmelerini çağrıştırmaktadır. Ancak kanunkoyucu, evde çalışanların iş ve hizmet sözleşmeleri dışında kalan ve konusu iş görme borcu olan diğer

⁶⁰³ Kandemir, a.g.m., s. 145.

⁶⁰⁴ Süzek, **a.g.e.**, s. 266.; Öner Eyrenci, Kadriye Bakırcı, **Dünyada ve Türkiye'de Evde Çalışma ve Eve İş Verme**, İstanbul, İTO, 2000, s. 13.

⁶⁰⁵ Kandemir, a.g.m., s. 150.

⁶⁰⁶ Civan, "İş Hukukunda Uzaktan Çalışma", s. 545.

⁶⁰⁷ Kandemir, a.g.m., s. 150.

⁶⁰⁸ Karaca, a.g.m., s. 375-376.

⁶⁰⁹ **A.e.**, s.145.

sözleşme türleri kapsamında çalışıklarının kabul edilmesi halinde ortaya çıkacak hak kayıplarına imkân vermemek adına, bu tür çalışmaları hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirmiştir⁶¹⁰.

Türk İş Hukuku doktrinde eskiden beri kabul edilen genel görüş, hizmet sözleşmesi ile iş sözleşmesinin aslında aynı kavramlar olduğu, farklılığın yalnızca kullanılan kelimelerden kaynaklandığıdır⁶¹¹. Kanunkoyucunun 6715 sayılı K. ile yapmış olduğu değişiklik neticesinde, uzaktan çalışmaya dayalı sözleşmelerin de İş Kanunu kapsamında düzenlemesiyle birlikte artık evde çalışmaya dayalı sözleşmelerin de İş Kanunu kapsamında değerlendirilmesinde bir şüphe kalmamıştır⁶¹².

Esasında belirsizlik, evde çalışma sözleşmesinin hukuki niteliğinden ziyade, evde çalışana iş için aracılık yapan ve evde çalışana yardımcı olan kimselerle aralarındaki ilişkinin türü ve niteliği bakımından ortaya çıkmaktadır. Evde çalışma, genel olarak iş aracılarının bulduğu işler üzerinden yürütülen bir çalışma şeklidir. Zira çalışanların pazarlama imkânları kısıtlıdır ve bu engeli araçlar vasıtasıyla aşmayı hedeflemektedirler. Aynı şekilde, işletmeler de bireysel olarak her çalışanla ayrı ayrı muhatap olmaksızın birden fazla çalışana temsil eden bir aracıyla muhatap olmayı tercih etmektedirler. Bu sayede hem zaman bakımından hem de maddî bakımdan tasarruf sağlayabilmektedirler⁶¹³.

Evde çalışma sözleşmesinin hukuki niteliği hususunda her ne kadar akla ilk olarak alt işverenlik ilişkisi ve takım sözleşmesi gelse de, evde çalışmanın bu kapsamda değerlendirilmesi de mümkün değildir⁶¹⁴. Değişiklikten önceki dönemde doktrinde, evde çalışmanın iş sözleşmesinin karakteristik özellikleriyle bağdaşmayan nitelikleri bulursa da, bazı

⁶¹⁰ Hohmeister/Goretzki, **a.g.e.**, s. 65.

⁶¹¹ Bu görüşün karşısında yer alan ve her iki sözleşme türünün arasında şekil, taraflar, ifa yeri, ekonomik ve teknik bağımlılık, sözleşmenin içeriğini tespit ve sona erme bakımından farklılıklar olduğunu ileri süren görüşler de ileri sürülmüştür. Bkz. Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1985, s. 53. (kitabı kütüphaneden al)

⁶¹² A. Günay, **a.g.e.**, s. 238.

⁶¹³ B. Özdemir, a.g.m., s. 145.

⁶¹⁴ Tankut Centel, “Türkiye’de Yeni İstihdam Türleri ile İş İlişkilerinin Esnekleştirilmesi”, **Çalışma Hayatında Esneklik**, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, İzmir, 1994, s. 243.

hallerde iş/hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilebileceği ve İş Kanunu hükümlerinin bu çalışanlara da uygulanabileceği görüşü mevcuttu. Muhalif görüş ise, hizmet akdine ilişkin düzenlemelerin kapsamına dâhil edilmesi yönünde yasa hükmü bulunmadığı sürece evde çalışmanın hizmet akdinin bir türü olarak değerlendirilemeyeceğini savunmaktaydı⁶¹⁵. Her iki görüşü de sentezleyen bir diğer görüş ise; bağımlılık ilişkisinin varlığına dair emareler bulunması halinde, bir iş ilişkisi bulunduğu; diğer hallerde ise çalışanın bağımsız olarak işini ifa ettiğine hükmedilmesinin daha doğru olacağını savunmuştur⁶¹⁶. Bu görüşler doğrultusunda 6715 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde artık evde çalışmaya dayalı hukuki ilişkilere İş Kanunu hükümlerinin uygulanması konusunda herhangi bir şüphe kalmamıştır.

Aracılık hizmetlerinin yerine getirilmesi noktasında aile fertleri ve hısımlar dışında başkaları sürece dâhil olmuyorlarsa; iş, “ev” de yapılıyorsa ve son olarak görülen iş el becerisini gerektiren, el sanatları kapsamında değerlendirilebilecek (halıcılık, dokumacılık, kunduracılık, işlemecilik vb.) işlerden ise, bu kapsamda çalışanların aile içinde kalan bir iş yaptıklarından ve dolayısıyla da aralarında İş Kanunu’ndan doğan akdî bir ilişkinin varlığından bahsedilemeyecektir. Ancak, bunlar dışında kalan tüm hallerde iş/hizmet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması ve İş Kanunu’nun sağladığı güvencelerin elde edilmesi mümkün olabilecektir⁶¹⁷.

Ele alınması gereken diğer husus da; evde çalışanla, ihtiyaç halinde ona yardımcı olan aile fertleri arasındaki ve evde çalışanın işini yapmak için bir başkasının evine gidip oradaki araç ve gereçleri kullanması durumunda bunların sahibi ile arasındaki ilişkidir.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 4. maddesinde Kanun’un kapsamına ilişkin istisnalara yer verilmiştir. Buna göre, “bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dâhil)

⁶¹⁵ B. Özdemir, a.g.m., s. 146.

⁶¹⁶ A.e.

⁶¹⁷ Aksi yöndeki görüşe göre, İş Kanunu’nun 2. maddesinde tanımlanan “işyeri” kavramı, Kanun’un uygulanacağı birim olarak belirtilmesi ve “ev” kavramının da bu manada “işyeri” olarak değerlendirilmesinin mümkün olmamasından dolayı, evde çalışanlara İş Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 477.; Civan, “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma”, s. 549.

hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde” İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Kanun’un hükmü her ne kadar ilk bakışta kapsayıcı ve geniş içerikli olarak görünüyorsa da, doktrinde hükmün kapsamı daha dar yorumlanmıştır. Çalışanların hak ve çıkarlarını korumak ve onlara İş Kanunu’ndan doğan güvenceleri sağlayabilmek için ortaya konulan bu görüşler, evde çalışanların istisna kapsamına girmelerini ve İş Kanunu dışında tutulmalarını oldukça zorlaştırmıştır. Nitekim metinde yer alan kavramların dar manada anlaşılması ve “başka birinin katılmaması” şartını yalnızca işin yapılması esnasında değil, üretilen ürünün satışı ve pazarlaması noktasında da gerekli sayılması⁶¹⁸, evde çalışma kapsamında faaliyet gösterenlerin büyük çoğunluğunun İş Kanunu hükümlerine tabi olabilmesinin önünü açmıştır.

3. Unsurları

Evde çalışmaya dayalı iş sözleşmesi için TBK’da herhangi bir şekil şartı öngörülmemekle birlikte⁶¹⁹, İş Kanunu’nda bu sözleşmenin yazılı şekil şartına tâbi tutulduğu ve bir takım bilgilerin de⁶²⁰ sözleşmede bulunmasının zorunlu olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, kurulması ve geçerliliği için belirli bir şekil şartına uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Evde çalışmanın söz konusu olabilmesi için en önemli ve karakteristik koşul, işin “ev” de veya kendi belirleyeceği başka bir yerde yapılmasıdır⁶²¹. Tele çalışmadan ayrılan

⁶¹⁸ Kandemir, a.g.m., s. 151-154.

⁶¹⁹ Her ne kadar TBK’da evde çalışma sözleşmesinin kurulmasına dair özel bir şekil şartı öngörülmemişse de, TBK m. 462’de işverenin işçiye her yeni iş verişinde genel çalışma koşulları dışında kalan ve yeni verilen işe özgü özellikler ile gerekmesi halinde işçiye sağlanacak malzemeyi, bu malzemenin sağlanması için kendisine ne miktarda ödemede bulunacağını ve iş için ödeyeceği ücreti yazılı olarak bildirmesi zorunlu tutulmuştur. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu hüküm emredici nitelikte değildir. Belirtilen hususlar üzerinde sözlü olarak anlaşmaya varılması halinde de işverenin yükümlülüklerini yerine getirme borcu doğmaktadır. Bkz. Kandemir, a.g.m., s. 157.

⁶²⁰ İşin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler. Bkz. İş K. m. 14/5.

⁶²¹ Tankut Centel, “Türk Borçlar Kanunu’nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”, **TİSK Akademi**, C. II, 2011, s. 17.; Karaca, a.g.m., s. 379.

yönü de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira tele çalışmada teknolojik araç-gereç ve imkânlar sayesinde ev haricinde herhangi bir yerde işin yapılması söz konusu olabilmekteyken, evde çalışma daha çok zanaatkârlık ve el emeği gerektiren işlerde söz konusu olduğundan, belirli bir yerde yapılması gerekmektedir. Bunun sonucu olarak da, ev dışında veya kendi belirlediği belirli bir yerden başka yerde yapılan çalışmanın evde çalışma olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

İş Kanunu'ndan doğan istisnaların, evde çalışmanın akdî bir ilişki olarak ortaya çıkabilmesi bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Söz konusu istisnalar kapsamına girmesi halinde dahi, İş Kanunu'ndan olmasa da TBK'dan kaynaklanan akdî bir ilişki mevcut olabilecektir. Ancak tabiatıyla, hukuki ilişkinin iş sözleşmesi kapsamında tesis edilmesi amaçlanıyorsa, istisnaların kapsamına girmemesi için gerekli koşullara dikkat edilmesi gerekmektedir.

4. Hükümleri

İşçi, iş görme borcu kapsamında işine zamanında başlamak, bitirmek ve sonucu işverene teslim etme borcu altındadır. TBK m. 463'te yer verilen bu hüküm, tek başına değerlendirildiğinde yeterli açıklığı sağlamaktan uzaktır. Buna karşılık, m. 469'da pazarlamacılık ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacağı ifadesi, açık olmayan hususların genel hükümler çerçevesinde açıklığa kavuşturulacağını hüküm altına almıştır⁶²².

⁶²² Bu hükmün 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na neden dâhil edildiği yönünde doktrinde bir tartışma mevcuttur. Söz konusu görüşe göre, hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanacağını belirtmesi gereksizdir. Zira Kanun böyle bir hüküm koymamış olsaydı dahi, hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı açıktır. Kanunkoyucunun bu gereksizliğe rağmen neden böyle bir hüküm koymaya ihtiyaç duyduğu sorusu ise, çeşitli izah gayretlerinin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Nitekim bazı yazarlara göre hükmün konuluş amacı, evde hizmet sözleşmesinin yalnızca Borçlar Hukuku'ndan kaynaklanan bir sözleşme türü olduğunu ve İş Kanunu hükümlerinin bu hukuki ilişkiye uygulanamayacağını kesin olarak belirtilmesidir. Detaylı bilgi için bkz. Ender Gülver, "Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine", *İÜHF*M, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 120,

Evde çalışmanın konusu işin yerine getirilmesi için gerekli olan malzemenin işçi tarafından mı yoksa işveren tarafından mı temin edileceği hususunda Kanunda açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TBK m. 462’de işverenin; işçiden, malzemeyi temin etmesini talep etmesi halinde, malzemeleri ve malzemelerin sağlanması için ne kadar ücret ödeneceğini yazılı olarak bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak yazılı olarak bildirilmemesi halinde işverenin ücret ödeme borcunun ortadan kalkmayacağı da aynı maddede ifade edilmiştir. Buna göre, işin türü bakımından, o işlerde uygulanan alışılmış bedel işverenden talep edilebilecektir⁶²³.

İşverenin, evde çalışma kapsamında yerine getirmesi gereken borçları ise, ürünü kabul ve ücret ödemedir. TBK m. 465, ürünün teslim alınması hususunda belirli bir süre koymak yoluyla, işverenin işçiye karşı gerçekleştirebileceği haksız faaliyetleri engelleme amacı gütmüştür. Buna göre işveren, işçinin ürünü teslim ettiği andan itibaren bir hafta içerisinde -varsa- ayıpları bildirmek zorundadır. Aksi takdirde işçiden, üründeki ayıplar sebebiyle herhangi bir talepte bulunamayacak ve ürünü o haliyle kabul ettiği değerlendirilecektir. Dolayısıyla madde metninde ifade edilen süre, hak düşürücü niteliktedir⁶²⁴.

Ücret ödeme borcuna gelince, evde çalışmanın aralıklı veya aralıksız yapılmasına göre farklı hükümler gündeme gelmektedir. Aralıklı evde çalışma ile kastedilen, çalışana verilen iş sona erdikten sonra işverenin yeni bir iş verme yükümlülüğünün olmaması durumudur. Aralıksız evde çalışma ise, bunun tam tersidir. Örneğin; belirli nitelikleri haiz ve bir sefere mahsus olmak üzere bir kilimin üretilmesi hususunda işveren ve çalışan arasında bir anlaşma tesis edilmişse, bu aralıklı evde çalışmanın kapsamına girecektir. Buna karşılık, aynı nitelikteki kilimlerin her ay belirli miktarlarda üretilmesi ve işverene teslim edilmesi hususunda anlaşılmışsa da, aralıksız evde çalışma söz konusu olacaktır⁶²⁵. Aralıklı yapılan evde çalışmanın söz konusu olması halinde ücret, ürünün teslimi esnasında;

⁶²³ Kandemir, a.g.m., s. 160.

⁶²⁴ Gülver, a.g.m., s. 115.

⁶²⁵ A.e., s. 116.

aralıksız olması halinde ise, onbeş gün ya da bir aylık zaman dilimleri çerçevesinde ödenecektir⁶²⁶.

İşverenin ücret ödeme borcu ile ilgili bir diğer husus da, çalışmanın engellenmesi halinde ödeme yapılıp yapılmayacağı hususudur. TBK m. 467'ye göre, işverenin ürünü kabulde temerrüde düşmesi ve işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebepler işçinin çalışmaması halinde işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam etmektedir. Ancak bu haller dışında kalan durumlarda, işverenin ücret ödeme borcu ortadan kalkmaktadır⁶²⁷.

Evde hizmet/çalışma sözleşmesinin sona ermesi bakımından genel hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁶²⁸. Buna karşılık, deneme amacıyla işçiye iş verilmesi durumunda, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, sözleşmenin deneme süresi için kurulduğu kabul edilecektir (TBK m. 468). Dolayısıyla, deneme süresi sona erdiğinde, herhangi bir fesih işlemine gerek kalmaksızın, aynı belirli süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi, sözleşme kendiliğinden sona ermiş olacaktır⁶²⁹.

Evde çalışmanın belirli ve belirsiz süreli sözleşmeler kapsamında da gerçekleştirilmesi mümkündür. Şayet sözleşme aralıklı olarak akdediliyorsa, işin bitirilmesine kadar geçen süreyi kapsayan belirli süreli bir iş sözleşmesi yapıldığı; aralıksız olarak akdediliyorsa da, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin yapıldığı kabul edilmektedir. Ek olarak; esaslı nedene⁶³⁰ dayanmayan artarda belirli süreli sözleşmeler yapılması söz konusu olması halinde, bunların zincirleme iş sözleşmesi olduğu, baştan itibaren belirsiz süreli tek bir iş sözleşmesinin bulunduğu kabul edilecektir⁶³¹.

⁶²⁶ Yavuz, **a.g.e.**, s. 980.

⁶²⁷ **A.e.**, s. 981.

⁶²⁸ **A.e.**

⁶²⁹ Gülver, **a.g.m.**, s. 118.

⁶³⁰ Esaslı nedenin hangi aşamada aranması gerektiği yönündeki eleştiri için bkz. Savaş Taşkent, "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde 'Esaslı Neden' Sorunu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 24, 2011, s. 22-25.

⁶³¹ Kandemir, **a.g.m.**, s. 163.

5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi

a. Çalışma Yeri

Evde çalışma, karakteristik özeliği itibarıyla, işverenin işyerinden farklı bir yerde yapılmaktadır⁶³². Bu durum, bir özellik olmanın yanı sıra bir mecburiyettir de. Zira kanunen, bir çalışmanın evde çalışma olarak kabul edilmesi için, işin çalışanın evinde veya kendi belirlediği bir yerde çalışıyor olması gerekmektedir. Çalışanın asıl işyerinde çalışmaması, onun bağımlılık ilişkisi kapsamında değerlendirilmesinin ve dolayısıyla da işçi olarak nitelendirilmesinin önüne geçmektedir⁶³³. Ancak, doktrindeki bir görüşe göre, iş organizasyonu kapsamında bulunduğu halde çalışmanın asıl işyeri dışında yapılması, çalışanın bağımlı çalışan olarak nitelendirilmesini engellemeyecektir⁶³⁴. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, iş organizasyonu ölçütü tele çalışmada dikkate alınabilecek bir ölçüttür. Zira tele çalışmada işverenin uzaktan da olsa on-line sistemleri sayesinde işçisine anlık bildirimlerde bulunmak suretiyle denetimi sağlayabileceği, ancak evde çalışmada böyle bir imkânın söz konusu olmadığı ve işverenin denetiminin kesin bir şekilde belirlenemediği, dolayısıyla da evde çalışanın iş organizasyonu kapsamına dâhil edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁶³⁵.

Her iki görüş birlikte değerlendirildiğinde, ilk görüşün kanunkoyucunun amacına, işçinin korunması ilkesine daha uygun olduğu görülmektedir. Zira teknolojik imkânların daha az kullanılıyor olması sebebiyle evde çalışmanın iş organizasyonuna dâhil edilemeyeceğini iddia etmek yerinde değildir. Teknolojik imkânların daha az kullanılması veya belki de hiç kullanılmaması hususunun, evde çalışma ve tele çalışma arasında ayırt edici bir unsur olduğu doğrudur. Ancak, söz konusu ayırım, teknolojik imkânların işin yapılması esnasında kullanılıp kullanılmadığı, yani işin gerçekleştirilmesinde katkı sağlayıp sağla-

⁶³² Centel, “Türk Borçlar Kanunu’nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”, s. 17.

⁶³³ Karaca, a.g.m., s. 383.; Engin, a.g.m., s. 271.

⁶³⁴ Centel, “Türkiye’de Yeni İstihdam Türleri ile İş İlişkilerinin Esnekleştirilmesi”, s. 242.

⁶³⁵ Eyrenci/Bakırcı, a.g.e., s. 33.

madığı noktasında dikkate alınmaktadır. Tabii ki on-line sistemlerde işverenin her an işçiye talimatlarını iletmesi ve denetim hakkını daha kesin bir şekilde kullanması mümkündür, ancak evde çalışmada da her ne kadar bu türden teknolojik imkânlar mevcut olmasa da, bir işveren vekili vasıtasıyla veya uyulması gereken kuralların önceden belirlenmesi ve bunlara uyulup uyulmadığının belirli dönemlerle denetlenmesi suretiyle de denetimin sağlanması mümkündür.

Sonuç olarak, çalışma yerinin farklı olması evde çalışma bakımından her ne kadar ayırt edici ve bağımlılık ilişkisini zedeleyici bir unsur olsa da⁶³⁶, çalışan ve işveren arasındaki hukukî/kişisel ve ekonomik bağımlılığı tamamen ortadan kaldırdığından bahsetmek mümkün olmayacaktır⁶³⁷.

b. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı

Evde çalışma, asıl işyerinden farklı bir yerde çalışmayı gerektirdiğinden, bunun doğal bir sonucu olarak işçi, işverenin kontrolünün azaldığı ve kendine özgü, şartlarını kendisinin belirlediği bir çalışma ortamına sahip olmaktadır. Her ne kadar işverenin çeşitli iletişim imkânları sayesinde işçiye ulaşma, ona emir ve talimatlarını iletme yetkisi bulunsa da, evde çalışmanın konusu olabilecek işlerin belirli seviyede bilgi ve kendince vasıf gerektiren işler olması sebebiyle, işverenin işin nasıl yapılacağı ve hangi kurallara uyulması gerektiği hususunda emir ve talimat verme imkânı sınırlı bir çerçevede kullanılabilir⁶³⁸.

Ancak, tek başına bu husus, evde hizmet/çalışma sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren bir çalışanın, bağımlı çalışan olmasını engellememektedir. Zira işverenin yapılan iş

⁶³⁶ Engin, a.g.m., s. 271.

⁶³⁷ Hohmeister/Goretzki, **a.g.e.**, s. 65.

⁶³⁸ Kandemir, a.g.m., s. 149.

hakkında bilgisinin olması ve bu çerçevede çalışana emir ve talimat vermesi mümkündür⁶³⁹. Aynı şekilde, her ne kadar işveren yapılan iş hakkında bilgi sahibi olmasa dahi, bazı genel hususlar bakımından çalışana yönlendirmede bulunması da söz konusu olabilecektir. Nitekim iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri, yıllık ücretli izin kullanılması gibi konularda işverenin emir ve talimat verme hakkı, çalışanın da bunlara uyma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü, ya işveren ve çalışan arasında bu doğrultuda bir anlaşmanın bulunması ya da ikisi arasındaki anlaşmanın “iş sözleşmesi” olarak nitelendirilmesi durumunda gündeme gelecektir. Şayet aralarında iş sözleşmesi bulunmuyorsa, bundan doğan birtakım yükümlülükler de söz konusu olmayacağından, işverenin emir ve talimat verme yetkisi, sınırlı bir çerçevede söz konusu olabilecek ve sınırları genişletme veya daraltma da tarafların karşılıklı anlaşmalarıyla gündeme gelebilecektir⁶⁴⁰. Oysaki iş sözleşmesinde, tarafların anlaşmasından bağımsız olarak sınırlar kanunla belirlenmiştir.

Evde çalışmaya dayalı iş sözleşmesi açısından emir ve talimatların kim tarafından verildiği yeterince ayırt edici olamamaktadır. Zira evde çalışmanın, hem iş sözleşmesi hem de konusu iş görme borcu olan diğer özel hukuk sözleşmeleri kapsamında yapılması mümkün olduğundan, öncelikle hukuki ilişkinin temelini hangi sözleşmeye dayandığının tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda da, kendi içinde çıkmaz oluşturan bir döngü ile karşılaşılmaktadır. Emir ve talimat verme yetkisinin kime ait olduğu ölçütü, sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığı sorununu çözmek amacıyla kullanılmaktayken; bir de çalışan ve işveren arasındaki hukuki ilişkinin bu yetkiyi ortaya çıkarıp çıkarmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Dolayısıyla da hangisinin daha önce çözülmesi gerektiği veya birisinin diğerinden önce çözülmesinin mümkün olup olmadığı, çalışanın hukuki statüsünü belirlemekten daha öncelikli bir sorun haline gelmektedir.

⁶³⁹ A.e., s. 157.; Gülver, a.g.m., s. 104.; Ayrıca bkz. Yarg. HGK., E. 2016/1414 K. 2016/1072 T. 16.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2016-1414-k-2016-1072-t-16-11-2016>, (Çevrimiçi), 23.03.2018.

⁶⁴⁰ Akkurt, a.g.m., s. 45.

c. İlişkinin Sürekliliği

Evde çalışmaya dayalı iş sözleşmesi kapsamında çalışan bir işçinin bağımlı çalışan niteliğini haiz olduğunu iddia edebilmek için, aralıksız çalışmayı konu edinen bir iş ilişkisinin mevcut olması gerekmektedir. Zira bağımlılık ilişkisinin tesis edilebilmesi için en temel gereksinimlerden biri, sürekliliktir.⁶⁴¹

Evde çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, aralıklı veya aralıksız çalışmayı konu edinebilir. Aralıklı çalışmanın söz konusu olması halinde, belirli ve yapılmakla bitecek bir “iş” bulunmaktadır. “Aralıklı” kavramı ile ifade edilmek istenen, sürekli olmayan ve bitirilen iş ile yeni iş arasında kısa da olsa bir zaman diliminin bulunması veya işveren tarafından işçiye başka bir iş verilmemesidir. Bu sebeple, “aralıklı” kavramı her zaman aralıksız çalışmanın zıttı olan çalışmayı karşılayamayabilecektir. Esasında aralıklı-aralıksız evde çalışma ayrımının yapılmasında her ne kadar ifade edilen zaman unsuru önemli olsa da, dikkat edilmesi gereken temel husus, tarafların hak ve borçlarının devam edip etmediğidir.⁶⁴²

Eser sözleşmesinin kapsamı içerisinde değerlendirilmesi daha isabetli olan bu tür ilişkilerde çalışan, yapacağı işi bitirmekle birlikte, işverenden bu işe binaen veya bu işin devamı olan başka bir iş almamaktadır. İşverenin de işçiye aynı şekilde başka bir iş verme düşüncesi bulunmamaktadır. Zira taraflar kendilerini ve birbirlerini yeni bir iş verme veya alma hususunda yükümlendirmemişlerdir.⁶⁴³

Şayet taraflar, sözleşme konusu işin yapılmakla bitmeyen, devamlı olarak yenisinin verileceği bir iş ve işverenin de sonucunu (üretilen ürün, mal, hizmet) kabul etmek zorunda olduğu konusunda anlaşılırsa, aralıksız evde çalışmadan bahsedilecektir. Zira bu durumda iş ilişkisi sürekli ve aksine bir anlaşma bulunmadığı halde de belirsiz süreli olduğu kabul edilmektedir.⁶⁴⁴

⁶⁴¹ Yarg. YİBHGK., E. 2016/3 K. 2017/4 T. 09.06.2017, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2016-3-k-2017-4-t-09-06-2017>, (Çevrimiçi), 23.03.2018.

⁶⁴² Gülver, a.g.m., s. 116.

⁶⁴³ A.e.

⁶⁴⁴ A.e.

Aralıklı çalışmayı konu edinen evde hizmet sözleşmesinde ne kişisel/hukuki ne de ekonomik bağımlılık bulunmamaktadır⁶⁴⁵. Buna karşılık aralıksız çalışmayı konu edinen evde hizmet sözleşmesinde bağımlılık ilişkisi mevcuttur.

d. İşin Belirli Bir Kişi Tarafından İfa Edilmesi

Evde çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin tipik bir iş sözleşmesinden ayrılmasını sağlayan en temel özelliklerinden biri, sözleşmeye konu olan işin bir veya birden fazla kişi tarafından yapılmasının mümkün olmasıdır⁶⁴⁶. Çoğunlukla, iş aracısının/tüccarın getirdiği işin, birden fazla kişinin bir araya gelmesi suretiyle yapıldığı evde çalışmada, önemli olan çalışanların kişisel özellikleri değil, ürünün numuneye uygun biçimde üretilmesidir.

Bilindiği üzere, tipik iş sözleşmesinde de belirli durumlarda ifa yardımcılarının yerine getirmesi söz konusu olabilmektedir. Ancak buradaki ayırt edici nokta, evde çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde ortaya çıkan ayıplı ürünün bir başkası tarafından yapılması halindeki sorumluluk ile iş sözleşmesi kapsamında işi başkasının yapmasındaki sorumluluğunun birbirinden farklı olmasıdır. İlkinde özen sorumluluğu yanında sonuç sorumluluğu, ikincisinde ise özen sorumluluğu söz konusudur⁶⁴⁷. Nitekim Alman Hukuku'nda evde çalışanların "işçi benzeri çalışan" kategorisine dahil edilmeleri nedeniyle, işverenle eser sözleşmesi kapsamında akdi ilişki kurdukları ve ürün/hizmetin ayıplı olmasından da sorumlu oldukları kabul edilmektedir⁶⁴⁸.

Netice olarak, her ne kadar evde çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde sonuç sorumluluğu ön planda olsa dahi, özen sorumluluğunun da dikkate alındığı gözden kaçırılmamalıdır. Gösterilmesi gereken özen derecesinin belirlenmesinde işçinin kişiliğinin göz önüne

⁶⁴⁵ Engin, a.g.m., s. 273.; Buna karşılık, aralıklı da olsa, her bir iş ilişkisinin yeni bir evde çalışma sözleşmesi olduğu ve bu bakımdan da taraflar arasında her seferinde yeni bir iş sözleşmesinin tesis edildiğini savunan görüşler de mevcuttur. Bkz. Gülver, a.g.m., s.119.

⁶⁴⁶ Kandemir, a.g.m., s. 150.

⁶⁴⁷ Engin, a.g.m., s. 272.

⁶⁴⁸ A.e., s. 273.

alınması ve evde çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin iş sözleşmesi karakterini de haiz olması unsurları birlikte değerlendirildiğinde, kişisellik özelliğinin bu çalışma türü bakımından önem taşıdığı ifade edilebilecektir. Bu bakımdan, işin belirli bir kişi tarafından ifa edilmesi zorunluluğunun taraflar arasında bağımlı çalışma ilişkisi kurduğuna hükmedilmelidir.

F. Pazarlamacılık Sözleşmesi

1. Kavram

Hizmet sözleşmesinin özel bir türü olan pazarlamacılık sözleşmesi⁶⁴⁹, çalışanın işyerinde üretilen ürünlerin veya sağlanan hizmetlerin işyeri dışında, müşterilerin bulunduğu yerlere gidilerek tanıtması veya yanında çalıştığı işverenin hesabına her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmesini içermektedir⁶⁵⁰.

Türk Hukuku'nda pazarlamacılık sözleşmesi, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, TBK'da düzenlenmiştir. Zaten Türk Hukuku'ndaki pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin düzenlemeler de İsviçre Hukuku'ndan iktibas edilmiştir⁶⁵¹.

Pazarlamacılık sözleşmesine, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiştir. "Seyyar tüccar memuru" başlığı altında, yalnızca kavramın tanımıyla yetinilmiştir; ancak TBK'da geniş bir şekilde (m. 448-460) düzenlenmiştir. Pazarlamacılık sözleşmesi bakımından iki kanun arasındaki bir diğer farklılık; seyyar tüccar memuru kavramına 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bağımlı tacir yardımcılarının düzenlendiği 449. ve 456. maddelerin arasında yer verilmesine karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nda hizmet sözleşmesinin kapsamında hüküm altına alınmış olmasıdır⁶⁵².

⁶⁴⁹ Pazarlamacılık sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu yönündeki görüş için bkz. Umut Akdeniz, "Pazarlamacılık Sözleşmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 4, 2013, s. 10.

⁶⁵⁰ Süzek, **a.g.e.**, s. 271.

⁶⁵¹ Akdeniz, a.g.m., s. 2.

⁶⁵² A.e., s. 3.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda m. 347 ve devamında yer verilen pazarlamacılık sözleşmesi; "Ticari gezgin, ticarethane, fabrika veya ticari usul ve esaslar çerçevesinde yürütülen bir işyerinin sahibi olan işveren hesabına, ücret karşılığında, işverenin işyeri dışında, her türlü işin yapılmasına aracılık etmeyi veya neticelendirmeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Maddede de görüldüğü üzere, pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında iş gören kişi, İsviçre kanunkoyucusu tarafından "ticari gezgin" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu farklılığın nereden kaynaklandığı belli olmamakla birlikte, ticari gezgin kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır⁶⁵³.

Pazarlamacılık sözleşmesine hangi kanunun uygulanacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu kapsamında pazarlamacılık sözleşmesine ayrı bir yer verilmiş olması, İş Kanunu'nun bu sözleşme kapsamında çalışanlara uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. Kanunkoyucunun Türk Borçlar Kanunu'nda detaylı bir şekilde düzenleme yapmasının sebebi, çalışanların haklarını kısıtlamak değil, İş Kanunu'nda hükme bağlanmamış yeni durumlara karşı, çalışanları korumak istemesidir. Dolayısıyla, pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında çalışanlara Borçlar Kanunu ve İş Kanunu hükümlerinin birlikte uygulanması gerekmektedir⁶⁵⁴. Diğer görüşe göre ise, TBK m. 469 bu konuda ortaya çıkacak sorulara net bir cevap vermiş; pazarlamacılık ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almıştır. Kanun'un açık hükmü karşısında İş Kanunu hükümlerinin de pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında çalışanlar hakkında uygulanacağını ifade etmek yanlış olacaktır.

⁶⁵³ Pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında pazarlamacı, işverenin işletme dışında yapılması gereken her türlü işine aracılık etmeyi üstlenmektedir. Aracılık ile kastedilen, işyerinde üretilen ürün ve hizmetlerin tanıtılması, şartlar oluştuğunda da satılması veya kiralanması işlemlerini gerçekleştirmektir. Ancak "pazarlamacı" kavramı, esasında çok daha geniş bir manayı ihtiva etmektedir. Nitekim pazarlama faaliyeti sözlükte; "Bir ürünün, bir malın, bir hizmetin satışını geliştirmek amacıyla tanıtmayı, paketlemeyi, satış elemanlarının yetişmesini, piyasa gereksinimlerini belirlemeyi ve karşılamayı içeren etkinliklerin bütünü" olarak tanımlanmaktadır. Oysaki TBK m. 448'de yer verilen pazarlamacılık sözleşmesi tanımı ifade edilen bu faaliyetlerin ancak bir kısmını karşılamakta, fakat yine de pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında iş gören kişiyi "pazarlamacı" olarak adlandırmaktadır. A. Can Tuncay, "Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Düşündürdükleri", **Çimento İşveren**, C. 26, S. 2, 2012, s. 5.

⁶⁵⁴ A.e., s. 6, 15-17; Süzek, **a.g.e.**, s. 271.

İlk görüşün kanunkoyucunun amacını daha iyi yansıttığı söylenebilir. Ayrıca, Kanun genel gerekçesinde de ifade edildiği üzere, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olan pazarlamacılık sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi için öngörülen ve Türk Borçlar Kanunu'nda hüküm bulunmadığı halde hizmet sözleşmesinin genel hükümlerine başvurulabileceğini öngören hükmün dışında değerlendirilmesi uygun olmayacaktır. Aksi görüşün ifade etmiş olduğu kanun hükmü, tabii ki lafız itibarıyla açık ve nettir, ancak İş Hukuku'nun kendine has ilkeleri de göz önüne alındığında, işçi yararına olan görüşün dikkate alınması ve yorumun bu doğrultuda yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerinin yeterli olmadığı durumlarda, İş Kanunu'ndaki hükümlere başvurulması gerektiği görüşü daha isabetlidir.

2. Hukuki Niteliği

Türk ve İsviçre kanunkoyucuları, pazarlamacılık sözleşmesini hizmet sözleşmesi başlığı altında düzenlemekle, sözleşmenin hukuki niteliğini kendilerince belirlemiş olmaktadır. Ancak doktrinde bunun aksi yönünde görüşler mevcuttur.

Pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında yürütülen faaliyetin özellikleri dikkate alındığında tipik bir hizmet sözleşmesinden veya iş ilişkisinden bahsetmenin mümkün olmadığı görülmektedir⁶⁵⁵. Zira çalışan, işyeri dışında ve kendine özgü bir bağımsızlık alanı içerisinde faaliyetlerini yürütmektedir. Haliyle pazarlamacılık sözleşmesinin, bu özelliklerin söz konusu olduğu diğer iş görme sözleşmelerinin de altında yer alabileceği doktrinde ifade edilmektedir⁶⁵⁶. Nitekim pazarlamacılık sözleşmesine konu işin vekâlet sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilmesi de mümkündür. Ancak bu hususta Türk Borçlar Kanunu'nun bilinçli bir tercih neticesinde konuyu hizmet sözleşmesi başlığı altında düzenlediği ve dolayısıyla da diğer sözleşme türleri kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı itirazı gündeme gelmektedir. Söz konusu itiraza cevap olarak; farklılık açıkça

⁶⁵⁵ Bkz. Yarg. 9. HD., 2015/22587 E., 2015/28954 K., Tarih: 19.10.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hd-e-2015-22587-k-2015-28954-t-19-10-2015>, (Çevrimiçi), 28.03.2018.

⁶⁵⁶ Tuncay, "Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Düşündürdükleri", s. 6.

anlaşılabilirliği sürece, tarafların farklı türde bir akdi ilişki içerisinde girebilecekleri, pazarlamacılık faaliyetini bu kapsamda da sürdürebilecekleri ifade edilmektedir⁶⁵⁷.

Pazarlamacılık faaliyetinin farklı sözleşme türleri kapsamında yerine getirilmesi hukuk mükün olmakla birlikte, ortaya çıkacak sonuçlar ve işçiye etkileri bakımından hizmet sözleşmesi başlığı altında değerlendirilmesi ve diğer iş görme borcu doğuran sözleşme türlerine dâhil edilmemesi daha uygun olacaktır. Zira edilmesi halinde işçiyi, iş/hizmet sözleşmesinin sağlamış olduğu korumalardan mahrum etmenin önü açılmış olacaktır. Hatta böylesi bir uygulamanın hukuk kurallarını dolanmak suretiyle haksız bir durum oluşturduğundan da bahsedilebilecektir.

3. Unsurları

Pazarlamacılık sözleşmesinin kurucu unsurları; bir ticari işletmenin var olması, bu işletmeyi işleten kişiye bağlı olarak, onun adına ve işletmenin dışında iş görmek, sürekli bir iş ilişkisi içerisinde olmak, son olarak da işi ücret karşılığında yapmaktır⁶⁵⁸. Bir ticari işletmenin varlığı ile işletme sahibinin adına ve işletme dışında iş görme koşulları, pazarlamacılık sözleşmesinin karakteristik özelliklerini yansıtmaktayken, ücret ve bağımlı çalışma koşulları, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olmasından dolayı ortaya çıkmaktadır.

Bir ticari işletmenin varlığı, pazarlamacılık sözleşmesinin varlığı açısından zorunludur. Ticaret Kanunu'nda yer verilen ticari işletme tanımı, pazarlamacılık sözleşmesi için dikkate alınacak işletme için de geçerli olacaktır⁶⁵⁹. Bu bakımdan, esnaf işletmeleri bünyesinde çalışanların "pazarlamacı" olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir⁶⁶⁰. Nitekim kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda da "ticarethane, fabrika ya da ticari usul ve esaslar çerçevesinde işletilen yerler" ifadesi kullanılmakla, ticari olmayan işyeri ve işletmelerle

⁶⁵⁷ A.e.; Akdeniz, a.g.m., s. 10.; BAG 09.06.2010 5 AZR 332/09, https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-03-23/5_AZR_332-09.pdf, (Çevrimiçi), 28.03.2018.

⁶⁵⁸ Bkz. Yarg. HGK 2016/1414 E., 2016/1072 K. Tarih: 16.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genei-kurulu-e-2016-1414-k-2016-1072-t-16-11-2016>, (Çevrimiçi), 23.02.2018.

⁶⁵⁹ Akdeniz, a.g.m., s. 4.

⁶⁶⁰ Yavuz, a.g.e., s. 967.; Akdeniz, a.g.m., s. 4.

esnaf işletmelerinde pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında işçi istihdam edilmesinin mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Yargıtay'ın aynı yöndeki bir kararında, davacının taksi şoförü olarak bağlı çalıştığı işyerinin üç kişi sınırını aşmaması ve çalıştığı dönemdeki yasal düzenlemelere göre taksicilik mesleğinin esnaf ve sanatkarlık statüsü altında değerlendirilmesi nedeniyle, bu dönemdeki çalışmalarından dolayı işçi olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir⁶⁶¹.

Ticari bir işletmenin mevcut olması koşulunun yanı sıra, kanunda açık bir şekilde belirtilmemiş olmakla birlikte, ticarî işletmeyi işleten kişinin de tâcir olması gerekmektedir. Her ne kadar çoğu olayda ticari işletmeyi işleten kişi tâcir olsa da, teorik olarak tâcir olmayan bir kişinin de işletmenin başında bulunması ve işletmeyi idare etmek için gerekli her türlü işlemi yapabilmesi mümkündür. Nitekim işveren vekilleri vasıtasıyla holding bünyesinde bulunan işletmelerin yönetilmesi mümkündür ve 4857 sayılı İş Kanunu bakımından, işveren vekillerinin tâcir olmaları mecburi değildir. Buna ek olarak, pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında çalışan kişiler hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalışıyor kabul edilse ve işçi olarak nitelendirilse de, bu kimseler aynı zamanda Türk Borçlar Kanunu hükümleri bağlamında tâcir yardımcısı olarak da nitelendirilebilmektedirler⁶⁶². Dolayısıyla, pazarlamacının kendisine bağımlı olarak iş gördüğü kimsenin tâcir olması, bu bakımdan da bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁶³. Netice olarak, bağımlı bir iş ilişkisinin varlığından söz edilebilmesi için işverenin sıfatından ziyade, işverenin ve bağımlı bir çalışmanın varlığı dikkate alınmalıdır.

Pazarlamacının bağımlı olarak iş görmesi de, pazarlamacılık sözleşmesinin koşullarından bir tanesidir. Bağımlılığın ortaya çıkmasını sağlayan ve varlığı aranan bir diğer koşul da iş ilişkisinin sürekli olmasıdır. Sürekli olmayan, yani yapılmakla biten ve tekrar

⁶⁶¹ Yarg. 9. HD. 2017/10350 E., 2018/23434 K., Tarih: 17.12.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr./YargitayBilgiBankasistemciWeb/, (Çevrimiçi), 02.04.2019.

⁶⁶² Tuncay, "Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Düşündürdükleri", s. 4-6.

⁶⁶³ Akdeniz, a.g.m., s. 4.

iş verme, ücret ödeme borcu doğurmayan iş ilişkilerinin pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Sürekliliğin söz konusu olmadığı hallerde pazarlamacılıktan değil, simsarlıktan veya ticârî vekillikten bahsedilecektir⁶⁶⁴.

Her ne kadar pazarlamacılık sözleşmesinin ortaya çıkabilmesi bakımından ticârî bir işletmenin varlığı şartsa da, pazarlamacının işletme ve işletmeye bağlı yerler dışında iş görmesi gerekmektedir⁶⁶⁵. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, pazarlamacının, kendisine bağlı olarak çalıştığı işletmecinin işyeri dışında, fakat kendisine ait bir işyerinde iş görmesi de mümkün değildir. Zira bu durumda, sözleşmenin karakteristik özelliğine aykırı bir durum ortaya çıkacağından, pazarlamacılık sözleşmesinden bahsedilemez⁶⁶⁶.

Pazarlamacının, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmesi esnasında kendi adına değil de, işveren adına hareket etmesi de pazarlamacılık sözleşmesinden söz edilebilmesi için varlığı zorunlu bir husustur. Aksi takdirde, pazarlamacılıktan değil, komisyonculuktan bahsetmek gerekecektir⁶⁶⁷. Kanun, pazarlamacılık sözleşmesini tanımlarken, pazarlamacının ticârî işletme sahibi işveren hesabına hareket eden kişi olduğunu ifade etmiştir. Kanunun ifadesi doğru olmakla birlikte, eksiktir. Zira pazarlamacının yapmakla yükümlü

⁶⁶⁴ "... taraflar arasında yapılan kozmetik ürünleri tali satıcılık sözleşmesi incelendiğinde tipik pazarlamacılık sözleşmesinin unsurlarının bulunduğu davacının sürekli olarak davalı işveren hesabına işletmesinin dışında her türlü işlemin yapılmasına aracılık ettiği, sözleşmede belirtilen işlemleri yaptığı ve işverenin de buna karşılık prim ödediğinin anlaşıldığı, satış şartları ve ürün fiyatlarının işverence belirlendiği davacı ile davalı arasında pazarlamacılık sözleşmesi nedeniyle iş ilişkisinin bulunduğu açık olduğu..." Bkz. Yarg. 9. HD., 2016/14019 E., 2016/11324 K., Tarih: 05.05.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2016-14019-k-2016-11324-t-5-5-2016>, (Çevrimiçi), 28.03.2018.

⁶⁶⁵ Süzek, **a.g.e.**, s. 271.

⁶⁶⁶ Bu durumda bağımlılığın olmaması sebebiyle pazarlamacılık sözleşmesinin teşekkül edemeyeceğini iddia etmek kanımca yanlış olacaktır. Zira kanun, pazarlamacılık sözleşmesinin işyeri dışında ve müşterinin ayağına gitmek suretiyle "gezerek" yapılmasından söz ettiğinden, sözleşmenin karakteristiği itibarıyla belirli bir işyerinin bulunması, pazarlamacılık sözleşmesinin ortaya çıkmasını engellemektedir. Dolayısıyla pazarlamacılık sözleşmesinin gündeme gelmemesi bağımlılığın olmamasından değil, sözleşmenin kendi karakteristiği sebebiyledir. Aynı yönde bkz. Tuncay, "Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Düşündürdükleri", s. 7.; Akdeniz, a.g.m., s. 6-7.

⁶⁶⁷ A.e., s. 6.

olduğu işler, zaten işveren hesabına gerçekleştirilmesi gereken işlerdir; ancak pazarlamacının bu işleri aynı zamanda işveren adına yapması gerekmektedir⁶⁶⁸. Pazarlamacının kendi adına ve hesabına iş görmesi durumunda bağımlılık ilişkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Öyle ki bu durumda artık hizmet ilişkisi kapsamında tesis edilen bir hukuki ilişkiden değil, konusu iş görme borcu olan diğer sözleşme türlerinden ve hukuki ilişkilerden bahsedilecektir.

Son olarak işverenin, yapmış olduğu faaliyetin karşılığı olarak pazarlamacıya ücret ödemesi de pazarlamacılık sözleşmesinin bir diğer koşuludur⁶⁶⁹. Ücretin ne şekilde ödemesi gerektiği hususunda kanunda kesin bir hüküm yoktur. Tarafların kendi aralarında anlaşmak suretiyle farklı ödeme şekillerinde karar kılmaları mümkündür.

4. Hükümleri

Pazarlamacılık sözleşmesinin şekli hakkında TBK'nın pazarlamacılık sözleşmesi hükümleri kapsamında, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar yazılı şekilde bu sözleşmeyi akdedebilecekleri gibi; yazılı, sözlü veya zımnî olarak da akdedebilirler. Kanun, sözleşmenin yazılı olarak yapılmasını bir geçerlilik şartı olarak görmemiştir⁶⁷⁰.

Pazarlamacı, işveren tarafından kendisine verilen talimatlar çerçevesinde iş görmeye yükümlüdür. Ancak işyeri dışında çalışması ve her zaman işverene ulaşmasının zor olması sebebiyle, zorunlu hallerde ve haklı bir sebebin varlığında, talimatların dışına çıkarak iş

⁶⁶⁸ A.e.

⁶⁶⁹ “Dosya içeriğine göre taraflar arasında yapılan kozmetik ürünleri tali satıcılık sözleşmesi incelendiğinde, tipik pazarlamacılık sözleşmesinin unsurlarının bulunduğu, davacının sürekli olarak, davalı işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık ettiği, sözleşmede belirtilen işlemleri yaptığı ve işverenin de buna karşılık prim (komisyon) ödediği anlaşılmaktadır. Satış şartları, ürün fiyatları davalı işveren tarafından belirlenmektedir. Davacı ile davalı arasında pazarlamacılık sözleşmesi nedeni ile iş ilişkisi bulunduğu açıktır.” Bkz. Yarg. 9. HD., 2015/22587 E., 2015/28954 K., Tarih: 19.10.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hd-e-2015-22587-k-2015-28954-t-19-10-2015>, (Çevrimiçi), Tarihi: 28.03.2018.

⁶⁷⁰ Tuncay, “Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Düşündürdükleri”, s.10.; Akdeniz, a.g.m., s. 8.

görme hak ve imkânına da sahiptir. Pazarlamacının talimatlar dışında davranması neticesinde bir zararın ortaya çıkması durumunda, ne ölçüde sorumlu tutulacağı hususunda Kanun'da özel bir düzenleme yapılmamış olmakla birlikte, haklı ve zorunlu bir sebep bulunduğu tereddüt yoksa hizmet sözleşmesinin genel hükümleri kapsamında sorumluluktan bahsedilmesi gerekmektedir.

Hizmet sözleşmesinin özel bir türü olması hasebiyle, pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında çalışan pazarlamacının işverenin izin vermesi dışında, kendisi veya üçüncü kişiler adına ve hesabına işlem yapması, işlemlere aracılık etmesi mümkün değildir. Aynı şekilde pazarlamacının, işveren tarafından kendisine çizilen sınırlar haricinde yetki kullanması ve işlemlerde bulunması da yasaya aykırı olup, bu davranış nedeniyle bir zararın ortaya çıkması halinde tazmini gerekmektedir⁶⁷¹.

Hizmet sözleşmesi kapsamında çalışan işçi bakımından söz konusu olan ve sadakat borcunun bir yan edimi niteliğini taşıyan bildirim yükümlülüğü, pazarlamacı için de mevcuttur. Nitekim pazarlamacı, pazarlama faaliyetleri ile ilgili olarak düzenli biçimde ayrıntılı bilgi verme, aldığı siparişleri işverene derhâl ulaştırma ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olayları bildirme yükümlülüğü altındadır (TBK m. 450/3, OR Art. 348/3).

Kanunkoyucunun pazarlamacıyı korumak amacıyla tesis ettiği açıkça anlaşılabilir ve İş-çiye Borçlar Kanunu (OR) m. 348a/1'dan tercüme edilen TBK m. 451'e göre; "pazarlamacının, müşterilerin ürünün/hizmetin bedelini ödememelerinden veya diğer yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olacağına ya da alacağın tahsili için katlanılacak masrafları tamamen veya kısmen karşılayacağına ilişkin yapılan anlaşmalar, kesin olarak hükümsüzdür". Ancak bu durumun istisnası, pazarlamacının kendi müşteri çevresiyle iş yapmasıdır. Şayet işverenin değil de pazarlamacının kendi belirlediği müşterilerle iş yapıyorsa, işverenin her bir işlemde uğrayacağı zararın dörtte birini geçmemek üzere ve uygun bir ek komisyon kararlaştırılması koşuluyla pazarlamacı tarafından karşılanacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir (TBK m. 451/2).

⁶⁷¹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 970.; Tuncay, "Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Düşündükleri", s. 9.;

Pazarlamacının yetkisi, aksine bir anlaşma olmadığı müddetçe işlemlere aracılık etmekle sınırlıdır. Aracılık dışında gerçekleştirilecek her türlü faaliyet için işverenin yazılı olarak yetki vermiş olması gereklidir. Aksi takdirde, yapılan işlemler işvereni bağlamayacaktır. Ancak, sonradan icazet verilmesi halinde işverenin de bu işlemlerden sorumlu tutulması mümkündür⁶⁷².

Pazarlamacılık sözleşmesinde yapılan işin karşılığı olarak ödenecek ücret, farklı ödeme şekillerine konu olabilecektir. Nitekim TBK m. 454'te de ücretin tamamının sabit veya komisyon şeklinde belirlenebileceği ifade edilmiş, aynı şekilde bu iki ücret türünün birlikte ödenebileceği belirtilmiştir. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, ücretin tamamının komisyon olarak belirlenebilmesi için, tarafların bu konuda yazılı olarak anlaşmaları ve komisyon türünden yapılan ödemenin, pazarlamacının yerine getirdiği faaliyetin uygun bir karşılığı olması gereklidir. Uygun bir karşılıktan anlaşılması gereken ise, pazarlamacının kişisel özellikleri ve gerçekleştirdiği faaliyetin zorluk derecesi/gereksinimleri göz önünde bulundurularak ücretin belirlenmesidir⁶⁷³. İlâveten, pazarlamacılık sözleşmesinin deneme süreli olarak yapılabileceğinden hareketle, deneme süresi için belirlenecek ücretin taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceği ve deneme süresinin en fazla iki ay olabileceği de maddenin son fıkrasında belirtilmiştir (TBK m. 454/3).

Kanunkoyucu, pazarlamacılık sözleşmesine pazarlama alanı ve müşteri çevresi kavramlarını dâhil etmiş ve buna da bir takım hükümler bağlamıştır. Tipik bir iş sözleşmesinden farklı olarak, pazarlamacı bu kavramlar sayesinde bir işi yapmamış olsa dahi ücret talep edebilmesi mümkündür. Nitekim TBK m. 455/1 de ve İsviçre Borçlar Kanunu m. 349b/1'de belirli bir pazarlama alanı veya müşteri çevresinde faaliyette bulunma hakkının tek bir pazarlamacıya verilmesi halinde, o çevrede gerçekleştirilen tüm pazarlamacılık faaliyetlerinden, kararlaştırılmış ya da alışılmış olan komisyonun pazarlamacı tarafından talep edilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu faaliyetin, işveren veya işverenin kendisi adına pazarlamacılık yetkisi vermeden, belirli bir iş veya işler için görevlendirdiği

⁶⁷² A.e., s. 11; Süzek, **a.g.e.**, s. 273.

⁶⁷³ **A.e.**; Tuncay, "Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Düşündürdükleri", s. 11;

kimse/ler tarafından yapılmasının komisyon talep hakkı bakımından bir farkı yoktur. Önemli olan, yetkilendirilmiş pazarlamacı haricinde bir kimsenin belirlenmiş çevre içerisinde pazarlamacılık faaliyeti yapmasıdır⁶⁷⁴. Ancak bu hak, aynı pazarlama alanı veya müşteri çevresi için birden fazla pazarlamacının yetkili kılınması durumuyla sınırlandırılmıştır. Zira, birden fazla pazarlamacının yetkili kılınması halinde her biri, kendi yaptığı işlerden komisyon alacaktır⁶⁷⁵.

İş Kanunu'nda yer verilen geçici îfâ imkânsızlığı düzenlemelerine paralel olarak, pazarlamacının pazarlama işlerini yürütmesinin, kendi kusuru olmaksızın imkânsız hâle gelmesi durumunda, ücretin sabit ücrete ve komisyonun kaybı sebebiyle ödenebilecek uygun tazminata göre belirleneceği ifade edilmek suretiyle, pazarlamacının ücret talep hakkının söz konusu olabileceği kanunkoyucu tarafından hüküm altına alınmıştır. Ancak bu durumda işverene de bir hak tanınarak, çalışılmamasına rağmen ücretin tamamının ödenmesi halinde, pazarlamacıdan, imkânsızlık ortadan kalkana kadar işverenin işletmesinde yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işlerde çalıştırılabileceği belirtilmiştir⁶⁷⁶.

Pazarlamacılık sözleşmesinin tipik bir iş sözleşmesinden farklılaşmasına katkı sağlayan düzenlemelerden bir diğeri de; pazarlamacının aynı anda birden fazla işveren için aracılık faaliyetinde bulunabilmesi ve yapmış olduğu harcamaların bu işverenler arasında -aksi kararlaştırılmadıkça- ortak olarak paylaşılmasıdır⁶⁷⁷.

Son olarak, pazarlamacılık sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirilmesi halinde kanun, her iki taraf için de iki aylık bir fesih süresine uyulmasını gerekli görmüştür. Ancak bunun için; işveren bakımından, pazarlamacıya ödenecek komisyonun, sabit ücretin en az beşte birini oluşturmasını ve önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkilenmesini; pazarlamacı bakımından ise, bir önceki mevsim sonuna kadar çalıştırılmış olmasını ve bundan sonra da çalıştırmaya devam edilmesini şart koşturmuştur.

⁶⁷⁴ A.e., s.11-12.

⁶⁷⁵ Akdeniz, a.g.m., s. 23.

⁶⁷⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **a.g.e.**, s. 484.; Yavuz, **a.g.e.**, s. 973.

⁶⁷⁷ Tuncay, "Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Düşündükleri", s. 12.

5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi

a. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı

TBK m. 450/1’de, pazarlamacının, işverenin de rızası olması halinde başka işverenler hesabına çalışmasının, başka işverenler hesabına işlemlerde bulunmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Ancak aynı maddede, pazarlamacının işverence kendisine verilen talimatlara, aksini zorunlu kılan nedenler ortaya çıkmadığı müddetçe uyması gerektiğini de hüküm altına almıştır⁶⁷⁸. Burada sorulması gereken soru, birden fazla işveren için faaliyette bulunan bir pazarlamacının, her iki işverenin emir ve talimatlarının birbirinden farklı olması halinde hangisine uyacağıdır. Her iki işverenin müşteri çevresinin birbirinden farklı olması ve olmaması hallerinin birbirinden ayrı olarak incelenmesi gerekmektedir.

İşverenlerin müşteri çevreleri birbirinden farklı olursa ve pazarlamacı bir işverenin müşteri çevresine gittiğinde diğer işverenin de ürününü tanıtmıyorsa, yani her iki müşteri çevresi için kullandığı zamanı birbirinden ayırt edebiliyorsa, bu durumda farklı işverenlerin emir ve talimatlarını uygulayabilmesi ve bunların birbirleriyle çatışmayacağından bahsedilmesi mümkün olacaktır. Ancak böylesi bir ayırım yapılamıyorsa, emir ve talimatların birbiriyle çatışması ve en az bir işverene karşı sadakat borcuna aykırı davranışta bulunması gündeme gelecektir.

Pazarlamacının kendi müşteri çevresine sahip olması ve işini bu müşteri çevresiyle yapıyor olması halinde, emir ve talimatlara uyma borcunu ne derecede yerine getirebileceği hususu da büyük öneme sahip bir başka tartışma konusudur. Zira bu durumda, öncelikli olarak sadakat borcunun bulunup bulunmadığı veya sadakat yükümlülüğünün kime

⁶⁷⁸“Uygulamada özellikle ilaç, kozmetik, gıda gibi işkollarında pazarlamacı ya da ticari gezgin olarak pek çok çalışan bulunmaktadır. Bunlar genelde firmaya bir iş sözleşmesi ile bağlı olarak fakat merkez dışında ürünlerin müşterilere tanıtımı ve satışı ile uğraşan kişilerdir. Prensipite satış şartları, ürün fiyatları konusunda kendilerine verilen talimatlara uymak zorundadırlar. Bunlar dışına çıkılmak gerektiği durumlarda firmadan onay almalıdırlar.” Bkz. Yarg. 9. HD., 2016/24670 E., 2016/19553 K., Tarih: 08.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2016-24670-k-2016-19553-t-8-11-2016>, (Çevrimiçi), 28.03.2018.

karşı olduğu sorusu gündeme gelecektir. Pazarlamacının kendi müşteri çevresine sahip olması, onu elinde tutabilmesi için bir takım faaliyetlerde bulunmasını gerektirmektedir. Müşteri çevresinin taleplerine ve isteklerine göre hareket etmeyi, kısacası müşteri çevresini memnun etmeyi içeren bu faaliyetler, işverenin emir ve talimatlarını uygulamakla yükümlü tipik bir işçiyle, pazarlamacının emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü ile sadakat yükümlülüğünü birbirinden ayırtmaktadır.

Tipik iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin de kendisine ait bir müşteri çevresinin olması mümkündür⁶⁷⁹. Ancak, işçinin işini nasıl yaptığı, söz konusu müşteri çevresinin isteklerine göre değil, işverenin emir ve talimatlarına göre şekillenmektedir. Buna karşılık pazarlamacılık sözleşmesinde pazarlamacının, yapmış olduğu faaliyetin doğası gereği işverenin emir ve talimatlarına harfiyen uyması veya işverenin her durumu önceden görerek uygun emir ve talimatları düzenlemesi söz konusu olamamaktadır. Zira işyeri ve çalışma zamanı bakımından tipik iş sözleşmesinden ayrışması, pazarlamacıya tipik iş sözleşmesiyle çalışan işçiye göre daha fazla hareket alanı sağlamaktadır. Bunun neticesinde pazarlamacı, gerektiğinde hızlı karar almak ve müşteriye ürünü/hizmeti satabilmek için işverenin emir ve talimatlarının dışına da çıkabilmektedir.

Pazarlamacı; ürün üretmek, hizmet sağlamak borcunun daha ötesinde, bunların müşteriye sunulmasını, maddi kazanç elde edilmesini üstlenen, kanunun ve sözleşmenin kendisine bu borcu yüklediği kişidir. Dolayısıyla, pazarlamacının emir ve talimatları kimden aldığı her zaman tespit edilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan da, bağımlılık unsurunun, pazarlamacının emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü bakımından aşınmaya uğradığı ifade edilebilecektir. Ancak, bir aşınma mevcut olmakla birlikte, pazarlamacının

⁶⁷⁹ Yargıtay, kural olarak işçinin kendisine ait bir müşteri çevresinin olmayacağı kabulünden hareketle, çalışanın kendisine ait bir müşteri çevresinin bulunması halinde, bu durumun onun bağımsız çalışan olduğuna karine teşkil edeceğini belirtmektedir. "...işverenin iş organizasyonu içinde olmakla birlikte çalışma gün ve saatlerini belirleme noktasında değil, iş görüp görmeme, çalışıp çalışmamaya karar verme yetkisi bulunan, kendi müşteri çevresi bulunan, bu nedenle birden fazla işverene aynı hizmeti verebilme imkânı bulunan ve bunun iş sahiplerince kısıtlanmasının mümkün olmadığı bir ilişkide bağımlı çalışmaktan ve dolayısıyla işçi-işveren ilişkisinden söz etmek olanaklı olmayacaktır." Bkz. Yarg. HGK 2015/3561 E., 2018/77 K., Tarih: 24.01.2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi/BankasiIstemciWeb/>, (Çevrimiçi), 08.04.2019.

hizmet sözleşmesi kapsamında çıkartılması da söz konusu değildir. Her ne kadar pazarlamacının kendi kararları veya müşterilerinin istekleri doğrultusunda işini yapma şeklini değiştirmesi mümkünse de, işverenin herhangi bir emir ve talimat vermesi halinde, buna uyma yükümlülüğü devam etmektedir. Netice olarak, pazarlamacı, temelde işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü altında olsa da, yaptığı işin özellikleri sebebiyle bu yükümlülüğünü tipik bir işçininkinden daha esnek bir şekilde ifa etmektedir⁶⁸⁰.

Yargıtay'ın pazarlamacılık faaliyetinde bulunan çalışanların hukuki statüleri ile ilgili olarak hâlihâzırda sağlıklı işleyen bir uygulamasından bahsetmek mümkün değildir. Özellikle ağ pazarlama şeklinde gerçekleştirilen pazarlama modellerinde çalışanın; çalışma koşul ve süresini kendisinin belirlemesi, işin niteliği ve serbestinin de bir gereği olarak, gelir elde edip etmeme ya da bunun miktarının tamamen çalışanın kişisel ve sosyal ilişkilerinin yoğunluğuna, satış becerisine, ikna kabiliyetine ve tercihlerine bağlı olması, ağ pazarlama sisteminde bir üst kademedeki bulunan partnerin, sisteme kattığı gruptaki kişilerin satışlarından ilgili koşullar gerçekleşmişse pay alabilmesinden ve o dönemde satış yapmasa dahi gruptaki kişiler yapmış ise yine de kazanç elde edebilmesinden hareketle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu tür iş ilişkilerinde bağımlılığın ve taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığına hükmetmektedir⁶⁸¹.

Her ne kadar her olayın kendi içerisinde farklı şartları olsa da, söz konusu karardan ve karara verilen karşı oydan da anlaşıldığı üzere Hukuk Genel Kurulu, taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin varlığını değerlendirirken bazı hususları dikkate almamıştır. Zira

⁶⁸⁰ Sümer, a.g.m., s. 70. Ayrıca bkz. "...Yukarda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışana, işçiden ayıran ilk kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir." Bkz. Yarg. 9. HD., 2015/7412 E. 2015/11911 K. Tarih: 25.3.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2015-7412-k-2015-11911-t-25-3-2015>, (Çevrimiçi), 21.03.2018.

⁶⁸¹ Karar için bkz. Yarg. HGK, 2014/2382 E., 2016/1071 K., Tarih: 16.11.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Çevrimiçi), 08.04.2019.

karşı oy yazısında da belirtildiği üzere; davacının sürekli bir pazarlama faaliyetinde bulunduğu, işletme dışında faaliyet yürüttüğü ve bunun karşılığında da komiyon aldığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, taraflar arasındaki ilişkinin pazarlamacılık sözleşmesi ile önemli ölçüde benzeştiği görülmektedir. Ayrıca davacının, işletme dışında faaliyet yürütmesine karşın; davalının iş organizasyonu kapsamında çalışması, davalının şirketine ait araçları kullanması, “davalı adına sipariş alması, belgelerde satıcının davalı şirket olması, satış şartları, ürün fiyatlarının davalı işveren tarafından belirlenmesi, davacının bedelde ön kapora dışında tahsil yetkisinin olmaması, aldığı siparişler ve satışlar üzerine ürün bedelinin işveren hesabına geçtikten sonra komisyon bedelinden vergi kesilip, komisyonun davacı banka hesabına yatırılması” da taraflar arasında kişisel ve hukuki bağımlılığın bulunduğunu göstermektedir. Zira böylesi bir hukuki ilişki, vekâlet veya şirket sözleşmesi kapsamında ortaya çıkması mümkün olan ticari mümessil veya ticari vekil ile kurulan hukuki ilişkiden ziyade; işverenin satış şartları, ürün fiyatları ve genel olarak işin işleyişi ile ilgili verdiği talimatlara uymakla yükümlü olan pazarlamacının işverenle arasındaki ilişkiye, pazarlamacılık sözleşmesine, daha uygun düşmektedir. Hal böyle olunca, karşı oy yazısında ifade edilen bu ölçütler gözönünde tutulmadan verilen kararın isabetli olduğundan bahsedilemeyecektir.

b. Çalışma Süreleri

Pazarlamacının çalışma zamanı bakımından hangi usul ve esaslar çerçevesinde hareket edeceğine dair kanunda bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, pazarlamacılık sözleşmesinin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olması sebebiyle, çalışma zamanı hususunda da genel hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı söylenebilir. Ancak pazarlamacılık sözleşmesinin işyeri dışında iş görmeyi şart koşması ve bunun neticesinde de işverenin

pazarlamacı üzerindeki emir ve talimat verme yetkisinin kısmen de olsa zayıflaması, çalışma zamanını belirleme konusunda pazarlamacıya, tipik bir iş sözleşmesiyle çalışan işçiye göre daha geniş bir hareket alanı sağlamaktadır⁶⁸².

Tipik iş sözleşmesinde işçi, işverence belirlenen çalışma ve dinlenme sürelerinde işini yapmaktadır. Ancak pazarlamacı açısından hangi anın çalışma, hangi anın dinlenme zamanından sayılacağı belirlenmesi daha zordur. Örneğin, tipik bir işçi yemeğini yiyeceği zamanı ara dinlenmesi kapsamında değerlendirebilecekken, pazarlamacı bunu iş yemeği olarak düşünüp müşterisine, ürününü pazarlamak için bir fırsat olarak görebilecektir. Bu durumda pazarlamacının ara dinlenmesi hakkını kullandığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, tipik bir işçi her gün belirli saatlerde işine başlamaktayken, pazarlamacı müşterileriyle her gün farklı saatlerde buluşmayı kararlaştırabilir ve evden çıkma zamanı her gün farklılık gösterebilir⁶⁸³.

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma hallerinin pazarlamacı bakımından nasıl belirleneceği de ayrı bir husustur⁶⁸⁴. Zira pazarlamacılık sözleşmesi her ne kadar hizmet sözleşmesinin özel bir türü olsa da, ücretin komisyon üzerinden belirlenmesi veya sabit

⁶⁸² Söz konusu hareket alanı, pazarlamacıya çalışma saatlerini kendine göre belirleme imkânı vermekle birlikte, işverenin emir ve talimat verme yetkisinin göz ardı edilmesi ve işverenin iradesine aykırı olacak şekilde hareket edilmesi de mümkün değildir. Pazarlamacı, işverenin kendisine serbestiyet tanınması halinde çalışma sürelerini uygun gördüğü şekilde tanzim edebilecektir, ancak işverenin kendisine bu hakkı tanınamaması halinde işverenin vermiş olduğu emir ve talimatlar çerçevesinde şekillenen çalışma sürelerine uymak zorunda kalacaktır. Şayet işverenin çalışma saatlerine ilişkin emir ve talimat verme yetkisi bulunmuyorsa, yani çalışan, kendisini işverenin bu yöndeki talimatlarıyla bağımlı görmüyorsa, aralarında bir iş ilişkisinin bulunduğundan bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Bkz. Yarg. HGK., 2014/1173 E., 2016/1070 K., Tarih: 16.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-gene-kurulu-e-2014-1173-k-2016-1070-t-16-11-2016>, (Çevrimiçi), 28.03.2018.

⁶⁸³ Dolayısıyla, çalışma zamanını çalışanın kendisinin belirlemesi her halde bağımsız bir ilişkinin var olduğunu göstermeyecektir. Önemli olan bu yetkiyi başkasının onayı olmadan kullanma hakkının olup olmadığıdır. Bkz. BFH 09.09.2003 NZA 2004, 476.

⁶⁸⁴ Yargıtay, bu hususta işçinin imzasını taşıyan bordroları, tanık beyanlarını, işyeri kayıtlarını, keşif ve bilirkişi delillerini esas almaktadır. Ancak bunların da ne kadar doğru sonuçlar verdiği tartışmalıdır. Bkz. Gaye Burcu Yıldız, “Fazla Çalışmanın İspatı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 25, 2012, s. 115-117. Fazla Çalışma hakkında detaylı bilgi için bkz. Münir Ekonomi, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Fazla Çalışma Kavramı”, **Kamu-İş**, C. 7, S. 3, 2004.

ücrete ek olarak iş başına komisyon kararlaştırılması halinde, pazarlamacının müşteri bulmak ve daha fazla ücrete hak kazanmak amacıyla çalışma zamanını esnetmesi söz konusu olabilecektir. Böylesi bir durumda, pazarlamacı bakımından fazla çalışmanın hangi andan itibaren başladığı veya başlaması gerektiği belirsizdir⁶⁸⁵.

c. Çalışma Yeri

Pazarlamacılık sözleşmesinin karakteristik özelliklerinden biri, evde hizmet sözleşmesi ve tele çalışmada olduğu gibi, işin işyeri dışında görülmesidir⁶⁸⁶. Zira bu husus, pazarlamacılık sözleşmesinin tanımlandığı TBK m. 448’de açıkça belirtilmiştir. Ancak pazarlamacılık sözleşmesinin evde hizmet sözleşmesinden ve tele çalışmadan farkı, bu iki sözleşme türünde işçi, kendisine işini yerine getirebilmek için belirli bir yer belirleyebilecekken, hatta belirlemesi de gerekiyorken⁶⁸⁷; pazarlamacılık sözleşmesinde bunun söz konusu olmamasıdır.

Pazarlamacılık sözleşmesinin konusu olan faaliyetin; karakteristik özelliği gereği, belirli ve sabit bir mekânda yapılması mümkün değildir. Sürekli olarak yeni müşteriler bulmayı ve müşterilerin ayağına giderek ortaya çıkarılan ürünün veya hizmetin tanıtılması,

⁶⁸⁵ Hatice Duygu Özer, “Karar İncelemesi: Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?”, **Çalışma ve Toplum**, C. 3, S. 14, 2007, s. 145-146.; Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararında, pazarlamacının kendi mesai saatlerini kendisinin belirlemesinden yola çıkarak, fazla mesai ücretine hak kazanamayacağına hükmetmiştir. Buna karşılık 22. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda da, pazarlamacının fazla mesai ücretine hak kazanmasının mümkün olduğuna, fakat bunun belirlenebilmesi için de günlük faaliyet planının incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. <http://ismahkemesi.com/2015/09/pazarlama-eleman-satis-temsilcisi-fazla-calisma-yargitay-kararlari/>, (Çevrimiçi), 28.03.2018.

⁶⁸⁶ “Pazarlamacılık sözleşmesi bu unsurları nedeni ile atipik bir iş sözleşmesidir. Pazarlamacının iş edimi, işverenin işletmesi dışında, onun hesabına her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmektir. Aracılığın konusu işletmede üretilen veya verilen hizmetin merkez dışındaki uzak yerlerdeki müşteriler nezdinde tanıtımı ve satılmasıdır.”, Bkz. Yarg. HGK., 2016/1414 E., 2016/1072 K., Tarih: 16.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2016-1414-k-2016-1072-t-16-11-2016>, (Çevrimiçi), 23.02.2018.

⁶⁸⁷ Karaca, a.g.m., s. 377.

şartları oluştuğunda da satımına/kiralanmasına aracılık etmeyi konu edindiğinden, pazarlamacılık faaliyetinin belirli bir işyerinde yapılması, borcun yerine getirilmesi bakımından bir imkânsızlığı ortaya çıkarmasının yanı sıra, aynı zamanda borca aykırılık da teşkil edebilecektir. Ancak her ne kadar pazarlamacılık sözleşmesinin karakteristik özelliği işyeri dışında faaliyet göstermeyi gerektiriyor olsa da, teknolojik gelişmelerin bu sözleşmeye de bir takım etkilerde bulunduğunu göz ardı etmek, değerlendirmenin eksik kalmasına sebep olacaktır.

Takdir edileceği üzere, pazarlamacılık faaliyeti neticesinde daha fazla müşteriye ulaşmak ve geliri arttırmak mümkün olsa da, pazarlamacının gerçekleştirmiş olduğu faaliyet neticesinde işletmeye her zaman kâr sağlaması söz konusu olmayabilecektir. Böylesi bir durumda, işyerinde gerçekleştirilen bir işe göre daha fazla harcama yapılmasını gerektiren pazarlamacılık faaliyetinin işveren için kâra değil, zarara sebebiyet vermesi söz konusu olacaktır. Nitekim işletmeler de bu olumsuzluktan kaçınmak için teknolojinin getirdiği imkânları daha fazla kullanma yoluna gitmektedir. Pazarlamacılık faaliyeti internet üzerinden veya telefonla gerçekleştirilmekte, çalışanların işyeri bünyesinde faaliyet göstermeleri sağlanmaktadır. Söz konusu durum, pazarlamacılık sözleşmesinin hükümleri ve karakteristiği açısından aşınmaya yol açsa da, bağımlılık ilişkisinin belirlenmesi konusunda kolaylık sağlamaktadır.

d. Kâr ve Zararın Kimin Üzerinde Gerçekleştiği

TBK m. 451/1'e göre; müşterilerin ürünün veya hizmetin ücretini ödememeleri veya diğer yükümlülüklerini ifa etmemeleri sebebiyle pazarlamacının sorumlu tutulacağına ya da alacağın tahsili için yapılacak masrafları tamamen veya kısmen karşılayacağına ilişkin anlaşmalar, kesin olarak hükümsüzdür. Hizmet veya iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçiler için de geçerli olan bu hüküm, pazarlamacının işvereniyle bağımlılık ilişkisini tesis etme yönünde bir dayanak sağlamakla birlikte⁶⁸⁸, devamında düzenlenen TBK m. 451/2,3

⁶⁸⁸ Sümer, a.g.m., s. 71. Ayrıca bkz. "... dosyaya sunulan faturalara göre davalı işverenin davacının şehir dışı otel ve konaklama giderlerini de karşıladığı, taraflar arasında tipik pazarlamacılık sözleşmesinin

hükümleri, aksi yöndeki değerlendirmelerin de gündeme gelmesine sebebiyet vermiştir. Nitekim söz konusu hükümlere göre, kendi müşteri çevresiyle iş yapması ve müşterilerin borçlarını ifa etmekten kaçınmaları halinde, pazarlamacının ortaya çıkan masrafları üstlenmesi kararlaştırılabilecektir. Bunun sonucunda pazarlamacıya yüklenebilecek masrafın oranı dörtte biri geçemeyecektir. Ayrıca bu yöndeki bir anlaşmanın da yazılı olarak yapılması gerekmektedir.

Aynı şekilde, sigorta sözleşmelerine aracılık yapılması durumunda da, primlerin tamamen veya kısmen ödenmemesi halinde pazarlamacının, alacakların tahsili aşamasında gerçekleşen masraflardan yüzde elli oranında sorumlu tutulabileceği ifade edilmiştir. (TBK m. 451/3)

Anlaşılmaktadır ki kanunkoyucu, pazarlamacıya, çalışma koşulları bakımından bir takım haklar ve yetkiler sağlamakla birlikte, yeri geldiğinde de söz konusu geniş hareket alanının külfetlerine katlanması gerektiğini öngörmüştür. Esasında, pazarlamacının gerçekleştirdiği faaliyetin türü ve niteliği gereği, bu yöndeki bir düzenlemenin gerekli olduğu da savunulabilecektir. Zira pazarlamacının kendi müşteri çevresinin bulunması halinde, işverence belirlenen bir çalışma ortamından bahsetmek mümkün olmayacağından, işverenin ortaya çıkan olumsuzluklardan -hiç değilse tamamından- sorumlu tutulmaması hakkaniyete uygun olacaktır.

Her ne kadar kanunkoyucu, şartları oluştuğunda pazarlamacının, ortaya çıkan masraflardan sorumlu tutulabileceğini öngörse ve pazarlamacılık sözleşmesini hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak değerlendirse de, söz konusu durumun bağımlılık ilişkisinin varlığına aykırı bir düzenleme teşkil ettiği gerçeği ortadadır. Zira iş sözleşmesinin temel özelliklerinden birisi, işçinin yapmış olduğu iş için katlanması gereken masrafların, aksine yerel adet ve uygulama bulunmuyorsa, işverence üstlenilmesidir⁶⁸⁹. Hâlbuki ifade

unsurlarının bulunduğu, davacının sürekli olarak, davalı işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık ettiği anlaşılmaktadır. Davacı ile davalı arasında iş ilişkisi bulunduğu açıktır.” Bkz. Yarg. 9. HD., 2016/24670 E., 2016/19553 K., Tarih: 08.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2016-24670-k-2016-19553-t-8-11-2016>, (Çevrimiçi), 28.03.2018.

⁶⁸⁹ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 278.

edilen düzenlemelerde, pazarlamacının işle ve işin yerine getirilmesiyle ilgili olan hususlardan kaynaklanan masrafları da karşılaması gerektiği yönünde anlaşmaların yapılabileceği düzenlenmektedir. Üstelik söz konusu anlaşmalar, iş sözleşmesinde mevcut olan işçinin sorumluluğunu ve tazminat borcunun gündeme gelebileceği hallerden de ayrılmaktadır. TBK'ya ve İş Kanunu'na göre işçinin, işverene karşı tazminat borcunun gündeme gelebilmesi için, kusuruyla bir zarara sebep olması gerekmektedir (TBK m. 400, İş K. m. 7/13). Ancak TBK m. 451/2 ve 3'e göre, müşterinin ödemede gecikmesi veya ödeme yapmaktan kaçınması halinde, yani pazarlamacıya herhangi bir kusurun izafe edilemeyeceği durumlarda dahi, masrafların pazarlamacıya belirli oranlarda da olsa yükletilebileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, pazarlamacının masraflara katlanmasının kararlaştırılabileceği yönündeki düzenlemelerin TBK'daki veya İş Kanunu'ndaki işçinin sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere uygun olduğu söylenemez. Kanunkoyucu, pazarlamacılık sözleşmesini kendi şartları içerisinde değerlendirmiş ve ona özel hükümler getirmiştir⁶⁹⁰.

⁶⁹⁰ Pazarlamacılık sözleşmesinin kendisine özgü karakteri neticesinde ortaya çıkan ve bir müşterinin aynı zamanda işveren haline de dönüşebildiği, kardan pay almasına imkân veren çalışma şekli Yargıtay tarafından hizmet sözleşmesi/ iş ilişkisi olarak değerlendirilmemiştir. Yargıtay'a göre, söz konusu çalışma şekli, kar ve zararın işveren üzerinde gerçekleşmesi esasına aykırı olduğu gerekçesiyle hizmet/iş sözleşmesinin karakteristiğine uymamakta ve iş hukuku anlamında bir bağımlılık ilişkisinin ortaya çıkmasını da engellemektedir. Bu sebeple, hizmet/iş sözleşmesinden değil, satıcılık sözleşmesinden bahsedilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak, karşı oy yazısında da isabetle belirtildiği üzere, satıcı ile tüketici arasında iş ilişkisinin bulunup bulunmadığı yönünde değerlendirme yapılması yanlıştır. Zira bu durumda tespit edilmesi gereken, sağlayıcı ile satıcı arasında bir iş ilişkisinin var olup olmadığıdır. Pazarlamacılık sözleşmesinin atipik bir sözleşme olmasından ötürü, haliyle tipik iş sözleşmesinden ayrılan yönleri bulunmaktadır. Hükmün, ayrılan yönler üzerinde yoğunlaşmak suretiyle kurulması ve bu tip çalışma şekli kapsamında istihdam edilenlerin işçi olarak değerlendirilmeyeceğine hükmedilmesi, yerinde olmamıştır. Bkz. Yarg. HGK., 2014/1173 E., 2016/1070 K., Tarih: 16.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2014-1173-k-2016-1070-t-16-11-2016>, (Çevrimiçi), 20.02.2018.

e. Aynı Anda Kaç Kişi İçin Çalışıldığı

Tipik bir iş sözleşmesinde işçinin belirli bir zaman diliminde belirli bir işveren için çalışması esastır. Pazarlamacılık sözleşmesinde ise kanun, pazarlamacının aynı anda birden fazla işveren için iş görmesini mümkün kılmıştır. TBK m. 450'ye göre; pazarlamacının birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunması, işverenin onay vermesine bağlı tutulmuş; işverenin onay vermesi halinde de birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunmasına imkân tanınmıştır.

Pazarlamacılık sözleşmesindeki bu durumun, kısmi süreli iş sözleşmesindekinden farklı olduğunun da belirtilmesi gerekmektedir. Kısmi süreli iş sözleşmesinde, çalışma süresine bağlı olarak birden fazla işverenin yanında çalışmak mümkün olmaktadır. Ancak her işveren için çalışılan zaman ve her işverenle kurulan iş ilişkisi de birbirinden farklı olduğundan, aynı anda birden fazla işveren için çalışılması söz konusu değildir. Buna karşılık pazarlamacılık sözleşmesinde, çalışma sürelerinin her işveren için farklılaştığından ve ayrıştığından bahsedilememektedir. Zira pazarlamacı, hesabına iş gördüğü işverenler için aynı çalışma süresi içerisinde faaliyette bulunmaktadır.

Pazarlamacının birden fazla işveren için iş görebilmesi, ekonomik açıdan da birden fazla işverene bağlı olduğu anlamına gelmektedir. Ekonomik bağımlılık, tek başına belirleyici olmamakla birlikte, önemli bir ölçüt olarak dikkate alınmaktadır. Zira ekonomik bağımlılık, çalışanın geçimini ve hayatını idame ettirmesini sağlayan ücret gelirini bünyesinde barındırmaktadır⁶⁹¹. Birden fazla işveren için çalışılması durumunda, ekonomik bağımlılığın kime olduğunun tespiti zorlaşmaktadır. Bu sebeple, pazarlamacının birden fazla işveren hesabına aynı anda iş görüyor olmasının, bağımlılık unsurunun aşınmasına sebebiyet veren bir husus olduğunu ifade etmek gerekmektedir.

Pazarlamacının birden fazla işveren hesabına iş görebilmesi, işverenin onay vermesine bağlıdır. Aksi halde ortaya çıkacak zararlardan dolayı tazmin borcu söz konusu olacaktır. Ancak bu durum, söz konusu aşınmayı ortadan kaldırmamaktadır. Zira her ne kadar

⁶⁹¹ Waas, a.g.m., s. 55.

işverenin onayına da bağlı olsa, ödünç iş ilişkisinden farklı olarak, ücret ödeme yükümlülüğünden işverenlerin müteselsilen sorumlulukları söz konusu değildir. Pazarlamacı, işini yaptığı her işverenden ücretini ayrı ayrı talep edecek ve birisi ücret ödeme borcunu yerine getirmediğinde diğerlerinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla her işverenle farklı bir ekonomik bağımlılık ve iş ilişkisi kurulması gündeme gelecektir.

III. İş Sözleşmesi Dışındaki Bazı Sözleşme Türlerinde Bağımlılık Unsuru

A. Acentelik Sözleşmesi

Ticaret hukuku mevzuatında da acentenin “bağımsız tacir yardımcıları” başlığı altında yer alması, acentelik sözleşmesinin bu çalışma kapsamında neden ele alındığı yönünde bir soruyu gündeme getirebilecektir. İş hukukunun varlığını sürdürmesi, yeni gelişmelere mümkün olduğunca hızlı bir şekilde uyum sağlamasından ve mümkün olduğu kadar da yeni inceleme alanları oluşturabilmesinden geçmektedir. Bu bakımdan, her ne kadar acentenin ve acentelik sözleşmesinin iş hukuku kapsamında incelenmesi henüz söz konusu olmadıysa da, tez kapsamında ele alınması yerinde olacaktır.

1. Kavram

Acentelik kurumu, ticari hayatta ortaya çıkan risklerden kaçınma ve kârı yükseltme ihtiyaçlarının bir neticesidir. Bir ticari işletmenin yeni bir ticari alanda faaliyet göstermek ve bu esnada da zarara uğramaktan kaçınmak amacıyla acentelere başvurması, ticari hayatta sıkça gündeme gelmektedir. Zira acentenin hak kazanacağı ücret, tek satıcılıktan farklı olarak, kâra ortak olma değil, komisyon alma şeklinde gerçekleşmektedir. İlaveten, ticari faaliyetin gerçekleştirilmesi esnasında ortaya çıkan risklerin -ayrı bir tüzel kişiliği

bulunması ve bağımsız olarak faaliyet yürütmesi sebebiyle- acentenin üzerinde gerçekleşmesi, ticari bakımdan kendisine aracılık yapılan tacir/ticari işletme bakımından da daha avantajlı bir durumun ortaya çıkmasını sağlamaktadır⁶⁹².

Acente kavramı, sözlükte; “Bir kuruluşa bağlı olmaksızın sözleşmeye dayanarak belirli bir yer ve bölge içinde sürekli olarak ticarethane veya işletmeyi ilgilendiren işlerde aracılık eden, bunları o işletme adına yürüten gerçek veya tüzel kişi.”olarak tanımlanmaktadır⁶⁹³.

6102 sayılı Ticaret Kanunu⁶⁹⁴ m. 102/1’ de ise; “Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir” ifadesiyle, kavramın tanımı yapılmıştır.

Alman Ticaret Kanunu’nda da, Türk Ticaret Kanunu’ndakiyle aynı şekilde acente kavramı; herhangi bir kimseye (işverene) bağımlı olmaksızın, başka bir girişimci için aracılıkta bulunmayı ve onun adına sözleşme yapmayı meslek edinen kişi olarak tanımlanmış, acentenin çalışma şeklini, yöntemini ve esaslarını uygun gördüğü biçimde değiştirebileceği, çalışma zamanını tayin edebileceği ifade edilmiştir. (HGB § 84 Abs. 1).

2. Hukuki Niteliği

Acente, Türk Ticaret Kanunu’nda tacire bağlı olmayan yardımcıları arasında sayılmaktadır. Acentenin görevleri; belirli bir komisyon karşılığında, taciri temsil etmek ve işlerinde aracılık yaparak onun ticari faaliyetine katkıda bulunmaktır⁶⁹⁵.

⁶⁹² İ. Yılmaz Aslan, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 11. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 98.

⁶⁹³ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5959f69926055108864432, (Çevrimiçi), 03.07.2017.

⁶⁹⁴ RG. T. 14.02.2011, S. 27846.

⁶⁹⁵ Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Baskı, Bursa, Dora Basım Yayın, 2014, s. 132-136.

Her iki tarafa da borç yüklemesi bakımından, karşılıklı borç doğuran (sinallagmatik) sözleşmeler kategorisi içerisinde değerlendirilen acentelik sözleşmesi, taraflara yüklediği borçlar ve ihtiva ettiği hükümler bakımından kendine özgü (sui generis) sözleşme olarak da nitelendirilmektedir⁶⁹⁶.

Belirli bir bölge veya yerde faaliyet gösterme, süreklilik, müvekkilden bağımsız olma ve sınırları belirlenen coğrafi alanda tekel hakkına sahip olma bakımından acentelik sözleşmesi, tek satıcılıkla önemli ölçüde benzeşmektedir. Her iki sözleşme arasındaki temel ayırt edici unsur; tek satıcının, müvekkilinden temin ettiği malları/ürünleri kendi ad ve hesabına satın alması ve müşterilerine satması; acentenin ise müvekkili ad ve hesabına işlemlerde bulunmasıdır⁶⁹⁷.

Tarafların borçları göz önüne alındığında acentelik sözleşmesinin esasında bir iş görme sözleşmesinden pek de farklı olmadığı görülmektedir. Söz konusu borçlar, iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi, bir işi ifa etme temelinde şekillenmektedir. Zira acentenin borcu olan temsilcilik ve aracılık yapma faaliyeti, iş görme sözleşmeleri kapsamında da gündeme gelen borçlardandır. Aynı doğrultuda, acenteliğin vekâlet sözleşmesi ile de benzerlik taşıdığı ifade edilebilecektir. Nitekim İsviçre mevzuatında acentelik kurumu, vekâlet sözleşmesinin özel bir çeşidi olarak düzenlenmiştir⁶⁹⁸.

Her ne kadar taraflara yüklenen borçlar bakımından iş görme ve vekâlet sözleşmesiyle benzerlik gösterse de, acentelik sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olarak nitelendirilmesini sağlayan bir takım sebepler de mevcut olduğundan acentelik, mevzuatımızda, İsviçre'den farklı olarak ve Alman mevzuatına paralel şekilde, münhasır bir hukuki ilişki olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, acenteliğin belirli bazı şartların varlığı halinde iş sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesi kapsamına girebileceğini de kabul etmek gerekmektedir⁶⁹⁹. Acentenin tek bir tacirin işlerini görme, onun ticari faaliyetlerine katkı

⁶⁹⁶ Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 530.

⁶⁹⁷ Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.**, s. 131.

⁶⁹⁸ **A.e.**

⁶⁹⁹ Erhan Birben, "Müvekkil Tacir İle Acentenin İşçileri Arasında Bir İş İlişkisi Mevcut Mudur?", **DEÜ-HFD**, C.9, S. 1, 2007, s. 57.

sağlama amacını gütmesi, emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmesi ve geçimini de yalnızca ondan aldığı komisyonla temin etmesi halinde acentenin bağımsız çalıştığından ve dolayısıyla da acentelik sözleşmesi kapsamında yürütülen bir faaliyetten bahsetmek pek de mümkün olmayacaktır⁷⁰⁰.

3. Unsurları

Acentelik sözleşmesi, kendine özgü bir sözleşmedir. Bunun ortaya çıkmasındaki temel sebep, acentelik sözleşmesinin temel unsur ve özelliklerinin, mevzuatta düzenlenen herhangi bir sözleşme türünün kapsamına dâhil edilmesine imkân vermemesidir. Söz konusu unsurlar; işletmeye bağlı olmama, bir sözleşmeye dayanma, belirli bir bölge ya da yerde faaliyet gösterme, bu faaliyetin neticesi olarak ortaya çıkan sözleşmelerin bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi, süreklilik, acenteliği meslek edinmiş olma ve ücret karşılığı faaliyet göstermedir⁷⁰¹.

Acente, kural olarak herhangi bir işletmeye bağlı olmadan kendi organizasyonu kapsamında faaliyet göstermek zorundadır. Öyle ki bu husus, acentelik sözleşmesini diğer sözleşme türlerinden ayırt etmeyi sağlamaktadır. Acentenin, temsilciliğini veya aracılığını yaptığı tacirle veya onun işletmesiyle hukuki bakımdan herhangi bir bağının bulunmaması, onun örgüt şemasında yer edinmemiş olması gerekmektedir. Acentenin, tacirin emir ve talimatları doğrultusunda faaliyet göstermesinin söz konusu bağımsızlığı ortadan kaldırdığını ileri sürmek de -ileride değinilecek bazı durumlar hariç- mümkün olmayacaktır. Burada önemli olan, acentenin tacire hukuki ve kişisel bağımlılığının bulunmamasıdır⁷⁰².

⁷⁰⁰ “Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, tek başına yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğu kanıt oluşturabilir.” Bkz. Yarg. HGK., 2011/9-354 E., 2011/375 K., Tarih: 01.06.2011, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2011-9-354-k-2011-375-t-1-6-2011>, (Çevrimiçi), 21.02.2018.

⁷⁰¹ Ayhan/Özdamar/Çağlar, **a.g.e.**, s. 525-527.

⁷⁰² Aslan, **a.g.e.**, s. 100.

Acentelik sözleşmesinin kurulmasında kural olarak herhangi bir şekil şartı mevcut değildir; ancak acenteye tacir adına akit yapma yetkisinin verildiği durumlarda, yazılı şekil şartı mecburi tutulmuştur⁷⁰³. Bu sebeple, şekil şartlarına uyulmadığı doğrultusunda bir iddianın varlığı halinde öncelikli olarak acentenin tacir adına sözleşme akdetme yetkisinin bulunup bulunmadığına dikkat edilmelidir.

Acente, faaliyetlerini sözleşmeyle kendisine çizilen sınırlar içerisinde yürütmekle ve bu sınırların dışına taşmamakla yükümlüdür. Belirli bir bölge ya da yer ifadesiyle neyin kastedildiği Türk Ticaret Kanunu'nda açık bir şekilde belirtilmediğinden, tarafların bu hususta kararlaştıracakları bölgenin veya yerin dikkate alınması gerekmektedir⁷⁰⁴. Ancak ifade etmek gerekir ki, doktrindeki bir görüşe göre, tarafların sözleşmeyle acentelik faaliyetinin yürütüleceği coğrafi alanın sınırlarını ilerleyen dönemlerde kaldırmaları halinde acentelik sözleşmesinin geçersiz hale gelmesi söz konusu olmayacaktır. Zira bu, acentelik sözleşmesinin ayırt edici bir unsuru değildir. Nitekim sigorta acenteleri çoğunlukla belirli bir coğrafi alanla sınırlanmadan faaliyetlerini sürdürmektedirler⁷⁰⁵.

Acentenin bir sözleşme kapsamında, belirli bir alanda ve kendi işletmesi kapsamında, tacire bağımlı olmaksızın yürüttüğü faaliyetlerin, kendisi veya başında bulunduğu tüzel kişiliği değil, temsilciliğini veya aracılığını yaptığı taciri veya onun işletmesini ilgilendiriyor olması gerekmektedir. Zira söz konusu husus, acentelik sözleşmesinin karakteristik özelliklerindedir. Acentenin, kendi ad ve hesabına gerçekleştirmiş olduğu faaliyetlerden

⁷⁰³ Ayşe Nur Berzek, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, 11. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2016, s. 163.

⁷⁰⁴ Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.**, s. 129.; Ayhan/Özdamar/Çağlar, **a.g.e.**, s. 526.

⁷⁰⁵ Aslan, **a.g.e.**, s. 100. TTK m. 102'de acentelik sözleşmesinin bir unsuru olduğu açıkça ifade edilen, "belirli bir yer veya bölge içinde faaliyet yürütme" hususunu ortadan kaldıran bu görüşün temel dayanağı, TTK m. 104'te yer verilen inhisar hakkının taraflarca kaldırılmasının kararlaştırılabileceği, ancak böylesi bir durumun, acentelik sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir tesirde bulunacağını Kanun'un öngörmemesidir. Bu görüşe göre, şayet inhisar hakkı kaldırılabilir ve acentelik sözleşmesi de varlığını sürdürüyorsa, belirli bir yer veya bölgede faaliyet yürütme unsurunun acentelik sözleşmesi için bir geçerlilik şartı olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Aynı sonuca başka bir yoldan ulaşan diğer bir görüşe göre ise; acentenin bağımsız tacir yardımcısı olmasından bahisle, kendi faaliyet alanını seçmesi ve belirlemesi mümkün olduğundan, sözleşmeyle herhangi bir coğrafi sınır belirlenmemiş olsa dahi, acentelik sözleşmesi geçerli bir sözleşme olarak varlığını sürdürecektir. Bkz. Naci Kınacıoğlu, **Acente ve Acentelik Sözleşmesi**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963, s. 15.

dolayı müvekkili olduğu tacirin sorumluluğu gündeme gelmeyeceğinden, bu faaliyetlerin acentelik sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi ve bunlara sonuç bağlanması da mümkün olmayacaktır⁷⁰⁶.

Temsilcilik ve aracılık faaliyetinin sürekli bir şekilde gerçekleştiriliyor olması, acentelik sözleşmesinin teşekkül edebilmesi bakımından zorunludur. Sürekliliği olmayan ve yapılmasıyla birlikte tacir ile aracı veya temsilci arasındaki ilişkinin sona ereceğinin kararlaştırıldığı durumlarda acentelik sözleşmesinden bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda simsarlık (tellallık) söz konusu olacaktır⁷⁰⁷. Süreklilik ile kastedilen, acentelik ilişkisinin ömür boyu sürmesi veya bu ilişki kapsamında her an aracılık veya temsil faaliyetinin gerçekleştirilmesi değildir. Önemli olan ve dikkate alınan, sözleşme devam ettiği sürece tarafların acentelik ilişkisinin ortaya çıkardığı hak ve borçları talep etme imkânına sahip olmaları ve ifa yükümlülüğü altında olmalarıdır⁷⁰⁸.

Acenteliği meslek edinmiş olma, acentelik sözleşmesinin süreklilik özelliğini daha da pekiştiren, bir diğer unsurdur. Meslek edinmeksizin, tekil işler için, bir acentenin yapması beklenen işleri yapma, acentelik ilişkisinin doğumuna imkân vermemektedir. Bu sebeple, diğer unsurların mevcudiyeti yanında, temsilcilik ve aracılık faaliyetinin mesleki faaliyet olarak yürütülmesi, acentelik sözleşmesinin kurulması için zorunludur. Bununla birlikte, şu husus da gözden kaçırılmamalıdır ki, acente her ne kadar, acentelik faaliyetini meslek edinmiş olmak zorunda ise de, tek mesleğinin acentelik olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Acentelik yanında başka meslekleri icra etmesi, bu kapsamda hukuki ilişkiler tesis etmesi mümkündür⁷⁰⁹.

Son olarak, acentenin ücret karşılığında faaliyet göstermesi gerekmektedir. Acentenin alacağı öngörülen ücretin ne şekilde belirleneceği hususu, kurulan hukuki ilişkinin türü bakımından da belirleyici olabilmektedir. Zira ücretin komisyon şeklinde değil de; aylık,

⁷⁰⁶ Ayhan/Özdamar/Çağlar, **a.g.e.**, s. 527.

⁷⁰⁷ Berzek, **a.g.e.**, s. 163.

⁷⁰⁸ Ayhan/Özdamar/Çağlar, **a.g.e.**, s. 526.

⁷⁰⁹ **A.e.**, s. 527.; Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.**, s. 129.; Aslan, **a.g.e.**, s. 100.

haftalık veya belirli aralıklarla ödeneceği kararlaştırılmışsa, bu durumun acentenin bağımsız tacir yardımcısı olma özelliğine ters düşeceği ve dolayısıyla da acentelik ilişkisinden bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir⁷¹⁰. Tabii ki yalnızca bu husus dikkate alınarak acentelik vasfının ortadan kalktığından bahsetmek mümkün olmayacaktır; ancak, söz konusu durumun, acentelik sözleşmesi kapsamında yürüttüğü bir faaliyet sebebiyle tesis ettiği işlemin üçüncü kişi veya kişiler tarafından yerine getirildiği anda, acentenin ücrete hak kazanacağı kuralına aykırı olduğu da açıktır.

4. Hükümleri

Acentelik sözleşmesi, taraflara temelde şu borçları yüklemektedir: acenteye; müvekkilinin işlerini görme ve menfaatlerini koruma, talimatına uyma, önleyici tedbirler alma, haber verme, müvekkiline ait parayı zamanında ödeme, rekabet yasağına uyma; müvekkile; acenteye haber verme, defter kayıtlarını ve hesap cetvelini acenteye gönderme, acenteye ait alacakları ödeme ve tazminat ödeme. Acentenin sözleşmeyle elde ettiği haklar ise şunlardır; ücret isteme, olağanüstü masrafların ödenmesini isteme, hapis ve inhisar hakkı⁷¹¹.

Acentenin, faaliyet gösterdiği sınırlar içerisinde inhisar hakkı mevcuttur. Buna göre, müvekkil, acentenin faaliyet gösterdiği alanda kendi işlerinde aracılık yapmak üzere bir başka acente atayamayacağı gibi, acente de, müvekkiliyle rekabet halinde olan başka bir ticari işletmeyle veya işletmelerle acentelik ilişkisi kuramayacaktır. Ancak, müvekkili olan ticari işletmeyle rekabet halinde olmayan işletme veya işletmelerle acentelik ilişkisi tesis etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır⁷¹². Buna ilâveten, tarafların karşılıklı

⁷¹⁰ Selcan Ünal Göker, “Acentelik Sözleşmesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015, s. 7.

⁷¹¹ Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.**, s. 132-134.

⁷¹² Sadullah Evliyaoğlu, **Acentenin Rekabet Yasağı Anlaşması**, Ankara, Seçkin, 2017, s. 63.

olarak rekabet yasağının uygulanmasından yazılı bir beyan vasıtasıyla vazgeçmeleri mümkündür⁷¹³.

Kural olarak acente, müvekkilinin kendisinden yapmasını beklediği faaliyetleri bizzat yapmakla yükümlüdür. Ancak bu yükümlülük, mutlak bir borç olmadığından, taraflarca aksinin kararlaştırılması halinde ifa yardımcılarının kullanılması mümkündür⁷¹⁴. Acentenin, yardımcı tayin etme hakkı bulunmakla birlikte, sorumluluğunu yardımcılarına paylaşması veya tamamen devretmesi mümkün değildir. Yardımcıların kusurlarından dolayı sebep olacakları her türlü zarardan acente bizzat sorumlu olmaya devam edecektir. Bu bakımdan, iş sözleşmesindeki sorumluluk hükümleriyle benzerlik gösterdiği ifade edilebilecektir.

Acentenin yürütmekle yükümlü olduğu faaliyeti gerçekleştirirken göstermesi gereken özen borcunun derecesi konusunda işçinin özen yükümlülüğünü düzenlediği TBK m. 400'e başvurulmaktadır⁷¹⁵.

Acente, özen gösterme yükümlülüğünün yanında, müvekkilinin menfaatlerini de koruma/gözetme borcu altındadır. Özellikle de müvekkili ad ve hesabına elinde bulundurduğu malları korumak amacıyla kendisinden beklenebilecek her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. Şayet alması gereken, fakat almadığı bir tedbir yüzünden malların zayi olması gündeme gelirse, ortaya çıkan zararı acente tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Tazminat sorumluluğu, yalnızca söz konusu zararın tüm tedbirler alınmış olsa dahi yine de gerçekleşeceğinin ispat edilmesi halinde ortadan kalkacaktır⁷¹⁶.

⁷¹³ Frank B.Harty, "Competition Between Employer and Employee: Drafting and Enforcing Restrictive Covenants in Employment Agreements", **Drake Law Review**, C. 35, S. 2, 1985-1986, s.267.; Ozan Can, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s.71.

⁷¹⁴ Nathalie Oberthür, Martin Lohr, „Der Handelsvertreter im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht“, **NZA**, Heft 3, 2001, s. 127.; Ayhan/Özdamar/Çağlar, **a.g.e.**, s. 534.

⁷¹⁵ **A.e.**

⁷¹⁶ Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.**, s. 133.; Aslan, **a.g.e.**, s. 102.; Berzek, **a.g.e.**, s. 164.

Acente, her ne kadar müvekkilinin iş organizasyonu içinde yer almasa ve bağımsız tacir yardımcısı olsa da -iş sözleşmesinde işçinin olduğu gibi- acentelik ilişkisi bağlamında yürüttüğü faaliyetlerinde müvekkilin emir ve talimatlarını uygulamakla yükümlüdür. Ancak, işçiden beklenen özen derecesi, acenteninkinden farklı olarak, kişisel özellikleri dikkate alınarak kendisinden beklenebilecek özen derecesi ile sınırlıdır.

Acente, faaliyet bölgesinde piyasa şartlarında meydana gelen veya gelebilecek değişimleri, kendisine sunulan veya kendisinin sunduğu sözleşme tekliflerini, iş fırsatlarını müvekkiline vakit geçirmeden haber verme/bildirme yükümlülüğü altındadır. Müvekkiline yöneltilen ihtar, ihbar ve protesto gibi hukuki işlemleri de müvekkiline bildirmek, gerektiğinde bu tür hukuki işlemleri müvekkilinin bilgisi dâhilinde olmak şartıyla muhataplarına yöneltmek zorundadır. Ancak acentenin haber verme yükümlülüğünün, işle ilgisi olmayan, sözleşmeyle belirtilmeyen veya kanuna ve örf ve âdete aykırı hususlarda da mevcut olduğunu iddia etmek mümkün değildir⁷¹⁷.

Aracılık ve sözleşme yapma faaliyetinin yanı sıra, müvekkiline ait olan malları satma, teslim etme yetkisini de haiz olan acente, satım veya teslim işlemleri karşılığında kendisine tevdi edilen bedelleri müvekkiline zamanında göndermek veya teslim etmek zorundadır. Şayet, bu borcunu yerine getirmekte ihmalkâr davranacak olursa borcun müeccel olduğu tarihten itibaren işleyecek faizi ödemekle yükümlü olacak ve zarar ortaya çıkmışsa da tazminat yaptırımına maruz kalacaktır⁷¹⁸.

Müvekkilin acentelik sözleşmesi kapsamında yerine getirmekle yükümlü olduğu temel borç, ücret ödeme borcudur (TTK m. 113/1). Faaliyetleri neticesinde hak kazandığı ücret alacakları, doğumundan itibaren üç ay içerisinde ve her halde acentelik sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte acenteye ödenmek zorundadır (TTK m. 116). Acente, gerçekleştirmiş olduğu aracılık ve temsil faaliyetleri neticesinde kurulan işlemin, üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesiyle birlikte ücrete hak kazanır. Müvekkilin kurulan işlem kap-

⁷¹⁷ Ayhan/Özdamar/Çağlar, **a.g.e.**, s. 535.

⁷¹⁸ Aslan, **a.g.e.**, s. 103.

samında kendi borçlarını yerine getirmemesi acentenin ücret hakkının doğumunu engellemektedir. Ancak, müvekkilin kendisine yüklenemeyen sebeplerle işlemi yerine getiremeyecek olması durumunda, acentenin ücret isteme hakkı düşecek, ücret ödenmişse de iade etmesi gerekecektir⁷¹⁹.

Acentenin ücret alacağına hak kazanması için, ücret alacağına temel teşkil eden faaliyeti bizzat kendisinin veya atayacağı yardımcının/ların yapması zorunlu değildir. Müvekkilin, acenteye inhisar ettiği coğrafi alanda doğrudan doğruya gerçekleştirdiği ve acentelik sözleşmesi kapsamına giren faaliyetlerde, acente herhangi bir çaba sarf etmemiş olsa dahi, ücret talebinde bulunabilecektir⁷²⁰. Müvekkilin böylesi durumlarda, acenteyi bilgilendirmesi gerekmektedir.

5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi

a. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı

Acentelik sözleşmesinin temel özelliklerden biri, müvekkilin iş organizasyonundan bağımsız örgütlenmedir⁷²¹. Acente, faaliyetlerini yürütürken kural olarak bağımsızdır; kendi tecrübesiyle ve bilgisiyle hareket eder. Ancak acentenin bağımsız olması, müvekkilin onca emir ve talimatlar veremeyeceği anlamına gelmemektedir⁷²². Acentenin emir ve talimat alması, işçinin emir ve talimat almasına benzemez. Acentenin emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü, işçilerde olduğu gibi işin her aşamasında işverence belirlenen kurallara uymak değildir. İşçinin aksine acente, çalışma zamanını ve düzenini, işi yerine getirirken uyguladığı yöntemleri kendi başına belirleyebilmektedir⁷²³. Acenteliğin ortaya

⁷¹⁹ A.e., s. 104.

⁷²⁰ A.e.

⁷²¹ Aslan, a.g.e., s. 100.

⁷²² Bettina Schmidt, Peter Schwerdtner, **Scheinselbständigkeit**, 2. überarbeitete Auflage, München, Rehm, 2000, s. 50.

⁷²³ A.e., s. 51.; Kerstin Reiserer, Anke Freckman, Stefan Traumer, **Scheinselbständigkeit, geringfügige Beschäftigung**, München, C.H. Beck, 2002, s. 99.

çıkışındaki temel düşünce de göz önüne alındığında, emir ve talimatlara uyma yükümlülüğünün sınırlı bir çerçeve içerisinde kalması da doğaldır. Zira müvekkil, şartlarını bilmediği bir ortama uyum sağlayabilmek ve uyum sürecini en az zararlarla atlatabilmek adına acentelik kurumunu kullanmaktadır. Dolayısıyla da, bilmediği sularda gemisini yüzdürmek zorunda kalan bir kaptanın kılavuz kaptanlardan yardım istemesi gibi, müvekkil tacir de acenteden yardım istemekte, onun değerlendirmelerine ve kararlarına güvenmektedir.

Acentenin tek bir müvekkilin işlerini yaptığı, başka herhangi bir ticari faaliyetinin bulunmadığı, geçimini yalnızca tek müvekkilden aldığı ücretle temin ettiği durumda acentenin işçiden ayırt edilmesi zorlaşmaktadır. Zira bu durumda ekonomik bağımlılık söz konusu olmaktadır ve acentenin de sosyal koruma imkânlarından faydalanması gündeme gelmektedir⁷²⁴. Hatta acentenin kendine ait bir iş organizasyonunun bulunmaması, çalışan istihdam etmemesi, büyük oranda müvekkilin kendisine yönelttiği emir ve talimatlar doğrultusunda hareket etmesi hallerinin de varlığında, acentelikten değil, iş ilişkisinden bahsetmek gerekecektir⁷²⁵. Nitekim Alman yargısına benzer şekilde, Yargıtay da son dönemlerde verdiği kararlarda sözleşmenin adı her ne kadar taraflarca acentelik olarak konulmuş olsa da, kişisel-hukuki ve ekonomik bağımlılığa ters düşen hallerin varlığında, acentelik değil işçilik vasfının ortaya çıktığına hükmetmektedir⁷²⁶. Yargıtay, acentelik sözleşmesi

⁷²⁴ **A.e.**, s. 55.; Hromadka, “Arbeitnehmerähnliche Personen Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen”, s. 1251.; Park, **a.g.e.**, s. 217.

⁷²⁵ Hohmeister/ Goretzki, **a.g.e.**, s. 85. Ayrıca bkz. “Acentelik sözleşmesine göre devreden devralan acente üzerinde denetim ve kontrol yetkisinin bulunması, çalışma şartlarını belirlemesi, çalışan üzerinde yönetim hakkını kullanması, acente ilişkisinin kağıt üzerinde kaldığının, acentenin bağımsız bir işveren olmadığına göstergeleridir.” Bkz. Yarg. 9. HD., 2016/26973 E., 2016/20667 K., Tarih: 22.11.2016, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2016-26973-k-2016-0667-t-22-11-2016>, (Çevrimiçi), 29.03.2018.

⁷²⁶ Oberthür/Lohr, a.g.m., s. 132.; BAG 20.08.2003 NZA 2004, 39.; Ayrıca bkz. Yarg. 22. HD 2011/6292 E., 2011/1212 K. Tarih: 27.09.2011 ve Yarg. 22. HD. 2013 / 14755 E., 2013 / 15294 K., Tarih: 24.06.2013., www.kazanci.com, (Çevrimiçi), 09.07.2017. Aynı şekilde Yargıtay, çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışmasının, tek başına yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğu kanıt oluşturabileceğini de ifade etmektedir. Bkz. Yarg. 9. HD. 2016/804 E. 2016/2815 K. Tarih: 16.2.2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2016-804.htm&kw=ara%C3%A7+gere%C3%A7+temin#fm>, (Çevrimiçi), 18.12.2017.

kapsamında çalışan acentenin bağımlı çalışan olarak tespit edilmesi gerektiğine ilişkin kararlarında, isabetli bir değerlendirmeye, önceden müvekkilin işçisi olarak çalışan, fakat sonradan müvekkil ile var olan iş sözleşmesini sona erdirip acentelik sözleşmesi akdeden çalışanın, müvekkil ile aralarında iş ilişkisi ve iş sözleşmesi bulunduğu dair iddiasını “kişinin kendi muvazaasına dayanamayacağı” temel kuralına aykırı görmemiştir. Böyle bir durumda, çalışanın esasında işverenin talimnatı çerçevesinde iş sözleşmesini sona erdirdiğini ve aralarındaki acentelik sözleşmesinin de kayden yapıldığını ve daha da ötesi, bağımlı çalışanın iradesinin işverence yönlendirildiği ve fesada uğratıldığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷²⁷.

b. İşçi İstihdam Etme ve İdare Etme Yetkisinin Kimde Olduğu

Acentelik ilişkisinde temel kural acentelik faaliyetini acentenin kendisinin yapması olmakla birlikte, yardımcıları istihdam etmek suretiyle bu faaliyetin gerçekleştirilmesi mümkündür⁷²⁸. Dolayısıyla, acentenin de işveren sıfatını taşımasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak tabii ki söz konusu durum, nizami bir acentelik ilişkisinin bulunması halinde gündeme gelmektedir. Yasaya uygun bir acentelik ilişkisinin, iş sözleşmesiyle benzerliği bulunmamakla birlikte, kuralsızlaştırma eğiliminin acentelik üzerindeki etkileri, her iki sözleşme arasındaki benzerliği gittikçe daha da arttırmaktadır.

⁷²⁷ Yarg. 9. HD. 2015/13369 E., 2018/7437 K., Tarih: 03.04.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr./YargitayBilgiBankasistemciWeb/, (Çevrimiçi), 03.04.2019.

⁷²⁸ Ayhan/Özdamar/Çağlar, **a.g.e.**, s. 534. “Geçerli bir acentelik sözleşmesinde acente, faaliyetini tek başına sürdürebileceği gibi işçi çalıştırmak suretiyle de yerine getirebilir. İşçi çalıştırması durumunda acentenin diğer işverenlerden herhangi bir farkı olmaz. Başka bir anlatımla bir işveren olarak acente, çalıştıracağı işçiler ile iş sözleşmesi akdetmek ve içeriğini belirlemek, işçinin üstlenmiş olduğu iş görme borcunu nerede, nasıl ve hangi çerçevede yerine getireceği konularında yönetim hakkına dayalı olarak işçiye talimat vermek, iş sözleşmesini sona erdirmek gibi işverene ait yetkileri kullanma hakkına sahiptir.” Bkz. Yarg. 22. HD., 2014/27912 E., 2015/1950 K., Tarih: 02.02.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/22-hukuk-dairesi-e-2014-27912-k-2015-1950-t-02-02-2015>, (Çevrimiçi), 29.03.2018.

Acentenin çalışan istihdam etme yetkisini taşıdığı temel kuralının aksine gerçekleştirilen bir takım uygulamalar, acentenin işveren sıfatını taşıdığı konusunda tereddütlere sebep olabilmektedir. Örneğin; müvekkilin işçi istihdam etme ve çıkarma konusunda bazı kurallara uyulmasını zorunlu kılması, bunlara uyulmaması halinde işçi alınmaması veya çıkarılmaması, ya da müvekkilin doğrudan işçi istihdam etme ve işten çıkarma yetkisini sözleşmeyle kendi üzerine alması hallerinde, acente ve istihdam edilen kişiler arasında bir işçi-işveren ilişkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Böylesi bir durumda, müvekkil ile acente arasındaki ilişkinin acentelik değil -diğer ölçütlerin de bulunması durumunda- iş sözleşmesi olduğunu ileri sürmek, hukuken daha doğru olacaktır. Zira acente her ne kadar işçi alıp çıkarma yetkisini yasal olarak haizse de, fiili durumdan da anlaşılacağı üzere, bu yetkiyi kullanamıyorsa, işveren sıfatını taşımayacaktır⁷²⁹.

c. İşin İfasına İlişkin Masrafların Kim Tarafından Ödendiği

Kural olarak acente, işin yapılmasından dolayı ortaya çıkan masrafları kendisi ödemek zorundadır. Öyle ki bazı hallerde müvekkilin ödemekle yükümlü olduğu borçların, iş acente marifetiyle yapılmamasına rağmen, onun tarafından ödenmesi gündeme gelebilmektedir. Nitekim “giriş bedeli” adı altında kararlaştırılan ödemeler, esasında müvekkilin önceki acenteye kararlaştırmış olduğu “denkleştirme ödeme yükümlülüğü” kapsamında ortaya çıkmakta ve müvekkilin yükümlüsü olduğu bir borcun acente tarafından ödenmesi söz konusu olmaktadır⁷³⁰. Bu hususlar, acentenin müvekkilden ve onun işletmesinden bağımsız, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, her ne kadar gerçekleştirmiş olduğu faaliyet neticesinde müvekkil kazanç

⁷²⁹ Birben, a.g.m., s. 59.; BAG 15.12.1999 NZA 2000, 534.

⁷³⁰ Sevilay Uzunallı, “Acentelik ve Giriş Bedeli”, *Journal of Yaşar University*, C. 8., Özel Sayı (Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan), 2013, s. 2965.

elde etse dahi, acentelik faaliyetinin yerine getirilmesi nedeniyle doğan işçilik maliyetlerine ve teslimat harcamalarına acentenin katlanması gerekmektedir⁷³¹.

Acentelik sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki temel bir farkı ortaya çıkaran bu kural, acentenin işçi olarak değerlendirilmesinin de önüne geçmektedir⁷³². Bununla birlikte, acentelik ilişkisinin kanunun dolanılması amacıyla kullanıldığı hallerde tabiatıyla acentenin ve varsa acentenin çalıştırdığı işçilerin müvekkilin işçileri/bağımlı çalışanları olduklarının tespiti gerekmektedir. Buna ilişkin bir kararında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, önce davalı işveren işçisi, daha sonra ise aynı işyerinde bu defa dava dışı acentede kurye olarak çalıştırılan davacıyı, sigorta primleri dava dışı acente tarafından ödense dahi acentenin değil, davalı işverenin işçisi olarak değerlendirmiştir. Buna gerekçe olarak da, sigorta primlerinin başka sicil numarasından ödenmesinin, yani işçi çalıştırmaktan doğan masrafların başka bir sicil numarasından/başka bir kişi tarafından ödenmesinin tek başına bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmayacağını, hizmet/iş ilişkisinin taraflarının hizmet alan ve veren olduğunu, bunun da bağımlılık ilişkisi bakımından yapılacak değerlendirme sonucunda belirlenebileceğini göstermiştir⁷³³. 9. Hukuk Dairesi'nin, kararında tarafların sözleşmeyi kendilerince nasıl adlandırdıklarıyla ve sigorta primi gibi işçi çalıştırmaktan doğan masrafların kim tarafından ödendiğiyle sınırlı kalmayarak davalı işveren ve acentenin arasındaki organik bağı araştırması ve esas işverenin kim olduğunu tespit etmeye çalışması son derece isabetli olmuştur.

Acentenin yaptığı olağanüstü masrafların müvekkilden talep edilebilmesi hükmü, acentelik ve iş sözleşmesi arasında bir benzerlik doğurmaktadır. İşçinin işle ilgili olarak yaptığı tüm harcamalar, aksi kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa kural olarak işveren tarafından karşılanmak zorundadır. Dolayısıyla, ortaya çıkan olağanüstü masrafların

⁷³¹ Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.**, s. 136.; Ayhan/Özdamar/Çağlar, **a.g.e.**, s. 538.

⁷³² Bkz. Yarg. 22. HD., 2011/6292 E., 2011/1212 K., Tarih: 27.9.2011, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/22-hukuk-dairesi-e-2011-6292-k-2011-1212-t-27-9-2011>, (Çevrimiçi), 29.03.2018.

⁷³³ Yarg. 9. HD. 2016/20798 E., 2016/18086 K., Tarih: 18.10.2016, www.karararama.yargitay.gov.tr./YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, (Çevrimiçi), 03.04.2019.

da işverenden talep edilmesi mümkündür⁷³⁴. Acentenin olağanüstü masrafları talep edebilme hakkının Borçlar Hukuku'nun genel hükümlerinden doğduğu ve İş Hukuku'yla ilgisinin olmadığı ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte, TTK düzenlemesinde söz konusu talep hakkının sebepsiz zenginleşme veya tazminat hükümleri kapsamında talep edilmesi gerektiğine dair herhangi bir hüküm bulunmamakta, olağanüstü masrafların komisyon kapsamında acenteye ödenmesi düzenlenmektedir. Netice olarak da, acentenin gerçekleştirmiş olduğu faaliyet sebebiyle doğan masrafları müvekkilden talep edebilmesi, işçi ve işveren arasındakine benzer bir durumun ortaya çıkmasını sağlamaktadır.

Bir diğer durum da; müvekkilin acenteye işyeri tahsisi etmesi, kullanılan araç- gereç ve diğer harcamaları kendisinin yapması, yani acentelik ilişkisinin nizami olarak kurulmaması ve yürütülmemesidir. Bu halde, ortada bir acentelik ilişkisinin mevcut olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Zira kanunun dolanılması anlamına gelen söz konusu uygulamanın, hak kaybına yol açacağı açıktır ve uyuşmazlık söz konusu olduğunda mahkemenin mevcut hukuki ilişkiyi iş ilişkisi ve sözleşmeyi de iş sözleşmesi olarak tespit etmesi gerekmektedir⁷³⁵.

d. Aynı Anda Kaç Kişi İçin Çalışıldığı

Kural olarak acentenin birden fazla müvekkili temsil etmesi, onların işlerini görmesi mümkündür. Buna karşılık, acentenin tek bir müvekkilin işlerini görmesi, onun hukuki statüsünün tartışmalı hale gelmesine de yol açmaktadır. Şayet acente yalnızca bir müvekkil adına ve hesabına faaliyette bulunuyorsa, bu onun en azından ekonomik bakımdan o müvekkile bağımlı olduğunu gösterecektir⁷³⁶.

Acentenin işini yaparken uyguladığı yöntemlerin, usul ve esasların kim tarafından belirlendiği de acentenin bağımlılık statüsünün belirlenmesinde önemlidir. Zira ekonomik açıdan bağımlı olmanın yanı sıra, emir ve talimatlara uyma bakımından da bir müvekkilin

⁷³⁴ Berzek, **a.g.e.**, s. 168.; Aslan, **a.g.e.**, s. 103.

⁷³⁵ Birben, **a.g.m.**, s. 59.

⁷³⁶ Oberthür/Lohr, **a.g.m.**, s. 131.

direktifleri doğrultusunda acentenin çalışma düzeni şekilleniyorsa, artık acentelik ilişkisinden söz edilemeyecektir⁷³⁷.

Acente, birden fazla müvekkilin işlerine aracılık ederken bir müvekkilinden aldığı emir ve talimatları diğerlerinininkilere önceleyebilir. Bu durum, acentenin kendi tercihi neticesinde ortaya çıkabileceği gibi, müvekkilin zorlamasıyla da ortaya çıkabilir. Özellikle acentenin masraflarının müvekkil tarafından karşılanması gibi bir durum mevcutsa, müvekkilin acenteyi başka kişilerle iş yapmaktan alıkoymasına daha da kolaylaşmaktadır. Hatta diğer müvekkilleriyle kurduğu ilişkileri de, öncelediği müvekkilinden aldığı emir ve talimatlar doğrultusunda şekillendirebilir. Böylesi bir durumda, her ne kadar birden fazla müvekkilin işlerine aracılık etse de, esasında tek bir müvekkile hem ekonomik hem de hiyerarşik olarak bağımlı olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla da bu durumdaki bir “acentenin” acente değil, iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi olduğuna hükmedilecektir.

B. Tek Satıcılık Sözleşmesi

1. Kavram

Ortaya çıkışındaki temel motivasyon bakımından acentelik sözleşmesiyle büyük benzerlik taşıyan tek satıcılık sözleşmesi, yapımcının (tacir, işveren) kârını arttırma amacıyla yeni piyasalara açılabilmesini ve bunu yaparken de ortaya çıkabilecek risklerden kaçınmasını sağlamaktadır.

Tek satıcılık sözleşmesi, kanunlarda tanımlanmamış olmakla birlikte, öğretilerde üzerinde çokça durulmuş bir sözleşme türüdür. Öğretilerde yaygın kabul gören tanıma göre tek satıcılık sözleşmesi; “yapımcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve niteliğinde ve sürekli öyle bir sözleşmedir ki, bununla yapımcı ürünlerinin tamamını veya

⁷³⁷ A.e., s. 132.

bir kısmını belirli bir coğrâfi bölgede inhisârî olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve kendi hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunma yükümlülüğünü üstlenir”⁷³⁸.

Tek satıcılık sözleşmesi, ihtiva ettiği özellikleri ve unsurları sebebiyle kendine özgü sözleşmeler arasında yer almaktadır⁷³⁹. Tanıma bakıldığında, tek satıcılık sözleşmesinin; süreklilik, kendi hesabına hareket, inhisar (tekel) hakkı, pazarlama, satış ve sürümü artırma faaliyetinde bulunma unsurlarını ihtiva ettiği görülmektedir⁷⁴⁰.

2. Hukuki Niteliği

Tek satıcılık sözleşmesinin yasal olarak tanımlanmaması nedeniyle, sözleşmenin hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür⁷⁴¹. Öyle ki ileri sürülen görüşler incelendiğinde tek satıcılık sözleşmesinin neredeyse mevcut tüm sözleşme türlerine dâhil olduğu iddia edilmiştir. Nitekim satım sözleşmesi, acentelik sözleşmesi ve iş görme sözleşmesi niteliğinde olduğunu ileri sürenler olduğu gibi, satış, vekâlet, garanti, ortaklık ve acentelik sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan karma bir sözleşme olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır⁷⁴².

Tek satıcılık sözleşmesi, birbirinden bağımsız iki ayrı edim çiftini kaynaştırmak suretiyle ortaya çıkan bir sözleşme türüdür. Söz konusu edim çiftinin ilkini; yapımcının malların satımı konusunda tek satıcıya tekel hakkı tanınması, malları bizzat satmaması, başkalarına da sattırmaması ve buna karşılık tek satıcının da malların piyasasını genişletmek ve

⁷³⁸ Hasan İşgüzar, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989, s. 14. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 2011/11-552 E. 2011/686 K. Tarih: 23.11.2011, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargi-tay/hukuk-genel-kurulu-e-2011-11-552-k-2011-686-t-23-11-2011>, (Çevrimiçi), 03.04.2018.

⁷³⁹ **A.e.**, s. 36.; Aziz Serkan Arslan, “Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Muafiyete Aykırı Tek Satıcılık Sözleşmelerine Uygulanacak Usul Hükümleri”, **GÜHFD**, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 5.

⁷⁴⁰ İşgüzar, **a.g.e.**, s. 14-18.

⁷⁴¹ **A.e.**, s. 19.

⁷⁴² Eren, **a.g.e.**, s. 960.

sürümünü arttırmak amacıyla faaliyetlerde bulunmasını içeren bir çerçeve sözleşme oluşturmaktadır. İkincisini ise; satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün olan; yapımının, malları tek satıcıya teslim etme yükümlülüğü karşısında tek satıcının da malları teslim alma ve bedelini ödeme yükümlülüğünün oluşturduğu akdî ilişki teşkil etmektedir⁷⁴³.

Görüldüğü üzere tek satıcılık sözleşmesi; birden çok sözleşme temelinde yükselen ve karma nitelik taşıyan bir sözleşmedir. Bu sebeple, öğretide hâkim olan görüş, tek satıcılık sözleşmesinin isimsiz ve kendine özgü bir sözleşme olduğudur⁷⁴⁴.

3. Unsurları

Tek satıcılık sözleşmesinin temel unsurları: süreklilik, kendi adına ve hesabına hareket, inhisar (tekel) hakkı, pazarlama, satış ve sürümü arttırma faaliyetinde bulunmadır⁷⁴⁵.

Süreklilik unsuru, tek satıcılık sözleşmesini oluşturan iki akdî ilişkinin ilkinden, yani çerçeve sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Çerçeve sözleşmede yapımıcı, tek satıcıya inhisar (tekel) hakkı tanımakta ve sözleşme devam ettiği sürece de faaliyet konusu olan bölgede herhangi başka bir kimsenin, yapımıcının mallarını satamayacağı yönünde teminat vermektedir.

Tek satıcılık sözleşmesinde yapımıcı bakımından temel amaç, ekonomik riskleri azaltmak ve mallarını satabilmek, sonuç olarak da düzenli bir gelir elde edebilmektir. Haliyle, tek seferlik veya belirli miktarda yapılması öngörülen alım satım işleminin süreklilik unsurunu ortaya çıkarması mümkün olmayacaktır⁷⁴⁶. İlâveten, inhisar hakkını tanıma yükümlülüğü de sürekliliği zorunlu kılmaktadır. Aksi halde yapılmakla biten bir borcu konu edinen akdî ilişkilerde inhisar hakkı tanımanın anlamı ortadan kalkacaktır. Aynı şekilde, inhisar hakkının da içinin boşalmasına sebep olacaktır.

⁷⁴³ İşgüzar, **a.g.e.**, s. 33.

⁷⁴⁴ **A.e.**, s. 36.; Eren, **a.g.e.**, s. 960.; Yavuz, **a.g.e.**, s. 38.

⁷⁴⁵ İşgüzar, **a.g.e.**, s. 14-18.

⁷⁴⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 958.

Tek satıcılık sözleşmesinin acentelik sözleşmesinden ayırt edilmesinde en çok başvuru- rulan unsur olan kendi adına ve hesabına hareket etme⁷⁴⁷; sözleşme kapsamında gerçek- leştirilecek olan, malların üçüncü kişilere satışı ve malların sürümünün arttırılması faali- yetlerini tek satıcının kendi adına ve hesabına yapmasını ifade etmektedir. Buradan çıkan sonuç, satımdan dolayı ortaya çıkabilecek kâr ve zararın tek satıcının üzerinde gerçekle- şmesidir. Tek satıcının kendi adına ve hesabına hareket etmesinin bir diğer sonucu da, acentelikten farklı olarak, tek satıcının yapımcıyı temsil etme hak ve yetkisinin bulunma- masıdır⁷⁴⁸.

İnhisar hakkı, tek satıcıya önemli bir imkân sağlamakla birlikte, sınırlarının belirlen- memesi halinde yapımcının veya tek satıcının ekonomik anlamda bağımsızlığını kaybet- mesine de yol açabilecektir. Bunun önüne geçebilmek için de, inhisar hakkının kullanı- mında bir takım sınırlara uyulması gerektiği kabul edilmiştir⁷⁴⁹.

Yapımcı, tek satıcılık sözleşmesi kapsamında sınırları çizilen coğrafi alanda kendisi veya tek satıcı haricinde bir başkası tarafından, mallarının satımının yapılmayacağını ta- ahhüt etmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yapımcının da belirlenen coğrafi alan içerisinde satış yapmasının mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla, tek satıcı haricinde hiç kimsenin yapımcının mallarının satımı ve sürümünü arttırma konusunda tasarrufta bu- lunması söz konusu olmayacaktır⁷⁵⁰.

⁷⁴⁷ Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.**, s. 131.

⁷⁴⁸ İşgüzar, **a.g.e.**, s. 16.

⁷⁴⁹ Tek satıcılık sözleşmesi kapsamında yapımcı ve tek satıcı arasında “tek elden satın alma” yönünde bir anlaşmaya varılması halinde, tek satıcının kendisi için belirlenen coğrafi bölge içerisinde, anlaşmaya vardığı yapımcıdan başka birisinin mallarının satması, borca aykırılık teşkil edecek ve sözleşmenin haklı sebeple feshedilmesi noktasında yapımcıya imkân sağlayacaktır. Bu sebeple de, tek satıcının in- hisar hakkı kapsamında korunması gündeme gelmektedir. Ancak ifade edildiği üzere, “tek elden satın alma” yükümlülüğü, taraflar arasında bu hususta bir anlaşmaya varılması halinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmenin kurucu unsuru değildir. Bu sebeple, tek satıcının birden fazla yapımcının mal- larını satması ve pazarlaması mümkündür. İş sözleşmesiyle arasındaki temel farklılıklardan birisini de bu oluşturmaktadır. Bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 36. Ayrıca bkz. Yarg. 19. HD. 2001/4568 E. 2002/1473 K. Tarih: 05.03.2002, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2001-4568-k-2002-1473-t-5-3-2002>, (Çevrimiçi), 03.04.2018.

⁷⁵⁰ **A.e.**

İnhisar hakkının belirli bir coğrafi bölge üzerinden kararlaştırılması yanında; malın çeşidi, cinsi, türü bakımından da belirlenmesi gerekmektedir. Yapımcının birden çok mal üretmesi halinde, tek satıcının bunların hepsini mi yoksa bir kısmını mı satacağının belirlenmesi gerekmektedir. Şayet herhangi bir sınır konulmamışsa, tek satıcılık sözleşmesinin konusu olan mallar, sözleşme yapıldığı esnada yapımcının ürettiği malların hepsi olacaktır. Ancak, tek satıcılık sözleşmesi yapıldıktan sonra yapımcı tarafından üretilen yeni ve farklı türde bir mal ya da mallar söz konusu olursa, bunlar tek satıcılık sözleşmesi kapsamında sayılmayacaktır⁷⁵¹.

Satılacak malın miktarı hususunda da tarafların anlaşması gerekmektedir⁷⁵². Miktarın belirlenmesi, yapımcıya ve tek satıcıya belirlenen miktarda malı teslim etme ve teslim alma borcu yüklemenin yanı sıra, bir güvence de sağlamaktadır. Zira yapımcı bakımından mallarını satma, tek satıcı bakımından da mal temin edememe endişesi ortadan kalkmaktadır.

Bir diğer sınırlama da, süre hususunda gündeme gelmektedir. Tek satıcılık sözleşmesinin, belirli bir süre için düzenlenmiş olması gerekmektedir. Sınırsız süreli olarak düzenlenen bir tek satıcılık sözleşmesi tarafların ekonomik bağımsızlığını zedeleyecektir. Belirtmek gerekir ki, tek satıcılık sözleşmesinin kısa süreli olarak yapılmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Buna karşılık sürenin, planlama, yatırım ve organizasyon yapma unsurlarını tesis etmeye imkân tanımayacak şekilde ve tek satıcılığın amacına aykırılık teşkil edecek ölçüde kısa belirlenmesi de mümkün değildir⁷⁵³.

Tek satıcılık sözleşmesinin temel amaçları olan kârı arttırmanın ve ekonomik riskleri en aza indirmenin en önemli aracı, malların satımı, pazarlanması ve satılan mal miktarının arttırılması için reklam faaliyetinde bulunmaktır⁷⁵⁴. Malın tanıtılması ve piyasasının arttırılması yükümlülüğün bulunmadığı hallerde, tek satıcılık ile bayilik veya acentelik ara-

⁷⁵¹ Eren, **a.g.e.**, s. 956.

⁷⁵² **A.e.**

⁷⁵³ **A.e.**, s. 957.

⁷⁵⁴ İşgüzar, **a.g.e.**, s. 18.

sında net bir ayırım yapılması zorlaşmaktadır. Tek satıcının, malları kendi adına ve hesabına satmasından dolayı sürümü arttırıcı faaliyetleri de kendi isteğiyle yaptığı ve istemediğinde de yapmayabileceği ileri sürülebilirse de, inhisar hakkıyla beraber yorumlandığında bu görüşü savunmak mümkün olmamaktadır. Tabii ki kâr ve zarar tek satıcının üzerindedir, mal az satıldığında bundan dolayı öncelikle kayba uğrayacak kişi de tek satıcıdır; fakat inhisar hakkı, tek satıcıya aynı zamanda malın sürümünün arttırılması borcunu da yüklemektedir. Zira ortada, zımnî de olsa bir sadakat borcu bulunmaktadır. Bu bakımdan, tek satıcılık sözleşmesinin iş sözleşmesiyle de bağının kurulması mümkündür.

Yapımcı, pazar payını ve sattığı mal miktarını arttırmak için çeşitli faaliyetlerde bulunma hak ve imkânına sahip olsa dahi, hem piyasayı tanımaması hem de müşterilerle kuracağı ilişkilerde tek satıcı kadar yakınlık tesis edemeyecek olması sebepleriyle, malların satış miktarını arttırma hususunda tek satıcıya güvenmek zorundadır. Tek satıcı, bu yükümlülüğünü yerine getirirken başkaları tarafından veya kendiliğinden ortaya çıkan fırsatları değerlendirmekle yetinmemeli, kendisi de fırsat ve imkân oluşturma çabası içerisinde olmalıdır.

Tek satıcının tacir sıfatını haiz olması, özen yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığının; davrandığı sonucuna varılması halinde ise aykırılığın derecesinin belirlenmesi bakımından dikkate alınacaktır. Zira tek satıcının bu tür faaliyetlerde bulunurken basiretli bir tacir gibi davranması beklenmektedir⁷⁵⁵.

⁷⁵⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s. 39.

4. Hükümleri

Tek satıcılık sözleşmesi ile taraflara yüklenen borçlar: tek satıcıya; alım⁷⁵⁶ ve bedel ödeme, sürümü arttırmak için faaliyette bulunma, müşteri hizmetlerini yerine getirme, yapımıcının menfaatlerini koruma; yapımıcıya ise; düzenli biçimde mal teslim etme, malların kalitesini garanti etme, sadakat ve desteklemedir.

Sürümü arttırmak için faaliyette bulunma borcu, inhisar hakkının karşılığıdır ve aynı zamanda alım borcunun da devamı niteliğindedir. Şöyle ki, tek satıcı, sürümü arttırmak içinde faaliyette bulunmak ve sürümü arttırdığı nispette de yapımıcıdan mal almak zorundadır. Şayet sürümü arttırmak için basiretli bir tacirin göstermesi gereken özeni ve çabayı göstermezse, yapımıcının bundan doğan zararını karşılamak zorunda kalacaktır. İlaveten, eğer taraflar arasında sürümün artırılması faaliyetleri neticesinde ulaşılmaması gereken mal satım miktarı hususunda bir anlaşma mevcutsa ve tek satıcı bu miktarı tutturamamışsa yapımıcı, zarara uğradığını ispat etmesine gerek olmaksızın aradaki farkın tek satıcıdan tahsil edilmesini talep edebilecektir⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ Tek satıcı, inhisar hakkının karşılığı olarak, yapımıcıdan mümkün olduğu kadar fazla mal almalıdır. Bu noktada, “mümkün olduğu kadar” ifadesinin üzerinde durulması gerekmektedir. Uygulamada çoğunlukla, taraflar kendi aralarında bir asgari miktar belirlemekte ve tek satıcının bu miktarın altında mal alması durumunda sözleşmenin yapımıcı tarafından feshedilmesi mümkün olmaktadır. Ancak tarafların bu hususu karara bağlamamaları halinde, tek satıcı hâlin icabına göre takdir edilecek asgari miktarda malı yapımıcıdan almalıdır. Almaması halinde sözleşmenin feshi gündeme gelmektedir. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 960.

⁷⁵⁷ Yavuz, **a.g.e.**, s. 39. Öğretide üzerinde durulan önemli bir tartışma konusu, tek satıcılık sözleşmesi sona erdikten sonra, tek satıcı tarafından genişletilen müşteri çevresinden elde edilecek gelirler sebebiyle tek satıcının herhangi bir talepte bulunmasının mümkün olup olmadığıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, 22 Mayıs 2008 tarihinde verdiği bir kararında, kararıyla, acentelik sözleşmeleri için öngörülen denkleştirme (portföy) tazminatının tek satıcılık sözleşmesine de kıyasen uygulanmasına karar vermiştir. Bunun sonucu olarak tek satıcılık sözleşmesi sona erdiğinde, tek satıcıya da müşteri tazminatı ödenmesinin yolunu açmıştır. Bkz. Pınar Altınok-Ormanlı, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler”, **AÜHFD**, C. 58, S.3, 2009, s. 453. Ülkemizde ise, öğretide hakim olan görüş doğrultusunda Yargıtay da, şartları oluşması halinde portföy tazminatının tek satıcıya ödenmesi gerektiği yönünde eskiden beri kararlar vermektedir. Bkz. Bkz. Yarg. 19. HD 1999/7724 E., 2000/3470 K., Tarih: 4.5.2000; Yarg. 19. HD 2007/9285 E., 2008/2759 K., Tarih: 21.3.2008, www.kazanci.com, (Çevrimiçi), 25.07.2017.

Müşteri hizmetlerini yerine getirme borcu, esasında yapımıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğünün neticesinde ortaya çıkan bir yan borç olarak da kabul edilebileceğinden, tek satıcının bu tür faaliyetleri de yerine getirmesi kendisinden beklenmektedir⁷⁵⁸.

Tek satıcılık sözleşmesi her ne kadar bir hizmet sözleşmesi olmasa dahi, taraflar arasında karşılıklı sadakat yükümlülüğünün varlığını gerekli kılmaktadır. Zira yapımıcı, satışlarını ve dolayısıyla da kârını arttırmak için tek satıcıya güvenmekte; tek satıcı da mal tedariki ve kendisine tanınan bölge içinde yapımıcının desteğini alacağı hususunda karşı tarafa güven duymaktadır. Sadakat yükümlülüğü beraberinde, sır saklama, rekabet etmeme, bilgi verme yükümlülüğünü de getirmekte, bunların hepsi de yapımıcının menfaatlerinin korunması için gerekli faaliyetlerin gösterilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır⁷⁵⁹.

Tek satıcının sadakat yükümlülüğü kapsamında, yürütmekte olduğu ticari faaliyetler neticesinde yapımıcının ve kendi menfaatinin çelişmesi durumu söz konusu olursa, yapımıcının menfaatini kendisinininkine öncelemesi gerekmektedir. Aksi halde, taraflar arasındaki güven ilişkisinin ortadan kalkması gündeme gelebilecek ve bunun neticesinde de sözleşmenin yapımıcı tarafından önemli sebebe (haklı nedene) dayanılarak olağanüstü fesih yoluyla feshedilmesi mümkün olacaktır⁷⁶⁰. Sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmesi halinde önemli sebebin (haklı nedenin) ortaya çıkmasına ve sözleşmenin feshedilmesine sebep olan taraftan uygun bir tazminat talep edilebileceği ileri sürülmüştür. Aynı şekilde, bu tazminatın miktarı, talep edilmesinde uyulacak kurallar bakımından da TBK'daki hizmet sözleşmesinin ilgili hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanmasının doğru olacağı ifade edilmiştir⁷⁶¹.

Yapımıcının düzenli biçimde mal teslim etme borcunun hukuki temeli konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım yazar, bunu yapımıcının temel borcu ola-

⁷⁵⁸ İşgüzar, **a.g.e.**, 76.

⁷⁵⁹ **A.e.**, s. 79-85.

⁷⁶⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 963.

⁷⁶¹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 42-43.

rak nitelendirirken diğerk kısım yazarlar da sadakat borcunun bir yan edimi olarak nitelendirmiştir⁷⁶². Hâkim görüş, düzenli biçimde mal teslim borcunun, yapımcının tek satıcılık sözleşmesinden doğan ana yükümlülüğü olduğu görüşüdür⁷⁶³. Yapımcının bu borcunu eksik yerine getirmesi, yerine getirmemesi veya imkânsızlık hâlinde, tek satıcının tazminat talebinde bulunması ve sözleşmenin ifa edilmediği defîni ileri sürmesi gündeme gelebilecektir. Ayrıca, borcun yerine getirilmemesinin önemli (haklı) sebep teşkil etmesi durumunda da tek satıcı tarafından sözleşmenin olağanüstü fesih yoluyla feshedilmesi de mümkündür⁷⁶⁴.

Yapımcının düzenli mal teslim borcu her ne kadar sözleşmeden doğan temel bir borç niteliğini haiz ve yapımcı, tek satıcıdan gelen siparişleri temin etme yükümlülüğü altında olsa da; tek satıcının siparişleri beklenmedik biçimde arttırması (örneğin iki katına çıkartması) ve yapımcının da bunu tedarik edememesi halinde, tazminattan ve fesihten bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda kusursuz imkânsızlıktan söz etmek gerekcek ve yapımcının borca aykırı davrandığı ileri sürülemeyecektir⁷⁶⁵.

Yapımcının bir diğerk borcu da, teslim ettiği malların sözleşmeyle taahhüt edilen kalitede olduğunu garanti etmektir. Teslim edilen malların tamamının kararlaştırılan nitelikleri taşıması gerekmektedir. Buna göre, sözleşmede açıkça malların hangi vasıfları haiz

⁷⁶² İşgüzar, **a.g.e.**, s. 85-88.

⁷⁶³ Diğerk görüşe göre, yapımcının düzenli mal teslim borcu altına girmesi “iş görme” borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Zira yapımcının, tek satıcıya karşı ayrıca bir teslim yükümlülüğü altına girmesinde menfaati bulunmamaktadır. Tek satıcılık sözleşmelerinde yapımcının teslim yükümlülüğüne dair hükümlere yer verilmemesi de bu görüşü destekleyici bir iddia olarak ileri sürülmektedir. Ancak hâkim olan görüşe göre ise, teslim borcunu bir yan edim olarak kabul etmek, hem tek satıcılık sözleşmesinin temelini oluşturan satım borcunun tek satıcı tarafından ifa edilmesine engel oluşturabilecek, hem de tek satıcının sürümü arttırma faaliyetlerinin karşılıksız kalmasına sebebiyet verebilecektir. Dolayısıyla, düzenli mal teslim borcunun, bir yan edim değil, temel yükümlülük olduğunun kabul edilmesi daha doğru olacaktır. Bkz. İşgüzar, **a.g.e.**, s. 88.

⁷⁶⁴ **A.e.**, s. 89.

⁷⁶⁵ **A.e.**; Yavuz, **a.g.e.**, s. 40.

olacağı belirtilmişse, sonradan teslim edilecek malların da bu nitelikleri taşıması zorunludur. Ancak buradaki esas sorun, bu yönde bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde değerlendirilmenin nasıl ve ne şekilde yapılacağıdır⁷⁶⁶.

Tek satıcının desteklenmesi ve ona karşı sadakatle davranılması, yani ona tesis edilen coğrafi bölge içerisinde başka bir kimseye mal satımı konusunda hak ve yetki tanınmaması, yapımcının tek satıcılık sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından birisidir. Her ne kadar, malın sürümünü arttırma amaçlı faaliyetlerin tek satıcı tarafından yerine getirilmesi gerekiyorsa da, yapımcının, bu faaliyeti yerine getirme noktasında tek satıcıya destek olma yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁶⁷. Malların ne şekilde pazarlanacağı, sürüm artırıcı faaliyetlerin hangi çerçevede yerine getirileceği tarafların kendi aralarında belirleyecekleri bir husus olmakla birlikte, bu noktada herhangi bir anlaşma bulunmasa dahi bir takım asgari yükümlülüklerin yerine getirilmesi öngörülmüştür. Örneğin, teknik açıdan uzmanlık ve özel bilgi gerektiren malların nasıl kullanılacağını, bakım talimatlarını ve fiyat bilgilerini içeren belgelerin tek satıcı tarafından düzenlenmesi beklenemeyeceğinden, bunların yapımcı tarafından tek satıcıya verilmesi gerekmektedir. Yapımcının bu borcuna aykırı davranması halinde, tazminat ve fesih gündeme gelebilecektir.

5. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi

a. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı

Acentelik sözleşmesiyle büyük benzerlik gösteren tek satıcılık sözleşmesinde de, tek satıcının sözleşme kapsamında yerine getireceği faaliyetleri kural olarak kendi usul ve yöntemleriyle, yani yapımcının emir ve talimatlarına gerek olmaksızın yürütmesi esastır.

⁷⁶⁶ Taraflar arasında malın nitelikleri hususunda bir anlaşma olmaması halinde, yapımcının, tek satıcılık sözleşmesi kapsamında satımını talep ettiği ürünün/malın ayıpsız halinin esas alınması gerekmektedir. Ayıpsız ifadesi ile kastedilen, malın en kaliteli malzemeyle imal edilmiş olması değildir. Kastedilen, yapımcı tarafından o malın üretimi için sürekli olarak kullanılan malzemeden daha düşük vasıflı veya eksik malzeme kullanılmamasıdır.

⁷⁶⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 963.; Yavuz, **a.g.e.**, s. 41.

Ancak acentenin emir ve talimatları kimden aldığı hususunda yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Bu bakımdan, kurallara uygun bir şekilde tesis edilen tek satıcılık ilişkisinde, yapımcı ile tek satıcı arasında, iş sözleşmesindeki benzer bir bağımlılık ilişkisinin var olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Buna karşın, adı tek satıcılık olmakla birlikte, daha çok iş ilişkisini çağrıştıran hükümleri barındıran sözleşmelerle uygulamada çokça karşılaşılmaktadır.

b. İlişkinin Sürekliliği

Süreklilik, tek satıcılık sözleşmesinin temel unsurlarındandır. Zira tek satıcılık ilişkisinin varlığı için, sürekli bir şekilde mal tedarikinin sağlanması ve tek satıcı tarafından da bunların satımı, dağıtılması gerekmektedir. Her iki taraf için de, yapılmakla sona eren borçlar değil, sürekli ve devam eden bir şekilde ifa edilmesi gereken borçlar söz konusudur. Bu bakımdan, tek satıcı ve yapımcı arasında bir bağımlılık ilişkisinden bahsedilebilmektedir⁷⁶⁸. Ancak tek başına süreklilik ilişkisinin varlığı, tek satıcı ve yapımcı arasında iş ilişkisine benzer bir ilişkinin bulunduğunu iddia etmek için yeterli değildir. Nitekim diğer birçok sözleşmede de süreklilik unsuru bulunmakta, fakat bu sözleşmelerde iş ilişkisine benzer nitelikte bir bağımlılık ilişkisinin bulunduğu bahsedilememektedir.

Tek satıcılık sözleşmesindeki farklılık ise, süreklilik unsurunun bir neticesi olarak sadakat yükümlülüğünün ve devamında da rekabet etmeme borcunun gündeme gelmesidir⁷⁶⁹. Tek satıcı, sözleşme devam ederken yapımcının menfaatlerini koruma yükümlülüğü altında olduğundan, yapımcıyla rekabet niteliği taşıyacak herhangi bir davranışta bulunması sözleşmenin derhal feshedilmesini gerektirecektir. Aynı şekilde, sözleşme sona erdikten sonra, müşteri çevresini kendi bulunduğu tarafa çekmek, birtakım bilgi ve sırları

⁷⁶⁸ İşgüzar, **a.g.e.**, s. 49.; Salih Önder Yeşiltepe, “Tek satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 1-2, s. 188.; S. Doğan, **a.g.e.**, s. 90.

⁷⁶⁹ Yeşiltepe, **a.g.m.**, s. 83.

ifşa etmek gibi fiiller de rekabet etme yasağına aykırı olacak ve tazminat ödeme zorunluluğu doğuracaktır. Bu bakımdan, tek satıcılık sözleşmesindeki bağımlılık ilişkisinin iş sözleşmesiyle önemli ölçüde benzeştiği açıktır.

c. Aynı Anda Kaç Kişi İçin Çalışıldığı

Tek satıcılık sözleşmesi kapsamında, malların satımının gerçekleştirilmesi ve sürümünün arttırılması için tek satıcının tüm gücünü buna hasretmesi unsuru, tekel (inhisar) hakkının karşılığıdır. Dolayısıyla, her ne kadar açık bir hüküm bulunmasa dahi, tek satıcının, yapımcıyla rekabet teşkil etmeyecek nitelikteki başka bir takım ticari faaliyetlerde bulunması da -özellikle yapımcının işletmesinin büyük ölçekli olması ve müşteri potansiyelinin fazla olması durumunda- mümkün değildir⁷⁷⁰.

Tek satıcının kendi adına ve hesabına çalışan birisi olduğu gerçeğiyle beraber düşünüldüğünde çelişki arz eden bu durum, tek satıcılığın kendine özgü bir sözleşme olmasıyla açıklanabileceği gibi, bağımlılık ilişkisi tesis etmesi suretiyle iş sözleşmesiyle benzeşen bir yönü olarak da ifade edilebilecektir. Zira tek satıcının başka bir kimseyle ticari ilişkide bulunmaması durumunda, geçimini tek bir kişiden elde ettiği kazanç ile sürdürmesi söz konusu olacak, bu da ekonomik bağımlılığı doğuracaktır⁷⁷¹. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında, taraflar arasındaki tek satıcılık sözleşmesinde açıkça “Satıcı bütün zaman ve mesaisini, işbu sözleşme ile üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmeye ayıracak ve bu ürünlerin satış ve pazarlamasında azami özen ve çabayı gösterecektir” ifadesi bulunmasına rağmen, sözleşmenin diğer şartları da değerlendirildiğinde taraflar arasındaki sözleşmenin ağırlıklı olarak tek satıcılık sözleşmesinin niteliği taşıdığı kanaatine varmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmenin kararda yer verilen hükümlerine bakıldığında Hukuk Genel Kurulu’nun bu hükmüne katılmak mümkün görünmemektedir. Tabii ki tek satıcının aynı anda yalnızca tek bir kişinin mal ve hizmetlerini satması, tek

⁷⁷⁰ A.e., 84-85.

⁷⁷¹ Hohmeister/Goretzki, a.g.e., s. 85.

başına bağımlılık unsurunu varlığını ileri sürmek için yeterli değildir. Bu bakımdan Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararını eleştirmek yerinde olmayacaktır. Ancak sözleşmenin diğer maddelerinde yer alan: satıcının şirket tarafından kendisine teslim edilen ürünler dışında hiçbir ürünün satışını veya pazarlamasını yapamayacağı ve/veya hiçbir surette bu ürünleri aracında bulunduramayacağı; kendisine teslim edilen ürünleri hiçbir surette şirket tarafından tespit edilen ve kendisine bildirilen fiyat ve şartlar dışında satmayacağı ve herhangi bir ekstra vade, iskonto v.s. yapamayacağı; çalıştıracağı elemanları öncelikle şirketin onayına sunacağı ve onaydan sonra çalıştırabileceği, şirketin bu kişilerin değiştirilmesini talep etmeye yetkili olduğu ve satıcının da bu talep doğrultusunda hareket etmeye zorunlu olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde, taraflar arasındaki sözleşmenin tek satıcılık sözleşmesinin sınırlarını aştığı ve açık bir şekilde kaydı bulunmasa da, iş sözleşmesi niteliğini haiz olduğu rahatlıkla ifade edilebilecektir. Bu sebeple, Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar isabetli olmaktan uzaktır⁷⁷².

Netice olarak, her ne kadar tek satıcının kendi adına ve hesabına çalışan bağımsız bir tacir yardımcısı olduğu öğretide ifade edilmekte ise de, hem ifade edilen çelişki hem de uygulamada karşılan durum sebebiyle, tek satıcının tamamen bağımsız olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

C. Taşımacılık Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Taşımacılık sözleşmeleri; kara, deniz ve hava taşımacılık sözleşmeleri olmak üzere temel olarak üç ana başlık altında incelenmektedir. Ticaret Kanunları çerçevesinde düzenlenen söz konusu sözleşmelerin her biri birbirinden bağımsız ve detaylı düzenlemeler barındırmaktadır. Her üç kategori de değerlendirildiğinde taşımacılık sözleşmelerinin ço-

⁷⁷² Karar için bkz. Yarg. HGK 2008/19-493 E., 2008/499 K., Tarih: 16.07.2008, www.karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml, (Çevrimiçi), 03.04.2019.

ğunlukla ticari ilişkiler çerçevesinde ve tacir sıfatını haiz kişilerce akdedildiği görülmektedir. Her iki taraf da, ekonomik ve hukuki olarak birbirinden bağımsız kişilerden oluşmakta, risklere de kendileri katlanmaktadır. Özellikle deniz ve hava taşımacılığında bu durum daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Taşımacılık sözleşmelerini incelememizdeki temel düşünce, kendi nakil vasıtasına sahip olan gerçek kişilerin bir başkasının malını taşımalarının bazı hallerde bağımlılık ilişkisini doğurmasıdır⁷⁷³. Nitekim özellikle kara taşımacılığı sözleşmelerinde söz konusu durumla çokça karşılaşılmaktadır. Oysa deniz ve hava taşımacılığı sözleşmelerinde, çoğunlukla ekonomik sebeplerle, benzer bir bağımlılık ilişkisinin kurulması mümkün olmamaktadır. Zira her iki sözleşme türünde de kendi nakil vasıtasına sahip olan bir gerçek kişi taşıyanın varlığı pek de mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla, deniz ve hava taşımacılığında şirketleşme bir nevi zorunluluktur. Şirketler, kendi alanlarında uzmanlaşmış ve bu alanda gerekli alt yapıyı sağlamış bulunmaktadırlar. İstisnaları mevcut olmakla birlikte, deniz ve hava taşıma işlerinde kullanılacak nakil vasıtaları çoğunlukla bu şirketlerin kendi mülkiyetlerinde bulunmakta ve taşımacılık faaliyetini gerçekleştirecek kişileri de kendi çalışanları olarak istihdam etmektedirler. Netice olarak, deniz ve hava taşımacılığında, kişilerin kendilerine ait nakil vasıtaları aracılığıyla taşıma yapmalarına pek de sık rastlanmamaktadır.

Bu tür sözleşmelerde gündeme gelen bir diğer husus da; gemi ve uçak gibi vasıtaların, büyüklükleri dolayısıyla, aynı anda birden çok kimsenin malını/eşyasını taşımaya imkân vermesidir. Aynı anda birden fazla kişiye taşıma hizmetinin verilmesi, her ne kadar bu vasıtaların tek bir sahibi olsa dahi, mevcut hukuki ilişkinin, bir iş ilişkisi değil de, ticari ilişki olduğuna yönelik daha kuvvetli emareler sunmaktadır. Zira bir iş ilişkisinden bahsedebilmek için, aynı anda yalnızca bir işverenin emri altında bulunmak ve onun işlerini yapıyor olmak gereklidir. Birden fazla kişiye hizmet sunulması, aynı zamanda ekonomik bağımlılığın da bulunmadığına yönelik bir kanıt olarak kullanılabileceğinden, deniz ve hava taşımacılığında bağımlılık ilişkisinin varlığından bahsedilemeyecektir.

⁷⁷³ Feary, a.g.m., s.146-147.

Tüm bu sebeplerden ötürü, taşımacılık sözleşmesi başlığı altında, kara taşıma sözleşmelerinin, konunun daha iyi anlatılabilmesi bakımından tezin amacına katkı sağlayacağı değerlendirilmiş, ilerleyen başlıklarda da konu bu açıdan ele alınmıştır.

2. Kavram

Ticaretin gelişmeye ve yaygınlaşmaya başladığı ilk zamanlardan itibaren, bir yerden başka bir yere yük ve yolcu taşınması konusunda kurallar koyma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Taşınan kişilerin kendi canlarını ve mallarını korumak, gerçekleşmesi muhtemel tehlikelere karşı güvence elde etmek amacıyla da taşıma işlerine uygulanmak üzere çeşitli hükümler konulmuştur. Taşımanın türüne, hangi vasıtayla ve ne taşındığına göre farklılık gösteren bu hükümler, ilerleyen zamanlarda oldukça kapsamlı ve detaylı hale gelmiştir. Öyle ki, ülkeler arasında taşımaya ilişkin ortak düzenlemelerin yapılması ihtiyacı gündeme gelmiş ve bunun neticesinde de, 19 Mayıs 1956 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından Eşyaların Karayolundan Uluslar Arası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road- CMR) düzenlenmiş ve üye devletlerce de imzalanmıştır⁷⁷⁴.

Karayoluyla eşya taşıma sözleşmesinin, ne uluslararası sözleşmelerde ne de ulusal kanunlarda bir tanımı bulunmamakla birlikte, öğretide üzerinde uzlaşılmış bir tanımı mevcuttur. Buna göre taşıma sözleşmesi; “taşıyıcının, yolcu veya eşyayı bir yerden diğerine taşımayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ Sözleşmenin tam metni için bkz. <https://www.jus.uio.no/lm/un.cmr.road.carriage.contract.convention.1956/doc.html>, (Çevrimiçi), 23.02.2018.

⁷⁷⁵ Sabih Arkan, **Karada Yapılan Eşya Taşıma İşlerinde Taşıyıcının Sorumluluğu**, Ankara, Türkiye İş Bankası Tesisi, 1982, s. 10.

Kanunlardaki düzenlemelere bakıldığında ise, karayoluyla eşya taşıma sözleşmesinin doğrudan bir tanımına yer vermektense, taşıyıcı kavramını ve bu esnada taşıma sözleşmesinin unsurlarını belirtmek suretiyle bir tanımlama yapma yolu tercih edilmiştir⁷⁷⁶. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK m. 850/1) , Alman Ticaret Kanunu'nda (HGB § 407 Abs. 1) ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR Art. 440 Abs. 1) taşıyıcı; “taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişidir.” şeklinde tanımlanmıştır. Kanunkoyucuların yaptığı tanım, öğretide kabul edilen tanımla paralellik taşımaktadır, fakat her iki tanım da taşıma sözleşmesinin temel unsurlarından olan ücret unsurunu belirtmemesi sebebiyle eksik kalmaktadır. Ücret unsuru, taşıma sözleşmesini vekâlet sözleşmesinden ayıran en temel unsurdur⁷⁷⁷. Bu bakımdan, ücret unsurunun da taşıma sözleşmesinin tanımına dâhil edilmesi yerinde olacaktır. Dolayısıyla, taşıma sözleşmesini; “taşıyanla gönderen arasında tam iki tarafa borç yükleyen, rızâî öyle bir anlaşmadır ki, bununla taşıyan, ücret karşılığında eşyayı muhafazası ve nezareti altında bir yerden başka bir yere taşımayı ve varma yerinde aynen teslim aldığı gibi, zamanında teslim etmeyi taahhüt eder” şeklinde tanımlamak daha doğru olacaktır⁷⁷⁸.

3. Hukuki Niteliği

Taşıma sözleşmelerinin, konusuna göre yolcu ve eşya taşıma olarak sınıflandırılması mümkündür. Söz konusu ayırım, taşıma sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda temelde bir farklılığa sebebiyet vermemekle birlikte, her ikisinin ayrı ayrı incelenmesi, konunun izahı bakımından daha faydalı olacaktır.

Eşya taşıma sözleşmeleri, ücret unsurunu içermeleri bakımından ivazlı sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca ücret unsurunun, iş görme unsurunun karşılığı olması,

⁷⁷⁶ Mertol Can, **CMR ve Alman Ticaret Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları**, C. I, 1. Bası, Ankara, İmaj, 2017, s. 19.

⁷⁷⁷ Bozkurt, **a.g.e.**, s. 295.

⁷⁷⁸ Natig Asgarov, “Yükle İlgililerin Taşıma Sözleşmesi Gereğince Beyanda Bulunma Yükümlülüğü”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 9.

her iki tarafın da ifa etmesi gereken borçları bulunduğunu, dolayısıyla da eşya taşıma sözleşmesinin tam iki taraflı bir sözleşme olduğunu göstermektedir⁷⁷⁹. Bu bakımdan, yolcu taşıma sözleşmelerini de aynı kategori altında değerlendirmek mümkündür. Zira yolcu taşıma sözleşmelerinde de, ücret ve ücretin karşılığı olarak taşıma faaliyetinin gerçekleştirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak yolcu taşıma sözleşmelerindeki farklılık, ücret ödeme yükümlülüğünün her yolcu bakımından ayrı ayrı gündeme gelmesi, bu sebeple de birden fazla kişinin üzerinde olması bakımından ortaya çıkmaktadır.

Eşya taşıma sözleşmelerinin, üçüncü kişi lehine sözleşme şeklinde düzenlenmesi mümkün iken, yolcu taşıma sözleşmelerinde mümkün değildir. Zira eşya taşıma sözleşmelerinin konusu olan borcun ifasını talep hakkı genellikle gönderilene ait olmakta iken⁷⁸⁰, yolcu taşıma sözleşmelerinde, sözleşmenin konusu olan “yolcu” nun bir kimseye gönderilmesi söz konusu olmayacağından, gönderilen, yani üçüncü kişi lehine bir sözleşmeden de bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Öğretide, eşya taşıma sözleşmelerinin nitelik bakımından eser, vekâlet, hizmet sözleşmesi ve kendine özgü bir sözleşme olduğu yönünde farklı görüşler mevcuttur. Çoğunluğun temsil ettiği görüş, eşya taşıma sözleşmesinin, bir eşyanın taşınması ve teslim edilmesini gerektirmesi ve borcun da bu sayede yerine getirildiğinin kabul edilmesi sebebiyle eser sözleşmesi olduğunu savunmaktadır. Ancak bu görüş, eşya taşıma sözleşmesinin, bir eşyanın yapılması değil, taşınması borcunu doğurması, dolayısıyla da eser sözleşmesiyle amaçlanandan farklı bir neticeyi doğurması sebebiyle eleştirilmektedir⁷⁸¹.

Taşıma sözleşmesinin vekâlet ve hizmet sözleşmesi kapsamına girdiğini ileri süren bir takım başka görüşler de bulunmakla birlikte; kanunda ayrıca düzenlenmiş olması ve diğer sözleşmelerden ayrışmasını sağlayan kendine has özellikleri bulunması sebebiyle kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu değerlendirilmektedir⁷⁸². Bu görüş, hem

⁷⁷⁹ A.e., s. 28.

⁷⁸⁰ A.e.; Bozkurt, a.g.e., s. 294.

⁷⁸¹ Asgarov, a.g.e., s. 29.

⁷⁸² A.e.

kanunkoyucunun amacına hem de uygulamada ortaya çıkan duruma daha uygun gözük-
mektedir.

Yolcu taşıma sözleşmesi bakımından konu ele alındığında da; eser, vekâlet veya hiz-
met sözleşmesi olduğu yönündeki görüşler geçerliliğini yitirmektedir. Zira yolcu taşıma-
cılığında, her yolcu kendisinin bir yerden başka bir yere taşınması konusunda taşıyanla
veya taşıyanın bağlı bulunduğu kişiyle bir sözleşme akdetmektedir. Dolayısıyla burada
sözleşme konusu olan husus taşıma hizmetidir. Bu bakımdan, her yolcunun kendisine ta-
şıma hizmeti verilmesi karşılığında ücret ödeme yükümlülüğü altına girmesi söz konusu-
dur. Yolcu ile taşıyan veya taşıyana bağlı olarak çalışan kimse arasındaki sözleşme, ne bir
eser ortaya çıkarılmasını sağlamakta, ne vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi bedelsiz yapı-
labilmesi mümkün olmakta ne de hizmet sözleşmesinde olduğu gibi bağımlı bir hukuki
ilişki kurmaktadır. Netice olarak, taşıma sözleşmesinin konusunun “yolcu” olması, söz-
leşmenin hukuki niteliğinde herhangi bir değişikliğe yol açmamakta, kendine özgü karak-
terini zedelememektedir.

Taşıma sözleşmelerinin hukuki niteliği bakımından ifade edilmesi gereken bir diğer
husus da, bu sözleşmelerin rızâ sözleşme kategorisi altında değerlendirilmesidir. Konu-
suna bakılmaksızın, hem eşya hem de yolcu taşıma sözleşmeleri, tarafların yalnızca bir-
birine uygun irade beyanlarında bulunmasıyla ortaya çıkmaktadır. Tarafların ayrıca her-
hangi bir fiili davranışta bulunmalarına veya bir edimi yerine getirmelerine gerek bulun-
mamaktadır⁷⁸³.

4. Unsurları

Taşıma sözleşmelerinin temelde üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar; karşılıklı birbirine
uygun irade beyanları, eşya veya yolcu taşıma taahhüdü ve ücrettir. Sözleşmenin konu-
suna göre, taşınması taahhüt edilen varlık değişebilmekte, yolcu veya eşya olabilmektedir.
Ancak ortada taşınmaya yönelik bir taahhüdün bulunması zorunluluğu değişmemektedir.

⁷⁸³ Eriş Gönen, **Türk Ticaret Kanununa Göre Türk Taşıma Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2015, s. 312.

Karşılıklı birbirine uygun irade beyanı, bir akdî ilişkinin varlığı bakımından zorunlu bir unsurdur. Ancak irade beyanlarının ne şekilde açıklanacağı veya hangi hallerde açıklanmış kabul edileceği hususunda bir takım farklılıklar gündeme gelebilmektedir. Eşya taşıma sözleşmeleri de rızâî sözleşmelerdir ve tarafların irade beyanlarının herhangi bir şekil şartına bağlı olması durumu söz konusu değildir. Eşya sahibinin veya taşıtanın herhangi bir sözlü veya yazılı beyanda bulunmaksızın, taşıyanın aracına eşyayı yüklemesi ve taşıyanın da buna itirazda bulunmaması halinde taşıma sözleşmesi aynı şekilde kurulmuş olmaktadır. Yolcu taşıma sözleşmelerinde de, yolcunun herhangi bir irade beyanında bulunmadan taşımanın gerçekleştirileceği araca binmesi de sözleşmenin kurulmasını sağlamaktadır. Her iki taşıma sözleşmesi türünde de rızâîlik özelliğinin bulunması, tarafların irade beyanlarının birbiriyle uyduğu anda sözleşmenin kurulduğunu, dolayısıyla da tarafların birtakım taahhütlerde bulduklarını kabul etmeyi gerektirmektedir. Her iki taşıma sözleşmesi türünün bu bakımdan, iş sözleşmesiyle benzeştiği ifade edilebilecektir.

Son olarak ücret, taşıma sözleşmesini iş/hizmet sözleşmesine yaklaştıran ve diğer sözleşme türlerinden ayırt edilmesinde kullanılan önemli bir unsurdur. İş sözleşmesinde olduğu gibi, taşıma sözleşmesinin rızâîlik özelliğinin bir neticesi olarak, sözleşme kurulurken ücretin gündeme gelmesi ve belirli bir miktarın taşıma bedeli olarak kararlaştırılması zorunlu değildir. Tarafların ücret üzerinde herhangi bir anlaşmaya varmamış olmaları, ücret unsurunun yokluğuna, dolayısıyla sözleşmenin yokluğuna yol açmayacaktır.

5. Hükümleri

Taşıma sözleşmesinin gönderene yüklediği borçlar; refakat belgelerini verme, tehlikeli eşyalar ile ilgili bildirimde bulunma, eşyayı ambalajlama ve işaret koyma, son olarak da yükleme ve boşaltmadır. Buna karşılık hakları ise, sözleşmeyi istediği anda feshedebilme, emir ve talimat verebilmedir. Bağımlılık unsuru bakımından, gönderenin borçlarından ziyade haklarının ele alınması yerinde olacaktır.

Gönderene tanınan sözleşmeyi istediği anda feshedebilme hakkı, kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak tarafların tacir olması halinde, TTK m. 18/3

hükmü gereğince kanunda belirtilen şekillerden birisine uygun olarak yapılması gerekmektedir. İfade edilen bu hükmün ve 6102 sayılı TTK'nın taşıma işlerini ticari işletme faaliyeti olarak düzenlemesinin, bunun da taşıyanın her halde tacir olması zorunluluğunu doğurmasının neticesi olarak, taşıma sözleşmelerinin feshinde söz konusu şekil şartlarına uyulması gerekmektedir⁷⁸⁴.

Gönderenin, taşıyana emir ve talimat verme hakkı yalnızca taşıma borcu ile ilgilidir. Eşyanın nasıl taşınacağı, nereye götürüleceği, kime teslim edileceği vb. hususlarda gönderenin emir ve talimatlarına taşıyanın uyması zorunludur. Ancak bir zarar tehdidinin gündeme gelmesi halinde emir ve talimatlar konusunda öngörülen bu zorunluluk ortadan kalkmaktadır. Zarar tehdidinin, taşıyanın mal varlığı üzerinde veya doğrudan taşıyana yönelik olması mecburiyeti yoktur. Taşıyanın, taşımakla yükümlü olduğu başka göndericilerin veya alıcıların eşyalarının zarar görmesi durumu söz konusu olduğunda da emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü ortadan kalkacaktır⁷⁸⁵.

Zarar tehdidi oluşturmayan emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü, bu emir ve talimatların yerine getirilmesi için katlanılan harcamaların gönderenden talep edilmesini engellememektedir. Hatta taşıyıcının, yapılan harcamaların yanında belirli bir ücret de talep edebilmesi mümkündür⁷⁸⁶.

Taşıyıcının yükümlülüklerine gelince; yükleme-boşaltma yapma (TTK m. 895) ve yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlama (TTK m. 863), eşyanın tamamı yüklenmemiş olsa dahi, gönderenin istemi üzerine yola çıkma (TTK m. 866) ve gönderenin emir ve talimatlarına uyma olarak düzenlenmiştir (TTK m. 868).

Taşıyıcının yükleme ve boşaltma yapma yükümlülüğü, esasında gönderenin temel borçları arasında yer almakla birlikte, sözleşmeyle aksinin kararlaştırılması durumunda, taşıyıcının da bu borçtan sorumlu tutulması gündeme gelebilmektedir.

Taşıyıcının bir diğer yükümlülüğü ise, eşyanın tamamı yüklenmese dahi, gönderenin talebi üzerine yola çıkmaktır. Neticede taraflar arasında bir sözleşme akdedildiğinden ve

⁷⁸⁴ Bozkurt, **a.g.e.**, s. 305.

⁷⁸⁵ **A.e.**, s. 306.

⁷⁸⁶ **A.e.**, s. 307.

bunun yanında da taşıyanın, gönderen tarafından verilen emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü de bulunduğundan, eşyanın ne kadarlık kısmının yüklenmiş olduğu hususu, taşıyanın sorumluluğunda değildir. Eşyanın kararlaştırılandan az yüklenmiş olması durumunda, gönderenin kendi tasarrufuyla, hakkının bir kısmından feragat ettiği, bu sebeple de taşıyanın herhangi bir ek yükümlülük üstlenmediğine hükmedilmesi gerekmektedir⁷⁸⁷.

Taşıyıcının haklarına bakıldığında ise, en temel hakkı olan ücretin yanında; sözleşmenin gönderen tarafından feshi halinde, taşıma ve bekleme ücretlerini, ayrıca taşıma sözleşmesiyle kararlaştırılan ücretin üçte birini isteme hakkının mevcut olduğunun kanunkoyucu tarafından düzenlendiği görülmektedir⁷⁸⁸. Kısmi taşıma halinde de taşıyana bir takım haklar tanınmış bulunmaktadır. İlaveten, gönderenin yükleme süresine uymaması halinde taşıyanın sözleşmeyi feshedebilmesi imkânı da tanınmış bulunmaktadır⁷⁸⁹.

Taşıyıcıya tanınan bir diğer hak da; alacaklarının gönderen tarafından kendisine ödenmemesi halinde karşılığını alana kadar taşıma konusu eşyayı hapsedebilmesidir. Ancak, taşıyıcının eşyayı hapsedebilmesi için, eşyanın kendi zilyetliğinde bulunması gerekmektedir.

6. Bağımlılık Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi

Taşıma sözleşmesi, her ne kadar diğer sözleşme türleriyle ortak yönleri bulursa da, kendine has özellikleri sebebiyle, diğer sözleşme türlerinin kapsamına dâhil edilememektedir. Ancak bu durum, taşıma sözleşmesinin kanunda düzenlenen çerçevede uygulanması halinde söz konusu olmaktadır. Meselâ, taşıma sözleşmesinde, her iki tarafın da kural olarak birbirinden bağımsız kimseler olması gerekmektedir. Bu bakımdan tarafların birbirlerine ekonomik veya organizasyonel açıdan bağımlı olmaları mümkün değildir. Ancak, ta-

⁷⁸⁷ A.e., s. 311.

⁷⁸⁸ M. Can, a.g.e., s. 38.

⁷⁸⁹ A.e., 46.

şıyanın işveren sıfatını haiz olmaması, kendi aracıyla taşıma borcunu ifa ediyor ve geçimini de tek bir işverenden elde ettiği ücret üzerinden sağlıyor olması onun hukuki niteliği bakımından tereddütler oluşturmaktadır.

Taşıma sözleşmesinin kurallarına uygun olarak uygulanması halinde, eser, hizmet ve vekâlet sözleşmelerinin kapsamına sokulması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, işverenlerin, kanunların kendilerine yüklediği sorumluluklardan kaçınmak amacıyla çeşitli hukuki müesseseleri amaçları dışında kullandıkları da bir gerçektir. Nitekim esasında işçi olarak değerlendirilmesi gereken bir kimsenin, iş sözleşmesi haricinde bir sözleşmeyle iş görmesi sağlanıp, bu sayede işçi olmasından doğan haklarını kullanmasının engellenmesi yöntemiyle uygulamada sıkça karşılaşılmaktadır⁷⁹⁰. Örneğin Amerikan kargo taşıma şirketi FedEx, çalışanlarıyla taşıma sözleşmesi kapsamında hukuki ilişki kurmakla birlikte; çalışanlarının üzerinde kurduğu kontrol mekanizması, onların işçi olarak değerlendirilmesinin önünü açmıştır⁷⁹¹.

Sonuç olarak, taşıma sözleşmesinin kanunun amacına aykırı söz konusu uygulamaların bağımlılık unsurunun tespitinde kullanılan ölçütler çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Zira bu sayede hem hak kayıplarının önüne geçilmesi hem de kanunkoyucunun amacının daha doğru bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olacaktır.

a. Emir ve Talimatların Kimden Alındığı

Taşıma sözleşmesinde emir ve talimat verme yetkisi, taşıma sözleşmesinin sınırları içerisinde kullanılmak kaydıyla gönderene aittir⁷⁹². Emir ve talimat verme yetkisinin taşıma sözleşmesiyle ilgili konular bakımından kullanılması durumunda, taraflar arasında

⁷⁹⁰ Nitekim İngiltere Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, yolcu taşıma yükümlülüğü bulunan ve kendi aracına sahip olan bir sürücünün, kendisine bu işi veren şirket ile arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi kapsamında değil, iş sözleşmesi kapsamında gerçekleştiğine ve sürücünün de bağımlı çalışan olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Autoclenz Limited v Belcher [2011] UKSC 41, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0198-judgment.pdf>, (Çevrimiçi), 12.03.2019.

⁷⁹¹ Harned/Kryda/Milito, a.g.m., s. 104-108.

⁷⁹² Ümit Orhan, “Karayolu Taşıma Sektöründe İşçi-İşveren İlişkileri”, (Yayımlanmamış Doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 34.

iş hukukundakine benzer bir bağımlılık ilişkisi kurulduğuna dair herhangi bir iddia ileri sürülemeyecektir. Bununla birlikte, uygulamada ulusal veya uluslararası alanda faaliyet gösteren büyük şirketlerin taşıyanlara taşıma sözleşmesinin kapsamı dışında kalan konularda da emir ve talimatlar verdiği görülmektedir. Oysaki söz konusu taşıyanlar, kendi vasıtalarıyla sözleşme konusu eşyaları taşımakta ve tacir olarak değerlendirilmektedirler⁷⁹³.

Nitekim Amerikan kargo ve taşımacılık şirketi FedEx, saha hizmetlerini uygulamaya soktuktan sonra uzun bir süre boyunca taşıyanlarını bağımsız çalışan olarak nitelendirmiştir. Buna karşılık, taşıyanların giyecekleri elbiseden vücutlarının hangi bölgelerinde dövme olabileceğine kadar çeşitli hükümlerin olduğu bir sözleşme metni imzalamalarını istemiştir⁷⁹⁴.

Emir ve talimat yetkisinin taşıma sözleşmesinin sınırları dışında kullanıldığı açık bir şekilde görüldüğü FedEx örneğinde, taşıyanların bağımsız çalışan veya tacir olarak değerlendirilmeleri, onların açıkça hak kaybına uğramalarına sebep olmuştur. Bu sebeple, çeşitli yargı kararlarında, taşıyanların da belirli şartlar altında “işçi” veya “işçi benzeri” olarak değerlendirilmeleri gerektiğine hükmedilmiştir⁷⁹⁵. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2017 yılında vermiş olduğu bir kararında, çalıştığı işyerinde şoför olarak görev yapan, ancak 2007-2008-2009 ve 2010 yıllarında yapılmış olan hizmet aracı kiralınmasına ilişkin yapılan ihaleleri alarak bu işleri de üstlenen, böylelikle ihale kapsamında yaptığı iş boyunca aynı zamanda şoför olarak kadrolu işini de ifa eden davalının işçi/bağımlı çalışan olduğuna ve taraflar arasında karma nitelikte bir sözleşmenin bulunduğu hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde, her ne kadar davalı, ifa ettiği işler bakımından hem bağımlı hem de bağımsız çalışan sıfatlarını haizmiş gibi görünse de Mahkeme, işyerinde şoför olarak çalışan işçi ile ayrıca aracını kullanması için ayrı bir sözleşme ve taraflar arasında araçlı

⁷⁹³ Niebler/Meier/Dubber, **a.g.e.**, s. 42.

⁷⁹⁴ Saveland, a.g.m. s. 98.

⁷⁹⁵ LAG Düsseldorf vom 28.8.1995, BB 1995, 2275 f. (Hohmeister/Goretzki, **a.g.e.**, s. 70.); FedEx Home Delivery, Inc., & Local 25, Int’l Bhd. of Teamsters, 351 N.L.R.B. No. 16, 2007 WL 2858933, at 1 (Sept. 28, 2007).

şoför teminini öngören sözleşme yapılabileceğini ifade etmiş, ayrıca davalının, araç sahibi işverenin talimatı ile şoförlük hizmetini yerine getirdiğini belirterek, işçi/bağımlı çalışan olduğuna hükmetmiştir⁷⁹⁶.

Söz konusu karar, hem Yargıtay kararlarında yaşanan değişimi hem de bağımlı çalışan niteliğinin belirlenmesinde Mahkeme'nin geçmişe göre daha geniş bir bakış açısıyla bakabildiğini göstermesi bakımından önemlidir. Zira Yargıtay artık tarafların arasındaki sözleşmenin taraflarca nasıl adlandırıldığını ön planda tutmaktan vazgeçerek, var olan hukuki ilişkinin esasını incelemeye yönelmektedir.

b. Aynı Anda Kaç Kişi İçin Çalışıldığı

Taşıma sözleşmesinde kural olarak taşıyanın aynı anda birden fazla gönderenin eşyasını taşımasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zira taşıyan da bir tacir olmak zorundadır ve tacir olmasından kaynaklanan, ekonomik risk altına girme, girdiği riskler sayesinde kâr elde etme, zarara katlanma haklarını istediği şekilde kullanabilecektir. İlâveten, taşıyanın kendi vasıtasına sahip olması ve taşımayı da bu vasıtayla gerçekleştirmesi, onun kendi başına bağımsız bir çalışan olması noktasında karine de teşkil edecektir.

Burada sorun, taşıyanın aynı anda yalnızca tek bir gönderen için taşıma faaliyetinde bulunması ve bunu da sürekli bir biçimde gerçekleştirmesi durumunda ortaya çıkmaktadır⁷⁹⁷. Taşıyan, kendi vasıtasına sahip olsa dahi, tek bir gönderenin eşyasını taşıyorsa ve taşımacılık haricinde başka bir gelir kaynağı da bulunmuyorsa, her ne kadar kural olarak taşıma sözleşmesi bakımından kurallara aykırı bir durumdan bahsedilemeyecekse de, taşıyanın hak kaybına uğraması söz konusu olacağından ve sosyal koruma ihtiyacı bulunduğundan, bu hukuki ilişkinin taşıma sözleşmesi olarak değil de, iş sözleşmesi olarak adlandırılması gerekecektir⁷⁹⁸. Zira aksi halde kanunun dolanılması durumuyla karşı karşıya

⁷⁹⁶ Karar için bkz. 2016/7156 E., 2018/23739 K. Tarih: 20/12/2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Çevrimiçi), 04.04.2019.

⁷⁹⁷ Saveland, a.g.m., s. 70-71.

⁷⁹⁸ Buchner, a.g.m., s. 1145.

kalınacak, kanunkoyucunun amacına aykırı hareket edilmiş olunacak ve hak kayıpları yaşanacaktır⁷⁹⁹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin bir kararında, davalının nakliye işlerinde 1.10.2004-28.01.2006 tarihleri arasında şoför olarak çalışan davacının geçici iş ilişkisi kapsamında bağımlı çalışan olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiş ve davacı ile davalı arasında bağımlılık ilişkisinin bulunmadığına dair ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur. Olayda davacı, dava dışı gerçek kişiye ait kamyonun şoförü olarak çalışmaktayken, kamyon davacı ile birlikte davalıya kiralanmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmede de bu husus açıkça belirtilmiştir. Sözleşmede ayrıca; kamyon sahibine aylık kira bedeli verileceği ve yakıt giderinin davalıya ait olduğu yer almıştır. Kiralanan aracın ve şoförün şirketin istediği her an işin başında olacağı ve araç sigorta bedellerinin de davalıya ait olacağı sözleşmede öngörülmüştür. İlâveten, araç sahibi tarafından bilinen ve sözleşme konusu işi gerçekleştirmesi öngörülen şoförün işten çıkarılması halinde yerine görevlendirilecek şoför için davalıdan izin alınması gerektiği belirtilmiştir. Nakliye araçlarına davalı şirketin ticari unvanının yazılacağı sözleşmede öngörülmüş ve davalı şirketin prensip ve talimatları ile iş nizamına uyma yükümünün olduğu ayrı bir kural olarak sözleşmede açıklanmıştır. Tüm bu unsurlar birlikte değerlendirildiğinde, taraflar davacı ile davalı arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi karakteristiğine daha uygun olduğu 9. Hukuk Dairesi'nce tespit edilmiştir. Mahkeme, her ne kadar taraflara arasında görünürde bir iş sözleşmesi bulunmasa dahi, "birlikte istihdam" ihtimalinin göz önünde bulundurulması gerektiğini ve söz konusu ilişkinin geçici iş ilişkisi veya asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında da incelenmesi gerektiğini, bu inceleme yapılmadan ve ilen ilk derece mahkemesi kararının da isabetli olmadığını belirterek bozma yönünde karar vermiştir⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ Brian A. Langville, Guy Davidov, "Beyond Employees and Independent Contractors: A View from Canada", **Comp. Labor Law & Pol'y Journal**, C. 21, S. 7, 1999, s. 22.

⁸⁰⁰ Karar için bkz. Yarg. 9 HD. 2007/26179 E., 2008/33761 K., Tarih: 16.12.2008, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Çevrimiçi), 05.04.2019.

Sıklıkla ifade edildiği üzere, bağımlılık unsurunun tespitinde kullanılan ölçütlerin hiçbiri tek başına bağımlılık ilişkisinin mevcut olduğuna ilişkin kesin bir sonuç ortaya koyamamaktadır⁸⁰¹. Aynı anda kaç kişi için çalışıldığı ve dolayısıyla da ekonomik bağımlılık, önemli ölçütler olmakla birlikte, bağımlılık ilişkisinin mevcut olup olmadığını tespit bakımından tek başlarına yeterli değildir. Bu sebeple, Yargıtay'ın da söz konusu kararında isabetli bir şekilde belirttiği gibi, taşımacılık sözleşmesi kapsamında çalışanların hukuki statüsü değerlendirilirken, diğer unsurların da dikkate alınması gerekmektedir.

c. İlişkinin Sürekliliği

Taşıma sözleşmesi, kural olarak taraflar arasında sürekli bir hukuki ilişki kurmamaktadır. Zira sözleşme konusu taşıma faaliyeti, belirli sayıda taşıma işleminin gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Sözleşmenin taraflarının borçlarını yerine getirmeleriyle birlikte de sözleşme, herhangi başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erecektir. Dolayısıyla taraflar arasında taşıma sözleşmesi çerçevesinde sürekli bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Ancak uygulamada çoğunlukla taraflar, tek bir taşıma faaliyetini gerçekleştirmekle aralarındaki ilişkiyi sona erdirmemektedirler. Görünürde birbirinden bağımsız taşıma sözleşmeleri akdetmekte ve taşıyanın gönderenden bağımsız faaliyet gösteren bir tacir olduğunu iddia etmektedirler.

Bu noktada, belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme olarak yapılması yasağının taşıma sözleşmeleri bakımından da dikkate alınması gerekmektedir. Her ne kadar taşıma sözleşmelerinde sürenin esaslı bir unsur olduğunu ileri sürerek mümkün değilse de, belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme olarak yapılmasındaki temel düşüncenin, yani sorumluluktan kurtulma arzusunun, taşıma sözleşmelerinde de söz konusu olduğunu iddia etmek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla ortada kanunun dolanılması suretiyle kanunun amacına

⁸⁰¹ Hirsch, a.g.m., s. 357.

aykırı şekilde gerçekleştirilen bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Bu sebeple de, kanuni düzenlemelerin yalnızca lafzına değil, amacına da bakılarak özellikle iş sözleşmesi bakımından değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir.

SONUÇ

İş sözleşmesinin temel unsurlarından biri olan bağımlılık kavramını yalnızca hukuki açıdan ele alıp, iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran bir unsur veya özellik olarak görmek, tek başına çalışma hayatında var olan sorunların çözümünde istenilen katkıyı sağlayamamaktadır. Elbette ki hukuki açıdan bağımlılık unsurunu incelemek ve kapsamını belirlemek gerekmektedir, ancak bunu yaparken kavramın sosyal boyutu göz ardı edilmemelidir. Zira bağımlılığın iş sözleşmesinin ve işçi tanımının temel unsuru haline gelmesinde, sosyal koruma ihtiyacı daha öncelikli bir rol oynamıştır.

İşçinin/bağımlı çalışanın korunma ihtiyacı, “iş sözleşmesinin zayıf tarafı” olma özelliğini tam anlamıyla kazandığı Sanayi Devrimi ile artmıştır. Ancak esnek çalışma ilişkilerinin yaygınlaştığı, küreselleşmenin etkilerinin tüm dünyada hissedildiği 21. yy.’da söz konusu sosyal korumaya duyulan ihtiyaç daha da artmıştır. Zira hem bilgi teknolojilerindeki gelişmeler işin yapılması için ihtiyaç duyulan işçi/bağımlı çalışan sayısını azaltmış hem de uluslararası ölçekte faaliyet gösteren şirketlerin devletlerden daha güçlü hale gelmeleri neticesinde işçilerin/bağımlı çalışanların korunmasına ilişkin düzenlemeler ikinci planda kalmıştır. Bilgi teknolojilerinde yaşanan gelişmeler, yüksek vasıflı çalışanların kazanç ve iş güvencesi bakımından iyi işlerde çalışmalarının önünü açarken, vasıf derecesi düşük olan işçiler bakımından ise, ücreti düşük ve güvencesiz işlerde çalışmayı zorunlu kılmıştır. Uluslararası şirketler ise, kendi çalışma kodlarını gittikleri ülkelerde yasa haline getirmek suretiyle esnekleşmeyi ve güvencesiz çalışma biçimlerini yaygınlaştırmayı, neticesinde de ülkelerin işçiyi korumaya yönelik düzenlemelerinden kurtulmayı amaçlamış ve büyük ölçüde de başarmışlardır. Hatta durum öyle bir hal almıştır ki, bir süre sonra şirketler kendi koydukları kuralların da maliyetleri artırdığını ve uygulanmamasının daha uygun olduğunu düşünmeye başlamışlardır. Bunun sonucunda da işverenler, Sanayi Devrimi’nin ilk dönemlerindeki yasal olarak hiçbir güvenceye ve hakka sahip olmayan işçiler gibi kullanabilecekleri, kendilerine hiçbir sorumluluk yüklemeyen “bağımsız çalışanlar”ı istihdam etmeye başlamışlardır.

Girişimciliğin teşvik edilmesi adı altında pazarlanan bu akım, görünürde çalışanları bir işverenin emri altında bağımlı çalışmaktan ziyade, kendi işlerini kurmaya, bu sayede hem ülke ekonomisine katkıda bulunmaya hem de kendi gelirlerini arttırmaya teşvik etmekte ise de, esasında işverenlerin bağımlı çalışan istihdam etmekten kaynaklanan maliyetleri azaltmalarına ve sorumluluklardan kurtulmalarına daha çok katkı sağlamaktadır. Tabii ki girişimciliğin teşvik edilmesinin altında tamamen bu türden “kötüniyetlerin” bulunduğunu söyleyemeyecektir. Ancak esneklikte olduğu gibi, iyiniyetlerle gündeme getirilen ve uygulanan yeniliklerin, ilerleyen zamanda yalnızca bir tarafa avantaj sağlayan bir araç haline dönüşmesi mümkündür. Bu sebeple, hem kötüniyetli kullanımların önüne geçebilmek hem de çalışanların hak kayıplarına uğramalarını engellemek amacıyla, bağımlılığın derecesinin iyi belirlenmesi; aynı zamanda bağımlılığın yeniden tanımlanması ve içeriğinin yeniden belirlenmesi artık bir zorunluluk halini almıştır.

Esnek çalışma biçimlerinin yaygınlaştığı ve bağımsız çalışan istihdam etme eğiliminin giderek arttığı post-modern dönemde, kanunların yaşanan değişimlere aynı hızda ayak uydurduğundan maalesef bahsedilememektedir. Tipik iş sözleşmesi esas alınarak yapılacak bağımlılık tanımıyla, mevcut iş piyasasında faaliyet gösteren çalışanların çok büyük bir kısmını iş hukukunun koruması altına almak artık imkânsız hale gelmiştir. Öyle ki, kısmi süreli iş sözleşmesinin dahi esasında tipik bir çalışma biçimi olduğu yönünde bir takım görüşlerin ileri sürüldüğü bir ortamda artık tek bir işveren için tam zamanlı olarak, onun emir ve talimatlarına uyarak çalışanlar dışındakilerin bağımsız çalışan olduklarını iddia etmek, çağın ihtiyaçlarını görmezden gelmek demektir.

Bağımlılık unsurunun varlığını ve derecesini belirlemek amacıyla geliştirilen testler de yeni çalışma biçimleri karşısında istenen sonucu sağlayamamaktadır. Esasında sağlaması da pek mümkün değildir. Zira oluşturulan testler, o günün gereksinimleri ve talepleri doğrultusunda şekillenmekte ve bunların çözmeye çalıştığı sorunlar da o günün sorunları olmaktadır. Doğal olarak, yeni çalışma biçimlerinden doğan sorunlara çözüm bulması da çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Kanunlar için de geçerli olan bu durum, değişimin çok hızlı bir şekilde gerçekleştiği hâlihâzırdaki ekonomik düzenin her gün üstüne bir yenisini eklenen sorunlarına durağan yöntemlerle değil, hızlı ve her yeni olaya göre kendini

uyarlayabilen yöntemlerle çözüm bulmayı gerektirmektedir. Bunun yolu da, kuralların ayrıntılı olarak belirlenmesinden değil, temel ölçütlerin belirlenmesinden geçmektedir. Bağımlılık unsuru bakımından dikkate alınacak en temel ölçüt de “sosyal koruma” dır. Zira hem iş hukukunun temelinde yer alan ilkelerden biri olması hem de hakkaniyeti esas alması sebebiyle, sosyal koruma ölçütünü ön planda tutan görüşler ve yargı kararları ile bağımlılık konusundaki uyuşmazlıklara daha etkili çözümler bulunacaktır.

Kişilerin, ihtiyaç duydukları sosyal korumayı sağlayabilmek için belirli bir kişiye bağlı olması ve bu kişinin de kendisi için iş ifa ettiği bir kimse olması halinde bu kimsenin bağımlı çalışanı olarak değerlendirilmesi neticesini doğuran “sosyal koruma” ölçütü, mevcut testlere nazaran daha geniş bir bakış açısı sağlamaktadır. Sosyal koruma ölçütünün ön plana alınması suretiyle, çalışanların sosyal açıdan korunmaya ihtiyacı duyup duymadıkları da dikkate alınacak, bu sayede bağımlı çalışan olarak görülmeyen, hatta görülmesi de hukuken düşünülemeyen acente, tek satıcı gibi meslek gruplarının da yeri geldiğinde bağımlı çalışan olarak nitelendirilmeleri mümkün olacaktır. Söz konusu meslek gruplarının bağımlı çalışan olabilecekleri yönünde bir algı ülkemizde bulunmasa da, sosyal koruma ölçütünü dikkate alarak bağımlı çalışan kavramına daha geniş bir açıdan bakan Amerikan, İngiliz ve Alman kanunkoyucuları ve yargı mercileri, bu meslek gruplarında çalışanları da bağımlı çalışan olarak değerlendirebilmektedir. Türkiye için de örnek oluşturan bu uygulamalar, hak kayıplarının önüne geçebilmek bakımından çok daha etkili olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Abeer Mahmoud Garad, Mamdouh Mustafa Ismail, “New Perspective of Telecommunication: A Conceptualized Framework for Teleworking”, **The Social Sciences**, C. 4, S. 13, 2018, s. 891-897.
- Adepoju, Aderanti, “Trends in International Migration in and From Africa”, **International Migration Prospects and Policies in a Global Market**, Ed. Douglas S. Massey, J. Edward Taylor, New York, Oxford University Press, 2004, s. 59-76.
- Aguilera, Anne vd. “Home-based telework in France. Characteristics, barriers and perspectives”, **Transportation Research Part A: Policy and Practice**, S. 92, s. 1-11.
- Avcı, Mehmet Özgür, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, **MÜHF-HAD**, C. 22, S. 3, 2012, s. 303-322.
- Kocagil, İpek, “İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları”, **MÜHF-HAD**, Ali Rıza Okur’a Armağan, 2014, s. 429-457.
- Süzek, Sarper, “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, **AÜHFĐ**, C. 56, S. 4, 2007, s. 207-221.
- Akdeniz, Umut, “Pazarlamacılık Sözleşmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 4, 2013, s. 1-34.

- Akın, Levent “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu Kusur Esasına Dayanır”, **Çimento İşveren**, C. 28, S. 3, 2014, s. 36-46.
- Akın, Levent, “İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı”, **Çimento İşveren**, C. 27, S. 2, 2013, s. 38-50.
- Akın, Murat Yusuf, “Adi Şirket”, **Şirketler Hukuku**, Ed. Sami Karahan, 1. Baskı, Mi-moza, Konya, 2012.
- Akıntürk, Turgut; Derya Ateş Karaman, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, Beta, 2012.
- Akil, Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, **AÜHFD**, C.57, S.3, 2008, s. 1-32.
- Akkurt, Sinan Sami, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, **DEÜHFD**, c. 10, S. 2, s. 13-64.
- Aktay, A. Nizamettin; Kadir Arıcı, E. Tuncay Senyen/Kaplan, **İş Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013.
- Akyiğit, Ercan, **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1995.

- Albin, Einat “A Worker–Employer–Customer Triangle: The Case of Tips”, **Industrial Law Journal**, C. 40, S. 2, Haziran, 2011, s. 181-206.
- Aloisi, Antonio, “Commoditized Workers: Case Study Research On Labor Law Issues Arising From A Set Of ‘On-Demand/Gig Economy’ Platforms”, **Comparative Labor Law & Policy Journal**, S. 37, 2016, s. 653- 690.
- Alp, Elif; Özge Alev Sönmez, “(ILO: Uluslararası Çalışma Örgütü’nün) 177 Sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 23, S. 5-6, Ağustos/Kasım, 2011, s. 16-27.
- Alpagut, Gülsevil, “AB’nde Güvenceli Esneklik Esneklik ve Türkiye’deki Yasal Düzenlemeler”, **TİSK Akademi**, C. 3, S. 5, 2008, s. 7-37.
- Alpagut, Gülsevil, “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 25, Mart, 2012, s. 23-33.
- Alpagut, Gülsevil, “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, **Bankacılar Dergisi**, S. 65, 2008, s. 89-111.
- Altınok-Ormancı, Pınar, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler”, **AÜHFD**, C. 58, S.3, 2009, s. 451-480.
- Altıntepe, Ayşe, “Türk İş Hukuku’nda İşverenin Yönetim Hakkı” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.

- Araki, Takashi, “The System of Regulating the Terms and Conditions of Employment in Japan”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 3-19.
- Aral, Fahrettin; Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin, 2012.
- Aral, İrem, “Şirketler Hukukuna Giriş”, **Şirketler Hukuku**, Ed. Sami Karahan, 1. Baskı, Mimoza, Konya, 2012.
- Arkan, Sabih, **Karada Yapılan Eşya Taşıma İşlerinde Taşıyıcının Sorumluluğu**, Ankara, Türkiye İş Bankası Tesisi, 1982.
- Arkın, Günay, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma**, İstanbul, Legal, 2018.
- Arslan, Aziz
Serkan, “Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Muafiyete Aykırı Tek Satıcılık Sözleşmelerine Uygulanacak Usul Hükümleri”, **GÜHFD**, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 3-37.
- Asgarov, Natig, “Yükle İlgililerin Taşıma Sözleşmesi Gereğince Beyanda Bulunma Yükümlülüğü”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.
- Aslan, İ. Yılmaz, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 11. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.

- Atkinson, John, “Flexibility, Uncertainty and Manpower Management”, IMS Report No.89. Brighton, Institute of Manpower Studies, 1984.
- Ayan, Özge, “Türk İş Hukuku’nda Alt işverenlik ilişkisi”, **Legal İHSGHD**, C. 3, S. 10, 2006, s. 499-532.
- Aydın, Ufuk, “İş Sözleşmesinin İkale ile Sona Erdirilmesi”, **Çimento İşveren**, C. 18, S. 3, 2004, s. 4-9.
- Aydın, Ufuk, “Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 8, 2007, s. 41-54.
- Aydın, Ufuk, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi”, **Sicil**, S. 23, 2011, s. 22-36.
- Aydınöz, Gonca, “İş Hukuku’nda Tele (Uzaktan) Çalışma”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014.
- Ayhan, Rıza; Mehmet Özdamar; Hayrettin Çağlar, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Aykanat, Mehmet, **Mecelle’de İş Akdi**, Yüksek lisans tezi, Selçuk Üniversitesi, 2011.

- Aykanat, Mehmet, “Mecelle’de İş Sözleşmesi”, **Kamu-İş**, C. 13 (4), 2014.
- Bardakoğlu, Ali, “İcâre”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, C. 21, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2000.
- Barlas, Nami, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Barnard, Catherine, “Reconsidering the Mechanism to Regulate Working Conditions in the Light of Diversified and Individualised Employees and the Declining Labour Unions”, *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 51-58.
- Barton, Lisa Hordewel, “Reconciling the Independent Contractor versus Employee Dilemma: a Discussion of Current Developments as they relate to Employee benefit Plans”, **Capital University Law Review**, C. 29, 2001-2002, s. 1079 – 1112.
- Baş, Kemal, “Küreselleşme ve Gelir Dağılımı Eşitsizliği”, **Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 18, S. 1, 2009, s. 49–70.
- Başkan, Ş. Esra, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 2012, s. 116-125.

- Başterzi, Süley- “Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin
man, Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, **Sicil**, S. 17,
Mart, 2010, s. 175-198.
- Başterzi, Süley- “Türk İş Hukukunda İşveren”, **Sicil**, S. 17, Mart, 2010, s. 17-26.
man,
- Baştürk, Faruk, “Teknik Direktör ve Antrenörlerin Hukuki Durumu”, **Legal İHSGHD**,
S. 6, 2005, s. 591-606.
- Bauer, Jobst-Hu- „Personengesellschaften, ein möglicher Weg aus der Scheinselbstän-
bertus; Ulrich digkeit“, **NZA**, Heft 16, 2000, s. 863 – 868.
Baeck, Doris-
Maria Schuster,
- Bauer, Jost Hu- **Scheinselbständigkeit Kriterien und Auswege**, Boorberg, 2000.
bertus, Ulrich
Baeck, Doris
Maria Schuster,
- Baypınar, Başar, Geçici İstihdam Büroları Aracılığıyla Çalışma: Bir Alan Araştırması,
(Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü, Ankara, 2009.
- Bayram, Fuat, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”,
Legal İHSGHD, S. 14, 2007, s. 551-574.

- Bayram, Fuat, “Çağrı Üzerine Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hesabında Fiilen Çalışılan Sürelerin Birleştirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 28, 2012, s. 140-145.
- Baysal, Ulaş, “Türk ve Alman Hukuku’nda Çağrı Üzerine Çalışma”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 24, S. 1-2, 2012, s. 86-102.
- Baysal, Ulaş, “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, **Legal İHSGHD**, S. 25, 2010, s. 59-100.
- Becker, Martin, **Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland vom Beginn Der Industrialisierung bis zum Ende des Kaiserreichs**, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1995.
- Bell, Andrew C., **Employment Law**, Londra, Sweet & Maxwell, 2006.
- Benecke, Martina, “Das gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis nach § 24 BBİG”, **NZA**, Heft 15, 820 – 825.
- Benli, Abdurrahman; Yusuf Yiğit, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Sonuçları”, **Kamu-İş**, C. 8, S. 4, 2006, s. 1-40.
- Berzek, Ayşe Nur, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, 11. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2016.

- Bilgili, Fatih; **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Baskı, Bursa, Dora Basım Yayın, 2014.
Ertan Demir-
kapı,
- Birben, Erhan, “Müvekkil Tacir İle Acentenin İşçileri Arasında Bir İş İlişkisi Mevcut Mudur?”, **DEÜHFD**, C.9, S. 1, 2007, s. 53-64.
- Hepple, Bob, "Labour Law and the New Labour Force." **Labour Relations in a Changing Environment: A Publication of the International Industrial Relations Association**, Berlin-New York, Walter De Gruyter, 1992, s. 287-296.
- Bodur, Mehtap **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik**, İstanbul, Yücel, Beta Basım, 2017.
- Boheim, Rene; “Dependent Forms of Self-employment in the UK: Identifying Workers on the Border between Employment and Self-employment”, **Institute for the Study of Labor, (IZA) Discussion Papers**, S. 1963, Şubat, 2006.
Ulriche Mu-
ehlberger
- Bozkurt, Tamer, **Ticaret Hukuku Cilt V: Deniz Ticareti Hukuku- Deniz İcra Hukuku ile Birlikte- Kara Taşıma Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Brinkley, Ian, “Flexibility Or Insecurity?: Exploring the Rise of Zero Hours Contracts”, Work Foundation, 2013.

- Brustein, Andrea H., “Casual Workers and Employee Benefits: Staying Ahead of the Curve”, **U. Pa. Journal Of Labor and Employment Law**, C. 7, S. 3, 2005, s. 695-712.
- Buchner, Herbert, „Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen – jedem das Gleiche oder jedem das Seine?, **NZA**, Heft 21, 1998, s. 1144 – 1153.
- Burchell, Brendan; Simon Deakin, Sheila Honey, **The Employment Status of Individuals in Non-standard Employment**, Employment Relations Research Series, Department Of Trade and Industry, Mart, 1999.
- Burcuoğlu, Haluk, “Avukatlık Ücret Sözleşmesinde Ücretin Belirlenmesi Hakkında Yargıtay Kararlarına Bir Bakış”, **İÜHFİM**, 1991-1994, C. LIV, S. 1-4, s. 275-288.
- Burnett, Jonathan, “Avoiding Difficult Questions: Vicarious Liability and Independent Contractors In Sweeney v Boylan Nominees”, **Sydney Law Review**, C. 29, 2007, ss. 163-174.
- Buschoff, Karin Schulze, Claudia Schmidt, “Adapting Labour Law and Social Security to the needs of the ‘new self-employed’ – comparing the UK, Germany and the Netherlands”, **Journal of European Social Policy**, C. 19 (2), 2009, s. 147 – 159.
- Büyükcay, Yusuf, **Eser Sözleşmesi**, Yetkin, Ankara, 2013.

- Can, Mertol **CMR ve Alman Ticaret Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları**, C. I, 1. Bası, Ankara, İmaj, 2017.
- Can, Ozan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.
- Canty, F. J., "Independent Contractor or Employee?", **Insurance Counsel Journal**, Temmuz 1950, s. 253 – 258.
- Carlson, Richard R., "Why the Law Still Can 't Tell an Employee When It Sees One and How It Ought to Stop Trying", **Berkeley Journal of Employment & Labor Law**, C. 22, s. 2, Eylül, 2001, s. 295-368.
- Catherine Bar- nard, "The Personal Scope of the Employment Relationship", The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 131-136.
- Centel, Tankut, "Türkiye'de Yeni İstihdam Türleri ile İş İlişkilerinin Esnekleştirilmesi", **Çalışma Hayatında Esneklik**, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, İzmir, 1994.
- Centel, Tankut, "Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması", **TİSK Akademi**, C. II, 2011, 7-22.
- Centel, Tankut, "Türk Borçlar Kanunu'nda İşverenin Ücret Ödeme Borcu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 23, 2011, s. 5-14.

- Civan, Orhan “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Geçici İş İliş-
Ersun, kisi”, **AÜHFD**, C. 66, S. 2, 2017, s. 311-397.
- Civan, Orhan “Genel İş Koşulları”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniver-
Ersun, sitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014.
- Civan, Orhan “Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, (Yayımlanmamış Yük-
Ersun, sek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
2008.
- Civan, Orhan “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma”, **Legal İHSGHD**, S. 26, 2010, s.
Ersun, 525-574.
- Collins, Hugh, “Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration
to Employment Protection Laws”, **Oxford Journal of Legal Studies**,
C. 10, S. 3, Sonbahar 1990, s. 353 – 380.
- Commons, And- “Dependent Contractors: In From the Cold”, **Auckland University**
rew, **Law Review**, C.8, 1996-1999.
- Compa, Lance; “Enforcing International Labor Rights Through Corporate Codes of
Tashia Hinch- Conduct”, **Colum. J. Transnat'l L.**, C. 33, 1995.
liffe- Darri-
carrre,
- Costanzi, Rog- “Extending Social Security Coverage to Self Employed Workers in
erio Nagamine; Brazil”, **International Labour Review**, C. 152, S. 3-4, s. 549 – 557.
Eduardo Duarte

Barbosa, Julimar
Da SilvaBichara,

Cromwell, Char- “Independent Contractor vs. employee and Blackwater”, **Montana**
lie, **Law Review**, C. 70, s. 95 – 124.

Cuhruk, Mah- **Kıdem Tazminatı ve Uygulaması**, Ankara, 1978.
mut,

Çankaya, Osman **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Ankara, 2006.
Güven; Şahin
Çil,

Çelik, Nuri, “Grup Şirketlerinde İşçilerden Bir Kısmının Aynı Anda Birden Fazla
İşverene Hizmet Vermesinden Doğan Sorun”, **DEÜHFD**, C.15, Özel
Sayı Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, 2013, s. 25-31.

Çelik, Nuri; **İş Hukuku Dersleri**, 27. Bası, İstanbul, Beta, 2014.
Nurşen Canikli-
oğlu, Talat Can-
bolat,

Çenberci, Mus- **İş Kanunu Şerhi**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1985.
tafa,

Çifter, Algun; “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisinin Hükümleri ve So-
Özge Demir, nuçları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 6
S. 12, Güz 2007/2, s. 7-20.

- Çil, Şahin, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları(2013-2014 Yılları)**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, 2015.
- Çopuroğlu, G. “Ücretin Korunması”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- Çağlar,
- Däubler, Wolf- **Tarifvertragsgesetz**, 3. Auflage, Nomos, 2012.
gang (ed.),
- Dau-Schmidt, “Individual Bargaining, Collective Bargaining and Protective Legisla-
Kenneth G.; tion: Determining the Terms and Conditions of Employment in the
Carmen L. Brun, Modern American Employment Relationship”, The Mechanism for
Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment /
The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT
Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 21-35.
- Dau-Schmidt, “The Definition of “Employee” in American Labor and Employment
Kenneth G.; Law”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Con-
Michael D. Ray, ditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of
Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s.
117-124.
- Davidov, Guy, “Who is a Worker?”, **Industrial Law Journal**, C. 34, S. 1, Mart, 2005,
s. 57-71.

- Davies, Paul; Mark Freedland, “Labor Markets, Welfare and the Personal Scope of Employment Law”, **Comparative Labour Law & Policy Journal**, C. 21, s. 231-248.
- De Haas, Renate M., “Vizcaino v. Microsoft”, **Berkeley Technology Law Journal**, C. 13, S. 1, 1998, s. 483-499.
- Deakin, Simon, “The Comparative Evolution of The Employment Relationship”, Centre for Business Research, **University of Cambridge Working Paper**, No. 317
- Demir, Fevzi, “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, **Legal İHSGHD**, C. 11, S. 41, s. 15-26.
- Demir, Fevzi; Gönenç Demir, “Sadakat Borcu ve Uygulaması”, **Kamu-İş**, C. 11, s. 1, 2009, s. 1-37.
- Deniz, Önder; Hüseyin Vehbi İmamoğlu, “The legal rights of child workers in the working life from Ottomans to the Republic”, **European Journal of Research on Education**, C. 2(2), 2013, s. 214-220.
- Di Martino, Vittoria; Linda Wirth, “Telework: A New Way of Working and Living”, **International Labour Review**, C. 129, S. 5, 1990., s.529-554.
- Doğan, Cem, “Osmanlı İmparatorluğu’nda 1908 Grevleri ve Ta’til-i Eşgal Kanunu”, Yüksek lisans tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi. 2010.

- Doğan, Cem, “Türk iş hukuku ve çalışma ilişkileri alanına uzlaştırma kurulunun girişi: Ta‘til-i eşgal kanunu üzerine bir değerlendirme”, **Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, C. 31, 2012.
- Doğan, Selen; Selçuk Kılıç, “Örgütsel Bağlılığın Sağlanması Personel Güçlendirilmenin Yeri ve Önemi”, **Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 29, Temmuz-Aralık 2007, s. 37-61.
- Doğan, Sevil **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru**, Ankara, Seçkin, 2016.
- Duncan, Otis “Social Origins of Salaried and Self-employed Professional Workers”, Dudley, **Social Forces**, C. 44, 1965, s. 186 – 189.
- Edenfeld, Stefan “Dienstvertrag”, **Erman Bürgerliches Gesetzbuch**, Köln, 13. Bası, C. 1, s. 2451-2537.
- Ekmekçi, Ömer “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart, Yıl 4, S. 13, 2009.
- Ekonomi, Münir “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Fazla Çalışma Kavramı”, **Kamu-İş**, C. 7, S. 3, 2004.
- Ekonomi, Münir, **Yargıtay’ın İş Hukuku’na İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları**, Ankara, Kamu-İş, 2002.
- Emine Tozlu, “Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri ve Tele Çalışma ve Sıkıştırılmış İş Haftasının Karşılaştırılması”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, C.3, S.4., 2011, s. 99-116.

- Emiroğlu, Ha- “Roma Hukuku’nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İş-
luk, lemlerde Temsil”, **AÜHFD**, C. 52, S.1, 2003, s. 101-111.
- Engin, E. Murat, “Türk İş Hukukunda Evde Çalışma”, **Kamu-İş**, C. 5, S. 3, 2000, s. 269-
287.
- Erdem, Ziya, **Tele Çalışma**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Erdoğan, Canan, “Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri
Alma Yükümlülüğü”, **YBHD**, S. 2, 2017, s.127–158.
- Erdut, Tijen, “Toplumsal Cinsiyet Bakımından Evde Çalışma”, **Çalışma ve Top-
lum**, C. 2, S. 29, 2011, s. 55-82.
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, 2015.
- Erkan, Vehbi “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde
Umut, Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları”,
AÜHFD, C. 2, S. 62, 2013, s. 441-472.
- Ertaş, Kudret, **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Ankara, Şafak Matbaası,
1982.
- Ertürk, Arzu **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, 1. Baskı, İstanbul, On
Arslan, İki Levha Yayıncılık, 2010.

- Eurofound, “Working time developments in the 21st century: Work duration and its regulation in the EU”, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2016.
- Evliyaoğlu, Sa- **Acentenin Rekabet Yasağı Anlaşması**, Ankara, Seçkin, 2017.
dullah,
- Eyrenci, Öner, “Çalışma Hayatındaki Güncel Gelişmeler ve Çağdaş Bir İş Yasası”, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, S. 46, 2003, s. 157-164.
- Eyrenci, Öner, “İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliliği”, **TÜHİS**, C. 16-17, 2001, s. 1-12.
- Eyrenci, Öner, **Bireysel İş Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Legal Kitabevi, 2010.
Savaş Taşkent,
Devrim Ulucan,
- Eyrenci, Öner; **Dünyada ve Türkiye’de Evde Çalışma ve Eve İş Verme**, İstanbul, Kadriye Bakırcı, İTO, 2000.
- Feary, Gregory “Independent Contractor Employment Classification: A Survey of State and Federal Laws in the Motor Carrier Industry”, **Transportation Law Journal**, C. 35, 2008, s. 139 – 156.
- Frantziach, **Abhängige Selbstständigkeit im Arbeitsrecht- Eine Untersuchung der rechtlichen Stellung von Selbstständigen in Persönlicher oder Wirtschaftlicher Abhängigkeit**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
Petra,

- Gerek, Hasan “İş Sözleşmesinin İkale ile Sona Ermesi”, **Çalışma ve Toplum**, C. 4, Nüvit, S. 31, 2011, s. 43-58.
- Göker, Selcan “Acentelik Sözleşmesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Ünal, Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.
- Gökyayla, K. “Eser Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler- Tebliğler**, Ed. Murat İnceoğlu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012.
- Gökyayla, K. “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, **GÜHFD**, Emre, S. 1, 2002, s. 785-806.
- Gönen, Eriş, **Türk Ticaret Kanununa Göre Türk Taşıma Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2015
- Grandi, Barbara, “Let’s Deconstruct the Meaning of “Dependent Work” to Enlarge the Scope of Labor Law”, **International Journal of Business and Social Research**, C.4, S.4, Nisan, 2014, s. 34-48.
- Greene, Belinda, “Independent Contractors: An Attractive Opinion?”, **New Zealand Journal of Industrial Relations**, C. 25, S. 2, Haziran, 2000, s. 183 – 204.
- Gregory, David “Employee or Independent Contractor? Vizcaino v. Microsoft Corporation”, **Labor Law Journal**, Aralık, 1996, s. 749-754.
- Leder,

- Greis, Karsten; “The Spread of Telework in 2005”, **E-Business: Key Issues, Applications and Technologies**, Ed. Brian Stanford-Smith/Paul T. Kidd, Amsterdam, IOS Press, 2000, s. 83-89.
- Gülver, Ender, “Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, **İÜHFİM**, C. LXXII, S. 2, 2014, 103-122.
- Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Günay, Cevdet İlhan, “Hukuki Yönden Fazla Çalışma”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 30, 2013, s. 24-36.
- Günay, Cevdet İlhan, **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Güzel, Ali, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, Ankara, 1997, s.83-127.
- Güzel, Ali, “İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konuda Esneklik”, **Kamu-İş**, C. 5, S. 3, 2000, s. 203-221.
- Güzel, Ali; Hande Heper, “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!...: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, **Çalışma ve Toplum**, S. 52, C.1, 2017, s. 11-58.
- Hanau, Peter; Klaus Adomeit, **Arbeitsrecht**, 14. Auflage, Neuwied, Luchterhand, 2007.

- Harty, Frank B., “Competition Between Employer and Employee: Drafting and Enforcing Restrictive Covenants in Employment Agreements”, **Drake Law Review**, C. 35, S. 2, 1985-1986, s. 261 – 296.
- Hirsch, Jeffrey “Employee or Entrepreneur?”, **Wash. & Lee Law Review**, C. 68, M. 2011, s. 353 – 367.
- Hirst, Paul; Jonathan Zeitlin, “Flexible specialization versus post-Fordism: theory, evidence and policy implications”, **Economy and Society**, C. 20, S. 1, Şubat, 1991, s. 1-56.
- Hohmeister, Frank; Susanne Goretzki, **Verträge über Freie Arbeit**, Verl. Recht und Wirtschaft, 2. Auflage, Heidelberg, 2000.
- Hozar, N. Nağme, “İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak işçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi”, **Sicil**, S.2, Haziran, 2006, s. 82-92.
- Hromadka, Wolfgang, „Arbeitnehmerähnliche Personen Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen“, **NZA**, Heft 23, 1997, s. 1249 – 1256.
- Hromadka, Wolfgang, “Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes”, **NZA**, Heft 15, 2007, s. 838-842.

- Irawanto, Dodi W., “Employee Participation In Decision-Making: Evidence From A State-Owned Enterprise In Indonesia”, **Management**, C. 20, 2015, s. 159-172.
- İşgüzar, Hasan, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.
- Joo-Cheong Tham, “The Framework of Australian Labour Law and Recent Trends in ‘De-regulation’”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, 2004, s. 37-50.
- Jost, Micah Prieb Stoltzfus, “Independent Contractors, Employees and Entrepreneurialism Under The National Labor Relations Act: A Worker -by- Worker Approach”, **Wash. & Lee Law Review**, C. 68, 2011, s. 311 – 352.
- Kabakçı, Mahmut, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, C. 25, 2012, s. 121-135.
- Kahraman, Mehmet Halis, **Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- Kalleberg, Arne L., “Nonstandard Employment Relations: Part-Time, Temporary and Contract Work”, **Annual Review of Sociology**, C. 26, 2000, s. 341-365.

- Kandemir, Mu- rat “Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, **İÜHFİM**, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 143-166.
- Kandemir, Mu- rat **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma**, İstanbul, Legal, 2011.
- Kaplan, Emine Tuncay, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, **Kamu-İş**, C. 7, S. 2, 2003, s. 2-16.
- Karaca, Aybüke, “Türk Borçlar Kanununda Evde Hizmet Sözleşmesi”, **EÜSBED**, C. [V], S. 2, s.371-402.
- Karaman, Hay- reddin, “Fıkıh”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, C. 13, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996, s. 1-14.
- Karaman, Meh- met Halis “Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- Karen Kelat, “Die arbeitnehmerähnliche Person – Begriff und rechtliche Stellung im Arbeitsrecht”, Freilaw: Freiburg L. Students J., S. 3, 2017, s. 80-86.
- Kaufmann, Step- hanie, **Arbeitnehmerüberlassung: Allgemeiner Überblick und Auswirkungen der Reform auf die betriebliche Praxis**, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, 1998.
- Keser, Hakan, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişisine Yansıması”, **Legal İHSGHD**, S. 9, 2006, s. 65-110.

- Keser, Hakan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Rekabet Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 24, 2011, s. 88-106.
- Keser, Hakan, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme”, **Sicil**, S. 35, 2016, s. 19-20.
- Kınacıoğlu, Naci, **Acente ve Acentelik Sözleşmesi**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963.
- Kırca, İsmail, “Adi Şirketin Temsili İle İlgili İki Sorun”, **Batider**, C. XX, S. 4, 2000, s. 63-71.
- Kinzer, Lisa D., “Employee Misclassification in Texas: Why the New Law Won’t Work”, **South Texas Law Review**, C. 55, 2014, s. 436 – 470.
- Kramer, Ralph, **Die Scheinselbstständigkeit und ihre Individualarbeitsrechtlichen Folgen**, Aachen, Shaker, 1998.
- Kurtulmuş, Numan, **Sanayi Ötesi Dönüşüm**, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, İz Yayıncılık, 2001.
- Kutal, Gülten; Ali Rıza Büyükkuslu, **Endüstri İlişkileri Boyutunda Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Kaynağı Yönetimi- Teori ve Uygulama**, İstanbul, Der Yayınları, 1996.
- Küçük, Orhan, **İşletme Bilgisi ve Yönetimi**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017.

- Kwak, Jane P., “Employees versus Independent Contractors: Why States Should not Enact Statues that Target the Construction Industry”, **Journal of Legislation**, C. 39, 2012-2013, s. 295 – 316.
- Langville, Brian “Beyond Employees and Independent Contractors: A View from Canada”; Guy Davidov, **Comp. Labor Law & Pol’y Journal**, C. 21, S. 7, 1999.
- Lansbury, Russell D., “The changing world of work and employment relations: a multi-level institutional perspective of the future”, **Labour & Industry**, C. 28, S. 1, s. 5-20.
- Leibowicz, Barry, “Independent Contractor or Employee?”, **The CPA Journal**, Haziran 2011, s. 46 – 55.
- Leighton, Patricia; Richard W. Pointer, “Casual workers: still marginal after all these years?”, **Employee Relations**, C. 23, S. 1, 2001, s. 75 – 93.
- Liff, Sonia, Simon Turner, “Working in a corner shop: are Employee Relations Changing in Response to Competitive Pressures?”, **Employee Relations**, C. 21, S. 4, 1999, s. 418 – 429.
- Linder, Marc, “Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An Ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness”, **Comparative Labor Law & Policy Journal**, C. 21, S. 1, Bahar, 1999, s. 187-230.

- Linder, Marc, **The employment relationship in Anglo-American law: a historical perspective**, New York, Greenwood Press, 1989.
- Locke Richard M.; Ben A. Rising; Timea Pal, “Complements or Substitutes? Private Codes, State Regulation and the Enforcement of Labour Standards in Global Supply Chains”, **British Journal of Industrial Relations**, C. 51, S.3, Eylül, 2013.
- Locke, Edwin A.; David M.Schweiger, Gary P.Latham, “Participation in decision making: When should it be used?”, **Organizational Dynamics**, C. 14, S. 3, 1986, s. 65-79.
- Lokiec, Pascal, “The Scope of Labour Law and the Notion of Employee: Aspects of French Labour Law”, *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1., s. 145-151.
- Löschnigg, Günther; Alpay Hekimler, **Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku İle Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları**, 1. Basım, Ankara, Efil Yayınevi, 2011.
- Löwisch, Manfred, “Labor Law in Europe”, **Ritsumeikan Law Review**, S. 20, 2003, s. 101-115.

- Löwisch, Manfred; Volker Rieble, **Tarifvertragsgesetz**, 2. Völlig neuarbeitete Auflage, München, Franz Wahlen, 2004.
- Macher, Ludwig, “‘Fester freier Mitarbeiter’: Unternehmer oder Arbeitnehmer”, **NZA**, Heft 19, 2009, s. 1081.
- Mankiw, N. Gregory, **Makroekonomi** (Çev. Ömer Faruk Çolak), 6. Bası, Ankara, Efil, 2017.
- Mansel, Heinz-Peter, “Dienstvertrag und ähnliche Verträge”, **Jauernig Kommentar**, 15. Bası, Münih, C.H. Beck, 2014, s. 854-884.
- Mantoux, Paul, **The Industrial Revolution in the Eighteenth Century- An outline of the beginnings of the modern factory system in England**, Methuen & Co Ltd, London, 2013.
- Maschmann, Frank, **Arbeitsverträge und Verträge mit Selbstständigen – Rechtliche Qualifizierung von Dienstleistungsverhältnissen als Abgrenzungs- und Einordnungsproblem**, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- McCrystal, Shae, “Collective Bargaining Beyond the Boundaries of Employment: A Comparative Analysis”, **Melbourne University Law Review**, C. 37, s. 662 – 698.
- Millward, Neil; Alex Bryson; John Fort, **All Change At Work**, London and New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2002.

- Mitchell, Richard, “Where are we going in Labor Law? Some Thoughts on a Field of Scholarship and Policy in Process of Change”, **Workplace and Corporate Law Research Group**, Working Paper No. 16, Mart 2010.
- Mollamahmutoglu, Hamdi; Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Montreuil, Sylvie; Katherine Lippel, “Telework and Occupational Health: A Quebec Empirical Study and Regulatory Implications”, **Safety Science**, S. 41, 2003.
- Moran, Jenna Amato, “Independent Contractor or Employee? Misclassification of Workers and its Effect on the State”, **Buffalo Public Interest Law Journal**, C. XXVII, 2009 – 2010, s. 105 – 132.
- Morozumi, Damien, “Distinctions Between Employees and Independent Contractors”, **Res IPSA Loquitur**, C.1, 1989, s. 35 – 37.
- Möller, Carola, “Flexibilisation: The Impoverishment of Employees and the Reduction of Work Place Solidarity”, **The Redesign or Working Time: Promise or Threat?**, Ed. Judith Buber Agassi/ Stephen Heycock, Berlin, Ed. Sigma, 1989, s. 114-125.

- Mullard, Maurice; Paul Spicker, **Social Policy in a Changing Society**, New York, Routledge, 1998.
- Murray, Thomas M., “Independent Contractor or Employee?” Misplaced Reliance on Actual Control Has Disenfranchised Artistic Workers under the National Labor Relations Act”, **Cardozo Arts & Ent. Law Journal**, C. 16, 1998, s. 303 – 339.
- Müller, Roland; Manuel Stengel, “Berufskleidung im Arbeitsrecht – Vorschriften, Kostentragung, Depot”, **AJP/PJA**, S. 2, 2011, s. 222-232.
- Narmanlıoğlu, Ünal, “İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç ‘Geçici’ İş İlişkisi)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 23, 2011, s. 15-21.
- Narmanlıoğlu, Ünal, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, 5. Baskı, İstanbul, Beta, 2014.
- Narmanlıoğlu, Ünal, “İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç “Geçici” İş İlişkisi)”, **Sicil**, S. 23, 2011, s. 15-21.
- Niebler, Michael; Horst Meier; Anja Dubber, **Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter?**, 2. Überarb. Afl., Erich Schmidt, 1995.

- Oberthür, Nathalie; Martin Lohr, „Der Handelsvertreter im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht“, **NZA**, Heft 3, 2001, s. 126 – 135.
- Odaman, Serkan, “Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 10, 2008, s. 25-52.
- Olgaç, Senai, **Hukuk Davalarında İstisna Akdi**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1977.
- Orhan, Ümit, “Karayolu Taşıma Sektöründe İşçi-İşveren İlişkileri”, (Yayımlanmamış Doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 34.
- Ouchi, Shinya, “Labor Law Coverage and the Concept of ‘Worker’”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, 2004, s. 111-115.
- Örsten Esirgen, Seda, “Mecelle ve Fransız Medeni Kanunu Çerçevesinde Vekâlet Sözleşmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2013, s. 169-184.
- Özdemir, Burhan, “Ev Çalışması”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, Ankara, 1997.
- Özdemir, Erdem, “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 18, 2010, s. 20-32.

- Özer, Hatice
Duygu, “Karar İncelemesi: Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?”, **Çalışma ve Toplum**, C. 3, S. 14, 2007, s. 143-156.
- Özkan, Halid, “İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 1, 2016, s. 511-571.
- Özveri, Murat, “İşçi Sağlığı İş Güvenliğine Aykırı Bir Kavram Olarak Esneklik”, **Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi**, S. 58-59, C. 16, 2016.
- Park, Ji-Soon, **Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen**, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 2004.
- Perulli, Adalberto, “Economically Dependent/Quasi Subordinate (Parasubordinate) Employment: Legal, Social and Economic Aspects”, **European Commission**, Brüksel, 2003.
- Poroy, Reha;
Ünal Tekinalp;
Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku: Genel Bilgiler, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Kollektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit, Limited ve Holding Ortaklıklar ile Kooperatif**, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Prassl, Jeremias, **The Concept of Employer**, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Preis, Ulrich, **Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis**, 4. Auflage, Köln, Dr. Otto Schmidt KG, 2012.

- Preis, Ulrich, **Der Arbeitsvertrag**, Köln, Dr. Otto Schmidt KG, 2009.
- Preis, Ulrich, “Dienstvertrag”, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, hg. Von Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt, Münih, C.H. Beck, 2015, 1387-1536.
- Privateu, Griffin; Toronjo, “Rethinking the Worker Classification Test: Employees, Entrepreneurship and Empowerment”, **Northern Illinois University Law Review**, C. 34, 2013, s. 67 – 108.
- Pulaşlı, Hasan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi C.I**, Ankara, Adalet, 2011.
- Pyper, Doug; Daniel Harari, “Zero Hours Contracts”, (İngiliz Parlamentosuna Sunulan Çalışma Notu) SN/BT/6553, 04.07 2013.
- Ramser, Hans; Jürgen, **Arbeitsverträge**, Wissenwirtschaftliches Seminar Ottobeuren, Mohr Siebeck, C. 37, 2008, s. 1-7.
- Rathod, Jayesh M.; Michal Skapski, “Reimagining the Law of Self Employment: A Comparative Perspective”, **Hofstra Labor & Employment Law Journal**, C. 31, 2013, 159 – 192.
- Ray, Robert N., “A report on self-employed Americans in 1973”, **Monthly Labor Review**, Ocak, 1975, s. 49 – 54.

- Razzolini, Orsola, “The Need to Go Beyond the Contract: Economic and Bureaucratic Dependence in Personal Work Relations”, **Comparative Labour Law & Policy Journal**, C. 31 2010, s. 267-302.
- Rehbinder, Manfred, **SchweizerischesArbeitsrecht**, 15. Baskı, Bern, Stampfli, 2002.
- Reiserer, Kerstin, Anke Freckmann, **Freie Mitarbeit und Mini- Jobs nach der Hartz- Reform**, München, C.H. Beck, 2003.
- Reiserer, Kerstin; Anke Freckmann, Stefan Traumer, **Scheinselbstständigkeit, geringfügige Beschäftigung**, München, C.H. Beck, 2002.
- Reisoğlu, Seza, **Hizmet Akdi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.
- Remzi, Mehmet, Sezer Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, İkinci Sayfa, 2014.
- Richardi, Reinhard, “Geltungsbereich des Arbeitsrechts”, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht**, C. I, 2009, s.236-304.
- Richardi, Reinhard, „Arbeitnehmer als Beschäftigte“, **NZA**, Heft 19, 2010, s. 1101-1103.

- Rifkin, Jeremy, **The End of Work: The Decline Of The Global Labor Force and The Dawn of The Post-Market Era**, New York, Putnam Publishing Group, 1995.
- Rolf Wank, “Leiharbeitsverhältnis”, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, hg. Von Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt, Münih, C.H. Beck, 2015, s. 643-647.
- Rolfs, Christian; „Keine Beshäftigung ohne Arbeit?“, **NZA**, Heft 9, 2011, s. 881 – 885.
Stefan Witschen,
- Rönnmar, Mia, “Mechanisms for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment in Sweden”, *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, 2004, s. 95-107.
- Saka, Rob P., “Confidential Ideas and Independent Contractors: Trade Secret Ownership in the Age of the Hired Gun”, **Hastings Business Law Journal**, C. 10, S. 1, Kış 2014, s. 245 – 270.
- Sarı, Suat, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, 1. Baskı, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004.
- Sauvant, Karl P., “The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations Experience and Lessons Learned”, **The Journal of World Investment & Trade**, S. 16 2015.

- Savaş Kutsal, “İşyerinde Psikolojik Taciz”, **Toprak İşveren**, S. 105, 2015, s. 4-12.
Fatma Burcu,
- Saveland, Todd “FedEx’s New ‘Employees’: Their Disgruntled Independent Contractors”, **Transportation Law Journal**, C. 36, 2009, s. 96 – 119.
D.,
- Scheriau, Karl **Selbstständig oder Scheinselbstständig? Vertragsrechtliche, Arbeitsrechtliche und Sozialrechtliche Aspekte der Selbstständigkeit**, 1. Auflage, Norderstedt, Books on Demand GmbH, 2010.
Michael,
- Schmidt, Bet- **Scheinselbständigkeit**, 2. überarbeitete Auflage, München, Rehm,
tina; Peter 2000.
Schwerdtner,
- Schoukens, “The changing concept of work: When does typical work become atypical?”, **European Labour Law Journal**, C. 8, S. 4, 2017, s. 306-332.
Paul; Alberto Barrio,
- Schudlich, “Between Consensus and Conflict: On the Development of Industrial
Edwin, Working Times in the Federal Republic of Germany”, **The Redesign or Working Time: Promise or Threat?**, Ed. Judith Buber Agassi/ Stephen Heycock, Berlin, Ed. Sigma, 1989, s. 29-40.
- Selamoğlu, Ah- **İşçi Sendikacılığının Gücündeki Değişim (Gelişmeler-Nedenler- Eğilimler)**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1995.
met,
- Sert, Selin “Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesi”, **TBB Dergisi**, S. 110, 2014, s. 335-356.

- Sever, Rabia, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Legal İHSGHD**, C. 9, S. 34, 2012, s. 33-72.
- Sevgi, Emre, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Shepherd, Jeryl “Employee commitment: academic vs practitioner perspectives”, **Employee Relations**, C. 22, S. 6, 200, s. 555 – 575.
L.; Brian P. Mathews,
- Sieben, Stefan **Geringfügige Beschäftigung und Scheinselbständigkeit Sozialrecht Steuerrecht Arbeitsrecht**, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1999.
- Simon Deakin, “The Contract of Employment: A Study In Legal Evolution”, University of Cambridge Working Paper, No. 203, 2001.
- Sorge, Stefanie, “German Law and Dependent Self-employed Workers: A Comparison to the Current Situation Under Spanish Law”, **Comparative Labor Law & Pol’Y Journal**, C. 31, 2010, s. 249 – 252.
- Staudinger, Julius von; Fischinger, Philipp **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (611-613)**, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2011.
S.; Richardi, Reinhard,

- Sur, Melda, “General framework and historical development of labor law in Turkey”, **Comparative Labor Law & Policy Journal**, C. 30(2), 2009.
- Sümer, Haluk **İş Hukuku**, 23. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018.
Hadi,
- Sümer, Haluk **İş Hukuku Uygulamaları**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016.
Hadi,
- Sümer, Haluk “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, **Sicil**, S. 19, Eylül, 2010
Hadi,
- Süzek, Sarper “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, **İÜHFM**, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 457-468.
- Süzek, Sarper, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 12, 2008, s. 24-38.
- Süzek, Sarper, **İş Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, Beta, 2014.
- Şen, Murat “Cumhuriyet öncesi Türk hukukunda hizmet akdine genel bakış”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**. 4(1-2).
- Şen, Murat, “Mecelle’de hizmet akdinin fesih dışındaki sona erme halleri”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5(1-4), 2001.

- Şenkal, Abdülkadir; Doğa Başar Sarıipek, “Avrupa Birliği’nin Karşılaştırmalı Refah Modelleri ve Sosyal Politika- kada Devletin Değişen Rolü”, **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 2, S. 14, 2007, s. 146-175.
- Tahiroğlu, Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınevi, 2014.
- Takur, Mahima; Anjali Bansal; Rashmi Maini, “Job sharing as a tool for flexible work systems Creating opportunities for housewives in the Indian labor market”, **Gender in Management: An International Journal**, C. 33, S. 5, s. 350-366.
- Tan, Gizem, “Atipik İş Sözleşmelerinden Evde Çalışma ve Tele Çalışma”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- Tandoğan, Haluk, **Borçlar hukuku Özel Borç İlişkileri: İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Cilt II**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Taşkent, Savaş, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde ‘Esaslı Neden’ Sorunu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 24, 2011, s. 19-30.
- Taşkent, Savaş; Dilek Kurt, “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, **Kamu-İş**, C.13, S.1, 2013, ss. 1-8.
- Tham, Joo-Cheong, “The Scope of Australian Labour Law and the Regulatory Challenges Posed by Self and Casual Employment”, *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope*

of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 125-130.

Thurman, Joseph E.; Gabriele Trah, “Part-Time Work in International Perspective”, **Int'l Lab. Rev.**, C. 129, S. 1, s. 23-40.

Thüsing, Gregor, Helga Laux, Mark Lembke (Herg.), **Kündigungsschutzgesetz**, 3. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Freiburg, Haufe-Lexware GmbH & Co. KG, 2014.

Tiraboschi, Michele; Maurizio Del Conte, “Employment Contract: Disputes on Definition in the Changing Italian Labour Law”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 153-158.

Tiraboschi, Michele; Maurizio Del Conte, “Recent Changes in the Italian Labour Law”, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 85-93.

TİSK, **4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi**, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara, Matsa Basımevi, 2009.

Topgül, Seda; Fatih Akpınar, “Türkiye’de Ev Eksenli Çalışan Kadınların Hukuki Durumları”, **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 7, S. 2, 2017.

- Torres, Esther Sanchez, “The Spanish Law on Dependent Self-Employed Workers: A New Evolution in Labor Law”, **Comparative Labor Law & Pol’Y Journal**, C. 31, 2010, s. 231 – 248.
- Tunca, Zafer, **Makro İktisat**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.
- Tuncay, A. Can “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, **Prof. Dr. Hayri Domanıç’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1995.
- Tuncay, A. Can, “Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 6, 2005.
- Tuncay, A. Can, “Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Düşündürdükleri”, **Çimento İşveren**, C. 26, S. 2, 2012.
- Tunçomağ, Ke- **İş Hukukunun Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2015.
nan, Tankut
Centel,
- Uçkan, Banu, “Mecelle’de iş hukuku düzeni”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 54(1), 1999.
- Uşan, M. Fatih, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 21, 2011, s. 116-128.

- Uşen, Şelale, **Avrupa Birliği'nde Ödünç İş İlişkisi: İtalya Uygulaması ve Türkiye**, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, İstanbul, 2006.
- Uyanık, Yücel, "Neoliberal Küreselleşme Sürecinde İşgücü Piyasaları", **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 10, C.2, 2008.
- Uygur, Turgut, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013.
- Uzunallı, Sevilay, "Acentelik ve Giriş Bedeli", **Journal of Yaşar University**, C. 8., Özel Sayı (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan), 2013, s. 2961-3020.
- Vischer, Frank, **Der Arbeitsvertrag**, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1994.
- Volbehr, Gerd Müller, „Teilzeitarbeit und kirchliche Arbeitsverhältnisse“, **NZA**, Heft 6, 2002, s. 300 – 306.
- Voss, Echarde; Katrin Vitols; Nicolas Farvaque vd. "The Role of Temporary Agency Work and Labour Market Transitions in Europe: Institutional frameworks, empirical evidence, good practice and the impact of social dialogue." Hamburg: Eurociett/UNI Europa Project, 2013, s. 72.
- Waas, Bernd, "The Legal Definition of the Employment Relationship", **European Labour Law Journal**, C. 1, S. 1, 2010, s. 45 – 57.

- Waltermann, Raimund “Neue Arbeitswelt- gesetzliche Gestaltung und Niedriglohnsektor”, **Neue Arbeitswelt**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.
- Wank, Rolf, **Arbeitnehmer und Selbständige**, München, C. H. Beck, 1988.
- Wank, Rolf, **Telearbeit**, Heidelberg, Forkel, 1997.
- Wank, Rolf, “Diversifying Employment Patterns – the Scope of Labor Law and the Notion of Employees”, *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, 2004 JILPT Comparative Labor Law Seminar, No.1, s. 140.
- Weidenkaff, Walter, “Dienstvertrag und ähnliche Verträge”, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. BasI, München, C. H. Beck, s. 937-969.
- Williams, Colin C.; Fred La-
peyre, **Dependent self-employment: Trends, challenges and policy responses in the EU**, Cenevre, International Labour Office, 2017.
- Willis, lane, “Subcontracted Employment and Its Challenge to Labor”, **Labor Studies Journal**, C. 34, S. 4, 2009.
- Wood, Robert W., “Do’s and Don’ts When Using Independent Contractors”, **Business Law Today**, Haziran, s. 2011, s. 1 – 4.
- Yamakawa, Ryuichi, “New Wine in Old Bottles: Employee/Independent Contractor Distinction under Japanese Labor Law”, **Comp. Lab. L. & Pol’y Journal**, C. 21, S. 1, 1999, s. 99-126.

- Yavuz, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, İstanbul, Beta, 2014.
- Yenisey, Kübra “Hizmet Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler- Tebliğler**, Ed. Murat İnceoğlu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012.
- Yeşiltepe, Salih “Tek satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 1-2, s. 169-181.
- Yıldız, Gaye “Fazla Çalışmanın İspatı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 25, 2012, s. 113-120.
- Yıldız, Özge, “Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler”, **İÜHFİM**, C. LXXII, S. 2, 2014.
- Yuvalı, Ertuğrul, “Türk İş Hukukunda Konut Kapıcıları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. 14, S. 56, 2017, s. 1741-1772.
- Yuvalı, Ertuğrul, “İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Zaim, Sabahaddin, **Çalışma Ekonomisi**, 10. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997.

- Zengin, Burcu; “Elektronik Ödeme Sistemlerinin Olası Etkileri Üzerine Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 3, 2013.
- Zevkliler, Ay- **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Bası, Ankara, Turhan Kın; K. Emre Gökyayla, tabevi, 2013.
- Ziegler, Katharina **Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht**, Münih, C.H. Beck, 2011.
- Zucco, Alexandre, “Independent Contractors and the Internal Revenue Service’s ‘Twenty Factor’ Test: Perspective on the Problems of Today and the Solutions for Tomorrow”, **The Wayne Law Review**, C. 57, s. 599 – 626.

ÖZGEÇMİŞ

1988 yılında İstanbul’da doğan Abdullah EROL, 2006-2010 yılları arasında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans öğrenimi görmüştür. Lisans öğreniminin ardından 2010 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, Çalışma Ekonomisi Bilim Dalı’nda yüksek lisansına başlamış ve “Kıdem Tazminatı Fonunun İş Gücü Piyasasının Esnekliğinin Sağlanması Üzerindeki Etkileri” başlıklı teziyle 2012 yılında yüksek lisansını tamamlamıştır. Yüksek lisans eğitiminin akabinde İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı’nda Çalışma Ekonomisi doktora programına başlamıştır. 2012 yılından bu yana İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku Anabilim Dalı bünyesinde araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır. İyi düzeyde İngilizce ve Almanca, orta düzeyde Arapça bilmektedir.