



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**DOKTORA
TEZİ**

**İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA
BİRLİKTE İŞVERENLİK**

MEHTAP YÜCEL BODUR

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ARALIK 2017



**İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA
BİRLİKTE İŞVERENLİK**

Mehtap YÜCEL BODUR

**DOKTORA TEZİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

ARALIK 2017

Mehtap YÜCEL BODUR tarafından hazırlanan “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile Gazi Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ A.S.B.Ü. Hukuk Fak.

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

Başkan : Prof. Dr. Kadir ARICI Gazi Üni. Hukuk Fak.

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

Üye : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Gazi Üni. Hukuk Fak.

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

Üye : Prof. Dr. Talat CANBOLAT Marmara Üni. Hukuk Fak.


Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

Üye : Prof. Dr. M. Fatih UŞAN A.Y.B.Ü. Hukuk Fak.

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

Tez Savunma Tarihi: ...12..../...12..../...2017...

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.


Prof. Dr. Hilmi ÜNSAL
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Mehtap YÜCEL BODUR

12.12.2017

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA BİRLİKTE İŞVERENLİK
(Doktora Tezi)

Mehtap YÜCEL BODUR

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Aralık 2017

ÖZ

Hızlı bir biçimde değişip gelişen iş hukuku konularından biri de birlikte işverenliktir. İş hukukuna özgü bir kavram olan “birlikte işverenlik” konusunun Yargıtay kararlarının tartışılması ve yabancı hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi, doktora tezimizin konusunu oluşturmaktadır. Çalışma özgün nitelikte olup, bu başlık altında yapılacak ilk doktora tez çalışmasıdır. Birlikte işverenlik konusu, mevzuatımızda düzenlenmemektedir. Bu bağlamda, birlikte işverenlik kavramının tanımı, şartları, uygulamada karşılaşılan ve karşılaşılması muhtemel sorunlar ve benzeri durumlarda özellik arz eden hususlar çalışmada detaylıca ele alınmakta ve çözüm önerileri irdelenmektedir. Birlikte işverenlik kavramını aydınlatması için işveren kavramı da işveren yetkileri bağlamında ele alınmaktadır. Birlikte işverenlik niteliği gösteren hukuki ilişkiler sıralanmakta, yabancı hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. Özellikle franchisingler, özel istihdam büroları ve ana-bağlı şirketlerde birlikte işverenlik durumu karşılaştırmalı hukukta güncel ve yoğun olarak tartışılmaktadır. Birlikte işverenliğin hukuki sonuçlarına değinilerek çalışma tamamlanmaktadır. Tartışmaların incelenmesi sonucu, ülkemiz hukuk uygulamasına ışık tutacak bir eser oluşturulması hedeflenmektedir.

Bilim Kodu : 50801

Anahtar Kelimeler : Birlikte işveren, birlikte istihdam, birlikte sorumluluk, işveren, yönetim hakkı

Sayfa Adedi : 349

Danışman : Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ

JOINT EMPLOYMENT IN LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW
(Ph.D Thesis)

Mehtap YÜCEL BODUR

GAZI UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF EDUCATIONAL SCIENCES

December 2017

ABSTRACT

One of the fastest changing labor law issues is joint (co) employment. The concept of "co-employment", a specific concept in labor law, is the subject of my doctoral thesis. We studied this concept in the light of decisions of the Court of Cassation and comparative examination with foreign legal systems. The work is original and will be the first doctoral dissertation under this heading. The issue of joint employment is not regulated in our legislation. In this context, the definition and conditions of the concept of joint employment the encountered and possible problems about joint employment in practice and similar features are discussed in detail and the solution proposal is examined. In order to clarify the concept of joint employment, the concept of employer is also handled in the context of employer authorities. The legal relationships that characterize joint employment are listed and compared with foreign legal systems. Especially in franchises, temporary leasing agencies and parent-affiliated companies, joint employment status is being discussed in an up-to-date and intensive manner in comparative law. The work has been completed with the legal consequences of joint employment. As a result of examining the discussions, it is aimed to create a work that will shed light on the law practice in our country.

Science Code : 50801
Key Words : Joint employer, joint (co) employment, joint liability, employer, right to manage
Page Number : 349
Supervisor : Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZ	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
TEŞEKKÜR.....	xi
KISALTMALAR.....	xiv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞVEREN KAVRAMI VE NİTELİĞİ

1. TÜRK HUKUKUNDA İŞVEREN KAVRAMI	5
1.1. Genel Olarak	5
1.2. Soyut- Somut İşveren	9
1.2.1. Ticaret Şirketlerinde Somut İşveren	11
1.2.2. Fiili Organ Teorisi ve Somut İşveren	14
2. YÖNETİM HAKKI VE İŞLETMESEL KARAR ALMA YETKİSİNİN İŞVEREN SIFATINA ETKİLERİ	17
2.1. Yönetim Hakkı ve Bağımlılık İlişkisi	19
2.2. İşverenin Yönetim Hakkı (İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü)	21
2.2.1. Genel Olarak	22
2.2.2. Hukuki Dayanağı	26
3. İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI KAPSAMINDA KULLANDIĞI YETKİLERİ.....	27
3.1. Kural Koyabilme Yetkisi	29
3.2. İşe Alma Yetkisi.....	31
3.3. Talimat Verme Yetkisi	32
3.3.1. Tanımı.....	32
3.3.2. İşverenin Talimat Verme Yetkisininin Hukuki Temeli	34
3.3.3. Kapsamı ve Türleri	35
3.4. Çalışma Şartlarını Değiştirme Yetkisi.....	38

	Sayfa
3.5. Denetleme ve Gözetleme Yetkisi	41
3.6. Disiplin Cezası Verme Yetkisi	45
3.7. İş Sözleşmesini Fesih Yetkisi.....	47
4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İŞVEREN KAVRAMI	49
4.1. Anglo Amerikan Hukukunda	49
4.2. Alman, Fransız ve İsviçre Hukukunda	54

İKİNCİ BÖLÜM

BİRLİKTE İŞVERENLİK KAVRAMI

1. TÜRK HUKUKUNDA BİRLİKTE İŞVERENLİK KAVRAMINA HUKUKİ YAKLAŞIMLAR	60
1.1. Öğretide Birlikte İşverenlik.....	60
1.2. Yargıtay İçtihatlarında Birlikte İşverenlik	64
1.2.1. Birlikte İşverenliğin Şartları Konusunda Yargı İçtihatları	64
1.2.1.1. Aynı Anda Tek Bir İş İlişkisi ile Birden Fazla İşverene İş Görülmesi.....	66
1.2.1.2. İşverenler Arasında Bir Bağ Kurulması.....	67
1.2.1.3. İşçinin Hizmetlerinin İç İç Geçmesi	70
1.2.1.4. Ek Şartlar	70
1.2.2. Organik Bağ Konusunda Yargı İçtihatları	72
1.3. Türk Hukukunda Birlikte İşverenlik Kavramına Yeni Bir Bakış	76
1.3.1. Birlikte İşverenlik Kavramını Temellendirmeye Yardımcı Teorik Yaklaşımlar.....	83
1.3.1.1. Fiili Sözleşme İlişkileri	84
1.3.1.2. Haksız Fiil Teorisi.....	88
1.3.1.3. Edimden Bağımsız Borç İlişkisi ve Güven Sorumluluğu	92
1.3.1.4. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme	98
1.3.1.5. Amaçsal Genişletme (Teleolojik Ekstensiyon).....	100
1.3.1.6. Contra Legem (Kanuna Karşı) Hukuk Yaratma	104
1.3.1.7. Gerçek-Bilinçsiz Boşluk	109
1.3.1.8. Kanuni Düzenleme Getirilmesi.....	112
2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BİRLİKTE İŞVERENLİK KAVRAMI	113
2.1. Anglo Amerikan Hukukunda	113

Sayfa

2.1.1. Genel Olarak Birlikte İşverenlik Doktrini	113
2.1.2. Yargı Kararlarında Birlikte İşverenlik.....	127
2.1.2.1. Ekonomik Bağımlılığın Gerçekliği Testi.....	128
2.1.2.2. Yönetim Testi.....	130
2.1.3. Tek İşverenlik Doktrini	133
2.2. Alman Hukukunda	136

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**BİRLİKTE İŞVERENLİK NİTELİĞİ****ORTAYA ÇIKARAN HUKUKİ İLİŞKİLER**

1.ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİ.....	142
1.1.Adi Ortaklık Sözleşmesinin Unsurları	142
1.1.1. Kişi Unsuru.....	143
1.1.2.Ortak Amaç Unsuru.....	143
1.1.3. İşbirliği Unsuru (Affectio Societatis Unsuru)	144
1.1.4.Sözleşme Unsuru	144
1.1.5. Sermaye Unsuru	145
1.2.Adi Ortaklığın Hak ve Taraf Ehliyeti.....	149
1.3.Adi Ortaklıkta Müteselsil Sorumluluk	154
1.4.Adi Ortaklığın İşveren/Birlikte İşveren Niteliği	156
1.5. Adi Ortaklığa Dayalı Ortaklık Modelleri	163
1.5.1. Genel Olarak.....	163
1.5.2. İç Ortaklık.....	164
1.5.3. Çifte Ortaklık.....	166
1.5.4. Eşdüzey Akdi Konzern.....	167
1.5.5. Konsorsiyum.....	168
1.5.6. Joint Venture.....	171
1.5.7. Kat Malikleri Birliği	174
1.5.8. Benzer Ortaklıklar	176
2. BAKANLIKLARIN BİRLİKTE İŞVEREN NİTELİĞİ	177
2.1.Milli Eğitim Bakanlığı	177

	Sayfa
2.2.Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı	181
3. FRANCHISING İLİŞKİSİ.....	192
3.1. Türk Hukukunda	192
3.2. Amerikan Hukukunda	197
4. ŞİRKETLER TOPLULUĞU	202
4.1.Genel Olarak	202
4.2.Şirket Topluluklarında Birlikte İşverenlik	210
4.2.1.Türk Hukukunda.....	210
4.2.2.Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz	218
4.2.3.Karşılaştırmalı Hukukta.....	221
4.2.3.1. Anglo Amerikan Hukukunda	221
4.2.3.2.Alman Hukukunda	226
4.2.3.3. Fransız Hukukunda	229
5. GEÇİCİ (ÖDÜNÇ) İŞ İLİŞKİSİ.....	235
5.1.Türk Hukukunda	236
5.1.1.Genel Olarak.....	236
5.1.2. Geçici İş İlişkisinde Birlikte İşverenlik	239
5.2.Karşılaştırmalı Hukukta	243
5.2.1. Genel Olarak.....	243
5.2.2.Anglo Amerikan Hukukunda.....	244
5.2.3.Alman Hukukunda.....	253
6.ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ.....	255
6.1.Türk Hukukunda	255
6.2.Amerikan Hukukunda	259
7. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI	261

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BİRLİKTE İŞVEREN OLMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

1.SORUMLULUK HUKUKU BAKIMINDAN BİRLİKTE İŞVERENLİĞİN SONUÇLARI.....	272
---	-----

2.İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN BİRLİKTE İŞVERENLİĞİN SONUÇLARI.....	279
2.1.Bireysel İş Hukuku Bakımından	279
2.1.1.Ücret ve Diğer İşçilik Alacaklarının Ödenmesi	280
2.1.2.Eşit Davranma Borcu.....	282
2.1.3. İki İşverenin Verdiği Talimatların ve İşyeri Düzenine İlişkin Kuralların Çatışması	284
2.1.4. İş Güvencesinde Otuz İşçi Sayısının Tespiti	285
2.1.5. Fesih Bildirimi Yapacak/Yapılacak İşveren.....	289
2.1.6. Ultima Ratio İlkesi Bakımından Birlikte İşverenlerin Sorumluluğu.....	290
2.1.7. İşe İadenin Yapılacağı İşveren	292
2.2. Toplu İş Hukuku Bakımından	294
2.2.1. Adi Ortaklık Ortaklarının Durumu	295
2.2.2. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 17/3. Maddesinin Uygulanması	296
2.2.3. İşverenlerden Birinin Sendikal Ayrımcılık Yapması	297
2.2.4. İşkolunun Tespiti (İşyerinin Tespiti)	298
2.2.5. Üyelik Aidatlarının Kesilmesinden Sorumluluk	300
2.2.6. Yetkide Çoğunluk Tespitinde İşçi Sayısının Belirlenmesi.....	301
2.2.7. Grev Yasakları.....	303
2.2.8. Grev Oylamasında İşçi Sayısının Belirlenmesi	304
2.2.9. İşverenlerden Yalnızca Birinin Lokavt Kararı Alıp Alamayacağı	305
2.3. İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Bakımından	306
2.4. Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından	309
2.4.1.Primlerin Ödenmesinden Sorumluluk	310
2.4.2.Sigortalıyı Bildirme Yükümlülüğü	311
2.4.3.Prim Teşviklerinden Faydalanma	311
2.4.4.İş Kazasında SGK'nın İşverene Rücuu	312
2.4.5.Hizmet Tespiti Davaları.....	314
SONUÇ.....	317
KAYNAKÇA.....	327

TEŞEKKÜR

Bütün eserler gibi bu eser de yalnızca şahsımın ürünü değildir. Arkamızda desteğini hissettiğimiz, hayatımızı kolaylaştırıp anlamlandıran değerli kişilerin sayesinde. İşte bu vesileyle ben de bu kıymetli kişilere teşekkürlerimi sunmak olanağına sahip oldum.

Öncelikle ve en başta, asistanı olduğum günden bugüne her günün sonunda, hayatımdaki varlığı için şükrettiğim ve gölgesinden dahi mahrum kalmaktan korktuğum ışık kaynağım Hocam, bana yeri geldiğinde hem maddi hem manevi babalık eden Doktora Tez Babam Aydın BAŞBUĞ'a; gerek bu tezin her satırındaki, gerekse hayatımdaki bütün dönüm noktası günlerimdeki emeği ve yol göstericiliği için yalnızca teşekkür etmeye kalemim utanır. Ne yapsam hocamın hakkını ödeyemem. Ancak hukuk zekâsına, sanatçı ruhuna ve erdemli kişiliğine hayranlığımınla yoğurduğum vefamı kendisine vaad edebilirim. Allah Hocamdan ve bana ailelerinden biri gibi davranan Başbuğ ailesinden razı olsun. Bundan sonraki bütün çalışmalarım ilimde kandilim, elemde gönüldaşım Hocamın güvenine layık olmayı hedeflemektedir.

Bize fakültede huzurlu bir çalışma ortamı sağlayan, özellikle hamilelik ve anneliğin zorlu ilk dönemlerinde engin hoşgörüsü ile bana anlayış gösteren, tezimle ilgili kıymetli eleştirileri ile yol gösteren, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi'nden beri kendisi ile çalıştığım dönemde kürsünün kapılarını bana zevkle açan, kendileri ile çalışmaktan mutluluk duyduğum hocam Prof. Dr. Kadir ARICI'ya şükranlarımı arz ederim. Akademik hayata atıldığım ilk günden itibaren desteğini hep arkamda hissettiğim, ihtiyaç duyduğum bütün anlarda varlığı ile bana güç katan, hayata dair de pek çok konuda tavsiyeleri ile beni rahatlatan, fiziki olarak ayrı düşsek de gönüllerin hep bir olduğu hocam Prof. Dr. İbrahim AYDINLI'ya minnet borçluyum. Bu vesile ile bilimsel tartışmalarla dolu zengin sohbetlerinin yanında hukuk tekniği ile bana örnek olan, zor günlerimde desteğini hiç esirgemeyen hocam Doç. Dr. Muhittin ASTARLI'ya ne kadar teşekkür etsem azdır. Ayrıca gerek tez jürimde gerek tez izleme komitemde yer alarak değerli fikirlerini benimle paylaşan, yoğunluğu arasında bana vakit ayıran hocam Prof. Dr. Fatih UŞAN'a şükran borçluyum.

Tezimde kullandığım 2006 tarihinden bugüne kadar olan Yargıtay kararlarına erişmemde desteği olan Yargıtay 22. HD başkanı Seracettin GÖKTAŞ'a, tezimle ilgili iş hukuku dışında diğer hukuk dallarında yardıma ihtiyacım olduğunda bana fikirleriyle yön

verip zaman ayıran kıymetli hocalarım Doç. Dr. Kürşat GÖKTÜRK'e, Yrd. Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU'na ve sevgili dostlarım Dr. Ayşe Nur KILINÇ ile Dr. Esra KAŞAK'a teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Zorlu çalışma dönemim boyunca hem hamilelik dönemimde hem tez yazım sürecimde ricamı dahi beklemeden bana yardımcı olup hayatımı kolaylaştıran dostlarım Arş. Gör. Banu KARAKAŞ, Arş. Gör. Işınsoy HAMŞİOĞLU, Arş. Gör. Ömer Can ÇEVİK ve Arş. Gör. Ömür KARAAĞAÇ'a varlıkları ve dostlukları için minnettarım.

Ayrıca bilimsel faaliyetlerin artması yolunda bilim insanlarına ve böylece ülkemizin geleceğine katkıda bulunan TÜBİTAK'a şahsıma da verdiği desteklerinden ötürü minnettarım.

Bu vesile ile kendilerine teşekkür etme imkânına kavuştuğum kişilerin başında elbette kıymetli ailem gelmektedir. Tezin yazımında bana huzurlu bir aile ve çalışma ortamı sağlayan, dertlerimde ve ihtiyaç duyduğum her anda yanımda olup, mutlu günlerimde benimle mutluluğu paylaşan, varlıkları sayesinde kendimi çok güçlü hissettiğim; değerlim, emanetim, kardeşim Müh. Kerim Anıl YÜCEL'e, baba yarısından çok daha fazlası canım amcalarım Kpt. Pilot Hikmet YÜCEL'e ve Dr. Levent YÜCEL'e minnet borçluyum.

Bir diğer teşekkürüm ise Rabbimin bana en kıymetli emanetine, ömrüme bir cemre gibi düşen ve bir gülüşüyle zor zamanlarımda beni ayağa kaldırabilmeyi beceren evladıma. Adın gibi beni akıllı "Selim", kalbi "Selim" bir insan yaptığın için teşekkür ederim. Bu çalışmayı hazırlarken sana ayıramadığım, bekleliğinden çaldığım her dakika için özür dilerim.

Düşmeme izin vermeden daha sendelerken elimden tutan, hayata pozitif bakmam için beni hep motive eden, hukuk fakültesine başladığım ilk günden bugüne akademik kariyerin zorlu yolculuğunda bana hoşgörüsüyle yol arkadaşlığı yapan, tezimi de baştan sona okuyarak tashihini gerçekleştiren kıymetli eşim Sezer'e bütün desteği ve varlığı için minnettarım. Daha nice eserleri O'nunla paylaştığım huzurlu hayatımızda yazmayı diliyorum.

Son teşekkürüm ve teşekkürlerimin en büyüğü annem ve rahmetli babama. Kısacık hayatının her gününü yoğun bir şekilde çalışmaya adanmış emektar babamın hatırası için

seçtiğim iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında O'nun ışığı olmasaydı bu denli azimle çalışamazdım. Onların desteği olmasaydı bu çalışma yapılamazdı. Anneme ise ayrıca bütün ömrünü bize vakfettiği için, benden bütün sıkıntılarımı alıp bana hiçbir şey bırakmadığı için, Selim'le mükemmel bir şekilde ilgilendiği için ve daha sayamadığım doğumumdan bugüne ömrümün her günü için minnettarım. Bu çalışma O'na olan şükranımı ifade edecek kelimeleri seçerken dahi boğazımı düğümleyen gerçek bir emekçi, edep timsali, örnek kadın anneme ithaf olunmuştur.



KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADA	: Americans with Disabilities Act (Amerikan Engelliler Kanunu)
ADEA Kanunu)	: Age Discrimination in Employment Act (İstihdamda Yaş Ayrımcılığı
AktG	: Aktiengesetz (Anonim Şirketler Kanunu)
ArbGG	: Arbeitsgerichtsgesetz (İş Mahkemeleri Kanunu)
Art.	: Artikel (madde)
AÜG	: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (Geçici İstihdam Kanunu)
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAG	: Bundesarbeitsgericht (Federal Alman İş Mahkemesi)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BetrVG	: Betriebsverfassungsgesetz (İşyeri Teşkilat Kanunu)
bkz	: Bakınız
C.	:Cilt
CFR	: The Code of Federal Regulations (Federal Düzenleme Kanunları)
CRA	: Civil Rights Act (Medeni Haklar Kanunu)
DOL	: U.S.Department of Labor (ABD Çalışma Bakanlığı)
dn	: dipnot
E.	: Esas
ERISA Güvenliği Kanunu)	: Employee Retirement Income Security Act (İşçi Emeklilik Gelirleri
ESTG	: Einkommensteuergesetz (Gelir Vergisi Kanunu)
FLSA	: Fair Labor Standards Act (Adil Çalışma Standartları Kanunu)
FMLA	: Family and Medical Leave Act (Aile ve Tıbbi İzin Kanunu)
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı

İHU	: İş Hukuku Uygulamaları
ILO	: International Labour Organisation (Uluslararası Çalışma Örgütü)
InsO	: Insolvenzordnung (İflas Kanunu)
İK	: İş Kanunu
K.	: Karar
KSchG	: Kündigungsschutzgesetz (Feshe Karşı Koruma Kanunu)
md.	: madde
MEB	: Milli Eğitim Bakanlığı
NLRA	: National Labor Relations Act (Ulusal Çalışma İlişkileri Kanunu)
NLRB	: National Labor Relations Board (Ulusal Çalışma İlişkileri Kurulu)
No.	: Numara
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
OSHA Kurulu	: Occupational Safety and Health Administration (İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu)
parag.	: paragraf
PartGG	: Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (Ortaklık Kanunu)
PEO	: Professional Employer Organization (Profesyonel İşveren Kuruluşu)
RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer (Kenar sayısı)
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SGB	: Sozialgesetzbuch (Sosyal Kanun)
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
STİSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
SYDV	: Sosyal Yardımlaşma Dayanışma Vakfı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UStG	: Umsatzsteuergesetz (Katma Değer Vergisi Kanunu)

vd. : ve devamı

Vol. : Volume (Cilt)

Y. :Yargıtay



GİRİŞ

Çalışma ilişkileri çok hızlı bir biçimde değişip gelişmekte ancak kanunların bu hıza ayak uydurabilmesi çok daha yavaş bir süreç içinde seyretmektedir. Bu şekilde hızlı bir biçimde değişip gelişen iş hukuku konularından biri de birlikte işverenlik konusudur. Ancak bu konuda açık hukuki düzenlemeler henüz mevzuatımızda bulunmamaktadır. Birlikte işverenlik kurumunun daha iyi anlaşılabilmesi için hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Birlikte işverenlik kavramı Türk Hukukunda birkaç makale dışında doğrudan bir monografik esere konu olmamıştır. Tartışmalı pek çok hususu içinde barındıran bu kavramın yabancı hukuk sistemlerinden de faydalanılarak incelenmesi hukuk literatürümüzde bir eksikliği giderecektir. Zira yalnızca Yargıtay kararları ile kavram şekillendirilmeye çalışılmaktadır. Anglo Amerikan hukukunda ve Avrupa Birliği'nde de konu yargıya taşınması ile güncellik kazanmış ve hala bu güncelliğini, önemini korumaktadır. Birlikte işverenlik tüm boyutları ile ele alınacağı için çalışmamızın Türk İş Hukukuna katkı sağlaması hedeflenmektedir.

Doktora tez çalışması olarak, ülkemizde yargı kararlarına sıklıkla konu olan ancak hakkında açık bir hukuki düzenleme bulunmayan, bu nedenle gelişime ve düzenlemelere muhtaç bir başlık seçilmiş bulunmaktadır. Zira yola çıktığımız esas; mevcut durum analizi yapıldıktan sonra sorunlu hususların tespit edilip, çözüm önerileri getirilmesi ve uygulanabilirliği olan fikirler ileri sürülmesidir. Bu amaçla çalışma kapsamında tespit ettiğimiz sorunların çözümü mukayeseli hukuk göz önünde bulundurularak irdelenecektir. Uygulamada doğmuş ve doğması muhtemel olan problemler son dönemde güncel bir biçimde bu konuya eğilen Anglo Amerikan yargı kararları başta olmak üzere, yeri geldiğinde Alman ve Fransız hukuk sistemlerinin ışığında çözülmeye çalışılacaktır.

Esasında birlikte işverenlik yeni ve çağımızın modern bir kavramı değildir. Tarihte de örnekleri görülen bir konudur. İslam hukukunda ortak işçi tabiri ile serbest çalışanlar düzenlense de konuya ilişkin örneklerde birlikte işverenliğe de yer verilmiştir. Bir kişiye ait olan işçi ecir-i has, birden fazla kişiden iş kabul eden kişiler ise ecir-i müşterek olarak adlandırılmaktadır. Ecir-i has bir kişinin kendisine bir süre hizmet etmek, kendisi ile birlikte yardımcı olarak Mekke'ye gitmek gibi işçinin başka bir iş yapmasının mümkün

olmadığı konularda kişiyi ücretle tutmak anlamına gelmektedir. Ecir-i müşterek ise çamaşırları beyazlatan kişi, terzi, ayakkabıcı, hamal gibi birden fazla kişiden iş kabul eden kişileri ifade etmektedir¹. Çoban konusunda ise ayrıca hüküm tesis edilmiştir. Zira çoban hem ecir-i has hem ecir-i müşterek olarak çalıştırılabilir².

Konu Mecelle’de de aynı şekilde hüküm altına alınmıştır. Mecelle’nin 422. maddesine göre; *“Ecîr iki kısımdır: Kısım-ı evvel, ecîr-i hâsdir ki yalnız müstecire işlemek üzere tutulan ecirdir; aylıklı hizmetkâr gibi. Kısım-ı sâni ecîr-i müşterektir ki i müstecirden başkasına işlemek şartıyla mukayyet olmayan ecirdir. Meselâ, hammal ve tellâl ve terzi ve saatçı ve kuyumcu ve iskele kayıkçısı ve kira arabacısı ve karye çobanı hep ecîr-i müşterektir ki bir şahsa mahsus olmayıp herkes için işleyebilirler.”*

Burada birlikte işverenlik oluşturan durum çoban örneği üzerinden özel hükümle düzenlenmiştir. Mecelle’nin 423. maddesinde açıkça bir kişi gibi hareket eden birden fazla kişinin de işveren olabileceği ifade edilmiştir. İlgili maddede bir köy halkının hep birlikte bir çobanı çalıştırmamasından bahsedilmektedir. Buna göre bir köy halkı tarafından birlikte köyün koyunlarına bakması için tutulan bir çoban artık özel işçi (ecir-i has) olur. Mecelle’nin 570. maddesine göre ise köy ahalisi birlikte işçi tuttuklarında, işçi ücretini ahaliden alır. Bu nedenle çobanın ücreti de işvereni olan köy halkı tarafından verilir.

O halde tarihsel süreç içinde de karşımıza çıkan bir kişinin birden fazla kişi tarafından çalıştırılması durumu birtakım ihtiyaçları karşılamayı hedeflemektedir. Bu anlamda birlikte işverenliğin işçiye ve işverene sağlayabileceği faydalar ve olası dezavantajları da uygulamada tartışılmıştır. Kanaatimizce birlikte işverenliğin işçiye sağladığı en önemli avantaj, işverenlerin işçilik haklarından birlikte sorumlu tutulmalarıdır. Böylece işçi, ödenmeyen işçilik alacakları bakımından daha korumalı bir pozisyona sahip olacaktır. Birlikte işverenliğin işçi bakımından bir faydası da çalışma zamanında sağladığı esneklik olarak gösterilmektedir. Birlikte işverenliğin, kısmi süreli iş sözleşmelerinde ortaya çıkan aksine, birlikte istihdam edilen bir işçinin elinde farklı bitirilme tarihleri olan farklı projelerin olması örneğindeki gibi, işçiye işlere ayıracağı zamanı kendisi belirlemek bakımından bir esneklik sağlayacağı belirtilmektedir³.

¹ SERAHSÎ Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed B. Ahmed; Mebsût- 1000 Yıllık İslam Fıkhı Temel Eseri Deliller ve Hükümler- C.15, Editör: Mustafa Cevat Akşit, İstanbul 2008, s.110 ve 113.

² Serahsi, s.229.

³ [https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_\(US_Law\)#cite_note-10](https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_(US_Law)#cite_note-10) 7.2.2017.

Birlikte işverenliğin işverenlere de sağladığı faydalar bulunmaktadır. Uygulamada, birlikte işverenliğin, sonuçları itibariyle birlikte sorumluluk doktrini sayesinde haksız rekabetin engellenmesinde faydalı olacağı belirtilmektedir. Salt işçilik maliyetlerini azaltmak hedefinde olan işverenler bakımından birlikte sorumlu tutulmak meşru ve dürüst işverenleri haksız rekabetten koruyacaktır. Amerikan Temsilciler Meclisinin İstihdam ve Konut Alt Komisyonunda yapılan bir araştırma sonuçları da aynı noktaya parmak basmaktadır⁴. Ayrıca *Niş Pazarlarında*⁵ çalıştırmak üzere özel yetenekteki uzman kişilerin işe alınması ve işgücünün düzenli yer değiştirmesi birlikte işverenlikte daha kolay olur. İşverenler bakımından işçi üzerindeki yönetim hakkının paylaşılmasının iş yükünü azaltacağı, aynı zamanda işverene düşen bazı masraf kalemlerinin işverenler arasında bölüştürüldüğünden bordro maliyetinde bir azalmanın olacağı savunulabilir⁶.

Birlikte işverenliğin olası dezavantajları da uygulamada tartışılmıştır. Bunlardan ilki emek talebindeki azalmaya bağlı olarak işsizliğin artması riskidir. Bir diğer risk, işçinin sözleşmesinin birden fazla işverene uygulanmasından doğabilecek karışıklıklardır. Sözgelimi, işverenlerin diğer çalıştırdıkları işçiler bakımından geçerli olan iş cetveli ve hastalık ödeneği gibi hususların bir diğer işvereninkinden farklı olması durumunda birlikte çalıştırılan işçilere hangisinin uygulanacağı konusunda problemler çıkabilir. Yine işçinin haksız bir muamele gördüğünde hangi işverene başvuracağı bir sorun olabilir. Gelecekte doğabilecek anlaşmazlık ve yanlış anlaşılmaları önlemek için birlikte işverenlerin süreci yönetmeye ilişkin sorumluluklarını açıkça belirlemeleri ve bunun yanı sıra herhangi bir disiplin cezası gerektiren davranışla karşılaştıklarında nasıl hareket edeceklerini kararlaştırmaları gerekir. İşverenlerden birinin birlikte işverenliği çeşitli sebeplerle sona erdirmek istediğinde ne olacağı gibi sorunlar da çözüme muhtaçtır⁷.

İş hukukunun doğuş sebebi işçinin korunmasıdır. Bu hedefe ilerlerken de işverenin işçinin haklarına riayet etmesi ve yükümlülüklerini yerine getirmesi beklenmektedir. O halde işçinin korunması amacına ulaşabilmek için öncelikle işverenin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle birlikte işverenliğin irdelenmesi vazifesine teşebbüs etmeden önce çalışmamızın birinci bölümü işveren kavramı ve niteliklerinin incelenmesine ayrılmıştır. Bu başlık altında işveren kavramının Türk hukukunda ve karşılaştırmalı

⁴ BURCH Richard J.; A Practitioner's Guide to Joint Employer Liability Under the FLSA, Houston Business and Tax Law Journal, Vol.2, 2002, 393-414, s.405.

⁵ *Niş Pazar*, genele değil, özel bir kesime hitap eden, çok dar bir tüketici kesiminin isteklerini karşılamak için bölümlenmiş pazarlardır. <http://www.pazarlamamakaleleri.com/nis-pazarlama-nedir/> 7.2.2017

⁶ [https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_\(US_Law\)#cite_note-10](https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_(US_Law)#cite_note-10) 7.2.2017.

⁷ [https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_\(US_Law\)#cite_note-10](https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_(US_Law)#cite_note-10) 7.2.2017.

hukukta nasıl anlaşıldığı, işveren olmanın getirdiği hak ve yetkilerin neler olduğu ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Bu bölümde yönetim hakkı kavramının derinlemesine yer bulmasının sebebi, işçi üzerinde yönetim hakkı kullanan kimselerin işçinin işvereni olarak sorumlu tutulabileceği yönündeki inançtır.

Araştırmamızın ikinci bölümünde ise çalışmanın esas konusu olan birlikte işverenlik teorisi ele alınmaktadır. Türk hukukunda öğretide ve yargı kararlarında birlikte işverenlik kavramı hakkında bilgi verilmesinin ardından, karşılaştırmalı hukukta birlikte işverenlik kavramı üzerinde durulmuştur. Olası hukuki müesseselerin incelenerek denenmesi ile karşılaştırmalı hukuk ışığında birlikte işverenlik teorisine yeni bir bakış getirilmeye çalışılmıştır.

Çalışma, birlikte işverenlik niteliği ortaya çıkaran ilişkilerin kapsamlı bir biçimde incelendiği üçüncü bölümle devam etmektedir. Bu bölümde adi ortaklıklar, bakanlıklar, franchisingler, şirket toplulukları, ödünç iş ilişkisi ve alt işverenlik konularında birlikte işverenliğin doğup doğmayacağı ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konuları ayrıntıları ile ele alınmıştır. Mevzu bahis konulara temas edilirken karşılaştırmalı hukuk ışığında çalışma yapılmıştır. Yazılan bu satırlar özellikle Amerikan hukukundaki tartışmaların alevlenmesinden sonra daha da önem kazanmıştır. Zira çıkan yangın bir şekilde diğer ülke hukuklarına da sıçrayacaktır.

Çalışmamızın dördüncü ve son bölümü birlikte işverenliğin hukuki sonuçlarına ayrılmıştır. İncelememiz, sorumluluk hukuku bakımından birlikte işverenlerin durumuna değindikten sonra iş ve sosyal güvenlik hukukunda birlikte işverenliğin sorun doğurduğu başlıkların ele alınması ile devam etmektedir. Bireysel iş hukukunda, toplu iş hukukunda, iş sağlığı ve güvenliği hukukunda ve sosyal güvenlik hukukunda tespit edebildiğimiz hususlara ayrı başlıklar halinde değinilmiş ve sorunlar yargı içtihatları çerçevesinde açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞVEREN KAVRAMI VE NİTELİĞİ

Birlikte işverenlik, “birlikte istihdam” ifadesiyle Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri ile literatürümüze girmiş olup, henüz kanuni bir düzenlemeye konu olmamıştır. Birlikte işverenliğin izahında öncelikle terminolojik bir açıklık getirmek için işveren kavramına değinilmiştir. Zira birlikte işverenliği tespit ederken araştırmanın merkezinde işveren olmaktan kaynaklanan hak ve yetkiler yer almaktadır.

Bu nedenle birinci bölümde öncelikle Türk hukukunda kanuni düzenlemeler bakımından işvereni tanımlayan hükümler incelenmiş, ardından soyut- somut işveren kavramları tartışılmıştır. Soyut - somut işveren kavramı tartışılırken şirketler hukuku bağlamında fiili organın işveren olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorununa da değinilmiştir.

Daha sonra çalışmanın devamı bakımından yol gösterici olabileceği kanaatiyle karşılaştırmalı hukukta işveren kavramı özellikle Amerikan hukukunda çeşitli kanunlarda yer alan farklı işveren tanımları doğrultusunda kısaca incelenmiştir.

Birinci bölümde araştırmanın omurgası olması bakımından işveren olmanın getirdiği hak ve yetkiler bağlamında yönetim hakkı (yönetme hakkı) kavramına da yer verilmiştir.

1. TÜRK HUKUKUNDA İŞVEREN KAVRAMI

1.1. Genel Olarak

İş hukukunun merkezinde yer alan kavram işçi kavramıdır⁸. İşveren ise aksi yönde görüş olsa da⁹, genellikle işçi ve iş sözleşmesi kavramları üzerinden tanımlanmaya

⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ ASTARLI Muhittin/ BAYSAL Ulaş; İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s.194. EKONOMİ Münir; İş Hukuku Cilt 1 Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, (Ferdî), s.50. ÇELİK Nuri/CANIKLIOĞLU Nurşen/ CANBOLAT Talat; İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016, s.41.

çalışılmaktadır. Hatta bu husus “işveren, iş hukukunun işçiden sonra gelen ikinci üyesidir”¹⁰ şeklinde ifade edilmektedir. İşveren, teknik ve ekonomik olarak işletmede en yüksek mevkiide bulunan, en üst düzeyde emir ve talimat veren ve işletmenin bütün sorumluluğunu üzerine alan kimsedir¹¹. Ancak işveren olmak ve müteşebbis olmak her zaman örtüşen kavramlar değildir. İşçi çalıştırmayan bir esnaf müteşebbis olduğu halde işveren değilken; işçi çalıştıran bir avukat işveren olduğu halde müteşebbis değildir¹².

İşverenin kim olduğunun saptanması geleneksel iki taraflı iş ilişkilerinde çok fazla bir zorluğa sebep olmazken, günümüz iş ilişkileri çok daha karmaşık bir yapı sergilemektedir. Bu sebeple artık işçinin dahi işverenin kim olduğunu bilemediği bir yapı içinde işverenin belirlenmesi o denli kolay değildir¹³.

Türk hukukunda işveren kavramının kanuni tanımları bulunmaktadır¹⁴. Bu sebeple bu başlık altında öncelikle “işveren”i tanımlayan hukuki düzenlemeler sıralanmaktadır.

Bu düzenlemelerden ilki olan 4857 sayılı İş Kanunu “Tanımlar” başlıklı 2. maddesine göre; “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren...” denir. Doğaldır ki işveren kavramını incelemek için en sık başvurulan hukuki düzenleme İş Kanununun 2. maddesidir. Biz de çalışmamız kapsamında “işveren” tabirini dile getirdiğimiz kısımlarda İş Kanununda yapılan bu tanımlamayı esas almış bulunmaktayız.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda işçi ve işveren kavramları tanımlanırken “Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir.” ifadelerine yer verilmek suretiyle 4857 sayılı İş Kanununa atıf yapılmıştır. Ayrıca bu Kanun kapsamında işletmenin bütününü yöneten işveren vekilleri de işveren kabul edilmiştir.

⁹ Taşkent bu konuda eserinde “işçi ile işveren arasında kavram yönünden herhangi bir hiyerarşi söz konusu olmadığına göre, birini ötekine dayanarak saptamaya çalışmanın pek yerinde olduğu söylenemez.” ifadeleri ile öğretilerdeki çoğunluk görüşten karşı görüşte olduğunu beyan etmiştir. TAŞKENT Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, (Yönetim), s.60.

¹⁰ ESENER Turhan; İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s.69.

¹¹ SAYMEN Ferit H.; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.454.

¹² KILIÇOĞLU Mustafa/ ŞENOCAK Kemal; İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı İstanbul 2013, s.22.

¹³ Taşkent, Yönetim, s.60.

¹⁴ SÜZEK Sarper; İş Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2016, s.152; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.192. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.50-51.

854 sayılı Deniz İş Kanununun 2. maddesine göre “*Bu kanunun uygulanmasında, A) Gemi sahibine veya kendisinin olmıyan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimseye “işveren” denir.*” Böylelikle Deniz İş Kanununda diğer hukuki düzenlemelerimizden farklı olarak işçi kavramı esas alınmaksızın işveren tanımlanmıştır¹⁵. Ayrıca bu tanımdan anlaşıldığı üzere işveren olmak için işyerinin maliki olmak gibi bir şart bulunmamaktadır¹⁶. Ancak hukukumuzda işveren olmak için malik olmanın gerekli olduğu bir istisnai durum bulunmaktadır. Buna göre konut kapıcısının işvereni onun hizmetinden yararlananlar değil, konutun(kat) malikleridir¹⁷.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin ğ) bendinde işvereni; “*çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar*” şeklinde tanımlamıştır. Bu hükümde diğer kanuni düzenlemelerden farklı olarak iş sözleşmesine dayanarak işçiyi çalıştırmaya dair bir ibare bulunmamaktadır. Zira bu Kanunun hedefinde yalnızca işçiler değil, bütün çalışanlar bulunmaktadır. Kapsam ve istisnalar başlıklı 2. madde de “*Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.*” ifadeleri ile bu duruma işaret etmektedir. Bu nedenle 6331 sayılı Kanunda yalnızca iş sözleşmesi ile çalışanların işvereni ile sınırlı bir tanım kullanılmamıştır.

İş yasaları dışında işverenin tanımlandığı bir diğer kanuni düzenleme de vergi mevzuatında yer almaktadır. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun “İşverenin Tarifi” başlıklı 62. maddesinin 1. fıkrasına göre “*İşverenler, hizmet erbabını işe alan, emir ve talimatları dâhilinde çalıştıran gerçek ve tüzel kişilerdir.*” Bu düzenlemede dikkat çeken husus işverenin iş sözleşmesi bağı ile sınırlandırılmadığı, hizmet erbabını çalıştırmanın esas alındığıdır. Bu yönüyle Gelir Vergisi Kanunundaki işveren tanımı İş Kanunundaki işveren tanımından daha geniş bir tanım olarak değerlendirilebilir.

Yukarıdaki kanuni tanımlar ve özellikle İş Kanunundaki tanım incelendiğinde işveren olabilmek bakımından iki hususun üzerinde durulduğu görülmektedir. Bunlardan birincisi bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştırmak, ikincisi ise işçiyi kendi ad ve

¹⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.193.

¹⁶ Süzek, s.152. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.193. ENGİN Murat; Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul 1993, s.33. Esener, s.72. Saymen, s.454. Taşkent, Yönetim, s.60. ENGİN Murat; İşveren Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 1997, 107-134, (İşveren Kavramı), s.108.

¹⁷ YILMAZ Halil; Türk İş Hukukunda Bireysel İş İlişkileri Açısından İşveren Vekilliği, Ankara 2012, s.45.

hesabına çalıştıran gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olmaktadır¹⁸. Bu anlamda özel hukuk tüzel kişisi olmakla kamu hukuku tüzel kişisi olmak bakımından hiçbir ayırım bulunmamaktadır¹⁹. Dernek, vakıf, şirket, sendika, kooperatif yahut üniversite, belediye, kamu iktisadi teşebbüsü, ... de işveren olabilir²⁰. Hatta tüzel kişiliği olmayan adi ortaklık, bakanlıklar gibi kurum kuruluşlar da işveren olabilir²¹.

Kanuni tanımda üzerinde durulan ilk husus olan bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştırmak önem arz etmektedir. İşvereni tanımlayan kanuni düzenlemeler incelendiğinde denilebilir ki işveren bir iş sözleşmesinde işçinin karşısında yer alan sözleşme tarafıdır²². Ancak öğretilerde de belirtildiği üzere “İşveren, iş sözleşmesi ve mülkiyet hakkını esas alan klasik görüşlerle açıklanamayacak yetkiler kullanır; kural koyar (örneğin, personel yönetmeliği, işyeri iç yönetmelikleri), yönetir ve yaptırım uygular (yönetim ve disiplin yetkisi). Bu itibarla, kapitalist bağlamda iş ilişkilerinin belirleyici, egemen gücüdür (patron). Şu halde işverenin konumu, İş Hukukunda, bir özel hukuk ilişkisinin karşı tarafı olmanın ötesinde anlam taşımaktadır.”²³ Bu ihtiyaçtandır ki öğretilerde işverenin kimliğini belirlerken ölçüt olarak iş sözleşmesine dayanmanın iş hukukunun gereklerine uygun düşmediği durumlardan da bahsedilmiştir. Bunlar; birden fazla tüzel kişi halinde işverenin saptanması bakımından perdenin kaldırılması teorisi ve geçici iş ilişkisinde sürenin aşılması halinde geçici işverenin hukuki durumu olarak sayılmıştır²⁴. Söze konu iki durumda da işveren olarak sayılması gereken kişilerle işçinin arasında esasında bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu haller sınırlı sayıda olmayıp, hukukun teknolojik sebeplerle değişen ilişkilerde henüz öngöremediği pek çok olayda karşımıza çıkabilir.

Gelişen dünya düzeninde “iş hukukunun modası geçmiş tanımlarının sınırlarından nasıl kurtulabileceğini” sorgulayan ve “çağdaş ekonomik gerçeklerle uyumlu” hukuki bir

¹⁸ Engin, s.40. BAŞBUĞ Aydın; İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016 (İş Hukuku), s.80. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.50.

¹⁹ Esener, s.71. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.194. Ekonomi, Ferdi, s.50. Yılmaz, s.45. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.50.

²⁰ Esener, s.71. Süzek, s.152. Engin, s.32. Kılıçoğlu/Şenocak, s.21. Yılmaz, s.45. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.50.

²¹ Süzek, s.152. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.50. Bu konu üçüncü bölümde ayrıntılı bir biçimde incelendiğinden tekrara düşmemek adına burada herhangi bir tartışmaya yer verilmemiştir.

²² Esener, s.69. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.192. Süzek, s.152. Engin, s.33.

²³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.194.

²⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.203 vd.

doktrin ortaya çıkarmak için düşünen yazarların sayısı giderek çoğalmaktadır²⁵. Nitekim karşılaştırmalı hukukta işveren kimdir sorusuna ekonomik ve kişisel bağımlılık kime karşı ise odur, cevabı verilmektedir²⁶. Sözleşmede işveren olarak kimin tanımlandığı değil, işçi üzerinde kontrolün kimde olduğu ve işçinin ekonomik ve kişisel bağımlılığının kime karşı olduğu önemlidir²⁷.

Yargıtay da kararlarında işverenin kim olduğunun tespitini önemsemektedir. Bu hususta bir kararında²⁸ gerçek işverenin kimliğinin ve taraflar arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmiştir.

İşverenin tanımlanmasında açık kriterlerin belirlenmesi de mühimdir. Çünkü gelecek kuşaklar, bugünün çalışma ortamlarından çok farklı görünebilen çalışma ortamlarında işveren statüsünü belirlemek için oluşturulmuş bir içtihat hukuku arayacaklardır²⁹. Bu noktada sınırı da çizmek bakımından vurgulanmalıdır ki, kavramı çok genişletmek de yanlıştır; zira bu da çerçeveye içine almayı çok zorlaştıracaktır.

1.2. Soyut- Somut İşveren

Bir iş sözleşmesinde işçinin edim yükümlülüğü iş görme iken, işverenin edim yükümlülüğü işçiye ücret ödemektir. Burada işçi işgörme edimini işverenin emir ve talimatlarına bağımlı bir şekilde yerine getirmektedir. Bu nedenle işverenin, işçinin iş görme borcunun alacaklısı olduğu ve aynı zamanda işçiye bu borcunu yerine getirirken emir ve talimatları veren taraf olduğu söylenebilir³⁰. Öğretide işveren, *“bir iş sözleşmesine dayanarak ücret karşılığında işçi çalıştıran ve işin görülmesini isteme hakkı ile*

²⁵ BECKER, Craig; Labor Law Outside the Employment Relation, Texas Law Review, Vol. 74 (1995-1996), 1527-1562, s.1527.

²⁶ DAVIDOV Guy; Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships, British Journal of Industrial Relations, 42:4, December 2004, 727-746, s.738.

²⁷ Davidov, s.738-739.

²⁸ Y.9.HD. 25.12.2008, E.2008/41311, K.2008/35258 (Yayımlanmamıştır). ““Mahkemece davacının sözü edilen iddiası üzerinde durulmamış, gerçek işverenin kim olduğu kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmamıştır. Yapılacak iş, işyerinde keşif yapılarak uzman bilirkişi aracılığı ile gerçek işverenin kim olduğunun ve davalılar arasında ne tür bir ilişki bulunduğunun belirlenmesidir. Bu bağlamda, davalılar arasında asıl işveren- alt işveren, birlikte istihdam, geçici iş ilişkisi veya iş sözleşmesinin devri gibi bir ilişkinin bulunup bulunmadığı saptanmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.”

²⁹ RUBINSTEIN Mitchell; Employees, Employers, and Quasi-Employers: An Analysis of Employees and Employers Who Operate in the Borderland Between an Employer-and-Employee Relationship, 2012, University of Pennsylvania Journal of Business Law, Vol.14/3, 605-659, s.606.

³⁰ Süzek, s.153. Engin, s.116. Ekonomi, Ferdi, s.50. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.51.

en yüksek düzeyde talimat verme yetkisine sahip olan kişidir” biçiminde bir tanımlama yapıldığı da görülmektedir³¹. Benzer bir biçimde bir başka yazar işvereni “işgücünden yararlanan ve/veya en üst düzeyde talimat verme yetkisine sahip bulunan kişi” şeklinde tanımlamaktadır³².

Ancak işverenin emir ve talimat verme yetkisini doğrudan kullanamadığı durumlar da söz konusu olabilir. Öğretide bu durumlara örnek olarak yaş küçüklüğü sebebiyle hukuki işlem ehliyeti bulunmayan işletme sahibi küçük ile emir ve talimat verme yetkisini kullanan yasal temsilcisi, iflas halinde müflis ile emir ve talimat verme yetkisinin sahibi iflas masası, mirasçılar ve miras üzerinde yönetim hakkını kullanan vasiyeti tenfiz görevlisi, tüzel kişi karşısında yönetim kurulu verilmektedir³³. Somut olarak işveren yetkilerini kullanan, emir ve talimat veren, yönetim hakkını kullanan yasal temsilci, iflas masası, vasiyet tenfiz memuru somut işveren sayılmakta; iş sözleşmesinin asıl tarafı ve dolayısıyla işgörmeye borcunun alacaklısı olan küçük, müflis, mirasçı ise soyut işveren sayılmaktadır³⁴. Ayrıca doktrinde işverenin iradesine dayalı olarak da soyut- somut işveren ayrımının doğabileceği savunulmakta ve buna örnek olarak kollektif şirket ve adi ortaklıkta şirketin yönetim ve temsilinin ortaklardan birine bırakıldığı hallerde söz konusu ortakların da somut işveren olacağı gösterilmektedir³⁵.

Burada asıl işveren soyut işverendir. İşletmenin yönetimini sağlayan ve herhangi birinden emir ve talimat almadan karar verme gücünü elinde bulunduran kimse ise somut işverendir³⁶. Ancak öğretide bu ayrımın hukuki değil sosyolojik bir ayrım olduğunu savunan³⁷ ve kanuni esaslar bakımından tartışmasız bir biçimde işveren kavramının iş sözleşmesinin tarafı olma koşuluna bağlanmış bulunduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır³⁸.

³¹ Engin, s.40.

³² Taşkent, Yönetim, s.62.

³³Ekonomi, Ferdi, s.50-51. GÜZEL Ali; İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, (İşverenin Değişmesi), s.69. Süzek, s.153. Engin, s.116. Esener, s.72. Saymen, s.454. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.51. Taşkent, Yönetim, s.61. BAYCIK Gaye; İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s.288. REHBINDER Manfred; Schweizerisches Arbeitsrecht, 15.Auflage, Bern 2002, s.30. PREIS Ulrich; BGB § 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage, 2017, Rn.192.

³⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.196, Süzek, s.153. Engin, s.117.

³⁵ Engin, s.120.

³⁶ Engin, s.121.

³⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.196. Başbuğ, İş Hukuku, s.80. Engin, s.118.

³⁸ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, s.196.

Tüzel kişiler bakımından ise tüzel kişinin organının tüzel kişinin iradesini beyan eden vazifesi nedeniyle somut işveren olabileceği, tüzel kişilerde organ bir kurul olabileceği gibi, yönetim ve temsil yetkisi kendisine bırakılan bir üye veya müdürün de organ niteliği taşıyabileceği ve bu durumda bu üye veya müdürün somut işveren sayılacağı belirtilmektedir³⁹. İfade edilmelidir ki tüzel kişinin organı tüzel kişinin yerine geçerek münhasıran işveren olmamaktadır. İşveren tüzel kişinin kendisidir. Fakat emir ve talimat verme hakkı organda somutlaştığından ona da işveren olarak bakılması ihtiyacı doğmaktadır⁴⁰. Ancak soyut- somut işveren ayrımını sosyolojik bulan görüşe göre esasında organlar tüzel kişilik kavramı içinde kalıp, fiil ve tasarruflarıyla tüzel kişiliğin iradesini beyan ettiklerinden işveren doğrudan tüzel kişidir, böyle bir ayrımın hukuki kıymeti yoktur⁴¹.

Genel anlamda tüzel kişiler bakımından da geçerli olabilecek özellikle şirketler bakımından somut işveren niteliği ve fiili organ teorisi konunun genişliği sebebiyle bir alt başlıkta incelenecektir.

1.2.1.Ticaret Şirketlerinde Somut İşveren

Tüzel kişiler iradelerini organları aracılığı ile oluştururlar. Tüzel kişilerin fiil ehliyetlerini kullanabilmeleri organları (uzuvları) olmasına bağlıdır ve bu organlar tüzel kişiliğin temsilcisi değil, kendisidir⁴². Burada tüzel kişinin iradesi organları (uzuvları) aracılığı ile oluşturulur, açıklanır ve hayata geçirilir (TMK md. 50/1). Organlar da hem hukukî işlemleri hem de diğer fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar (TMK md. 50/2).

Tüzel kişinin organları aracılığı ile temsil edilmesi, teknik anlamda temsilden farklıdır. Organsal temsil, borçlar hukukuna değil; kişiler hukukuna ilişkin olup kaynağını kanundan almaktadır. Organın açıkladığı irade tüzel kişinin iradesi iken temsilcinin

³⁹ Süzek, s.154. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, s.195. Alman hukukunda konunun ayrıntıları için bkz. SCHLEWING Anja; ArbGG § 2 Zuständigkeit im Urteilsverfahren, Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Auflage 2013, Rn.51.

⁴⁰ Ekonomi, Ferdi, s.51.

⁴¹ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, s.195.

⁴² HATEMİ Hüseyin; Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, İstanbul 1979, s.17. DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan; Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2013, s.251. Saymen, s.454. TEKİNALP Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013, Rn.11-01.

açıkladığı irade kendi iradesidir, ancak yapılan işlem temsil olunamı bağlar⁴³. Bu nedendir ki organların fiil ve işlemleri, tüzel kişiye kendi fiili olarak izafe edilirken temsilci için durum farklıdır. Organlar, temsilciden farklı olarak TMK'nın 50.maddesinde de belirtildiği üzere yalnızca hukuki işlemleri ile değil, diğer bütün fiilleri ile tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Organın tersine temsilci haksız fiilinden kendisi sorumludur. Organ yardımcı kişi olarak da kabul edilemez⁴⁴.

Organ niteliğinin saptanmasının iş hukuku bakımından en önemli sonucu işveren-işveren vekili ayrımının yapılmasında doğar. Zira işveren-işveren vekili ayrımının yapılması bakımından ilgili kişinin organ mı yoksa yardımcı şahıs mı olduğunun tespiti gerekir. Organ niteliğine sahip kişinin, tüzel kişinin ayrılmaz bir parçası olduğundan işveren vekili sıfatını taşımayacağı ifade edilmektedir⁴⁵. İş hukuku bakımından organ kavramının sınırlarının geniş tutulmaması gerektiği, tüzel kişiler bakımından yalnızca işletmeyi yöneten ve en üst düzeyde emir ve talimat veren kişilerin organ olabileceği; ancak bu yetkiye sahip olmayan kişilerin işletmenin bütünü yönetse de organ değil, işveren vekili sayılması gerektiği öğretide haklı olarak belirtilmektedir⁴⁶. Bütün bu sayılanlar neticesinde öğretide çoğunluk görüşe göre varılan sonuç tüzel kişi işverenlerde, tüzel kişinin kendisinin soyut, tüzel kişinin organının ise somut işveren sıfatını haiz olduğudur⁴⁷.

Bir tüzel kişinin hangi organlara sahip olması gerektiği (zorunlu organları) kanunda belirlenir⁴⁸. Ticaret şirketlerinde de durum medeni hukuk tüzel kişilerinden farksızdır. TTK'nın 365. maddesine göre de “*Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur*”. Bu halde yönetim kurulu şirketin yönetim ve temsil organıdır. Burada temsil tabiri kullanılmışsa da yukarıda belirtildiği üzere organsal temsil iradi temsilden farklı bir kavramdır.

Bir anonim şirkette, soyut işveren anonim şirketin kendisidir. Yönetim kurulu ise en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip bulunduğu somut işveren sayılacaktır. Ancak yönetim kurulu organı ile kastedilen ticaret şirketlerinde bir kurul

⁴³ Dural/Öğüz, s.251.

⁴⁴ Engin, s.138.

⁴⁵ Engin, s.139. Aksi görüşler ve ayrıntılı bilgi için Yılmaz, s.164 vd.

⁴⁶Ekonomi, Ferdi, s.52. Engin, s.149. Süzek, s.155.

⁴⁷ Süzek, s.154. Aksi yönde bkz. Başbuğ, İş Hukuku, s.80.

⁴⁸ Dural/Öğüz, s.249. Engin, s.139.

olabileceği gibi, tek başına bir kişi de olabilir⁴⁹. Yönetim kurulu, eğer yönetim ve temsil yetkisini murahhas üye veya murahhas müdürlere devrederse, bu kişiler de tüzel kişiliği tıpkı yönetim kurulu gibi organ olarak temsil eder⁵⁰. Eğer yetki, yönetim kurulu üyesine bırakılmış ise bu kişi *murahhas üye*, üçüncü kişiye devredilmiş ise bu kişi *murahhas müdür* olarak adlandırılır. Esasında murahhas müdür ile murahhas üye arasında yetkilerin kapsamı ve sorumluluk bakımından herhangi bir fark yoktur. Yalnızca yönetim kurulu üyesi olan murahhas, kendisine devredilen yetki ve görevler dışında, yönetim kurulu üyeliği sıfatıyla haiz olduğu yetki ve görevlerin de devam etmesi nedeniyle yönetim kurulu üyesi ve murahhas üye şeklinde iki şapkaya birden sahip olur⁵¹. Yönetim ve temsil yetkisi kendisine bırakılan ortak veya üye işletmede karar verme iktidarını elinde bulundurduğu ve bu konuda kimseden emir almadığı için somut işverendir⁵². Sonuç olarak anonim şirket yönetim kurulu üyeleri öğretilerdeki hâkim görüş ve yargı içtihatlarına göre somut işverendir⁵³.

Nitekim konu ile ilgili Yargıtay'ın farklı dairelerinin kararları da aynı yöndedir. Yargıtay kararlarında⁵⁴; tüzel kişilerde soyut işverenin tüzel kişi; somut işverenin tüzel kişinin organını oluşturan kişi/kişiler olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay çeşitli dönemlerde verdiği kararlarda gerek yönetim kurulu üyeleri gerekse murahhas üyelerin şirketi temsil ve yönetime yetkili işveren konumunda bulunmalarından dolayı genel görevli mahkemelerde uyuşmazlığın görülmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır⁵⁵. Ortaklık nedeniyle kurulan ilişkinin dönemsel olarak belli bir dönem yönetim kurulu üyeliği

⁴⁹ Engin, s.148. Süzek, 156. Tekinalp, Rn. 12-65.

⁵⁰ Engin, s.142-143. Yılmaz, s.168.

⁵¹ Tekinalp, Rn. 12-65.

⁵² Engin, s.147-148.

⁵³Süzek, s.154. Ekonomi, Ferdi, s.51. Aksi yönde bkz. Başbuğ, İş Hukuku, s.80. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.196.

⁵⁴ "Tüzel kişilerde yönetim hakkı ile emir ve talimat verme yetkisi organlarını oluşturan kişiler aracılığıyla kullanılır. Tüzel kişiler yönünden tüzel kişinin kendisi soyut işveren, tüzel kişinin organını oluşturan kişiler ise somut işveren sıfatını haizdir. Ticaret şirketleriyle tüzel kişilerde somut işveren sıfatını taşıyan organ bir kurul olabileceği gibi tek başına bir kişiye verilen yetki çerçevesinde gerçek kişinin de organ sıfatını kazanması mümkündür. Limited şirket, hisseli komandit ve kolektif şirketlerde şirketi yönetim yetkisi şirket ortaklarından birine bırakıldığında bu kişi müdür sıfatıyla kişi-organ sayılır. Türk Ticaret Kanunu'nun 319. maddesine göre anonim şirketler yönünden de yönetim ve temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerine bırakılması halinde bu kişi ya da kişiler kişi-organ sıfatını kazanır. Bu açıdan bakıldığında tüzel kişi şirketi temsil ve yönetime yetkili kişi-organ sıfatını haiz kişiler doğrudan somut işveren olduğundan, kural olarak işçi sıfatını haiz olmazlar" Y.7.HD. 7.9.2015, E. 2015/24545, K. 2015/14099. Y.22.HD. 25.12.2014, E. 2013/28619, K. 2014/36955. Y.9.HD. 28.9.2015, E. 2015/21821, K. 2015/26418. Y.9.HD. 12.10.2010, E. 2008/35169, K. 2010/28779. www.kazanci.com

⁵⁵ Örneğin Y.9.HD. 28.9.2015, E. 2015/21821, K. 2015/26418 ve Y.9.HD. 18.3.2013, E. 2010/51284, K. 2013/9060 sayılı kararlarında "Türk Ticaret Kanununun 319 uncu maddesine göre, anonim şirketler yönünden yönetim ve temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerine bırakılması halinde, bu kişi veya kişiler kişi-organ sıfatını kazanır. Şirketi temsil ve yönetime yetkili kişi-organ sıfatını taşıyan kişiler işveren konumunda bulduklarından işçi sayılmazlar." ifadelerine yer vermiştir. www.kazanci.com

yapılmış olması diğer dönemlerde iş sözleşmesi ile iş görüldüğünün ileri sürülmesi konusunda ise Yargıtay verdiği bir kararında ilişkiyi bir bütün olarak değerlendirerek iş mevzuatı kapsamı dışında tutmuştur. Buna göre Yargıtay⁵⁶, ortak müdürün sonradan müdürlük görevi sona erse de ortaklık payı sembolik olmadığından işçilik vasfını kazanamayacağını vurgulamıştır.

1.2.2. Fiili Organ Teorisi ve Somut İşveren

Tüzel kişinin organları kanun tarafından belirlenebileceği gibi tüzüklerinde de belirlenebilir. Bu şekilde düzenlenmiş organlar maddi organ ve biçimsel organlardır. Ancak böyle organ sıfatını taşıyorsa, kanun ve ana statüde belirlenmese de bazı kişi/kişi gruplarının fiilen bu konumlarını elde ettikleri ve bu nedenle tüzel kişinin organı olarak sayılabileceği öğretide kabul edilmektedir⁵⁷. Buna göre tüzel kişinin amacının gerçekleşmesi için önemli sayılacak faaliyet alanlarında, sürekli bir biçimde karar verme yetkisini kullanan ve tüzel kişinin iradesinin oluşumuna ve uygulanmasına katılan kişiler de fiilen organ gibi davrandıklarından organ olarak nitelendirilmelidir⁵⁸. Bu şekilde organ üyesi sıfatı taşımadan yönetimde etkili olan kişi/kişilere, “fiilî organ” (faktische Organ) denilmektedir⁵⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi fiili organ hakkında çok sayıda karara imza atmıştır. Bu kararlarda Federal Mahkeme fiili organı, oy hakkı bulunmasa bile gerçek organ için öngörülmüş bulunan kararların alınmasına katılan ve/veya böyle kararların oluşmasında

⁵⁶ “Davacı limited şirketin icra işlerini yapmak ve ortaklığı temsil etmek üzere atanmış ortak müdür olup, organ niteliğinde olması nedeniyle, yönetim hakkı, emir ve talimat yetkisine haizdir. İşçiye özgü şahsi bağımlılık unsuru ortak müdürlerde görülmez, şirketi doğrudan doğruya işveren olarak temsil ederler. Bu nedenlerle ortak müdürlerin konumu İş Kanunu kapsamında değerlendirilmez. Davacının sonradan müdürlük sıfatı sona ermiş ise de, ortaklık payının sembolik olmayıp ortaklığın kararlarını etkileyecek oranda olması karşısında, müdürlüğün sona ermesi ile ortağın işçi statüsünü kazandığını kabul etme olanağı yoktur. Ayrıca taraflar arasındaki sözleşme davacının ortak müdür olduğu dönemde imzalanmış olmakla, Müdürlük döneminde genel kurallara göre değerlendirme, Müdürlüğü sona erdikten sonra İş Yasası kapsamında değerlendirme yapılarak aynı sözleşmeyi bölme olanağı da yoktur. Somut olayda davaya bakmanın Ticaret Mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden işin esasına girilerek karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Y.9.HD. 27.12.2010, E. 2008/23591, K. 2010/40901. www.kazanci.com

⁵⁷ ISLER Martina; Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung Unter besonderer Berücksichtigung von Entschädigungsfragen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 297, Zürich/St. Gallen 2010, s.236. Tekinalp, Rn.11-01. Dural/Öğüz, s.252.

⁵⁸ Isler, s.236. Tekinalp, Rn.11-12. Dural/Öğüz, s.252.

⁵⁹ KORKUT, Ömer; Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2006, s.202.

etkili olan kişi şeklinde tanımlamaktadır⁶⁰. Bir pay sahibi de davranışları ile yönetime nüfuz ediyorsa fiili organ olabilir⁶¹. Genel kurul tarafından bir onay belgesi tahsis edilirse fiili organ da idare bakımından yetkili olur. Ancak böyle bir belgenin tahsis edilmediği durumda bir pay sahibi ya da daha kolaylıkla çoğunluk hissedarı yönetim üzerinde etkili ise fiili organ olarak değerlendirilip sorumlu tutulur⁶².

O halde, tüzel kişinin açıkça yetkili organı olmamakla beraber, tüzel kişinin amacının gerçekleşmesi için önemli sayılacak faaliyet alanlarında;

- 1) Bu organın kararlarını önemli ölçüde etkileyenler,
- 2) Fiilen tüzel kişiyi yönetenler,
- 3) Tüzel kişi için faaliyet gösterdikleri açıkça üçüncü kişilere bildirilmiş veya bu anlama gelecek davranışları açıkça kabul edilmiş kişiler fiili organ sayılır⁶³.

İsviçre hukukunda tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmasına izin vermeyen İsviçre Borçlar Kanununun 707/3. madde hükmü Federal Mahkemenin kararları ile aşıldığından sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişilerin de fiili organ olabileceği belirtilmektedir⁶⁴. Vurgulanmalıdır ki Türk hukukunda böyle kısıtlayıcı bir düzenleme zaten bulunmamaktadır. Bu nedenle fiili organ olup olamayacağı da tartışma konusu olmamıştır⁶⁵. Örneğin bir anonim şirkette yönetim kurulu üyesi olmadığı hâlde toplantılara katılan, alınan kararlara etki eden kişiler fiili organ olacaktır. Yahut bir anonim şirkette yönetim kurulu üyesine takdir hakkı bırakmayacak şekilde talimat veren tek pay sahibi veya hâkim şirket de fiilî organdır⁶⁶. Tek pay sahibi şirketin fiili organ sayılması zarara sebebiyet verebilecek veya doğabilecek zararı önleyebilecek konumda olmasındandır. Tek pay sahibinin yönetim kuruluna katılıp kararlara karışması, yönlendirici ikazlarda bulunması yahut toplantılara katılmadan yönetme fonksiyonunu üstlenmesi de kendisine fiili organ vasfını kazandırır⁶⁷. Bahsedildiği üzere hâkim şirket bakımından da fiili organ durumunda olma söz konusu olabilir. Yavru şirketin yönetimine müdahale eden, talimatlar

⁶⁰ BGE 107/II 353 ve 354, parag. 5a; 114 V.218, parag. 4e; 117 II 571 ve 572, parag. 3. (Tekinalp, Rn.11-12'den naklen). Isler, s.238.

⁶¹ Isler, s.238.

⁶² Isler, s.242.

⁶³ Dural/Öğüz, s.253.

⁶⁴ Tekinalp, Rn.11-14.

⁶⁵ Tekinalp, Rn.11-15.

⁶⁶ Korkut, s.202-203.

⁶⁷ Tekinalp, Rn.11-18.

veren ana şirket, oy hakkına sahip olmadığı halde yavru ortaklığı zarara sokan kararlar alınmasına neden oluyorsa fiili organ olarak sorumluluğu doğacaktır⁶⁸.

Fiili organ olarak nitelendirilmenin en önemli sonucu, bu kişilerin etkiledikleri işlemler sebebiyle doğan zararlarda sorumluluğuna gidilebilmesidir⁶⁹. Böylece bu kişilerin yaptığı hukuki işlemler tüzel kişiyi bağlarken hukuka aykırı fiillerinden de tüzel kişi sorumlu tutulur⁷⁰. Tüzel kişilerin organizasyonel olarak genişlemesi ve bu nedenle merkezle olan hiyerarşik bağın zayıflaması, sosyal ilişkilerde yaşanan çok yönlülük gibi sebeplerle tüzel kişilerde organ kavramının genişletilmesi öğretide olumlu karşılanmaktadır⁷¹.

Fiili organ kavramının alt başlıklarından biri de inancılı yönetim kuruludur. İnançlı yönetim kurulu açık veya örtülü olarak görevini bir başkasının talimatı altında yürüten bir organdır. Ortaklıklar topluluğunda bağlı ortaklıkların yönetim kurulu açık inancılı yönetim kuruluna örnek olarak verilmekteyken; kapalı inancılı yönetim kurulu, yönetim kurulunun kurul üyesi olmayan hatta bazı durumlarda şirkette pay sahibi dahi olmayan bir kişiden talimat alması durumu olarak örneklendirilmektedir⁷².

İş hukuku bakımından da önem taşıyan bir İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olayda kardiyovasküler cerrahiyi geliştirmek amacıyla (Y) Anonim Şirketi tarafından doktorlardan oluşan bir enstitü olan (I) kurulmuştur. (Y)'nin bir murahhas üyesi ve bir müstahdemi, (Y) tarafından yapılandırılan (I)'nın yönetim kurulunda üyedir. (I)'nın muhasebesi de (Y)'nin bir elemanı tarafından tutulmaktadır. Mali güçlüklerle karşılaşan ve sosyal sigorta borçlarını dahi ödeyemeyen (I) iflas etmiştir. Sosyal Sigorta Kurumu ise (I)'nin yönetim kurulu başkanına dava açmış ve yaklaşık beşyüz bin İsviçre frangına mahkûm ettirmiştir. (I)'nin yönetim kurulu başkanı da, (Y) ve onun murahhas üyesi olup (I)'da yönetim kurulu üyeliği yapan kişi hakkında rücu davası açmıştır. Zira muhasebesi dahi (Y) tarafından tutulan ve kararları almada etkili olanların (Y) ve elemanları olduğu aşikârdır. Burada zarara sebebiyet veren ve doğabilecek zararı önleme kabiliyeti olan kişinin (Y) olduğuna hükmeden mahkeme ise davayı kabul etmiş ve (Y)'nin fiili organ olduğuna hükmetmiştir⁷³.

⁶⁸ Tekinalp, Rn.11-14.

⁶⁹ Korkut, s.202-203.

⁷⁰ Dural/Öğüz, s.253.

⁷¹ Dural/Öğüz, s.253.

⁷² Tekinalp, Rn.11-13.

⁷³ Tekinalp, Rn.11-16.

Açıkça organ vasfı belirlenmiş kişilerin somut işveren niteliği bir üst başlıkta tartışılmıştı. Aynı gerekçelerle hukuken olmasa da fiilen karar verme iktidarı eline bırakılan kişiler İş Hukuku yönünden de organ kabul edilmelidir⁷⁴. Böylece fiili organ da somut işveren niteliği taşıyabilecektir.

2. YÖNETİM HAKKI VE İŞLETMESEL KARAR ALMA YETKİSİNİN İŞVEREN SIFATINA ETKİLERİ

Yönetim genel olarak, başkalarının aracılığıyla amaca ulaşma ve başkalarına iş gördürme faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda yönetim, belli bir amaç uğruna başta insan kaynağı olmak üzere parasal kaynak, donanım, demirbaş, hammadde, yardımcı malzeme ve zamanın verimli ve etkin kullanıldığı karar alma ve uygulatma süreçlerinin toplamıdır⁷⁵.

Yönetim ile hedeflenen amaca ulaşmak için geçirilen sürecin çeşitli işlevlerden oluştuğu belirtilmektedir. Öğretideki genel saptamalara göre bu işlevler planlama, örgütleme (organizasyon), yöneltme (yürütme) ve denetimdir⁷⁶. Bu süreçlerin kısaca tanımlanması bir organizasyonu yöneten işverenin hangi işlevleri üstlendiğinin somutlaşması bakımından önemlidir.

Yönetimin en temel fonksiyonu olan planlama; hedeflediği nokta veya durumlara erişmek için çizdiği bir haritada hangi işi, ne zaman, nerede, neden ve kimin yapacağına alternatifler arasından en iyiyi seçerek karar vermektir⁷⁷. Yönetimin ikinci işlevi olan örgütleme süreci, yapılacak işlerin belirlenmesi ve gruplara ayrılması, personelin belirlenip atanması ve yer, araç ve yöntemlerin belirlenmesi evrelerinden oluşur. Bu işlevde örgüt yapısını oluşturma, oluşturulan makamların yetki ve sorumluluklarını tanımlama, makamlara uygun insanları atama ve personeli iş için gerekli, amaca uygun araç-gereç ve olanaklarla donatma konuları incelenmektedir⁷⁸. Yönetimin üçüncü işlevi olan yürütme yahut emir-komuta da denilen yöneltme işlevi bütün örgütün etkin bir biçimde nihai amacı

⁷⁴ Engin, s.149.

⁷⁵ÖRÜCÜ Edip; Modern İşletmecilik, 9. Baskı, Bursa 2013, s.87. PAŞAOĞLU Didem; Yönetim ve Organizasyon, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, No: 2944, Eskişehir 2013, s.3. MUCUK İsmet; Modern İşletmecilik, 16. Basım, İstanbul 2008, s.129.

⁷⁶ Örücü, s.107. Paşaoğlu, s.5. Mucuk, s.129.

⁷⁷ Örücü, s.108. Paşaoğlu, s.5. Mucuk, s.136.

⁷⁸ Örücü, s.131. Paşaoğlu, s.6. Mucuk, s.142.

gerçekleştirmek için yönlendirilmesi, onlara açık emirler verilmesi ve yol gösterilmesidir⁷⁹. Yönetimin son işlevi olan denetleme ise amaca ulaşmak için gelinen nokta bakımından gerekli düzeltici eylemlerin yapılıp sonuçların değerlendirilmesi anlamına gelir⁸⁰. Esasında izleme, karşılaştırma ve düzeltme sürecidir⁸¹.

Bu başlıkta hedeflenen iş hukuku bağlamında yönetici fonksiyonunu üstlenen işverenin yönetilen işçi karşısında sahip olduğu yetkiler bakımından yönetim hakkı kavramının incelenmesidir⁸². Yönetim hak ve yetkisi, bir iş ilişkisinde en baskın ve en önemli yetki olarak görülmektedir⁸³.

Belirtmek gerekir ki yönetim hakkının gerçekleştiği noktalardan biri olan işçiye emir ve talimat vermek yalnız işverene hasredilmiş bir yetki değildir. Hukukumuzda işveren veya işveren vekili işçiye emir ve talimat verebilir. Ancak işveren bakımından ayırt edici nokta kendi adına işyerini yönetmesidir. Bu nedenle yönetim hakkını da kendi adına kullanır. Emir ve talimatları kendi adına verir⁸⁴.

İşverenin yönetim hakkının çalışma kapsamında incelenmesinin esas sebebi özellikle karşılaştırmalı hukukta işveren kavramının tanımlanmasının yönetim hakkı üzerinden yapılmasıdır. Bir diğer ifadeyle işçi üzerinde yönetim hakkı kullanan kişinin işveren olduğu kabul edilmektedir. Bu anlamda karşılaştırmalı hukuk ışığında bizim de savunduğumuz husus, sözleşmenin tarafı olan işvereni dışında, bir işçi üzerinde birden fazla kişi tarafından yönetim hakkı kullanılması durumunda bu kişilerle işçi arasında iş sözleşmesi aranmaksızın, eylemli olarak işveren gibi davranıp, işçi üzerinde yönetim hakkı kullanan bu kimselerin de birlikte işveren sayılmasıdır. Birlikte işveren sayabilmek bakımından yönetim hakkının kullanılmasını aradığımız için yönetim hakkının tanımı, kapsamı ve işverenin yönetim hakkı kapsamında kullanabileceği yetkilerine yer vermiş bulunmaktayız.

⁷⁹ Örucü, s.136. Paşaoğlu, s.8. Mucuk, s.163.

⁸⁰ Paşaoğlu, s.9. Mucuk, s.171.

⁸¹ Örucü, s.158.

⁸² ARICI Kadir; İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası, Yargıtay Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 1983, 160-176, (Yönetim Hakkı), s.161. ERDEMİR M. Aymelek; İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Ankara 2015, s.28.

⁸³ KOCHER Eva; Betrieb, Arbeitgeber, Unternehmen; The Concept of the "employer" in German law, Pontignano

2000.http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415 Erişim Tarihi: 25.07.2017.

⁸⁴ ÇENBERCİ Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara 1986, s.143. BAŞBUĞ Aydın; İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008, (İşverenin Yönetim Hakkı), s.32.

2.1. Yönetim Hakkı ve Bağımlılık İlişkisi

Bağımlılık unsuru iş sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan ve işçinin iş görme edimini işverenin isteği doğrultusunda yerini getirmesini ifade eden bir kavramdır⁸⁵. İş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt eden unsur olan bağımlılık, hukuki bağımlılıktır. Bu bağımlılık işverenin işçiye emir ve talimat vermesi ve işçinin de bunlara uyması, uymazsa disiplin cezası ile yahut iş sözleşmesinin feshi yaptırımını ile karşılaşma riskinin bulunması şeklinde görünen bir hukuki hiyerarşidir. Öğretide hukuki bağımlılık-kişisel bağımlılık aynı anlamda kullanılmaktadır. Zira verilen emir ve talimat işçinin kişiliği üzerinde ortaya çıkmaktadır⁸⁶. Ancak doktrinde bu iki kavramın birbirinden farklı nitelikte olduğu, karıştırılmasının nedeninin iş sözleşmesindeki kişisel olma, yoğun güven ilişkisi gerektirme faktörünün ön planda olmasından kaynaklandığı belirtilmektedir⁸⁷.

Bağımlılığın zayıfladığı hallerde işçinin düzenli bir şekilde işverene işi hakkında bilgi vermesi, çalışma saatleri ve işin yapılacağı yerin işverence belirlenmesi, iş araçlarını işverenin temin etmesi, işçinin kendisinin ücretini ödeyerek bir başka kimseyi yardımcı olarak istihdam etmemesi gibi ölçütler de işverenin iş organizasyonunda bağımlı olarak çalışıldığını gösterebilir⁸⁸.

Bağımlılık unsuru ve işverenin yönetim hakkı birbirleriyle çok yakından ilişkili kavramlardır. İşveren işyerini yönetirken, işçiden beklediği edim menfaati işin görülmesidir. İşçinin işini ne şekilde göreceği ise işverenin talimatları ile somutlaşır. İşverenin verdiği bu talimatlar işçi üzerinde doğrudan etkili olan, işçinin kişisel ve hukuki alanına doğrudan müdahale eden talimatlardır. İşçinin iş ilişkisi kapsamında borçlarından biri ise işverenin verdiği talimatlara uymaktır. İşçi bu talimatları sorgulama yahut reddetme imkânına sahip değildir. Bu yönüyle iş ilişkisinin karakterini belirleyen bağımlılık unsuru işverenin işçiye talimat verme hakkı ile işyerini yönetme hakkı kapsamında somutlaşmaktadır⁸⁹. O halde denilebilir ki işverenin işçi üzerindeki hukuken kullanabildiği

⁸⁵ DOĞAN Sevil; İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Ankara 2016, s.129. DOĞAN YENİSEY Kübra; İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s.78. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.118.

⁸⁶ ERDENK Erdem; İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler, İstanbul 2008, s.91.

Doğan, s.129.

⁸⁷ Doğan, s.129.

⁸⁸ Erdenk, s.93.

⁸⁹ Doğan, s.131,132, 158. Taşkent, Yönetim, s.47.

yetkiler bir diğ er ifadeyle işverenin yönetim hakkı işçi ile aralarındaki bağımlılık ilişkisine bağlıdır⁹⁰.

Yargıtay kararlarında⁹¹ da aynı doğrultuda hüküm tesis edilmektedir. Bir kararında Yargıtay bu hususu; “İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla bağımlılık, hukuki bağımlılık olarak anlaşılmakta olup, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder.” şeklinde bağımlılık unsurunu yönetim hakkı ile ilişkilendirerek hükme bağlamıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bağımlılık ilişkisini ayrıntılı olarak yardımcı faktörlerle birlikte irdedeği bir kararında⁹² “İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin istemi doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir. Yukarıda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk önemli kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. İşçi işverenin yönetim ve sorumluluğu altında işleyen bir organizasyon içinde yer alır. Çalışma saatleri kesin veya esnek biçimde, keza işin yapılacağı yer işverence belirlenir. İş araçları ve dokümantasyonu genelde

⁹⁰ Arıcı, Yönetim Hakkı, s.161. Esener, s.72. Erdemir, s.56.

⁹¹ Y.9.HD. 9.3.2017, E. 2017/1419, K. 2017/3599. www.kazanci.com

⁹² Y.HGK, 1.3.2017, E. 2015/22-3235, K. 2017/381. www.hukukturk.com

işverence sağlanır. Bu kriter içinde değerlendirilebilecek alt kriter ise çalışanın, kendisine mi yoksa başkasına mı ait iş yada hizmet organizasyonu kapsamında iş yaptığıdır. İşçinin işveren tarafından önceden belirlenen amaca uyma yükümlülüğü var iken, bağımsız çalışanın böyle bir yükümlülüğü yoktur. İşçinin önceden iş şartlarını belirleme yetkisi, işin yapılması sırasında kullanılacak araçları seçmesi, işin yapılacağı yer ve zamanı belirleme serbestisi yoktur. 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. Vekilin bağımsızlığı mutlak değilse de, iş sahibinin ısrarlı talimatı karşısında uyarması dışında, dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, vekilin bir ölçüde işveren karşısında bağımsızlığını bir ölçüde korumaktadır. Oysa işçi, işin gerçekleştirilmesi yönünden amaca uygun olmadığını düşündüğü bir talimatı, işverenin ısrarı karşısında yerine getirmek zorundadır.” ifadelerine yer vererek bağımlılık ölçütünün işverenin talimatlarına uyma ve denetimlerine katılma yükümlülüğü ile somutlaştığı yönünde hüküm tesis etmiştir.

Gerek öğretideki görüşler gerekse Yargıtay kararlarında ifadesini bulan haliyle, işverenin yönetim hakkının iş ilişkisindeki bağımlılık unsuru ile sıkı bir yakınlık içinde olduğu, bağımlılık unsurunu somutlaştırıp yere bastıran hususun işverenin yönetim hakkı olduğu söylenebilecektir.

2.2. İşverenin Yönetim Hakkı(İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü)

İşletme, ihtiyaçları karşılamak için mal ve hizmet üretmek gayesinde olan ekonomik, teknik ve sosyal girişimler olarak ifade edilmektedir⁹³. İş hukukunda da işletme, kanuni bir tanımı bulunmasa da, öğretide ve yargı kararlarında ortak bir biçimde, ekonomik bir gayenin gerçekleştirilmesi için bir veya birden fazla işyerinin bağlı olduğu aynı

⁹³ Özücü, s.13. Mucuk, s.4.

işverene ait organize edilmiş bütün⁹⁴ olarak tanımlanmaktadır. Bu işletmeyi kuran işverenin işletme ile ilgili her türlü kararı alabilmesi anlamında işletmesel karar özgürlüğü; mevzuatımızda yer verilmeyen, ancak öğreti ve yargı içtihatlarıyla hukukumuzda kazandırılan bir kavramdır⁹⁵.

İfade etmek gerekir ki işletmesel kararın tanımı, kapsamı, türleri, sınırları ve denetimi hususunda hem öğreti hem yargı Alman hukukundan çeviri ifadelerle izah yoluna gitmektedir. Hukuki düzenlemelerin farklı olduğu noktalarda salt tercümeden çözümler üretmek sistemin açıklarını kapatmaya yetmemektedir. Bu nedenle çalışmada yönetim hakkı kavramı yeniden ele alınmış ve işletmesel karar kavramı bu çerçeve içinde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

2.2.1. Genel Olarak

İşverenin işlevi işyerini yönetmektir⁹⁶. İşverenler işletmesel kararlarla işletmesel hedefleri ve bu hedeflere ulaşmaktaki araçları serbestçe belirler⁹⁷. İşverenin işletme yönetiminin riskini üstlenmesi onun işletmenin başarısı ve geleceği için işletme üzerinde karar verme hakkına da sahip olmasını meşru kılar⁹⁸. İşletmesel karar, işverenin gelecekteki iş politikasına ilişkin, işletmesi ile ilgili hususlarda karar alma ve bu kararların kapsamını belirleme hak ve özgürlüğüdür⁹⁹. Bu anlamda işletmesel kararın konusu

⁹⁴ KAR Bektaş; İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/2, (Denetim), s.103. Güzel, İşverenin Değişmesi, s.64 vd. Doğan Yenisey, s.32.

⁹⁵ YÜCEL BODUR Mehtap; İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü, İş ve Hayat Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, 2015, 137-167, s.138.

⁹⁶ Taşkent, Yönetim, s.6. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.1.

⁹⁷ EREN Erol; Stratejik Yönetim ve İşletme Politikası, İstanbul 2002, s.27.

⁹⁸ ENGİN Murat; İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, İstanbul 2003, (İşletme), s.5. ÖZVERİ Murat; Kriz Koşullarında İş Yasası Uygulama Sorunları, Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma Çalışma Hukuku 1. Sempozyum-2009, s.38. ASTARLI Muhittin; Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, Sayı 17, s.83. İşletmesel karar kavramı yerine girişimci kararı ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı yönünde ULUCAN Devrim; Feshin Geçerlilik Denetiminde Ekonomik ve Teknolojik Nedenler, İş Güvencesi ve İş İade Davaları, İstanbul 2010, s.11.

⁹⁹ HAMACHER Anno; InsO § 125 Interessenausgleich und Kündigungsschutz, Insolvenzordnung Kommentar, Herausgegeben von Jörg Nerlich/ Volker Römermann, 24. Ergänzungslieferung, 2012, Rn. 120. Mollamahmutoğlu /Astarlı /Baysal, s.998. GÜZEL Ali; İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/1, (Keyfilik), s.166.

işverenin ekonomik faaliyetine yönelik olarak işletme yönetimi ve işyeri organizasyonudur¹⁰⁰.

Kapsamı ve sınırları bakımından oldukça tartışmalı olan yönetim hakkı konusu, işletmesel karar kavramının çerçevesi çizilirken başvurulan önemli bir alandır. Bu nedenle öncelikle yönetim hakkı ve işletmesel karar alma özgürlüğünün ilişkisi incelenecektir. Yönetimsel karar alma hakkı olarak da ifade edilen işletmesel karar alma özgürlüğü kapsamında işçinin iş sözleşmesinden doğan davranış yükümlülüklerini ilgilendiren kararlar yanında doğrudan işyeri organizasyonunu ilgilendiren kararlar da bulunmaktadır¹⁰¹. Bu görüş işletmesel karar ve yönetim hakkını birbirinden kesin çizgilerle ayırmamaktadır. Ancak işletmesel karar ve yönetim hakkı ilişkisi ile ilgili öğretilerde bir başka görüşe göre, işletmesel karar işverenin yönetim hakkından farklıdır. Yönetim hakkı işçinin iş görme ediminin talimatlarla somutlaştırılması anlamında, dayanağını iş sözleşmesinden alan bir haktır. Daha açık bir ifadeyle işverenin işçiye emir ve talimat verebilme hakkıdır. İşletmesel kararın dayanağı ise iş sözleşmesi değil, girişim özgürlüğüdür. Yine bu görüşe göre, işletmesel kararın konusu işçinin iş görme edimi değil, işletme yönetimi ve işyeri organizasyonudur. İşletmesel karar ile işveren kendi mesleki faaliyetinin ayrıntılarını belirleyip, somutlaştırmaktadır¹⁰².

Yargıtay konu ile ilgili kararlarında¹⁰³ “4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verilmiş, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren yönetim hakkı kapsamında amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar alabilir. Geniş anlamda işletmesel karar işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda bu kapsamda aldığı her türlü karardır.” demek suretiyle geniş anlamda işletmesel kararın işverenin işletmesi ile ilgili aldığı bütün kararları kapsadığını kabul etmektedir. Bu kanıdan hareketle öğretilerde bir görüş de işverenin işletme politikasını belirlemesi, işçi işe alması, iş sağlığı güvenliği önlemlerini alması, işçi çıkarması yahut işletme faaliyetine son vermesi, toplu işçi çıkarması, işçinin davranışlarına ilişkin

¹⁰⁰ ALP Mustafa; İşletme Gereklere İle Fesih, Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma Çalışma Hukuku 1. Sempozyum-2009, (İşletme Gereklere), s.93. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.31. Kar, Denetim, s.108.

¹⁰¹ Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.31-32.

¹⁰² ALP Mustafa; İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, (İş Sözleşmesi), s.179-180. Taşkent, Yönetim, s.2. Arıcı, Yönetim Hakkı, s.161.

¹⁰³ Y.22.HD. 24.4.2017, E. 2017/32194, K. 2017/9305. www.lexpera.com.tr Y.9.HD. 22.02.2010, E. 2010/2290, K. 2010/4202. www.kazanci.com

talimatlar vermesi gibi aldığı tüm işletmesel kararları geniş anlamda yönetim hakkı olarak değerlendirmektedir. İş görme borcunun somutlaştırılması anlamındaki talimatları ise dar anlamda yönetim hakkı olarak tanımlamaktadır¹⁰⁴. Ayrıca bu görüş değişiklik kayıtlarının kabulü gibi uygulamalarla sağlanan, yargı kararlarında ve doktrinde benimsenmiş genişletilmiş yönetim hakkı kavramını da benimsemektedir¹⁰⁵.

Kanaatimizce yönetim hakkı kavramı -öğretide çoğunluk görüşü tarafından anlaşıldığı şekliyle- işverenin talimat verme hakkına¹⁰⁶ indirgenmemelidir. Yönetim hakkı, işverenin kurduğu işyerini yönetme hakkı olarak anlaşılmalı ve bir üst başlık olarak kullanılmalıdır¹⁰⁷. Çalışmamız kapsamında biz yönetim hakkı kavramını kullandığımız yerlerde işverenin talimat verme hakkını değil, işyerini yönetme hakkını ifade etmekteyiz. Bu nedenle de kavram kargaşasına yer açmamak için talimat verme hakkını izah ettiğimiz kısımlarda açıkça talimat verme hakkı ifadesini kullandık. Amaçladığımız anlamda işyerini yönetme hakkı, işletmesel kararlar almakla somutlaşır. İşçiye talimat verilmesi hakkı da nihayetinde işverenin işyerini yönetme hakkına dâhildir. Zira işverenin nihai amacı işçi çalıştırmak değil, işletmesini idame ettirmektir. İşletmesini verimli yönetmek adına orada yapılan işler hakkında işçiye talimat vermek de kanaatimizce bir işletmesel karardır.

Nitekim Fransız hukukunda da görüşümüze benzer gerekçelerle işverene o işyerinin patronu olması hasebiyle tanınan; kurallar koyma, emir ve talimatlar verme ve disiplin cezası uygulama yetkilerinin bütününe ifade etmek için “yönetim hakkı” kavramı kullanılmaktadır. İşverenin emir ve talimat verme hakkı ise “yönetim yetkisi” kavramı ile ifade edilmektedir¹⁰⁸.

Yönetim hakkının çalışmamız kapsamında ifade ettiği işletmesel karar alma özgürlüğü işverenin girişim özgürlüğüne dayanan anayasal bir haktır. Bu hakkın sözleşme ile sınırlanması ise ancak özüne dokunmamak kaydıyla ölçülü bir biçimde mümkündür. İş sözleşmesinde değişiklik yapma, işyerini kapatma, işyerinin nakli, işyeri gerekleri sonucunda iş sözleşmesinin feshi, çalışma sürelerinin değiştirilmesi gibi haller işletmesel

¹⁰⁴ Erdemir, s.50-51. Erdemir, Fransa’da da işverenin girişim özgürlüğünü ifade etmek için “yönetim yetkisi” kavramının, talimat verme hakkını ifade etmek için “yönetim hakkı” kavramının kullanıldığını belirtmektedir. Erdemir, s.52.

¹⁰⁵ Erdemir, s.134.

¹⁰⁶ Taşkent, Yönetim, s.2. Arıcı, Yönetim Hakkı, s.161.

¹⁰⁷ Yücel Bodur, s.140. Erdemir ile benzer bir kanaati taşımakla birlikte biz kavram kargaşasına yol açmamak adına bu şekilde bir ayrımı benimsemek yerine, yönetim hakkı ile işletmesel karar kavramını bir tutup, talimat verme hakkını bu hakkın bir alt başlığı olarak değerlendirdik.

¹⁰⁸ Baycık, s.101.

kararın konusu ya da sonucu olabilirler. Bu halde sözgelimi iş sözleşmesinde işyerinin asla kapatılmayacağı şeklinde bir düzenleme yer alamaz. Aksi, hakkın özünün ölçüsüz sınırlandırılması anlamına gelir¹⁰⁹.

İşletmesel kararlar değişen piyasa olaylarına, rekabet edebilme gücüne bağlı olarak alınır ve piyasanın gelecekte arz edebileceği gelişim hakkında tahmini bir değerlendirme içerir¹¹⁰. İşveren teşebbüs özgürlüğüne dayanarak işletme gereklerini takdir edecektir. Bu anlamda örneğin işyerinin bir başka şehre taşınması yahut işyerindeki faaliyetin niteliğinin değiştirilmesi işverenin karar serbestisine dâhildir¹¹¹.

İşletmesel karar almanın sebebi işletme içinden veya dışından kaynaklanabilir¹¹². İşyeri ve işletme gerekleri nedeniyle sözleşmenin feshi ile ilgili İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde “...İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi. İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir.” ifadeleri yer almaktadır. Belirtilmelidir ki, gerekçede işyeri dışından kaynaklanan sebepler arasında yer alan, işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesinin aranmasının ağır bir sonuç olduğunu düşünmekteyiz. Bunun yerine işin sürdürülmesinin makul olmaması daha uygun bir ölçüt olabilecektir¹¹³.

İşletme dışı sebepleri belirleyen piyasa olaylarıdır ve işletmenin doğrudan etkisinin olmadığı tüm sebepler işletme dışı olarak görülmektedir. Gerekçeden farklı olarak, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması ve meteorolojik sebepler konuya örnek gösterilebilir¹¹⁴. İşletme içi sebepler ise işverenin işletme politikasını gerçekleştirmek için aldığı teknik, organizasyonel ve ekonomik bütün tedbirleri kapsar. Böylece üretimle ilgili

¹⁰⁹ Yücel Bodur, s.140.

¹¹⁰ KILIÇOĞLU Mustafa; İş Güvencesi Hukukunda Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılmasına İlişkin Yargıtay Uygulaması, Yargıç Güven Çankaya'ya Armağan Semineri, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara 2008, s.41.

¹¹¹ Engin, İşletme, s.7.

¹¹² MANAV Eda; İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, (Fesih), s.97. Ulucan, s.11.

¹¹³ Yücel Bodur, s.141.

¹¹⁴ Kılıçoğlu, s.48. Kar, Bektaş; İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara 2011, (İş Güvencesi), s.638.

işletmesel karar alma özgürlüğü kullanılmış olur¹¹⁵. Gerekçeden farklı olarak vardiya usulü çalışma sistemine geçme, kısmi süreli işçi çalıştırılması, tam gün çalışan işçi sayısının azaltılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara kaydırılması, çalışma süresinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyon, belirli faaliyetlerin alt işverene devri, işyerini kapatma, işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı örnek niteliğinde sayılabilir¹¹⁶.

İşletme içi ve dışı sebepler ayrımı salt teorik açıdan değil işletmesel kararın denetimi ve ultima ratio ilkesi bakımından da önemlidir. İşletme dışı sebeplerde işveren açısından işletme gereğini ispat etmek çok daha kolayken, işletme içi sebeplerde yeni işletme konseptini ve bu nedenle işçinin çalışma olanağının ortadan kalktığını açıklamak ve feshin son çare olması ilkesini uygulamak daha zor olacaktır¹¹⁷.

2.2.2. Hukuki Dayanağı

İşletmesel karar özgürlüğü dayanağını Anayasal teşebbüs(girişim) özgürlüğünden (md. 48) alır¹¹⁸. Anayasamızın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesine göre “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*”

Türk Anayasa sisteminde girişim özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü birbirini tamamlar nitelikte birlikte ele alınmıştır¹¹⁹. Ancak öğretilerde sosyal devletin bir uzantısı olan bu maddenin çalışma özgürlüğünü sözleşme özgürlüğünün arkasında ikincil bir biçimde ele alması gerektiği görüşü de bulunmaktadır¹²⁰. Bu görüş sözleşme özgürlüğünün, girişim özgürlüğü ile doğrudan ilişkili olduğunu kabul etmekle birlikte 1982 Anayasasının sözleşme ve girişim özgürlüğü arasındaki ilişkiyi değil, çalışma ve sözleşme arasındaki

¹¹⁵ Kılıçoğlu, s.51.

¹¹⁶ Kılıçoğlu, s.52. Başbuğ, İş Hukuku, s.57-58. Kar, İş Güvencesi, s.639.

¹¹⁷ Alp, İşletme Gereklere, s.94.

¹¹⁸ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat; s.300-301. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.998. Engin, İşletme, s.5. Kılıçoğlu, s.41. Alp, İşletme Gereklere, s.95. Alp, İş Sözleşmesi, s.180. Süzek, s.589. TULUKCU Binnur; Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere ile İş Sözleşmesinin Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, Sayı 18, s.135. Kar, Denetim, s.101. Erdemir, s.41.

¹¹⁹ Erdemir, s.41.

¹²⁰ OĞUZ Fuat/ KENT Bülent; Anayasa’da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler, İstanbul Ticaret Odası, 2011, s.60

ilişkiyi kurduğunu düşünmektedir. Sözleşme özgürlüğünün, ‘piyasalara serbestçe girebilme’ özgürlüğü olduğu belirtilmektedir¹²¹.

Girişim özgürlüğünün sınırları da aynı madde içinde 2. fıkrada düzenleme altına alınmıştır. Buna göre, özel teşebbüsler millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümeli, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmalıdır. Devlet buna ilişkin tedbirleri almakla görevlidir. Bu düzenleme girişim özgürlüğünün sosyal devletin gereklerine uyarlandığı şeklinde yorumlanmaktadır¹²².

İşletmesel karar kavramı açıkça bir kanuni düzenlemede yer almamaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde işletmesel karar kavramına yer verilmemekle birlikte işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramından söz edildiği görülmektedir. Bu nedenle öğretilerde bir görüş Yargıtay kararlarında sıklıkla yer verilen “işletmesel karar” kavramının iş hukukuna yabancı bir terminolojiye iş hukukuna özgü bir anlam kazandırma zorunluluğu doğurduğunu belirtmektedir¹²³. Her ne kadar kanuni bir düzenlemeye konu olmasa da, işletmesel karar alma özgürlüğü Anayasal temeli bulunan hukuki bir kavramdır.

3. İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI KAPSAMINDA KULLANDIĞI YETKİLERİ

İşveren ücret ödeme borcu karşılığında işçiden işin görülmesini isteme hakkına sahip olan taraftır. İşin görülmesi esnasında da bu işin devamlılığına ilişkin kararları almakla yetkili en üst otoritedir. O halde işveren olmak işveren yetkilerini kullanmakla somutlaşır.

Öğretilerde işverenin yetkileri; idare yetkisi, kural koyabilme yetkisi ve disiplin yetkisi olarak üç başlık altında incelenmiştir. Bu yetkilerin sınırının da kanun, toplu iş sözleşmesi ve sözleşmelerle belirleneceği ifade edilmiştir¹²⁴. Bu görüşe göre işverenin kural koyabilme yetkisi işyerine ilişkin olarak iç yönetmeliklerle düzenlenebilecek alanları ifade eder¹²⁵. İşverenin idare yetkisi, işletmenin hiyerarşik olarak en üst

¹²¹ Oğuz/Kent, s.61.

¹²² Erdemir, s.41 vd.

¹²³ GÜZEL Ali; İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, (Karar 2010), s.202.

¹²⁴ Esener, s.72.

¹²⁵ Esener, s.72.

konumunda bulunan ve işletmenin işleyişinden tek başına/nihai olarak sorumlu olan işverenin işletmesini idaresi ve örgütlenmesi anlamındadır. İşçiyi işe alma, çalışma şartlarını düzenleme, fazla çalışma yaptırma, iş sözleşmesini feshetme yetkilerinin işverenin işyerini idaresi kapsamında kaldığı belirtilmektedir. Ancak görülmekte olan işin önemli ölçüde değiştirilerek işçiye değişik bir işi görmesini teklif etmenin, tek taraflı bir kararla ücrette azalmaya gitmenin, işverenin idare yetkisinin dışında kaldığı ifade edilmektedir¹²⁶. İşverenin üçüncü yetkisi ise disiplin cezası verme yetkisi olarak sınıflandırılmıştır. Bu yetkinin işletmenin iyi işlemesi için ihlallerin olmaması adına işveren niteliğine bağlı olarak işverene tanınması gereken bir yetki olduğu belirtilmektedir¹²⁷.

Çalışmamızda, işveren olmaya bağlı, işverenin kullanabileceği yetkilerini işyerini yönetme hakkı kapsamında işletmesel karar alma özgürlüğü bağlamında inceledik. Bu anlamda işletmesel karar alma özgürlüğünün kapsamına işverenin işletmeyi idare maksatlı işçiler üzerinde sonuç doğuran her tür kararını dâhil etmiş bulunmaktayız. Anlatım kolaylığı olması bakımından sınırlı sayıda olmayan bir biçimde işverenin yetkilerini yedi başlık halinde sıraladık. Bunlar;

1. İşverenin kural koyabilme yetkisi
2. İşe alma yetkisi
3. Talimat verme yetkisi
4. Çalışma şartlarını değiştirme yetkisi
5. İş denetleme ve gözetleme yetkisi
6. Disiplin cezası verme yetkisi
7. Sözleşmeyi fesih yetkisi

şeklindedir¹²⁸.

¹²⁶ Esener, s.73.

¹²⁷ Esener, s.74.

¹²⁸ İşverenin yetkilerini alt başlıklar halinde inceleyeceğimiz bu bölümde yalnızca çalışmamızda gerekli olduğu ölçüde bir derinliğe inilecektir. Zira alt başlıkların her biri ayrı birer çalışma konusu olmayı hak eder genişliktedir. Bu yetkilere çalışmada değinilmesinin sebebi, işveren yetkilerini bir işçi üzerinde yoğun olarak kullanan kimsenin iş sözleşmesinin tarafı olmasa dahi, iş sözleşmesinin tarafı olan işverenle birlikte işveren olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmemizden kaynaklanmaktadır.

3.1. Kural Koyabilme Yetkisi

Hukukumuzda işçilerin işyerindeki yönetime katılıp, karar alma organizasyonunda yer almalarını düzenleyen genel bir zorunluluk bulunmamaktadır. Olması gereken hukuk bakımından eleştirilebilecek¹²⁹ olan bu durumun sonucu olarak işçilerin işyeri yönetimine katılması toplu iş sözleşmesi düzenine bırakılmıştır. Buradan hareketle, işyeri düzeni ile ilgili düzenleme yapma yetkisinin kural olarak münhasıran işverene ait olduğu söylenebilecektir¹³⁰. Bu halde işverenin işletmesel kararlar alarak işyerini yönetmek için sahip olduğu yetkilerden ilki, gerek tip iş sözleşmesi yaparak iş sözleşmesinin kurulması anında, gerek iş ilişkisinin devamı sırasında iç yönetmelikler çıkarıp, işyeri uygulamaları oluşturmakla kullandığı kural koyma yetkisidir.

İşverenin kural koyma yetkisi bakımından genel iş koşulları önemli bir kavramdır. Sanayileşme ile kitlesel nitelik kazanan işçi işveren ilişkilerinde her işçi ile ayrı ayrı çalışma koşulları belirlenmesi yerine bu koşulların önceden hazırlanmış, genel, yeknesak kurallara göre belirlenmesi yoluna gidilmektedir¹³¹. Genel iş koşulları işverenin tek tarafı olarak önceden genel ve soyut biçimde düzenlediği kurallar bütünü olan tip sözleşmeler ve işyeri iç yönetmelikleri yanında yine işverenin tek tarafı davranışıyla oluşan işyeri uygulamalarını da kapsar¹³².

Tip iş sözleşmeleri, iş koşullarının kabul edilmesiyle oluşan aynı veya benzer içerikli, ya işe alma sırasında formüle edilen örneklerin kullanılmasıyla yahut da önceden hazırlanmış ve çoğu kez de işyerinde asılı kuralların işçi tarafından kabul edilmesiyle meydana gelen sözleşmeleri ifade eder. Bu şekilde çalışma koşulları işyerinin bütününde veya belirli bölümlerinde yeknesak bir yapıya kavuşturulmuş olmaktadır¹³³.

İç yönetmelikler, işverence kural olarak tek tarafı olarak önceden hazırlanan, işyerinde uygulanacak genel ve yeknesak çalışma koşullarını içeren, iş akdinin eki niteliğindeki düzenlemelerdir¹³⁴. İşyerine kurumsal bir kimlik kazandırmayı, işyerinde

¹²⁹ Bu yöndeki eleştiriler için bkz. Süzek, s.83.

¹³⁰ Başbuğ, İş Hukuku, s.46.

¹³¹ SOYER, Polat: Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, s.25. Süzek, s.64.

¹³² Süzek, s.65.

¹³³ Soyer, s.28-29. CİVAN Orhan Ersun; Genel İş Koşulları, İstanbul 2015,(Genel İş), s.59.

¹³⁴ Süzek, s.66. MANAV, Eda: İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, S.25, 136-157, s.142. ŞEN Murat; İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, s.37. TULUKCU, N.Binnur: Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I,

çalışma barışı ve disiplinini sağlamayı hedefleyen iç yönetmelikler; dâhili talimatname, insan kaynakları yönetmeliği, personel yönetmeliği, işyeri yönetmeliği gibi farklı şekillerde ifade edilmektedir¹³⁵. Hukukumuzda iç yönetmeliklerle ilgili açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte TBK'nın 399. maddesinde; “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.” şeklinde ifade edilen düzenlemenin iç yönetmelikleri de kapsadığı öğretilerde belirtilmektedir¹³⁶. İşverenler idarenin onayına tabi olmaksızın iç yönetmelik düzenleyebilirler¹³⁷. İç yönetmelikte düzenlenebilecek hususlar hakkında öğretilerde farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre toplu iş sözleşmesiyle düzenlenen konularda (6356 sayılı Kanun md. 33) iç yönetmelik çıkarılamaz¹³⁸. Ancak başka bir görüşe göre kamu düzeni ve ahlaka aykırılık olmadığı sürece işverenler iç yönetmelikte diledikleri konuyu düzenleyebilirler¹³⁹. İşverenler uygulamada genelde iç yönetmelikle disiplin kuralları, iş süreleri, fazla çalışmalar, ücret ödeme zamanı, geniş anlamda ücret, genel tatil günlerinde çalışma, ücretsiz izinler, iş sağlığı güvenliği kuralları, işçinin sır saklama borcu gibi konuları düzenlemektedirler¹⁴⁰.

Genel iş koşulları kapsamında yer alan bir düzenleme de işyeri uygulamalarıdır. İşyeri uygulamaları, işverenin yasal ve akdi bir zorunluluk olmadan tek taraflı olarak bir menfaati devamlı şekilde ve aynı koşullarla işçiye sağlaması ve işçinin de zımni kabulüyle, bu menfaatin iş akdi hükmü haline gelmesi anlamına gelmektedir. Örneğin işçilere ikramiye verilmesi, lojman, giyecek, yakacak yardımları, doğum-evlenme-ölüm hallerinde sağlanan parasal yardımlar, kanuni yıllık izin süresinden daha uzun süre yıllık izin süresi tanımak işyeri uygulamalarına örnek olarak gösterilebilir¹⁴¹.

İstanbul 2011, 1099-1141. (Süzek'e Armağan), s.1103. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.79. GÜNEŞ, Başak / MUTLAY, Faruk Barış: Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/3, 231-288, s.247. Civan, Genel İş, s.63. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.193.

¹³⁵ Civan, Genel İş, s.63. Süzek, s.66. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.79.

¹³⁶ Süzek, İş Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2015, s.64-65. Civan, Genel İş, s.63.

¹³⁷ Süzek, s.67. Civan, Genel İş, s.63-64.

¹³⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.81.

¹³⁹ Civan, Genel İş, s.64.

¹⁴⁰ Süzek, s.68-69. Civan, Genel İş, s.64.

¹⁴¹ Soyer, s.44 vd. Süzek, s.84 vd. Aktay/Arıcı/Kaplan, s.18. Şen, s.46. Tulukçu, s.1104. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.85. Başbuğ, İş Hukuku, s.47. Civan, Genel İş, s.68-69. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.195-198.

3.2. İşe Alma Yetkisi

İşveren, işyerinde çalışacak kişiyi belirlemek konusunda serbest olup dilediği kişiyi işe alabilir. İşverenin bir kişiyi zorla işe alması ondan talep edilemez. Nitekim bu husus 2005 tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararında¹⁴² da; “... İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa’ya aykırılık görülmemiştir.” ifadeleri ile vurgulanmıştır. Dolayısıyla bir kişiyi işe almak konusunda işverenin yönetim hakkı vardır¹⁴³. Öğretide de aynı yönde personel planlaması konusunda anayasal girişim özgürlüğünün işverene bu hakkı verdiği belirtilmektedir¹⁴⁴.

İşverenin anayasal hak olarak sahip olduğu çalışma ve sözleşme özgürlüğü kapsamında iş sözleşmesi yapma özgürlüğü de koruma altındadır. İşveren, sözleşme özgürlüğü kapsamında iş sözleşmesi yapacağı işçiyi seçme ve iş sözleşmesinin içeriğini belirleme özgürlüğüne sahiptir¹⁴⁵. Kanunda sınırlama getirilen iş sözleşmesi yapma yasakları ve iş sözleşmesi yapma yükümlülükleri hariç işveren dilediği kişiyle sözleşme yapmak özgürlüğüne sahiptir¹⁴⁶.

Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer husus ise işverenin işe almada eşit davranma borcunun olup olmadığıdır. Öğretide çoğunluk görüşe göre işverenin işçiyi işe alırken hangi işçiyle daha verimli ve uyumlu çalışabileceğini belirleme yetkisi bulunduğundan eşit davranma borcu yoktur. Zira anayasal sözleşme özgürlüğü de bunu garanti etmektedir. Henüz işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin kurulmadığı sözleşme

¹⁴² 24 Kasım 2007 tarihli 26710 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan AYM kararı, 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72. www.lexpera.com.tr

¹⁴³ Erdemir, s.48.

¹⁴⁴ OKUR Zeki; İş Hukuku’nda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2013, s.30.

¹⁴⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.537. Okur, s.31. Başbuğ, İş Hukuku, s.137.

Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.205.

¹⁴⁶ İşverene sözleşme yapma yasağı getirilen hususlar; yaş küçüklüğü, kadın işçilerin çalıştırılmayacağı işler, sağlık durumuna uygunluk, yabacıların çalıştırılmayacağı işler ve toplu iş sözleşmesinden doğan yasaklar olarak sıralanabilir. İşverenin iş sözleşmesi yapma zorunluluğu halleri ise engelliler ve eski hükümlüler, işyerinden malulen ayrılıp maluliyeti sona erenler, askerlik veya yasal ödev nedeniyle işten ayrılıp vazifeleri bitenler, toplu işten çıkarma sonrası işe alımlar, hastalık nedeniyle işten çıkarılan gazeteciler, işçi kuruluştan yönetiminde görev alanların görevi bitince yeniden işe alınmaları, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma ve toplu iş sözleşmesinden doğan zorunluluk halleri olarak başlıklandırılabilir. Sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başbuğ, İş Hukuku, s.141-144. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.538 vd. Süzek, s.332-347. Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.206-212.

öncesi dönem bakımından işverene eşit davranma borcu yüklenemez¹⁴⁷. Bu konuda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağının birbirinden farklı olduğunu ifade eden bir başka görüş ise ayrımcılık yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkisi bulunduğundan işe alımlarda da kanunda belirtilen nedenlere dayalı olarak işverenin ayırım yapmasının yasak olduğunu belirtmektedir¹⁴⁸. Ancak kanuni düzenlemelerle işverene ayırım yapma yasağı yükleyen haller istisnaidir. Buna göre İK'nın 5. maddesinin 3. fıkrasında işe almada cinsiyet nedeniyle ayırım yapılması yasağı, STİSK'nın 25. maddesinin 1. fıkrasında işe almada sendikal ayrımcılık yapılması yasağı ve 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanununun 14. maddesinde engellilerin işe alınmasında ayırım yasağı bulunmaktadır¹⁴⁹. TCK' da ise 122. maddenin 1. fıkrasında işe almada eşitlik ilkesine aykırı davranmak suç olarak düzenlenmiştir. İşe alma sürecinde ayrımcılık yasağı getiren en geniş düzenleme ise 6.4.2016 tarihli 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun "İstihdam ve Serbest Meslek" başlıklı 6. maddesidir.

O halde, kural olarak işveren sözleşme özgürlüğü kapsamında dilediği kimseyi işe almakta serbesttir. Ancak işverenin getirilen işe alma serbestisine kanunlarla birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamaların da iş hukukunun sosyal bir hukuk dalı olması sebebiyle yadrganmaması gerekir.

3.3. Talimat Verme Yetkisi

3.3.1. Tanımı

Çalışma şartlarının belirlenmesi anlamında iş görme borcunu somutlaştırmak hem işverene tanınmış bir yetki hem de işverenin vazifesidir. Bu anlamda işçiye emir ve talimat verme hakkı yalnızca iş görme borcunu değil, iş sözleşmesindeki bağımlılık ilişkisini de somutlaştırmaktadır¹⁵⁰. İş sözleşmesinde işçinin edimine ilişkin boş bırakılan alanlarda işverenin vereceği talimatlarla işin görülmesini ve işçilerin işyerindeki davranışlarını

¹⁴⁷ BAYSAL Ulaş; İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, 2010, 59-99, s.65. TUNCAY Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.153 vd. Süzek, s.498.

¹⁴⁸ DOĞAN YENİSEY Kübra: " İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.11, 2006/4, s.63-82 (Eşitlik), s. 67.

¹⁴⁹ Süzek, s.498. Doğan Yenisey, Eşitlik, s. 68.

¹⁵⁰ HUNOLD Wolf; Die Rechtsprechung zum Direktionsrecht des Arbeitgebers, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report, 2001, 337-347, s.337. Doğan, s.158.

düzenleyebilme hakkına “talimat verme hakkı” denir¹⁵¹. Hak hukuken korunan menfaattir. İşverenin de işini idame ettirebilmesi için işçiye işin yürütümü ve davranışları hakkında talimat vermesinde bir menfaati bulunmaktadır. Hukuken de koruma altına alınan bu menfaati hak olarak nitelendirmekte bir beis yoktur¹⁵². İşçinin iş ilişkisinden doğan hakları değil, ancak borçları işverenin talimat verebileceği alan içinde kalabilir. Zira kural olarak kimse kendi borçlarının konusunu ve kapsamını tek yanlı olarak belirleyemez¹⁵³.

TBK'nın 399. maddesinde bu konu, “*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.*” şeklinde düzenlenmiştir. Talimat verme hakkı iş görme borcunu somutlaştırma işlevi görür. Kanunlarda, toplu iş sözleşmesinde ve iş sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde talimat verme hakkı kullanılabilir. Bu anlamda iş sözleşmesi de işverenin talimat verme hakkını sınırlamaktadır¹⁵⁴.

Alman hukukunda da Gewerbe Ordnung § 106’ da işverenin talimat verme hakkı düzenlenmiştir. İlgili düzenlemenin birinci cümlesi “*İş sözleşmesi, işletme sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve kanunda belirlenmediği durumlarda işveren, iş görme borcunun içeriği, yeri ve zamanı hakkında hakkaniyete uygun olarak takdir hakkına dayalı bir belirleme yapma yetkisine sahiptir.*” hükmünü içermektedir. İkinci cümle ise “*işverenin, işletme düzeni ve işçinin işletme içindeki davranışları hakkında da talimat verme hakkı bulunmaktadır*”¹⁵⁵ şeklindedir. Görülmektedir ki Alman hukukundaki düzenleme TBK’daki düzenleme ile benzer ifadeleri içermektedir.

¹⁵¹ Taşkent, Yönetim, s.11. Süzek, s.90. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.199. Yukarıda da izah edildiği gibi öğretisi bu hakkı, “yönetim hakkı” olarak tanımlamaktadır. Ancak biz yönetim hakkını işyerini yönetme hakkı olarak geniş bir biçimde değerlendirdiğimizden kavram kargaşası olmaması bakımından “talimat verme hakkı” ifadesini kullanmaktayız.

¹⁵² Taşkent, Yönetim, s.38.

¹⁵³ Taşkent, Yönetim, s.12. Alp, İş Sözleşmesi, s.108. Kural olarak bu önermeye katılan, Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.15. BAŞBUĞ Aydın; Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999. (Disiplin), s.52.

¹⁵⁴ Süzek, s.93. Alp, İş Sözleşmesi, s.108. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.200.

¹⁵⁵ Alman hukukunda işverenin talimat verme hakkı ve sınırları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hunold, s.338.

3.3.2. İşverenin Talimat Verme Yetkisinin Hukuki Temeli

İşverenin işçiye talimat verme hakkının hukuki temeli çeşitli tartışmalara konu olmuştur. İşverenin talimat verme hakkının mülkiyet hakkından doğduğu görüşü ortaya atılan ilk görüşlerdendir. Ancak işçinin işgücü üzerinde tasarruf yetkisinin mülkiyet hakkına dayandırılmayacağı, aralarında böyle bir ilişki olmadığından, talimatlara aykırı davranma halinde de mülkiyet hakkının ihlalden değil, sözleşmenin ihlalden söz edileceği öğretide belirtilmektedir¹⁵⁶.

İşverenin işçiye talimat verme hakkının hukuki dayanağını ekonomik riskleri taşıyan girişimci olmasında arayan bir görüş de bulunmaktadır. Ancak bu görüş ekonomik risk taşımayan kamu idareleri bakımından sorunu çözmekte yetersiz kaldığı ve işçinin de işini kaybetme tehlikesi ile bir risk taşıdığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir¹⁵⁷.

Talimat verme hakkının iş ilişkisinin niteliğinden doğduğuna ilişkin görüş ise sınırlarını çizmenin zorluğu eleştirisi ile karşı karşıya kalmıştır¹⁵⁸. Zira iş ilişkisi kavramının anlamının ne olduğu, bu kavramı yaratanlarca dahi üzerinde görüş birliğine varılamayan bir meseledir¹⁵⁹.

Bu konuda bir diğer görüş işverenin işçilerine talimat verme hakkının kanundan doğduğu görüşüdür. Hukukumuzda talimat verme hakkı TBK'nın 399. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca işverenin talimat verme hakkını belirten yıllık izin kullanılma zamanı (İK md. 56), telafi çalışmasının yaptırılma zamanı (İK md. 64), çalışma sürelerinin başlangıç ve bitiş saati (İK md. 67) gibi pek çok düzenleme de bulunmaktadır¹⁶⁰. Ancak belirtilmelidir ki böyle bir düzenleme hiç bulunmasa dahi işveren bu hakkı haizdir. Bu nedenle kanunla düzenlenmiş olup olmaması sadece malumun ilanı anlamına gelir¹⁶¹.

¹⁵⁶ Taşkent, Yönetim, s.30-31. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.5.

¹⁵⁷ Taşkent, Yönetim, s.32. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.7.

¹⁵⁸ Taşkent, Yönetim, s.33. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.9.

¹⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, İşverenin Değişmesi, s.131.

¹⁶⁰ Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.6.

¹⁶¹ Taşkent, Yönetim, s.36.

Öğretide çoğunluk tarafından da kabul gören görüş talimat hakkının iş sözleşmesinden doğduğu görüşüdür¹⁶². İş sözleşmesinde işverene açıkça talimat verme yetkisi tanınmamış olsa da örtülü olarak boşlukların işveren tarafından doldurulacağı konusunda anlaşmaları kabul edilmektedir¹⁶³.

3.3.3. Kapsamı ve Türleri

İşverenin işçilere emir ve talimat verme hakkı, işçinin iş görme borcunun somutlaştırılması amacını taşımaktadır. İfa modaliteleri olarak sıralanan işyerinde hangi işin, nasıl, nerede, ne zaman yapılacağını belirlemek, iş görenin yetki ve sorumluluk alanını sınırlamak, işçilerin işe uygun davranmalarını sağlayıp denetlemek işverenin işlevleri arasında sayılmaktadır¹⁶⁴. Ancak işverenin talimat verme hakkı sadece ve pür işin görülmesine münhasır değildir. İşin görülmesi ile dolaylı bağlantılı olan davranışlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Alman hukukunda da organizasyonel talimatlar denilen iş kıyafeti, üretim araç gereçlerinin kullanılma usulü gibi konularda işverenin işin görülmesi anlamında talimat verme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁵.

İşveren ancak işçi bakımından çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil etmeyen hususlarda talimat verme hakkını kullanabilir. Bu anlamda esaslı değişiklik kavramı talimat verme hakkının sınırlarını belirleyen alanlardan biridir¹⁶⁶. İş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya kanun ile düzenlenmiş alanlarda işveren işçiye aksi yönde bir talimat veremeyeceğinden, işverenin talimat verme hakkı buralarda düzenlenmemiş konularla sınırlıdır¹⁶⁷. Ancak belirtmelidir ki işverenin talimat veremeyeceği konular yalnızca açıkça düzenleme altına alınanlarla sınırlı değildir. İşveren işçiye mobbing yahut hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek talimatlar da veremez. Sözgelimi siyasi görüşü kendisinden farklı olduğu için bir işçisinin çalıştığı işi veya işyerini sürekli değiştiremez¹⁶⁸. İşveren işçisine vereceği işi de belirleme hakkına sahiptir, ancak bunun için işçinin sosyal

¹⁶² Hunold, s.337. Taşkent, Yönetim, s.36. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.10. Süzek, s.90. Alp, İş Sözleşmesi, s.108. Erdemir, s.48. Şen, s.97. Doğan, s.161. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.199. İsviçre' de de konunun aynı doğrultudaki tartışma ve sonuçları için bkz. Baycık, s.154.

¹⁶³ Süzek, s.90.

¹⁶⁴ Taşkent, Yönetim, s.6. Süzek, s.91.

¹⁶⁵ Hunold, s.337.

¹⁶⁶ Doğan, s.162. Esaslı değişiklik kavramı ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Başlık 3.4.1.

¹⁶⁷ Taşkent, Yönetim, s.43.

¹⁶⁸ Taşkent, Yönetim, s.119.

statüsü ve yaptığı işin niteliği ile bağdaşan işler olması şartı bulunmaktadır¹⁶⁹. Belirtmek gerekir ki işçinin işe alınması ve işten çıkarılması işverenin talimat verme hakkının kapsamına girmemektedir. Zira işe alma sözleşme ile olur, tek yanlı değildir; talimat verme hakkı ise işçinin iş görme borcu üzerinde olabilir¹⁷⁰. Yukarıda da belirtildiği gibi burada iş görme borcundan pür işin görülmesi anlaşılmamaktadır. İşçinin davranışlarına ilişkin talimatlar da verilebilir. Fakat işveren, iş için gerekli olmayan önlemlerin alınmasına yönelik talimatlar vererek, işçinin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve kişilik haklarına aykırı davranamaz. Sözgelimi işçinin hangi ökçeli ayakkabıyı giyeceğine kural olarak karışamaz¹⁷¹. İşverenin işçiye talimat verme hakkının kapsamı, herhangi bir düzenleme konusu olmayan, boş alanları doldurmak dışında kanun ile de genişletilebilir¹⁷².

Talimat verme hakkının kapsamı ve türleri esasında iç içe geçmiş konulardır. Zira talimat verme hakkının türleri olarak ayırabileceğimiz işin görülmesine ve işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar, talimat verme hakkının ana kapsamını da oluşturmaktadır.

Talimat türlerinin ilki işin yürütümüne ilişkin talimatlardır. Bu talimatlar özünde ifa modalitelerine ilişkin olup işle ilgili teknikleri gösterirler. İşin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağını belirterek, iş görme borcunun doğru ve düzgün ifasını hedeflemektedirler. Bu nedenle işin yürütümüne ilişkin talimatlar doğrudan işin görülmesine, işin süresine ve işin yapılacağı yer olan işyerine ilişkin talimatlar olarak alt başlıklara ayrılabilir.

¹⁶⁹ Hunold, s.340.

¹⁷⁰ Taşkent, Yönetim, s.1-2.

¹⁷¹ Taşkent, Yönetim, s.93.

¹⁷² Bunun ilk örneği zorunlu nedenlerle işçiyi fazla çalıştırabilme konusunda İK'nın 42. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümde belli koşulların varlığı halinde işçinin rızasına gerek olmadan fazla çalışma yaptırma hakkı işverene tanınmaktadır, bkz. Taşkent, Yönetim, s.19. Arıcı, Yönetim Hakkı, s.162. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.22. İşverenin talimat verebilme hakkını kanunla genişleten bir diğer düzenleme TBK'nın 398. maddesidir. Erdemir, s.126. Ayrıca Deniz İş Kanunu'nun 28.maddesi ile de işverenin talimat verme hakkının genişletildiği öğretilmektedir. Burada zaruri işleri, ilave işleri ve talimleri belirleme yetkisi nihai olarak işverenedir. Taşkent, Yönetim, s.20. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.22. İşverenin talimat verme hakkını kanunla genişleten bir diğer düzenlemenin telafi çalışmasını düzenleyen İK'nın 64.maddesi olduğu öğretilmektedir. Bu düzenlemede talimat verme hakkını genişleten hususun yapılan çalışmanın fazla çalışma/fazla süreli çalışma sayılmamasında kendini gösterdiği ifade edilmektedir. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.21. Öğretilmektedir tartışmalı olmakla birlikte, talimat verme hakkını genişlettiği savunulan bir diğer hüküm İK'nın 22.maddesidir. Bu hükümde çalışma koşullarında esaslı olmayan değişiklikleri yapmak bakımından işverenin talimat verme hakkı kabul edilmektedir. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.19.

İşin görülmesine ilişkin olarak çalışma şartları iş ilişkisinden doğan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan tüm hak ve borçları ifade eder¹⁷³. Daha açık bir ifadeyle işin görüleceği yer, zaman, ücret, çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ara dinlenme, sosyal yardımlar, özel sağlık sigortası yaptırılması gibi iş ilişkisinden kaynaklanan bütün hak ve borçların bu kavram içinde yer aldığı belirtilmektedir¹⁷⁴. İş sözleşmesinden veya iş organizasyonundan kaynaklanan nedenlerle çalışma şartlarını belirleme yetkisi, işyerini yöneten işverene bırakılmıştır¹⁷⁵. Bu nedenle günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saati, ara dinlenme uygulama zamanı¹⁷⁶, yıllık izin kullanma zamanı¹⁷⁷, vardiya postalarının sayısını belirlemek¹⁷⁸ gibi iş sürelerine ilişkin hususların saptanması; iş kıyafetlerinin giyilmesi, iş aletlerinin temizliği, iş esnasında bir şey yenmemesine ilişkin işin yürütümüne dolaylı etki eden hususlar hakkında verilen talimatlar işin görülmesine ilişkindir¹⁷⁹.

İşçinin davranışlarına ilişkin talimatlar ise, işin görülmesi ile doğrudan alakadar olmayan işyerinde düzenin sağlanması amacıyla işçinin davranışlarına ilişkin verilen talimatlar olarak değerlendirilebilir. Sözelimi bu talimatlar, işe giriş çıkış esnasındaki davranışlar, hastalık veya iş kazası durumunda yapılacaklar, yangın, kaza vs. gibi tehlikeli bir durum karşısında izlenecek tutum ve davranışlar hakkında verilen yapma yönünde olumlu talimatlar olabileceği gibi, işyerinde siyasi propaganda yapılmaması, bazı bölgelere girilmemesi gibi yapmama borcu yükleyen olumsuz talimatlar da olabilir¹⁸⁰. Gerekli aletlerin yerlerine konması, çalışılan yer ve araçların temizlenmesi, hangi iş kıyafetlerinin giyileceği, işyerinde isim yazılı kart taşınması, giriş çıkış kapılarının kullanımı, işyerine

¹⁷³ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, s.389.Tulukcu, Süzek'e Armağan, s.1101. Alp, İş Sözleşmesi, s.101. Şen, s.23. UZUN, Bekir: Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, S.2, 48-59, s.48; Manav, s.140.

¹⁷⁴ Şen, s.25. Doğan, s.173. "İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dâhil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dâhildir." (Y.9.HD. 27.10.2008, E.2008/ 29715, K.2008/28944, Yayınlanmamıştır.)

¹⁷⁵ Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.4.

¹⁷⁶ Y.22.HD. 27.2.2017, E. 2017/5604, K. 2017/3904. www.kazanci.com Y.9.HD.17.11.2008, E. 2007/ 35281, K. 2008/ 30985 (Yayınlanmamıştır).

¹⁷⁷ Taşkent, Yönetim, s.131. Şen, s.148. UŞAN M. Fatih; 4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, 211-271, s.242.

¹⁷⁸ Y.9.HD. 9.5.2001, E. 2001/5355, K. 2001/8173. www.kazanci.com

¹⁷⁹ Taşkent, Yönetim, s.68, 132, 133, 151. Süzek, s.91. Alp, İş Sözleşmesi, s.111. Erdemir, s.127.

¹⁸⁰ Taşkent, Yönetim, s.69. Süzek, s.91.

misafir alınması ve ziyaretçi saati kuralları, internet kullanımı zamanı gibi konularda da talimat verilebilir¹⁸¹.

Ancak işyeri dışındaki davranışlar hakkında işverenin talimat verme yetkisi yoktur. İşletmeyi kamuoyu önünde temsil eden üst düzey yöneticiler için kullanılması bakımından dahi bu yetki kabul edilmemektedir¹⁸².

İşyerinde sigara içme yasağı ile ilgili talimatlar da öğretilen uzunca bir süre tartışmalara konu olmuştur. Ancak Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun ile 2008 yılında bu durum yasaklandığından artık işverenin aksi yönde bir talimat verme hakkı bulunmamaktadır.

3.4. Çalışma Şartlarını Değiştirme Yetkisi

İş hukukunun en tartışmalı alanlarından biri, çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, bu koşullarda değişiklik yapılması ve en nihayet işçinin kabulüne bağlı olmayan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizginin ortaya konulmasıdır. İş hukuku, işçi hakları yönünden sürekli ileriye yönelik gelişim gösteren bir karaktere sahiptir. Bu anlayıştan hareket edildiğinde, işçinin haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi iş hukukunun temel amaçları arasındadır. En azından çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılamaması gerekmektedir¹⁸³.

Gelişen zaman içinde çalışma şartlarında değişiklik yapma ihtiyacının doğduğu değişikliklerin yapılabilmesi işverenin yönetim hakkı ile doğrudan alakalıdır¹⁸⁴. İşveren, işletme riskini üstlenen kişi olarak işletmesel karar verme özgürlüğüne sahiptir. Bu işletmesel karar sonucu iş sözleşmesinin feshedilmesi söz konusu olabileceği gibi, başka tedbirlerin de alınması mümkün olabilir. Kısa çalışma, tarafların anlaşması ile ücretsiz izin, ödünç iş ilişkisi, işyeri nakli ve iş türü değişikliği, çalışma süresinin değiştirilmesi, işyeri

¹⁸¹ Taşkent, Yönetim, s.43-44. Arıcı, Yönetim Hakkı, s.164. Erdemir, s.59. Doğan, s.185. Hunold, s.345.

¹⁸² Erdemir, s.190.

¹⁸³ Y.9.HD. 25.3.2010, E.2008/22933, K.2010/7945. www.kazanci.com Aynı yönde, ALPAGUT, Gülsevil: İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/9, 49-64, s.50.

¹⁸⁴ Uşan, s.217.

uygulamalarının değiştirilmesi gibi yollar çalışma şartlarında değişiklik teşkil eden işletmesel karar örnekleridir¹⁸⁵.

İş Kanununun hem iş güvencesinin kapsamındaki işçilere hem de iş güvencesi kapsamında olmayan belirsiz süreli çalışan işçilere uygulanacak¹⁸⁶ “Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi” başlıklı 22. maddesi “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.” biçimindedir. Öncelikle belirtilmelidir ki tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını değiştirmesi durumunda işverene tek taraflı bir yetki verilmediği için 22. maddenin 2. fıkrası çalışmamız kapsamında ele alınmayacaktır.

Öğretideki çoğunluk görüşüne göre bu hükümden anlaşılan, işverenin esaslı olmayan değişiklikleri tek taraflı bir biçimde yapabileceği, işçinin rızasına ihtiyaç duymayacağı; ancak esaslı değişiklikler bakımından İK’nın 22. maddesindeki süreci izlemesi gerektiğidir¹⁸⁷. Bu konuda öğretilde çoğunluk görüşünün ortak paydası esaslı olmayan değişikliklerin işverenin tek taraflı iradesiyle yapılabileceği olsa da, ileri sürdükleri gerekçeler birbirinden farklıdır. Bir görüşe göre İK’nın 22. maddesinde belirtilen esaslı olmayan değişiklikleri yapabilme yetkisi işverenin emir ve talimat verme hakkının kapsamına girmez, onu aşan, ondan daha üst bir yetkidir. Zira emir ve talimat verme hakkı iş sözleşmesine dayanarak iş görme edimini somutlaştırma amacındayken, esaslı olmayan değişiklik sözleşmeyi doğrudan değiştirme sonucunu doğurmaktadır¹⁸⁸. Bu konuda bir

¹⁸⁵ Alp, İş Sözleşmesi, s.191-232. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.49. Alpagut, s.55. AYDIN, Ufuk: Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi, , SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2011, S.23, s.22-36, s.23. Manav, s.140.

¹⁸⁶ Süzek, s.701. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.84. Uşan, s.215.

¹⁸⁷ Başbuğ, İş Hukuku, s.64. Engin, İşletme, s.98. Arıcı, Yönetim Hakkı, s.169. Şen, s.71. Süzek, s.702. Alp, İş Sözleşmesi, s.112. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, s.390.

¹⁸⁸ Alp, İş Sözleşmesi, s.112.

başka görüş ise İK'nın 22. maddesinde belirtilen esaslı olmayan değişiklikleri yapabilme yetkisinin yukarıdaki görüşün tam aksine emir ve talimat verme hakkına dâhil olduğu, ancak işverenin emir ve talimat verme hakkının kapsamını genişlettiği kanaatindedir¹⁸⁹. Bu hükmün yorumlanmasında çoğunluk görüşün aksine öğretilerdeki başka bir görüşe göre ise, hükümden anlaşılan, iş sözleşmesinin esaslı olmayan tarzda değiştirilmesinin de tarafların anlaşmasına bağlı olduğu, fakat kanunda özel şekil şartı öngörülen hususlar hariç, bu değişiklik anlaşmasının zımni irade beyanları ile de kurulabileceğidir¹⁹⁰.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturan haller konusunda kesin ve mutlak ölçüler belirlenmesi mümkün değildir. Her somut olayın özelliği göz önünde tutularak işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığı saptanmalıdır. Bir başka ifadeyle esaslı değişiklik her somut olayda ayrı tespit edilmelidir¹⁹¹.

İşin görülmesi açısından önem arz etmeyen ve doğrudan işin ifası ile ilgili olmayan koşullar esaslı olmayan koşullar olarak değerlendirilebilir. Sözelimi işçinin çalıştığı kat, çalışma masası, havalandırma sistemi esaslı olmayan unsurlardır¹⁹². İşçinin çalıştığı katın, çalıştığı odanın, çalıştığı masanın, işyerine yemek veren firmanın değiştirilmesi, işçinin daktilo yerine bilgisayarla çalışması gibi değişiklikler esaslı olmayan, işverenin tek taraflı bir biçimde üzerinde talimat verme yetkisinin bulunduğu hususlardır¹⁹³. Esaslı unsur ve esaslı değişiklik aynı anlama gelmemekle birlikte bu sayılan örnekler bakımından esaslı olmayan unsurlarda yapılacak değişiklikler aynı zamanda esaslı olmayan değişiklik niteliği de göstermektedir¹⁹⁴.

Esaslı değişikliğin ifade ettiği anlam incelendiğinde işçinin gördüğü işin değiştirilmesi¹⁹⁵, ücrette yapılacak azalma yönlü değişiklikler¹⁹⁶, işyerinin değiştirilmesi¹⁹⁷

¹⁸⁹ Engin, İşletme, s.96. BAŞTERZİ Süleyman; Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, 2005, 53-94, s.60-61. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.19.

¹⁹⁰ Baycık, s.160.

¹⁹¹ Şen, s.25. Alp, İş Sözleşmesi, s.115. Aydın, s.24.

¹⁹² Şen, s.25.

¹⁹³ Şen, s.115.

¹⁹⁴ Şen, s.26.

¹⁹⁵ Arıcı, Yönetim Hakkı, s.172. Alp, İş Sözleşmesi, s.192-193. Süzek, s.705. Şen, s.123-126. Erdemir, s.117-119. Uşan, s.217. Doğan, s.171. Baycık, s.176. Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.29. Taşkent, Yönetim, s.119.

¹⁹⁶ Uşan, s.225. Baycık, s.175. Alp, İş Sözleşmesi, s.204-215. Aydın, s. 24 vd. Şen, s.150. Süzek, s.704.

¹⁹⁷ Arıcı, Yönetim Hakkı, s.173. Uşan, s.237 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. UŞAN M. Fatih; İşyeri Uygulaması- İşverenin Yönetim Hakkı-İşyerinin Değiştirilmesi-Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi-Bildirimli Fesih-İhbar ve Kıdem Tazminatı, (Karar İncelemesi), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2, 1999, 391-406. (İşyeri Uygulaması), s.401 vd. Alp, İş Sözleşmesi, s.191 vd. Doğan, s.177 vd. Şen, s.134

ve çalışma sürelerinin değiştirilmesi¹⁹⁸ konularının esaslı değişiklik teşkil ettiği görülmektedir. İşverenin çalışma koşullarını değiştirme kararı geçerli bir işletmesel karara dayanmalı ve değiştirme önerisi bu işletme gereğinin sonucu olmalıdır. Bu anlamda işverenin kararının nedeni ve amacı salt çalışma koşullarını değiştirmek olamayacaktır¹⁹⁹. İşveren işçisinin çalışma koşullarını belirleme ve bunları değiştirme yetkisini Kanunda belirtilen sınırlara uygun olmak kaydıyla elinde tutmaktadır. İş sözleşmesinin tarafı olan işveren dışında bir başka kimsenin işçinin çalışma şartlarını belirlemesi, değiştirmesi ve bu konularda işçiye doğrudan emir ve talimat vermesi durumlarında, bu kimsenin işçi üzerinde işveren yetkileri kullandığından bahsedilebilecektir.

3.5. Denetleme ve Gözetleme Yetkisi

İşin yapılması esnasında işverenin işçi üzerinde bir denetim yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkinin membaı işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisidir. Dolayısıyla bağımlılık unsuru işverene işçiyi gözetleme ve denetleme yetkisi vermektedir²⁰⁰. Madalyonun diğer yüzünde ise ancak bir işçinin üzerinde işveren tarafından gözetleme ve denetleme yetkisi kullanılabilirliği görülmektedir. Nitekim bir Yargıtay Kararına muhalefet şerhinde de bu husus benzer bir biçimde “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.”²⁰¹ şeklinde ifade edilmiştir.

İşverenin işyerinde güvenliği sağlması için, verilen hizmet ya da üretilen ürünün kalitesinin standartlara uygunluğunu denetlemesi için, işyerinde meydana gelen hırsızlık, rakip şirketlere bilgi sızdırılması gibi olumsuz durumların önüne geçebilmesi için işverene bir gözetim ve denetleme yetkisi tanınmaktadır²⁰². İşyerinde çalışanların işverenin emir ve talimatlarına ve diğer kurallara uyup uymadığını denetleme hakkı, yönetim hakkını

vd. Süzek, s.706. İREN, Ertan: İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisini İş Sözleşmesiyle Saklı Tutmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.19, Eylül 2010, 74-87, s.84. Aydın, s.25. Manav, s.141.

¹⁹⁸ Şen, s.146. Erdemir, s.122. Uşan, s.242. Ayrıntılı bilgi için bkz. Alp, İş Sözleşmesi, s.194 vd.

¹⁹⁹ Alp, İş Sözleşmesi, s.182.

²⁰⁰ Başbuğ, İş Hukuku, s.125. Doğan, s.73.

²⁰¹ Y.HGK. 16.11.2016, E. 2016/9-1414 K. 2016/1072 sayılı karara muhalefet şerhinden.

www.lexpera.com.tr

²⁰² Erdemir, s.168-169.

tamamlayan bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰³. Bu nedenle işçinin talimatlara uyma, itaat borcunun karşılığında işverene bir denetim hakkı tanınmakta, işçiye de bu denetime katlanma borcu şeklinde ikinci bir borç daha yüklenmektedir²⁰⁴.

İşverenin işçi üzerinde denetim yetkisini haiz olmasını sağlayan çeşitli menfaatleri bulunmaktadır. İlk olarak, ekonomik hayatın bir aktörü olan işverenin olumlu yönde ekonomik gelişmeye ilişkin menfaati doğrultusunda, işyerindeki sermaye değerlerinin korunması, işyerinin güvenliği, işyeri organizasyon ve verimliliğinin artışı, kalitenin artırılmasının sağlanması, işyeri elektronik iletişim sisteminin güvenliğinin sağlanması, işyeri sırlarının korunması gibi nedenlerle işçi üzerinde denetleme yetkisini kullanabilecektir²⁰⁵. İkinci olarak, işverenin, işçisinin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcunu düzgün ifa edip etmediğini ve yasal yükümlülüklerine uyup uymadığını denetleme konusunda menfaati bulunmaktadır. Buna göre işveren işçisinin işe gelip gelmediğini, ne kadar süreyle çalıştığını, talimatlara uyup uymadığını, sadakat yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini denetlemek isteyebilecektir²⁰⁶. Üçüncü olarak, geniş anlamda işçiyi koruma ve gözetme borcu olan işverenin, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından da işçilerini denetlemek yükümlülüğü bulunmaktadır²⁰⁷. Zira iş sağlığı ve güvenliği bakımından doğabilecek tehlikelerde işveren, verilen zarardan hukuki ve cezai olarak sorumludur²⁰⁸. Son olarak işveren, işçisinin diğer işçileri üzerindeki davranışlarını kontrol etmek ve adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında üçüncü kişilere verebilecekleri zararı önlemek bakımından da işçilerini denetleme hakkını haizdir. Bunun sebebi işverenin, işçilerinin verdikleri zarardan hukuki ve cezai olarak sorumlu tutulabilmesidir²⁰⁹.

İşverenin işyerinde önleme amaçlı veya tespit amaçlı denetim yapması mümkündür. Önleme amaçlı denetimde, işveren, işçide oluşan baskı sayesinde işçinin görevlerini yapmasını sağlamak ve hem sözleşmeye aykırılık niteliğinde hem de suç niteliğinde girişimlerde bulunmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Tespit amaçlı denetimde ise, işçinin

²⁰³ Erdemir, s.20.

²⁰⁴ HOZAR N. Nağme; Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, Yıl 2, S. 7, 199-207, s.202.

²⁰⁵ Okur, s.24.

²⁰⁶ Okur, s.24. Aynı yönde, Doğan, s.158.

²⁰⁷ Süzek, s.437. Okur, s.24.

²⁰⁸ Okur, s.25.

²⁰⁹ Okur, s.101.

sözleşmeye aykırılık veya suç niteliğindeki davranışlarına ilişkin somut şüphe halinde ispat vasıtası olması hedeflenmektedir²¹⁰.

İşverenin denetim hakkının varlığı kabul edilmesine rağmen herhangi bir hukuki düzenlemede açık bir şekilde yer almamıştır. Bu husus daha ziyade işverenin denetim yetkisinin sınırları bağlamında düzenlemelere konu olmuştur²¹¹. Ancak öğretide işverenin üretim ve hizmet kalitesinde bir sorun yaşamadan ekonomik varlığını sürdürmek konusunda menfaatinin dayanağı olarak öncelikle Anayasanın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. maddesi ve “Mülkiyet Hakkı” başlıklı 35. maddesi gösterilmektedir. Bu anlamda işverenin denetim hakkının anayasal dayanakları girişim özgürlüğü ve mülkiyet hakkıdır²¹². Girişim özgürlüğü kapsamında işverenin işletmesi ile ilgili aldığı kararların uygulanma sürecini ve çalışanlarını denetlemesi işverenin bir hakkıdır. Mülkiyet hakkı gereğince de işveren, sahip olduğu malların hırsızlığa ve kötü niyetli kullanımına karşı koruma maksatlı olarak ve işyerinde kullandığı elektronik iletişim araçlarının (internet, e-posta, telefon, bilgisayar vb.) işçiler tarafından hukuka aykırı veya özel amaçla kullanımının engellenmesi amacıyla işyeri ve işçileri üzerinde denetleme hakkına sahip olacaktır²¹³.

İşverenin denetim hakkının anayasal dayanağı dışında hukuki dayanakları olarak, işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu, işçinin sadakat borcu ve işçinin düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu gösterilebilecektir. Bunlardan ilki olan işverenin işçiyi koruma borcu bir taraftan işverenin denetim hakkının bir taraftan ise denetim yükümlülüğünün hukuki dayanağını oluşturur²¹⁴. Zira işveren, işçinin hem iş sağlığı ve güvenliği açısından dar anlamda, hem kişiliğinin korunması açısından geniş anlamda bir koruma ve gözetme borcuna sahiptir²¹⁵. Bunun için gerekli önlemleri almak ve bu önlemlere uyulup uyulmadığını denetlemek yükümlülüğüne de sahip olduğu kabul edilmelidir²¹⁶.

İş sağlığı ve güvenliğinde işverenin denetim hakkı bakımından üçlü iş ilişkilerinde özellikli bir durum gözlenmektedir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile geniş bir şekilde işçilerin esas işverenleri dışında, koruma sahası içinde buldukları işverene de o işçiler

²¹⁰ Okur, s.25.

²¹¹ Okur, s.28.

²¹² Okur, s.30.

²¹³ Okur, s.32.

²¹⁴ Okur, s.32.

²¹⁵ Süzek, s.437.

²¹⁶ Okur, s.34.

bakımından koruma ve gözetme borcu yüklendiği için, işçi üzerinde denetim yetkisini kullanabilecek olan işverenler yalnızca sözleşmenin tarafı olan işverenle sınırlandırılmamaktadır.

Nitekim benzer bir biçimde asıl işverenin alt işveren işçileri üzerinde birtakım denetim yetkilerinin olmasının doğal olduğu Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Yargıtay konu ile ilgili bir kararında²¹⁷ asıl işverenin alt işveren işçileri üzerinde müteselsil sorumluluğu nedeniyle bazı konularda denetim yetkisinin bulunmasını olağan karşılamıştır.

İşverenin denetim hakkının bir diğer hukuki dayanağı ise işverenin verdiği emir ve talimatlara işçinin uyması anlamında itaat borcudur. İşçinin işverenin aldığı işletmesel kararlara ve bunlara dayanarak verdiği emir ve talimatlara gereği gibi uyup uymadığını denetlemek konusunda işverenin sahip olduğu menfaat denetim hakkının dayanağını oluşturacaktır²¹⁸. Bu anlamda işçinin internet ve e-posta kullanımının denetlenmesi ve işverenin işçiye sunduğu teknoloji araçlarını taraması işverenin emir ve talimat verme hakkının kapsamında değerlendirilmektedir²¹⁹.

Öğretide tartışmalara konu olmuş olan kapı kontrolü de esasında işverenin denetim yetkisi kapsamında işverenin talimat verebildiği konular arasındadır. İşçinin üzerinin ve eşyalarının aranması hem hırsızlığın önlenmesi hem işyerinde güvenliğin sağlanması ve korunması amacıyla kabul edilmektedir²²⁰. Burada işçi bakımından kişi özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan bir davranışla karşılaştığı için, onayının alınması zorunluluğu vardır. Ancak kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık gibi daha üstün bir menfaatin varlığı halinde işçinin onayı alınmaksızın kapı kontrolüne maruz kalması söz konusu olabilecektir²²¹. Kapı kontrolüne ilişkin prensipte belirlenen esasların aynı biçim

²¹⁷ “İdari ve teknik şartnamelerde yüklenicinin eleman seçiminde ve değişikliğinde idarenin uygun görüşünü alacağı, görev yerlerinin yüklenicinin bilgisi olmadan değiştirilmemesi, yıllık izin kullanma sürelerinin belirlenmesi konusunda idarenin bilgisi ve isteği doğrultusunda hareket edilmesi gibi düzenlemeler yer almakta ise de asıl işverenin denetim yetkisi, işyeri güvenliği ve işçilik alacaklarına karşı müteselsil sorumluluğu nedeniyle bu tür düzenlemelere yer vermesi olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle sözü edilen hükümler alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını göstermez.” Y.9.HD. 15.10.2009, E. 2009/33243, K. 2009/25652. www.kazanci.com

²¹⁸ Okur, s.35-36.

²¹⁹ ÖKTEM SONGU Sezgi; İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme, Sarper Süzek’e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2011, s.1057-1098, s.1072.

²²⁰ Öktem Songu, s.1073. Süzek, s.377.

²²¹ Öktem Songu, s.1073. Süzek, s.377.

araçlarının denetimi, kontrolü bakımından da geçerlidir²²². Bu vesile ile belirtilmelidir ki, işverenin işçi üzerindeki denetim yetkisinin hukuki dayanaklarından biri de işçinin kişilik haklarına müdahale niteliğinde olan elektronik gözetleme, kapı denetimi gibi uygulamalarında işçinin denetime ilişkin vereceği onaydır²²³.

Hukukumuzda işverenin denetim yetkisini kullanırken izleyebileceği denetim yöntemini gösteren bir düzenleme bulunmamaktadır²²⁴. Ancak bu yetkinin elbette ki polisiye amaçlarla olmaması gerektiği belirtilmektedir²²⁵. İşçinin işverenin denetim yetkisi kapsamında yapacağı kontrol ve gözetlemelere katlanma yükümlülüğü, temel hak ve özgürlükleri bağlamında bir sınırının olması şartı ile mümkündür²²⁶. Öğretide Medeni Kanununun 24. maddesi bu anlamda bir ölçü olarak gösterilmektedir. İlgili hüküm, “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*” şeklindedir. Bu halde işveren sadece iş sağlığı güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek için işçinin rızasına gerek kalmadan teknolojik ve elektronik araçlarla denetim, gözetim yapabilir. Çünkü burada artık daha üstün nitelikte kamusal yarar bulunmaktadır²²⁷.

3.6. Disiplin Cezası Verme Yetkisi

Disiplin cezasının tarafı olmak bakımından işyerinde disiplin hukukunun en önemli vazife yüklediği taraf işverendir. “*Ancak, gelişen işletme teknikleri bakımından işyerinde örgütlenmenin yeniden yapılanmasına bağlı olarak işveren kavramında da değişiklikler yaşanmaktadır*”²²⁸. Bu nedenle işverenin kim olduğunu tartışmak bakımından önemli olan bir mesele de işverenin yetkilerini tartışmaktır. İşverenin işçi üzerinde kullandığı en önemli yetkilerden biri de disiplin cezası verme yetkisidir.

Hukukumuzda disiplin cezaları ile ilgili bazı hükümler (İK md. 18,71, 25/2, TBK.md. 20 vd) yer alsa da genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak toplu iş

²²² Öktem Songu, s.1073.

²²³ Okur, s.37.

²²⁴ Okur, s.21.

²²⁵ Erdemir, s.168.

²²⁶ Okur, s.27.

²²⁷ Erdemir, s.171.

²²⁸ Başbuğ, Disiplin, s.183.

sözleşmelerinin eklerinde veya iç yönetmeliklerde bu konu düzenlenmektedir²²⁹. İşverenin işçiye verdiği hukuka uygun talimatlara işçinin uyması itaat borcunun kapsamında kalmaktadır. Şayet işçi verilen talimatlara uymazsa yaptırım olarak disiplin cezası uygulanması ile karşı karşıya kalabilecektir. Bu anlamda disiplin cezası uygulama yetkisi yönetim hakkının bütünleyici bir unsuru olarak kabul edilmektedir²³⁰. Yargıtay kararlarında da disiplin cezası uygulama yetkisi işverenin yönetim hakkı kapsamında görülmektedir²³¹.

İşverenin işçiye disiplin cezası verebilmesi için bunun hukuki bir dayanağının bulunması, cezanın ancak işyeri düzenini ve disiplinini sağlamak amacıyla verilebilecek olması, işçinin kusurlu bulunması ve verilen cezanın kaynaklar hiyerarşisine göre bir üst normun öngördüğünden daha ağır olmaması gerekir²³². Disiplin cezasına konu olan olaylar soyut bir şekilde formüle edilmiş ve açıkça tanımlanmış olmalıdır. Vurgulanmalıdır ki yalnızca işyeri çalışma düzeninin ihlali disiplin cezasının konusu olabilir. İş sözleşmesinin ihlali disiplin cezasını gerektirecek bir yaptırıma tabi tutulamaz²³³.

İş Hukukunda uyarı, kınama, ücretten kesme, prim ve ikramiyelerden mahrumiyet, yükselmenin durdurulması(terfi ettirmeme), sözleşmenin askıya alınması, rütbe indirimi, işin veya işyerinin değiştirilmesi, disiplin amaçlı rotasyon, işten geçici uzaklaştırma, fesih gibi çeşitli disiplin cezası uygulamaları bulunmaktadır²³⁴.

İşyerlerinde bir disiplin kurulu kurulmasına ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak toplu iş sözleşmeleri ile genellikle disiplin cezalarının disiplin kurullarınca verileceği öngörülmektedir²³⁵. İşçi ve işveren temsilcilerinin eşit sayıda katıldığı bu kurula başvurmaksızın işverenin derhal fesih hakkını kullanması durumunda

²²⁹ Süzek, s.137. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.596.

²³⁰ Erdemir, s.63.

²³¹ "İş hukukunda işverenin düzenleyici işlemlerde bulunmasını zorlayıcı nitelikte karar verilmesi olanağı yoktur. Mahkemece davacıya verilen ihtar cezası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin, hatalı olduğunun karar yerinde belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, terfinin yapılması ve intibakının gerçekleştirilmesi şeklinde hüküm kurularak işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması, iş hukukunun ilkeleri ile bağdaşmaz." Y.9.HD. 14.5.1996, E. 1996/1014 K. 1996/10093.

²³² Süzek, s.138-139.

²³³ Başbuğ, Disiplin, s.58.

²³⁴ TAŞKIN Ahmet; İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi ve Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.25, Mart 2012, 60-91, s.72. Süzek, s.137. Başbuğ, Disiplin, 147 vd.

²³⁵ Taşkın, s.88. Başbuğ, Disiplin, s.216. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.599.

feshin haksız veya geçersiz sayılması söz konusu olabilecektir²³⁶. Ancak bu konuda Yargıtay kararları istikrarlı değildir, farklı görüşlerde kararları da vardır²³⁷.

3.7. İş Sözleşmesini Fesih Yetkisi

“Çalışma hakkı ve ödevi” başlıklı Anayasamızın 49. maddesine göre “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” Bu halde işverenin iş sözleşmesini sona erdirmek yönündeki işletmesel kararları ile işçinin çalışma hakkı çatışabilecektir. Bu hakkın karşılıklı sınırlarının ölçülülük ilkesi çerçevesinde ve yasayla çizilmesi gerekmektedir. İşletmesel karar özgürlüğünün ve denetiminin ne ölçüde sınırlandırılacağı ülkeden ülkeye değişen bir hukuk politikası meselesidir²³⁸.

İş sözleşmesinin feshi hakkı, kaynağını işverenin teşebbüs özgürlüğünden almakta ve işletmesel karar alma özgürlüğünün amacı ile sınırlı bir yetkiye bürünmektedir²³⁹. İşletme gereklerine dayanan bir fesih daima işverenin makro veya mikro bir ekonomik olaya karşı tepkisini ifade eden bir işletmesel karara dayanır²⁴⁰. Bu anlamda yargı kararlarında ifade edildiğinin tersine feshin bir işletmesel karar olduğunu değil, işletmesel kararın amacının gerçekleşmesini sağlamak için uygulanan bir işletmesel tedbir olduğu görüşü de bulunmaktadır²⁴¹. Alman doktrininde de işletme gerekleri ile feshin bir işletmesel karara dayanması gerektiği ancak feshin kendisinin bir işletmesel karar olmadığı, alınan işletmesel kararın sonucu olduğu belirtilmektedir²⁴².

²³⁶ Süzek, s.139,142.

²³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.812 vd.

²³⁸ Engin, İşletme, s.28. Tulukçu, s.135.

²³⁹ Engin, İşletme, s.1. Erdemir, s.45.

²⁴⁰ Kılıçoğlu, s.41.

²⁴¹ Astarlı, s.83.

²⁴² HERGENRÖDER Curt Wolfgang; KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, Rn.287. ULRICH, Christoph /VOSSSEN, Reinhard; § 43 Ordentliche Kündigung, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Herausgegeben von Wilhelm Moll, 3. Auflage 2012, Rn.116.

İşletmesel kararlar kural olarak yargı denetimi dışındadır²⁴³. İşveren kendi zararına yahut yetersiz kararlar vermiş olsa dahi hâkim işverenin yerine geçerek karar alamaz ve belli yönde karar vermesini gerektiren dolaylı hüküm tesis edemez. İşverenin kararı ekonomik açıdan mantıksız olsa dahi yargı bunu denetleyemez. Hukuk eğitiminin işletme yönetimini tartışmaya olanak tanıyan bir nitelik taşımadığı da açıktır²⁴⁴. İşletmesel kararların yargı denetimine tabi olmaması ilkesi iş sözleşmelerine etkisi oranında yumuşatılmış, ölçülülük ilkesi ve TMK'nın 2. maddesi bağlamında bir denetimin söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Ancak işverenin aldığı karar mantıksız dahi olsa tutarlı ve kararlı bir biçimde uygulanıyorsa dürüstlük kuralına aykırı olduğu söylenemeyecektir²⁴⁵. İşveren işletmesel karar alırken ve bu kararları uygularken iyiniyet kurallarına uymak zorundadır. Kararın hakkın kötüye kullanılması sınırlarında olup olmadığının tespiti yargısal denetimle ortaya çıkacaktır²⁴⁶. Yargı denetimi işletme yönetiminin nasıl daha iyi ve daha doğru olacağını belirlemek haline dönüşemez²⁴⁷. Ancak işletmesel kararların asla denetlenmeyeceği şeklinde bir sonuç da yanlış olacaktır. Örneğin yardımcı işlerde alt işverenlik kurulmasının sebepleri ve gerekliliği denetim dışı kalsa da, alt işverenlik ilişkisinin hukuka uygun, dürüst ve tutarlı olup olmadığı (muvaazalı olup olmadığı) ciddi bir denetime tabidir²⁴⁸.

İş sözleşmesinin feshi dayanağını Anayasanın 48. maddesinden alan sözleşmeyi fesih özgürlüğü içinde değerlendirilmektedir²⁴⁹. İş sözleşmesinin feshi işverenin aldığı işletmesel kararın sonucu olarak uygulanabilir. Türk hukukunda işletme gerekleri nedeniyle işverenin feshi özel düzenlemelere konu olmuştur. İşletmesel bir kararın sonucu olarak iş sözleşmesinin feshi işverenin yetki alanında olduğundan belirli hususlar haricinde yargı denetimine de tabi tutulamayacaktır. Münhasıran işverence veya işveren tarafından temsil yetkisi verilen işveren vekillerince kullanılabilen iş sözleşmesini fesih yetkisi işveren olmaya tanınan en güçlü yetkidir.

²⁴³ Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, s.35.

²⁴⁴ Ulrich/Vossen, Rn.130.

²⁴⁵ Engin, İşletme, s.63. Astarlı, s.83. BAŞBUĞ Aydın; İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul 2007. (Uyarlanma), s.113.

²⁴⁶ Özveri, s.47. Kılıçoğlu, s.43.

²⁴⁷ Alp, İşletme Gereklere, s.95.

²⁴⁸ Y.9.HD. 1.3.2010, E.2009/41740, K. 2010/5295. www.kazanci.com

²⁴⁹ TAŞKENT Savaş: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, s.161-204. (Karar 2009), s.189.

4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İŞVEREN KAVRAMI

4.1. Anglo Amerikan Hukukunda

Amerikan hukukunda işçi ve işverenin tanımı net değildir ve kanundan kanuna farklılık gösteren yuvarlak bir kapsamı vardır²⁵⁰. Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından da işveren, hiçbir zaman açık ve net bir biçimde tanımlanamamıştır²⁵¹. Ancak genel olarak işveren, bir işletmenin sahibi ve yöneticisi olan bir kişi veya grup olarak tanımlanmaktadır²⁵². İşçi ve işveren kavramları farklı mevzuatlarda farklı tanımlandığından bir belirsizlik söz konusudur²⁵³. Bu da mahkemelerin işçi ve işverenin kim olduğunu tespit edebilmek bakımından çeşitli testler uygulamasını zorunlu kılmaktadır²⁵⁴.

Adil Çalışma Standartları Kanunu- FLSA (Fair Labor Standards Act 29 U.S.C. § 202(d)) da işveren, “işçi ile ilgili doğrudan veya dolaylı olarak işveren şeklinde davranan kişi” olarak tanımlanmaktadır. Burada kişi (person) kavramının birey, ortaklık, dernek, şirket, işletme tröstü-ortaklığı (business trust), yasal temsilci veya kişilerden oluşan herhangi bir organize grubu kapsar şekilde geniş anlaşılması gerektiği belirtilmekte ve işverenin tanımı nev-i şahsına münhasır bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Şekilci veya common law tanımlarıyla sınırlı bir işveren kavramı kabul edilmemekte; çözüm odaklı liberal bir şekilde yorumlanmaktadır²⁵⁵. Hatta Amerikan Yüksek Mahkemesi, iş ilişkisinde edimlerden sorumlu tarafların kimler olduğunun herhangi bir gizlemeye maruz kalmaksızın belirlenmesi niyetiyle, FLSA’ nın işçi-işveren ilişkisini diğer kanunlardan da daha geniş yorumladığını belirterek, bu kanundaki işveren tanımının herhangi bir kanundaki en geniş tanım olduğunu ifade etmektedir²⁵⁶.

Medeni Haklar Yasası- CRA (Civil Rights Act of 1964 § 701(b), 42 U.S.C. § 2000e(b), (f) (2012)) ise işvereni, “*Ticareti etkileyen bir endüstriye giren ve mevcut veya önceki takvim yıllarında yirmi veya daha fazla takvim haftasının her iş günü için on beş*

²⁵⁰ WEARS, Katherine Hannan/ FISHER, Sandra L.; Who is an Employer in the Triangular Employment Relationship? Sorting Through the Definitional Confusion, Employee Responsibilities and Rights Journal, (2012) Vol. 24, pp. 159–176, s.161.

²⁵¹ Rubinstein, s.635.

²⁵² Rubinstein, s.633

²⁵³ Wears/Fisher, s.169.

²⁵⁴ Wears/Fisher, s.161.

²⁵⁵ Burch, s.402.

²⁵⁶ Burch, s.403. Aynı şekilde NLRA da da işçi ve işveren kavramının çok geniş biçimde düzenlendiğine ilişkin Becker, s.1538.

veya daha fazla çalışanı bulunan bir kişi ve bu tür bir kişinin herhangi bir temsilcisi” olarak tanımlamaktadır. Bu Kanunun kapsamına girebilmek bakımından 15 veya daha fazla işçi çalıştırmak gerekmektedir.

Amerika’da bugünkü iş yasalarının pek çoğunun atası olarak kabul edilen²⁵⁷ Ulusal İş İlişkileri Kanunu-NLRA (National Labor Relations Act 29 U.S.C. § 152(2). Başlık VII, 42 U.S.C. § 2003(b)) işvereni değil, işveren temsilcisini tanımlayarak “*doğrudan veya dolaylı olarak bir işverenin vekili olarak hareket eden herhangi bir kişi işverendir*” ifadelerini kullanmaktadır.

Amerikan Engelliler Kanunu- ADA (Americans with Disabilities Act 42 U.S.C. § 12111(4))’da işveren, ticareti etkileyen bir endüstride onbeş veya daha fazla çalışanı olan bir kişi ... ve böyle bir kişinin herhangi bir temsilcisi olarak tanımlanmaktadır.

İstihdamda Yaş Ayrımcılığı Kanunu- ADEA (Age Discrimination in Employment Act 29 U.S.C. § 630(b)) ise işvereni, ticareti etkileyen bir endüstride yirmi veya daha fazla çalışanı olan bir kişi olarak tanımlamaktadır.

İşçi Emeklilik Gelirleri Güvenliği Kanunu- ERISA (Employee Retirement Income Security Act 29 U.S.C. § 1002(5)) da yer alan işveren tanımı ise, doğrudan bir işveren olarak veya dolaylı olarak bir işverenin menfaatine davranan herhangi bir kişi, şeklindedir.

Amerikan hukukunda işvereni tanımlayan son düzenleme ise Aile ve Tıbbi İzin Kanunu- FMLA (Family and Medical Leave Act 29 U.S.C. § 2611(4)) da yer almaktadır. Bu düzenleme de işvereni ticarete veya ticareti etkileyen bir endüstride 15 veya daha fazla çalışanı olan bir kişi şeklinde tanımlamaktadır.

Sözleşmesel olarak doğrudan bir işveren ilişkisinin bulunmadığı bazı hallerde de işverenliğe dair sorumluluklar yüklenen yargı kararlarının sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Geleneksel olarak işveren olarak tanımlanamayan ancak bir istihdam ilişkisine önemli ölçüde müdahale eden, bir şekilde denetim yapan, iş hukuku mevzuatı ile sorumluluk altına sokulan bu kimseler için öğretilerde “işveren benzeri” kavramı da kullanılmaktadır²⁵⁸. Burada işveren ve işveren benzeri kavramlarını tanımlayabilmek için önce işçi kavramını

²⁵⁷ Rubinstein, s.630.

²⁵⁸ Rubinstein, s.611.

irdelemek gerekmektedir. Ancak "işçi" kavramını tanımlayabilmek bakımından da yasalar karışıklık içinde olduğundan işveren kavramındaki belirsizlik şaşırtıcı olmamalıdır²⁵⁹.

İngiliz hukukunda ilk adım olarak, işveren, iş hukuku amaçları bakımından basitçe "iş sözleşmesinin diğer tarafı" olarak (işçinin karşı tarafı) tanımlanabilir. Bu tanım hiçbir yerde mevzuatta veya ortak hukukta açıkça belirtilmemiştir, ancak "çalışan", "işçi" ve "iş sözleşmesi" terimlerinin tanımlandığı kanun hükümlerinden çıkarılabilir²⁶⁰. Bu sözleşmeye dayalı tanımın yasal açıdan işverenin ne olmadığını hatırlatmak bakımından bir önemi vardır. İşverenin hukuki anlamı, 'işletme' ya da 'organizasyon'un sosyolojik ya da ekonomik sınırları ile eş anlamlı olmadığı gibi işyeri, yani çalışmanın yapıldığı fiziksel alanla da eş anlamlı değildir. İşverenin kimliği kısmen organizasyon ve işyeri sınırları göz önüne alınarak belirlenebilir. Fakat bu mahkemenin dikkate alabileceği faktörlerden sadece biridir ve sözleşmenin yorumundan tamamen aksi yönde bir karar da verilebilir²⁶¹.

İşverenin kim olduğu sorusuna İngiliz öğretisinin verdiği cevap genellikle, ekonomik ve kişisel bağımlılık kime karşı ise işveren odur, şeklindedir²⁶². Ancak İngiliz hukukunda da öğretilerde iş hukukunun kişisel kapsamının belirlenmesi bakımından iki taraflı bir sözleşmenin tarafı olarak işçiden hareket etmek yerine işveren kavramını da kapsayan geniş bir bakış açısının benimsenmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁶³. Bu süreçte işçi kavramındaki gelişmelerle birlikte, işverene bağımlı işçiden otonom işçiye doğru bir değişim süreci de başlamıştır. Bu kavramsal değişim işveren cephesinde de olmuş ve hem işçi hem işvereni tanımlarken oldukça heterojen gruplar oluşmuştur. Zira farklı işverenler işçiye işi nerede, ne zaman, nasıl yapacağına dair talimatlar verebilmeye başlamışlardır. Nitekim işçinin işini yaptığı yer olan işyeri kavramı da bu değişimlerden nasibini alıp bir organizasyon halini almış ve böylece iş hukukunun temel kavramlarında genişleme anlamında bir değişim olmuştur²⁶⁴. Çelişkili bir düzen yaratan mevcut işveren kavramları yerine İngiliz öğretisinde işveren kavramını daha işlevsel bir biçimde "istihdam ilişkilerinin yürütümünde karar verici rol oynayan, iş hukukunun her bir alanında işveren olarak düzenlenmiş kişi, kişiler kombinasyonu" olarak tanımlamak önerilmektedir²⁶⁵.

²⁵⁹ Rubinstein, s.606.

²⁶⁰ DEAKIN Simon; The Changing Concept of the "Employer" in Labour Law, Industrial Law Journal, Vol.30, No.1,Mart 2001, p.72-84, s.73.

²⁶¹ Deakin, s.73.

²⁶² Davidov, s.738.

²⁶³ PRASSL Jeremias; The Concept of the Employer, Oxford 2015, s.1.

²⁶⁴ Prassl, s.3-4.

²⁶⁵ Prassl, s.6.

Sözleşmede işveren olarak kimin tanımlandığı değil, işçi üzerinde kontrolün kimde olduğu ve işçinin ekonomik ve kişisel bağımlılığının kime karşı olduğu önemlidir²⁶⁶. İşverenin muhakkak kendisine hizmet edilen ya da hizmeti talep eden kişi olması gerekmez. Bu durum açıkça *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries* ([1940] AC 1014) kararının sonucunda gösterilmektedir²⁶⁷. Ancak pür sözleşmeye dayalı bir analiz, temel amacı koruyucu mevzuatın uygulanmasını önlemek olan işverenlere güçlü teşvikler sağlayıp düzenlemeleri dolanma teşebbüslerine sebebiyet verebilir²⁶⁸. Burada getirilen öneriler radikal değildir. İşverenin kim olması gerektiği (should) kimler olabileceği (could) temeli üzerine inşa edilmektedir²⁶⁹. İş hukukunun değişen yapısına uyum sağlamak için işveren kavramının da işlevsel bir biçimde yeniden ele alınması fikri tüm dünyada olduğu gibi İngiltere’de de tartışılmaktadır. Bu konudaki eğilim iş hukukunun ana hatlarını kaybetmeden işveren kavramında işlevsel bir genişletmeye gitmek yönündedir. Zira bu konuda katı bir tutum sergilemek işçilerin korunmasında aleyhe olacaktır²⁷⁰.

Mahkemeler 2000’li yılların başında lafzi yoruma dayalı kararlar vermekteydiler. Örneğin İngiliz hukukunda Engellilere Karşı Ayrımcılık Yasasının kapsamına girebilmesi için o işyerinde en az 15 işçinin çalışması gerekir. *Colt Group Ltd. v Couchman*(2000 ICR 327) kararında olduğu gibi dünya çapında 40 tane bağlı şirketi olan bir ana şirkette çalışan bir işçinin açtığı davada, ana şirketin 7 işçisi vardır. Mahkeme kararında ilgili şirketlerin de işveren kapsamında değerlendirilerek işverenin kapsamının genişletilemeyeceğine, ana şirketin işçinin işvereni olduğuna ve orada çalışan sayısı da 15’in altında kaldığından işçi bakımından Engellilere Karşı Ayrımcılık Yasasının kapsamında olduğundan söz edilemeyeceğine hükmedilmiştir²⁷¹. Mahkemelerin mevcut yaklaşımlarının ötesine geçme konusundaki isteksizliklerinin bir nedeni, yasal yoruma karşı hâkim yaklaşımın bir kanun hükmünün diğerine amaçsal nedenlerle kıyas yoluyla uygulanmasının kanun dışı görülmesidir. Bu nedenledir ki örneğin eşit muamele mevzuatı çerçevesinde sözleşmeli çalışanların haklarını tanımlama konusundaki geniş yaklaşım, grup şirketlerin yükümlülüklerini tanımlama konusunda paralel bir biçimde genişletilemez²⁷². Fakat artık mahkemelerin bu yaklaşımı yumuşamakta ve değişmektedir. Amaçsal nedenlerle kıyasın önü açılmaktadır. Kanunların işveren konusunda yeterince açık

²⁶⁶ Davidov, s.738-739.

²⁶⁷ Deakin, s.73.

²⁶⁸ Deakin, s.75.

²⁶⁹ Prassl, s.10.

²⁷⁰ Prassl, s.11.

²⁷¹ Deakin, s.78.

²⁷² Deakin, s.79.

olmadığı durumlarda amaçsal yaklaşımla kanunlara müdahale etmek mümkün olabilecektir²⁷³. Bu bakış açısıyla işveren tanımına işlevsel yaklaşımla “koordinasyon, risk, hakkaniyet” olarak sıralanabilecek üç kriter getirilebilir. Koordinasyon kriteri, işveren kavramını merkezi yönetim yetkilerinin kullanılması ile ilişkilendirir. Dolayısıyla işverenin sorumluluğunu da yönetsel kontrolün varlığı ile tespit eder. Kontrol testinde esas alınan yönetsel kontrol işveren, işçi ve işletme kavramlarının hukuki tanımının özünü oluşturur. Zira işçinin sadakatle ve bağımlı olarak işini görmesi gereken işyeri de işverenin yönetsel kontrolünü kullandığı yerdir²⁷⁴. Özellikle iş sağlığı ve güvenliği hukukunda, işçi temsilciliği konusundaki kanunlarda işveren yönetsel kontrolle ilişkilendirilmektedir. Bu sayededir ki işverenin yükümlülükleri sözleşmeye dayalı bağın ötesine uzanmakta olup işçinin korunması kapsamında işveren tanımı mümkün olduğunca genişletilmektedir²⁷⁵.

İkinci ölçüt olan “risk” ölçütü ise, işletmeyi tanımlamak için tamamlayıcı bir temel oluşturur. Altta yatan fikir, işletmenin işsizlik, gelirden kesinti ve işle ilgili yaralanma ve hastalık riskleri de dâhil olmak üzere bazı ekonomik ve sosyal riskleri absorbe etme ve yaygınlaştırma mekanizması olarak çalışmasıdır. Riskleri bu yönde yayma mekanizmaları arasında gelir vergileri ve ulusal sigorta katkı sistemleri bulunmaktadır. İstihdam ilişkisinin kapsamı dışına çıkan ilişkiler, farklı vergi ve sosyal sigorta rejimlerine tabidir. Geleneksel iş hukuku işveren tanımında “koordinasyon” ve “risk” işlevlerini birleştirir. Bir işletmeyi yöneten işveren bundan doğan sosyal riskleri de üstlenir. Ancak artık işveren kavramı tanımlanırken bu sürecin parçalandığı, koordinasyonu gerçekleştirenle riski üstlenenin farklı olabileceği gerçeğinden hareket edilmektedir. Örneğin ajanstan işçi kiralama koordinasyonu, işçiyi ödünç alan işverende iken; risk, ajansta ve bireysel olarak işçide kalmaktadır²⁷⁶.

Pür sözleşmesel yaklaşımın ötesine geçen işveren tanımında üçüncü kriter ise, “hakkaniyet” fikrine atıfta bulunmaktadır. Bu kriter, işletmelerin eşit muamele ilkesinin uyulması gereken alanlar olduklarını ifade eder. Yukarıdaki örnekten hareket edildiğinde ajans çalışanlarının işçiyi kiralayan işverenin çalışanlarıyla aynı muameleyi görmesi

²⁷³ Deakin, s.79.

²⁷⁴ Deakin, s.79.

²⁷⁵ Deakin, s.80.

²⁷⁶ Deakin, s.80.

gerektiğini ifade eder. Zira işletmesel koordinasyon ile eşitlik birlikte yürümesi gereken ilkelerdir²⁷⁷.

Anglo Amerikan Hukukunda işverenin tanımlanmasında sadece, “iş sözleşmesinde işçinin karşı tarafı” penceresinden bakılırsa yeni gelişmelerle ortaya çıkacak sorunların açıklığa kavuşturulamayabileceği savunulmaktadır. O halde işveren kavramını izah için farklı bir bakış açısı ile başka kavramlara tabi tutulmadan, bizatihi işverenin kendi özellikleri belirlenmek suretiyle tanımlama yoluna gidilmelidir. Bu anlamda bu hukuk sisteminde esas değerlendirilen iş sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafı olmak dışında hangi özelliklerin bir kişiyi işveren kıldığıdır.

4.2. Alman, Fransız ve İsviçre Hukukunda

İşveren kavramı pek çok ülkede yeterince tartışılmamıştır²⁷⁸. Avrupa Birliği hukukunda da işverenin kim olduğu sorusu üzerinde çok durulmamıştır²⁷⁹. Bu düzenlemelerden “bireysel iş sözleşmesi” ifadesine yer veren Brüksel I Tüzüğü’nde de “işveren” kavramı tanımlanmadığı gibi, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından işveren kavramının yorumlanması konusunda herhangi bir rehber de henüz bulunmamaktadır. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, 'işveren' terimi özerk bir kavramdır²⁸⁰. Roma I ve Brüksel I tüzüklerinin “işveren” kavramı ile ifade etmeyi amaçladığı kişi ise kural olarak iş sözleşmesinin karşı tarafı olan gerçek veya tüzel kişidir²⁸¹. Çoğu durumda bireyin sözleşme yaptığı gerçek ya da tüzel kişi açıkça onun işvereni olsa da, daha karmaşık düzenlemelerde (örneğin taşeronluk zincirleri) işverenin kimliği her zaman o kadar açık görülemez²⁸². Nitekim tek bir işverenin organizasyonunda ve onun kontrolü altında çalışan işçileri bakımından işverenin kimliğini belirlemek herhangi bir soruna yol açmasa da işverenin fonksiyonlarının bölündüğü çoklu tüzel kişiliklerde ve üçlü iş ilişkilerinde işverenin kimliği ve sorumlulukları bir problem haline gelmektedir²⁸³.

²⁷⁷ Deakin, s.82.

²⁷⁸ Prassl, s.15.

²⁷⁹ BARNARD Catherine; EU Employment Law, Fourth Edition, Oxford 2012, s.155.

²⁸⁰ Practice Guide, Jurisdiction and applicable law in international disputes between the employee and the employer, s.10., http://ec.europa.eu/justice/civil/files/employment_guide_en.pdf Erişim Tarihi: 20.7.2017.

²⁸¹ GRUŠIĆ Uglješa; The European Private International Law of Employment, Cambridge 2015, s.83.

²⁸² Barnard, s.155.

²⁸³ Grušić, S.84.

Bu soruna Avrupa Birliği hukukunda iki yanıt verilmektedir. İlk olarak, bazı durumlarda Mahkeme, tüzel kişilik perdesini kaldırarak durumun esasına, gerçekte ne olduğuna bakmaktadır. Albron kararı²⁸⁴ buna iyi bir örnek teşkil eder. Bu kararda çalışanın ana şirketi (Heineken) ile bir sözleşmesi vardır, ancak ilgili çalışan bir Heineken yan kuruluşu için çalışmak üzere işe alınmıştır. Bağlı ortaklığın faaliyetleri Albron'a devredildiğinde Mahkeme, sözleşme ana şirketle bağitlanmasına rağmen bağlı ortaklığın devreden olduğunu ve 2001/23 sayılı Direktifin kural olarak uygulanacağını belirtmiştir. Mahkemece, 2001/23 sayılı Direktifin 3/(1). maddesi uyarınca devir tarihinde bir iş ilişkisinin bulunması şartının sağlanabilmesi bakımından, Birlik yasama organının zihninde, çalışanların 2001/23 sayılı Direktifin verdiği korumadan yararlanabilmesi için, devreden ile sözleşmeye dayalı bir bağlantının her koşulda gerekli olmadığı belirtilmiştir. 2001/23 sayılı Direktifte, iş sözleşmesi ile iş ilişkisi arasındaki ilişkinin yerel düzeyde belirlenebileceği ve işverenlerin çokluğu durumunda, sözleşmeli işverene sistematik olarak daha fazla ağırlık verilmesi gerektiği gibi bir açıklığın bulunmadığı belirtilmektedir²⁸⁵.

İşverenin kim olduğu sorusuna verilen ikinci yanıt, belirli bir kişinin, yasal anlamda işveren olmasa bile işçilerin çalışma haklarını kullanmalarını sağlamakla yükümlü olduğu şeklinde değerlendirilmektir. Örneğin, taşeronluk zincirlerinde bazı üye devletler asıl işvereni kendi yüklenicilerinin yükümlülüklerinden birlikte sorumlu kılmıştır. Böyle bir sistem asıl işverenleri alt işverenlerinin iş mevzuatına uygunluğunu izlemeye teşvik etmesi bakımından da kabul edilmektedir²⁸⁶.

Güncel gelişmelere bakıldığında Avrupa Birliği hukukunda öğretilde, “bireysel iş ilişkisi” ifadesinin artık bağımlı kendisi çalışanları (*dependent self employed workers*) ve işveren sorumluluklarının atfedildiği çoklu işverenlik ilişkilerini de kapsayan bir biçimde geniş yorumlanmaya başlandığı görülmektedir²⁸⁷.

Alman ve Fransız Hukukunda işveren kanunen tanımlanmamıştır²⁸⁸. İçtihatlar ve doktrinde de işveren konumuna pek çok hak ve yükümlülük bağlanmasına rağmen alışlagelmiş bir tanım bulunmamaktadır. Bununla birlikte genel olarak işveren, işçi

²⁸⁴ C-242/098 Albron Catering v. FNV Bondgenoten and John Roest (2010) ECR I-000.

²⁸⁵ Barnard, s.155.

²⁸⁶ Barnard, s.155.

²⁸⁷ Grušić, S. 89.

²⁸⁸ BOETZKES Marie-Theres; Die Konzernmutter als Arbeitgeberin im französischen Recht, Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Band. 87, Frankfurt am Main 2015, s.3. Preis, Rn. 183. VENEZIANI Bruno; The Employment Relationship, The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004, Editörler: Bob Hepple, Bruno Veneziani; North America, 2009, s.101.

kavramı üzerinden dolayı bir biçimde, işçi çalıştıran kimse şeklinde ifade edilmektedir. Sözleşmenin karşı tarafı olarak işveren görüldüğü için, işverenin tespitinde bağlantı da mevcut bir iş sözleşmesi olmaktadır²⁸⁹. İşverenin gerçek veya tüzel kişi olması fark etmezken, işyerinin maliki olması da aranmamaktadır²⁹⁰. İş hukukunda belirli bir sosyal koruma seviyesinin oluşturulması için Alman kanunlarının, işçi kavramına odaklandığı, işverenin ise tamamlayıcı bir kavram olarak negatif bir şekilde bir iş ilişkisinin bulunduğu her yerde, işçiyi çalıştıran kişi olarak tanımlandığı belirtilmektedir. O halde işveren, iş sözleşmesi ve iş ilişkisinin diğer tarafı, sözleşmeyle işçiyi yönlendiren ve işçiye talimat veren, işçinin iş görme ediminden faydalanan ve işçinin sözleşmeden doğan yükümlülükleri kendisine karşı yerine getirmesi gücü verilen kişidir. İşçiyi yönlendiren ve komuta yetkisine sahip olanın kim olduğu konusu, işverenin tanımlanması için belirleyici önemdedir. Çünkü bütün konsept işçi kavramından gelmektedir ve "işçi" kişisel bağımlılık referansına göre tanımlanmaktadır²⁹¹.

Alman İş Mahkemeleri Kanununda işçinin bir tanımı bulunmakla birlikte, işveren tanımlanmamıştır. Açıkça işverenin tanımlanmadığı Almanya'da Federal Alman İş Mahkemesinin (BAG) kararlarına göre işveren, bir işçiyi veya Alman İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesinde tanımlanan işçi benzeri kişileri istihdam eden kişidir. Bir diğer ifadeyle işveren tanımı işçi tanımından dolayı olarak elde edilebilmektedir ve buna göre işveren, en az bir işçi veya işçi benzerini çalıştıran gerçek veya tüzel kişidir. İşçi ise içtihatlarda "*özel hukuk sözleşmesi kapsamında başka bir kimseye hizmet veren ve kişisel bağımlılık ilişkisi içerisinde olan ve başkaları tarafından belirlenen işleri talimatlara göre yapmakla yükümlü olan kimse*" olarak tanımlanmaktadır. Ancak bağımlılık kavramının da kanuni bir tanımı yoktur. Alman Medeni Kanununun (BGB) 611. maddesinin 1. fıkrasına göre bir işçi ile işverenin arasında bir ilişkinin varlığının kabulü için gerekli önkoşul, işçinin iş sözleşmesi uyarınca iş görmekle yükümlü olmasıdır. İşveren bir gerçek veya tüzel kişi olabildiği gibi, birden çok gerçek veya tüzel kişi de olabilir (dolaylı işveren örneğindeki gibi). Ancak ortaklık bileşimi olarak konzern²⁹² işveren olarak görülmez. Sözleşme ilişkisi ana şirketle, yavru şirketle veya her ikisi ile olabilir²⁹³.

²⁸⁹ Boetzkes, s.3. Preis, Rn. 183.

²⁹⁰ Preis, Rn.183-184.

²⁹¹ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415
Erişim Tarihi 25.07.2017.

²⁹² Konzern, hukuken bağımsızlıklarını koruyan fakat ekonomik karar verme özgürlüğünü, yöneten şirketin talimatlarına hasreden teşebbüslerin, ortak bir yönetme ve yönlendirme gücü altında birleştiği ünitelerdir.

O halde Alman hukukunda işveren, temel olarak sözleşmeye dayalı bir kavramdır. Geçen yüzyılın yirmili ve otuzlu yıllarında, "katılma teorisi" adı verilen daha gerçekçi ve kurumsal bir konsept hâkimdi. Bu teoriye göre iş ilişkisi bir sözleşmenin varlığına bağlı değil, işçinin bağımlı işgücünü organizasyona dâhil etmesine bağlıdır. Bu fikirleri ilerletmek için Alman hukukçu Nikisch, "işverenin işlevsel kavramı" ("funktioneller Arbeitgeberbegriff") ifadesini geliştirmiştir. Yazar, öngördüğü işlevleri mali yükümlülükler, kişisel yükümlülükler ve sorumluluklar olarak sınıflandırmış ve özellikle yönetim ve koruma yükümlülüklerine önem verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu teori sözleşmeye dayalı modern iş hukukundan daha çok statü hukukuna hitap eden bir teoridir. Bu teori bile Anglo Sakson hukukundaki gibi sözleşmenin tarafı olmayıp, yalnızca yönetim hakkını gerçekte kullanan kişiyi işveren olarak görece kadar ileri gitmemiştir. Fakat Nikisch, bu teoride, bir işçinin birkaç işvereni olabileceğini ve işveren pozisyonunun işlevlerinin bölünebileceğini savunmaktadır. Şu anda baskın olan sözleşme teorisi ise, tam tersine, sadece bir kişiyi işveren olarak tanır; ki o da iş sözleşmesine taraf olandır. Sözleşmeye dayalı teoriye göre, işverenin kimliği taraflarla da ilgili bir konudur ve bir işveren, orijinal sözleşmedeki tarafların rızası olmadan ve yeni işverenin rızası olmaksızın, yeni işveren olarak ilişkiye dâhil olamaz. Bununla birlikte, sözleşmeden kaynaklı yetkilerin kullanılması, özellikle de emir talimat verme ve denetleme hakkı, işveren işlevlerinin çeşitli kişiler arasında paylaşılabilmesi fikrine engel olmaz²⁹⁴.

Alman hukukunda bireysel iş hukuku dışında da işverenin kim olduğu tartışması üzerinde durulmuştur. Sosyal güvenlik katkı paylarının hesaplanması ve ödenmesi yükümlülüğünü belirlerken de "işveren" in kim olduğu sorusu önem kazanır. Çalışanlarını kayıt ettirme yükümlülüğü (§ 28a SGB IV) olan ve işçilerin yansırı kendi adına katkı paylarını ödemekle yükümlü olan kişi, yasal işveren olup, bu kişi iş sözleşmesinin tarafı olan kişidir. Öte yandan, çalışanlar için yasal kaza sigortası, "girişimciler" (§ 136 III SGB VII) bakımından öngörüldüğünden, burada yükümlü olan, bu katkılardan doğrudan veya dolaylı olarak kâr sağlayan kişidir.

BOYACIOĞLU Cumhuriyet; Konzern Kavramı, Ankara 2006, s.1. BARLAS Nami; Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 2012, s.228.

²⁹³ULRICH Christoph; § 77 Das Urteilsverfahren, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht 4. Auflage 2017, Rn.1. MÜLLER, Knut; German Labour Court Procedure- Alman İş Mahkemeleri Usulü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 / İstanbul, 39-88, s.44 ve 70. Preis, Rn. 183. Boetzkes, s.182.

²⁹⁴ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415
Erişim tarihi 25.07.2017.

Gelir Vergisi Kanununa göre (§§ 38 ff EStG), işçi çalıştıran, işçinin ücretine gelir vergisi kaydedilmesi ve ödenmesinden sorumludur. İşçi çalıştıran, iş sözleşmesinin tarafı işveren olarak anlaşılmaktadır. Katma Değer Vergisi ödemesi yükümlülüğü ise § 2 UStG'de düzenlendiği haliyle, işletmenin ekonomik yönetimiyle ilgili bir konu olduğundan, işçinin işgücünden faydalanmakla alakalı olmadığından girişimcinin üzerindedir.

Alman toplu iş hukukunda toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilecekler işveren veya işveren sendikalarıdır. Burada da işveren “iş sözleşmesinin resmi olarak tarafı” olan kişidir. İşveren vekilleri tarafından diğer çalışanların istihdam edilmesi, işe alınması veya işten çıkarılması onları işveren yapmaz. Bunları yalnızca, işverenin delege edilen yetkilerini temsil yoluyla kullandığını gösterir²⁹⁵.

Alman ve Fransız hukuklarında olduğu gibi İsviçre hukukunda da işverenin tanımı herhangi bir kanuni düzenleme ile değil, öğretici görüşleri ile şekillenmiştir. Buna göre işveren, bir özel hukuk sözleşmesi altında, iş organizasyonunda başka bir kişiyi çalıştıran kişidir²⁹⁶. Bu kendi iş organizasyonu veya üçüncü bir şahsın iş organizasyonu olabilir. İşverenin aynı zamanda girişimci olması gerekmediği gibi işyerinin maliki olması da gerekmez. İşveren olan bir kişi aynı anda üçüncü bir kişinin işçisi olarak çalışıyor olabilir. Ayrıca çalışmanın geçerli bir iş sözleşmesi temeline dayanıp dayanmadığı da önemli değildir. Zihinsel olarak rahatsız olan bir kişinin işvereni de bir işverendir. Yalnızca gerçek kişiler değil, kamu veya özel hukuk tüzel kişileri de işveren olabilir. Ancak burada kamuda da iş ilişkisinin özel hukuk altında kurulması önemlidir²⁹⁷. İsviçre hukukunda da yönetim hakkının hamili olan somut işveren ve iş görme ediminin alacaklısı soyut işveren ayrımı yapılmaktadır²⁹⁸. Ancak Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da yönetim hakkı esas alınarak işverenin tanımlanması yoluna gidilmemektedir.

²⁹⁵ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415

Erişim tarihi 25.07.2017.

²⁹⁶ Rehbinder, s.29.

²⁹⁷ Rehbinder, s.30.

²⁹⁸ Rehbinder, s.30.

İKİNCİ BÖLÜM

BİRLİKTE İŞVERENLİK KAVRAMI

İşveren, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmaktadır. Ancak birlikte işverenlik kavramı hukukumuzda herhangi bir mevzuatta düzenlenmiş değildir. Bununla beraber Yargıtay kararlarında ve öğretilerde birlikte işverenlik tanımlanmaktadır. Literatürde İngilizce “co-employment” yahut “joint employer” olarak uluslararası alanda kabul gören, Almanca’da ise “Mitarbeitgeberschaft” olarak ifade edilen kavramın Türkçe karşılığı öğretilerde “birlikte işverenlik” olarak kabul edilmektedir. Fakat Yargıtay kararlarında aynı müessese “birlikte istihdam” kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹⁹.

Çalışmanın bu bölümünde öncelikle Türk hukukunda birlikte işverenlik tanımının doktrinde ve yargıda nasıl biçimlendiği üzerinde durulacaktır. Ardından özellikle Anglo Amerikan hukuku başta olmak üzere karşılaştırmalı hukukta birlikte işverenlik tanımı mercek altına alınacaktır. Gelişen hukuk düzeninde, işveren tanımındaki değişime paralel olarak birlikte işverenlik tanımı da gelişmektedir. Nihayet çalışmanın hazırlık aşamasında fark edilmiştir ki dünya üzerindeki küreselleşen yalnızca ekonomi değildir, hukukta da gelişmiş ülkelerin diğer ülkeler üzerinde etkisi her dönemkinden daha fazladır. Çalışmalarımız doğrultusunda, gelişen dünya düzenine ülkemizin ayak uydurabilmesi ve hakkaniyete uygun bir biçimde ihtiyaçların karşılanabilmesi için, birlikte işverenlik tanımının da Türk hukukunda anlaşıldığından daha farklı bir biçimde anlaşılması gerektiği kanaati tarafımızda hâsıl olmuştur. Bu nedenle çalışmada bir “birlikte işverenlik” tanımı oluşturulması hedeflenmektedir. Olan hukuk bağlamında olası çözüm yolu bulabilmek için çalışmamız kapsamında çeşitli teoriler ele alınacaktır. Bu teoriler; fiili sözleşme ilişkileri, haksız fiil teorisi, contra legem hukuk yaratma teorisi, edimden bağımsız borç ilişkisi teorisi, güven sorumluluğu teorisi, kanun boşluğu, amaçsal genişletme teorisi şeklinde sıralanmıştır. Lakin bu başlıklar, yalnızca tezin kapsamı bakımından zorunlu olduğu ölçüde incelemeye tabi tutulmuştur. Zira her bir başlık ayrı onlarca monografik eserde incelenen dahi hakkında tartışılabilir konulardır. Bu hususlar incelenirken, kurmaya çalıştığımız

²⁹⁹ Kanımızca istihdam yalnızca iş hukukuna özgü bir kavram olmayıp, işçi çalıştırmaktan daha geniş bir anlama geldiğinden “birlikte istihdam” yerine, kavramı daha iyi ifade ettiğini düşündüğümüz “birlikte işverenlik” kavramının kullanılması daha uygun olacaktır. Çalışma kapsamında da birlikte işverenlik kavramı benimsenmiş ve kullanılmıştır.

birlikte işverenlik teorisine uygun olup olmadığı her konunun tartışılmasının ardından sonuçta kendisine yer bulmuş ve eleme bu şekilde yapılmıştır. Olan hukuk bağlamında çözüm yolu bulmaya çalıştığımız teorilerin irdelenmesinin ardından, olması gereken hukuk bağlamında ulaştığımız sonuçlar bir öneri şeklinde yansıtılacaktır.

1. TÜRK HUKUKUNDA BİRLİKTE İŞVERENLİK KAVRAMINA HUKUKİ YAKLAŞIMLAR

1.1. Öğretide Birlikte İşverenlik

Birlikte işverenlik; son yıllarda Yargıtay kararlarına sıklıkla konu olan, hakkında uygulamaya yansıyan sorunların olduğu, ancak henüz yasal düzenlemeye kavuşmamış bir konudur. Fakat böyle bir istihdam biçimi sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmektedir³⁰⁰. Birlikte işverenlik, hakkında çok az şey yazılıp çizilmiş olan öğreti görüşleri ve esasında bu görüşlerin de dayanağı olan yargı kararları tarafından şekillendirilmektedir.

Öğretide, işçi tarafı aynı olan, işveren tarafında ise birden fazla işverenin yer aldığı, bu işverenlerin işçi ile birbirini tamamlayan ve bir bütün oluşturan tek bir iş sözleşmesi/ilişkisi kurduğu istihdam tipine birlikte işverenlik denilmektedir³⁰¹. Başka bir ifadeyle “*işçinin, aynı iş sözleşmesi çerçevesinde aynı zamanda aynı mahiyette bir iş taahhüdünde bulunduğu birden fazla gerçek ya da tüzel kişi işverenin birlikte işveren olarak değerlendirilmesi icap eder.*”³⁰² Öğretide yapılan bir başka tanıma göre, bir işçinin, birbiriyle bağlı birden fazla işverene aynı anda doğrudan hizmet verdiği iş ilişkisine birlikte işverenlik denir³⁰³. Kanaatimizce birlikte işverenliğin kabulü bakımından iş sözleşmesi esas alınmamalı, işçi üzerinde kullanılan yönetim hakkının yoğunluğu ölçüt olmalıdır. Bir başka ifadeyle işveren gibi davranmaya sonuç bağlanmalıdır. Bu anlamda iş sözleşmesinin tarafı olan ve iş sözleşmesinin tarafı olmayan birlikte işveren şeklinde ikili bir ayırım yapılabilir. Bu halde öğretide de kabul edildiği gibi bir iş sözleşmesinin işveren tarafında birden fazla işverenin yer aldığı durumlarda birlikte işverenliğin varlığı

³⁰⁰ Süzek, s.158.

³⁰¹ Süzek, s.158.

³⁰² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.197.

³⁰³ EVREN Öcal Kemal; Birlikte İstihdam Kavramı, Terazi Hukuk Dergisi, S. 49, Yıl 5, Eylül 2010, 73-80, s.74.

hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce bir işçi ile işveren arasında iş sözleşmesinin bulunduğu, bir başka kimsenin ise arada iş sözleşmesi olmasa da işçi üzerinde işveren yetkilerini yoğun bir şekilde kullandığı durumlarda da birlikte işverenlik söz konusu olmalıdır.

Birlikte işverenlikte sözleşmenin işçi tarafının karşısında birden fazla işveren yer alsa da ortada hukuken tek bir iş ilişkisi ve tek bir iş sözleşmesi mevcuttur³⁰⁴. Birlikte işverenlikte işçinin iş görme borcunun tüm işverenlere karşı aynı mahiyette olması gerektiği de belirtilmektedir. Buna göre işçi her bir işverene karşı farklı bir iş görme borcu üstleniyorsa ortada birlikte istihdam yoktur³⁰⁵. Öğretide birlikte işverenliği, işçinin bir işverenin işyerinde çalıştığı halde, başka bir işverenin işçisi sayıldığı haller arasında gören bir görüş de vardır³⁰⁶. Ancak bu görüşe göre de birlikte işverenlikte işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi bulunmaktadır. Ücretin veya sosyal güvenlik priminin işverenlerden yalnızca biri veya birkaçı tarafından ödenmesi birlikte işverenlik durumuna etki eden bir husus değildir³⁰⁷.

Birlikte işverenler işçi ile ayrı ayrı iş sözleşmeleri kurabilecekleri gibi, tek bir iş sözleşmesi de kurabilirler³⁰⁸. İşçinin aynı iş sözleşmesi içinde birden fazla işverene karşı iş görme borcunu yüklenmesi, TBK'nın 206. maddesinin izin verdiği üzere, ikinci işverenin ilk işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesine katılması yoluyla da gerçekleşebilir³⁰⁹. Tam da bu noktada vurgulanmalıdır ki, öğretideki tanımlardan anlaşıldığı kadarıyla, bizim görüşümüzden farklı olarak birlikte işverenlerin işçi ile sözleşmesel bir bağının bulunması aranmaktadır. Aralarında iş sözleşmesinin bulunmadığı kişiler arasında işçi- birlikte işverenlik ilişkisi de öğretide tarafından kurulmamaktadır. Öğretide bunu açıkça ifade etmek bakımından önemli olan bir görüşe göre *“işçinin işverene olan bağımlılığının kaynağı iş sözleşmesi olduğundan işverenin tek bir kişi olması ile birden fazla kişi olması arasında bir fark bulunmamaktadır”*³¹⁰.

³⁰⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.197. Süzek, s.158. Evren, s.77. KOÇ Sedef; İş Hukukunda Birlikte İstihdam, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 107–108, Temmuz – Ağustos 2013, 177-190 (Birlikte), s.179 ve 188.

³⁰⁵ Doğan, s.310-311.

³⁰⁶ ŞAKAR Müjdat; Birlikte İstihdam, Yaklaşım Dergisi, S. 233, Mayıs 2012, 150-155, s.150.

³⁰⁷ Şakar, s.150. ÇANKAYA Osman Güven/ÇİL Şahin; İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s.272.

³⁰⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.198. Süzek, s.159. ÇELİK Nuri; Grup Şirketlerinde İşçilerden Bir Kısımının Aynı Anda Birden Fazla İşverene Hizmet Vermesinden Doğan Sorun, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, Özel Sayı, 2014, 25-31. (Birden Fazla İşveren), s.26.

³⁰⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.201. Süzek, s.159.

³¹⁰ Doğan, s.313.

Yargı kararları incelendiğinde birlikte işverenlik uygulamasının daha çok şirket grupları içinde değerlendirildiği görülmektedir. Ancak birlikte işverenlik için şirket grubu içinde yer almak gibi bir zorunlu unsur bulunmamaktadır. Burada esas aranılan “birlikte işverenlerin, işçi ile olan ilişkilerini hukuken ayrı ayrı ilişkiler olarak değerlendirebilme olanağını ortadan kaldıracak şekilde işçi ile hukuki bir bağlantı içinde olmaları”dır³¹¹. Hukuki bağ ifadesi ile kastedilen, işverenlerin tek bir işveren gibi hareket ettiğini gösteren bir bağdır³¹².

Birlikte işverenlikte işçinin iş görme ediminin, işverenlerle ayrı ayrı kısmi süreli iş sözleşmelerinin varlığına imkân tanımayacak şekilde karışması, ayrıştırılmaması söz konusudur³¹³. Birlikte istihdam ve kısmi süreli iş sözleşmeleri ile birden fazla işverenin işçiyi çalıştırması birbirinden farklıdır. Birlikte istihdamın kısmi süreli iş sözleşmelerinden farkı öğretide şu şekilde açıklanmaktadır: Birlikte işverenlikte işveren grubunu oluşturanlar işçi karşısında bir bütün olarak tek bir işveren durumundadır. Kısmi süreli iş sözleşmeleri ile birden fazla işverenin işçiyi çalıştırmasında ise işçi ile ayrı ayrı iş ilişkileri kurmuş birden fazla işveren bulunmaktadır³¹⁴.

Öğretide birlikte işverenlik için yalnızca işçi ile işverenler arasında değil, işverenlerin kendi arasında da bir hukuki bağlantının bulunması gerektiğini belirten bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşte, işveren kavramının dar yorumlanması gerektiği ve ancak birbiriyle bağlantılı işverenlerin birlikte işveren olabileceği belirtilmektedir³¹⁵. Birlikte işverenliğin söz konusu olabilmesi için en az iki işverenin işçiyi çalıştırması ve bu işverenlerin arasında bir bağ bulunması gerektiği ifade edilmektedir³¹⁶. Bu bağ ticari veya yönetsel olabileceği gibi işverenler arasında bir sözleşme ile de oluşabilir. Yönetsel bağa örnek olarak holdingler, şirket grupları verilmektedir. Burada aynı yönetim organizasyonunun çatısında bulunma durumu söz konusudur. Ticari bağa ise farklı tüzel kişilerin bir araya geldiklerini kamuoyuna ilan ettikleri ve bu yönde davrandıkları, birbirlerinin ticari alacaklarını tahsil ettikleri, eleman ve müşteri değiştirdikleri durumlar örnek olarak verilmektedir³¹⁷. Yargıtay kararlarından hareketle birden fazla apartmana

³¹¹ Süzek, s.159. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.198. Çelik, Birden Fazla İşveren, s.26.

³¹² Doğan, s.312.

³¹³ Süzek, s.158. Evren, s.77. Koç, Birlikte, s.178. Çelik, Birden Fazla İşveren, s.26. Çankaya/Çil, s.271.

³¹⁴ Çelik, Birden Fazla İşveren, s.26. Süzek, s.158.

³¹⁵ Evren, s.74.

³¹⁶ Evren, s.75.

³¹⁷ Evren, s.75.

kapıcılık yapması için bir işçinin işe alındığı durumda apartmanlar arasındaki protokol, işverenler arasındaki bağ olarak gösterilmektedir³¹⁸.

Birlikte işverenliğin üçlü iş ilişkisi olup olmadığı da tartışılması gereken hususlar arasındadır. Öğretide, bizim de sonucu itibariyle katıldığımız, birlikte işverenliği kendine özgü bir istihdam biçimi olarak tanımlayan ve konunun üçlü iş ilişkileri kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirten bir görüş bulunmaktadır. Birlikte işverenliğin üçlü iş ilişkisi değil, kendine özgü bir istihdam biçimi olduğu sonucuna katılmakla birlikte yazarın bu sonuca ulaşırken ileri sürdüğü gerekçelere ise katılmamaktayız. Yazara göre, üçlü iş ilişkilerinde tarafların sayısı üç iken, birlikte işverenlikte işveren tarafında iki kişinin yer alması zorunluluğu yoktur; işveren sayısı ikiden fazla da olabilir. Yazarın birlikte işverenliği üçlü iş ilişkisi olarak görmemekteki bu gerekçesini isabetli bulmamaktayız. Zira bu kavram birbirinden farklı hukuki statüde üç tarafı ifade etmektedir. Birlikte işverenlikte ise işveren tarafı tektir. İşveren tarafında kaç kişinin yer aldığına önemi bulunmamaktadır. Ancak dört işveren bir işçiyi birlikte çalıştırdıklarında hukuken ortada beşli iş ilişkisi olmayacaktır. Sözleşmede daima iki taraf bulunmakta olup, sözleşmeye katılan kişi sayısı ne kadar artarsa artsın iki taraflı olma durumu devam eder³¹⁹. Bir tarafta birlikte işverenler diğer tarafta ise işçi yer alacaktır. Zira hukuken ortada tek bir iş ilişkisi bulunmaktadır. Bu yazarın ileri sürdüğü bir diğer gerekçe ise, üçlü iş ilişkilerinde bir işverenin işçinin ediminden doğrudan yararlandığı, diğer işverenin ise dolaylı olarak yararlandığı bir durum söz konusu iken, birlikte işverenlikte işveren tarafların tamamının işçinin ediminden doğrudan yararlanmasıdır³²⁰. Kanımızca yazarın bu gerekçesi de isabetli değildir. Zira yazar tarafından da üçlü iş ilişkisi olarak kabul edilen alt işverenlik, ödünç iş ilişkisi konularında da hem asıl işveren hem de ödünç alan işveren işçinin ediminden doğrudan yararlanmaktadır. Asıl işverenin ve ödünç alan işverenin işyerinde, bu işverenlerin işinin görülmesi söz konusudur. Bu nedenle asıl işverenin ve ödünç alan işverenin, işçiden dolaylı olarak faydalandığını savunmak kanımızca mümkün değildir. Ancak kanaatimizce de birlikte işverenlik üç tarafın söz konusu olduğu üçlü iş ilişkilerinden değil, işçi ve birlikte işverenler tarafından oluşan kendine özgü bir istihdam biçimidir.

Türk hukuk öğretisinde, yukarıdaki görüşten farklı gerekçelerle geçici (ödünç) iş ilişkisinin birlikte işverenlikten ayrı bir konu olduğu belirtilmektedir. Zira burada bir

³¹⁸ Evren, s.76. Koç, Birlikte, s.182.

³¹⁹ BAHTİYAR Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, 8.Bası, İstanbul 2014, s.15.

³²⁰ Evren, s.74.

işveren grubunun değil, tek bir işverenin söz konusu olduğu, işçinin fiilen iş görme edimini yerine getirdiği geçici işverenin hukuken işveren niteliği taşımadığı ifade edilmektedir³²¹. Birlikte işverenliğin klasik üçlü iş ilişkileri arasında sayılamayacağını paylaşan bir diğer görüşe göre ise, işçinin birden fazla işverene karşı dava açtığı durumlarda üçlü iş ilişkilerinin kapsamına girip girmediğinin öncelikle incelenmesi, girmediği tespit ediliyorsa işçi alacaklarının tahsili amacına uygun olarak organik bağ ya da birlikte istihdam durumunun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir³²².

Birlikte işverenlikte işverenler işçinin kanundan ve sözleşmeden doğan bütün haklarından TBK'nın 162. maddesi vd. hükümleri uyarınca işçiye karşı birlikte sorumludurlar³²³. İşçi işçilik alacaklarının tümünü birlikte işverenlerin her birinden talep edebilir³²⁴. Aynı zamanda her bir işveren de kanundan ve iş sözleşmesinden doğan haklara sahiptir³²⁵. Bir diğer ifadeyle birlikte işverenlik durumunda her bir işveren işçinin iş sözleşmesinden doğan haklarından birlikte sorumludur ve işçi de iş sözleşmesinden doğan borçlarını her bir işverene karşı yerine getirmelidir. Bu kısım ayrıntılı bir biçimde dördüncü bölümde incelenecektir. Tekrara düşmemek açısından burada ayrıntılı açıklama yapılmayacaktır.

1.2. Yargıtay İçtihatlarında Birlikte İşverenlik

1.2.1. Birlikte İşverenliğin Şartları Konusunda Yargı İçtihatları

Birlikte işverenlik konusu Yargıtay kararları ile şekillenmiş ve bugünkü formunu kazanmıştır. Yargıtay, birlikte işverenlik kavramı yerine “birlikte istihdam” kavramını kullanmayı yeğlemektedir. Bu iki kavramın aynı şeyi ifade ettiğine şüphe etmemek gerekir³²⁶. Yargıtay emsal kararlarında birlikte işverenlikle ilgili standart bir biçimde, “...Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet

³²¹ Süzek, s.159.

³²² Güzel, Karar 2010, s.282.

³²³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.198. Süzek, s.159.

³²⁴ Süzek, s.159.

³²⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.198.

³²⁶ Nitekim Yargıtay da bu iki ifadenin aynı kurumu işaret ettiğini belirtmektedir: “...birlikte istihdam edilip edilmediği, başka anlatımla birlikte işverenlik olgusu olup olmadığı belirlenmeli...”, Y.22.HD.

31.10.2013, E. 2012/27068, K. 2013/22993. www.kazanci.com

vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimin; işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik hizmetleri, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır.” ifadeleri ile işçilerin bir kısmının aynı anda birden fazla işverene birlikte hizmet gördükleri durumlarda birlikte işverenliğin söz konusu olduğunu kabul etmekte ve özellikle grup şirketlerde birlikte istihdamın görüldüğü birtakım alanları örnek göstermektedir.³²⁷

Birlikte işverenliği de tanımladığı bir başka kararında³²⁸ ise Yargıtay; “Birlikte istihdam bir işçinin aynı hizmeti, birbiri ile yönetsel, ticari veya sözleşmesel bir bağı bulunan birden fazla işverene sunmasıdır. Kısmi süreli çalışma gibi ayırım yapılması hangi şirkete ne kadar hizmet verdiği çalışma iç içe girdiğinden bilinmesi mümkün değildir. ...işçinin bütün şirketlere aynı anda hizmet etmesi halinde, ücret işverenlerin biri ya da birkaçı tarafından ödense veya sosyal sigorta primi diğer işverence yatırılsa bile birlikte istihdam söz konusudur.” şeklinde hüküm tesis ederek işverenler arasında bulunmasını aradığı ilişkileri de açıklamıştır.

Bu kararlardan çıkan sonuçlara göre birlikte işverenliğin kabulü için aranan şartların ilki, işçinin aynı anda tek bir iş ilişkisi ile birden fazla işverene hizmet vermesidir. İkinci şart bu işverenlerin yönetsel, ticari veya sözleşmesel olarak birbiriyle bağlantılı olmasıdır. Üçüncü şart ise işçinin çalışmasının iç içe geçmesi ve hangi işverene ne kadar çalıştığının ayrıştırılamamasıdır. Yargıtay’ın bu üç şarta ek başka ölçütler aradığı kararları da az sayıda olsa da bulunmaktadır.

³²⁷ Y.9.HD. 23.01.2007, E. 2006/29128, K. 2007/441. www.lexpera.com.tr Y.7.HD. 20.03.2013, E.2013/4486, K.2013/4000. (Yayımlanmamıştır.) Y.7.HD. 6.5.2013, E. 2013/15400, K.2013/8088.(Yayımlanmamıştır.) Y.9.HD. 6.4.2009, E. 2009/6959, K. 2009/9559. www.lexpera.com.tr Y.9.HD. 27.04.2012, E.2011/52005, K.2012/14750. (Yayımlanmamıştır.) Y.22.HD. 20.05.2014, E. 2013/19579, K. 2014/13390. www.lexpera.com.tr Y.22.HD. 07.05.2014, E. 2014/11448, K. 2014/11750. www.lexpera.com.tr

³²⁸ Y.7.HD. 6.5.2013, E. 2013/15400, K. 2013/8088. (Yayımlanmamıştır.)

1.2.1.1. Aynı Anda Tek Bir İş İlişkisi ile Birden Fazla İşverene İş Görülmesi

Yargıtay kararlarında birlikte işverenlik tesis edilebilmesi için aranılan şartların ilki tek bir iş ilişkisi ile birden fazla işverene hizmet verilmesidir. Yargıtay kararlarında birlikte işveren olabilmek için önce işveren olunması gerektiği ve işçinin birden fazla işverenlerin tümüne de hizmet vermesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu konuya ilişkin Yargıtay'ın bir kararında³²⁹ “Asıl önemlisi davalı B. Yatırım Sanayi ve Tic. A.Ş. hiçbir zaman işveren konumunda olmamıştır. Davacının işvereni A. Gazetecilik Matbaacılık A. Ş. olup diğer davalı gazetenin imtiyaz hakkı sahibi durumundadır. Her iki davalının davacı işçiyi birlikte istihdam ettikleri de kanıtlanabilmiş değildir. Böyle olunca davaya konu işçilik haklarından her iki davalının birlikte sorumlu tutulmuş olması doğru değildir.” denilmek suretiyle birlikte istihdamın tespiti bakımından öncelikle davalının işveren olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bir başka kararda³³⁰ ise “Somut olayda çözümü gereken konu, davacının fesih tarihinde davalı şirketle birlikte adı geçen şirkete aynı anda hizmet verip vermediği hususudur.” yönünde aynı anda birden fazla işverene hizmet edilip edilmediğinin tespiti yapılmıştır. Yine hizmetin her iki işverene birden ifa edilmesi gerektiği konusunda bir kararında Yargıtay³³¹; “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacı 20.2.2001 tarihinde dava dışı P... firmasında çalışmaya başlamıştır. P... firması ile davalı B. A.Ş. arasında 11.5.1998 tarihinde Yedekleme Danışmanlık Hizmetlerini kapsayan bir anlaşma yapılmıştır. Davalı B. A.Ş. tarafından ibraz edilen Personel Evaluation (Personel Değerlendirme) başlıklı belgede davacıya 19.2.2001-17.4.2001 dönemi için sicil verilmiştir. Davacının P... firması nezdinde geçen çalışması süresince emeğini B. A.Ş. için sarfettiği ortadadır. Davacının bu dönemde davalı B. A.Ş. ve dava dışı P... firması tarafından birlikte istihdam edildiği sabit olup davalının bu süre zarfındaki çalışması kıdem süresine eklenerek davacının kıdem tazminatı hüküm altına alınmalıdır.” ifadelerine yer vermiştir.

Yargı kararlarında genellikle tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum kuruluşlar üzerinden birlikte işverenlik tartışılrsa da, gerçek kişi işverenler de işçiyi birlikte işveren olarak çalıştırabilirler. Buna ilişkin bir kararında Yargıtay, baba oğul arasında birlikte işverenlik tesis etmiş ve bu şekilde hüküm kurmuştur. Yargıtay'ın ilgili kararına

³²⁹ Y.9.HD. 17.10.2006, E.2006/23829, K.2006/27512. www.lexpera.com.tr

³³⁰ Y.9.HD. 8.5.2007, E.2007/6150, K. 2007/14568. www.lexpera.com.tr

³³¹ Y.9.HD. 6.5.2010, E. 2008/27695, K. 2010/12571. (Yayımlanmamıştır.)

göre³³² “...davacı 2001 yılı sonuna kadar davalı R. Ali T., 2002 yılının başından itibaren ise diğer davalı H. T.’ya ait işyerinde çalışmış olarak gözükmektedir. Davalılar arasında baba oğul şeklinde akrabalık mevcuttur. Davalı tanığının işyerinin davalılara ait olduğu ve birlikte çalıştıkları yönündeki beyanı ile davacının iş sözleşmesinin baba R. Ali T. tarafından feshedilmesi karşısında davacının her iki davalı tarafından birlikte istihdam edildiği sabittir. Davacının tüm alacaklarından davalıların birlikte sorumlu tutulmaları gerekir.” demek suretiyle aradaki ilişkinin iş ilişkisi olması şartı ile hem babasının hem başka bir akrabasının işyerinde çalışan bir işçinin birlikte istihdam edildiği sonucuna varılmıştır.

Yargıtay’ın yukarıda zikredilen kararlarında vurgulanan hususları da kapsayan ve birlikte işverenlik için işverenlerin hepsi için de çalışmanın gerçekleşmesi gerektiğini, bunun ise kesinlikle şirketler arasında olması gerektiği gibi bir şartın aranmadığını belirttiği bir kararında Yargıtay³³³; “Birlikte istihdam eden ve organik bağ içinde olan işverenler, adi ortaklık hükümleri gereği müştereken ve müteselsilen sorumludurlar. Birlikte istihdam şeklindeki çalışma şirket dışındaki işverenler açısından da söz konusu olabilir. Dosya içeriğine göre davalılar Vakıf ve Kooperatif’in aynı üyeler tarafından kurulduğu, temsilcilerinin aynı olduğu, aynı işyerini kullandıkları, çalıştırılan işçilerin kimi zaman salt Vakıf veya Kooperatif, kimi zaman da her ikisi üzerinde kayden gösterildiği, ancak çalışanların hem Vakıf hem de Kooperatif üyelerine hizmet ettikleri, işyerinin birinden diğerine devrinin söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Somut uyuşmazlıkta hem Vakıfa hem de Kooperatif üye ve temsilcilerine hizmet eden davacı işçi açısından, birlikte istihdam olgusu nedeni ile her iki davalının birlikte müştereken ve müteselsilin sorumluluğuna karar verilmelidir.” şeklinde hem Vakıf hem Kooperatif için çalışan bir işçi hakkında birlikte işverenliğin varlığı yönünde hüküm kurmuştur.

1.2.1.2. İşverenler Arasında Bir Bağ Kurulması

Yargıtay kararlarında birlikte işverenlik tesisi için aranan ikinci şart, işverenler arasında kurulan bağıdır. Bu bağ ekonomik veya ticari olabileceği gibi sözleşmesel de olabilir. Ekonomik veya ticari bağ en sık holding biçimindeki yapılanmalarda ve şirket

³³² Y.9.HD. 27.9.2010, E. 2010/1606, K. 2010/25832. (Yayımlanmamıştır.)

³³³ Y.9.HD. 27.04.2012, E. 2011/52005, K. 2012/14750. (Yayımlanmamıştır.)

gruplarında görülse de adi ortaklık gibi başka hukuki müesseselerle birbiri ile ilişki içinde olan işverenler arasında da görülebilir. İşverenler arasında kurulan bağın sözleşmesel bir bağ da olabileceği, birlikte işverenlerin aralarında yaptıkları bir protokolle birlikte işçi çalıştırabildikleri öğretide de vurgulanmaktadır.

Yargıtay'ın öğretide kendisine sıklıkla yer bulan birden fazla apartmanda kapıcılık hizmeti kararında, apartmanların birlikte işveren olduğu sonucuna varılmıştır. Benzer doğrultudaki bu kararlardan biri³³⁴ “...davacının 1.12.1997 tarihinde davalılardan K. Apartmanı işyerinde kapıcı olarak çalışmaya başladığı, bu işyerindeki çalışmalarını devam ederken 1.10.2001 tarihinde komşu Ö. Apartmanı yönetimi ile K. Apartman yöneticileri arasında yapılan protokolde davacının her iki apartmanın birlikte hizmet vermesinin ücretinin bir kısmının K. bir kısmının da Ö. apartmanı tarafından karşılanmasının sigorta kayıtlarının K. apartmanı tarafından ödenmeye devam etmesinin kararlaştırıldığı ve aktin feshedildiği 13.1.2004 tarihine kadar davacının protokol gereği her iki davalı apartmana birlikte hizmet verdiği başka bir anlatımla 1.10.2001 – 13.1.2004 tarihleri arasında davacının her iki davalı tarafından birlikte istihdamının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.” biçiminde birlikte işverenliğin tespitinde işverenler arasında bulunan sözleşmesel bağı esas almıştır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın sözleşmeye katılmayı birlikte işverenlikten farklı, ancak ona benzer bir konu gibi değerlendirdiği bir kararı da bulunmaktadır. Birlikte işverenlik, işçi ile olan iş sözleşmesinin baştan beri birden fazla işverenin taraf olması suretiyle kurulabileceği gibi, bir işçi ile işvereni arasında var olan sözleşmeye ikinci bir işverenin katılması suretiyle de kurulabilir. Hatta birlikte işverenlik bir işçi ile işveren arasında var olan sözleşmeye katılmasa dahi işveren yetkilerini işçi üzerinde kullanan kişi ile de kurulacaktır. Bir diğer ifadeyle sözleşmeye katılma birlikte işverenlik tesis etmeye yarayan hukuki araçlardan birisidir. Bu nedenle Yargıtay'ın değerlendirmelerinde kullandığı ifadeler yerinde değildir. Yargıtay'ın;³³⁵ “Öncelikle çözümlenmesi gereken ilk sorun: “Başlangıçta iş sözleşmesi yapılan ve kayden davacının işvereni görünen davalı L... Şirketinden sonra iş ilişkisi kesilmeden aynı adreste faaliyet gösterilen diğer şirketler için yerine getirilen iş görme edimi ayrı bir iş ilişkisi midir? Davacı tek bir iş ilişkisi kapsamında hizmetini birden fazla işverene mi vermektedir? Yoksa diğer davalı şirketlerin iş sözleşmesine katılması mı söz konusudur?” Mahkemece bu ilişki

³³⁴ Y.9.HD. 17.10.2007, E. 2007/2624, K. 2007/30654. (Yayımlanmamıştır.)

³³⁵ Y.9.HD. 17.6.2013, E. 2011/2705, K. 2013/18665. www.lexpera.com.tr

birlikte istihdam olarak kabul edilmiştir... Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır. Ancak bu ilişki başlangıçta bu şekilde kurulmuştur. İş sözleşmesine katılmada ise başlangıçta tek bir işverenle kurulan iş ilişkisine zamanla diğer bir işveren katılmakta ve işçi iş görme edimini bu katılan şirkete karşı da yerine getirmektedir. İşçinin ilk işvereni ile bağlantısı kopmamakta, iş sözleşmesinin devri değil, işveren tarafında bir çoğalma söz konusu olmaktadır. Bu durumda da tek bir iş ilişkisi vardır(M. ALP. İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar. DEÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt 9. Özel Sayı, 2007. s: 197). Birlikte istihdam ve iş sözleşmesine katılmada tek bir iş ilişkisi ve dolayısı ile tek bir ücret ödemesi söz konusudur. İşçinin diğer şirketlere karşı iş görme edimi, fazla iş olarak değerlendirilemez ve bu nedenle ayrıca ücretin ödenmesi gerekmez. ... Somut uyuşmazlıkta davacı ile davalı L... şirketi arasında kurulan sözleşme, tek işverene karşı davacının sorumluluğunun bulunması nedeni ile tipik-genel belirsiz tam süreli iş sözleşmesidir. Ancak iş ilişkisi devam ederken, davacı diğer şirketlere karşı da iş görme edimini yerine getirmeye başlamış ve sözleşme atipik sözleşme türüne dönmüştür. Davacı her ne kadar hizmet verdiği L... şirketi dışındaki şirketlerle ayrı iş ilişkisi kurulduğunu iddia etmiş ise de bunu somut delillerle kanıtlayamamıştır. Bu nedenle mahkemece davacının tek bir iş ilişkisi kapsamında çalıştığının kabulü isabetlidir. Ancak başlangıçta davacı hizmetini tüm davalı şirketlere vermediğinden ve sonradan işveren çoğalması bulunduğundan atipik olarak gerçekleşen ilişkinin birlikte istihdam olarak değil, L... şirketi dışındaki diğer davalı şirketlerin iş sözleşmesine katılması nedeni ile iş sözleşmesine katılma olarak değerlendirilmesi gerekirdi.” ifadelerine yer verilen eleştirdiğimiz bu karardan anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay’ın kabulünün birlikte işverenliğin ilişkinin başlangıcında birden fazla işverenin bir araya gelmesi ile kurulabileceği, ancak sonradan işverenin sözleşmeye katılması durumunda birlikte işverenlik değil, sözleşmeye katılma adı verilen başka bir müessesenin ortaya çıktığıdır. Birlikte işverenlik sonucunun doğması gereken bu olayda, Yargıtay’ın kararına belirttiğimiz gerekçelerden dolayı katılmamaktayız. Zira birlikte işverenlik ve sözleşmeye katılma farklı hukuki kurumlar olsa da iç içe geçebilir; birlikte işverenlik sözleşmeye katılma yoluyla da kurulabilir.

1.2.1.3. İşçinin Hizmetlerinin İç İçe Geçmesi

Birlikte işverenliğin varlığını kabul etmek bakımından Yargıtay'ın aradığı üçüncü şart işçinin hizmetlerinin iç içe geçmiş olmasıdır. Bu hususa ilişkin Yargıtay 7.HD.'nin; G. Hastanesi(Sağlık Bakanlığı'na bağlı) ve G. Hastanesini Koruma Derneği'ni birlikte işveren olarak gördüğü seri dava kararına³³⁶ konu olayda; işçi Dernek tarafından işe alınmış; ancak hem Derneğin Hastanede yürüttüğü işlerde hem de Hastane işlerinde çalıştırılmıştır. Burada hizmet iç içe geçtiğinden işçinin Dernek ve Hastane tarafından birlikte istihdam edildiği, hem Sağlık Bakanlığı hem Derneğin yani her iki işverenin de işçinin alacaklarından sorumlu olduğu yönünde hüküm tesis edilmiştir.

1.2.1.4. Ek Şartlar

Birlikte işverenliğin tespiti bakımından yukarıda sayılan üç ana şartın yanı sıra ek şartların arandığı kararlar da bulunmaktadır. Yargıtay'ın birlikte işverenler arasında hisse satın alımı yoluyla hukuki bir bağlantı kurduğu, birlikte işverenliği tespit ederken işverenler tarafından birlikte emir ve talimatlar verilmesi, işçilik alacakları bakımından yükümlülüklerin işverenler arasında paylaşılması gibi ölçütlere de dikkat edilen bir kararda³³⁷ "İ. E'nin her üç şirketin hissedarı ve yöneticisi olduğu, Ç. Ltd.Şirketini satın aldıktan sonra adresini diğer şirketlerin buldukları adresin yakınına taşıdığı, her üç şirketinde konfeksiyon alanında faaliyet gösterdikleri, önceleri aralarında 300 metre mesafe bulunduğu Nisan 2009 tarihinden itibaren de aynı adreste faaliyet gösterdikleri dava dışı M. Ltd.Şirketi ile K. Ltd.Şirketinin davalı Ç. Ltd.Şirketine fason mal ürettikleri işçilerin, idari personelin her üç şirketin işyerlerinde çalıştırıldıkları, üç şirketin elemanlarının her üç şirkete ait makinaları kullandıkları, M. Ltd.Şirketinin adresini Ç. Ltd.Şirketinin bulunduğu adrese taşıyıp duvar komşusu olduğu, duvarda kapı açıldığı, üç şirketin işçilerinin aynı ortamda çalışıp, yemek yiyerek aynı makinaları kullandıkları, her üç tüzel kişi işverenden emir ve talimat alıp her üç tüzel kişi işverene ait işleri yaptıkları ve her üç tüzel kişi işveren tarafından birlikte istihdam edildikleri İ. E'nin ölümünden sonra dahi aynı yemekhaneyi kullandıkları ve aynı işi yapmaya devam ettikleri, işçilerin M. Ltd.Şirketinden sigortaya bildirilmelerine rağmen ücretlerin Ç. Ltd.Şirketi tarafından elden ödendiği, gerçekte M. Ltd.Şirketinin ödeme güclüğü içinde bulunduğu davacının

³³⁶ Y.7.HD. 6.5.2013, E.2013/15400, K.2013/8088. (Yayımlanmamıştır.)

³³⁷ Y.7.HD. 18.9.2013, E. 2013/8030, K.2013/14920. (Yayımlanmamıştır.)

kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin, asgari geçim indirimi alacağıının tahsili için davalı şirket ile dava dışı M. Ltd.Şirketine karşı ilamsız takip yaptığı, davalı şirketin itirazı üzerine de bu davayı açtığı anlaşılmaktadır. Somut olayda İ. E.'nin davalı şirketin hisselerini satın aldığı 04.01.2008 tarihinden itibaren organik bağ kurulmuş olup davacıda bu tarihten itibaren davalı şirket ile dava dışı iki şirket ile birlikte istihdam edilmiş olup davacının 20.12.2000-21.04.2011 tarihleri arasındaki hizmet süresinde tahakkuk eden işçilik alacaklarının 4.01.2008-21.4.2011 tarihleri arasındaki döneme isabet eden bölümünden davalı şirket dava dışı diğer şirketlerle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.” demek suretiyle işçilerin birden fazla işverende çalışma yerlerinin, yemekhanelerinin ortak oluşu, bütün işverenlerden emir ve talimat almış olmaları, faaliyet alanlarının aynı oluşu gibi ek şartlara değinmek suretiyle birlikte işverenlik tesis etmiştir.

Birlikte işverenlikle ilgili öğretide ortak bir biçimde vurgulanan hususlardan biri de, işverenlerin her birinin işçi ile olan iş sözleşmesinin tarafı olduğudur. Ancak Yargıtay kararları incelendiğinde açıkça ifade edilmese de, esasında Yargıtay’ın böyle bir şart aramadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Yargıtay işçi ile birlikte işverenlerin her biri arasında iş sözleşmesi bağı olmasından ziyade; işverenlerin kendi arasında bir bağı bulunmasını aramaktadır. Yargıtay’ın işçinin birlikte işverenlerden sadece biri ile arasında sözleşmenin olduğu, diğeri ile sözleşme bağını aramadığı kararlarından³³⁸ birine konu olayda; iş sözleşmesi işçi ile T. Tekstil Paz. ve San. Tic. Ltd. Şti. arasında imzalanmış, sigorta primleri bu şirket tarafından yatırılmış; fesih bildirimini de bu şirket tarafından yapılmıştır. Ancak işçinin izin belgesi vb. işyeri belgelerinde ise T. Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti. unvanı yer almaktadır. Tanık beyanları ise bu iki şirketin aynı şahsa ait tek bir işveren olduğu yönündedir. Mahkemece işçinin aynı zamanda her iki işveren için de çalışmasının söz konusu olduğu, bu durumda ise işverenlerin birlikte istihdam sebebiyle sorumluluğunun olduğu belirtilmektedir. İşverenlerden biriyle kurulan sözleşmenin birlikte işverenlik tesisi bakımından yeterli olduğu görüşüne katılmakla birlikte, bu sonuca ulaşmayı sağlayan hukuki müessesenin de tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

Yine öğretide kendisine çok sık yer bulan ve Yargıtay’ın emsal içtihadı haline gelmiş MEB- Okul Aile Birliği kararlarında³³⁹ da okul aile birliği ile iş sözleşmesi bağtlayan işçinin okulda çalışması söz konusudur. Ancak işçinin MEB ile herhangi bir

³³⁸ Y.7.HD. 5.11.2013, E.2013/11962, K.2013/18330. (Yayımlanmamıştır.)

³³⁹ Örnek kabilinden; Y.9.HD. 20.6.2012, E. 2010/17909, K. 2012/23842. (Yayımlanmamıştır.) Y.9.HD. 18.12.2012, E. 2010/32662, K.2012/43065. (Yayımlanmamıştır.)

sözleşmesi yoktur. Fakat Yargıtay tarafından birlikte işverenlik tesis edilmektedir. Bu kararlar çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir.

Benzer konuda bir başka kararında da Yargıtay birlikte işverenlik kurmak için işverenlerin birine fiilen çalışmayı yeterli görmüş, işverenlerin her biriyle sözleşme kurmayı aramamıştır. Bu karara göre³⁴⁰ “somut olayda; davacının çalışma kaydı sosyal güvenlik kurumuna her ne kadar Y. Metal Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından bildirilmiş ise de, 2005 yılı sonrasında fiilen diğer davalı Y. Makine Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.'ne bağlı çalıştığı davacı tanık beyanları ile sabit olup, bu husus davalıların da kabulindedir. Bu durumda, uyuşmazlık konusu dönemde davalı şirketlerin işçileri birlikte istihdam edildiği anlaşılmaktadır.” ifadeleri ile işçiyi Sosyal Güvenlik Kurumuna bildiren işveren ile fiilen çalıştığı işverenin farklı olması durumunda fiilen çalışılan işverenle işçiyi bildiren işverenin birlikte işveren olduğu kabul edilmiştir. Ancak belirtmelidir ki bu kararda her ne kadar fiilen çalışma yeterli görülse ve kararda hiç tartışılmamış olsa da, kanaatimizce aslında bu olayda zımni irade beyanları ile sözleşme kurulmuştur.

1.2.2. Organik Bağ Konusunda Yargı İçtihatları

“Organik bağ” ifadesi, Yargıtay kararlarında çok defa zikredilen ve özellikle birlikte işverenlik konusunda zihinlerde canlanan ilk kavramlardan olması nedeniyle çalışmamızda incelenmiştir. Yargıtay, işverenler arasında birlikte sorumluluk tesis etmek bakımından önceleri “organik bağ”ı yeterli görmüş; ancak daha sonra bir dönem bu kararlarından dönüp vazgeçmiş, ardından tekrar savunmaya başlamıştır. Bu konudaki kararlarında Yargıtay³⁴¹ “Kural olarak aynı guruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiriyle bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında “şirketler arasında organik bağ”dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9 Hukuk, 1999/18733 E.). Ancak daha sonraki

³⁴⁰ Y.22.HD. 16.04.2013, E. 2012/21009 K. 2013/7985. (Yayımlanmamıştır.)

³⁴¹ Y.9.HD. 25.01.2010, E. 2009/33210, K. 2010/1177. (Yayımlanmamıştır.)

kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9 Hukuk 2005/34442 E). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9 Hukuk, 2007/5762 E.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönerek birlikte sorumluluğu benimsemiştir.” biçiminde işçinin birden fazla işveren için çalıştığı yahut kayıtlara o şekilde yansıtıldığı durumlarda, şirketler arası organik bağa giderek birlikte sorumluluk tesis etmekte idi. Sonra bir dönem şirketlerin arasındaki ilişkilerin açık bir biçimde tespitini talep etmişti. Fakat davaların çok uzun olması ve kıdem tazminatı vb. ödemelerde işçilerin hak kaybına uğramaması için yeniden şirketler arası organik bağı kabul etmiştir.

Organik bağ, birden fazla işverenin söz konusu olduğu durumlarda kimlerin işçinin alacaklarından birlikte sorumlu tutulabileceğini belirtmek bakımından yargının aradığı bir ölçüttür. Bu hususu belirttiği bir kararında Yargıtay³⁴², “*Bir şirketin kapatılarak kapanan şirketin çalışanlarının aynı ortaklara bağlı başka bir şirkette çalıştırılması halinde işyeri devrinden değil organik bağdan hareket etmek gerekir. Organik bağ, birlikte istihdam şeklinde de ortaya çıkabilir. Organik bağ ve birlikte istihdam halinde bütün şirketler işçilik alacaklarından müteselsilen sorumludurlar.*” ifadeleri ile organik bağ ve birlikte işverenliğin arasındaki ilişkiye değinmiştir. Örneğin ana yavru şirket arasında, ortaklarının bir kısmının veya tamamının aynı olduğu birden fazla şirket arasında, holdinglerde ve çalışma konumuz birlikte işverenlikte de şirketler arasında organik bağ bulunmaktadır. Bu haliyle organik bağ tek başına sorumluluk tesis etmeye yaramayan, ancak hakkın kötüye kullanılması vb. durumlarda kimlerin sorumlu tutulabileceğini göstermek bakımından kullanılan bir ölçüttür. Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar söz konusu olduğunda aralarında organik bağ bulunan kişiler birlikte sorumlu kılınmaktadır. Her organik bağ olan durumda birlikte sorumluluk tesis edilmemektedir. Organik bağın varlığı birlikte sorumluluk için yegâne sebep olmadığı gibi, kişiler arasında salt organik bağın varlığı dürüstlük kuralına aykırı uygulama örneği de değildir. Yalnızca dürüstlük kuralına aykırı davranışlarda birlikte sorumluluk tespitine elverişli bir ölçüttür, fiili bir durumdur.

³⁴² Y.9.HD. 25.02.2014, E. 2012/1855, K. 2014/5981. (Yayımlanmamıştır.)

Dürüstlük kuralına aykırı bir durum söz konusu olduğunda kimlerin arasında birlikte sorumluluk tesis edilecektir sorusunun cevabı, aralarında organik bağ bulunanlar şeklindedir.

Öğretide organik bağ ifadesinin hakkın kötüye kullanıldığı hallerin bir türü olduğu, hukuka aykırı bir ilişkiyi ifade ettiği, bu anlamda birlikte işverenlik ve organik bağın birbirlerini dışlayan kavramlar olduğu ifade edilmektedir³⁴³. Ancak kanımızca salt organik bağın varlığı kötüniyeti veya hukuka aykırı bir uygulamanın olduğunu göstermez. Aksi halde örneğin bütün ana yavru şirketler arasında hukuka aykırı uygulama olduğunu savunmamız gerekir, zira bütün ana yavru şirketler arasında organik bağ vardır. O halde hukuka aykırı bir uygulamanın varlığı durumunda birlikte sorumluluk tesis edilecek kişinin kim olduğunu tespit etmek için organik bağ yol gösterir.

Ancak konumuz bakımından önemli olan husus her organik bağ olan durumda birlikte işverenlik olduğunun söylenemeyeceğidir. Şirketler arasında salt organik bağın bulunması, birlikte sorumlulukları için yeterli kabul edilmemektedir; birlikte istihdam olgusunun varlığı, yani birden fazla işverenin işçiye işverenlik yapması aranmaktadır. Yargıtay da kararlarında;³⁴⁴ “*davalı şirketlere ait ticaret sicil kayıtları getirilerek, aralarında organik bağ bulunup bulunmadığı, davacının uyuşmazlık konusu dönemin bütününde her iki şirket tarafından birlikte istihdam edilip edilmediği araştırılarak sonucuna göre karar verilmelidir.*” demek suretiyle birden fazla işveren tarafından istihdam edilmeyi arayarak aynı yönde hüküm tesis etmektedir. Bir diğer ifadeyle birlikte işverenlik için sadece organik bağ yetmez; işverenlerin işçiyi birlikte istihdam ettiklerinin de kanıtlanması gerekir.

Nitekim Yargıtay kararları da aynı doğrultudadır. Bir spor kulübünün masörü hakkındaki bir olayla ilgili kararında Yargıtay³⁴⁵; “*Davacı, T...spor Kulübünde masör olarak yaklaşık 11 yıl süreyle çalışmıştır. Hizmet cetveli ve işe giriş belgeleri incelendiğinde ilk önce T...spor Kulübü Derneğinde işe başladığı, 2005 yılında ise dâhili davalı T...spor Futbol İşletmeciliği Tic AŞ bünyesinde işe girişi olduğu ve bu işyerinde fesih tarihine kadar aralıksız çalıştığı görülmüştür. Davacının resmi kayıtlarda işvereni*

³⁴³ DOĞAN YENİSEY Kübra; İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, Seminer İstanbul, 21 – 22 Kasım 2014, İstanbul 2017, s. 34.

³⁴⁴ Y.22.HD. 4.12.2012, E. 2012/7817, K. 2012/27148. (Yayımlanmamıştır.)

³⁴⁵ Y.7.HD. 16.9.2013, E.2013/19482, K.2013/14787. (Yayımlanmamıştır.)

dâhili davalı T...spor Futbol İşletmeciliği Tic.A.Ş. olup kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer yasal alacaklarının yine bu işveren tarafından ödendiği anlaşılmıştır. Davalı şirketler arasında organik bağ olmakla birlikte, davacının birlikte istihdam edildiğine ilişkin delil dosyaya sunulmamıştır. Mahkemece, yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığının tespiti ile davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir. Buna karşılık davacının resmi kayıtlarda işvereni olarak gözüken ve gerçek işvereni olduğu konusunda da uyumsuzluk bulunmayan dâhili davalı T...spor Futbol İşlt.Tic.A.Ş. bünyesinde işe iadesine karar verilmesi gerekirken davalı T...spor Sportif Yatırım ve Futbol İşl.AŞ bünyesinde işe iadesine karar verilmesi hatalı olup davalı T...spor Sportif Yatırım ve Futbol İşl.A.Ş. vekilinin temyiz itirazları yerindedir. Bu nedenle davacının resmi kayıtlarda işvereni olarak gözüken dâhili davalı şirkete iadesine karar vermek gerekir.” yönündeki kararında işçiyi birlikte istihdam ettiğine dair bir delil bulunmayan davalı şirketi birlikte işveren olarak saymamıştır.

Organik bağın hangi durumlarda mevcut olabildiğini örneklendiren bir Yargıtay kararında³⁴⁶ “Ticaret sicil kayıtlarından şirketlerin hâkim sermaye ortakları ile diğer şirketin ortaklarının aynı olması, şirketlerin Ticaret Sicilinde kayıtlı adreslerinin aynı olması, faaliyet konularının aynı olması, yönetim kurulu üyelerinin aynı kişiler olması, aynı adreste faaliyet göstermeleri, işçinin ara vermeksizin bir şirketten diğerine geçiş yapması, kesintisiz çalışmaya devam etmesi halinde organik bağdan söz edilebilir. Organik bağ ve birlikte istihdam halinde bütün işverenler işçilik alacaklarından müteselsilen sorumludurlar. Somut olayda, dosyada bulunan delillerden davalı işyeri davalılar arasında el değiştirse de davacının tüm çalışma dönemi boyunca aynı adreste faaliyet gösteren işyerinde çalıştığı, davalı Yurdagül'ün davalı Süleyman'ın eski eşi olduğu, yine davalı Süleyman'ın S.-3 Ltd. Şti.'nin ortağı ve yetkilisi olduğu anlaşılmıştır. Davacı aynı işyerinde sürekli çalışmıştır. Tüm bu nedenlerle davalılar arasında organik bağ mevcut olup hüküm altına alınan alacakların davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsiline karar vermek gerekirken, her davalının ayrı ayrı kendi döneminden sorumlu tutulmuş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” hükmü ile ortakların, adreslerin, faaliyet konularının, yönetim kurulu üyelerinin aynı olması durumlarında ve işçilerin ara vermeden bir şirketten diğerine geçtiği durumlarda organik bağın varlığından söz edilebileceği belirtilmiştir.

³⁴⁶ Y.7.HD. 16.4.2014, E. 2014/1222, K. 2014/8461. www.lexpera.com.tr

Organik bağıın varlığı konusunda bir başka kararında³⁴⁷ ise Yargıtay “*Mahkemece, davacının Ç. Belediye Başkanlığı işçisi olduğu gerekçesiyle Belediye yönünden davanın kısmen kabulüne Ç. Belde Gıda şirket ile Ç. Belediyesi Gençlik Spor Kulübü yönünden davanın husumet nedeniyle reddine karar vermiştir. Davacı davalılardan Spor Kulübü Demeği üzerinden sigortalı gösterilmiş olup Belediyeye ait park ve Nikah salonunda çalışmıştır. Ç. Belde Şirketinin %98,49 payının Belediyeye ait olduğu, davacının Spor Derneği üzerinden sigortalı gösterilmesine rağmen Ç. Belde Şirketine kiralanen tesislerde çalıştığı anlaşılmacla davalılar arasında fiili ve organik bağ bulunduğu sabittir. Her üç davalının sorumluluğunun ayrı ayrı belirlenmesi gerekirken sadece Belediye'nin sorumluluğuna hükmedilmesi hatalıdır.*” şeklinde ifadelerle resmi kayıtlarda işveren olarak gözüken şirketle Belediye arasındaki ilişkiyi tespit ederek organik bağ değerlendirmesi yapmıştır.

Yargıtay'ın yalnızca iş hukuku ile meşgul olan ilgili dairelerinin değil, 15. ve 19. Hukuk Dairelerinin de organik bağ kavramını esas alan çok sayıda kararı bulunmaktadır. Özet olarak organik bağıın varlığı bakımından yargı tarafından geliştirilen örnek kıstaslarda; kader birlikteliği, birlikte hareket olgusu, ayrı tüzel kişiler arasında belli bir ekonomik veya ticari bağıımlılığın arandığı görülmektedir³⁴⁸. Hukuki temelini dürüstlük kuralından alan organik bağ kavramı ile yargı, farklı tüzel kişilerin sorumlu kılınmasında oldukça geniş bir perspektif izlemektedir³⁴⁹.

1.3. Türk Hukukunda Birlikte İşverenlik Kavramına Yeni Bir Bakış

Birlikte işverenlik Türk iş hukukunda yeterince ele alınmamıştır. Çalışmamızda hali hazırdaki durumu tekrar anlatmakla birlikte, olması gereken hukuk bakımından bir değerlendirme yapılması hedeflenmektedir. Yapacağımız değerlendirmeler göstermiştir ki pozitif bir düzenlemeye gerek kalmaksızın içtihatlarla da konu düzenlenebilir. Bu nedenle bu başlık altında birlikte işverenlik teriminden kanaatimizce anlaşılın husus açıklanmakta,

³⁴⁷ Y.7.HD. 31.12.2013, E. 2013/17371, K. 2013/24099. (Yayımlanmamıştır.)

³⁴⁸ ÖZTEK Selçuk/MEMİŞ Tekin; Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağı Karşı Korunması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2008, 195-216, s.211.

³⁴⁹ ÖzteK/Memiş, s.209 ve 213.

ardından sonraki başlıklarda bu kurduğumuz birlikte işverenlik teorisinin alt yapısını oluşturabilecek hukuki müesseseler tek tek tartışılmaktadır.

Sokrates'in "kavramların anlamları üzerinde anlaşabilseydik, asla birbirimizle kavga etmezdik" sözünden de hareketle kanuni bir düzenlemesi bulunmayan birlikte işverenlik kavramının tanımlanmasında çağdaş yaklaşımlar izlenerek yeni öneriler getirilecektir. Birlikte işverenlik kavramındaki nihai amaç sosyal dengenin sağlandığı, uluslararası düzenlemelere uygun, ihtiyaçlara cevap olabilecek düzenlemelerin hazırlanmasında politika üretmek konusunda yardımcı olmaktır.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre, bir iş ilişkisinde işverenin tespiti iş hukukunun amaçlarına ulaşmak bakımından da önemlidir. Sosyal koruma amacı işvereni belirlemek için ilgili işlevsel (fonksiyonel) bağlama uygun farklı fikirler geliştirilmesini gerektirebilir. Ancak fonksiyon yasal değil, sosyolojik bir kavramdır. Bu nedenle hukuki bir bakış açısı altında, hak ve yükümlülüklerin yeterli dağılımından bahsedilmelidir³⁵⁰. Bu hedefe ulaşmak da "tutucu hukuk düşünürlerinin"³⁵¹ mantığından uzaklaşmayı zorunlu kılmaktadır.

Türk hukuk öğretisinde birlikte işverenlik için aynı iş sözleşmesi ile birden fazla işverenin işçiyi çalıştırması aranmaktadır. Türk yargı kararlarında ise tutarlı ve teorik temeli olan bir içtihat sergilenmemektedir. Grup şirketlerle ilgili kararlarında Yargıtay bir iş sözleşmesi ile grup şirketlerin her birine çalışmayı ararken, okul aile birliği kararlarında sözleşmenin varlığını aramamaktadır. Bazı kararlarında Yargıtay'ın işverenler arasında bir organik bağ olmasını yeterli bulduğu da görülmektedir. İşte bu karmaşaya ilişkin olarak gönlümüzden geçenleri, edimden bağımsız borç ilişkilerini temellendirirken bir yazar, belagat örneği olarak gösterilebilecek şu etkili ifadeleri ile kaleme dökmüştür: "İskambil kağıdından kurulu şatoları andıran hukuki konstrüksiyonların üstüne çıkıp soruna kuş bakışının açıklığı ve aydınlığı ile bakmak, yalnızca inceleme konusu üç kuruma bir ortak temel bulup diyalektik entellekti doyurma bakımından değil,... hukukta yalınlık ilkesini gerçekleştirme, gelişigüzel, başıboş bir içtihat gezegenini yörüngesine oturtma ve böylelikle açıkça sırttan tutarsızlıkların önünü alma bakımından da kaçınılmazdır."³⁵²

³⁵⁰ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415

Erişim tarihi 25.07.2017. Fonksiyonel işveren kavramı için bkz. Prassl, s.

³⁵¹ Veciz ifade için bkz. Serozan, s.115.

³⁵² Serozan, s.116.

Kanaatimizce birlikte işverenlik Türk hukuk öğretisinde anlaşıldığı kadar dar yorumlanmamalıdır. Anglo Amerikan hukukunda ve Fransız hukukundaki gibi işveren olarak davranan kişinin işveren olarak da sorumlu tutulması hakkaniyete de daha uygundur. İş hukuku, sosyal koruma hukuku olmayı hedefleyen bir daldır. Öğreti ve yargıda yapılan tanımlamalara getirilen bu eleştirel bakış ışığında birlikte işverenlik kavramına yeni ve kapsamlı öneriler getirilmelidir. Birlikte işverenlikle ilgili herhangi bir kanuni düzenlemenin bulunmayışı bu anlamda daha lehe olacaktır. Zira hakkında hiçbir hukuki düzenleme olmayan bir konuda Roma hukukunda Digeste’ de yer alan “şüphe durumunda özgürlük lehine karar verme” (*in dubio pro libertate*) ilkesi geçerli olacaktır. Bu durumda da kavrama dar bir bakış açısıyla değil, geniş bir biçimde bakmak daha doğru olacaktır.

İşveren kavramına ve dolaylı olarak birlikte işverenlik kavramına yönelik katı tutum tüm dünyada sorgulanmaktadır. Mevcut gelişmeler bu tutumun yumuşadığını göstermektedir. Zira işveren gibi davranan kimselerin birlikte işveren olarak sorumlu kılınmaması denetim süzgecinden kurtulmalarını sağlar. İşçi bakımından ise hak kaybına sebep olabileceği gibi, haklarının temininde birden fazla kişiye başvurarak elinin güçlenmesi durumuna engel olur. Yeni birlikte işverenlik doktrini, Fransız hukukundaki gelişmelerin rüzgârını da arkasına alarak ilerlemektedir. İş hukukunun klasik sosyal koruma amacına ve hakkaniyete uygun yeni bir soluk getirmekte olan bu birlikte işverenlik teorisi faydaları bakımından yabana atılmaması gereken bir sürecin ürünüdür.

Esener’in ekonomik işveren-sosyal işveren ayrımında kullandığı veciz ifadeler kurmaya çalıştığımız temelin dayanağını esaslı bir biçimde anlatmaktadır: “*Ekonomik anlamda işveren ile sosyal anlamda işvereni birbirinden ayırmak lâzımdır. Devlet müdahalesinin söz konusu olmadığı liberal sistemde işveren niteliği ekonomik bir karakter taşır. İşveren işletmenin en yüksek mevkiini işgal eder: işyerini açar, işçiyi işe alır, çalışacağı yeri gösterir, ücretini öder, işçi işini işverenin talimat ve denetimi altında yerine getirir, işveren, işletmenin sahibi sıfatıyla birlikte her türlü rizikoyu üzerine almıştır. Elde edilen «kâr ve zarar» ona aittir. Ancak «Her nimetin bir külfeti vardır» sözüne uygun olarak mademki kendisine kâr sağlıvacak bir işe girmiştir, o halde bu işletme sebebiyle ortaya çıkabilecek her türlü hukukî, malî ve cezaî sorumluluk işverene aittir. İşçinin işe alınması işin verilmesi gibi işletme idaresi ile ilgili bütün hususlar işverene aittir, önemli olan nokta, ücreti ödeyen, yıllık ücretli izinleri veren, sosyal sigortaya prim ödeyen, vergileri veren kişi işverendir, işte modern toplum hayatında işveren niteliğini tavin eden*

husus işverenin, hizmetin edasını kendi yararına istemek kadar yukarıda saydığımız yükümlülük ve sorumluluklardan ibaret sosyal fonksiyonu da kabul etmesindedir. Buna «sosyal işveren» denmektedir.³⁵³”, “...toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmede işveren tarafı olarak hareket eden kimse «işveren» olarak kabul edilmesi de 275 sayılı kanun bakımından da işveren kavramının sosyal işveren anlamı taşıdığı müşahade edilebilir. Gerçekten grev sosyal işverene karşı yapılacaktır. Lokavt kararı alma yetkisi ise, menfaat uyuşmazlıklarında toplu görüşme ve uzlaştırma safhalarına taraf olarak katılmış olan işverene aittir (m. 19/1)»³⁵⁴

Toplu görüşmelerde işveren gibi davrananın toplu sözleşmeden faydalanma bakımından da işveren gibi sayılması hakkaniyete de uygundur. Kanaatimizce aynı mülahaza ile işçilere karşı işveren vekili gibi temsilen değil ve fakat bizatihi işveren gibi davranan, emir ve talimat veren, yönetim yetkisini kullanan kimsenin de sözleşmenin tarafı olan işveren yanında birlikte işveren olarak kabul edilmesi gerekir. Hakkaniyete uygun olan da budur.

O halde kanaatimizce birlikte işveren; kendisinin de taraf olduğu bir iş sözleşmesinin birden fazla işverenden oluşan işveren tarafında bir gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum kuruluşu kapsayabilir. Ancak bununla sınırlı olmadan bir işçi ile işveren arasında var olan bir iş sözleşmesinin tarafı olmamasına rağmen, işçinin işverenle birlikte iş görme borcunun muhatabı olan ve işçiye karşı birinci bölümde saydığımız, yönetim hakkının kapsamına giren hususlarda kurallar koyan, işe alan, işle ilgili emir ve talimat veren, çalışma şartlarını değiştirebilen, işçiyi denetleyip gözetleyen, disiplin cezası verip, iş sözleşmesini sona erdiren gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum kuruluş da birlikte işveren sayılmalıdır. Zira burada birlikte işveren, iş sözleşmesinin tarafı olmak dışında sözleşmenin getirdiği her türlü yetkiyi sözleşmenin tarafı olan işverenle birlikte kullanmaktadır ve iş görme borcunun da muhatabı olmaktadır. Ancak burada işçinin iş sözleşmesi ile bağı kesilmemektedir. Ortada işçi ile işveren arasında bağitlanmış bir iş sözleşmesi vardır. Ancak birlikte işveren bu sözleşmenin tarafı olabilir yahut olmayabilir. Burada yönetim hakkının ortak bir biçimde kullanılması söz konusu olabileceği gibi yönetim hakkından kaynaklı yetkilerin paylaşılması da söz konusu olabilir. Birlikte işveren olabilmek bakımından bu ayırım önemli değildir. Mühim olan tamamen bir işveren gibi davranmak, işçi üzerinde işverenmişçesine yönetim hakkı

³⁵³ Esener, s.70.

³⁵⁴ Esener, s.71-72.

kullanmaktır. Yönetim hakkının bütün unsurları ile kullanılması da gerekmez. Önemli olan yönetim hakkının hangi yoğunlukla kullanıldığıdır. Sözgelimi, birlikte işveren işçiyi işe almamış olabilir, ancak işle ilgili her türlü emir ve talimatı veriyor, işçinin çalışma şartlarını belirliyor ve işçiye disiplin cezası uyguluyorsa burada yönetim hakkının yoğun bir biçimde kullanıldığından bahisle birlikte işverenlik tesisi gerekecektir. Böyle bir durumda birlikte işverenin sözleşmenin tarafı olmama iradesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle sözleşmenin tarafı olmasa da işveren yetkilerini kullandığından birlikte işveren olarak sorumlu tutulması söz konusu olacaktır. Nihai olarak hangi olayda birlikte işverenliğin bulunduğu her somut olay bakımından ayrı değerlendirilmelidir³⁵⁵.

6098 sayılı TBK'nın 394. maddesinin 2. fıkrası "*Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*" ifadesine yer vermektedir. Esasında burada zımni irade beyanı ile sözleşme kurulmuştur. O halde kanun koyucunun "kurulmuş sayılır" ifadesine nasıl bir anlam vermek gerekir? Kanımızca kanun koyucu arada sözleşme olmadan çalışma durumuna bir sonuç bağlamaya çalışmıştır. O halde biz de birlikte işverenliğin kabulü için birlikte işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesinin varlığını aramamakla kanun koyucunun fikriyatına uzak, ütopik bir durumdan söz etmemekteyiz.

Bu sonuca varırken bir şüphe ile karşılaşılabilir. Karşı bir görüş olarak "birlikte işverenliğin tanımı için önce işveren olmak gereklidir. İşveren ise kanunda tanımlanmıştır. İş sözleşmesinin tarafı olan işverendir. Birlikte işverenlerin de ikisinin de işveren olması ve sözleşmenin tarafı olması gerekir." denebilir. Belirtilmelidir ki Yargıtay'ın birlikte işverenlik tesis ederken sözleşmenin tarafı olmayı aramadığı ve artık emsal teşkil etmekte olan okul aile birliği kararları ve ana şirket tarafından işe alınan ancak bağlı şirketlerde de çalışan işçi bakımından birlikte işverenliği kabul eden kararlarına karşı böyle bir eleştiri ileri sürülmemiştir. Ayrıca böyle bir düşünce ile gözden kaçırılacak olan husus şudur; kanunkoyucu işvereni tanımlamıştır, birlikte işvereni değil. Kaldı ki iş hukukunun amacı işçiye bir sosyal koruma sağlamaksa kurduğumuz birlikte işverenlik teorisi amaçsal ve sistematik olarak yerini bulacaktır.

³⁵⁵ Birlikte işverenliğin tespitinde "case by case" değerlendirme yapılması gerektiğine dair bkz. Carvell/Sherwyn, s.24.

Birlikte işverenlik öğretide de belirtildiği gibi birden fazla işverenin kısmi süreli olarak işçiyi çalıştırmamasından farklıdır. Ancak bu, birlikte işverenlikte asla kısmi süreli iş sözleşmesi yapılamaz şeklinde anlaşılmalıdır. Birlikte işverenlik aynı ilişkinin işveren tarafında birden fazla kişinin yer alması anlamına gelir. Birlikte işverenler de işçiyle kısmi süreli iş sözleşmesi yapabilirler. Konuyu bir örnekle betimlemek daha açıklayıcı olabilir. Bir adi ortaklığın kısmi süreli olarak bir çaycıyı işe aldığını; bu çaycının günde dört saat adi ortaklık için çalıştığını, günde üç saat ise bir başkasının taksisinde şoförlük yaptığını düşünelim. Bu durumda adi ortaklık ortakları kısmi süreli çalışan bir işçinin birlikte işvereni olacaktır. Ancak taksinin sahibi ile adi ortaklık ortakları işçiyi tek bir iş görme borcuna bağlı çalıştırmamaktadır. İkisinin ilişkisi birbirinden tamamen farklıdır. Bu nedenle taksinin sahibi ile adi ortaklık ortakları hep beraber birlikte işveren değildirler.

Birlikte işverenliğin çok çeşitli görünüm türleri olabilir. Yargıtay özellikle grup şirketlerde birlikte işverenlik üzerinde dursa da, kanaatimizce öğretide belirtildiğinden farklı olarak şartları gerçekleştiğinde ve kanunen de bir engel bulunmadığında, her ilişkide birlikte işverenlik söz konusu olabilir. Bu halde örneğin adi ortaklıklarda, ana-yavru şirketlerde, franchisinglerde ve özel istihdam bürolarından ödünç alınan işçiliklerde de birlikte işverenlik söz konusu olabilmektedir. Örneklendirme bakımından sınırlı sayı ilkesi benimsenemez. Zira her geçen gün gelişen yeni istihdam biçimleri ortaya çıkmaktadır. Birlikte işverenlik de bu biçimlerin her birinde görünebilir. Bu yeni istihdam tiplerinden biri de “*virtual team*” denilen “*sanal takım*” olarak çevirebileceğimiz atipik istihdam biçimidir. Sanal takımlar da uygulamada hızla yaygınlaşmaktadır. Sanal takım, çeşitli coğrafi konumlarda bulunan, çeşitli iletişim ve karar verme teknolojileri formlarını kullanarak görevler üzerinde işbirliği yapan bir grup kişidir³⁵⁶. Ortak projeler üzerinde çalışan şirketler, sanal takımları işe aldıklarında birlikte işveren olabilirler³⁵⁷. Şu an tahayyül edemediğimiz pek çok yeni istihdam modelinin çalışma hayatına gireceği kuşkusuzdur. Bu nedenle birlikte işverenlik ilişkisinin mevcut olabildiği halleri sınırlı bir biçimde saymak gelişmeleri inkâr etmek anlamına gelecektir. Zira bu gelişmeler öyle depremlerdir ki iş ilişkilerinin hukuki temellerini sallamaktadır.

³⁵⁶ PLUMP Carolyn M./ KETCHEN David J.; Navigating The Possible Legal Pitfalls Of Virtual Teams, Journal Of Organization Design, Vol.2, No.3, 2013, 51-55, s.51.

Plump/ Ketchen, s.51.

³⁵⁷ Plump/ Ketchen, s.53.

Üzerinde durmaya değer bulduğumuz bir konu da Yargıtay'ın okul aile birliği kararlarıdır. Bu kararlara bakıldığında³⁵⁸ görülecektir ki, Yargıtay sözleşmenin tarafı olmayan, hatta kendi işverenlik statüsünü reddeden, sözleşmenin tarafı olma iradesini açık veya zımni olarak taşımayan ve belki de kendisi sözleşme kurmamak yönündeki iradesi sebebiyle böyle bir yol izleyen MEB'i birlikte işveren kabul etmektedir. Burada gerekçesi iş görme ediminin her iki işverene birlikte ifa edilmiş olmasıdır. Davacı işçinin çalıştırılması noktasında amaç ve menfaatte birlik görülmektedir. Bu karar öğretide işçinin aynı iş görme edimini iki farklı işverene sunduğundan bahsedilemeyeceği, hem okul hem MEB için çalışmasının söz konusu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁵⁹. Esasında gerekçesiyle tutarlı bir biçimde bu görüşü savunan yazar, ana şirket tarafından işe alınan ancak bağlı şirketlerde de çalışan işçi bakımından birlikte işverenliği kabul etmektedir. Zira yazar yalnızca birden fazla işverene aynı iş görme ediminin sunulmasını aramaktadır³⁶⁰. Okul aile birliği işçiyi işe almış, işçi okulda çalışmıştır. İşçiyi işe alanı yani sözleşmenin tarafını işveren olarak görmek zorundayız. İşten yararlanan da işveren olarak davranıyorsa, işçi üzerinde yönetim hakkı kullanıyorsa onu da birlikte işveren sayarız. Aslında burada Yargıtay bizim kurduğumuz teoriye uygun bir karar vermiştir. Burada iki farklı işveren vardır, çünkü okul aile birliği tüzel kişiliği olsun ya da olmasın sözleşmeli (sözleşmenin tarafı olan) işverendir. Devlet okulu ise işçinin işini gördüğü işverenidir. Okula dava açılmayacağından MEB'e açılmaktadır. O halde iki farklı işveren söz konusudur. İşçi ise tek bir edimiyle iş görme borcunu iki işverene de ifa etmiş olmaktadır. Kanımızca burada birlikte işverenlik vardır. Ancak öğretide kabul edildiği şekliyle değil, bizim kurduğumuz teoriye uygun olarak vardır. Zira öğretide birlikte işverenlik için MEB ile işçi arasında iş sözleşmesinin varlığı aranmaktadır. Ancak burada iş sözleşmesinin tarafı olan okul aile birliğidir. MEB ile işçinin iş sözleşmesi yoktur. Aynı durum ana şirket tarafından işe alınıp bağlı şirkette çalıştırmakta da söz konusu olur. Yargıtay tarafından birlikte işverenlik olarak kabul edilen bu örneklerde birlikte işverenliğin kabulü bakımından iş sözleşmesinin tarafı olmak aranmamaktadır. Ancak yargı bu sonuca varırken bir hukuki gerekçelendirme yapmamaktadır. Sonucu itibarıyla bizim de katıldığımız bu kararlarda hukuki gerekçe işçi üzerinde yönetim hakkını yoğun bir biçimde kullanmak olmalıdır.

³⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz 3. Bölüm Başlık 2.1.

³⁵⁹ Koç, Birlikte, s.184. MEB Kararını yerinde bulan ancak konu ile ilgili yerindelik gerekçesine yer vermeyen diğer görüş Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.198.

³⁶⁰ Koç, Birlikte, s.185.

Birlikte işverenliğin bu tanıma uygun bir biçimde Türk hukukuna kazandırılması için nasıl bir politika izleneceği ise bir sonraki başlıkta incelenecektir. Birlikte işverenliğin dayandığı hukuki temeli bulmaya çalışmak zorunlu bir başlangıç noktasıdır. Burada ulaştığımız tanım, birlikte işverenliğin doğuracağı hukuki sonuçların da hem kaynağı hem gerekçesi olacaktır. Bu nedenle bir sonraki başlıkta, yargı kararlarını da bir hukuki temele oturtacak olan kurmaya çalıştığımız birlikte işverenlik teorisine, olan hukuk bağlamında hangi vasıtalarla ulaşabileceğimiz tartışılacaktır.

1.3.1. Birlikte İşverenlik Kavramını Temellendirmeye Yardımcı Teorik Yaklaşımlar

Klasik ayırım borç ilişkisinin üç kaynaktan doğduğunu kabul eder. Bunlar sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir. Ancak bu üç kaynak dışında da borç ilişkisinin doğabileceğini belirten yazarlar bu tasnifleri yapay bulmaktadırlar. Bu konuda bir yazar borçları kaynaklarına göre doğumları ilgililerin borçlanma iradesini gerektiren borçlar ve doğumları ilgililerin borçlanma iradesini gerektirmeyen borçlar olarak ikiye ayırmaktadır³⁶¹. Bu görüşte olan bir yazar, kanundan doğan ve hukuki işlemden doğan borç ilişkileri şeklinde ikili bir ayırım yapılması gerektiğini; tek taraflı hukuki işlemden, sözleşmeden ve karardan doğan borçların hukuki işlemden doğan borç ilişkileri olduğunu; haksız fiilden, kusursuz sorumluluktan, hakkaniyet sorumluluğundan, fedakârlığın denkleştirilmesinden, sebepsiz zenginleşmeden, vekâletsiz işgörmeden, yakın kan hısımları arasındaki nafakadan, paylı mülkiyette paydaşların, kat mülkiyetinde maliklerin ortak giderlere katılmasından, culpa in contrahendodan, koruma yükümlülüklerinin ihlalden ve fiili sözleşme ilişkisinden doğan borçların da kanundan doğan borç ilişkileri olduğunu belirtmektedir³⁶². Bir başka yazar ise kanundaki üçlü ayırımın tahdidi olmadığını, yalnızca hayatta en çok karşılaşılan borç kaynaklarının ayrıca düzenlenmek istendiğini ifade etmiştir³⁶³.

³⁶¹ TEKİNAY Selahattin Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s.33.

³⁶² EREN Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, (Genel), s.116-117.

³⁶³ İNAL H.Tamer; Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009, s.46-47. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona /ARPACI Abdülkadir; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, s.71. Ayrıca bu görüş kanundan doğan borç ilişkisi kavramını da eleştirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. s.73-76.

Kurmaya çalıştığımız birlikte işverenlik teorisinde, birlikte işveren sözleşmenin tarafı olduğunda işçinin ifa edilmeyen edimleri talep hakkı da sözleşmeye dayanmaktadır. Ancak birlikte işveren sözleşmenin tarafı olmayıp, *per se* işveren gibi davrandığı için birlikte işveren kabul edilmekteyse bu durumda aralarındaki ilişkinin dayanağı ne olabilir? Anglo Amerikan hukukunda bu sorunun cevabına kanuni düzenlemelerin geniş yorumlanması ile ulaşılmıştır. Ancak Türk hukuku bakımından çözüm bu kadar kolay değildir. Bir diğer ifadeyle borcun kaynağı yukarıda sayılan hususlardan herhangi birine girmekte midir? Birlikte işverene yükletilebilecek olan işçi alacakları edim menfaati şeklinde olabilir mi? Sözleşmenin tarafı olmayan birine edim menfaati yükletilebilir mi? Bu soruları cevaplamak bakımından bizim tespit ettiğimiz kadarıyla aşağıda altı başlık altında konumuz bakımından değerlendirilebilecek hukuki kurumlar *de lege data* olası çözüm yolları olarak tartışılmıştır.

1.3.1.1. Fiili Sözleşme İlişkileri

Alman hukukunda doğmuş olan fiili sözleşme ilişkileri teorisine göre herhangi bir irade açıklamasında bulunmayan, hatta bir irade açıklaması yapmak istemeyen bir kimse, salt sosyal tipte bir davranışı nedeniyle, sadece fiili olgularla bir sözleşme yapmış gibi borçlu olur³⁶⁴. Sosyal tipte davranıştan kasıt, belli bir tarifeye göre topluma açık olan bir imkândan fiilen faydalanmayı ifade eder³⁶⁵. Fiili sözleşme ilişkilerinin kurucusu Haupt bu ilişkileri üç grup altında sınıflandırmıştır. Bunların birincisi sosyal temastan doğan borç ilişkileri; ikincisi elektrik, su, gaz, dağıtım işletmeleriyle yapılan veya kitle ulaşım araçlarıyla taşımadan doğan fiili borç ilişkileri; üçüncüsü ise fiili hizmet ve şirket ilişkileridir³⁶⁶.

Sözgelimi bilet almadan otobüse binen bir kimse taşıma sözleşmesi yapmayı düşünmese, ücretini ödemediği arabasını otoparka park edip giden bir şoför sözleşme

³⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.68. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.76. İnal, s.69.

³⁶⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.68.

³⁶⁶ KILIÇOĞLU Ahmet; Fiili Sözleşme İlişkileri, Ankara Barosu Dergisi, S.5-6, 1985, 738-752, (Kılıçoğlu Ahmet), s.741. Aynı içerikte başka bir başlıklandırma için bkz. İnal, s.69. YAVUZ Nihat; Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kuramı Açısından Yargıtay Uygulamasına Eleştirel Bir Yaklaşım (I) , Yargıtay Dergisi, C.10, S.4., Ekim 1984, 448-466, s.454.

yapmayı düşünmese de bu teoriye göre fiili sözleşme kurulmuş olur³⁶⁷. Fiili sözleşme ilişkilerinin kabulü için davranışının niteliğini anlayacak durumda olmak yeterlidir, hukuki işlem ehliyetinin bulunması gerekmez³⁶⁸. Fiili sözleşme ilişkilerinin uygulanabileceğinin kabul edildiği bir diğer örnek ise geçersiz sürekli borç ilişkileridir. Özellikle hizmet sözleşmelerinde geçmişe etkili bir geçersizliğin hakkaniyete aykırı olduğundan hareketle, kanunen geçersiz olsa da bu tespite kadar fiili sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edilmektedir³⁶⁹. Ancak öğretilerde, burada irade beyanının olmadığı bir durumun söz konusu olmadığı, ortada tarafların irade beyanlarının da olduğu, sadece geçersizliğin ileriye etkili olduğunu belirtmekle sorunun çözüleceği, fiili sözleşme ilişkisi kurmaya gerek olmadığı belirtilmiştir³⁷⁰. Nitekim TBK'nın 394. maddesinde de hizmet sözleşmelerinde geçersizliğin ileri etkili olacağı açıkça hükme bağlanarak ikinci görüşe üstünlük tanınmıştır.

Fiili sözleşme ilişkileri teorisi ile amaçlanan sosyal yaşamda ortaya çıkan bazı durumlarda irade beyanı ile değil, fiili davranışlarla bir sözleşme ilişkisinin varlığını kabul ettirmektedir³⁷¹. Bu teoriyi eleştirenler³⁷² olduğu gibi, sempati duyanlar da mevcuttur³⁷³. Bu teoriyi eleştirenler; fiili sözleşme ilişkisinin kurduğu iddia edilen durumların hukuki işlem teorisi içinde çözülebileceğini³⁷⁴, teorinin yapay ve zorlama olduğunu³⁷⁵, Türk hukukunda bu teorinin bir dayanağının olmadığını, örtülü irade beyanı ile iradeyi gösteren davranışların aynı olduğunu³⁷⁶ belirtmektedirler. Bir başka görüş ise fiili sözleşme ilişkisi teorisini yalnızca geçersiz hizmet sözleşmeleri bakımından kıymetli görmekte, bunun dışında taraf iradelerinin yorumu, zımni kabul, hakkın kötüye kullanılması, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme kuralları ile sorunların çözülebildiğini ifade etmektedir³⁷⁷. Bir

³⁶⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.69. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.78. Kılıçoğlu Ahmet, s.739. İnal, s.76.

³⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.69. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.80. AYDINLI İbrahim; İşverenin Sosyal Temas ve İş ilişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, (Sosyal Temas), s.53.

³⁶⁹ Yavuz, s.455. İnal, s.74. Kılıçoğlu Ahmet, s.743.

³⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.78.

³⁷¹ DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan; Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009, s.49.

³⁷² Eren, Genel, s.137. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.80. Demircioğlu, s.50-51. Ayrıntılı bilgi için bkz Kılıçoğlu Ahmet, s.749 vd.

³⁷³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.69. Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. Yavuz, s.464 vd. Geçersiz hizmet sözleşmeleri bakımından bu teoriye kıymet veren bir görüş için bkz. Kılıçoğlu Ahmet, s.748.

³⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.80.

³⁷⁵ İnal, s.70.

³⁷⁶ Eren, Genel, s.137. Aydınli, Sosyal Temas, s.54. Demircioğlu, s.50.

³⁷⁷ Kılıçoğlu Ahmet, s.751.

dönem Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen bu görüş artık günümüzde tamamen reddedilmiştir³⁷⁸.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre fiili sözleşme ilişkisi kavramı yerine, hukuki sonuç yaratmaya elverişli ilişkilere güven ilkesi uygulanabilir. Burada dürüstlük kuralına göre beyana muhatap olan kimsenin bu davranıştan çıkarmakta haklı olduğu anlam esas alınır. Ayrıca belli bir iradeyi işaret eder tarzda davranan kişinin davranışlarından çıkan anlam güven ilkesine göre sözleriyle bertaraf edilemeyecektir. O halde otobüse binen bir kişi güven ilkesi gereği, otobüs idaresi ile sözleşme yapmak istemediği şeklinde bir beyanda bulunamayacaktır³⁷⁹.

Yargıtay ise bazı kararlarında fiili iş sözleşmesi ifadesine yer vererek böyle bir ilişkiyi kabul etmiştir. Mevzu bahis kararlardan birine göre³⁸⁰; “4857 sayılı İş Kanunu’nun 90. maddesi uyarınca Türkiye İş Kurumu’ndan 16.8.2004-16.8.2007 tarihleri arasında çalışmak üzere özel istihdam bürosu olarak faaliyette bulunmak üzere izin alan dava dışı A. İstihdam Hizmetleri Ltd.Şti.nden ve yasanın yürürlük başlangıç tarihinden önce davalı A. Hizmet ve Danışmanlık AŞ.nin davacıyı istihdam edecek bir işyeri olmaksızın yaptığı sözleşme iş bulmaya aracılık sözleşmesinde olup, davacı ile aralarında iş sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlı olarak iş görme söz konusu değildir. Böyle olunca belirli süreli olarak düzenlenen iş sözleşmesine itibar edilemez. Öte yandan diğer davalı I. Türk Ltd. Şirketi ile davacının arasında fiili iş sözleşmesi geçerli bir neden bulunmaksızın feshedilmiş bulunmaktadır.” biçimindeki ifadelerle hizmet ifa etmek suretiyle bir işçi ile işveren arasında fiili iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir.

Yargıtay fiili iş ilişkileri ifadesine yer verdiği başka bir kararında ise³⁸¹ “Birlikte istihdam ve iş sözleşmesine katılmada tek bir iş ilişkisi ve dolayısı ile tek bir ücret ödemesi sözkonusudur. İşçinin diğer şirketlere karşı iş görme edimi, fazla iş olarak değerlendirilemez ve bu nedenle ayrıca ücretin ödenmesi gerekmez. Elbette ister başlangıçta birden fazla işveren olsun, ister sonradan işveren çoğalmasına gidilsin, ayrı ayrı iş ilişkisi de kurulabilir. Aksi öngörülmedikçe iş akdinin kurulması özel bir şekle tabi olmadığından işin gereğine göre bu hizmetin ancak ücret karşılığında görülebileceği kabul edilebilir ve her şirket ile ayrı bir iş sözleşmesi kurulmuş sayılabilir. Fiili iş ilişkisi ile de

³⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.76.

³⁷⁹ İnal, s.77. Yavuz, s.459.

³⁸⁰ Y.9.HD. 04.04.2005, E. 2005/774, K. 2005/11838. (Yayımlanmamıştır.)

³⁸¹ Y.9.HD. 27.4.2016, E. 2015/694, K. 2016/10667. www.lexpera.com.tr

aynı sonuca varmak mümkündür.” demek suretiyle birlikte işverenliğin, işçi ile kurulan ilişkinin başlangıcında birden fazla işverenin olmasıyla, sonradan birden fazla işverenin katılması ile veya fiili bir iş ilişkisi ile de kurulabileceği yönünde karar vermiştir.

Kanaatimizce birlikte işverenlikte de artık kadük hale gelmiş fiili sözleşme ilişkileri teorisi uygulanamayacaktır. Çünkü bu teoride ortada bir sözleşme olmasa da tarafların davranışına, güven ilkesi gereği sözleşme kurma yönünde irade yüklenebilmektedir. Ancak birlikte işverenlikte birlikte işveren, işveren yetkilerini kullanıp, tamamen bir işveren gibi davranırsa da esas niyeti sözleşmenin tarafı olmamak olabilir. Özel istihdam bürolarından kiralanan işçi örneğinde olduğu gibi, ödünç alan işverenin gerçek amacı birlikte işveren sayılmamak olabilir. Hatta sırf birlikte işveren sayılmamak için kanunun izin verdiği bir yolla işçi kiralyor olabilir. Böyle bir durumda fiili sözleşme ilişkisi teorisi ile birlikte işverene sorumluluk yüklemek mümkün olmayacaktır. Tartışılması gereken şudur: burada zımni irade beyanı ile sözleşme kurulmuş mudur? Kendisinin işveren olmadığını ifade etmesi ancak buna rağmen tamamen bir işveren gibi davranması karşısında zımni bir irade beyanının bulunduğu söylenebilir mi? TMK'nın 2. maddesine dayalı “*protestatio facto contraria non valet*” (eyleme ters düşen söz geçerli sayılmaz)³⁸² kuralı burada uygulanabilir mi? İşçinin iş görme edimini sunmasını icap, bu edimi kabul ettiği anlamına gelen ve çeşitli müdahalelerde bulunan davranışlarına kabul anlamı yüklenebilir mi? Yahut tam tersi biçimde işverenin fiili davranışlarını icap sayıp, bu şekilde iş görmeye devam eden işçinin ise zımni kabul beyanı sunduğu ve böylece bir sözleşmenin doğduğu söylenebilir mi? Kanımızca bu mümkün değildir, muvazaada dahi gerçek niyetlerine baktığımız tarafların somut olayda iradelerini bertaraf etmek ve iradeleri hilafına davranışlarını zımni kabul saymak doğru olmayacaktır. Zira özel istihdam bürosundan işçi kiralamak örneğinde olduğu gibi bazı durumlarda birlikte işverenlikte birlikte işverenin gerçek niyeti işveren olmak değildir. Maddi fiil ve hareketler şeklinde ortaya çıkan zımni irade beyanında ise tarafların sözleşme kurma niyetini, iradesini fiil ve davranışları ile göstermesi söz konusudur³⁸³. Böyle bir durum söz konusu değilse iradesi hilafına bir sonuç yüklenmemektedir. Zimnen aralarında bir sözleşme kurulduğunu kabul etmek taraf iradeleri ile temellenmeyen bir varsayımdan öteye gitmeyecektir.

³⁸² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.79.

³⁸³ Eren, Genel, s.136.

1.3.1.2. Haksız Fiil Teorisi

Sözleşmenin tarafı olmayan birlikte işvereni, sözleşmenin tarafı gibi sorumlu tutmanın yolu, sorumluluğu sözleşme dışına çıkarmak olmalıdır. O halde burada sözleşme sorumluluğu dışında bir sorumluluk tipi olan haksız fiil sorumluluğundan bahsedilebilir mi? Borcun kaynaklarından biri olan haksız fiil sorumluluğu, yalnızca belli bir alacaklıya karşı değil, herkese karşı uyulması gereken hukuki bir görevin ihlali sonucu doğan zararın tazmini yükümlülüğünü ifade eder³⁸⁴. TBK'nın 49. maddesi, "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*" hükmü ile haksız fiili düzenleme altına almıştır. O halde bir kimsenin haksız fiilinden dolayı sorumlu olması için Kanun lafzından da anlaşılan dört unsur bulunmaktadır. Bunların ilki fiilin haksız olması, bir diğer ifadeyle hukuka aykırı olmasıdır. İkincisi failin kusurlu olması, üçüncüsü bir zarar meydana gelmiş olması, dördüncüsü ise haksız fiille zarar arasında bir illiyet bağı bulunmasıdır³⁸⁵. Birlikte işverenin işçiye karşı haksız fiil sorumluluğuna tabi tutulması için bu dört şartın kümülatif olarak sağlanması gerekmektedir.

Haksız fiilin ilk şartı olarak kusurlu bir fiil gerekmektedir. Kusur kanunda tanımlanmamakla birlikte, öğretici ve uygulama tarafından hukuk düzeninin kınadığı ve hoş görmediği davranışlar olarak ifade edilmektedir³⁸⁶. Kusur, kast yahut ihmal biçiminde ortaya çıkabilir³⁸⁷. Bu anlamda birlikte işverenin işçinin alacaklarını ödememesi bir kusurlu davranış olarak kendisine yükletilebilir.

Haksız fiilin ikinci şartı bir zararın doğmuş olmasıdır. Malvarlığında kişinin iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanan zarar; şahsa gelen zarar, mala gelen zarar ve bu iki gruba da girmeyen salt malvarlığı zararı olarak üçe ayrılır³⁸⁸. Salt malvarlığı zararına, kişiye yanlış-yanıltıcı bilgi verilmesi suretiyle zarara uğratılması, hizmet ediminin kötü ifası sebebiyle doğan zarar, yansıma yoluyla ortaya çıkan zarar, dava açma hakkının

³⁸⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.475. REİSOĞLU Safa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul 2013, s.162.

³⁸⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.475. Reisoğlu, s.163.

³⁸⁶ Eren, Genel, s.569. Reisoğlu, s.171. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.492

³⁸⁷ Eren, Genel, s.574. Reisoğlu, s.172. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.493.

³⁸⁸ ÇAĞLAYAN AKSOY Pınar; Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s.11. ATAMER M. Yeşim; Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996, s.32. Eren, Genel, s.521. Reisoğlu, s.170. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.548.

kötüye kullanılması sebebiyle doğan zarar örnek olarak verilebilir³⁸⁹. Bu anlamda işçi alacakları ödenmediğinde işçinin şahsına ya da malına zarar gelmemekte, ancak salt malvarlığı zararı doğmaktadır³⁹⁰. Salt malvarlığı zararı olarak görülebilecek olan işçinin ödenmeyen ücreti, kıdem tazminatı vs. yoksun kalınan kâr olarak değerlendirilmektedir. Zira yoksun kalınan kâr ya malvarlığının aktifinin artmasının ya da pasifinin azalmasının önlenmesi şeklinde doğmaktadır³⁹¹. O halde salt malvarlığı zararı olarak görülen işçi alacaklarının ödenmemesi durumunda sözleşme dışı bir yolla haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilecek midir? Burada mühim olan nokta haksız fiil sorumluluğunun bir tazminat sorumluluğu olmasıdır. O nedenle haksız fiil ile ifa menfaatlerini değil, zararı karşılayabiliriz. Aynen ifası istenen hususlar haksız fiil sorumluluğuna konu edilemeyecek, yalnızca zarar olarak doğan kalemler haksız fiil sorumluluğu kapsamında talep edilebilecektir. İşçinin ihlal edilen menfaatleri zarar kapsamında değerlendirilir, ancak bu haksız fiil sorumluluğu için tek başına yeterli olmaz. Yukarıda sayılan dört şartın tümünün sağlanması gerekir.

Haksız fiilin üçüncü şartı olan hukuka aykırılık, sorumluluğun objektif şartıdır. Buna göre kişinin verdiği zarar bir hukuk kuralına aykırı olmalıdır. Çiğnenen hukuk kuralının koruyucu amacı ile ihlal edilen menfaat arasında bir ilişki bulunması gerekir³⁹². Hukuka aykırılık genellikle aktif bir davranışla ortaya çıksa da olumlu veya olumsuz bir davranışla gerçekleşmesi önemli değildir³⁹³. Örneğin hakkın kötüye kullanılması da bir haksız fiildir³⁹⁴.

Hukuk düzeninin kişilerin malvarlığı veya şahıs varlığını korumaya yönelmiş yazılı-yazısız kurallarına aykırı fiiller hukuka aykırı sayılacaktır³⁹⁵. Ancak böyle genel bir davranış kuralının ihlali anlamına gelmeyen, sadece bir borcun ihlali anlamına gelen fiiller TBK md. 49 bağlamında hukuka aykırı değildir. Hukuka aykırılık için genel davranış normunun yani ya mutlak bir hakkın ihlali yahut mutlak hak niteliği taşıyorsa da açık bir hukuk normunun ihlal edilmesi gerekir³⁹⁶. Bu kurallar kişilerin haklarını, hukuki varlık ve

³⁸⁹ Çağlayan Aksoy, s.26 vd.

³⁹⁰ CİVAN Orhan Ersun/ÇAĞLAYAN AKSOY Pınar; Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Yargıtay Kararının İncelenmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.12, S.45, 2015, 189-216, s.206.

³⁹¹ Eren, Genel, s.527.

³⁹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.476. Eren, Genel, s.597.

³⁹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.484. Reisoğlu, s.164-165. Eren, Genel, s.518.

³⁹⁴ Reisoğlu, s.164.

³⁹⁵ Eren, Genel, s.586. Reisoğlu, s.164. Çağlayan Aksoy, s.174.

³⁹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.482.

menfaatlerini zarar verici fiil ve olaylara karşı koruduklarından koruma normu olarak adlandırılmaktadır³⁹⁷. Genel davranış normları, genel ve özel koruma normu olarak ikiye ayrılır ve genel koruma normu mutlak hakları koruyan hukuk ilkelerini ifade ederken; özel koruma normları mutlak hak sayılan kişilere ve şeye verilen zarar dışındaki salt malvarlığı zararlarına karşı koruyan özel normları ifade eder³⁹⁸. Genel koruma normları, birinin öldürülmesini, vücut bütünlüğünün korunmasını, kişiliğinin korunmasını, fikri haklarının, mülkiyet ve zilyetliğinin ihlal edilmesini yasaklayan kurallardır³⁹⁹. Özel koruma normu ise, kişilerin mutlak hakları dışında kalan veya hak niteliği taşımayan ekonomik menfaatlerini koruyan davranış normlarıdır⁴⁰⁰. Zira burada kişinin malvarlığı üzerinde mutlak hakkı yoktur, ekonomik menfaati ihlal edilmiştir. Buna örnek olarak Ceza Kanunundaki dolandırıcılık hükmü verilmektedir⁴⁰¹. İşte böylesi salt malvarlığı zararları halinde kişileri zarardan korumak amacıyla çıkarılmış bir koruma normunun bulunması gerekir. Aksi takdirde hukuka aykırılık unsuru sağlanmış olmaz⁴⁰².

Bu noktada belirtmelidir ki *“iş hukukunun bir koruma hukuku niteliği taşıyor olması, iş mevzuatında yer alan düzenlemeleri koruma normu haline getirmemektedir.”*⁴⁰³ Birlikte işveren bakımından işçinin ödenmeyen alacaklarından sorumlu olmasını gerektiren özel bir koruma normu da bulunmamaktadır. TBK’nın 49. maddesinin 2. fıkrası da burada uygulanamaz. Zira bu hükmün uygulanabilmesi için kişinin başkasını zarara uğratmayı hedefleyen davranışlar sergilemesi gerekmektedir. Ancak birlikte işverenin amacının işçiyi zarara uğratmak olduğu söylenemez⁴⁰⁴. Birlikte işverenin sorumluluğunu yerine getirmemesinin dürüstlük kuralı kapsamında hukuka aykırı kabul edilip edilmeyeceği bu noktada tartışılmalıdır. O halde TMK’nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı uyarınca birlikte işvereni işçinin ödenmeyen işçilik alacaklarından sorumlu tutmak mümkün olabilir mi? Bir diğer ifade ile TMK’nın 2. maddesi salt malvarlığı zararları hakkında, haksız fiilde hukuka aykırılık unsurunun sağlanması bakımından bir özel koruma normu teşkil eder mi? Bu soruya öğretide olumlu yanıt verenler olduğu gibi olumsuz yanıt verenler de

³⁹⁷ Eren, Genel, s.592. Koruma normunun özellikleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy, s.176-178. Atamer, s.79 vd.

³⁹⁸ Eren, Genel, s.592 vd.

³⁹⁹ Eren, Genel, s.592.

⁴⁰⁰ Eren, Genel, s.595.

⁴⁰¹ Eren, Genel, s.597.

⁴⁰² KIRCA Çiğdem; Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, (Bilgi Verme), s.2.

⁴⁰³ Civan/Çağlayan Aksoy, s.206.

⁴⁰⁴ Civan/Çağlayan Aksoy, s.207.

bulunmaktadır⁴⁰⁵. Dürüstlük kuralının özel koruma normu olabileceğini savunan görüşe göre zarar veren ile zarar gören arasında özel bir güven ilişkisinin bulunması durumunda dürüstlük kuralına aykırılık hukuka aykırılık olarak kabul edilebilecektir⁴⁰⁶. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise dürüstlük kuralı tek başına genel yahut özel koruma normu teşkil etmemektedir. Zarar gören ve zarar veren arasında dürüstlük kuralından başka, bu bağlantıyı düzenleyen özel bir norm olmalıdır⁴⁰⁷. Dürüstlük kuralının ihlali tek başına salt malvarlığı zararının tazmin edilebilmesi için yeterli bir hukuki temel olmadığı gibi, buna dayanılarak bağımsız bir hukuka aykırılık anlayışı yaratılamaz⁴⁰⁸. Taraflar arasında bir özel hukuki bağlantı bulunması durumunda zaten haksız fiilin sorumluluk alanından dışarı çıkmaktadır. Kaldı ki dürüstlük kuralının işlevi hukuka aykırılığın tespitinde bir ölçü oluşturmak da değildir⁴⁰⁹. Aksinin kabulü halinde haksız fiil sorumluluğu sınırsız bir hale gelebilir⁴¹⁰.

Haksız fiilin son şartı ise zararla fiil arasındaki illiyet bağıdır. Uygun illiyet bağı; failin davranışının zararlı sonucun meydana gelmesi olasılığını genel yaşam tecrübelerine göre artırması, meydana gelen zararlı sonuç bakımından elverişli olması anlamına gelmektedir⁴¹¹. Bu şart konumuz bakımından sağlansa da, hukuka aykırılık unsuru sağlanmadığından ayrıntılı bir biçimde tartışılmasına gerek görülmemektedir.

O halde özet olarak birlikte işverenin sorumluluğunu haksız fiil kapsamında değerlendirmemiz bakımından gerekli olan dört unsurun üçü sağlanmakla birlikte, hukuka aykırılık unsuru sağlanmamaktadır. Objektif teoriyi kabul eden Türk hukuk sistemi bakımından hukuka aykırılık olmazsa olmaz bir unsurdur. Bu nedenle haksız fiil teorisinin konumuz bağlamında uygulanması mümkün değildir.

⁴⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, Bilgi Verme, s.40 vd. Çağlayan Aksoy, s.400 vd.

⁴⁰⁶ Kırca, Bilgi Verme, s.41 dn.192'de belirtilen yazarlar. Eren, Genel, s.592. ayrıntılı bilgi için bkz. Demircioğlu, s.97 vd.

⁴⁰⁷ Kırca, Bilgi Verme, s.41. Demircioğlu, s.110.

⁴⁰⁸ Çağlayan Aksoy, s.201.

⁴⁰⁹ Demircioğlu, s.109.

⁴¹⁰ Kırca, Bilgi Verme, s.43. Çağlayan Aksoy, s.402.

⁴¹¹ Atamer, s.33. Eren, Genel, s.536. Reisoğlu, s.175. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.567.

1.3.1.3. Edimden Bağımsız Borç İlişkisi ve Güven Sorumluluğu

Her borç ilişkisi bir borcun varlığını gerektirir. Ancak her borç sözleşmeden, haksız fiilden yahut sebepsiz zenginleşmeden doğmak zorunda değildir. Sosyal temastan doğan edimden bağımsız borç ilişkileri de modern hukuk öğretisince kabul edilen bir borç ilişkisidir⁴¹². Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına dayanmaktadır⁴¹³.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri taraflar arasında geçerli bir edim ilişkisinin kurulmasından önce doğup, geçerli edim ilişkisinin sona ermesinden sonra da devam eden ve koruma yükümlülükleri içeren borç ilişkileridir⁴¹⁴. Kaynağını dürüstlük kuralından alan koruma yükümlülüğü, sosyal teması giren kişilerin, ifa menfaati dışında şahıs ve malvarlığı değerlerine zarar vermeme, birbirlerini doğru bilgilendirme, aydınlatma, şahıs ve malvarlıklarını zararlardan koruyucu tedbirleri alma yükümlülüğüdür⁴¹⁵. Koruma yükümlülüğü ya tarafların hukuki ilişki kurmak amacıyla sosyal teması içine girmesiyle yahut böyle bir amaç olmaksızın dürüstlük kuralı çerçevesinde haklı güvenin korunması anlamında sosyal teması içine girmesiyle ortaya çıkabilir⁴¹⁶. Edimden bağımsız borç ilişkilerinin yüklediği koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde aynen ifa davası değil, tazminat davası açılacaktır⁴¹⁷.

Edim ilişkisi taraf iradelerine dayansa da, edimden bağımsız borç ilişkileri; taraf iradesinin, icap ve kabul beyanlarının varlığını zorunlu kılmaz⁴¹⁸. Borç ilişkisinin sebebi taraf iradelerinin uyuşması değil, taraflar arasında birbirlerinin hukuki varlık ve değerlerine

⁴¹² Demircioğlu, s.128. BROX Hans / WALKER Wolf-Dietrich; Allgemeines Schulrecht, Grundrisse des Recht, 34. Auflage, München 2010, s. 67. KALKAN OĞUZTÜRK Burcu; Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008, s.108. BAŞBUĞ Aydın; İşyeri Hekimini İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, 24 Mayıs 2003, Ankara, 65-97, (İşyeri Hekimi), s.69.

⁴¹³Eren, Genel, s.43. Başbuğ, İşyeri Hekimi, s.72. Kırca, s. 195. YILMAZ Asuman; Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010. (Güvenden), s. 27-28.

⁴¹⁴ Demircioğlu, s.126.

⁴¹⁵ Brox/Walker, s. 301. Eren, Genel, s.40. Yılmaz, Güvenden, s. 27-28. Kırca, Bilgi Verme, s.156. Kalkan Oğuztürk, s.84.

⁴¹⁶ Aydın, Sosyal Temas, s.18.

⁴¹⁷ Eren, Genel, s.41. Demircioğlu, s.127. Kalkan Oğuztürk, s.84. Başbuğ, İşyeri Hekimi, s.71. Aydın, Sosyal Temas, s.18.

⁴¹⁸ SEROZAN Rona; "Culpa in Contrahendo", "Akden Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, 1968, 108- 129, s.121. Demircioğlu, s.127. Kırca, Bilgi Verme, s.157.

etki etme imkânı veren bir sosyal temasın kurulmasıdır⁴¹⁹. Sosyal temas, taraf iradelerinin var olup olmadığından bağımsız olarak, hukuki sonuç yaratmak amacıyla başka bir kimsenin hukuki menfaat alanına girilmesiyle oluşur⁴²⁰. Örneğin bir işçinin iş sözleşmesinin var olup olmadığına bakılmaksızın bir işverenin egemenlik alanı olan işyerinde çalışmaya başlamasıyla sosyal temas kurulmuş olur⁴²¹. Bir kimse belirli bir kimseyle sosyal temas kurduğu anda somut bir zarardan koruma yükümü de başlar. Burada sosyal temasın mutlaka hukuki işlem kurma veya bir edim ilişkisi amacını gütmesi gerekmez, hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmiş olması yeterlidir⁴²². Bu sosyal temastan doğan ilişki bir güven ilişkisidir⁴²³. Güven ilkesi üzerine kurulan edimden bağımsız borç ilişkilerinin ihlaline de güven sorumluluğu kuralları uygulanır⁴²⁴. Burada aranan “özel ve somut” bir güven ilişkisidir⁴²⁵.

Bir sosyal temastan doğan ve aralarında belli ölçüde güven ilişkisi kurulmuş olan kimselerin bu güven ilişkisine dayanan beklentilerine “haklı güven” denilmektedir⁴²⁶. Burada haklı güveninin korunması beklentisi içinde olan kişinin talebi kendisinde uyandırılan ve hakkaniyete aykırı bir şekilde boşa çıkarılan güvenden doğan zararlarının giderilmesidir⁴²⁷. Güven sorumluluğu, ne sözleşme ne de haksız fiil sorumluluğudur. Zira sözleşmenin tarafları arasında kurulmadığından doğrudan sözleşmenin ihlal edildiği söylenemez. Haksız fiil sorumluluğundaki tesadüfiliğin tersine ise güven sorumluluğunda taraflar arasında özel bir bağlantı bulunmaktadır. Bu nedenle güven sorumluluğu sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu arasında yer alan, kendine özgü bir sorumluluk türü olarak kabul edilmektedir⁴²⁸.

Güven sorumluluğunda bir kişinin haklı olarak güvenebileceği bir olguyu yaratan bir başka kişinin bundan sorumlu olması söz konusu olur⁴²⁹. Güven sorumluluğunda ortada mevcut bir sözleşme yoktur yahut mevcut sözleşmenin tarafları ile edim

⁴¹⁹ Serozan, s.121. Demircioğlu, s.128. Kırca, Bilgi Verme, s.158. Kalkan Oğuztürk, s.108. Başbuğ, İşyeri Hekimi, s.74.

⁴²⁰ Aydınli, Sosyal Temas, s.27-28.

⁴²¹ Aydınli, Sosyal Temas, s.28.

⁴²² Serozan, s.122. Başbuğ, Disiplin, s.191. Aksi yönde bkz. Kırca, s.171. En azından hukuki işlem kurulması ihtimalini içermesi gerektiği yönünde, Demircioğlu, s.131.

⁴²³ Demircioğlu, s.128.

⁴²⁴ Serozan, s.120.

⁴²⁵ Serozan, s.124. Başbuğ, İşyeri Hekimi, s.73. Çağlayan Aksoy, s.205.

⁴²⁶ Demircioğlu, s.137. Serozan, s.122.

⁴²⁷ YILMAZ Asuman; İsviçre Federal Mahkemesi'nin "Swissair Kararı", BATİDER, C. 25, S. 2, 2009. 429-445. (Swissair), s.430. Demircioğlu, s.162. Çağlayan Aksoy, s.205.

⁴²⁸ Kırca, Bilgi Verme, s.114 ve 120. Demircioğlu, s.161. Yılmaz, Güvenden, s.36. Kalkan Oğuztürk, s.221. Çağlayan Aksoy, s.204-205..

⁴²⁹ Kırca, Bilgi Verme, s.136.

yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin tarafları aynı kimseler değildir⁴³⁰. Bu nedenledir ki taraflar arasındaki bağ bir edim ilişkisinden doğan güven kadar yoğun bir bağ değildir⁴³¹. Bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmadığından kanun boşluğunun varlığı kabul edilmiş ve hâkimin yarattığı hukuk ile bu boşluk doldurulmuş, güven sorumluluğu sağlam bir biçimde hukuk sistemleri tarafından kabul edilir ve uygulanır olmuştur⁴³². Günümüzde güven sorumluluğu “*edim ilişkisinden bağımsız kanuni koruma yükümlülüklerinin ihlaline bağlanan sorumluluğun geliştirilerek, genel ve bağımsız bir sorumluluk tipine dönüştürülmesi*” olarak kabul edilmektedir⁴³³.

Güven sorumluluğunu sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu yanında üçüncü bir sorumluluk tipi olarak ele alan ilk yazar olan Canaris⁴³⁴, kişinin haklı güveninin korunmasını pozitif ve negatif güven koruması olarak ikiye ayırmaktadır. Pozitif güven korumasında güvenen kişi güvenine uygun bir talep hakkı elde ederek güvendiği durum muhafaza edilir veya durum güvendiği hale getirilir⁴³⁵. Burada zararın tazmini değil, güvenilen durumun aynen ifası sağlanmaktadır⁴³⁶. Negatif güven korunmasında ise kişi güvendiği duruma güvenmemiş olsa idi hangi durumda bulunacaktı ise o duruma getirilir. Bu da ancak kişinin uğradığı zararların tazmin edilmesi yoluyla olacaktır⁴³⁷. Negatif güven sorumluluğunun en ünlü örneği bir ana şirketin yavru şirketi hakkında uyandırdığı güvenden dolayı sorumluluğu şeklinde tesis edilen hüküm ile Swissair kararıdır⁴³⁸.

1987’de "Swissair Beteiligungen AG" tarafından kurulan, "IGR Holding Golf and Country Residences AG" olarak ticaret unvanı değiştirilen "IGR Holding AG", peşin kira ödemeleri karşılığında yurt içi ve dışında golf sahalarına yakın yerlerde lüks rezidanslarda konaklama hizmeti sunmaktadır. Gerçek veya tüzel kişiler müşteri olabilmektedir. "Wibru Holding AG" de 90. 000 Frank peşin kira ödemesi yaparak üyelik almıştır. Başvuruların beklentilerin altında kalmasına rağmen üyelere gerçeğe aykırı yüksek üye sayısından bahseden mektuplar gönderilmiştir. Ayrıca ekonomik durumun kötüye gitmesi üzerine

⁴³⁰ Demircioğlu, s.161.

⁴³¹ Demircioğlu, s.162.

⁴³² Demircioğlu, s.163.

⁴³³ Demircioğlu, s.163.

⁴³⁴ CANARIS Claus-Wilhelm; Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, Demircioğlu, s.163’ten naklen.

⁴³⁵ Demircioğlu, s.163.

⁴³⁶ Demircioğlu, s.169.

⁴³⁷ Demircioğlu, s.166.

⁴³⁸ Bu konuda başka kararlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. AKER Halit; Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: “Hâkim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu” (TTK Tasarısı m. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 4, 2008, 1-97, s.20 vd. Kalkan Oğuztürk, s193 vd. Kırca, Bilgi Verme, s.152 vd.

Swissair, IGR Holding AG'yi, Euroactividade AG'ye satma kararı almış, ancak üyelere satım sebebi değil, Euroactividade AG'nin yavru şirketi olunacağı bildirilmiş, Swissair Beteiligungen AG'nin Euroactividade AG'nin azınlık hisselerini satın alacağı ve böylece IGR Holding AG üzerindeki nüfuzunun devam edeceği yönünde gerçeğe aykırı beyanlar devam etmiştir. Üyelik sözleşmesini fesheden ancak şirketten alacağını tahsil edemeyen Wibru Holding AG, Swissair Beteiligungen AG'ye başvurmuş; ancak kendisine, IGR Holding AG'nin Mayıs 1989'dan beri Euroactividade AG'nin % 100 yavru ortaklığı olarak faaliyette bulunduğu ve hakkında iflas kararı verildiği bildirilmiştir⁴³⁹. Wibru Holding AG'nin dava açması üzerine Federal Mahkeme, IGR Holding AG'nin reklam dokümanlarında Swissair'ın bağlı kuruluşunun olduğunu yazdığını, ama borçlarının ifa edileceğini garanti ettiğine dair bir ifadenin yer olmadığını, açıkça verilmiş bir güvence olmadığından garanti yükümlülüğünün bulunmadığını, bu nedenle sözleşmesel sorumluluğunun olmadığını, Swissair'ın hukuka aykırı bir davranışı da olmadığından haksız fiil sorumluluğunun da olmadığını belirtmiştir⁴⁴⁰. Federal Mahkeme'ye göre, konzerne duyulan güvenden doğan sorumluluk, ana şirketin karşı taraf nezdinde haklı beklentiler uyandırıp, bunu boşa çıkarması durumunda dürüstlük kuralına dayanarak neden olduğu zararın tazminini gerektirir⁴⁴¹. Burada Federal Mahkeme tarafından Swissair'a tazmin ettirilen zarar negatif güven korunması ile ilgilidir.

Öğretide çoğunluk görüş güven sorumluluğunun teknik olarak negatif güven korunması ile sınırlı olduğu yönündedir. Bu sebeple de teknik anlamda güven sorumluluğunun edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin ihlaline bağlanan bir sorumluluk olduğu ifade edilmektedir⁴⁴². Varılan bu sonucun doğurduğu bir diğer husus ise edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin unsurları ile güven sorumluluğunun unsurlarının aynı olmasıdır⁴⁴³. Burada arananların ise güven unsurunu da somutlaştırıp sınırlandırmaya yarayan, taraflar arasında özel bir bağlantı olması, sosyal temasın bir hukuki işlem sahasına ilişkin temas olmasıdır⁴⁴⁴. İkinci unsur güvenen kişinin iyiniyetli olmasıdır⁴⁴⁵. Üçüncü unsur ise bir tazminat sorumluluğu olması hasebiyle genel kural olarak aranan fiil, kusur, zarar ve fiil ile zarar arasındaki illiyet bağıdır⁴⁴⁶. Güven

⁴³⁹ Yılmaz, Swissair, s.431-432. Aker, s.12. Kalkan Oğuztürk, s.186. Kırca, Bilgi Verme, s.148

⁴⁴⁰ Yılmaz, Swissair, s.434. Aker, s.15. Kırca, Bilgi Verme, s.149.

⁴⁴¹ Yılmaz, Swissair, s.435. Aker, s.18. Kalkan Oğuztürk, s.187. Kırca, Bilgi Verme, s.149.

⁴⁴² Demircioğlu, s.170 ve dn.489'da belirtilen yazarlar. Kırca, Bilgi Verme, s.136.

⁴⁴³ Demircioğlu, s.172.

⁴⁴⁴ Kırca, Bilgi Verme, s.118. Demircioğlu, s.172 vd. dn.496'da belirtilen yazarlar. Çağlayan Aksoy, s.212.

⁴⁴⁵ Demircioğlu, s.173.

⁴⁴⁶ Aker, s.46. Demircioğlu, s.173. Kalkan Oğuztürk, s.268.

sorumluluğunu, diğer sorumluluk türlerinden özellikle ayıran husus, zararın, tazminat yükümlüsünün fiili sebebiyle değil, zarar görenin kendi davranışı neticesinde doğmuş olmasıdır⁴⁴⁷.

Güven sorumluluğunun esası, hakkaniyet düşüncesi ile “salt haklı güven olgusunun ihlaline” bir yaptırım bağlanmasıdır⁴⁴⁸. Bu sorumluluğa uygulanacak hükümlerin ise genellikle sözleşmeye ilişkin hükümler olduğu kabul edilse de haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul edenler ve karma bir yapının izlenip kıyasen bazı noktalarda sözleşme bazı noktalarda haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını benimseyenler de bulunmaktadır⁴⁴⁹.

Bu konuda yapılan bir diğer tartışma ise edimden bağımsız borç ilişkilerinin kimler arasında kurulabileceğidir. Öğretide sözleşmenin tarafı olmaya niyetlenen kimseler arasında bu ilişkinin kurulabileceğini savunanlar olduğu gibi, bizim de katıldığımız bir diğer görüş, istisnai durumlarda sözleşmenin tarafı olmaya niyetlenen kişiler dışına da genişleyebileceği yönündedir⁴⁵⁰.

Edimden bağımsız borç ilişkileri ve güven sorumluluğu konusu hukukumuzda genel bir düzenleme ile hüküm altına alınmış değildir. Ancak Alman hukukunda⁴⁵¹, 01.01.2002’de yürürlüğe giren Borçlar Kanununun Modernleştirilmesi Kanunu (Schulrechtmodernisierung) ile edimden bağımsız borç ilişkileri açıkça düzenlenmiştir. “Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler” başlıklı Alman Medeni Kanunu(BGB) 241. maddesinin 2. fıkrasının 2. bendinde; “*Borç ilişkisi, içeriğine uygun olarak taraflara, birbirinin haklarına, malvarlığına, hukuki değerlerine ve menfaatlerine özen gösterme yükümlülüğü yükler.*” ifadesi yer almaktadır. Böylece koruma yükümlülükleri ayrı bir biçimde düzenlenmiş olmaktadır. Aynı Kanunun “Hukuki işlem ve hukuki işlem benzerleri” başlıklı 311. maddesinin 2. ve 3. fıkraları ise;

“2) 241/2’ye göre bir borç ilişkisi, aşağıdaki durumlarda doğmuş sayılır:

1. Sözleşme görüşmelerine başlamakla,

⁴⁴⁷ Aker, s.46.

⁴⁴⁸ Çağlayan Aksoy, s.212. Demircioğlu, s.175. Aker, s.47.

⁴⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy, s.212-213. Demircioğlu, s.173-174.

⁴⁵⁰ Kırca, Bilgi Verme, s.134.

⁴⁵¹ Brox/Walker, s. 65, 84.

2. Sözleşme hazırlık aşamasında bir tarafın oluşan hukuki ilişki dolayısıyla diğer tarafın haklarını, hukuki değerlerini ve menfaatlerini etkileyecek bir durum yaratmasıyla veya diğerinin bu duruma güvenmesi ile,

3. Benzer hukuki işlem teması ile.

3)241/2'den doğan borç ilişkisi ayrıca sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler ile de kurulabilir. Böylesi bir borç ilişkisi üçüncü kişinin karşı tarafa özel bir ölçüde güven vererek sözleşme müzakerelerini veya sözleşmenin kurulmasını ciddi biçimde etkilediği hallerde meydana gelir." şeklindedir.

Alman düzenlemesinin de incelenmesi ile konumuz bağlamında araştırdığımız husus salt işveren olduğuna duyulan güvenin birlikte işvereni sorumlu tutmak için yeterli olup olmadığıdır. İncelediğimiz Yargıtay kararlarındaki olaylardan anlaşıldığı kadarıyla işçiler işverenlerinin sözleşmenin tarafı olan kişi olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin tarafı olmasa da işveren olarak sorumlu tutulması iddiasının doğduğu olaylar bulunsa da, bunlar az sayıdadır. O halde *per se* işveren gibi davranmanın işçiler nezdinde işverenlerinin sözleşmenin tarafı olan kişi olduğuna dair inancı değiştirmedeği söylenebilir. Bu durumda ise işçilerde boşa çıkan bir güvenin olduğundan söz edilemeyecektir. Ancak bu bir izlenim olup asla birlikte işverenlikte güven sorumluluğunun olamayacağı şeklinde bir hipoteze bizi götürmemektedir. Somut olayda güven sorumluluğunun tipik unsurlarının gerçekleşmesi durumunda birlikte işverenlikten doğan sorumluluk da güven sorumluluğu olarak değerlendirilebilir. Bunun önünde bir engel yoktur. Bunun için işçinin birlikte işverenin de işveren olduğuna dair açık ve haklı bir güveninin bulunması, işçinin iyiniyetli olması, işçide bu güveni uyandıran birlikte işverenin işçiyi işçilik alacakları konusunda bir zarara uğratması gerekmektedir. Ünlü *Swissair* kararından hareketle konuyu şu şekilde örneklendirebiliriz. THY'nin yavru şirketi olan Anadolu Jet'e yer hostesi alımı yapıldığını, burada yer hosteslerinin işe alım sürecinden, uçuş sürelerine göre belirlenen çalışma çizelgeleri ve dinlenme sürelerine kadar her şeyi THY'nin belirlediğini, işe alırken de yer hosteslerine THY güvencesinde Anadolu Jet'te çalışacaklarını bildirdiklerini düşünelim. Burada Anadolu Jet ile sözleşme bağtlayan hosteslerin ara sıra da THY'nin kontuarında çalıştıkları ve THY tarafından kendilerine iş ile ilgili emir ve talimatlar verildiğini, bir süre sonra ise Anadolu Jet'in iflas ettiğini düşünelim. Kanaatimizce bu örnekte yer hostesi güven sorumluluğuna giderek THY'den ödenmeyen ücreti ve işçilik alacaklarını talep edebilecektir. Zira burada THY uyandırdığı güvenden sorumlu olacaktır. Ancak hostes

yalnızca zararını tazmin ettirebilecek, edim menfaatini ve aynen ifa gerektiren bir talebi ileri süremeyecektir. Örneğin ücretinin ve kıdem tazminatının ödenmemesinden doğan zararını talep edebilecek ancak işe iadesini talep edemeyecektir.

Fakat işçi nezdinde böyle açık ve özel bir güven uyanmaz ise, günlük dilde bir anlatımla işçi “işverenlerimden birinin de X olduğunu zannediyordum” yahut “X’in de sorumlu olduğunu zannediyordum” demiyor ise, bizatihi işveren şeklinde davranan birlikte işverenler bakımından güven sorumluluğuna gitmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle edimden bağımsız borç ilişkisi ve güven sorumluluğu teorisi reddedilmemekle birlikte, bir kural şeklinde her olay için de kabul edilemez, düşüncesindeyiz⁴⁵². Ayrıca edimden bağımsız borç ilişkilerinin şahıs veya malvarlığı zararlarına dair olan mutlak hakların korunması yükümlülüğünü içerdiği, ancak salt malvarlığı zararlarına karşı bir koruma yükümlülüğü içermediği kanaatindeyiz.

1.3.1.4. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte alacaklı ile belli bir yakınlık içinde bulunan ve sözleşmenin ihlal edilmesi dolayısıyla zarar gören üçüncü kişilerin zararının sözleşme hükümleri esas alınarak borçludan tazmin edilmesi anlamına gelir⁴⁵³. Hukuki dayanağı ise edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisidir⁴⁵⁴. Dürüstlük kuralı koruma yükümlülüklerinin üçüncü kişiye teşmiline olanak tanımaktadır⁴⁵⁵. Edimden bağımsız borç ilişkisinin dayanağını oluşturan güven ilişkisi ise, üçüncü kişinin tıpkı sözleşmenin tarafıymış gibi sözleşmeye dayanarak borçluya karşı tazminat talep edebilmesine olanak tanır⁴⁵⁶. Üçüncü kişinin belirlenmesine ilişkin üç ölçüt bulunmaktadır. Bunların ilki üçüncü kişinin edimin arz ettiği tehlike alanı içinde olması, edime yakın olmasıdır. İkincisi, borçlunun, borcun ifasından alacaklı derecesinde olmasa da diğer kişilerin de faydalanacağını biliyor/bilebilecek durumda olmasıdır. Üçüncüsü ise dürüstlük kuralının alacaklıya gösterilen özenin üçüncü kişiye de gösterilmesini gerekli

⁴⁵² Alman hukukunda da ana şirketin yavru şirketlerinin işçilerinin işvereni olabilmek bakımından güven sorumluluğu tartışılmış, ancak kabul görmemiştir. Boetzkes, s.184.

⁴⁵³ Kırca, Bilgi Verme, s.84. Eren, Genel, s.43. Aydın, Sosyal Temas, s.37. İnal, s.91.

⁴⁵⁴ Kırca, Bilgi Verme, s.103. Eren, Genel, s.43.

⁴⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.21.

⁴⁵⁶ Kırca, Bilgi Verme, s.103, 106-107.

kılmasıdır⁴⁵⁷. Sözelimi, işçi müteahhittin yanlış monte ettiği makine yüzünden zarara uğrasa işçi işgücü kaybına uğrar ve işveren de istihdamda eksiklik yaşar. Paralel yöndeki menfaatleri sebebiyle burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramından faydalanmak mümkündür⁴⁵⁸.

Ancak sözelimi, bir ana yavru şirket arasındaki ilişki veya bir franchise veren ile alan arasındaki ilişki, onun işçisi bakımından bir koruma yükümlülüğü yükleyen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme sayılabilir mi? Burada da edimden bağımsız borç ilişkilerinin tümü gibi sadece koruma yükümlülükleri yüklenmekte, edim menfaati talep edilememektedir. İşçi kimin koruma sahasında ise onun sorumlu olması noktasında işveren gibi sorumlu tutulan alan, hukukumuzda yalnızca iş sağlığı ve güvenliği ile sınırlıdır. Ancak biz kurmaya çalıştığımız sistem ile edim menfaatine ulaşmak kadar geniş olmasa bile, salt iş sağlığı güvenliği yükümlülüğünden daha geniş bir sorumluluk hedefindeyiz. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olduğu düşünülürse birlikte işveren değil, işçi üçüncü kişi olacaktır. İşverenler arasındaki ilişkinin dayanağı olan sözleşme ilişkisinin ihlal edilmesinden işçi ne şekilde bir zarar görmektedir? Sözelimi aralarında franchise sözleşmesi olan birlikte işverenlerden franchise verenin franchise sözleşmesinin kurallarını ihlal ederek know how sisteminden çıkardığını, franchise alanın bu eksiklik dolayısıyla zarar ettiğini düşündüğümüzde, franchise alanın bu zarar nedeniyle işçisinin ücretlerini ödememesi durumunda, işçinin franchise verene gitmesini sağlayan aradaki franchise sözleşmesi olamayacaktır. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede işçinin ifa menfaati karşılanmamaktadır. O halde işçinin sözleşmenin ihlali ile kendi zararı arasında bir uygun illiyet bağı kurmak dahi zordur. Böyle bir varsayımda işçinin zararı için örneğin işverenler arasındaki eser sözleşmesine, franchise sözleşmesine, vs. dayanması gerekmektedir. İşverenler arasındaki sözleşme iş sözleşmesi olmadığından işçi bakımından mal ve şahıs varlığı değerlerinin korunması ve özellikle iş sağlığı güvenliği düzenlemeleri dışında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanmak mümkün olmayacaktır. Kaldı ki üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede üçüncü kişinin mutlaka alacaklı ile paralel menfaatlere sahip olması gerekir. Oysa işçi ile işveren işçilik alacakları konusunda zıt menfaatlere sahiptir. Bu nedenle alacaklı ile borçlu arasındaki asıl sözleşme esas alınarak üçüncü kişi sözleşmenin koruma alanına dâhil edilemeyecektir⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.22-23. Aydınli, Sosyal Temas, s.43. İnal, s.98 vd.

⁴⁵⁸ Aydınli, Sosyal Temas, s.43.

⁴⁵⁹ Kırcı, Bilgi Verme, s.110.

1.3.1.5. Amaçsal Genişletme (Teleolojik Ekstensiyon)

Kanunkoyucu bir kural vaz' ederken belli bir amaca ulaşmayı hedefler⁴⁶⁰. Kanunların her devrin gereksinimlerine cevap verebilmesi için kanunkoyucunun belli bir dönemdeki düşüncesinin değil, kanunun amacının göz önünde tutulması gerekmektedir⁴⁶¹. Bu nedenle kanunlar uygulandığı zamanın ihtiyaçlarına göre yorumlanmalıdır⁴⁶². Kanunkoyucunun bir hukuk kuralı öngörürken izlediği amacın ne olduğunu belirlemek adına yapılan, adalet fikrine ve toplum menfaatlerine uygun görülen bu yorum faaliyetine teleolojik, amaçsal, gai, objektif ya da tartıcı yorum metodu denmektedir⁴⁶³. Kanunlar yürürlüğe girdikten sonra, kanun koyucunun iradesine bağlı olmaktan çıkıp, bağımsız bir varlık haline dönüşürler. Bu sayede değişen ihtiyaçlara ve toplumun adalet duygusuna hitap edebilmek için amaçsal yoruma tabi tutulmaları faydalı olacaktır⁴⁶⁴.

Hâkimler karşlarına çıkan olayların çözümünde Anayasanın 138. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; *“Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.”* Hâkimlerin hüküm verirken dikkate almaları gereken bir diğer düzenleme ise TMK'nın 1. maddesinin 1. fıkrasında hüküm altına alınan *“Kanun sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır.”* düzenlemesidir. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere yargıç için asıl olan kanunun lafzına bağlılıktır. Daha sonra ise kanunun özüne bakacaktır. Kanunun özüne metnin amacı da dâhildir⁴⁶⁵. Hatta Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında kanunun ruhu ile amacını aynı anlamda kullanmıştır. Bu kararda⁴⁶⁶ *“Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu-özü önemlidir. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorum denir. Bir kanun hükmünün kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK.nun 1.maddesine uygun düşmez.”* ifadelerine yer vererek kanunun özü-ruhuna amaçsal yorum sonucu ulaşılacağını belirtmektedir. Kanunun özü bir diğer ifadeyle ruhu; bir kanun hükmüne, kanun hükmünün kanunun içindeki yerine, diğer hükümlerle ilişkisine, kanunun bütününe ve baskın esaslara bakarak anlamlandırmayı ifade

⁴⁶⁰ EDİS Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. Bası, Ankara 1983, s.186.

⁴⁶¹ BİLGE Necip; Hukuk Başlangıcı, 28. Bası, Ankara 2010, s.203. GÖZLER Kemal; Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, s.171.

⁴⁶² Gözler, s.171.

⁴⁶³ Bilge, s.203. Edis, s.186.

⁴⁶⁴ Gözler, s.172.

⁴⁶⁵ SÖZER Ali Nazım; Hukukta Yöntembilim, 4. Baskı, İzmir 2013, s.77.

⁴⁶⁶ Y.İBK. 22.2.1997, E.1996/1, K.1997/1.

eder⁴⁶⁷. Amaca uygun yorum metodu Mecelle’de de “*bir işten maksat ne ise hüküm ona göre verilir.*” şeklinde düzenlenmiştir⁴⁶⁸.

Ancak öğretilerde önce kanunun sözü sonra özüne bakılacağı gibi bir anlamın çıkarılmayacağı, bunun bir sıralama olmadığı, hem özü hem sözüne bakılacağı ve ikisi örtüşüyorsa hükmün uygulanacağı yönünde de bir görüş bulunmaktadır⁴⁶⁹. Bu konuda 4.2.1959 tarihli ve 14/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı⁴⁷⁰ da aynı yöndedir: “*Kanun hükümlerinin sadece lafzına göre değil, hem lafzına hem de ruhuna göre yorumlanması ve kanunun lafzına dayanılarak konuluş maksatlarına aykırı sonuçlara varılmasına meydan bırakılmaması, bu günün hukuk ilminin ve tatbikatının kaideleridir*”.

Bu noktada belirtmek gerekir ki lafzi yorum metodu, kanunun sözünden hareketle yorum yapmak değil, kanunun sözü ile bağlı olmak onun dışına çıkamamak anlamına gelmektedir. Zira Kanunun sözünden hareket etmek diğer bütün yorum yöntemlerinde kullanılmaktadır⁴⁷¹. Ancak lafzi yorum metodu dışındaki yorum yöntemlerinde belirli mülahazalarla kanunun sözünün ilk anlamından başka bir anlama ulaşılmaktadır⁴⁷².

Amaçsal yorum metoduna çeşitli eleştiriler de getirilmiştir. Özellikle kanunun yürürlük sonrası kaynağından bağımsızlaştığı görüşü, kanunun geçerliliğini kanunkoyucunun hukuki yetkisinden alması sebebiyle teorik açıdan eleştirilmektedir. Ayrıca kanunun her gün günün ihtiyaçlarına uygun yorumlanmasının hukuk güvenliğini sarsabileceği, hukuk birliğinin bozulabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca yorumcunun düşünceleri çağa göre ileri gitmek yerine geriye gidiyorsa, yaptığı yorumun da gerici bir yorum olabileceği belirtilmektedir⁴⁷³.

Ancak tüm bu eleştirilere rağmen amaçsal yorum metodu hakkaniyet duygusunu tatmin etmedeki başarısından dolayı vazgeçilmezdir. Somut olaya uygulanacak kanun hükmünün gerçek anlamının saptanmasında amaçsal yorum metodu göz ardı edilemez⁴⁷⁴. Normun amacının sağlıklı bir şekilde bulunabilmesi için yorumun çeşitli aşamalardan geçmesi gerekmektedir. Bu aşamalar değişebilir bir sıra içinde:

⁴⁶⁷ DURAL Mustafa/ SARI Suat; Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2011, s.122.

⁴⁶⁸ Sözer, s.83.

⁴⁶⁹ Dural/Sarı, s.123.

⁴⁷⁰ 29.4.1959 tarihli 10194 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁷¹ Gözler, s.166.

⁴⁷² Gözler, s.167.

⁴⁷³ Bu eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, s.172.

⁴⁷⁴ Sözer, s.23.

1. Lafzi yorum (kavramsal inceleme),
2. Tarihi yorum(münferit inceleme),
3. Sistematik yorum(kollektif inceleme),
4. Eşyanın tabiatına uygunluk değerlendirmesi,
- 5.Sosyolojik değerlendirme,
6. Hukukun genel ilkeleri değerlendirmesi⁴⁷⁵ şeklinde sayılabilir.

“*Interpretatio cessat in claris*” ilkesi “açıklık yorumu dışlar” anlamına gelmektedir. Bir diğer ifadeyle anlamı açık ve kesin olan hukuk metinleri yorumlanamaz⁴⁷⁶. Bu sebeple metinden çıkan anlamın açık olduğu noktalarda amaca uygun yorum da yapılamaz⁴⁷⁷. Fakat yargıç kanunun yanı sıra hukuka da bağlıdır ve hukukla kanunun arasında uygunluk bulunmadığı durumda amaca uygun yorum metodu ile problemler çözülmeye çalışılır⁴⁷⁸. Bu konuya verilen en açıklayıcı örnek TMK’nın 16. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendidir. Buna göre “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler.*” hükmü ile düzenlenen hükmün lafzı yalnızca borçlandırıcı işlemlerden bahsetmekte olup tasarruf işleminden söz etmemektedir. Ancak kanunun amacı sınırlı ehliyetsizi korumak olduğuna göre tasarruf işlemi evleviyetle yapamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁷⁹.

Lafzi yorum ile varılan sonuç adil ve makul olmaz ise kuralın amacının saptanması için amaca uygun yorum metoduna başvurulur. Somut olay adaletini sağlamak bakımından bazen kuralın amaç doğrultusunda sınırlandırılması bazen de genişletilmesi gerekebilir⁴⁸⁰.

Normun lafzının uygulanması, normun amacına ulaşmayı engelleyecek kadar dar bir ifade anlamına geliyorsa amaca uygun genişletme yapılır. Bir diğer ifadeyle hakkaniyete uygun olmayan bir şekilde, mevcut düzenlemenin kapsamında olması gereken bir husus metninde yer almamaktadır. Bu hüküm kapsamını genişletme yoluyla

⁴⁷⁵ Sözer, s.85.

⁴⁷⁶ Gözler, s.182.

⁴⁷⁷ Sözer, s.77.

⁴⁷⁸ Sözer, s.77.

⁴⁷⁹ Dural/Sarı, s.123.

⁴⁸⁰ Sözer, s.90. Edis, s.187.

hakkaniyete uygun hale getirilir⁴⁸¹. Bu yorum yönteminde yasanın metnine anayasa ve hukukun genel ilkelerine uygun olarak daha geniş bir anlam verilir. Bu konuda verilen klasik örnek çocuk kavramına altsoyu da içine alarak torunu da kapsayan bir anlam verilmesidir. Bir başka örnek ise elektronik ortamda yayın faaliyetinin matbaa ortamındaki gibi sayılıp Basın İş Kanunu kapsamına dâhil edilmesidir⁴⁸². Amaçsal genişletme yoluyla yorum yönteminde hükmün uygulama alanı sözüne göre genişletilmektedir. Örneğin, TMK'nın 1. maddesindeki “kanun” ifadesi bütün yazılı hukuk kurallarını içerecek şekilde geniş yorumlanarak genişletilmektedir⁴⁸³. Böylece açık adaletsizlikleri önlemek amaçlanmaktadır. Genişletici yorum kıyasa (analoji) benzemekle beraber, kıyasta, hakkında hüküm bulunmayan bir konu söz konusu iken, genişletici yorumda kanunda böyle bir boşluk bulunmamaktadır⁴⁸⁴.

Çalışma konumuz bağlamında tartışılacak husus İş Kanununda düzenlenmiş olan işveren tanımının amaçsal genişletici yorum metodu ile birlikte işverenliği de kapsar şekilde anlaşılıp anlaşılamayacağıdır. Kanunumuzda işveren düzenlenmiş ancak birlikte işveren düzenlenmemiştir. Fakat bu birlikte işverenliğin yasaklandığı anlamına asla gelmemektedir. Öğreti ve yargı kararlarında da birlikte işverenlik kabul edilmektedir. Ancak hukuki bir düzenleme bulunmadığından önce yargısal içtihatlarla konu şekillenmektedir. Bu nedenle “birlikte işveren de bir işverendir, İş Kanunundaki işveren tanımı genişletilerek birlikte işvereni de kapsar şekilde anlaşılmalıdır” şeklinde bir görüş akla gelebilir. Ancak bu görüş kurmaya çalıştığımız ve işçi lehine olan birlikte işverenlik sistemine uymaz.

Kanaatimizce işveren tanımında amaçsal genişletici yorum yaparak birlikte işverenliği de kapsar biçimde ele almak mümkün değildir. Zira hükmün lafzından da amaçsal yorumundan da çıkan sonuç sadece işverenin tanımıdır. Lafzi yorumla işveren, iş sözleşmesinin tarafıdır. Amaçsal yorum Kanunun ruhu ile birlikte değerlendirildiğinde esas amaç sosyal korumanın genişletilmesi olmalıdır. Öğretide de İş Kanununa hâkim olan esasın işçinin korunması olduğu belirtilmektedir⁴⁸⁵. Bu anlamda işveren kavramının iş sözleşmesinin tarafı olmakla sınırlı bir etkiye sahip olmadığı yabancı hukuk sistemlerinde daha kolay tartışılmaktadır. Zira yabancı hukuk sistemlerinin pek çoğunda kanunlarında

⁴⁸¹ Sözer, s.96.

⁴⁸² Sözer, s.96.

⁴⁸³ Dural/Sarı, s.124.

⁴⁸⁴ Gözler, s.183.

⁴⁸⁵ Süzek, s.29.

açıkça işvereni iş sözleşmesinin tarafı olarak tanımlayan bir düzenlemeleri yoktur. Oysa bizim düzenlememiz açıktır. İş sözleşmesinin tarafı işverendir. Dolayısıyla açık bir kanuni düzenlemeyi yoruma tabi tutup amaçsal olarak genişletmemiz söz konusu değildir. Bunun sebebi de yorumun ancak yoruma muhtaç ifadeler için kullanılabilirdir. Yorumun geniş ve dar anlamı vardır. Geniş anlamda yorum anlama, kavrama demektir; dar anlamda yorum ise anlamı üzerinde şüphe olan ifadenin anlamının belirlenmesidir. Ancak şüphe yoksa yoruma ihtiyaç da yoktur⁴⁸⁶. Bu nedenle amaçsal genişletme birlikte işverenlik tesisi bakımından uygulanmaya elverişli bir hukuki araç değildir.

1.3.1.6. *Contra Legem (Kanuna Karşı) Hukuk Yaratma*

Hukuk yaratma, kanuna bağlı, kanunu aşan ve kanuna aykırı hukuk yaratma (*contra legem* hukuk yaratma) olarak üç başlık altında incelenebilir⁴⁸⁷. *Praeter legem hukuk yaratmada* bir düzenleme vardır, ancak yetersizdir; kanuna bağlı olarak bir çözüm bulunur. *Ekstra legem hukuk yaratmada*, yetersiz de olsa bir düzenleme yoktur ve soruna kanunu aşan, kanun ötesinde bir çözüm bulunmaya çalışılır. *Contra legem hukuk yaratmada* ise uygulamaya esas bir kural vardır, ancak uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur⁴⁸⁸. Öncelikle belirtelim ki *contra legem hukuk yaratma* “kural olarak” geçerli değildir. Genellikle öğreti ve uygulama tarafından *contra legem hukuk yaratma* kabul edilmemektedir⁴⁸⁹. Bu başlık altında yalnızca *contra legem hukuk yaratma* konusunda açıklama yapılacak olup, diğer hukuk yaratma türleri incelenmeyecektir.

Contra legem hukuk yaratma yalnızca iç hukukta değil, uluslararası hukukta da tartışılan bir terimdir. Uluslararası hukukta uluslararası mahkemelerin uyuşmazlık çözümünde dikkate alacakları hukuk kaynaklarından biri de hakkaniyettir⁴⁹⁰. Hakkaniyete göre karar vermenin en radikal görünüm biçimi olarak “*hakkaniyet contra legem*” gösterilmektedir. Burada hâkim yorum yaparken ne kanunun ruhu ne de bir pozitif norm ile sınırlı olmadığı gibi bir normun hilafına dahi (çok nadiren olsa da) karar

⁴⁸⁶ Gözler, s.149.

⁴⁸⁷ NEUNER Jörg; Die Rechtsfindung contra legem, 2. Auflage, München 2005, s.2. FURTUN Hakan; Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma- Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Ankara 2009, s.20.

⁴⁸⁸ Sözer, s.238. Furtun, s.20.

⁴⁸⁹ Edis, s.117. Furtun, s.41, dn.73. Dural/Sarı, s.136.

⁴⁹⁰ PİRİM Ceren Zeynep; Uluslararası Hukukta Hakkaniyetin Normatif Niteliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, S. 26, Nisan 2016, 169-201, s.177.

verebilmektedir⁴⁹¹. Yürürlükteki hukuk kurallarına göre değil, bunlara aykırı bir şekilde hak ve nisfete göre karar verilmektedir⁴⁹². Ancak uluslararası hukukta tarafların açık rızası olmadan *hakkaniyet contra legem* uygulanamayacağı belirtilmektedir⁴⁹³. Haksız bir yasaya uyulmamasının hukuki güvenliğe zarar vermediği, zira açıkça adaletsiz bir düzenlemenin yapay bir boşluk yarattığı kabul edilmektedir⁴⁹⁴. Bu konudaki bir başka görüş ise, hakkaniyetin bir uluslararası hukuk kaynağı yahut hukuk genel ilkesi olarak değerlendirilmesini hukuk güvenliği açısından sıkıntılı görmektedir⁴⁹⁵. Tıpkı uluslararası hukukta olduğu gibi iç hukuklarda da *contra legem hukuk yaratma*, hâkimin mevcut yasayı uygulamamasına ilişkin bir konu olup hukuk metodolojisinin göz kamaştırıcı konularından biridir⁴⁹⁶.

Contra legem hukuk yaratma hukukumuzda pek tartışılmayan, istisnai hallerde mümkün görülen ancak sınırlarının net çizilmesi gereken bir teoridir. Güçler ayrılığı ilkesi gereğince hâkim kanunu uygulamak zorundadır. Aksi halde fonksiyon gaspı olduğu iddiasıyla da karşılaşılabılır⁴⁹⁷. Ancak bazı gerekçelerle, hukuki bir zaruret halinde hâkimin kuralı uygulamayabileceği kabul edilmektedir⁴⁹⁸. “*Yasalar ve kurallar yargıç için “amaç” olmayıp, adaleti gerçekleştirmek için gerekli ve zorunlu birer araçtır. Yargıç hiçbir gücün ve kuralın eseri değildir. Kendisinin dahi etkilemek gücüne sahip bulunmadığı vicdanının temiz sesine uyararak ve gerekirse yasayı bile aşarak adaleti gerçekleştirmekle görevli en yetkin kişidir.*”⁴⁹⁹

Contra legem hukuk yaratmada uygulamaya esas alınabilecek bir kanun hükmü bulunmaktadır. Ancak bu normun uygulanmasında hatalar vardır veya sonuçları üstlenilemez bir hal ortaya çıkmaktadır. Kanuna karşı itaatsizlik anlamına gelen bu direnmede hâkim normu uygulamama ve normu düzeltme hakkına sahiptir. Burada boşluk doldurma ve kanunun düzeltilmesi birlikte yargıç hukukunu oluştururlar⁵⁰⁰. *Contra legem hukuk yaratmada* boşluk doldurma ve kanunun düzeltilmesi birbirinden ayrı ancak

⁴⁹¹ TELLA Maria Jose Falcon y, *Equity and Law*, Çeviren: Peter Muckley, Leiden Boston 2008, s.113.

⁴⁹² Pirim, s.179.

⁴⁹³ Pirim, s.180.

⁴⁹⁴ Tella, s.135.

⁴⁹⁵ Pirim, s.195.

⁴⁹⁶ Neuner, s.1.

⁴⁹⁷ Sözer, s.230.

⁴⁹⁸ Sözer, s.230.

⁴⁹⁹ Sözer, s.230, dn.999.

⁵⁰⁰ Sözer, s.229.

“kardeş araçlar” olarak görülmektedir⁵⁰¹. Ancak öğretilerde bir başka görüş kanunu düzeltme hakkı ile kanuna aykırı yorum-hukuk yaratmayı ayırmakta ve kanunkoyucunun açık ve kesin tercihi yerine kendi kişisel tercihini kullanmasını kanuna aykırı hukuk yaratma olarak tanımlamakta ve yasama organının yetkisini kullanma olarak görmektedir⁵⁰². Benzer yönde bir başka görüşte ise halk egemenliği-demokrasi, hukuki güvenliği zedelenmiyor ve anayasal ilkeler hükmün düzeltilmesini gerektiriyor ise düzeltmenin kabul edilebileceği, ancak bununla sınırlı olmak kaydıyla *contra legem* yargı kararına izin verilebileceği belirtilmektedir⁵⁰³. Güvenin korunmasının gerektirdiği hallerde ve hukuk düzenine zarar verilmediğinde *contra legem hukuk yaratma* keyfi sayılmayacak, somut olay adaletini sağlayabilecektir⁵⁰⁴.

Yazım, basım hataları, çeviri hataları veya düzenleme yapılan hatalarda hâkimin kanuna karşı direnme ve kanunu düzeltme hakkı bulunmaktadır⁵⁰⁵. Kanunun anlaşılabilir, belirsiz, çelişkili olması durumunda da hâkime düzeltme yetkisi tanınmaktadır⁵⁰⁶. Kanunun Anayasaya aykırı olması durumunda da hâkim kanunu uygulamama ve direnme hakkına sahiptir⁵⁰⁷. Ayrıca mevcut kuralın değişen şartlar nedeniyle artık tatmin edici olmadığı, doğurduğu hukuki sonucun hakkaniyete ve sosyal ahlaka aykırı sonuç verdiği durumlarda da hâkimin kanunu red hakkı ve direnme boşluğunun doğduğu kabul edilmektedir. Böylece *contra legem hukuk yaratmanın* önü açılmış olmaktadır⁵⁰⁸. Ancak sayılan koşulların bulunmadığı ve adalete aykırılığın katlanılamaz bir düzeye erişmediği hallerde hâkim mevcut kanunu uygulamamazlık edip, yeni bir kural ihdas edemez⁵⁰⁹. Kanunların yorumlanmasında keyfi manipülasyonların önlenmesi, boşluk kavramının düşüncesizce kullanımına katı kurallar getirilmesi maksadıyla *contra legem hukuk yaratmanın* sınırlarını çizmek oldukça önemlidir⁵¹⁰.

İstisnai durumlarda *contra legem hukuk yaratma* kabul edilmektedir. Alman hukukunda kişilik haklarının ihlal edilmesinden kaynaklanan manevi tazminatların verilmesi, *contra legem hukuk yaratmanın* en bariz örneklerinden biri olarak

⁵⁰¹ Sözer, s.236.

⁵⁰² KARAYALÇIN Yaşar; Hukukta Öğretim-Kaynaklar- Metod- Problem Çözme, Ankara 2001, s.127.

⁵⁰³ Furtun, s.45.

⁵⁰⁴ Furtun, s.45.

⁵⁰⁵ Sözer, s.230-232.

⁵⁰⁶ Sözer, s.234.

⁵⁰⁷ Sözer, s.236. Türk hukukunda bu durumda Anayasa Mahkemesine gidilmelidir, Alman hukukunda ise yargı kararları ile yeni kurallar ihdas edilebilir.

⁵⁰⁸ Sözer, s.233. Karayalçın, s.128.

⁵⁰⁹ Sözer, s.235.

⁵¹⁰ Neuner, s.2.

gösterilmektedir⁵¹¹. Yine manevi tazminata hak kazanmak bakımından ortak koşullar yerine alternatif koşulların benimsenmesi *contra legem hukuk yaratma* olacaktır. Örneğin manevi tazminat için kanun hükmündeki yaşamı "son derece ve ciddi" olarak zorlaştırmak yerine, "son derece ya da ciddi" zorlaştırmak şeklinde bir anlayışın benimsenmesi esasında *contra legem hukuk yaratma* olarak nitelendirilmektedir⁵¹².

Contra legem hukuk yaratma konusunda bir diğer örnek işçinin savunmasının alınması zorunluluğunda gösterilmektedir. İşçinin davranışları sebebiyle geçerli nedenle fesihle işçinin savunmasının alınması gerektiği İK'nın 19. maddesinde düzenlenmişken, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde savunmasının alınması zorunluluğu düzenlenmemiştir. Öğretide de eleştirilen bu husus adalete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle öğretide hâkim tarafından; savunması alınmadan ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılıktan haklı nedenle sözleşmesi feshedilen işçi bakımından feshin geçersizliğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu husus *contra legem hukuk yaratmaya* bir örnek olarak verilmektedir⁵¹³.

Kanaatimizce *contra legem hukuk yaratmanın* hukukumuzda örnekleri bulunmaktadır. Bu örneklerden en açık olanı tacir için fahiş cezai şartın indirilememesi yönündeki açık düzenlemeye rağmen, Yargıtay'ın indirim yapmasıdır. Fahiş cezai şartın ve ücretin indirilmesini talep edememe, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükünün doğal bir uzantısıdır. Bu nedenle gerçek kişi tacirin sadece ticari işletmesiyle ilgili, tüzel kişi tacirin ise bütün işleri ile ilgili kabul edilen bir ilkedir⁵¹⁴. Burada tartışma konusu olan tacir işverenin işçiye karşı ödemekle yükümlü olduğu cezai şartın niteliğidir. Tüzel kişi tacirin adi iş- ticari iş ayrımı kabul edilmediği ve işlemlerinin tamamın ticari iş olduğu için cezai şart da ticari iş gereğidir ve indirime tabi tutulamaz. Ancak bu iş gerçek kişi tacir işveren için de ticari iş niteliğindedir ve indirime tabi tutulmaması gerekir. Lakin Yargıtay'ın kararlarında, tacirin işçiye cezai şart ödemekle yükümlü olmasını hukukun bu açık düzenlemesine rağmen bir ticari iş olarak değerlendirmedeğini ve cezai şarttan indirime

⁵¹¹ ZIMMERMANN Reinhard, Characteristic Aspects of German Legal Culture, Introduction to German Law, Editors: Reimann Mathias/Zekoll Joachim, 2. Edition, Hague 2005, s.25.

⁵¹² VISEGRADY Antal; Judge-Made Law and The Effective Legal System, Fiat Iustitia No. 1/2015, 213-223, s.216.

⁵¹³ Sözer, s.233-234. Hiçbir düzenlemede yer almasa dahi savunmanın alınması gerektiği yönünde bkz. Başbuğ, Disiplin, s.201.

⁵¹⁴ BAŞBUĞ Aydın; Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim, Kamu İş, C. 7, S. 2, 2003, 2-19. (Cezai Şart), s.14.

gittiğini görmekteyiz⁵¹⁵. Burada Yargıtay açıkça *contra legem hukuk yaratma* yolunu izlemektedir.

Culpa in contrahendo sorumluluğunu dahi *contra legem hukuk yaratmanın* bir örneği olarak gören yazarlar bulunmaktadır. Zira sözleşme veya haksız fiil yani kanuni bir düzenleme ile temellenmeyen bir noktada hakkaniyet düşüncesi ile bir hukuk yaratma örneği sergilenmektedir⁵¹⁶.

Çalışma konumuz olan birlikte işverenlik kanunda düzenlenmemiştir. Kanunda yalnızca işveren kavramı düzenlenmiştir. İşveren ise bir iş sözleşmesinde işçinin karşı tarafını oluşturmaktadır. Yalnızca kanundan hareket edersek birlikte işverenin de bir işveren olarak işçinin iş sözleşmesinin karşı tarafı olması gerekir. Bir diğer ifadeyle iş sözleşmesinin işveren tarafını birden fazla kişinin oluşturması gerekir. Ancak gelişmeler iş sözleşmesi bağının özellikle birlikte işverenlikte zayıfladığı ve hatta hiç aranmadığı bir doğrultuda ilerlemektedir. Yargıtay'ın da kimi kararlarında bunu açıkça ifade etmeden aynı sonuca vardığı görülmektedir. Dolayısıyla burada iş sözleşmesinin tarafı olmasa da işveren gibi davranan kişinin birlikte işveren sayılması için *contra legem hukuk yaratma* yoluna gidilebilir. Zira kanundaki açık hükmün aksine bir hukuk yaratma durumu söz konusu olacaktır. Ancak kanaatimizce *contra legem hukuk yaratma* çok istisnai durumlarda uygulanabilir. Bunun için net ve belirli kriterler getirilmelidir. Kural olarak *contra legem hukuk yaratma* kabul edilmemelidir. Yalnızca kuralın uygulanmasının hakkaniyete aykırı olduğu, kabul edilemez sonuçlara yol açtığı durumlarda kanunun uygulanmasından imtina edilmesi halinde mümkün kabul edilebilir. Birlikte işverenlik bakımından ise var olan işveren tanımının hâlihazırda kabul edilemez sonuçlara yol açtığı söylenemez. Elbette birlikte işverenin iş sözleşmesinin tarafı olmasa da işveren gibi davranması halinde işveren olarak da sorumlu tutulması hakkaniyete uygun olup, işçinin de lehine olmalıdır. Ancak tek başına bu durumun *contra legem hukuk yaratma* düzenlenmesinin uygulanmasına yetmeyeceği kanaatindeyiz.

⁵¹⁵ Başbuğ, Cezai Şart, s.15.

⁵¹⁶ Serozan, s.109.

1.3.1.7. Gerçek-Bilinçsiz Boşluk

TMK'nın 1. maddesi “*Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir...*” şeklindedir. Bu hüküm somut olaya uygulanma kabiliyeti olan hukuk kaynaklarını sıralamakta ve bu kaynaklarda hüküm bulunmaması halinde izlenmesi gereken yolu da göstermektedir.

“*Eksiksiz olması beklenen bir bütünün içinde ortaya çıkan noksanlığa boşluk denilmektedir. Hukuki olarak da boşluk, noksanlık ve plana aykırı/istenmemiş olma unsurlarını içermektedir*”⁵¹⁷. Karşılaşılan sorunu çözmeye yarayacak bir kanun hükmü olmamasına kanun boşluğu, pozitif hukuk kuralının bulunmamasına hukuk boşluğu denilmektedir⁵¹⁸. Öğretide bir görüşe göre, kanun boşluğu, “*gerekli ve zorunlu bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından yapılmamış olması*”dır⁵¹⁹. Hukuk boşluğu ise, “*Bir mesele hakkında ne kanunda, ne de örf adet hukukunda bir cevap bulunması hali*”dir⁵²⁰. Öğretide bir başka görüş boşluğu, kanun boşluğu olarak, “*gerekli kanuni düzenlemenin yapılmamış olması*” şeklinde tanımlamakta ve “gerekli” kelimesinin önemini, her düzenleme eksikliğinin boşluk sayılamayacağını vurgulamaktadır⁵²¹. Ayrıca *de lege ferenda* öneriler de boşluk olarak sayılmamakta, hukuk politikasında eksiklik olarak değerlendirilmektedir⁵²². Benzer bir biçimde bir başka yazar boşluğu, “*pozitif hukukun, bir meseleyi düzenlemesi gerekirken kendi normatif düzenine aykırı olarak düzenlememiş olması*” şeklinde tanımlamaktadır⁵²³. Bu konuda başka bir yazar ise kanunda varlık sebebi dikkate alındığında aslında olması gereken bir kuralın bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan, o konuda hiçbir düzenlemenin olmaması halinde hukuk boşluğundan bahsetmektedir⁵²⁴. Belirtmelidir ki kanun boşluğu- hukuk boşluğu ayrımını reddedip,

⁵¹⁷ Furtun, s.58 vd.

⁵¹⁸ Bilge, s.206. Dural/Sarı, s.132.

⁵¹⁹ Edis, s.115.

⁵²⁰ Edis, s.117.

⁵²¹ KIRCA Çiğdem; Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.1, Yıl 2001, 91-119 (Örtülü), s.91.

⁵²² Kırca, Örtülü, s.92. Edis, s.121.

⁵²³ AKTAŞ Sururi; Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, 2010, 1-28, s.10.

⁵²⁴ Sözer, s.162 ve 172.

hukukta boşluk olmayacağını savunan ve yalnızca kanun boşluğu ifadesini tercih eden yazarlar da bulunmaktadır⁵²⁵.

Ne kadar özenli olursa olsun bir hukuk sisteminde boşluk kaçınılmazdır⁵²⁶. Bu nedenle hâkime boşlukları doldurma yetkisi verilmesi modern hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir. Zira eksiksiz kural öngörebilmek olanaksızdır⁵²⁷. Hukuki uyuşmazlıkların çözümündeki toplum yararı ve boşlukların doldurulmasının hukukun gelişmesine sağladığı katkı da hâkimin hukuk yaratma yetkisini kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır. Ayrıca hâkimlerin kanunda bir çözüm olmadığı için davaya bakmaktan ve uyuşmazlığı çözmekten kaçınabilmeleri mümkün değildir. Aksi görevi ihmal anlamına gelecektir⁵²⁸. Bu nedenle hâkimlerin boşlukları doldurmak suretiyle hukuk yaratması hem bir yetki hem de bir ödevdir⁵²⁹.

O halde kanunda bir boşluk bulunması durumunda örf adet hukukuna bakılacak, orada da bir hüküm yoksa hâkim kendisi hukuk yaratacaktır⁵³⁰. Kanunkoyucu gibi hareket ederek hukuk yaratan hâkim objektif ölçülerden hareket ederek, menfaatler dengesini gözeterek soyut bir kural koyacaktır. Sırf olaya özgü bir çözüm değil, genel bir sınıflandırma yapacaktır. Pozitif hukuka dayanan, hukuk düzenine uygun bir hukuk yaratmalıdır⁵³¹. Hukuk yaratırken de bilimsel eserler ve yargı kararlarından yararlanmalıdır. Ancak hâkimin yarattığı hukuk kanun olmadığı için başka mahkemeler ve somut olay dışındaki diğer olaylar için bağlayıcı değildir⁵³².

İzah edildiği üzere hâkimin hukuk yaratmasının şartı bir hukuk boşluğu olmasıdır. Boşluğun da çeşitli türleri bulunmaktadır. Bilinçli boşluk-bilinçsiz boşluk, gerçek boşluk-gerçek olmayan boşluk; açık boşluk-örtülü boşluk bu sınıflandırmalardan en önemlileridir. Ancak biz çalışmamız kapsamında bütün boşluk türlerini değil, yalnızca konumuz ile alakalı boşluk türlerini inceleyeceğiz.

⁵²⁵ Ayrıntılı bilgi için, bkz. Aktaş, s.17.

⁵²⁶ Aktaş, s.2. Sözer, s.160.

⁵²⁷ Edis, s.110. Sözer, s.152.

⁵²⁸ Edis, s.111. Sözer, s.153.

⁵²⁹ Edis, s.112.

⁵³⁰ Dural/Sarı, s.132. Edis, s.109.

⁵³¹ Dural/Sarı, s.139. Edis, s.127-133. Sözer, s.176 vd.

⁵³² Dural/Sarı, s.140. Edis, s.142-144. Sözer, s.155.

Kanunda düzenlenmesi gereken bir konuda hiçbir hüküm bulunmamasına gerçek boşluk denir⁵³³. TMK'nın 1. maddesi hükmüne göre bir hukuk boşluğu olması durumunda hâkim hukuk yaratarak boşluğu doldurur⁵³⁴. “*Nerede hâkim hukuk yaratmak zorunda ise, orada gerçek bir boşluk vardır.*”⁵³⁵

Kanunun ne lafzından ne yorumundan olumlu veya olumsuz herhangi bir çözüm getiren kurala açıkça ulaşılamaması durumunda açık boşluğun varlığı kabul edilmektedir⁵³⁶. Açık boşluk ve gerçek boşluk aynı şeye tekabül etmektedir⁵³⁷.

Bilinçsiz boşluklar, kanun koyucunun isteği dışında ortaya çıkan boşluklardır. Bilinçsiz boşlukların bazıları kanun koyucunun ihmali sonucu ortaya çıkarken, bazıları hızla değişen ve gelişen ekonomik ve teknolojik sistemlere ayak uydurmakta gecikmek nedeniyle ortaya çıkar⁵³⁸.

Hukuk boşluğunun varlığı ve buna binaen hâkimin hukuk yaratmasına örnek durumlar ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. Sözelimi kanun koyucu bilgi verenlerin güven sorumluluğunu ne düzenlemiş ne de yasaklamıştır. O halde bu konuda hâkim hukuk yaratabilir⁵³⁹. Bir başka örnek ise culpa in contrahendo'dur. Kanunda düzenlenmeyen bu müessese bakımından açık boşluk durumu söz konusudur. Yargı bu hukuki kurumu geliştirmiştir⁵⁴⁰.

Konumuz bağlamında birlikte işverenlikle ilgili verilmesi gereken ilk karar şudur: düzenlenmeyen her şey yasak mıdır yoksa açıkça yasaklanmayan her şey serbest midir⁵⁴¹? Bu cevabı kolay bir soru değildir. Zira bir konunun düzenlenmemesi menfi çözüm olabileceği gibi boşluk da olabilir. Ancak özgürlüklerden yana bir bakış açısıyla hukuka, ahlaka, adaba aykırı olmayan durumların hukuken düzenlenmemesinin kural olarak yasaklandığı anlamına gelmediğini düşünmekteyiz. İş Kanunu işvereni tanımlamıştır. Birlikte işverenliği ise tanımlamamıştır. Yargı kararları ve öğretisi ile birlikte işverenlik Türk iş hukuku literatürüne girmiştir. Burada bir gerçek-açık-bilinçsiz hukuk boşluğu bulunmaktadır. Hâkim bu boşluğu doldurmalıdır. Doldururken de tıpkı 818 sayılı Borçlar

⁵³³ Dural/Sarı, s.135. Bilge, s.206. Aktaş, s.18. Edis, s.124.

⁵³⁴ Bilge, S.206. Kırca, Örtülü, s.97.

⁵³⁵ Aktaş, s.18.

⁵³⁶ Kırca, Örtülü, s.94. Edis, s.124. Sözer, s.164.

⁵³⁷ Edis, s.124.

⁵³⁸ Aktaş, s.21. Edis, s.123. Sözer, s.172.

⁵³⁹ Kırca, Bilgi Verme, s.124.

⁵⁴⁰ Sözer, s.164.

⁵⁴¹ Mecelle'nin 9. maddesi “*Sıfat-ı arızada aslolan ademdir.*” bu konuda yol göstericidir.

Kanunu zamanında eser sözleşmesindeki uyarlamayı tüm hukuka şumul ettirdiği gibi çeşitli kriterler getirmelidir.

Kanaatimizce hâkim birlikte işverenlik konusunda var olan boşluğu doldururken, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde meydana gelen gelişmeleri de göz ardı etmemelidir. Bir işçiye karşı iş sözleşmesi bağı olmasa da işveren gibi davranıp, işçiyi işe alan, çalışma şartlarını belirleyen, emir ve talimat veren, disiplin cezası uygulayan, işçiyi işten çıkaran bir kimse birlikte işveren olarak değerlendirilmelidir. Burada kurulan bu ilişkide işçi ile bir işveren arasında muhakkak bir iş sözleşmesinin bulunması aranacaktır. Ancak birlikte işveren olan diğer işveren(ler) sözleşmeye dâhil olabilir veya olmayabilir. Sözleşmeye dâhil olmadığı durumda oluşacak boşluk hâkim tarafından hukuk yaratma suretiyle çözülecektir.

Hâkim hukuk yaratırken pozitif hukuki düzenlemelerle de bağlıdır. Bunun sonucu olarak birlikte işverenin sorumluluğu da iş sözleşmesinin tarafı olup olmamasına göre belirlenecektir. İş sözleşmesinin tarafı olan birlikte işveren bakımından her tür işçilik alacağından ve aynen ifa gerektiren her tür husustan müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır. İş sözleşmesinin tarafı olmayan birlikte işveren bakımından ise sözleşme olmadığından zarar olarak tazmin istenecektir. Bunun sonucu olarak da işçi sözleşme tarafı olmadığından edim menfaatlerini aynen ifa olarak isteyemeyecektir. Örneğin birlikte işverene işe iadesini isteyemeyecek, bundan doğan zararının tazmin edilmesini isteyecektir.

1.3.1.8. Kanuni Düzenleme Getirilmesi

De lege ferenda olası çözüm yolumuz bir kanun hükmü getirilerek birlikte işverenliğin tanımlanmasıdır. Önerilen kanun hükmüne bir başlangıç noktası olması bakımından Gelir Vergisi Kanununun 61. ve 62. maddelerinin mantığından hareket edilebilir. “İş verenin tanımı” başlıklı 62. madde “İş verenler, hizmet erbabını işe alan, emir ve talimatları dâhilinde çalıştıran gerçek ve tüzel kişilerdir. 61 inci maddenin 1 ila 6 numaralı bentlerinde yazılı ödemeleri yapanlar bu kanunda yazılı ödevleri yerine getirmek bakımından işveren hükmündedir.” şeklindedir. “Ücretin tanımı” başlıklı 61. madde ise “Ücret, işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen

para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir.” düzenlemesini içermektedir. Burada kanunkoyucu işvereni tanımlarken iş sözleşmesinden hareket etmemiş, işveren olmanın getirdiği yetkilerden yola çıkmıştır. Bu anlamda da işe alma ve emir ve talimat verme kriterlerini ön plana çıkarmıştır.

Biz ise ortada hiç iş sözleşmesi bulunmaksızın işçi ile birden fazla işveren arasında bir ilişkinin kurulmasını mevcut düzenlemelerimiz karşısında uygun görmemekteyiz. Örülecek duvara yalnızca bir tuğla olabilmesi bakımından öngördüğümüz birlikte işverenlik müessesesi şu şekilde tanımlanabilir: *Birlikte işverenlik: İşçinin işverenlerden en az biriyle arasında iş sözleşmesinin olduğu; birlikte işverenin ise işçiye karşı işveren olma yetkilerini kullanıp kendi adına ve hesabına çalıştırdığı, işçinin tek bir iş görme edimiyle birlikte işverene de bağımlılık ilişkisi altında iş gördüğü bir çalışma ilişkisinde, işverenlerin durumuna birlikte işverenlik denir. İşçinin bu ilişkiden kaynaklanan hak ve alacaklarından işveren ve birlikte işveren/işverenler müteselsil olarak sorumludur.* Birlikte işverenin kullandığı işveren olma yetkileri; kural koyabilme, işe alma, talimat verme, çalışma şartlarını belirleyip değiştirebilme, denetleme, disiplin cezası verme, işten çıkarma yetkileri olarak sayılabilir.

Böyle bir kavramsal tanımlama ile işçinin işçilik alacaklarının yalnızca sözleşmeye bağlı bir biçimde istenebilmesi, sözleşmenin tarafı olmayan birlikte işverenden aynen ifa gerektiren bir edimin istenememesi şeklindeki sonuç da bertaraf edilebilecektir.

2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BİRLİKTE İŞVERENLİK KAVRAMI

2.1. Anglo Amerikan Hukukunda

2.1.1. Genel Olarak Birlikte İşverenlik Doktrini

Amerikan hukukunda işverenin farklı kanunlarda farklı şekillerde tanımlandığından birinci bölümde bahsedilmişti⁵⁴². Ayrıca Amerikan hukukunda bir kimsenin işveren olarak etiketlenmemiş olmasının o kişinin aslında işveren olmadığı anlamına gelmeyeceği de kabul edilmektedir⁵⁴³. İşverenin tanımının nevi şahsına münhasır bir kavram olarak değerlendirildiği ve şekilci yahut common law-ortak hukuk tanımlarıyla sınırlı kabul

⁵⁴² Bu konunun yarattığı belirsizlikle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Wears/Fisher, s.169.

⁵⁴³ Rubinstein, s.657.

edilmediği, çözüm odaklı geniş bir biçimde yorumlandığı izah edilmişti⁵⁴⁴. Böylesine geniş bir bakış açısıyla ABD'nin pek çok eyaletinde sözleşmesel olarak doğrudan bir işveren ilişkisinin bulunmadığı bazı hallerde de işverenliğe dair sorumluluklar yüklenen kararların sayısı günbegün artmaktadır⁵⁴⁵. İşverenin tanımındaki bu genişlik birlikte işveren kavramının tanımına da yansımıştır. Amerikan doktrininde, Amerikan hukukunda son birkaç yıldır en çok tartışılan ve en güncel konunun birlikte işverenlik konusu olduğu söylenmektedir⁵⁴⁶. Birden fazla işverenin olduğu durumları ifade etmek için kullanılan terimler; “joint employers”, “common employers”, “related employers” ve “co-employers” ifadeleridir.⁵⁴⁷

Birlikte işverenlik doktrininin ABD'de ortaya çıkmasının sebepleri izah edilirken klasik örnek olarak petrokimya endüstrisi verilmektedir. Petrokimya endüstrisinde geçici istihdam bürosundan alınan işçiler eliyle “kirli” işler yaptırılmış ve sorumluluktan kaçınmak için de bu işçilere mesafeli davranmışlardır. Örneğin işçilere eğitim dahi vermekten kaçınmışlardır. Bu halde ise eğitimsiz işçiler arasında iş kazaları oranı yoğun biçimde artmıştır. İşverenlerin sorumluluktan kaçınmasını engellemek adına birlikte işverenlik doktrini geliştirilmiş ve uygulanmaya başlamıştır⁵⁴⁸.

Birlikte işverenlik Amerika'da güncel olmakla birlikte yeni bir konu değildir. 1939 Temmuzunda Amerikan Çalışma Bakanlığı 13 sayılı yorumlayıcı bülteninde FLSA'daki fazla çalışma tazminatı konusunda birlikte işverenlik statüsünü yorumlamıştır. Bültenin görünürdeki amacı, FLSA'nın fazla çalışma hükümlerinden kaçınarak işçilere fazla çalışma yaptırmak isteyen sözde ayrı işverenler hakkında ücret sahtekârlığını engellemektir. Böylece birlikte işverenlik kavramı da doğmuş, büyük yankı uyandırmış, Amerikan yargısında önemli etkileri olmuştur. Geliştirilen teorinin sonucuna göre birlikte işveren olarak tespit edilen tarafların her biri ayrı ayrı ve müştereken FLSA'nın uygulanmasından sorumlu tutulacaktır⁵⁴⁹. Örneğin A şirketi ve Z şirketi birlikte işveren ise

⁵⁴⁴ Burch, s.402.

⁵⁴⁵ Rubinstein, s.611.

⁵⁴⁶ CARVELL Steven A./ SHERWYN David; It is Time For Something New: A 21 st Century Joint-Employer Doctrine For 21 st Century Franchising, American University Business Law Review, Vol.5:1, 2015, 5-36, s.6.

⁵⁴⁷ BARTKIW, Timothy J.; Labour Law and Triangular Employment Growth, Labour Law Research Network Conference, Pompeu Fabra University, Barcelona, June 13-15, 2013, 1-41, s.5.

⁵⁴⁸ KALLEBERG, Arne L; Changing Employment Relations In the United States, Meetings of the Society for the Advancement of Socioeconomics, Madison, Wisconsin, July 8-11, 1999, 1-20, s.15.

⁵⁴⁹ Burch, s.404.

ve işçi; A için 20, Z için 40 saat aynı çalışma haftası içinde çalıştırsa, haftalık çalışma süresini aşan kısım için A da, Z de müteselsilen sorumludur⁵⁵⁰.

Geçici/ödünç işçilik, alt işverenlik, franchising, işçilerin bağımsız yüklenici olarak yanlış sınıflandırılması gibi yollarla istihdamın dışsallaştırılması giderek yaygınlaşmaktadır⁵⁵¹. İstihdamın dışsallaştırılmasının işçilerin ücretlerinde azalma, çalışma saatlerinin artmasına rağmen fazla mesai ücretlerinin ödenmemesi, iş kazalarının artması gibi pek çok olumsuz duruma sebebiyet verdiği görülmektedir. Birlikte işveren kavramının geniş yorumlanması suretiyle bu olumsuzlukların önüne geçilebileceği savunulmaktadır⁵⁵². Potansiyel olarak sorumlu taraflar ne kadar çok olursa, çalışma standartlarının ve korumaların artma olasılığı o kadar yüksektir. Bu nedenle de işveren tanımını dar anlamayıp, istihdamın dışsallaştırıldığı tüm hallerde işçinin karşısında yer alan taraflara sorumluluğu genişletici bir rol yüklemek gerektiği savunulmaktadır⁵⁵³.

Birlikte işverenliğin geniş yorumlandığı istihdamın dışsallaştırıldığı alanlardan biri de alt işverenliktir. ABD’de sağlık koşullarına uygun olmayan kötü şartlar altında ve çok düşük ücretle işçi çalıştıran işyerleri için “*sweatshop*” terimi kullanılmaktadır. Bu terim, asgari ücretin altında, fazla mesai ücreti ödenmeden, çocuk işçiliği, endüstriyel ev işi, emniyet ve sağlık koşullarını düzenleyen çok sayıda kanunu düzenli olarak ihlal eden işyerlerine atfen kullanılır⁵⁵⁴. Özellikle göçmen hazır giyim işçilerinin çalışma koşullarının vahşiliğini gözler önüne sermeyi hedefleyen bir çalışma, istatistiklere yansıyan yüzüyle, ülkenin hazır giyim fabrikalarının yarısından fazlasının çeşitli iş kanunlarına aykırı olduğunu göstermektedir⁵⁵⁵. Yetmiş ila yüz saat arasında çalışmak zorunda kalan işçilerin günlük hayatlarının çoğunu harcadıkları fabrikalar tehlikeli ve sağlıksız yerler olarak görülmektedir. Zira işçiler, aşırı kalabalık çalışma alanları, tehlikeli elektrik kabloları, sağlıksız banyolar, engellenmiş yangın çıkışları, havalandırma yetersizliği ve yetersiz aydınlatma ile uğraşırken bir yandan da işverenin sürekli gözetimi, keyfi disiplini, yıldırma, taciz hareketleri ile baskıcı muamelesi altında Üçüncü Dünya ülkelerinden

⁵⁵⁰ Burch, s.405.

⁵⁵¹ RUCKELSHAUS Catherine/ SMITH Rebecca/ LEBERSTEIN Sarah/ CHO Eunice; Who’s The Boss: Restoring Accountability for Labor Standards in Outsourced Work, National Employment Law Project, New York, May 2014, s.1.

⁵⁵² Ruckelshaus, vd. s.2,5.

⁵⁵³ Ruckelshaus, vd. s.39.

⁵⁵⁴ LUNG Shirley; Exploiting the Joint Employer Doctrine: Providing a Break for Sweatshop Garment Workers, Loyola University Chicago Law Journal, Vol.34, Issue 2 Winter 2003, 291-358, s.295, dn.32.

⁵⁵⁵ Lung, s.296.

farksız şartlar altında çalışmaktadırlar⁵⁵⁶. Bu sektörün böyle kötü şartlar altında çalışmasına neden olarak alt işverenlikteki artış gösterilmektedir⁵⁵⁷. Son yıllarda, kamu yararına çalışan hukuk firmaları, FLSA'nın birlikte işveren doktrinini kullanarak hazır giyim işçileri adına bir dizi dava açmışlardır. Bu davalarda, üreticilerin doğrudan işveren olmamalarına rağmen, üretim sürecinin kontrolü ve alt işverenlere ekonomik hâkimiyeti, nihayetinde hazır giyim çalışanlarının ücret ve koşullarını belirlemeleri nedeniyle yükleniciler tarafından borçlanılan ücretler için birlikte işveren olarak yükümlü tutulması gerektiği iddia edilmektedir⁵⁵⁸. ABD'de alt işverenlikte de birlikte sorumluluk kılmak adına birlikte işverenlik doktrini kullanılmaktadır.

Birlikte işverenlik, iyi niyetle bir başka bağımsız şirketle sözleşme kurarken, diğer işveren tarafından istihdam edilen işçilerin çalışma koşulları ve iş şartlarının yeterli kontrolünü elinde tutan bir işveren gerektirir. Ancak bir başka işverenin işçileri üzerinde mutlak yönetim hakkı tek başına birlikte işverenlik kurmaya yetmez. Aksine birbirinden ayrı bağımsız işverenler bu işçiler üzerinde yönetim hakkını paylaşır ya da birlikte karar verirler⁵⁵⁹. Üzerinde karar verilen konular ücretlerin ödenmesi, prim ve vergilerin stopajı, tazminatların karşılanması, emeklilik tazminatı, kiralama ve işten çıkarma hakkı, işyerinde çalışma koşullarının, süresinin belirlenmesi, insan haklarına uygun güvenli bir işyeri sağlanması sorumluluğu gibi konulardır⁵⁶⁰.

ABD'de bunların yanı sıra yirmibirinci yüzyılın küresel ekonomisi ve iş ilişkileri meseleleri ile uğraşırken mahkemelerin birlikte işverenlik, tek işverenlik, ajans teorisi, görünen otorite gibi onsekiz, ondokuzuncu yüzyılların kavram ve doktrinleri ile karar vermesi de eleştirilmektedir⁵⁶¹. Birlikte işveren doktrini 2015 yılı ve yakın gelecek bakımından iş hukukunun en sıcak konusu olmuştur⁵⁶².

NLRB, birlikte işverenlik statüsünü şu şekilde tanımlamaktadır: birlikte işveren kavramı, aslında ayrı iki veya daha fazla ticari varlığın, iş ilişkisinin esas şart ve koşullarını düzenleyen konuları paylaştığı veya ortak karar verdiği durumlarda söz konusudur. Birlikte işveren statüsü kurmak için işverenin, işe alma, işten çıkarma, disiplin, denetim ve

⁵⁵⁶ Lung, s.297 ve dn.35-50 arasındaki kaynaklar.

⁵⁵⁷ Lung, s.299.

⁵⁵⁸ Lung, s.313.

⁵⁵⁹ FREEMAN Harris / GONOS George; Amicus Brief of Labor Relations and Research Center, U. Mass., Amherst in Browning-Ferris, NLRB RC-109684, 26 Haziran 2014, 1-32, s.13.

⁵⁶⁰ Freeman/Gonos, s.16.

⁵⁶¹ Carvell/Sherwyn, s.5.

⁵⁶² Carvell/Sherwyn, s.6.

yönlendirme gibi iş ilişkisine ilişkin konuları anlamlı şekilde etkilediğine dair göstergeler olmalıdır. Bir NLRB davasının temyizinde (Service Employees International Union, Local 32BJ v. NLRB, 647 F.3d 435, 442 (2d Cir. 2011), İkinci Daire, birlikte işverenlik olduğuna karar verebilmek için gerekli önemli bir unsurun "çalışanların üzerinde doğrudan yönetim hakkı kullanıldığına dair yeterli kanıt" olduğunu açıklamıştır⁵⁶³.

Birlikte işverenlik ABD’de aşağıdaki üç idari kurum tarafından, belirtilen yasalara binaen kullanılmaktadır:

1.Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu (EEOC) :1964 Medeni Haklar Yasası'nın (CRA) Yedinci Başlığı, 42 U.S.C. § 2000e(2) (2015). İstihdamda Yaş Ayrımcılığı Yasası (ADEA) 29 U.S.C. §§ 621-634 (2015) ve Engelli Amerikalılar Yasası (ADA); 42 U.S.C. §§ 12111-12117.

2.ABD Çalışma Bakanlığı (DOL) :Adil Çalışma Standartları Yasası (FLSA) 29 U.S.C. §§ 201-262.

3.Ulusal Çalışma İlişkileri Kurulu (NLRB) :Ulusal Çalışma İlişkileri Yasası (NLRA) Id. §§ 151-169⁵⁶⁴.

Birlikte işverenliğin tek bir tanımı yoktur. Bunun yerine çeşitli kanunlarda birlikte işverenliğe yol açabilecek çeşitli durumlar tanımlanmaktadır. Buna bir örnek, Aile ve Tıbbi İzin Yasasıdır. Bu Yasa, birlikte işverenliği, aile izni veya tıbbi izinden dönen bir çalışan için eşdeğer bir iş sağlamada hangi ticari tüzel kişinin yasal sorumluluğa sahip olduğunun belirlenmesinde tanımlar⁵⁶⁵.

FLSA’ya göre bir işçi birden fazla işveren tarafından aynı anda istihdam edilebilir ve birlikte işveren olarak değerlendirilebilir. Burada işverenlerin birbirinden tamamen bağımsız olarak hareket etmiyor olması, yani işverenlerin arasında da bir ilişkinin bulunması ve işçinin edimini ifa sürecinde ortada tek bir iş ilişkisinin bulunması şarttır.

⁵⁶³ Rubinstein, s.649. 3. Dairenin de aynı yöndeki kararı hakkında bkz. COMISKY Hope A./ ABBOTT Natalie; Temporary Workers May Get "Two Bites" at Recovery Under the Employment Discrimination Laws, 20 THE LABOR LAWYER 1 (2004), 1-15, s.7. Yüksek Mahkeme'nin benzer bir kararı için, Clackamas Gastroenterology Associates v. Wells 538 U.S. 440, 123 S. Ct. 1673, 1680 n. 10 (2003) bkz. Comisky/Abbott, s.8. Wears/Fisher, s.167. JENERO Kenneth A./ SPOGNARDI Mark A.; Temporary Employment Relationships: Review of the Joint Employer Doctrine under the NLRA, Employee Relations Law Journal/Vol. 21, No. 2, Autumn 1995, 127-138, s.128.

⁵⁶⁴ Carvell/Sherwyn, s.13.

⁵⁶⁵ [https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_\(US_Law\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_(US_Law)) Joint employment (US Law) 28.1.2015

Böyle bir durumda rücu hakkı saklı olmak kaydıyla tüm işverenler tüm iş ilişkisi dönemi için müteselsilen sorumlu olurlar⁵⁶⁶.

Birlikte işverenliğin kapsamı 29 CFR 825.106'da açıklanmaktadır. Buna göre:

İki veya daha fazla işletmenin, işçinin işi veya çalışma koşulları üzerinde yönetim hakkını kullandığı durumlarda, işletmeler FMLA kapsamında birlikte işveren olabilir. Birlikte işverenler, ayrı yönetime ve tesislere sahip birbirinden bağımsız ayrı ayrı kuruluşlar olabilir. Çalışanın iş görme edimiyle aynı anda iki veya daha fazla işverene fayda sağladığı veya iki veya daha fazla işveren için haftanın belirli saatlerinde çalıştığı durumlarda aşağıdaki koşulların da varlığı halinde genel olarak birlikte istihdam ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilir:

(a)

(1) Bir işçinin hizmet edimini paylaşmak veya işçileri değiştirmek için işverenler arasında bir anlaşma varsa;

(2) Bir işveren işçi ile ilişkili olarak doğrudan veya dolaylı bir başka işverenin menfaatine hareket ediyorsa;

(3) Bir işveren başka bir işvereni kontrol ediyor, başka bir işveren tarafından kontrol ediliyor ya da ortak bir kontrol altında bulunuyorlarsa ve bu nedenle işçi üzerinde yönetim hakkını paylaşıyorlarsa; birlikte işverenliğin varlığı kabul edilir.

(b)

(1) Bir birlikte istihdam ilişkisinin var olup olmadığının belirlenmesi tek bir kriterin uygulanmasıyla değil, bütün ilişkinin incelenmesiyle görülecektir. Örneğin, özel istihdam bürosu ile işçi temin ettiği ikinci işveren arasında bir birlikte istihdam ilişkisi bulunduğu kabul edilmektedir.

(2) Sıklıkla Profesyonel İşveren Kuruluşu (PEO) olarak adlandırılan bir şirket bordro, yardımlar, düzenleyici belge işleri ve istihdam politikalarını güncelleme gibi idari işlevleri yerine getirmek için müşteri olan işverenlerle sözleşme yapar. Bir PEO'nun birlikte işveren olup olmadığının belirlenmesi, durumun ekonomik gerçeklerine de dönüktür ve tüm

⁵⁶⁶ <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2> 29 CFR 791.2 - Joint employment 7.2.2017

olgulara ve koşullara bakarak belirlenmelidir. Bir PEO, sadece bu gibi idari işlevleri yerine getiriyorsa, müşteri şirketlerinin çalışanlarıyla ortak bir istihdam ilişkisi kurmuş olmaz. Öte yandan, belirli bir olgu durumunda, bir PEO, müşterinin çalışanlarını işe alma, işten çıkarma, denetleme ya da yönetme haklarına sahipse veya işçilerin işgörme ediminden kendisi de yararlanıyorsa PEO, tüm gerçekler ve koşullara bağlı olarak müşteri işvereniyle birlikte işveren olacaktır.

(c) Birlikte istihdam ilişkilerinde, çalışanlarına gerekli bildirimleri yapmak, FMLA kapsamında izin vermek ve sağlık yardımlarından faydalandırmak bakımından yalnızca birincil işveren sorumludur. Birincil işverenin belirlenmesinde dikkate alınan faktörler, işe alma ve işten çıkarma yetkisi/sorumluluğu, çalışanı atamak/yerleştirmek, bordro düzenlemek yetkisi ve istihdam sağlama olanaklarını içermektedir. Örneğin, geçici istihdam ajansının çalışanları için sıklıkla büro birincil işveren olacaktır. Bir PEO birlikte işveren ise, müşteri işveren sıklıkla birincil işveren olacaktır.

(d) İki işveren tarafından birlikte çalıştırılan işçiler, işverenlerden birinin ücreti ödemesine bakılmaksızın, işverenin işyerinde çalışan işçi sayısı bakımından kapsamın belirlenmesinde her iki işveren tarafından da sayılmalıdır. Örneğin, geçici istihdam ajansından 15 işçi kiralamış ve 40 da sürekli işçi çalıştıran bir işveren, FMLA kapsamındadır. (Burada özel bir kural, ikincil işverenin yanında fiziksel olarak en az bir yıl çalışmış işçiler bakımından geçerlidir.)

(e) İş yenileme birincil işverenin sorumluluğundadır. İkincil işveren geçici yerleştirme ajansından kiraladığı bir çalışanı kullanmaya devam ederse ve ajans ikincil işveren ile işçiyi yerleştirmeyi seçerse, ikincil işveren FMLA izininden dönen çalışanı, onun yerine konan çalışanın yerine işe kabulden sorumludur. İkincil işveren, FMLA tarafından kapsanmış olsun veya olmasın, ortak çalışanlara ilişkin yasaklanan eylem hükümlerine uyulmasından da sorumludur. Yasaklanan eylemler, bir çalışanın Yasa uyarınca hak kullanma girişimine müdahale edilmesine veya bir çalışana FMLA uyarınca kanuna aykırı olan bir uygulamaya muhalefetten dolayı ayrımcılığa uğramaya karşı yasaklamaları içerir. Kapsamlı bir ikincil işveren, FMLA'nın düzenli, kalıcı işgücüne ilişkin tüm hükümlerine uyulmasından sorumlu olacaktır⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/825.106> 28.1.2015

Esasında FMLA ve FLSA birlikte çalışmayı tanımlamaz; Bu görev Çalışma Bakanlığı'na bırakılmıştır. Çalışma Bakanlığı'nın uyguladığı testler de bu düzenlemelerle paralel olup, birlikte işverenlik şu şartlar durumunda düşünülebilir:

- 1) Çalışan aynı anda iki veya daha fazla işveren menfaatine çalışıyorsa,
- 2) İşverenler işçinin hizmet edimini paylaşmak için bir anlaşma yapmışlarsa,
- 3) Bir işveren, çalışanla ilgili diğer işverenin menfaatleri doğrultusunda hareket etmekte ise veya
- 4) "İşverenler tamamen ayrışmamış" ise ve bir işveren başka bir işvereni kontrol ediyor, başka bir işveren tarafından kontrol ediliyor ya da ortak bir kontrol altında bulunuyorlarsa ve bu nedenle işçinin yönetimi hakkını paylaşıyorlarsa birlikte işverenlik var denebilecektir (FLSA, 29 CFR 791.2a).

Çalışma Bakanlığı, geçici kiralanan işçi bağlamında FMLA kapsamındaki birlikte istihdamı ele alan yayınladığı özel düzenlemelerde (FMLA, 29 C.F.R. §825.106) "birincil" işverenler ile "ikincil" işverenler arasında ayırım yapmakta ve birincil işverenlere ortak çalışanlara karşı daha fazla sorumluluk yüklemektedir. Geçici / kiralanan istihdam bağlamında, yaygın olarak geçici / finansal kiralama şirketi birincil işveren olacaktır (FMLA, 29 CFR §825.106c)⁵⁶⁸.

FLSA ve FMLA çok koruyucu ve geniş kapsamlı kanunlardır⁵⁶⁹. Özellikle FLSA'da yer alan "*suffer or permit to work*" tanımı çocuk işçiliği bakımından tarihsel kökleri olan bir ifadedir. Zira çocuk işçiliğinin olduğunun bilindiği ve bu işi engelleme gücü olan tüm kuruluşlar bu ifade sayesinde bundan sorumlu tutulmuşlardır. Bu ifade dili, daha dar bakış açısına sahip -ortak hukuk yönetim hakkı- standartlarında "istihdam" olarak düşünülmeyecek birçok istihdam ilişkisi kategorisini kapsamaktadır ve bu nedenle çok sayıda işvereni de sorumluluk katmanına dâhil etmektedir⁵⁷⁰.

Hem FMLA hem FLSA'da aynı şartlara vurgu yapılarak birlikte işverenlik yolu açılmıştır. Ayrıca bu iki kanunda da işçi, sadece "*employ*" (çalıştırma) fiilini gerçekleştiren olarak değil, "*to suffer or permit to work*", "işe katlanan veya çalışmasına izin verilen kişi"

⁵⁶⁸ Wears/Fisher, s.165.

⁵⁶⁹ Ruckelshaus, vd. s.33. Carvell/Sherwyn, s.15.

⁵⁷⁰ Ruckelshaus, vd. s.34.

olarak geniş bir şekilde kapsama alınmıştır. Bu ifade işveren tarafından kontrol altında tutulmaya veya ekonomik olarak bağımlı olmaya gerek duyurmayan bir ifadedir⁵⁷¹. Çalışma zamanı her ne kadar iş yapılırken geçen zaman olarak anlaşılmaya müsaitse de bu ifade yalnızca fiilen çalışılan zamanı kapsamaz. İş görülmezken de işe hazır halde bekleyen çalışanlar bakımından da işçiler işverene çalışılmış sayılacaktır⁵⁷². Mahkemeler, istihdam ilişkisinin belirlenmesinin, işin yapıldığı yer veya tazminatın nasıl bölündüğü gibi izole faktörlere bağlı olmadığını, bunun yerine faaliyetin tümünün koşullarına bağlı olduğunu kabul etmektedir⁵⁷³.

ABD’de birlikte işverenlik doktrininin görüldüğü pek çok örnek vardır. Sözelimi bir işveren başka bir işverenin belli sayıda işçisini çalıştırmak için kiraladığında birlikte işverenlik söz konusu olur. Şayet hem kiralayan hem kiraya veren, işçilerin ücretleri, çalışma süreleri, çalışma koşulları gibi konularda yönetim hakkını kullanıyorsa ikisi de birlikte işveren olacak ve birlikte sorumlu olacaklardır⁵⁷⁴. Bir de işçilerin yanlışlıkla bağımsız yüklenici olarak sınıflandırıldığı durumda, sözleşmede işveren tarafı olarak zikredilmese de uygulamada işçi üzerinde işveren yetkilerini kullanıyorsa birlikte işveren olacaktır⁵⁷⁵. Burada hem NLRB’nin hem mahkemelerin tek işverenlikteki dört kriteri kullanarak birlikte işverenlik olup olmadığını belirlediği kararlar da bulunmaktadır⁵⁷⁶. Ancak daha ziyade NLRB “yönetim hakkının ortak kullanılması” kriterini esas almaktadır. Bu konuda verilen kararlardan TL, Inc. 271 NLRB at 798 davasında (Learco Transportation and Warehouse, 269 NLRB 324 (1984)’e atıfla); işe alma, işten çıkarma, disiplin, denetim ve yönlendirme gibi iş ilişkisi ile ilgili konularda işveren sıfatıyla yönetim hakkının paylaşıldığı veya ortak kullanıldığı durumlarda birlikte işverenliğin tartışılması gerektiği karara bağlanmıştır. Clinton’s Ditch Cooperative Co., Inc. v. NLRB davasında ise mahkemece “işçiler üzerinde yönetim yetkisinin doğrudan kullanıldığına ilişkin yeterli kanıt” aranmıştır⁵⁷⁷.

⁵⁷¹ ARBEIT Bryan; A Franchisor's FLSA Liability For Its Franchisee's Workers: Why Operational Control Over Employment Conditions Should Make A Franchisor A Joint Employer, Hofstra Labor & Employment Law Journal, Vol.32, 2014-2015, 253-278, s.257.

⁵⁷² Suffer or Permit to work, https://www.hram.org/files/8614/2670/5340/Supplemental_Information_on_Hours_Worked_and_Travel_Ti_me.pdf 5.8.2017.

⁵⁷³ Arbeit, s.258.

⁵⁷⁴ SIEBERT Walter V./ WEBBER N. Dawn, Joint Employer, Single Employer and Alter Ego, Labor Lawyer, Vol. 3, No. 4, 1987, 873- 887, s.880. Joint employment (US Law) , [https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_\(US_Law\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_(US_Law)) 28.1.2015.

⁵⁷⁵ Joint employment (US Law) [https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_\(US_Law\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_(US_Law)) 28.1.2015

⁵⁷⁶ Siebert/Webber, s.880. Tek işverenlik doktrini hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Başlık 2.1.3.

⁵⁷⁷ Siebert/Webber, s.881.

ABD’de mahkemelerce farklı hukuki konularda birlikte işverenlik tespiti yapıldığı görülmektedir. Bunlar arasında öncelikle işverenler arasında işçinin hizmetinin paylaşılacağı yönünde bir anlaşma varsa örneğin işçi takası-yer değiştirmesi durumlarında birlikte işverenlik kabul edilmektedir. Bu konuda verilen kararlara, *Mid-Continent Pipeline Co., et al. v. Hargrave*, 129 F. 2d 655 (C.A. 10); *Slover v. Wathen*, 140 F. 2d 258 (C.A. 4); *Mitchell v. Bowman*, 131 F. Supp., 520 (M.D. Ala. 1954); *Mitchell v. Thompson Materials & Construction Co., et al.*, 27 Labor Cases Para. 68, 888; 12 WH Cases 367 (S.D. Calif. 1954) örnek olarak gösterilebilir. Yine bir işveren işçi ile ilgili doğrudan veya dolaylı olarak diğer işveren(ler) menfaatine davranıyorsa birlikte işverenlik tesis edilmektedir. Bu konuya örnek olarak *Greenberg v. Arsenal Building Corp., et al.*, 144 F. 2d 292 (C.A. 2) kararı verilebilir. Birlikte işverenlik ilişkisi kurulan bir diğer durum ise işçi üzerinde doğrudan-dolaylı yönetim yetkisi kullanılmasıdır. Bu halde ya işveren diğer işveren tarafından yönetilir, diğer işvereni yönetir yahut işverenler ortak yönetim altındadırlar. Bu konuya örnek olarak da; *Dolan v. Day & Zimmerman, Inc., et al.*, 65 F. Supp. 923 (D. Mass. 1946); *McComb v. Midwest Rust Proof Co., et al.*, 16 Labor Cases Para. 64, 927; 8 WH Cases 460 (E.D. Mo. 1948); *Durkin v. Waldron., et al.*, 130 F. Supp., 501 (W.D. La. 1955); *Wabash Radio Corp. v. Walling*, 162 F. 2d 391 (C.A. 6) kararları gösterilmektedir⁵⁷⁸.

İkinci Daire 2009 yılında Halpert v. Manhattan Apartments, Inc. davasında bir işverenin bağımsız yüklenici istihdam ettiği ve ona işçi alma yetkisi verdiği yahut buna benzer kararlar alma yetkisi verdiği durumlarda bağımsız yüklenicinin kararlarından sorumlu tutulabileceği yönünde hüküm tesis etmiştir. Burada esasında işveren olarak sorumluluk değil, şirketin önemli işlerinde bir yetki devri halinde üçüncü kişinin davranışlarından sorumluluk konusu irdelenmiş olsa da, oluşan birlikte işverenlik içtihadını zımnen destekleyen benzer bir mantık söz konusudur⁵⁷⁹.

Birlikte işverenlik konusunda Yüksek Mahkemenin önde gelen davalarından biri Falk/Brennan davasıdır. Bu davada Yüksek Mahkeme, gayrimenkul yönetim hizmeti şirketi Drucker & Falk’ın ("D & F") ve daire sahiplerinin daire bakım işçileri için birlikte işveren olduğuna karar vermiştir (Falk v. Brennan, 414 U.S. 190, 195 (1973)). Söz konusu olayda D & F, daire sahipleriyle yaptığı sözleşmeler uyarınca, her daire sahibi adına bir dairenin düzgün bir şekilde çalışması için gerekli olan neredeyse tüm yönetim işlevlerini

⁵⁷⁸ <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2> 7.2.2017. Lung, s.314.

⁵⁷⁹ Rubinstein, s.646.

yerine getirme konusunda anlaşmışlardır. Davadaki bakım görevlileri, D & F gözetiminde çalışmaktadır ve çalıştıkları apartman kompleksinin kira gelirinden ücretleri ödenmektedir. Apartman sahipleri ve D & F arasındaki sözleşmelerde proje sahiplerinin çalışanları olarak kabul edilmişlerdir⁵⁸⁰. Yüksek Mahkeme olayı çözümlerken bakım görevlileri D & F tarafından mı yoksa daire sahipleri tarafından mı işe alınmıştır sorusunu yöneltmiş ve bakım çalışanlarının daire sahiplerinin çalışanları olduğunu belirlemiştir. Buna ek olarak, Yüksek Mahkeme, FLSA'daki 'işveren' tanımının genişliğine vurgu yaparak, D & F'nin vazifesinden dolayı bu çalışanların çalışma şartlarını ve iş koşullarını önemli ölçüde kontrol altında tuttuğunu, bu nedenle D & F'nin de bakım işçilerinin birlikte işvereni olduğunu hükme bağlamıştır⁵⁸¹.

İkinci Daire ise birlikte işverenliğin mevcut olabilmesi bakımından işçi üzerinde yönetim hakkı kullanmanın elzem bir şart olduğunu, ancak işverenin yönetim hakkının işçi üzerinde nihai ve en yüksek derecede olmasının aranmasına gerek olmadığını belirtmektedir⁵⁸².

Daha yakın bir tarihte, İkinci Daire, Irizarry v. Catsimatidis ("Irizarry") davasında birlikte işverenlik tartışması yapmıştır. Irizarry'de, davacılar, Gristede Foods, Inc.' in başkanı ve CEO'su olan John Catsimatidis' in ("Catsimatidis") kendi işverenleri olarak tazminatlardan kişisel olarak sorumlu tutulup tutulamayacağını tespitini istemişlerdir. Mahkeme, şirket üzerindeki işletmesel kontrolün kapsamı ve gerçek güç ile varsayımsal gücün aynı olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme CEO'yu üst düzey bir çalışan olarak tanımlamış, davacıların hayatını zayıf bir neden-sonuç zinciri kapsamında etkilediğini, nihai karar veren otorite ve işveren olmadığını⁵⁸³, ancak bir şahsın, şirket içindeki rolü ve aldığı kararlar çalışanların istihdam koşullarını doğrudan etkiliyorsa, çalışanlar üzerinde işletmesel kontrol uyguluyor anlamına geldiğini⁵⁸⁴, Catsimatidis'in de bu yönde kararlar alabildiğini, ekonomik gerçeklik testine tabi tutulduğunda FLSA bağlamında işveren olarak değerlendirilebileceğini hükme bağlamıştır⁵⁸⁵.

12 Mayıs 2014'te Ulusal Çalışma İlişkileri Kurulu NLRB, Kurulun mevcut birlikte işverenlik standardının değiştirilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin görüş istemiştir.

⁵⁸⁰ Arbeit, s.260-261.

⁵⁸¹ Arbeit, s.261.

⁵⁸² Arbeit, s.262.

⁵⁸³ Arbeit, s.264.

⁵⁸⁴ Arbeit, s.265. Carvell/Sherwyn, s.18.

⁵⁸⁵ Arbeit, s.266.

Kurulda çoğunluk, birlikte işverenlik doktrininin genişlemesi gerektiği yönünde görüş beyan etmiştir. Uygulayıcılarda 1960'larda, 70'lerde tartışılan dolaylı yönetim/endüstriyel gerçeklerin birlikte işverenlik tesis etmek için yeterli sayıldığı zamanlara dönüş yapılacağı algısı oluşmuştur. Burada dolaylı yönetim, işçi alma-çıkarma-yönlendirme yetkisi olmasa da gerek diğer işveren üzerindeki gerek işçilerin ücretleri vs. hakları ve çalışma koşulları üzerindeki anlamlı etkisinden dolayı, işveren sayılması gereken sermaye sağlayıcısının sahip olduğu yetkidir. Buna örnek olarak da alt işverenlik, ödünç işçilik ve franchiseler verilmektedir⁵⁸⁶.

Amerikan hukuk doktrininde birlikte işverenliği işveren benzeri olarak tanımlayan bir görüş de bulunmaktadır. Geleneksel olarak işveren olarak tanımlanamayan ancak bir istihdam ilişkisine önemli ölçüde müdahale eden, bir şekilde denetim yapan, iş hukuku mevzuatı ile sorumluluk altına sokulan bu kişiler için bu görüşün yazarı işveren benzeri kavramını kullanmaktadır⁵⁸⁷. İşveren benzeri sorumluluğuna benzer bir şekilde "yönetim hakkı kullanan işveren" politikası OSHA kapsamında da geçerlidir. OSHA da "yönetim hakkı kullanan işveren" bir çalışma sahasında tehlikeli koşulları önleme veya azaltma imkânına sahip olan işveren olup, çok işverenli bir çalışma sahasında kendi işçileri bakımından olduğu kadar diğer işveren işçileri için de güvenli bir çalışma sahası sağlamak konusunda genel görevlidir. İşte bu kişiler doğrudan diğer işveren işçileri bakımından işveren statüsüne sahip olmasalar dahi kanun tarafından işveren yükümlülüğüne tabi kılındıklarından işveren benzeri sayılmaktadırlar⁵⁸⁸. California, Illinois ve New York'ta alt işveren işçilerinin ödenmeyen ücretlerinden de benzer şekilde işveren benzeri sorumlu kılınmıştır⁵⁸⁹.

İşveren benzeri olan kişilerin tespitinde Amerikan hukukunda dört teori üzerinde durulmaktadır. Bu teoriler Sibley müdahale teorisi, Spirt delegasyon teorisi, ortak işveren teorisi ve tek işveren teorisidir. Bunlar arasında Sibley ve Spirt teorilerinin ortak özelliği, esasında işveren olmayan üçüncü kişinin, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisine, çalışma ortamına müdahale etmesi durumunda sorumlu tutulmasıdır. Sibley müdahale teorisinde işveren, bir çalışanın çalışmasına müdahale ettiği için işveren sorumluluğuna tabidir. Spirt

⁵⁸⁶ STARR Michael / SOKOL Howard; The Labor Board Signals Change to the Joint-Employer Doctrine, The New NLRB Rule Will Likely Require Businesses to Bargain as to Workers They Do Not Actually Employ, May 29, 2014. <http://www.hklaw.com/publications/the-labor-board-signals-change-to-the-joint-employer-doctrine-05-29-2014/> Erişim: 3.4.2017. Ayrıntılı bilgi için bkz. Carvell/Sherwyn, s.18.

⁵⁸⁷ Rubinstein, s.611.

⁵⁸⁸ Rubinstein, s.640.

⁵⁸⁹ Rubinstein, s.640, dn.192.

delegasyon teorisinde, üçüncü bir kişinin işveren olarak sorumlu tutulması, kendisine çalışanların çalışma şart ve iş koşullarını etkileyen önemli bir sorumluluk devredilmiş olması nedeniyle kabul edilmiştir. İki ayrı işletmenin birlikte işveren olarak düşünülebileceği ortak işveren teorisi ve iki adet nominal olarak ayrı işyerinin tek bir işveren olarak görülebileceği tek işverenlik teorisi işveren benzerlerini açıklamak için kullanılan teorilerdir. Son olarak, bazı tüzükler uyarınca, denetçiler kişisel olarak sorumlu olabilirler ve bu nedenle, bunlar da bir tür işveren benzeri olarak kabul edilirler⁵⁹⁰.

Bu teorilerden ilki olan Sibley müdahale teorisi Sibley Mem’l Hosp. v. Wilson, 488 F.2d 1338 D.C. Cir. 1973 davasında ortaya atılmış bir teoridir. 1973’te Sibley davasında mahkeme müdahale teorisi kavramını ilk kez kullanmıştır. Söz konusu olayda davacı, davalı hastanede çalışan ancak ücretini münhasıran bir hastanın ödediği ve davacının da yalnızca o hastaya baktığı bir özel görevli hemşiredir. Hastane bu erkek hemşirenin kadın hastalarla çalışmasını engellemiş ve hemşire 1964 Medeni Haklar Yasası, Yedinci Başlık uyarınca hastanenin cinsiyet ayrımcılığı yaptığı iddiasında bulunmuştur. Hastane davacı ile arasında doğrudan bir iş ilişkisi bulunmadığı savunmasıyla davanın reddini talep etmiştir. Ancak Mahkeme, Yedinci Başlık uyarınca, bir kimseyi doğrudan istihdam etmese de, o işçinin çalışma fırsatlarını etkileyebilecek müdahalelerde bulunan bir işvereni ayrımcılık yapmama konusunda yükümlü tutmuş ve hastanenin argümanını reddetmiştir. Mahkeme davacının davalı ile yakın bağı, yasanın ruhu ve lafzını göz önünde tutarak, Yedinci Başlık çerçevesinde ayrımcılık yapmama yükümlülüğünde mağdur kişi olarak kabul edilecek kesimin dar bir işçi çevresi ile sınırlı olmadığını hükme bağlamıştır. Aynı gerekçe ve önemle bu yükümlülüğe uymakla vazifeli olanların da sadece dar anlamda işveren değil, işçi sendikaları, iş bulma büroları gibi geniş bir çevrenin olduğunu belirtmiştir. Başka mahkemeler de bu karara atıfta bulunurken çalışma fırsatlarına müdahaleden hareketle “müdahale” teorisi kavramını kullanmıştır⁵⁹¹.

Assoc. of Mexican-American Educators v. California, 231 F.3d 572, 580 n.4 (9th Cir. 2000) davasında da Dokuzuncu Daire müdahale teorisini kullanmıştır. Burada devleti (California eyaletini), doğrudan istihdam etmediği öğretmenlere karşı okulla arasındaki iş ilişkisine müdahalede bulunduğu gerekçesiyle sorumlu tutmuştur. Bu davada, Medeni Haklar Yasası Yedinci Başlık uyarınca Kaliforniya’da öğretmen olarak istihdam için bir

⁵⁹⁰ Rubinstein, s.657-658.

⁵⁹¹ Rubinstein, s.642. Konuyu dolaylı işveren başlığı altında inceleyen bir diğer çalışma, Comisky/Abbott, s.5.

gereklilik olan Kaliforniya Temel Eğitim Becerileri testinin geçerliliğine itirazda bulunulmuştur⁵⁹². Ancak sadece tarafların farklı olduğu benzer bir olayda, öğretmenlerin yetkinliğini ölçmek niyetiyle düzenlemeler yapan devletin geniş bir biçimde iş ilişkisine müdahale ettiği anlamına gelmeyeceğini savunan ve New York eyaletini sorumlu tutmayan İkinci Daire, Sibley müdahale teorisini kabul etmemektedir⁵⁹³. Benzer bir biçimde Sibley müdahale teorisini kabul etmeyen başka daireler de vardır. Örneğin Birinci Daire, Lopez v. Massachusetts davasında, işveren tanımının geleneksel ortak hukuk standartları ile sınırlı olduğu gerekçesiyle bu teoriyi reddetmiştir. İkinci Daire ise kararlarında, aksine bir delil bulunmadıkça işveren tanımının geniş bir şekilde yorumlanmasına gerek olmadığını, Yedinci Başlığın kolayca anlaşılır lafzından böyle bir anlamın çıkarılmadığını hükme bağlamıştır (Gulino v. N.Y.S. Educ. Dep't, 460 F.3d 361, 374-76 (2d Cir. 2006); Salamon v. Our Lady of Victory Hosp., No. 06-1707-CV, 2008 WL 2609712, at *14 (2d Cir. Jan. 16, 2008)⁵⁹⁴. Yüksek Mahkeme ise kararlarında Sibley müdahale teorisine hiç atıfta bulunmamıştır⁵⁹⁵.

Yazarın işveren benzerlerini tespit etmek için yararlandığı yargının kullandığı ikinci teori Spirt delegasyon teorisidir. Bu teoriye konu olan Spirt v. Teachers Insurance & Annuity Association davasında, davalı sigorta şirketi çalışanların da katkıda bulunması gereken bir emeklilik fonu yönetmektedir. Bu emeklilik fonu kadınlar için erkeklerden daha uzun ömür beklentileri gösteren aktüeryal tablolara dayanılarak, erkekler için daha yüksek emekli aylığı ödemeleri yapmıştır. Yedinci Başlık kapsamında cinsiyet ayrımcılığından sorumlu tutulan sigorta şirketi kendisinin işçilerin işvereni olmadığı gerekçesiyle davanın reddini istemiştir. İkinci Daire Sibley müdahale teorisine benzer şekilde işveren tanımını geniş yorumlamış ve sigorta şirketini de işveren tarafından işverene ait olan yetkilerden biri ona devredildiği için sorumlu tutmuştur⁵⁹⁶.

Yazarın işveren benzerlerini tespit etmek bakımından faydalandığı üçüncü teori olan birlikte işverenlik teorisi ve tek işverenlik teorisi ise bir alt başlıkta ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir.

⁵⁹² Rubinstein, s.643.

⁵⁹³ Rubinstein, s.645. Ancak aksi yönde devletin de birlikte işveren olarak sorumlu tutulduğu başka konularda davalar söz konusu olmuştur. Konu giderek daha fazla tartışılmaktadır. Ayrıntılı bilgi ve dava örnekleri için bkz. SCHOONER Steven L./ SWAN Collin D. ; Suing The Government As A 'Joint Employer'- Evolving Pathologies Of The Blended Workforce, Government Contractor Information and Analysis on Legal Aspects of Procurement Vol. 52, No. 39, October 20, 2010, s.3-4.

⁵⁹⁴ Rubinstein, s.643.

⁵⁹⁵ Rubinstein, s.644.

⁵⁹⁶ Rubinstein, s.644.

2.1.2. Yargı Kararlarında Birlikte İşverenlik

ABD hukukunda işçi ve işverenin tanımı net değildir ve kanundan kanuna farklılık gösteren bir kapsamı vardır. Bu da mahkemelerin işçi ve işverenin kim olduğunu tespit edebilmek bakımından çeşitli testler uygulamasını zorunlu kılmaktadır⁵⁹⁷. Birlikte işverenlik statüsü meselesi çok fazla sayıda davaya konu olmakta ve uzun süredir geleneksel iş yargısında kabul edilmektedir⁵⁹⁸.

Tarımsal üretim, evde bakım, kümes hayvanları üretimi, geçici istihdam ve hapisanede işgücü gibi birbirinden farklı sektörlerde, birlikte işveren doktrini kullanılmaktadır⁵⁹⁹. İş ilişkilerinde birlikte işveren olarak birden fazla işvereni sorumlu tutan doktrinin ilk nüveleri ortak hukuk yönetim testi ile, klasik usta-hizmetçi ilişkisi paradigması üzerine kurulmuştur. Bu ilişkinin en belirgin özelliği ustanın hizmetkâr üzerinde doğrudan fiziki egemenliği ve kontrolü üzerinde olmasıydı⁶⁰⁰. Ancak öğretilerde spesifik olarak, dar yönetim ve doğrudan fiziksel denetimin yeni nesil çok katmanlı iş ilişkilerinde görülmediğinden, bu konu üzerine bir vurgunun doğru olmayacağı belirtilmektedir⁶⁰¹. Nitekim tarihsel süreç içinde bu testin yerini alan ekonomik gerçeklik testi olmuştur. 1944 tarihli NLRB v. Hearst Publications, Inc. davası ekonomik gerçeklik testini ilk ileri süren davadır. Bu davada sonuç olarak mahkeme, Ulusal Çalışma İlişkileri Yasası ("NLRA") kapsamındaki kavramın, "teknik ve münhasıran önceden kurulmuş hukuki sınıflandırmalar olmaktan ziyade altta yatan ekonomik gerçekler tarafından" saptanması gerektiği sonucuna varmıştır⁶⁰².

Birlikte işverenliğin tespiti bakımından da mahkemeler eliyle somut çözümlere ulaşılmaya çalışıldığından birtakım testler uygulanmaktadır. Bu testlerin en önemlilerinin ekonomik bağımlılığın gerçekliği testi ve yönetim testi olduğu söylenebilir⁶⁰³.

⁵⁹⁷ Wears/Fisher, s.161.

⁵⁹⁸ Rubinstein, s.647.

⁵⁹⁹ Lung, s.315.

⁶⁰⁰ Lung, s.319 ve dn 199.

⁶⁰¹ Lung, s.321.

⁶⁰² 322 U.S. 111 (1944). Lung, s.327.

⁶⁰³ Bu testler İngiliz hukukunda da kullanılmaktadır. Veneziani, s. 111.

2.1.2.1. Ekonomik Bağımlılığın Gerçekliği Testi

Birlikte işverenliğin tespitinde de kullanılan ekonomik bağımlılığın gerçekliği testinin ortaya çıkış amacı kişinin bağımsız yüklenici mi yoksa gerçekten işçi mi olduğunun tespiti bakımından çalışan statüsünün tanımlanmasına yardımcı olmaktır. Bunun için ilişkinin sürekliliği, çalışanın kar veya zarara katılma şansının olup olmadığı, işin yürütümünde alabildiği inisiyatifin derecesi gibi durumlar mahkemelerce değerlendirilmektedir⁶⁰⁴. Ancak zaman içinde Mahkemeler birlikte işverenlik tespiti için de yeni birtakım ölçütler ekleyerek, işçinin işveren olduğu farz edilen kimseye karşı ekonomik olarak bağımlı olup olmadığını ölçen ekonomik bağımlılığın gerçekliği testini kullanmışlardır. Bu testte tek bir faktör veya ilişkinin sözleşmede ne şekilde düzenlendiği belirleyici değildir. Aksine mahkemenin, özellikle iş ilişkisinin ekonomik gerçeklerine odaklanarak, koşullar bütününe değerlendirmesi gerekmektedir⁶⁰⁵. Mahkemeler arasında farklı eyaletlerde farklı daireler daha ayrıntılı incelemeler yapsalar da, bu testte temelde 4 faktör üzerinde durmaktadırlar. Bunlar;

- (1) İşçi alma ve çıkarma yetkisi,
- (2) İşçi üzerinde denetim ve çalışma koşulları hakkında yönetim hakkı,
- (3) Ödeme metodu ve oranının kararlaştırılması,

(4) İstihdam kayıtlarının tutulması ölçütleridir⁶⁰⁶. Bunlar dışında güncel düzenlemelerde birlikte işverenliğin olup olmadığının kararlaştırılmasına yardım etmek için birtakım ek ölçütler de bulunmaktadır. Bunların ilki, işverenler arasında işçinin hizmet ediminin paylaşıldığı sözleşmenin bulunmasıdır. İkincisi bir işverenin işçi hakkında diğer işveren (veya işverenlerin) yararına doğrudan veya dolaylı olarak hareket ediyor olmasıdır. Son ölçüt ise doğrudan veya dolaylı olarak işçi üzerinde yönetim hakkının paylaşılması veya ortaklaşa kullanılmasıdır⁶⁰⁷.

Ekonomik bağımlılığın gerçekliği testi ile mahkemelerce birlikte işverenliğin tespiti bakımından en sık faydalanılan kontrol (yönetim) testi birbirinden esas olarak farklıdır. Şöyle ki, yönetim testinde işçiye talimat verme ve onun üzerindeki yönetim hakkının

⁶⁰⁴ Bartkiw, s.24.

⁶⁰⁵ Burch, s.406. Lung, s.316-317.

⁶⁰⁶ Burch, s.408. Arbeit, s.262. Lung, s.318.

⁶⁰⁷ Burch, s.411. Örnekler için ayrıca bkz. 29 C.F.R. § 791.2(b) (2000).

varlığı test edilirken, ekonomik gerçeklik testinde kişi üzerinde yönetim yetkisi olmasa da ekonomik olarak bağımlılığın olup olmadığına bakılır. Bu nedenle esasında ekonomik bağımlılık testi ile işçi-benzeri, bağımsız yüklenici olan kişiler tespit edilir⁶⁰⁸. Konu ile ilgili FLSA daki işveren tanımında yer alan “Bir başka işveren menfaatine hareket etme” ifadesine örnek olarak tarım işinde işçi sağlayıcı- takım lideri (crew leader- farm labor contractor) olarak çalışan kişiler verilmektedir. Bu kişilere ekonomik bağımlılığın gerçekliği testi uygulanır ve eğer bu kişinin tarım işçileri varsa, tarım işvereni ile takım lideri arasındaki ilişki de bir iş ilişkisi ise, yani takım lideri tarım işverenin işçisi ise; bu durumda doğrudan veya dolaylı menfaat olmuş olur ve tarım işvereni de takım liderinin işçilerinin işvereni olarak kabul edilir. Eğer ekonomik bağımlılığın gerçekliği testi sonucunda takım liderinin tarım işvereni karşısında bağımsız yüklenici olduğu tespit edilirse yönetim testi uygulanır. Tarım işvereni takım lideri üzerinde yönetim hakkı kullanma imkânına sahipse, işçiler üzerinde ikisi de birlikte işveren sayılmalıdırlar⁶⁰⁹.

Göçmen ve Mevsimlik Tarım İşçilerini Koruma Kanunu kapsamında New Jersey’de verilen Maldonado v. Lucca 629 F. Supp. 483 (D.N.J. 1986) kararında işçiler hem tarım işverenine hem de takım liderine ödenmemiş ücretleri ve sosyal güvenlik hakları ile kayıtlarının tutulmamasından dolayı dava açmışlardır⁶¹⁰. Bölge mahkemesi hem tarım işverenini hem de takım liderini FLSA’nın ihlalinden sorumlu tutmuştur⁶¹¹. Bağımsız yüklenici ile işveren kimse arasında istihdam ilişkisi bağlamında bir iş ilişkisi kurulmuş olmaz. Onun davranışlarından dolayı üçüncü kişilere karşı sorumluluk söz konusu değildir. Bu nedenle tarım işvereni işçilerin takım liderinin işçisi olduğunu, takım liderinin de kendisinin bağımsız yüklenicisi olduğunu iddia etmektedir⁶¹². Takım liderleri, mevsimlik ve göçmen işçiler genelde dili bilmedikleri için ve yabancı oldukları için iletişim kurma, konut ve ulaşımı sağlama konularını yüklenir. Tarım işvereni ise işçilerin ücret ve diğer mali haklarını karşılar. Bu nedenle mahkeme işçilerin birden fazla işverenin olduğu sonucuna varmıştır. Bu sayede bağımsız yüklenici perdesi birlikte işverenlik doktrini ile delinmiştir⁶¹³. Mahkeme, kararında göçmen ve mevsimlik işçilerin korunmaya muhtaç bir kesim olduğunu, bu nedenle çıkarılan kanunların ardındaki esas amacın işveren gibi

⁶⁰⁸ LINDER Marc; The Joint Employment Doctrine: Clarifying Joint Legislative Judicial Confusion, Workers' Compensation Law Review, 13, 1990, 453-477, s.455-456. Bartkiw, s.24.

⁶⁰⁹ Linder, s.472-473.

⁶¹⁰ TIERCE, Michael G.; The Joint Employer Doctrine Under The Federal Migrant And Seasonal Agricultural Workers Protection Act, Rutgers Law Journal, 1986-1987, Vol.18, 863-897, s.863 ve 877.

⁶¹¹ Tierce, s.864.

⁶¹² Tierce, s.865.

⁶¹³ Tierce, s.866.

davranan kişileri de sorumlu tutarak işçiler bakımından daha sıkı bir koruma sağlamak olduğunu belirtmiştir. Ayrıca kararda işçilerin "*en az çalıştıkları saatler için asgari ücreti almaya ve fiziksel çabalarından yararlanan işletmeler tarafından adil ve insancıl bir şekilde muamele görmeye*" hak sahibi oldukları ifadelerine yer verilmiştir⁶¹⁴.

Benzer bir biçimde Hodgson v. Griffin & Brand of McAllen, Inc. davasında da Mahkeme, tüm şartları ve ekonomik gerçekliği göz önünde tutarak FLSA'dan sorumluluk bakımından tarım işvereni ile takım liderinin birlikte işveren olduğu yönünde karar vermiştir⁶¹⁵. Bu kararda 5 kriter gözlenmiştir:

1. İş tarım işverenin iş sahasında mı gerçekleşmektedir?
2. Tarım işvereni işçiler üzerinde ne derece yönetim hakkı kullanmaktadır?
3. Tarım işvereni iş koşullarını değiştirme, işçi alma çıkarma yetkisine sahip midir?
4. Çalışanlar üretim hattında "özel bir iş" yapmakta mıdır?
5. Çalışanlar tarım işvereni için çalışmayı veya başkaları için çalışmayı reddedebilir mi?⁶¹⁶

O halde doğuş amacı itibariyle bir kimsenin işçi olup olmadığını tespit etmeyi hedefleyen ekonomik bağımlılığın gerçekliği teorisi zaman içinde yeni ölçütlerle birlikte işverenliğin tespitinde de kullanılmıştır. Ancak hukuki zemine daha kolay oturması ve mahkemelerce tutarlı bir biçimde sıklıkla uygulanması bakımından bizi de etkileyen yönetim testi daha fazla yaygınlık kazanmıştır.

2.1.2.2. Yönetim Testi

ABD iş hukuku yargısında birlikte işverenlik tespitinde en çok kabul gören test yönetim testidir. Birlikte işverenliğin kabul edilmesi için birlikte işverenin doğrudan

⁶¹⁴ Tierce, s.881-882.

⁶¹⁵ Tierce, s.866.

⁶¹⁶ Tierce, s.867.

yönetim yetkisine sahip olup olmadığı aranmıştır⁶¹⁷. Birlikte işverenliğin varlığını tespit etmek için mahkemelerin kullandığı testler işçi alma-çıkarma, çalışma saatlerini ve ödeme düzenleme gibi bazı işveren yetkilerinin kullanılıp kullanılmadığı üzerine yoğunlaşmaktadır. Ancak yargı bir “fonksiyonel yönetim” diline başvurmamaktadır. Yöneldikleri faktörler ise, kâr etmek için gereken dış pazar faaliyetleri de dâhil olmak üzere, bir işverenin diğer temel işlevlerini genellikle hesaba katmadan ve bir işletme üzerinde diğer bir işletmenin işletmesel ve işlevsel yönetimi olarak tanımlamadan, işçi üzerindeki yönetim hakkı olarak anlaşılır⁶¹⁸.

Birlikte işverenlik tespiti için yargının yönetim testinde kullandığı beş temel kriter bulunmaktadır. Bunlar;

1. İşe alma ve işten çıkarma yetkisinin kullanılması,
2. Disiplin cezasının verilmesi,
3. Ücret, sigorta ödemelerinin yapılması ve kayıtların tutulması,
4. İşçi üzerinde denetim/gözetim yetkisinin kullanılması,
5. Toplu pazarlık sürecine katılımıdır⁶¹⁹.

Yargı bazı kararlarında en önemli ölçütün yönetim yetkisinin doğrudan kullanılması olduğunu ifade ederken, başka bir kararında ise bu testin esas dayanağının yönetim hakkını paylaşmak yahut ortak karar vermek kriteri olduğunu belirtmiştir. Ancak bu husus öğretide “yönetim yetkisinin doğrudan kullanılması” ölçütünün NLRB nin “yönetim hakkının ortak/paylaşılarak kullanılması” kriterinden ne derece farklı olduğu yönünde bir açıklık bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶²⁰. Yönetim hakkını paylaşmak yahut ortak karar vermek kriterine atıf yapılan kararlardan biri olan Clinton’s Ditch Cooperative Co. davasında mahkeme birlikte işverenlikte işçi üzerinde kontrol yetkisini tespit etmeye yarayan belirttiğimiz beş faktöre dayanmıştır⁶²¹. Clinton davasındaki temel gerçekler esasında karmaşık değildir. Alkolsüz içecekler üreten şirket,

⁶¹⁷ AXELROD, Jonathan G.; Who's the Boss? Employee Leasing and the Joint Employer Relationship, The Labor Lawyer, Vol.3, No.4, 1987, 853-872, s.857-860. Davidov, s.734. Becker, s.1541-1543. Siebert/Webber, s.881-883. Jenero/Spognardi, s.136, dn.8. Carvell/Sherwyn, 18.

⁶¹⁸ Ruckelshaus, vd. s.39-40.

⁶¹⁹ Davidov, s.734. Axelrod, s.857-860. Becker, s.1541-1543. Siebert/Webber, 881-883. Jenero/Spognardi, s.136, dn.8. Carvell/Sherwyn, s.18.

⁶²⁰ Siebert/Webber, s.881.

⁶²¹ Axelrod, s.858.

çalışanlarını bir kiralama şirketi olan Fairfield'e devretmiş ve Fairfield'e toplu iş sözleşmesini de kabul ettirmiştir. Clinton's Ditch-Fairfield ve sendika arasındaki toplu iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından, Fairfield ve sendika bir ardıl sözleşme akdetmişlerdir ve bu ardıl sözleşme de sona erdiğinde, sendika ücret artışı talep etmiş; Fairfield, Clinton's Ditch'ten bir oran artışı sağlamaya çalışmıştır. Clinton's Ditch, Fairfield'ı başka bir işçi kiralama şirketi olan Global ile değiştirmiştir. Global, Clinton's Ditch / Fairfield işçilerinin hiçbirini işe almamıştır. İşçiler de Clinton's Ditch ve Fairfield'in birlikte işverenleri olduğu iddiasıyla dava açmışlardır⁶²². Beş kriterin varlığını araştıran mahkeme, bunlardan disiplin yetkisinin doğrudan kullanılıp kullanılmadığı üzerinde tartışmıştır. Mahkemece varılan sonuca göre burada disiplin yetkisinin doğrudan kullanılması gerektiğini savunmak hayali bir faktör yaratmak anlamına gelecektir. Zira kanunlarda işveren tanımında doğrudan veya dolaylı olarak işveren gibi davranmak aranmaktadır. Olayda da Clinton's Ditch kendisini rahatsız eden durumları Fairfield'e bildirmiştir ve onun uygun gördüğü tedbiri almasını istemiştir. Bu dolaylı bir disiplin empoze etme yöntemidir⁶²³.

Birlikte işverenliğin kabulü için aranan beş faktörden biri de denetim yetkisinin kullanılmasıdır. Öğretide ve yargı kararlarında ortak bir biçimde denetim yetkisinin düzenli ve günü gününe kullanılması gerektiği aranmaktadır. Burada denetim yetkisi anlamlı (olağan düzeyden fazla) ve günü gününe devam eden bir şekilde kullanılacak düzeyde olmalıdır⁶²⁴.

İşveren kavramındaki genişlemenin tüzel kişiliğin bağımsızlığı vasfına zarar verdiğini ve tüzel kişiler arasındaki sınırı sildiğini düşünen bir yazara göre dolaylı yönetim, endüstriyel gerçekler yanında yönetim hakkını kullanma potansiyeli de birlikte işverenlik tesisinde dikkate alınmaktadır⁶²⁵. Bu görüşe göre NLRB'nin genişletilmiş birlikte işverenlik doktrininde kullanılan dört vasıta şu şekilde açıklanabilir:

1. Doğrudan yönetim: Ücretler, personel sorunları, iş gücü boyutu, saatler, çizelgeler, üretim standartları, güvenlik, öğle yemeği ve mola dönemleri, tatiller, işe alma, disiplin ya

⁶²² Axelrod, s.858.

⁶²³ Axelrod, s.860.

⁶²⁴ Jenero/Spognardi, s.130. Axelrod, 857-860. Davidov, s.734. Becker, s.1541-1543. Siebert/Webber, s.881-883. Carvell/Sherwyn, s.18.

⁶²⁵ AUSTIN Matthew D.; NLRB's 'Joint Employer' Test Will Rewrite Labor Law, September 18 2014, <https://www.law360.com/articles/578268/nlrb-s-joint-employer-test-will-rewrite-labor-law> Erişim 16.5.2017.

da işten çıkarma gibi herhangi bir iş şartı ve çalışma koşulunu düzenleme biçiminde kullanılan kontrol,

2.Dolaylı yönetim: Kiralanan bir işçinin sürekli olarak bir nakil istasyonuna geç geldiğini rapor eden ödünç alan işverenin raporu sonrası ödünç veren işverenin o şoförü o rotadan alması şeklinde örneklendirilebilecek tanımlaması zor bir kontrol yetkisi,

3.Yönetim hakkını kullanma potansiyeli: Lisans, kira veya diğer ticari anlaşmalarda yer alan istihdam koşullarını kontrol etme yeteneği (uygulanmamış olsa da) ve

4.Endüstriyel gerçekler: İlişkinin doğası gereği bir şirkete diğer şirketin çalışanlarının çalışma şart ve iş koşullarını önemli ölçüde kontrol altına alma yetkisinin verilmesi⁶²⁶.

Bu görüşe göre NLRB'nin birlikte işverenliği genişletme çabası, Amerika'nın işgücünün değişen manzarasına tepki olarak görünmektedir. Zira iş kazalarının yoğun olarak görüldüğü geçici/ödünç iş ilişkisi ciddi manada artış göstermektedir. Kurulun bunları otomatik olarak güvenceye bağlama refleksi ile hareket ettiği söylenebilir⁶²⁷.

2.1.3. Tek İşverenlik Doktrini

Amerikan hukukunda tek işveren doktrini ve birlikte işveren doktrini olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır. Tek işveren doktrininde, görünürde iki ayrı birimin gerçekte tek bir şirketin parçaları olması durumu söz konusudur⁶²⁸.

⁶²⁶ Austin, <https://www.law360.com/articles/578268/nlr-s-joint-employer-test-will-rewrite-labor-law> Erişim 16.5.2017.

⁶²⁷ Austin, <https://www.law360.com/articles/578268/nlr-s-joint-employer-test-will-rewrite-labor-law> Erişim 16.5.2017. 2015 tarihli olan Browning Ferris (Browning-Ferris Indus., Inc., 362 N.L.R.B. No. 186 (2015)) davasında da doğrudan kontrol yanında dolaylı kontrol veya potansiyel kontrolün birlikte işverenlik tesisi için yeterli olabileceği yönünde görüşlerin varlığı ve ayrıntılı olarak kararın analizi için bkz. Carvell/Sherwyn, s.19 ve s.23 vd.

⁶²⁸ CARLSON Richard; The Small Firm Exemption and the Single Employer Doctrine in Employment Discrimination Law, St. John's Law Review, Issue 4, Vol. 80, Fall 2006, No. 4, Article 2, 1197-1273, s.1213. Davidov, s.734. Rubinstein, s.652. Becker, s.1541. Axelrod, 857. Siebert/Webber, s.875 vd. SEYMOUR Richard T.; Atypical Employers And the Workers They Hire: A U.S. Perspective, Third Transatlantic Conference Employment Lawyers Association and the American Bar Association Section of Labor and Employment Law London, U.K., October 7, 2013, 2-12, s.9. Recent Decision Clarifies "Joint" and "Single" Employer Liability <http://pospislaw.com/2013/08/16/recent-decision-clarifies-joint-and-single-employer-liability/> Erişim 3.4.2017.

Kurul (NLRB) tarafından tüzel kişilik perdesini aralamak gibi tamamen tek bir elden yönetim gerçekleşiyorsa, iki ayrı kişilik şeklinde değil de tek bir kişilik gibi davranılıp, kararlar veriliyorsa bu durumda tek işveren doktrininin olduğu kabul edilmektedir⁶²⁹. Bunun tespiti bakımından da ana-yavru şirketler yahut eşler arasında veya evlatlar ile ana-baba arasında yönetim hakkının paylaşılmasının tek işverenlik doktrininin uygulanması bakımından bir şüphe yarattığı ifade edilmektedir⁶³⁰. Önemle belirtilmiştir ki, potansiyel olarak yönetim hakkını kullanabilir durumda olmak iki ayrı işletme bakımından tek işverenlik olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla birbirinden tamamen ayrı iki şirketin sahibinin aynı kişi olması tek başına tek işverenlik tespiti yapmak bakımından önem arz etmez. Gerçekten ve fiilen ortak yönetim olması gereklidir.⁶³¹

Çalışanların gerçek duruma aykırı olarak sadece görünüşte başka bir işveren tarafından istihdam edildiği ve sendika ile görünen bir varlık üzerinde pazarlık edildiği hallerde tek işverenlik doktrini uygulanır⁶³².

Tek işverenliğin bir diğer örneği de, bir hastane ve doktor ortaklığının hastane ile ofis alanı, sekreterlik hizmetleri gibi konularda hizmet aldığı sözleşmelerde olabilir⁶³³. Boire v. Greyhound Corp. davasında Yüksek Mahkeme bir işvereni, gerçek işveren ile birlikte işveren saymak için gerekli olan şartın işçi üzerinde yeterli yönetime sahip olmak olduğuna hükmetmiştir⁶³⁴. Tek işveren ilişkisinde görünüşte iki ayrı varlık varmış gibi görünürken gerçekte tek bir işletmenin parçası olmak söz konusudur. Bu nedenle de tek bir işveren vardır. Örneğin bir ailenin birden fazla işletmesi ve işçilerin aynı tesis ve ekipmanları paylaştığı durumlar söze konu olabilir. Eğer sözde bağımsız iki işletme tek bir entegre kurumun parçası iseler bu durumda tek bir işveren söz konusu olacaktır⁶³⁵.

İşverenin belirlenmesinde mahkeme kararlarında yer alan doktrinlerden biri olan tek işverenlik doktrini entegre işletme doktrini olarak da adlandırılır. Bu konuda ilgili işverenin belirlenmesinde Kurulun birbirinden ayrı bir kaç iştirakin, entegre bir kuruluş olarak tek bir işverene vücut verdiğini kabul etmekte olduğu görülmektedir. (In Radio and Television Broadcast Technicians Local Union 1264 v. Broadcast Service of Mobile, Inc.,

⁶²⁹Siebert/Webber, s.874.

⁶³⁰Siebert/Webber, s.876.

⁶³¹ Siebert/Webber, s.875.

⁶³² Rubinstein, s.652.

⁶³³ Rubinstein, s.652.

⁶³⁴ Axelrod, s.856.

⁶³⁵ Axelrod, s.857.

380 U.S. 255, 256 (1965)⁶³⁶. Bu konu Aile ve Tıbbi İzin Yasası kapsamında, Grace v. USCAR, 521 F.3d 655 (6. Daire. 2008) davasında tartışmaya açılmıştır. Bu davada, Davacı Grace, bir araba şirketleri joint venture'i olan USCAR'a işçi sağlayan bir personel şirketinin çalışanıdır. Grace, USCAR için çalıştığı dönem boyunca her zaman USCAR'a işçi sağlayan acenteler tarafından çalıştırılan bir sözleşme çalışanıdır. USCAR, DGE ve Bartech gibi pek çok personel sağlayıcı firma ile çalışmıştır. Davacı 1996'dan beri USCAR'da sürekli çalışmaktadır ve görevleri bir ajanstan diğerine geçerken aynı kalmaktadır. Davacı astım nedeniyle tedavi görmek için Aile ve Tıbbi İzin Yasası gereğince izne çıkmış, bu dönem boyunca kısmi süreli çalışma kapsamına alınmıştır. Davacı tekrar tam süreli çalışmaya geçmek istediğinde pozisyonda yer olmadığı ve başka uygun bir pozisyon da olmadığı gerekçesiyle işten çıkarılmıştır. Davacı da hem son şirket Bartech'e hem de USCAR'a birlikte dava açmıştır⁶³⁷. Entegre işletme doktrininin bir diğer ifadeyle tek işverenlik doktrininin şirketlerin mülkiyeti ve yönetiminin tamamen farklı olması nedeniyle uygulanamayacağına karar veren mahkeme, Aile ve Tıbbi İzin Yasası ve 29 C.F.R. § 825.106(a) ve (b) uyarınca işçiyi çalıştıranlar arasında bir birlikte istihdam ilişkisi olduğu sonucuna varmıştır⁶³⁸.

Grace v. USCAR davasında varılan sonuç, birlikte işverenlik ve tek işverenlik farkını izah eden Dias v. Cmty. Action Project, No. 07-CV-5163, 2009 WL 595601 (E.D. of N.Y. Mar. 6, 2009), NLRB v. Browning-Ferris Indus., Inc., 691 F.2d 1117 (3d Cir. 1982) kararlarında da benzer bir biçimde ortaya çıkmıştır. Ayrıca varılan sonuç birlikte işverenlik tespiti yaparken tek işverenlik teorisindeki ölçütleri kullanan mahkemelere bir cevap olması bakımından da önemlidir. Zira birlikte işverenlik teorisi tek işverenlik teorisi ile birlikte ele alınmalıdır. Aralarındaki sınır zaten bulanıktır ve sıklıkla birbirleri yerine kullanıldığı da görülür. Birlikte işverenlik analizi çerçevesinde, işçiler üzerinde her bir işveren yönetme tasarrufunda bulunurken, tek işverenlik kuramında iki ayrı varlık tek bir varlık gibi kabul edilir⁶³⁹.

Tek işverenlik doktrininin somut olayda var olup olmadığını tespit etmek için mahkemelerce dört ölçüt belirlenmiştir. Bunlar:

⁶³⁶ Seymour, s.4.

⁶³⁷ Seymour, s.6.

⁶³⁸ Seymour, s.6-7.

⁶³⁹ Rubinstein, s.647.

1. İşin yürütümünde işletmeler arasında fonksiyonel birliktelik şeklinde bir ilişki, daha açık bir ifadeyle işletmelerin birbiriyle ilişkili olup olmadığı;
2. İşletmelerin ortak yönetimi,
3. Tarafların ortak mülkiyet veya mali kontrol sahibi olup olmadıkları,
4. İş ilişkilerinin merkezi kontrolünün olup olmadığıdır. Buna dört faktörlü test denir. Ancak Kurul kritik olarak tanımladığı dördüncü ölçüte ağırlık vermektedir⁶⁴⁰.

Birlikte işveren doktrininde ise görünürde değil gerçekte birbirinden bağımsız olmasına rağmen iş ilişkisine dair kararları paylaşıp, birlikte belirleyen, işe alma, işten çıkarma, disiplin, gözetim, denetim ve emir talimat hakkını kullanan birden fazla işveren bulunmaktadır⁶⁴¹.

2.2. Alman Hukukunda

Alman hukukunda birlikte işverenlik kabul edilmektedir. Ancak Anglo Amerikan hukukundan farklı olarak Alman hukukunda birlikte işveren konusunda geniş bir bakış açısı ile sorunlara yaklaşılmamaktadır. Alman doktrinindeki yaklaşım “dolaylı işveren” kavramı dışında Türk hukukundakine benzerdir.

Buna göre Alman hukukunda birden çok gerçek veya tüzel kişi aynı işçi ile iş ilişkisi içinde yer alabilir. Bu tamamen ayrı iş ilişkileri şeklinde olabileceği gibi dolaylı iş ilişkileri örneğindeki gibi ortak bir iş ilişkisi içinde de olabilir. Ancak ortak iş ilişkisinin kabul edilebilmesi her bir işverenle işçinin iş sözleşmesi hukuki bağı içinde olmasıyla mümkündür⁶⁴². Zira işveren olabilmek bakımından muhakkak sözleşmenin tarafı olmak

⁶⁴⁰ Rubinstein, s.652. Carlson, s.1213. Davidov, s.734. Rubinstein, s.652. Becker, s.1541. Axelrod, 857. Siebert/Webber, 875 vd. Seymour, s.9. Recent Decision Clarifies “Joint” and “Single” Employer Liability <http://pospislaw.com/2013/08/16/recent-decision-clarifies-joint-and-single-employer-liability/> Erişim 3.4.2017.

⁶⁴¹ Carlson, s.1213. Davidov, s.734. Rubinstein, s.652. Becker, s.1541. Axelrod, 857. Siebert/Webber, s.875 vd. Seymour, s.9. Recent Decision Clarifies “Joint” and “Single” Employer Liability <http://pospislaw.com/2013/08/16/recent-decision-clarifies-joint-and-single-employer-liability/> Erişim 3.4.2017.

⁶⁴² KOCH Ulrich; § 181, Das Recht der Gruppenarbeitsverhältnisse, Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch 16. Auflage 2015, Rn.1a. Schlewing, Rn.51. Preis, Rn.191. SCHLIEMANN Harald/ ASCHEID Reiner; Das Arbeitsrecht im BGB: Kommentar, 2. Auflage, Berlin 2002, s. 102.

zorunluluğu vardır⁶⁴³. Belirtilmelidir ki ortak iş ilişkisi bir varsayım olarak kabul edilmez, hukuki bağın kurulması için gerçekten her bir işverenle işçinin ortak iş ilişkisine girmesi gerekir⁶⁴⁴. Birden çok gerçek ya da tüzel kişi ya da hukuken bağımsız birden çok şirket işçi- işveren ilişkisinde işveren tarafını paylaşabilirler. Bu bağlamda, Federal İş Mahkemesi tarafından, işverenler ile çalışanın iş sözleşmesi arasında hukuki bir bağlantı kurulması aranmaktadır. Bu yönde verilen kararlarda Mahkeme temelde 1981 tarihli Alman Demiryolları kararına dayanmaktadır⁶⁴⁵.

İş hukuku işin hukuku değildir. Bir tarafta bir demet haklar verirken, diğer taraftan görevler yükleyen; işten çok tarafların önemli olduğu bir daldır. Yükümlülükler ve sorumlulukların aynı anda birden fazla farklı kişiye tahsis edilememesinin hiçbir sebebi yoktur. Bir teşebbüse ait işlevlerin farklı gerçek ve tüzel kişiler arasında bölündüğü durumlarda bunu sıkça görmekteyiz. İşveren işlevlerinin bölündüğü durumlar Alman hukukunda iki başlık altında incelenmektedir:

1. 1951 tarihli Evde Çalışma Kanununa göre, evde yapılacak iş bakımından işi bırakan imalatçılar genellikle ara denetçiler (“*Zwischenmeister*”) kullanırlar. Bu yapı, işverenin işlevlerinin bölünmesinin bir örneği olarak görülebilir. Bu konu, 1934 tarihli Evde Çalışma Kanunundaki hükmün tekrarı olup, bu hüküm o dönemde de sözleşmeden bağımsız iş ilişkilerine ve işveren fonksiyonlarının bölünerek birden fazla işverenin söz konusu olabileceğine örnek olarak gösterilmekteydi.

2. İşveren işlevlerinin bölündüğü durumların ikincisi ise geçici istihdam büroları/ajanslarından işçi temininde görülmektedir. Bu iş aracılığından farklı bir düzenlemedir. Burada işçinin sözleşmesel işvereni geçici istihdam bürosudur. Yalnızca, istihdam bürosu ve çalışan arasındaki sözleşme geçersiz ise, kiralayan işveren ve çalışan arasında bir iş ilişkisi kurulmuş sayılır (§ 10 AÜG). Dokuz aydan daha uzun bir süre işçinin aynı işverene kiralanması yasaktır. Bir işverenin münhasır sorumluluğu ilkesine istisnalar konmuştur. Özellikle en önemlisi ödünç alan işveren iş sağlığı ve güvenliği (§ 11

⁶⁴³ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415

Erişim tarihi 25.07.2017. Boetzkes, s.183.

⁶⁴⁴ Preis, Rn.191.

⁶⁴⁵ BAG 27.3.81, Alman Demiryolları 82, 1569. KREITNER Jochen; Gruppenarbeitsverhältnis, Küttner Personalbuch 2017, 24. Auflage 2017, Rn. 31.

VI AÜG) ile teknik ve organizasyonel iyileştirmelerden kaynaklanan yükümlülüklerden sorumlu olacaktır⁶⁴⁶.

Alman hukukunda sözleşmenin tarafı olmayan bir kişinin işçiye karşı borç üstlendiği iki hal vardır. Birincisine göre; bir işyerinin maliki veya işletmecisi o işyerinde çalıştırmak üzere bir başka işverenle çeşitli sözleşmeler kurabilir. Bu durumda o işyerinde işçi çalıştıran işverenin işçileri ile işyerinin maliki/işletmecisi arasında bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisi bulunmaz. İşte böyle durumlarda Alman hukukunda kanuni bir düzenleme bulunmasa da Yargı içtihatları ile işçilerin özellikle iş sağlığı ve güvenliği konusunda korunmaları bakımından işyerinin maliki/işletmecisi de sorumlu tutulmaktadır. Ancak bu sorumluluğun doğabilmesi için işyeri maliki/işletmecisi ile işveren arasında üçüncü kişileri koruyucu etkili bir sözleşmenin varlığı şarttır. Ayrıca işyeri maliki/işletmecisinin işçilerin ediminden faydalananı olmasının yanı sıra; işçilerin de iyiniyetli olması, korunmaya ihtiyaç duymaları ve bu korunmayı hak ediyor olmaları, üçüncü bir kişi tarafından korunmanın sağlanacağını biliyor olmaları gerekir⁶⁴⁷.

Sözleşmenin tarafı olmayan bir kişinin işçiye karşı borç üstlendiği ikinci hal ise dolaylı iş ilişkisidir. “Dolaylı iş ilişkisi” (“*mittelbares Arbeitsverhältnis*”) terimi Almanya'da popüler bir terimdir. 1938'de sorumluluk konusuna ilişkin bir tasarı hazırlayan “*Akademie für Deutsches Recht*” (Alman Hukuk Akademisi) tarafından geliştirilen bu terim o zamandan beri kullanılmaktadır. Örneğin, müzisyenlerinin işvereni olarak görünen orkestra şefinin, aynı zamanda kendi işvereni olan yayın şirketinin aracı kişisi olması durumunda dolaylı iş ilişkisi tartışılmıştır. Bir şirkette çalışan kişinin kendi işçileri ile şirket arasında da aracı olarak çalıştığı bir olayda, şirket ile işçiler arasında dolaylı iş ilişkisi kabul edilmekte olup, sosyal sigorta primlerinden ve iş sağlığı güvenliği önlemlerinin alınmamasından dolaylı işveren sorumlu tutulmaktadır. Genel anlamda burada işverenin de işverenin bulunduğu durumlar söz konusudur⁶⁴⁸. Bazen bir işveren, işçilerinin kendi işçilerini işe alarak çalışmalarını kabul edebilmektedir. Bu sayede, çalışan aynı anda bir işçi ve aracı işveren olarak çifte bir rol oynar; (İlk) işveren de işçisinin işe

⁶⁴⁶ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415
Erişim tarihi 25.07.2017.

⁶⁴⁷ SCHUBERT Claudia; The Case Of AFOA V. Port Of Seattle: A German Point of View, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 36, 149-158, s.151.

⁶⁴⁸ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415
Erişim tarihi 25.07.2017. Boetzkes, s.186.

aldığı bu işçiler bakımından dolaylı işverendir. Ancak bu tür olaylar nadirdir⁶⁴⁹. Daha doğru bir ifadeyle dolaylı iş ilişkisinin koşullarının tümünü birden sağlayan olaylarla az sayıda karşılaşılmaktadır. Esasında Alman hukukunda Türk İş Kanununun 2. maddesindeki benzer bir sorumluluk kuralı bulunmadığı için dolaylı iş ilişkisinin zorlama olarak ortaya çıktığı söylenebilecektir.

İşveren sözleşmenin tarafı olarak sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerden birinci dereceden sorumlu olup, yönetme hakkı gibi sözleşmeden kaynaklanan hak ve yetkilerin de birincil sahibidir. Bu konuda tartışılan husus dolaylı işverenin, yani işverenin işverenin ikinci derece sorumluluğudur. Federal İş Mahkemesi ilk olarak 1957'de Evde Çalışma Yasası'nın saman adam kavramına atıf yaparak dolaylı işveren teorisini uygulamaya başlamıştır. İşverenin işvereni, özellikle karşılıklı güven ve sır saklama yükümlülüğünden doğan borçların yerine getirilmesinden, uygulamada en sık karşılaşılan ve en önemli örnek olarak gösterilen, ücretlerin ödenmesinden sorumlu tutulabilir. Sorumluluğun kabulü için işin dolaylı işverenin bilgisi dâhilinde ve doğrudan onun hizmetine olması koşulu vardır. Sorumluluğun ikincilliği, öncelikle doğrudan işverene başvurulması, o yükümlülüklerini yerine getirmediğinde dolaylı işverene başvurulabilmesinde görünür⁶⁵⁰.

Dolaylı işverenin işçisine karşı emir ve talimatlar verme yetkisi doğrudan işverenle işçileri arasındaki iş ilişkisini de etkilemektedir. Dolaylı işveren az ya da çok doğrudan işverenle aynı durumdadır. Dolaylı işveren Alman Medeni Kanununun 618. maddesinin 1. fıkrasının kıyasen uygulanması ile işçilere karşı bir bakım (koruma) yükümlülüğü altındadır. Fakat dolaylı işverenle doğrudan işveren arasında üçüncü kişileri koruyucu etkili bir sözleşme yahut sözleşmelerinde bu yönde bir hüküm bulunması durumunda dolaylı işveren teorisi ve kanunun kıyasen uygulanması değil, bu akdi hüküm uygulama alanı bulacaktır. Bunun dışında ise ancak doğrudan işveren işçilerine karşı yükümlülüklerini yerine getirmezse ikincil olarak dolaylı işverene başvurabileceklerdir⁶⁵¹.

Ancak belirtildiği üzere koşulların gerçekleştiği olayların sayısı pek fazla değildir. Yukarıda bahsi geçen orkestra şefi örneği dışında Alman hukukundaki klasik ikinci örneği

⁶⁴⁹ Schubert, s.151.

⁶⁵⁰ Kocher.

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415
Erişim tarihi 25.07.2017.

⁶⁵¹ Schubert, s.152.

asistan çalıştıran öğretim görevlisidir. Berlin'de bir davada mahkeme, bir öğretim görevlisi ve profesörün bilimsel bir araştırma kurumunun finansal araçları ile belirli bir araştırma projesi için bir asistan istihdam ettiği bir davada; üniversitenin bu konularda öğretim görevlilerine yetki vermek gibi bir yetkisi olmadığı için, üniversitenin bir dolaylı işveren olarak görülemeyeceğini hükme bağlamıştır⁶⁵².

1982 sonrası Federal İş Mahkemesi farklı yönde kararlar vermeye başlamıştır. Buna göre doğrudan işveren, sadece haksız fesih yasasının yükümlülüklerinden kaçınmak gibi sosyal koruma vakalarını önleyecek şekilde bilinçli olarak dolaylı işveren yolunu seçmiş ise artık, sözleşmeyi kötüye kullandığı savunulabilir. Böyle bir durumda mahkeme artık saman adam işvereninden değil, yalnızca hakkın kötüye kullanılması kavramından hareket etmektedir⁶⁵³.

Alman hukukunda birlikte işverenliğin tartışıldığı konulardan biri de birlikte işverenlik durumunda iş sözleşmesinin feshidir. Buna göre birlikte işverenlikte fesih beyanı işverenlerden yalnızca biri tarafından yapılamayacağı gibi, işçi de yalnızca işverenlerden birine fesih beyanını yöneltmeyecektir. Fesih beyanının bütün işverenlere karşı veya bütün işverenler tarafından kullanılması gerekmektedir⁶⁵⁴.

⁶⁵² Schubert, s.152. Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415

Erişim tarihi 25.07.2017. Ana şirketin dolaylı işveren niteliği hakkında bkz. Boetzkes, s.186.

⁶⁵³ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415

Erişim tarihi 25.07.2017.

⁶⁵⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.199.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİRLİKTE İŞVERENLİK NİTELİĞİ ORTAYA ÇIKARAN HUKUKİ İLİŞKİLER

Tek bir işverene karşı, tüm gün, belirsiz süreli çalışma klasik çalışma biçimi olarak tanımlanabileceksen, bu tanımdan sapan çalışma ilişkileri atipik çalışma ilişkisi olacaktır. Bu nedenle birden fazla işverene karşı iş görmenin söz konusu olduğu birlikte işverenlik durumu da atipik işveren ilişkisi niteliği sergileyecektir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde bu şekilde atipik işveren ilişkilerinin tespit edildiği konular, birlikte işverenliğin söz konusu olup olmadığı bakımından tartışılacaktır. İnceleme, öğreti kararlarında da kabul edilen birlikte işverenlik tanımının tam karşılığını oluşturan adi ortaklık konusu ile başlayacaktır. Zira adi ortaklığın işçi çalıştırması durumunda tartışmasız olarak bütün ortaklar işçinin işvereni ve iş sözleşmesinin tarafı olacaklardır. İşçi çalıştıran adi ortaklıkta birlikte işverenlik konusu en tartışmasız haliyle karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle üçüncü bölümün ilk başlığında adi ortaklık konusu diğer konulardan daha ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Zira önerdiğimiz birlikte işverenlik teorisinin kabul edilmemesi durumunda elimizde kalacak olan en kapsamlı ve en derin örneklerden biri adi ortaklıklar olacaktır.

Adi ortaklığın incelenmesinin ardından ikinci başlıkta Yargıtay kararları doğrultusunda birlikte işveren kabul edilen Milli Eğitim Bakanlığı ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile ilgili kararlar tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlarda birlikte işverenlik olarak ele alınacaktır. Daha sonra özellikle Fransız hukukunda ve Anglo Amerikan hukukunda birlikte işveren olarak kabul edilen ana-yavru şirketlerde birlikte işverenlik konusuna değinilecektir. Yargıtay kararları doğrultusunda grup şirketlerde birlikte işverenlik konusunun da burada üzerinde durulacaktır. Sonrasında çalışma Anglo Amerikan hukukunda ateşli bir biçimde tartışılan franchisinglerin birlikte işverenlik niteliğine yer verilmesi ile devam edecektir. Ardından üçlü iş ilişkilerinden istihdamın dışsallaştırıldığı özel istihdam bürolarında ve asıl işveren alt işveren ilişkilerinde birlikte işveren niteliği Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta ayrı ayrı incelenecektir. Çalışmanın bu bölümü, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunun birlikte işverenlik bakımından uygulanıp uygulanamayacağını açıklanması ile son bulacaktır.

Çalışma, birlikte işverenlik üzerine yazılması hedeflenen bir monografi olacağından bu kapsamda tartışmaya açılacak olan adi ortaklık, şirket grupları, franchising gibi ilişkiler

tüm boyutları ve tüm hukuki yönleriyle incelemeye tabi tutulmayacaktır. Yalnızca birlikte işverenlik kapsamında ihtiyaç duyulduğu ve değerlendirilmesi gerektiği ölçüde ele alınacaktır. Zira bunların her biri başlı başına ayrı birer tez konusudur.

1.ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİ

1.1.Adi Ortaklık Sözleşmesinin Unsurları

Adi ortaklık, Türk Borçlar Kanununun “Özel Borç İlişkileri” başlıklı ikinci kısmının on sekizinci bölümünde “Adi Ortaklık Sözleşmesi” başlığı altında, 620 ve 645. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Burada ortaklık değil, ortaklık sözleşmesi tanımlanmıştır⁶⁵⁵. Kanun 620. maddesinde “*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır.*” demek suretiyle adi ortaklığı tanımlamıştır. Adi ortaklığın kanunda düzenlenmemiş ortaklıklara da uygulanacağını belirten ikinci fıkra nedeniyle adi ortaklığın uygulama alanı çok geniştir⁶⁵⁶. Kanunda tanımlı bu sözleşme ortakları arasında şahıs birliği kuran bir sözleşmedir⁶⁵⁷.

Öğretide adi ortaklık Kanundaki tanıma ilave olarak çok farklı biçimlerde tanımlanmıştır. Bunlardan en açıklayıcı olanına göre adi ortaklık, “*emeklerini veya araçlarını herhangi bir müşterek amaç doğrultusunda birleştirerek, bu amaca ulaşma konusunda birlikte çaba göstermeyi sözleşmeyle birbirlerine karşı yükümlenen kişilerce oluşturulan, tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi topluluğudur.*”⁶⁵⁸

Adi ortaklık bir sözleşme niteliği taşımakla beraber bu mübadele amacına dönük bir sözleşme değil, müşterek amaç uğruna birlikte çalışmayı kararlaştırdıkları bir ortaklık kurma niyetidir⁶⁵⁹. Adi ortaklık özel bir şekil şartına tabi olmadığı gibi mutlak emredici

⁶⁵⁵ POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin; Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014, s.39, N.70.

⁶⁵⁶ MOROĞLU Erdoğan; Adi Şirkete Dair, Makaleler, İstanbul 2006, 257-267, s.257. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.40, N.70a. BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan; Şirketler Hukuku, 9. Basım, Bursa 2013, s.25.

⁶⁵⁷ Moroğlu, s.259.

⁶⁵⁸ Barlas, s.18.

⁶⁵⁹ Barlas, s.63. Moroğlu, s.261. ŞENER Oruç Hami; Adi Ortaklık, Ankara 2008, s.15.

hükümler de içermemektedir⁶⁶⁰. Her türlü iktisadi veya gayri iktisadi konu için kurulabilen adi ortaklıkların bir ticari işletme işletmesi de şart değildir⁶⁶¹.

Adi ortaklığın; kişi, ortak amaç, affectio societatis, sözleşme ve sermaye olmak üzere beş unsurdan oluştuğunu ifade edebiliriz⁶⁶². Burada unsurlar kanuni tanımdan çıkmaktadır.

1.1.1. Kişi Unsuru

Kanundaki tanımdan hareketle adi ortaklığın oluşumu için en az iki kişinin gerektiği, tek kişi ortaklığın söz konusu olamayacağı belirtilmektedir⁶⁶³. Zira şahıs şirketlerinde tek kişi ortaklık kabul edilmemektedir⁶⁶⁴. Ayrıca Kanunda ortaklar bakımından “kişi” ifadesine yer verildiği için tüzel kişiliği olmayan kişi topluluklarının adi ortaklığa ortak olarak katılamayacakları savunulmaktadır⁶⁶⁵. Zira adi ortaklık ortağı olabilmek için şahıs olmak gerekir. Oysa fiil ehliyeti bulunmayan bu topluluklar şahıs sayılmamaktadır⁶⁶⁶. Ancak aksi yöndeki bir görüş tüzel kişiliği olmayan başka bir adi ortaklığın ya da henüz ticaret siciline tescil edilmediğinden tüzel kişilik kazanamamış bir anonim ortaklığın da adi ortaklığa katılabileceği yönündedir⁶⁶⁷.

1.1.2.Ortak Amaç Unsuru

Adi ortaklığın kanuni tanımından bu unsurun ortaklık sözleşmesinin temel unsuru olduğu anlaşılmaktadır⁶⁶⁸. Bütün ortaklar aynı amaca ulaşmak için taahhüt altına girmiş menfaat sahipleri olmalıdır⁶⁶⁹. Burada ortak amacı hedefleyen kimseler birbirlerinden bağımsız hareket ediyorsa adi ortaklıktan söz edilemez. Örneğin pazar yerinde birbirinden

⁶⁶⁰ Barlas, s.69. Moroğlu, s.261. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.45, N.75. Bahtiyar, s.27. Bilgili/Demirkapı, s.22.

⁶⁶¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.40, N.70b. Bahtiyar, s.28.

⁶⁶² Şener, 1. Bölüm. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.20, N.42.

⁶⁶³ Barlas, s.18. Şener, s.3. Moroğlu, s.259.

⁶⁶⁴ Barlas, s.18. Moroğlu, s.259. Bilgili/Demirkapı, s.21. PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara 2016, (Şirketler), s.17

⁶⁶⁵ Barlas, s.24. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.46, N.75a. Bilgili/Demirkapı, s.21.

⁶⁶⁶ Bilgili, s.56.

⁶⁶⁷ Şener, s.5 ve dn. 7,8.

⁶⁶⁸ Şener, s.101. Pulaşlı, Şirketler, s.18.

⁶⁶⁹ Şener, s.102. Barlas, s.25.

bağımsız olarak satış yapan pazarcılar arasında bir adi ortaklık söz konusu değildir⁶⁷⁰. Bu nedendir ki miras şirketinde, müşterek bir amacı hedefleyerek bir araya gelip anlaşılan kişiler söz konusu olmadığından bir adi ortaklığa vücut vermemektedir⁶⁷¹. Yahut kat malikleri arasında da ortak amaç bulunmadığından adi ortaklık söz konusu değildir⁶⁷².

Doktrinde çoğunluk görüşe göre burada amaç ideal değil, iktisadi olup kazanç paylaşma amacıdır⁶⁷³. Ancak bir başka görüşe göre adi ortaklığın amacının ekonomik olması zorunlu değildir; kanuna, ahlaka, adaba aykırı, imkânsız olmamak kaydıyla dinsel, siyasal, bilimsel, sosyal bir amaçla da adi ortaklık kurulabilir, yeter ki bütün ortaklar için amaç müşterek olsun⁶⁷⁴.

1.1.3. İşbirliği Unsuru (Affectio Societatis Unsuru)

İşbirliği unsuru, ortak amacı gerçekleştirmek uğruna birlikte çaba göstermeyi ifade etmektedir. Bu unsur adi ortaklık sözleşmesi bakımından süreklilik arz eden bir asli edim yükümü olup zorunlu bir unsurdur⁶⁷⁵. İşbirliği unsuru, adi ortaklık sözleşmesini diğer sözleşme tiplerinden ayırt etmeye yaramaktadır ve öğretinin tarafından Kanundaki unsurlara ek olarak tanınmıştır⁶⁷⁶. Örneğin kâra katılmalı bir iş sözleşmesinde de ortak amaç uğruna birlikte çaba vardır, ancak işçi ve işveren eşit konumda değildir⁶⁷⁷. Bu nedenle bir adi ortaklık kurulmuş olmayacaktır.

1.1.4. Sözleşme Unsuru

Adi ortaklığın varlığı için muhakkak ortak amaca yönelmiş irade açıklamaları gerekmektedir. Fiili şirket, yani ortakların aralarında bir sözleşme bağı olmadan birlikte

⁶⁷⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.48, N.77b.

⁶⁷¹ Şener, s.102.

⁶⁷² Pulaşlı, Şirketler, s.18. Aşağıda ayrıntılı bir biçimde inceleneceği üzere yalnızca bir apartmanda kat maliki olmak adi ortaklık ortağı olmaya yetmese de, kat malikleri birlikte bir kapıcı istihdam ettiklerinde artık aralarında işçi çalıştırma amacıyla kurdukları bir adi ortaklık meydana gelir.

⁶⁷³ Şener, s.103. ve dn. 194 te belirtilen yazarlar. Bahtiyar, s.18. Bilgili/Demirkapı, s.24. Pulaşlı, Şirketler, s.18.

⁶⁷⁴ Barlas, s.31-32.

⁶⁷⁵ Şener, s.117. Bilgili/Demirkapı, s.25. Pulaşlı, Şirketler, s.22. Barlas, s.39-41.

⁶⁷⁶ Şener, s.117. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.25, N.60. Bahtiyar, s.19. Barlas, s.40.

⁶⁷⁷ Şener, s.117. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.25, N.60.

faaliyeti adi ortaklığa vücut vermemektedir⁶⁷⁸. Adi ortaklık sözleşmesinin özelliği sadece taahhüt içeren değil, şahıs birliği kuran bir sözleşme olmasıdır⁶⁷⁹. Şayet şahıs birliği sözleşmeye değil de kanuna dayanıyorsa bu durumda ortaklık söz konusu olmayacaktır. Buna örnek olarak miras şirketi verilebilir⁶⁸⁰. Sözleşme, ortakların açık veya zımnî olarak ortaklık kurma yönündeki iradelerini açıklamalarıyla kurulmuş olur⁶⁸¹. Adi ortaklık sözleşmesi bir mübadele sözleşmesi değil, sui generis nitelikte bir sözleşmedir⁶⁸².

Bu sözleşme kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. İradi şekil ve taşınmaz, motorlu araç yahut devri kanunen şekle tabi tutulmuş hakların sermaye olarak konulması durumu bu kuralın istisnalarıdır⁶⁸³.

1.1.5. Sermaye Unsuru

Sermaye, ortaklardan her birinin ortak amacı gerçekleştirebilmek için ortaklığa koyduğu malvarlığı veya şahsi çalışmasının nominal karşılığıdır⁶⁸⁴. TBK'nın 621. madde hükmünde örneğe yoluyla “*her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür.*” şeklinde ekonomik değer taşıyan her şeyin sermaye olarak konulabileceği belirtilmektedir⁶⁸⁵. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre ise, sözleşmede aksi kararlaştırılabilmekle birlikte bu yola gidilmediyse, katılım payları, ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır.

Adi ortaklıkta sermaye olarak ortak emeğini de getirebilir. Burada emek, ortağın çalışmasını ortaklığa hasretmesi anlamına gelip, bedeni yahut fikri çalışma olabileceği gibi, sürekli, arızı, dönemsel veya bir defalık da olabilir⁶⁸⁶. Hatta emek, ortaklık için ortaklık dışında çalışma şeklinde de olabilir⁶⁸⁷. Kanunda “emeklerini ve mallarını... birleştirmeyi”

⁶⁷⁸ Barlas, s.58.

⁶⁷⁹ Moroğlu, s.259.

⁶⁸⁰ Şener, s.8.

⁶⁸¹ Pulaşlı, Şirketler, s.13.

⁶⁸² Barlas, s.63-66.

⁶⁸³ Şener, s.21 vd. Pulaşlı, Şirketler, s.14.

⁶⁸⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.46, N.76.

⁶⁸⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.46, N.76. Bahtiyar, s.17. Bilgili/Demirkapı, s.23. Pulaşlı, Şirketler, s.19.

Barlas, s.49.

⁶⁸⁶ Şener, s.204-205. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.47, N.76.

⁶⁸⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.47, N.76.

üstlendikleri bir sözleşme olarak tanımlanan adi ortaklık sözleşmesinde; Kanundaki “ve” ibaresinin “veya” şeklinde anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde görüş birliği vardır⁶⁸⁸. Zira 621. maddede de “mal ya da emek” ifadesiyle bu husus doğrulanmaktadır.

TBK'nın 623. maddesi; “Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir... Bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerlidir.” biçimindedir. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, emeğini sermaye payı olarak getiren ortak kâra da katılır ve özel bir düzenleme yoksa kârdan eşit pay alır. Katılma payı olarak sadece emeğini koymuş olan ortak hakkında anlaşma ile zarara katılmayacağı kararlaştırılabilir. Burada hüküm sosyal koruma mülahazasıyla getirilmiştir. Zarar etmekte olan bir adi ortaklıkta emek boşa gitmiş olacağından, emeğini hasreden ortak da zaten zarara katılmış olur⁶⁸⁹. Bu hükmün aksi sözleşme ile kararlaştırılabilir. Ancak sözleşme ile böyle bir düzenleme yapılmazsa emeğini koyan ortak da zarara katılır. Fakat bu ortağın zararın tamamından sorumlu olacağına ilişkin bir düzenleme yapılamaz⁶⁹⁰. Emeğini sermaye olarak getiren ortağın zarardan muaf olacağına ilişkin anlaşma da yalnızca iç ilişkide hüküm ifade eder. Alacaklılar zarardan muaf tutulan bütün ortaklara başvurma hakkına sahiptir⁶⁹¹.

Belirtilmelidir ki “emeğin” sermaye olarak konulmasında söze konu emek yalnızca iş sözleşmesine konu olan zaman ve bağımlılık esasındaki iş görme değil, bütün iş görme edimlerini kapsamaktadır⁶⁹². Bu nedenle öğretide emeğin sermaye olarak konulduğu adi ortaklık sözleşmelerinin isimsiz sözleşme olup olmadığı tartışılmaktadır⁶⁹³.

Emeğin adi ortaklığa katılma payı olarak getirilmesi ile bir adi ortaklığın işçisi olmak aynı şeyler değildir. İşçi edimin ifasının kabulünü değil, ancak ücretinin ödenmesini isteyebilirken, emeğini sermaye olarak koyan ortak ediminin kabulünü talep edebilir. İşçinin işletmeye müdahale hakkı yokken, emeğini koyan ortağın denetim/kontrol hakkı bulunmaktadır. Ayrıca iş sözleşmesinde belirgin bir altlık üstlük ilişkisi varken, adi ortaklıkta böylesi bir hiyerarşiden bahsedilememektedir⁶⁹⁴. Bu nedenle öğretide ortaklık

⁶⁸⁸ Barlas, s.13. Bahtiyar, s.17. Bilgili/Demirkapı, s.23. Pulaşlı, Şirketler, s.19.

⁶⁸⁹ Şener, s.241. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.52, N.83. Bahtiyar, s.31.

⁶⁹⁰ Şener, s.242. Aynı yönde Y.4.HD. 8.1.1970, E.1970/10983, K.1970/11. (Yayımlanmamıştır.)

⁶⁹¹ Bilgili/Demirkapı, s.34. Pulaşlı, Şirketler, s.27. Erdenk, s.216.

⁶⁹² Erdenk, s.212.

⁶⁹³ Erdenk, s.219.

⁶⁹⁴ Erdenk, s.216.

durumunda tarafların eşitliğinden hareketle bir bağımlılığın, dolayısıyla da bir iş ilişkisinin söz konusu olmadığı belirtilmektedir⁶⁹⁵.

Bir başka görüş ise her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğini, adi ortaklık ortakları arasında her ortağın eşit konumda bulunmasının yedek hukuk kuralı olduğunu, aksinin kararlaştırılabildiğini savunmaktadır. Bu nedenle emeğin katılma payı olarak adi ortaklığa getirildiği durumların isimsiz sözleşme olarak nitelendirilebileceği görüşüne sahiptir⁶⁹⁶.

Belirtildiği gibi adi ortaklık bir mübadele amacına yönelik sözleşme değildir. Bu nedenle adi ortaklıkta karşılıklı sözleşmelere ilişkin hükümler doğrudan uygulanamaz. Şayet emek sermaye olarak konulduğunda bir süre ve bağımlılık söz konusu ise, bir diğer ifadeyle iş sözleşmesi özellikleri taşıyorsa bu durumda adi ortaklık sözleşmesinin yabancı yan edim içeren karma sözleşme olarak tanımlandığı ve adi ortaklık sözleşmesine yapısına aykırı düşmemek kaydıyla hizmet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir⁶⁹⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında⁶⁹⁸; “5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi hükmünce, İş Mahkemeleri, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş aktinden veya İş Kanun'una dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevlidir. Davalı davacı ile ortak olduğunu ileri sürerek bu konuda bir de belge ibraz etmiştir. Tarafların ortak olduklarının anlaşılması halinde aralarında tabiyet ve dolayısıyla hizmet ilişkisi bulunamayacağından az önce değinilen yasal esas uyarınca İş mahkemesinde görülemeyeceği bir gerçektir.” ifadeleri ile ortaklık varsa hizmet ilişkisi bulunmaz şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Ancak Yargıtay başka kararlarında emeğini sermaye olarak getiren ortağın, adi ortaklıkta işçi olarak da çalışabileceğini, bu durumda baskın olan çalışmanın iş ilişkisi olacağını belirtmektedir. Adi ortaklık konusunu da özetleyen aynı doğrultuda bir kararında⁶⁹⁹ Yargıtay; “İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek

⁶⁹⁵ Erdenk, s.217’de belirtilen yazarlar.

⁶⁹⁶ Erdenk, s.217. Şener, s.152.

⁶⁹⁷ Erdenk, s.227,228. Alman hukukunda da aynı esasın kabul edildiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz.

Barlas, s.53.

⁶⁹⁸ Y.HGK. 30.10.1985, E.1984/9-246, K.1985/861. www.kazanci.com

⁶⁹⁹ Y.9.HD. 12.2.2015, E.2013/9303 K.2015/6160. www.lexpera.com.tr

anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla bağımlılık, hukuki bağımlılık olarak anlaşılmakta olup, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder. Adi ortaklık sözleşmesi ise iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Bu sözleşmenin unsurlarını sözleşme, kişilerin bir araya gelmesi, katılım payı olarak emek yahut mal konulabilme ve ortak amaç oluşturur. Kişinin mal veya emek koyarak ortak olması, aynı yerde iş ilişkisi kapsamında çalışmasına da engel değildir. Özellikle emeğini ortaklığa koyan kişi, ortaklık adına işlem yapmadan hukuki ve kişisel olarak ortaklığa bağlı çalışıyor ise arada iş ilişkisi olduğu kabul edilmelidir. Diğer taraftan kişinin bir işyerinde fîilen çalışırken, diğer bir kişi üzerinde sigortalı görülmesi sonuca etkili değildir.” demek suretiyle iş ilişkisinde belirleyici olanın bağımlılık ve denetim unsurları olduğunu, adi ortaklıkta sermaye olarak emeğini koyan ortağın ortaklık adına işlem yapmaması durumunda adi ortaklıkla arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yeni tarihli bir başka kararında⁷⁰⁰ da Yargıtay; “dosya içeriğine göre davacının davalıya ait ekmek fırınında çalıştığı, tanık anlatımlarında davacının işyerine ortak olduğunun belirtildiği, ancak davacının ortak olduğuna dair katılım payı olarak emek veya malını (sermayesini) koyduğuna ve bu konuda sözleşme imzalandığına dair delil sunulmadığı, davacının işyerinde ortak sıfatı ile bağımsız çalıştığı somut olarak ortaya konmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca açıklandığı gibi davacı ortak olsa bile iş sözleşmesi ile çalışmasına engel bir hüküm bulunmadığından, hukuki ve kişisel olarak bağımlılık unsuru ağırlık kazandığında iş ilişkisi kapsamında çalıştığı kabulü gerekecektir.” şeklinde adi ortaklığın ortağının bu adi ortaklıkta iş ilişkisi kapsamında çalışabileceği yönünde hüküm tesis etmiştir.

⁷⁰⁰ Y.9.HD. 31.5.2016, E. 2016/12620 K. 2016/12881. www.lexpera.com.tr

1.2. Adi Ortaklığın Hak ve Taraf Ehliyeti

Türk hukukunda ve mehzar İsviçre hukukunda adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmadığı, bir kişi birliği olduğu, ancak kendisini oluşturan kişilerden bağımsız bir hak süjesi olmadığı ve hak ehliyetine sahip olmadığı kabul edilmektedir⁷⁰¹. Bu nedendir ki TBK'nın 638. maddesinde “*Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.*” ifadesi yer almaktadır.

Alman hukukunda ise durum 29.01.2001 tarihli Federal Mahkeme kararından önce ve sonra değişmektedir⁷⁰². Alman hukukunda adi ortaklığa hak ehliyeti tanıyan ilk eser Flume tarafından 1972’de ortaya konmuş, sonra bu görüş Ulmer ve Schmidt tarafından geliştirilmiştir⁷⁰³. Fakat bu yazarlar her adi ortaklık için hak ehliyeti tanımamıştır. Ulmer ancak bir mamelek oluşması halinde hak ehliyeti tanırken, Schmidt ancak bir işletme işletilmesi halinde adi ortaklığa hak ehliyetinin tanınacağını belirtmiştir⁷⁰⁴. Dönüm noktası olan 1991 tarihli karara konu olayda davacı hem adi ortaklığı hem de adi ortaklığın ortaklarını dava etmiştir. Adi ortaklığın taraf ehliyeti bulunmadığından ilk derece mahkemesince davanın onun adına açılması reddedilmiştir. Federal Mahkeme ise adi ortaklığın elbirliği ortaklık olarak aldığı hukuki pozisyon çerçevesinde hak ve yükümlülük altına girdiği ölçüde, tüzel kişiliği bulunmasa da hak ehliyetine sahip olduğunu hükme bağlamıştır⁷⁰⁵. Ayrıca kararında, adi ortaklığın hukuki niteliğine ilişkin belirgin bir düzenleme olmadığını, bu nedenle yargının pratik ihtiyaçları karşılayan bir tercih yaptığını, bu tercihin de Flume tarafından literatüre kazandırılan adi ortaklığın dışı karşı hak süjeligi görüşü yönünde olduğunu ifade etmiştir⁷⁰⁶. Bu görüşün kabul edilmesinin bir diğer sebebinin adi ortaklığın ortaklarının değişmesi durumunda sürekli borç ilişkilerinde her değişiklik durumunda yeniden karara bağlama/onay zorunluluğunun ortaya çıkmasıdır. Oysa hak ehliyeti tanınan adi ortaklık, ortaklarındaki değişmeden etkilenmeden sürekli

⁷⁰¹ Barlas, s.74-75. Moroğlu, s.263. Şener, s.155. Bilgili/Demirkapı, s.28

⁷⁰² II ZR 331/00 29.01.2001. Kararın tam metni için bkz. NARBAY Şafak/DELİDUMAN Seyithan: Alman Federal Mahkemesinin Dış- Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.1. İstanbul 2002, 577-594, s.577 vd. Barlas, s.76 vd. Şener, s.152 vd. KALE Serdar; Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010, s.151 vd.

⁷⁰³ ANSAY Tuğrul; Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir? Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s.1-10, s.4. Kale, s.152-153.

⁷⁰⁴ Ansay, s.5.

⁷⁰⁵ Narbay/Deliduman, s.578-579. UZUN Pınar/UGUR Aynaz; Adi Ortaklık Kavramı ve 29.01.2001 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı Işığında Adi Ortaklığa Tüzel Kişilik Tanınması, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 1, Şubat 2014, 67-93, s.85.

⁷⁰⁶ Narbay/Deliduman, s.580.

borç ilişkilerini devam ettirebilmelidir⁷⁰⁷. Bu görüşün kabulündeki diğer bir sebep olarak, şirketlerin birbirine dönüşümünde kolaylık sağlaması, adi ortaklığın işletme işletmesi ve bu işletmenin hacim itibariyle ticari işletme olarak işletilmesi zorunluluğu doğması karşısında, adi ortaklığın kolektif şirkete dönüşmesinin gerekmesi, kolektif şirketin de kanunla tanınmış hak ehliyetinin bulunması gösterilmektedir⁷⁰⁸. Ayrıca kanunda adi ortaklığa aciz ehliyeti tanınmıştır, bu da hak süjeliğinin kabulünü desteklemektedir⁷⁰⁹. Alman ve İsviçre hukuklarında kolektif ve komandit şirketin tüzel kişiliği bulunmamakta, ancak bunlara kanunda bazı konularda hak ehliyeti tanınmaktadır. Buna paralel olarak aynı zamanda taraf ehliyeti de tanınmaktadır⁷¹⁰. Aynı durum sermaye şirketlerinin kuruluşu aşamasında ön şirket için de geçerlidir⁷¹¹. Bu nedenle Federal Mahkemenin adi ortaklığın hak ve taraf ehliyeti bakımından ileri sürdüğü mülahazalar sisteme yabancı değildir. Hakların sahibi ve borçların yükümlüsünün adi ortaklık olarak görülmesi karşısında, adi ortaklığa taraf ehliyeti de tanınması işin doğası gereğidir⁷¹². Ayrıca bu görüşün kabulüyle ortaklığa karşı alınmış bir ilamla hem münferiden ortaklara karşı hem ortaklığa karşı icra takibi yapılabilir⁷¹³.

İsviçre hukukunda ise adi ortaklığın hak ve taraf ehliyetinin bulunmadığı yönünde öğreti ve yargı kararları mutabıktır⁷¹⁴. Ancak bu gelişmelerden etkilenmemekle birlikte, Türk hukukundan birtakım değişiklikler arz etmektedir. Örneğin İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu adi ortakları örgütlü olan ve olmayan diye ayırmakta ve örgütlü olanlara farklı hükümlerin uygulanmasını öngörmektedir⁷¹⁵. Kolektif ortaklığa hak ehliyeti tanınmamakla birlikte kendisine ait özel bir malvarlığı olduğu, ancak bu özel malvarlığının üzerinde elbirliği mülkiyeti esasına göre bütün ortakların hak sahibi olduğu ve hak ehliyeti olmamasına rağmen taraf ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir⁷¹⁶. Yine İsviçre hukukunda kat maliklerinin oluşturduğu şahıs birliğine hak ehliyeti kanunla tanınmıştır⁷¹⁷.

⁷⁰⁷ Narbay/Deliduman, s.581. ERİŞİR Evrim; Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s.220.

⁷⁰⁸ Narbay/Deliduman, s.582. PULAŞLI Hasan; Alman Hukukundaki Adi Ortaklığın Hak ve Taraf Ehliyetinin Türk Hukukunda Adi Ortaklığa Uygulanabilirlik Sorunu, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 2, Nisan 2014, 123-146. (Adi Ortaklık), s.127-128.

⁷⁰⁹ Narbay/Deliduman, s.582. Pulaşlı, Adi Ortaklık, s.127. Kale, s.157. Erişir, s.219.

⁷¹⁰ Ansay, s.2. Barlas, s.37 dn.86 ve s.38 dn.88. Narbay/Deliduman, s.583. Pulaşlı, Adi Ortaklık, s.124.

⁷¹¹ Narbay/Deliduman, s.583. Pulaşlı, Adi Ortaklık, s.127.

⁷¹² Narbay/Deliduman, s.583.

⁷¹³ Narbay/Deliduman, s.590.

⁷¹⁴ Kale, s.170.

⁷¹⁵ Ansay, s.8.

⁷¹⁶ Pulaşlı, Adi Ortaklık, s.131.

⁷¹⁷ Ansay, s.8.

Türk hukukunda donatma iştirakinin de tüzel kişiliği olmadığı halde eski TTK'nın 955 ve 956. maddelerinde hak ehliyetinin bazı konularda tanındığı görülmektedir. Ayrıca iflas masasına tüzel kişilik tanıyan görüşler de mevcuttur⁷¹⁸. Türk hukukunda da bu düzenlemelerden hareketle Alman hukukundaki gibi adi ortaklığa hak ehliyeti tanınması gerektiği yönünde görüşler⁷¹⁹ olduğu gibi, buna karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır. Aksi yönde düşünen bir yazar, Alman Hukukunda karara dayanak olan noktanın, kanun koyucunun kolektif ve komandit şirketin de tüzel kişiliği olmadığı halde bazı tüzel kişilik özellikleri tanımış olması olduğunu belirtmektedir. Oysa hukukumuzda böyle bir temel bulunmadığı gibi, buna ihtiyaç da yoktur⁷²⁰. Kararda da vurgulandığı üzere Alman hukukunda tüzel kişiliği olmayan adi ortakların iflasa tabi olmasını sağlayan kanuni düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle hak ehliyeti tanınmasının da kanuni birtakım temelleri bulunmaktadır. Böylece kanuni düzenlemelerden hareketle adi ortaklık aktif ve pasif dava ehliyetini de haiz olmaktadır⁷²¹. Türk hukukunda adi ortaklığa hak ehliyeti tanınmasının mümkün olmadığı yönünde bir başka yazar ise yine Federal Mahkemenin gerekçelerinden hareket ederek, Türk hukukunda sermaye şirketlerinin adi ortaklığa dönüşmesinin kabul edilmediğini, bu açıdan da kanuni bir temelin olmadığını ifade etmektedir⁷²². Ayrıca Alman hukukunda hak ehliyetinin üç gruba tanındığını, bunların gerçek kişiler, tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan elbirliği ortaklıkları olduğunu; Türk hukukunda ise hak ehliyetinin yalnızca gerçek ve tüzel kişilere tanındığını belirtmektedir⁷²³. Yazar, Türk hukukunda adi ortaklığa hak ehliyeti tanınması yolundaki görüşlerin hukuki bir temele dayanmayan hukuki fanteziler olduğunu söylemektedir⁷²⁴. Bir başka yazar da adi ortaklığa hak ve taraf ehliyeti tanımaya dayanak teşkil edecek yasal düzenlemelerin bulunmayışından hareketle, bunun Türk hukukunda kabul edilmesinin hukuk güvenliğini sarsacağını, adi ortaklığın ticaret siciline tescil zorunluluğu da bulunmadığından aleniyet hakkında önemli şüpheler ortaya çıkacağını, yargılamada da tarafın belirlenebilir olması koşulunun zedeleneceğini, bunun da manipülasyonlara sebep olabileceğini belirtmektedir⁷²⁵.

⁷¹⁸ Ansay, s.3. (Ansay'dan naklen, ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, Ejder; İflas İdaresi, Ankara 1976, s.50 vd.) İflası halinde taraf ehliyeti konusunda, Erişir, s.239.

⁷¹⁹ Ansay, s.9. Uzun/Uğur, s.91.

⁷²⁰ Barlas, s.81. Kale, s.172.

⁷²¹ Şener, s.153. Kale, s.176. Erişir, s.225.

⁷²² Pulaşlı, Adi Ortaklık, s.128.

⁷²³ Pulaşlı, Adi Ortaklık, s.130.

⁷²⁴ Pulaşlı, Adi Ortaklık, s.144.

⁷²⁵ Kale, s.176-177.

Türk hukukunda işveren tanımının adi ortaklığa hak ehliyeti tanınması için bir dayanak oluşturup oluşturmayacağı da tartışılmalıdır. İş Kanununda işveren olabilecek kimseler, gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum kuruluş olarak sıralanmıştır. Bu düzenlemeden hareketle adi ortaklıkların da işveren olabileceği ifade edilmektedir⁷²⁶. Hatta bu hükümden hareketle birlikte işverenliğe tipik bir örnek oluşturabilecek olan adi ortaklıkların kendisinin işveren olacağı, bu nedenle ortakların işveren sıfatını kullanamayacağı ve birlikte işverenlik örneğinin ortaya çıkmayacağı belirtilmektedir⁷²⁷. Ancak öğretilerde aksi yönde; “tüzel kişiliği olmayan kurum kuruluş”ların işveren sayılmasının bunları hukuk süjesi haline getirmeyeceği, hak ve taraf ehliyeti bahsetmeyeceği, adi ortaklıkta da ortakların tamamının işveren kabul edileceği, bu yöndeki mevcut Yargıtay uygulamasının da devam ettiği ifade edilmektedir⁷²⁸. Biz de, ayrıntıların adi ortaklığın işveren niteliğini incelerken açıklanacağını belirterek, tekrara düşmemek adına burada yalnızca ikinci görüşe katıldığımızı beyan etmekteyiz.

Adi ortaklığın hak ehliyetine sahip olmamasının çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçların ilki adi ortaklığın kendisinin hukuki işlemlere taraf olamaması, hukuki işlemlerde taraf olarak ortaklarının tümünün görünmesidir⁷²⁹. Bu sonuçlardan bir diğeri ortaklığın malvarlığından bizatihi ortaklığın değil, elbirliğiyle mülkiyet esasına göre tüm ortakların hak sahibi olması ve ortaklık borçlarından da yine ortaklığın değil ortakların birinci dereceden sınırsız ve müteselsil sorumlu olmalarıdır⁷³⁰. Adi ortaklık hak ehliyetine sahip olmadığı için ikametgâh edinme, ticaret unvanına sahip olma gibi kişiliğe tanınan haklardan faydalanamayacaktır⁷³¹.

Adi ortaklığın hak ehliyetine sahip olmamasının bir diğer sonucu ise kişi sayılmadığından taraf ehliyetinin de bulunmamasıdır. Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığın aktif ve pasif dava ehliyeti bulunmamaktadır. Davaların bütün ortaklarca ve bütün ortaklara karşı açılması gerekir. Bu kural icra takipleri için de geçerlidir⁷³². Adi ortaklığa karşı dava açılırken nasıl hareket edilmesi gerektiği, zorunlu yahut ihtiyari dava arkadaşlığı mevzuu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte çoğunluk, zorunlu dava

⁷²⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.201.

⁷²⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.201.

⁷²⁸ CANBOLAT Talat; 4857 Sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, Ankara 2016, 24-58, s.32.

⁷²⁹ Barlas, s.82. Şener, s.155.

⁷³⁰ Barlas, s.83 ve 86. Şener, s.155.

⁷³¹ Barlas, s.87 vd.

⁷³² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.45, N.74a. Bilgili/Demirkapı, s.28. Şener, s.155. Kale, s.173.

arkadaşlığı olduğu görüşündedir⁷³³. Ancak Yargıtay, dava sadece ortaklardan biri/birileri tarafından açılmışsa davayı hemen reddetmemekte, diğer ortaklara da katılım için süre vermektedir⁷³⁴. Dolayısıyla “adi ortaklık” davalı yan olarak gösterilerek dava açılmayacaktır. Ancak iş mahkemeleri bazı kararlarında işçiyi koruma maksatlı bu konuda esnek davranmış ve öğretide bu durum eleştiri konusu olmuştur⁷³⁵.

Yukarıda vurgulandığı üzere Yargıtay bazen işçi lehine olması bakımından bu kuralı göz ardı etse de genellikle;⁷³⁶ *“işveren adi ortaklığın üç tüzel kişilik tarafından oluşturulup, her üç şirketinde davalı olmasına rağmen hüküm altına alınan vekalet ücreti ve yargılama giderinden hangi davalının sorumlu olduğu açıklanmadan “..davalıdan..” denilerek hüküm kurulması HMK. nun 297/2. maddesine aykırı olup, infazda tereddüde yol açacağı düşünülmemesi bozma sebebi ise de bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün... düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir. ...“...davalıdan..” sözcüklerinin çıkartılarak, yerlerine ayrı ayrı “...davalılardan müştereken ve müteselsilen...” sözcüklerinin yazılmasına, hükmün bu şekilde düzeltilerek onanmasına,...” karar vermekte, adi ortaklığı oluşturan ortakların tümünün davalı gösterilmesini ve hükmün bu davalılardan her biri hakkında tesis edilmesini kabul etmektedir. Bu yöndeki kararlarında davalıların tümü hakkında müteselsilen hüküm tesis etmiştir.*

Adi ortaklığın davalı olarak gösterildiği bir olayda, dava dilekçesinin adi ortaklığı oluşturanlara tek tek tebliğ edilmesi ve hükümde adi ortaklığı oluşturan ortakların ayrı ayrı gösterilmesi gerektiği yönünde bir Yargıtay kararında⁷³⁷; *“İki veya daha fazla kişinin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri ortak girişimin (yani adi ortaklığın) tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti yoktur. 6098 Sayılı TBK'nın 620. (818 Sayılı BK'nın 520.) maddesinde de açıklandığı üzere, adi ortaklığın hükmü şahsiyeti bulunmadığından ortaklar, ortaklık borçlarından dolayı alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm varlıklarıyla sorumludurlar. Dolayısıyla adi ortaklığın aktif ve pasif dava ehliyeti de yoktur. Bu nedenle, adi ortaklığa dair davalarda adi ortaklığı oluşturan kişilerin taraf olarak hep birlikte hareket etmeleri gerekir. Adi*

⁷³³ Barlas, s.93. Şener, s.155. Kale, s.173.

⁷³⁴ Barlas, s.90. Şener, s.165.

⁷³⁵ Yargıtay'ın adi ortaklığa pasif dava ehliyeti tanıdığı kararlara örnek olarak bkz. Y.9.HD. 4.2.1997, E.1996/20053, K.1997/28632. (Yayımlanmamıştır.) Bu konudaki eleştiriler için bkz.Barlas, s.92.

⁷³⁶ Y.9.HD. 2.5.2016, E. 2015/30061, K. 2016/10928. www.lexpera.com.tr

⁷³⁷ Y.9.HD. 10.06.2015, E. 2015/13622, K. 2015/21339. (Yayımlanmamıştır.) Aynı yönde Y.9.HD. 10.06.2015, E. 2015/14661, K. 2015/21279. www.lexpera.com.tr

ortaklık tarafından açılacak davaların elbirliği mülkiyeti kuralları gereğince (6098 Sayılı TBK'nın 638., 818 Sayılı BK'nın 534, TMK'nın 702.maddeleri) bütün ortaklar tarafından mecburi dava arkadaşı olarak birlikte hareket edilmesi gerekir. Taraf ehliyeti kamu düzeninden olup mahkemece kendiliğinden göz önüne alınmalıdır. Dosya içeriğine göre; davanın ... yanında ortak girişimi oluşturan & Adi Ortaklığı'na yöneltilerek açıldığı, Mahkemenin de tebligatları bu Ortaklığa yaparak yargılamayı sonuçlandırıp, Ortaklık hakkında karar verdiği görülmüştür. Yukarıda zikredilen hükümler ve yapılan açıklamalara göre; adi ortaklığı oluşturan kişilere dava dilekçesi ayrı ayrı tebliğ edilip taraf teşkili sağlandıktan sonra yargılama sonuçlandırılıp, hükümde ortak girişimi oluşturan şirketler ayrı ayrı gösterilmelidir. Netice itibariyle; taraf teşkili sağlanmadan yazılı şekilde tüzel kişiliği olmayan Ortaklık hakkında hüküm kurulması hatalıdır.” sonucuna ulaşılmıştır.

Bir rücu tazminat davasında da Yargıtay⁷³⁸ “*Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından, adi ortaklık sözleşmesi, yeni bir hukuki varlığa vücut vermez, meydana gelen topluluğun bir bütün olarak medeni hakları kullanma yeteneği yoktur. Ortaklık dava ve taraf ehliyetine sahip olmadığı gibi, ona karşı da, dava açılmaz. Ortaklığı ilgilendiren haklar ve borçlar bakımından bütün ortakların birlikte davacı ve davalı olarak katılmaları gerekir.*” şeklinde adi ortaklığın hak ehliyetinin bulunmadığını, dava ve taraf ehliyeti olmadığından davacı veya davalı olarak bütün adi ortaklık ortaklarının gösterilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Adi ortaklığın hak ehliyetinin bulunmaması pek çok sonucu beraberinde getirmektedir.

1.3.Adi Ortaklıkta Müteselsil Sorumluluk

Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklıkta ortakların sorumluluğu kural olarak müteselsil, sınırsız ve birinci derecedendir⁷³⁹. TBK'nın 638. maddesinde; “*Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur. Ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki payı üzerinde kullanabilirler. Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye*

⁷³⁸ Y.10.HD. 5.4.2013, E. 2012/10457, K. 2013/6857. www.lexpera.com.tr

⁷³⁹ Şener, s.417. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.73, N.100. Bahtiyar, s.37. Bilgili/Demirkapı, s.41.

karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.” ifadeleriyle hüküm altına alınan müteselsil sorumluluğun ilk şartı ortaklık ilişkisi kapsamında borcun üstlenilmesi, ikincisi ise müteselsil sorumluluğun bertaraf edilmemiş olmasıdır.

Bu hükümden çıkarılan bir diğer husus ise müteselsil sorumluluğun üçüncü kişiye karşı olduğudur. Öğretide de giderlere katılma bakımından ortakların kendi arasında bir müteselsil sorumluluk olmadığı belirtilmektedir⁷⁴⁰. Yargıtay da bir kararında “...adi ortaklıkta ortakların müteselsilen sorumluluğu ortakların 3. kişiye olan borçlarında söz konusudur. Ortaklar, birbirlerine karşı payları oranında zarar ve masrafa katılmakla sorumludurlar. Ortaklık sözleşmesinde de davacıya karşı diğer ortakların müteselsilen sorumlu olduklarına ilişkin bir hüküm yoktur”⁷⁴¹ ifadelerine yer vererek müteselsil sorumluluğun dış ilişki bakımından kanundan doğduğunu, iç ilişki bakımından böyle bir zorunluluk bulunmadığını kabul etmiştir. Buna göre borç ifa edildikten sonra ortakların birbirine rücu, payları oranında mümkündür⁷⁴².

Öğretide üçüncü kişilerce adi ortaklığa dava açıldığında talep konusunun tek bir ortak tarafından da yerine getirilmesi mümkün bir edim olması halinde davanın ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne yönetilebileceğini belirten görüşler de bulunmaktadır⁷⁴³. Müteselsil sorumluluğun tek başına bir ortak tarafından yerine getirilmesi mümkün olan borçlarda söz konusu olduğu ifade edilmektedir⁷⁴⁴. Para borçları bakımından müteselsil sorumlulukta davacının ortaklık borçları nedeniyle tek bir ortağı da takip edebilmesinin mümkün olduğuna, ihtiyari dava arkadaşlığı olduğuna, mecburi olarak tüm ortaklara karşı dava açılmasına gerek olmadığına Yargıtay da bazı kararlarında yer vermiştir⁷⁴⁵. Ancak talep konusu elbirliği ile tasarruf edilebilecek bir edime ilişkin ise mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır⁷⁴⁶. Bir diğer ifadeyle alacağın likit olduğu durumlarda ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu iken, alacağın likit olmadığı durumlarda alacak davasının tüm ortaklara karşı açılması gerektiği öğretide savunulan görüşlerdendir⁷⁴⁷. Belirtilmelidir ki işçi alacaklarının pek çoğu para borcu biçiminde gözükmektedir. Ancak tarafların üzerinde

⁷⁴⁰ Şener, s.345. Bilgili/Demirkapı, s.42.

⁷⁴¹ Y.13.HD. 15.6.1987, E.1987/3113, K.1987/3558. (Yayımlanmamıştır.)

⁷⁴² Barlas, s.102.

⁷⁴³ Şener, s.163. Kale, s.174.

⁷⁴⁴ Şener, s.418. Kale, s.174.

⁷⁴⁵ Şener, s.156. Y.11.HD. 17.2.1988, E.1988/3556, K.1988/3052. (Yayımlanmamıştır.)

⁷⁴⁶ Şener, s.163. Kale, s.174.

⁷⁴⁷ Ayrıntılı bilgi ve aksi görüş için bkz Şener, s.166. Kale, s.174.

anlaşması ya da mahkeme kararı ile gerçek miktarın tespit edilmesi söz konusu olduğundan genellikle likit olmadığı söylenebilir. Bu nedenle burada da ihtiyari dava arkadaşlığının kabul edilmesi gerektiğine dair öğretide görüşler bulunmaktadır⁷⁴⁸.

Bu konuda bir turistik çay ocağında ocağcı olarak çalışan işçi ile ilgili verdiği bir kararında⁷⁴⁹ Yargıtay; *“Dosya içeriğine göre davacının çalışmasının geçtiği işyerinin her iki davalı tarafından kurulan adi ortaklık tarafından işletildiği anlaşılmaktadır. Böyle olunca davacı her iki davalı tarafından birlikte istihdam edildiğinden işçilik alacaklarından adi ortaklığın ortakları olarak hüküm altına alınan işçilik alacaklarından her iki davalının birlikte sorumluluğuna hükmedilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile davalı Mehmet Öztürk yönünden davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.”* biçiminde hüküm tesis etmiş ve adi ortaklığın işçi çalıştırması durumunda ortakların müteselsil sorumluluğunu kabul etmiş, aynı zamanda zorunlu dava arkadaşlığını aramıştır.

1.4.Adi Ortaklığın İşveren/Birlikte İşveren Niteliği

İş Kanununun 2. maddesine göre *“Bir iş sözleşmesine dayanarak ... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren”* denir. İşverenin tanımına tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların da eklenmesi 4857 sayılı Kanun ile gerçekleşmiştir. Bu yeniliğin sebebi Kanunun gerekçesinde; *“İşveren tanımı için de, 2821 sayılı Kanunun 2 nci maddesi göz önünde tutulmuş, “gerçek ve tüzel kişiler” dışında iş sözleşmesine göre işçi istihdam eden ve tüzel kişiliği bulunmayan kurum ve kuruluşların da “işveren” sayılacakları birinci fıkra hükmünde açıkça gösterilmiştir. Hatta bu hususta 2821 sayılı Kanunda “tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları” denilmesine rağmen, aynı durum özel hukuk alanında da söz konusu olabileceğinden (örneğin adi ortaklıklar gibi), kamu ve özel kesim ayırımı yapılmaksızın işçi sayılan gerçek kişileri çalıştıran, ancak tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların “işveren” sayılacakları hükme bağlanmıştır”* şeklinde izah edilmiştir. Kanundaki bu düzenlemeden hareketle adi ortaklığın da işveren sayılacağı öğretide belirtilmektedir⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ Kale, s.174.

⁷⁴⁹ Y.22.HD. 20.12.2013, E. 2013/34770, K.2013/29800. (Yayımlanmamıştır.)

⁷⁵⁰ Süzek, s.152. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.201.

Hâlihazırda yürürlükte olan kanunlarımızdan önce yürürlükte olan tüm iş mevzuatımızda işveren tanımlanırken “gerçek ve tüzel kişi” olarak tanımlanmıştı. Ancak o dönemde dahi adi ortaklığın işveren niteliği ile ilgili tartışmalar bulunmakta idi. Öğretide bu konudaki bir yaklaşıma göre “*Adi ortaklıklarda işveren ... âkit şeriktir.*”⁷⁵¹ Ancak bu görüşe karşı çıkan bir başka yazar, adi ortaklığın iştirak halinde mülk hükümlerine göre yönetildiğinden bahisle iş sözleşmesi ortaklardan biriyle yapılsa da işverenin adi ortaklığın kendisi olduğunu belirtmektedir. Ardından verdiği örnekte ise buna pek de uyumlu olmayan bir biçimde, işyerinde meydana gelen ve işverenin kusurlu olduğu bir iş kazasında bütün ortakların müteselsilen sorumlu olduklarını izah etmektedir⁷⁵². Adi ortaklık dışında ise tüzel kişiliği olmayan bir kamu kuruluşunun işçi çalıştırması durumunda, işverenin o kuruluşun bağlı olduğu kuruluş olduğu noktasında sözü geçen iki yazar mutabıktır⁷⁵³. Örneğin MEB’e bağlı bir okulda çalıştırılan işçinin işvereni Bakanlıktır⁷⁵⁴.

Bu tartışmalar henüz çözümlenmemişken 4857 sayılı Kanun ile işveren kavramına “tüzel kişiliği bulunmayan kurum ve kuruluşlar” da eklenmiştir. Ancak tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığın işveren sıfatıyla nasıl temsil edileceğinin sorunlara sebebiyet vereceği belirtilmektedir⁷⁵⁵. Zira kişi sayılmayan, hukuk süjesi olmayan bir varlığın hak ve yükümlülüklerin tarafı olamayacağı, davalarda taraf ehliyetinin olmayacağı, ilamların icrasında malvarlığının olmaması nedeniyle sorunların olacağı haklı olarak ifade edilmektedir⁷⁵⁶.

Bahsedilen bu tartışmaların konumuz bağlamında iki önemli sonucu bulunmaktadır. Bunların ilki bu düzenlemenin adi ortaklığa hak ya da taraf ehliyeti bahşedip bahşetmediği konusudur. İkincisi ise adi ortaklığın işçi çalıştırması durumunda sorumluluğun ve işveren sıfatının kime ait olacağıdır.

Kanaatimizce bu düzenleme adi ortaklıkların da işçi çalıştırabilecekleri anlamında açıklayıcı bir ifade olmanın ötesine gidememektedir. Zira yukarıda açıklandığı üzere adi ortaklığın hak ehliyeti hukukumuzda kabul edilmemektedir. Sadece iş hukukundaki bu düzenleme tek başına adi ortaklığa taraf ehliyeti veya bir üst perdede hak ehliyeti tanımaya yetmeyecektir. Hak ve taraf ehliyetinin kişi olmayanlara da tanınması için bu doğrultuda

⁷⁵¹ ÇENBERCİ Mustafa; Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, (SSK Şerhi), s.144. Çenberci, s.136.

⁷⁵² ARSLANKÖYLÜ Resul; Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, s.120.

⁷⁵³ Çenberci, SSK Şerhi, s. 144, Arslanköylü, s.120.

⁷⁵⁴ Arslanköylü, s.121.

⁷⁵⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.194.

⁷⁵⁶ Canbolat, s.8-9.

açık kanuni düzenleme bulunması yahut hiçbir düzenlemenin olmadığı bir noktada ihtiyaç duyulduğu için hâkim tarafından hukuk yaratılması gerekmektedir. Alman hukukunda dahi adi ortaklığa hak ehliyeti tanınması gibi önemli bir değişime hâkimin hukuk yaratması yoluyla varılması tartışmalara sebep olmuş, *contra legem* olup olmadığı bile tartışılmış ve kanuni düzenleme beklenmiştir⁷⁵⁷. Hâkim hukuk yaratırken de pozitif düzenlemelere uygun davranmalıdır. Hukukumuzda adi ortaklığa hak ehliyeti tanımaya olanak sağlayacak temellerin bulunmadığı yönündeki görüşlere katılmaktayız. Nitekim Yargıtay da kararlarında adi ortaklığın işçi çalıştırması durumunda hak ve taraf ehliyeti bulunmadığından davanın bütün ortaklara karşı açılması gerektiğini aramaktadır. İşçi çalıştıran, tüzel kişiliği bulunmayan Bakanlıklara dava açılabilmesinin sebebi ise bu konudaki bir Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararında⁷⁵⁸; “*Bilindiği üzere kamu tüzel kişiliğinin başında Devlet bulunur. Devlet tüzel kişiliğinden ayrı ve bağımsız tüzel kişilikleri bulunmayan Bakanlıklar, Devlet kamu tüzel kişiliğinin birer organı konumundadırlar. Bununla birlikte bakanlıklar, Devlet tüzel kişiliğinin temsilcisi olmayıp, birer organı durumunda buldukları için, davada taraf ehliyetine sahiptirler.*” şeklinde Bakanlıkların Devlet tüzel kişiliğinin birer organı oldukları için taraf ehliyetini haiz oldukları yönünde izah edilmiştir. İşçi çalıştıran ve tüzel kişiliği olmayan kat malikleri konusunda ise yöneticiye dava açılabilmesi ile ilgili aşağıda ayrıntılı bir biçimde inceleneceği üzere Konut Kapıcıları Yönetmeliğinde açık hüküm vardır. Ancak bu halde de çalıştırdıkları kapıcı nedeniyle kat maliklerinin tamamı birlikte işverendir⁷⁵⁹.

O halde adi ortaklığa hak ya da taraf ehliyeti bahsetmeyen bu düzenleme adi ortaklık ortaklarının birlikte işveren olması noktasında nasıl bir etkiye sahiptir? İş Kanununda işveren olabilecek kimseler, gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum kuruluş olarak sıralanmıştır. Bu düzenlemeden hareketle adi ortaklığın da işveren olabileceği ifade edilmektedir⁷⁶⁰. Hatta bu hükümden hareketle adi ortaklığın kendisinin işveren olacağı, bu nedenle birlikte işverenlik örneğinin ortaya çıkmayacağı belirtilmektedir⁷⁶¹. Ancak öğretilerde aksi yönde; “tüzel kişiliği olmayan kurum kuruluş”ların işveren sayılmasının bunları hukuk süjesi haline getirmeyeceği, hak ve taraf ehliyeti bahsetmeyeceği, adi ortaklıkta da ortakların tamamının işveren kabul edileceği, bu yöndeki

⁷⁵⁷ Tartışmalar için bkz. Kale, s.158-159. Erişir, s.227.

⁷⁵⁸ Y.HGK. 5.5.2010, E.2010/14-234, K.2010/248. www.lexpera.com.tr

⁷⁵⁹ Başbuğ, İş Hukuku, s.80.

⁷⁶⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.201. Kılıçoğlu/Şenocak, s.21.

⁷⁶¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.201. Kılıçoğlu/Şenocak, s.21.

mevcut Yargıtay uygulamasının da devam ettiği ifade edilmektedir⁷⁶². Bu haliyle bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre; işçi çalıştıran adi ortaklığın hem sermaye hem emek arz eden ortaklarının tamamı birlikte iş görme ediminin alacaklısı olacak ve işçilere karşı birlikte işveren sıfatını taşıyacaktır⁷⁶³.

Adi ortaklık ortaklarının tamamının işveren olmasının önemli bir sonucu, bu adi ortaklıkta ortağın aynı zamanda işçi olarak çalışması durumunda işveren ve işçi sıfatının birleşip birleşmeyeceğinde ortaya çıkmaktadır. Bu konuda öğretide azınlıkta kalan bir görüş adi ortaklıkta işçi ve işveren sıfatının birleşebileceğini savunmaktadır⁷⁶⁴. Yargıtay kararlarında bu husus açıkça yer almamaktadır. Ancak bir adi ortaklık ortağının aynı zamanda bu adi ortaklıkta işçi olarak da çalışabileceği kararlarda kabul edilmektedir. Bu doğrultuda Yargıtay kararlarında; *“davacı ortak olsa bile iş sözleşmesi ile çalışmasına engel bir hüküm bulunmadığından, hukuki ve kişisel olarak bağımlılık unsuru ağırlık kazandığında iş ilişkisi kapsamında çalıştığı kabulü gerekecektir.”*⁷⁶⁵ *“Özellikle emeğini ortaklığa koyan kişi, ortaklık adına işlem yapmadan hukuki ve kişisel olarak ortaklığa bağlı çalışıyor ise arada iş ilişkisi olduğu kabul edilmelidir.”*⁷⁶⁶ demek suretiyle adi ortaklık ortağının ortaklık adına işlem yapmıyor olması şartıyla adi ortaklıkta işçi olarak çalışabileceğini kabul etmektedir. O halde bir ortak, ortaklık adına işlem yapan bir ortaksa, bu ortaklıkta işçi olarak çalışamayacak, ortaklık adına işlem yapmıyorsa hem ortak vasfı hem işçi vasfını taşıyacaktır. Ancak öğretide adi ortaklık ortağının aynı zamanda işçi olamayacağını belirten bir görüş de bulunmaktadır⁷⁶⁷.

Adi ortaklık konusunda olmasa da, bir işçinin kendisinin işçi çalıştırarak işveren sıfatını da kazanabileceği ancak, aynı işyerinin hem işçisi hem işvereni olmanın mümkün olmayacağı, bu anlamda işçi ve işveren sıfatının aynı iş bakımından birleşemeyeceği öğretide kabul edilmektedir⁷⁶⁸. Dolayısıyla burada işçi ve işveren sıfatları birleşemeyeceğinden tıpkı genel müdürün kişi organ sıfatını kazanmasında olduğu gibi⁷⁶⁹ şöyle bir çözüm getirmek uygun olur; bir ortak adi ortaklıkta işçi olarak çalışıyor, ancak

⁷⁶² Canbolat, s.32.

⁷⁶³ Canbolat, s.9. Başbuğ, İş Hukuku, s.80. Yılmaz, s.216. Engin, İşveren Kavramı, s.122. Konu öğretide alt işveren ilişkisi kuran adi ortaklık bakımından da ortakların birlikte asıl işveren sıfatını haiz olacakları yönünde değerlendirilmiştir. AYKAÇ Hande Bahar; İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.59.

⁷⁶⁴ Çenberci, s.138.

⁷⁶⁵ Y.9.HD. 31.5.2016, E.2016/12620, K. 2016/12881. www.lexpera.com.tr

⁷⁶⁶ Y.9.HD. 12.2.2015, E.2013/9303, K.2015/6160. www.lexpera.com.tr

⁷⁶⁷ Kılıçoğlu/Şenocak, s.21.

⁷⁶⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.195-196.

⁷⁶⁹ Süzek, s.156-157.

ortaklığı temsil yetkisine sahip değilse yahut yönetici ortak değilse, “*ortaklık adına işlem yapmıyorsa*” işçi sıfatı baskın olacak ve ortak olmasına rağmen işveren sayılmayacaktır. Ancak böyle bir vasıfta ise bu durumda ortak bir diğer ifadeyle işveren sıfatı baskın olacak ve bu durumda işçi sayılmayacaktır. Aksinin kabulü halinde işçi ve işveren sıfatlarının birleşmesi söz konusu olur ki bu durum kabul edilemez. Yargıtay da yukarıda sözü edilen kararında esasında bu sorunu çözmeyi hedeflemese de, benzer bir şekilde adi ortaklığın ortağı bakımından, ortaklık adına işlem yapmadan çalışması durumunda işçi olduğunu hükme bağlamıştır. Belirtilmelidir ki bu durum adi ortaklığın diğer işçilerinin işvereni olmak bakımından bu ortağı sorumluluk dışına çıkarmaz. Yalnızca kendisi ile ilgili olarak hem işçi hem işveren sıfatına sahip olamayacaktır. Zira aynı zamanda bir sözleşmenin her iki tarafında da yer alınamaz⁷⁷⁰.

Adi ortaklıkta ortakların işçiler bakımından birlikte işveren olduğu sonucuna vardıldıktan sonra değinilmesi gereken bir diğer husus bu işçiler bakımından özellik arz eden durumlardır. Bir adi ortaklıkta işçi olarak çalışmanın meydana getireceği özellikli ilk sonuç işçi alacakları bakımından ortakların müteselsil sorumluluğudur⁷⁷¹. Adi ortaklığın işçisi de ortaklık bakımından üçüncü kişi olduğundan, açıkça kararlaştırılmazsa işçi alacaklarından müteselsil sorumluluk bertaraf edilemez. Bu anlamda emeğini sermaye olarak koyan ortağın zararlardan muaf olduğuna dair anlaşma dış ilişkide göz önüne alınmayacak ve işçi alacağını emeğini hasreden ortaktan da alabilecektir.

TBK'nın 623. maddesi; “*Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir. Sözleşmede ortakların kazanç veya zarara katılım paylarından biri belirlenmişse bu belirleme, diğerindeki payı da ifade eder. Bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerlidir.*” hükmünü içermektedir. Burada paylaşılması gereken giderlere örnek olarak konumuz bağlamında işçinin sosyal güvenlik primleri, ücreti, kıdem tazminatı da sayılabilir⁷⁷². Zira işçilik alacakları başlıca gider kalemleri arasında gösterilmektedir⁷⁷³. Yargıtay adi ortaklığın çalıştırdığı bir işçinin iş kazası sonucunda ölmesi nedeniyle

⁷⁷⁰ Süzek, s.156.

⁷⁷¹ Engin, İşveren Kavramı, s.122.

⁷⁷² Şener, s.328.

⁷⁷³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.58, N.90a.

mirasçılarının hak kazandığı maddi ve manevi tazminat bakımından ortakların müteselsilen sorumlu olduklarını hükme bağlamıştır⁷⁷⁴.

Bu noktada doğabilecek bir diğer sorun adi ortaklıktan bir ortağın çıkması/çıkarılması durumunda muaccel olan/olmayan borçların işçi alacakları bakımından nasıl değerlendirileceğidir. Konu esasında TBK'nın 634. maddesinde çözümlenmiştir. Bu hüküm; *“Bir ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payı, diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçer. Diğer ortaklar, ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağa, kullanımını ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle yükümlü oldukları gibi, kendisini ortaklığın muaccel borçlarından doğan müteselsil sorumluluktan kurtararak, ortak sıfatının sona erdiği tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı ödenmesi gereken tasfiye payını ödemekle yükümlüdürler. Ortaklığın henüz muaccel olmayan borçları için diğer ortaklar, çıkan veya çıkarılan ortağı borçtan kurtarmak yerine, kendisine bir güvence verebilirler. Çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payı, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, mali işlerde uzman bir kişiye hesaplattırılır. Tarafların uzman kişi üzerinde anlaşamamaları durumunda bu kişi, hâkim tarafından atanır.”* biçimindedir. Yargıtay bir kararında adi ortaklıktan ayrılan ortağın ayrılmadan önceki işçilerin fazla çalışma ücreti ve kıdem tazminatından sorumlu olacağını, ancak ayrıldıktan sonraki sürede ödenmeyen fazla çalışma ücreti ve kıdem tazminatının o döneme denk gelen kısmından ve ihbar tazminatından sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir⁷⁷⁵.

Öğretide işçiler bakımından söz konusu olan müteselsil sorumluluğun giderlere katılma bakımından ortakların kendi arasında bir müteselsil sorumluluk oluşturmadığı haklı olarak belirtilmektedir⁷⁷⁶. Yargıtay da bir kararında⁷⁷⁷ *“...adi ortaklıkta ortakların müteselsilen sorumluluğu ortakların 3. kişiye olan borçlarında söz konusudur. Ortaklar, birbirlerine karşı payları oranında zarar ve masrafa katılmakla sorumludurlar. Ortaklık sözleşmesinde de davacıya karşı diğer ortakların müteselsilen sorumlu olduklarına ilişkin bir hüküm yoktur”* ifadeleri ile ortakların iç ilişkilerinde payları oranında sorumlu olduğu, sözleşme ile kararlaştırmadıkça müteselsil sorumlu olmadığı görüşüne yer vermiştir. Bu durumda birlikte işverenlerden biri ücreti ödediğinde işveren diğer işverene payı oranında rücu edecektir.

⁷⁷⁴ Şener, s.423-424. Y.9.HD. 8.4.1980, E.1980/3649, K.1980/3335. www.lexpera.com.tr

⁷⁷⁵ Şener, s.392,393. Y.9.HD. 2.7.1997, E. 1997/10351, K.1997/13379. www.kazanci.com

⁷⁷⁶ Şener, s.345.

⁷⁷⁷ Y.13.HD. 15.6.1987, E.1987/3113, K.1987/3558. (Yayımlanmamıştır.)

Adi ortaklığın işveren/birlikte işveren niteliğinin çözümlenmesinin ardından, adi ortaklığın işveren niteliği ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken son bir mesele de işçi çalıştırma amaçlı adi ortaklık kurulup kurulamayacağıdır. Bu konunun önemi böyle bir durumda birlikte işverenliğin net ve sorunsuz bir biçimde uygulama alanı bulmasındadır. Söz gelimi bir handa çalışan çok sayıda işletmenin bu handa çaycı çalıştırmak konusunda birleşmesi durumunda aralarında bir adi ortaklık kurulmuş olacak mıdır? Bu örnekte adi ortaklığın, kişi unsuru ve sözleşme unsuru tartışmasız sağlanmaktadır. Ortak amaç işçi çalıştırmaktır. Ortak amaç uğruna birlikte çaba unsuru da sağlanır. Zira sürekli bir borç ilişkisinin (iş sözleşmesi) tarafı olunmaktadır. Burada tartışılacak tek konu adi ortaklığın kazanç paylaşma amacı ile kurulmasıdır. Kaldı ki yukarıda izah edildiği üzere öğretide adi ortaklığın kazanç paylaşma amacı dışında da kurulabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır. Ancak tartışılacak olan, bizim de katıldığımız çoğunluk görüşü uygun olarak işçi çalıştırma ortak amacının kazanç paylaşmayı kapsayıp kapsamadığı sorusudur.

Birden fazla kişi bir araya gelip işçi çalıştırdıklarında işçinin ücreti ve sosyal güvenlik primlerini de birlikte ödemek durumundadırlar. Böylece kendi başlarına işçi çalıştırsalardı ödeyecekleri miktardan çok daha az bir miktar ödemek suretiyle giderlere katılırlar. İşte bu halde kendi malvarlıklarından çıkacak bir eksilmenin çıkmaması suretiyle kazanç elde etmiş olurlar. Kazanç sağlanması amacı da gerçekleştiğinden işçi çalıştırmak için bir araya gelen kişilerin bir adi ortaklık oluşturduğu sonucuna varılır. Vardığımız bu sonuç Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Açıkça bu şekilde belirtilmese de Yargıtay⁷⁷⁸, “*Bu gibi bir ilişkide, işçi iş görme edimini birlikte istihdam eden şirketlere karşı yerine getirdiğinden feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı birlikte istihdam eden şirketlerin oluşturdukları adi ortaklığın durumuna göre değerlendirme yapılmalıdır.*” demek suretiyle birlikte işverenlerin bir adi ortaklık oluşturduğunu ifade etmektedir. Yine Yargıtay bir başka kararında⁷⁷⁹ “*Davacı, kayıt üzerinde, Kantar Ltd. Şirketi işçisi görünmesine rağmen, diğer işçiler gibi davalıya ait işyerinde çalıştığını ve davalı işveren işçisi olduğunu savunmuştur. Ticaret Sicil Kayıtlarına göre, davalı işveren ile davacının kayıt üzerinde görüldüğü dava dışı Kantar Deri Tekstil ve Konf. San.Tic. Ltd. Şirketinin ortakları, faaliyet alanları ve adresleri aynıdır. Davacının iş sözleşmesinin feshine konu olan olay, davalı işverence diğer kendi çalışanlarının iş sözleşmesinin feshinde kullanılan*

⁷⁷⁸ Y.9.HD. 12.7.2010, E. 2010/23723, K. 2010/22924. www.kazanci.com

⁷⁷⁹ Y.9.HD. 20.3.2006, E. 2006/3279, K. 2006/7010. www.kazanci.com

olgu ile aynıdır. Belirtilen bu somut tespitlere göre, işyerinde “birlikte istihdam” olgusunun olduğu ve davalılar arasında adi ortaklık bulunduğu anlaşılmaktadır.” ifadeleri ile birden fazla şirketin işçi çalıştırmak amaçlı adi ortaklık oluşturabileceklerini örtülü bir biçimde kabul etmiştir. O halde bu durumda, işçi istihdam eden birden fazla şirketin işçi istihdam etmek bakımından bir adi ortaklık oluşturmaları mümkündür.

1.5. Adi Ortaklığa Dayalı Ortaklık Modelleri

1.5.1. Genel Olarak

TBK’ nın 620. maddesi; *“Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır.”* hükmünü haizdir. Kartel, konzern, konsorsiyum, joint venture gibi ilişkilerin adi ortaklık olarak nitelendirilebildiği durumlarda bunlara adi ortaklığa ilişkin düzenlemeler uygulanmaktadır⁷⁸⁰. Adi ortaklık çok geniş bir yelpazede uygulama alanı bulmaktadır.

Örneğin, yarıcılık sözleşmesinde de taraflardan birinin emeğini ortaya koyduğu bir adi ortaklık vardır⁷⁸¹. Yahut iki arkadaş kullanmak üzere bir otomobil satın almak üzere anlaşsa aralarında bir adi ortaklık kurulmuş olur⁷⁸². O halde iki arkadaş bir taksi satın alsa ve şoför çalıştırsalar yine aralarında bir adi ortaklık kurulur ve şoför bakımından birlikte işveren olurlar.

Öğretide, iki muhasebecinin aynı büroda ve aynı personelle çalıştığını, giderlere ortak katıldıklarını, personele karşı birlikte işveren sıfatını üstlendiklerini, fakat ikisinin de kendi müşterilerinin olduğunu düşündüğümüz örnekte, bir adi ortaklık ilişkisinin söz konusu olduğu; ancak aynı büroda çalışma ve sadece büronun basit işletme giderlerini yarı yarıya ödeme konusunda anlaşmalarında bir adi ortaklık ilişkisinin söz konusu olmadığı belirtilmektedir. Alman hukukunda bunu anlatmak için kullanılan teknik ifade *bürogemeinschaft*’ tır⁷⁸³.

⁷⁸⁰ Şener, s.145.

⁷⁸¹ Erdenk, s.218.

⁷⁸² Barlas, s.104.

⁷⁸³ Barlas, s.105, dn. 258-259.

Mesleklerini aynı büroda icra eden muhasebeci, mali müşavir, hekimler arasında adi ortaklık ilişkisinin unsurlarını taşıması şartıyla adi ortaklık kurulabilecektir⁷⁸⁴. Bu konuda Alman hukukundaki uygulama adi ortaklıktakine benzer bir biçimde kanuni düzenleme(PartGG) altına alınmıştır. Buna göre meslektaş ortaklıklarının hak ve taraf ehliyeti mevcut olup, tüzel kişilikleri yoktur⁷⁸⁵. Belirtilmelidir ki Türk hukukunda meslek ortaklıklarından avukatlık ortaklığı, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunla değişik 44. maddesinde “... aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın... mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişiliktir.”⁷⁸⁶ şeklinde tanımlanmıştır. O halde iki avukat birleşip bir büro açtıklarında adi ortaklık olmayacaktır. Tüzel kişiliğe sahip bir ortaklık meydana gelecektir⁷⁸⁷. Bu ayrıntı çok önemlidir. Zira ortada tüzel kişiliğe sahip tek bir işveren vardır. Bu durumda iki avukatın bir büro açıp sekreter çalıştırması örneğinde avukatlar birlikte işveren olamayacaklardır.

Alman hukukunda bu örnekler dışında, ekonomi denetçileri ortaklığı, inşaat ortaklığı, ihale ortaklığı, konsorsiyum, holding şirketi, kartel, yapı iş ortaklığı, bir evde birlikte oturma, birden çok kiracının ortak kalorifer yakıtı temin etmelerine yönelik ortak girişim, birden çok müzisyenin birlikte seri konserler vermek üzere oluşturdukları ortaklık, bir arkadaş grubunun ortak bot alıp kullanmaları örneklerinin tamamında adi ortaklığın söz konusu olduğu belirtilmektedir⁷⁸⁸.

1.5.2. İç Ortaklık

Adi ortaklığa dayalı ortaklık modellerinden biri olan iç ortaklık; ortakların dışarıya karşı bir ortaklık ilişkisinin tarafı olarak ortaya çıkmadıkları, işlemlerin bir ortak veya üçüncü kişi tarafından kendi adına ortaklar hesabına sonuç doğuracak biçimde yani zorunlu olarak dolaylı temsille gerçekleştirildiği, alt katılım ortaklığı ve gizli ortaklık türlerinden oluşan bir ortaklık biçimidir⁷⁸⁹.

⁷⁸⁴ Barlas, s.104.

⁷⁸⁵ Pulaşlı, Adi Ortaklık, s.126.

⁷⁸⁶ Aynı konuda bkz. TBB Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği

⁷⁸⁷ Barlas, s.104-105, dn.254a ve 257. Ancak yazar, adi ortaklığa ilişkin hükümlerin bünyelerine uygun düştüğü ölçüde avukatlık ortaklıklarına da uygulanabileceği görüşündedir.

⁷⁸⁸ Pulaşlı, Adi Ortaklık, s.137-138.

⁷⁸⁹ Barlas, s.128. BİLGİLİ Fatih; İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara 2003, s.19. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.41, N.72.

Gizli ortaklık “gizli ortağın aralarındaki sözleşmeye dayanarak aktif ortağın yürüttüğü bir işletme faaliyetine kara ve zarara katılmak suretiyle iştirak ettiği, gizli ortağın koyduğu katılma payının aktif ortağın malvarlığına geçtiği ve gizli ortağın iç ilişkide belli ölçüde yönetime katılma ve denetleme haklarına sahip olduğu, *affectio societatis* temelinde birlikte yürütülen bu işletme faaliyeti bakımından üçüncü kişilerle yalnızca aktif ortağın işlem yapmaya yetkili olduğu ve bundan mesul tutulabildiği bir adi ortaklıktır.”⁷⁹⁰ biçiminde tanımlanmaktadır.

Gizli ortaklıkta gizli ortak işlemde kaynaklanan hak ve borçlara taraf olmadığından, dışa karşı sadece aktif ortağın borcu bulunmakta ve yönetimde söz sahibi olsa dahi gizli ortağı sorumlu tutmak mümkün olmamaktadır⁷⁹¹. Esasında gizli ortaklığı yönetim yetkisi de aktif ortaktır ve aksi kararlaştırılmadıkça gizli ortağın rızasını almak zorunda değildir. Aksinin kararlaştırıldığı durumda ise bu yalnızca iç ilişki bakımından önem arz eder⁷⁹². Gizli ortağın iç ilişkideki sorumluluğu ise katılma payı ile sınırlıdır⁷⁹³. Dış ilişkide yine gizli ortak sorumlu tutulamaz⁷⁹⁴. Üçüncü kişiler gizli ortaklık ilişkisini bilseler ve ispat etseler dahi gizli ortağa başvuramazlar⁷⁹⁵.

Gizli ortak olmak ortak amacın gerçekleşmesi uğruna çaba harcama unsurunu ortadan kaldırmamaktadır⁷⁹⁶. Sözgelimi gizli ortaklık bir ticari işletme işletmek amacıyla kurulmuş ise gizli ortak da kâra-zarara katılacaktır ancak tacir sıfatını taşımayacaktır⁷⁹⁷. Bu noktada konumuz bağlamında önem arz eden husus işveren sıfatını kimin taşıyacağı ve burada birlikte işverenliğin doğup doğmayacağıdır. Bir gizli ortaklıkta işçi çalıştırıldığında işveren sıfatı aktif ortağa ait olacak ve birlikte işverenlik doğmayacaktır. Çünkü gizli ortak işçiye emir ve talimat vermemektedir. İşveren sıfatına ilişkin davranışları sergileyen aktif ortak olduğu için işveren de aktif ortak olacaktır. Dolayısıyla adi ortaklıkta kural olarak birlikte işverenlik olsa da, adi ortaklık türlerinden gizli ortaklıkta birlikte işverenlik durumu yoktur. Ortaklığın kâr ve zararına birlikte katlansalar dahi yönetim hakkı kimdeyse işveren de odur. Gizli ortak yönetim hakkını kullanmadığından işveren niteliğini de taşımayacaktır.

⁷⁹⁰ Bilgili, s.20.

⁷⁹¹ Barlas, s.196. Şener, s.146. Bilgili, s.164. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.42-43, N.72a. Bahtiyar, s.27. Bilgili/Demirkapı, s.27.

⁷⁹² Barlas, s.197. Şener, s.147. Bilgili, s.121.

⁷⁹³ Bilgili, s. 41.

⁷⁹⁴ Barlas, s.197. Şener, s.147. Bilgili, s.121.

⁷⁹⁵ Şener, s.147. Bilgili/Demirkapı, s.27.

⁷⁹⁶ Şener, s.146.

⁷⁹⁷ Şener, s.147.

İşletme çalışanlarının gizli ortak olarak işletmeye katılması da çok sık görülen bir durumdur⁷⁹⁸. Burada yine işçi ve işveren sıfatının birleşip birleşmeyeceği bir soru olarak akla gelebilir. Ancak burada işçi ve işveren sıfatları birleşmemektedir. Zira tek işveren aktif ortaktır.

1.5.3. Çifte Ortaklık

Çifte ortaklık; “iki veya daha fazla kişinin iki ayrı şirket kurmaları ve bu şirketlerin, biri diğerinin bağımlı yöneticisi olarak faaliyet gösterecek şekilde bir ekonomik birlik halinde kaynaşmaları durumu”dur⁷⁹⁹. Burada önce adi ortaklık biçiminde bir temel şirket kurulur. Ancak bu şirket hak süjesi olmadığından onun yönetici organı fonksiyonunu üstlenecek bir organ şirket daha kurulur. Temel şirketle tüzel kişiliğe sahip organ şirket ortakları genelde aynı kişilerden oluşur.

Organ şirketin borçlarından dolayı temel şirketin ortaklarının da sorumlu olduğu, zira iki şirket arasında sıkı bir yapısal bağıllık mevcutsa, birinin borcundan diğerinin sırf bağımsız bir tüzel kişilik diye sorumlu tutulmamasının dürüstlük kuralına aykırı olacağı öğretide savunulmaktadır⁸⁰⁰. Burada anonim şirketin ancak ekonomik bir amacı yerine getirmek üzere kurulabileceği, adi ortaklığın organı şeklinde faaliyet göstermek amacıyla kurulamayacağı ileri sürülse de⁸⁰¹, aksi görüş olarak bunun da geniş anlamda bir ekonomik amaç olduğu ve mümkün olduğu belirtilmektedir⁸⁰². Yargıtay kararları da ikinci görüşü destekler niteliktedir. Çifte ortaklık niteliği kararlarda tartışılmasa da, özellikleri sıralanmakta, organik bağ kavramından ve aynı ortaklardan oluştuğundan bahsedilmekte, bu şirketler arasında birlikte istihdam tartışılmakta ve birlikte sorumluluk tesis edilmektedir⁸⁰³.

⁷⁹⁸ Bilgili, s.34.

⁷⁹⁹ Barlas s.141-142’den naklen. KAPLAN İbrahim; İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı –Joint Venture- 3. Baskı, Ankara 2013, s.38.

⁸⁰⁰ Barlas, s.144, dn. 46 da gösterilen yazarlar.

⁸⁰¹ TEKİNALP Gülören/ TEKİNALP Ünal; Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, 143-176, s.171.

⁸⁰² Barlas, s.145.

⁸⁰³ Bkz. 2. Bölüm 1.2.

1.5.4. Eşdüzey Akdi Konzern

Konzern, Alman hukukunda sıklıkla karşımıza çıkan, hukuken bağımsızlıklarını koruyan fakat ekonomik karar verme özgürlüğünü, yöneten şirketin talimatlarına hasreden teşebbüslerin, ortak bir yönetme ve yönlendirme gücü altında birleştiği ünedir⁸⁰⁴. Burada yukarıdan aşağıya doğru bir hâkimiyet ilişkisi bulunmaktadır⁸⁰⁵. Hâkim şirket bağımlı şirketi fiilen sevk ve idare eden konumdadır. Ancak sadece hâkim etkiyi fiilen uygulayabilme imkânının bulunması yetmez, muhakkak fiilen sevk ve idare etmesi gerekir⁸⁰⁶. Yönetme gücünün kapsamının ne ölçüde olabileceği öğretilerde tartışılmaktadır. Bu konudaki geniş anlayışa göre işletme politikasına aktif müdahale edilen pek çok etki kapsama girecektir⁸⁰⁷. Buna örnek olarak da personel politikasına ilişkin kararların alınması konusunda hâkim şirketin bağımlı şirkete aktif müdahale ettiği durumlar gösterilebilir⁸⁰⁸. Kararlar hâkim şirket tarafından verilmekle birlikte, hukuki bağımsızlığını koruyan bağımlı şirketlerin üzerinden sorumluluk kalkmamaktadır⁸⁰⁹.

Konzernleşmenin pek çok ekonomik avantajı bulunmaktadır. Gerek uluslararası kotalardan kurtulmak, gerek vergi imtiyazları, gerekse piyasa esnekliği bakımından çoğunlukla bağımlı şirket aracılığıyla faaliyet göstermek şube kurmaktan daha avantajlı olabilmektedir⁸¹⁰. Bu sayede bir ürünün üretimi için ar-ge bakımından eğitim seviyesinin yüksek olduğu, üretim safhasında emeğin ucuz olduğu, yönetim bakımından siyasi istikrarın olduğu ülkeler seçilebilmektedir⁸¹¹.

Alman hukukunda Konzern, AktG §18 de düzenlenmiştir⁸¹², İsviçre hukukunda ise OR Art. 663e/Abs.1’de bir tanım yer almaktadır. Buna göre; ortaklığın oy çoğunluğu veya başka suretle bir veya birkaç şirketi ortak bir yönetim altında toplaması hali konzerndir⁸¹³. Konzern bakımından hukukumuzda önem arz eden düzenleme TTK’nın 195-209. maddeleri arasında yer alan şirketler topluluğudur.

⁸⁰⁴ Barlas, s.228. Türk doktrininde farklı tanımlar için bkz. Boyacıoğlu, s.121, dn.34.

⁸⁰⁵ Boyacıoğlu, s.23.

⁸⁰⁶ Boyacıoğlu, s.118.

⁸⁰⁷ Boyacıoğlu, s.164.

⁸⁰⁸ Boyacıoğlu, s.165.

⁸⁰⁹ Boyacıoğlu, s.37.

⁸¹⁰ Boyacıoğlu, s.32-33.

⁸¹¹ Boyacıoğlu, s.33.

⁸¹² Barlas, s.232.

⁸¹³ Barlas, s.233.

Konzern çeşitli türlerden oluşmaktadır. Bu türlerden yalnızca eşdüzey akdi konzernlerde adi ortaklık niteliği bulunmaktadır⁸¹⁴. Eşdüzey akdi konzernlerde herhangi bir bağıllık ilişkisi olmaksızın iki birimin bir sözleşme ile şirketler topluluğu oluşturması söz konusudur⁸¹⁵. Bunlar açısından konzern dâhil teşebbüslerin müteselsil sorumlulukları ancak yönetim organına özel olarak temsil yetkisinin de tanındığı hallerde bulunmaktadır⁸¹⁶.

Konzern kavramı ana yavru şirketten de holdingten de farklı bir kavramdır. Konzernler hâkimiyet ilişkisi bakımından ana yavru şirketlerden çok daha geniş bir anlam taşırlar. Kronolojik olarak da aralarında farklar vardır. Yavru şirket ana şirketten sonra kurulan bir şirkettir. Ama konzernlerde ana şirketten daha sonra kurulan bir şirket de bağlı şirketler üzerinde hâkimiyet kurabilir⁸¹⁷. Türk hukukunda konzern Alman hukukundaki düzenlemelerden farklı bir biçimde kanunlaştırılmıştır⁸¹⁸. Konu şirket toplulukları incelenirken ayrıntılı bir biçimde izah edileceğinden burada tekrardan kaçınılmıştır.

1.5.5. Konsorsiyum

Konsorsiyum, kişilerin belli işleri birlikte yapmak amacıyla bir araya gelmeleri ve her birinin diğerinden bağımsız olarak işin yalnızca bir kısmının ifasını üstlendiği bir ilişkidir⁸¹⁹. Konsorsiyumun en önemli niteliği konsorsiyuma katılan her ortağın yalnızca kendi üstlendiği iş kısmı ile ilgili sorumluluk altında olması, müteselsil sorumluluğun sözleşmeyle ortadan kaldırılmış olmasıdır. Bu özelliği dışında konsorsiyum bir adi ortaklık ilişkisidir⁸²⁰. Ancak konsorsiyumun amacı geçici bir mahiyet arz etmektedir⁸²¹.

Bu konuda mevzuatımızdaki düzenleme 1 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği 2.5.2 no.lu düzenlemesidir. Bu hüküm “...her ortağın işin belli bir bölümünün yapımını

⁸¹⁴ Barlas, s.241. Boyacıoğlu, s.195.

⁸¹⁵ GÖKTÜRK Kürşat; Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Ankara 2015, s.23.

⁸¹⁶ Barlas, s.243.

⁸¹⁷ Boyacıoğlu, s.24.

⁸¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Göktürk, s.31 vd.

⁸¹⁹ Bahtiyar, s.25. Kaplan, s.37. Tekinalp/Tekinalp, s.162.

⁸²⁰ Barlas, s.249 ve 258. Boyacıoğlu, s.193 vd. Tekinalp/Tekinalp, s.163. YILMAZ Lerzan; Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, Mahmut R. Belik'e Armağan, İstanbul 1993, 475-492. (Joint Venture), s.481. Y.15.HD. 13.6.2006, E. 2006/2404, K. 2006/4411 : “Konsorsiyumu tenkil eden bu şirketler arasındaki ilişki ise BK.nun 520 vd. maddelerinde tarifi yapılan adi ortaklıktan ibarettir.” www.kazanci.com

⁸²¹ Barlas, s.247.

yüklendiği konsorsiyumlar iş ortaklığı tanımı dışında kalmaktadır. Bu tür ortaklıklarda (konsorsiyum) her bir ortağın yapacağı işin yüklenim sözleşmesinde açıkça belirtilmesi zorunludur. Ancak, yüklenim sözleşmesinde belirtilmemekle beraber, ortakların kendi aralarında yapacakları sözleşme ile her bir ortağın yükleneceği işin belirlenmesi ve işveren idarece de bu sözleşmenin kabulü halinde, bu tür ortaklıklar da "konsorsiyum" olarak kabul edilecektir." şeklinde ayrıntılı bir açıklama içermektedir. Sözgelimi, bir metro inşaatının yapımını üstlenen ve bir konsorsiyum oluşturan üç şirketten biri yer altı inşaatı, biri toprakaltı izolasyonu ve diğeri de raylı sistem yapımını üstlendiğinde her biri yalnızca kendi üstlendiği kısımdan sorumlu olacaktır⁸²².

Konu bir Danıştay kararında⁸²³ "...davacı ile Limited Şirketin; PTT Genel Müdürlüğü tarafından ihale edilen telekomünikasyon şebeke hattını, müştereken, belli sürede yapmak ve kazancını paylaşmak üzere bir ortaklık oluşturduklarının anlaşıldığı, taahhüt sözleşmesini müteahhit firma olarak birlikte imzaladıkları, ancak ortaklık sözleşmesinde, işin sanat yapıları kısmının davacı, teknolojik işler kısmının ise Limited Şirketi tarafından yapılacağına karara bağlandığı, bu durumda, işin ortaklar arasında paylaşılmış olması sebebiyle bu ortaklığın iş ortaklığı değil konsorsiyum niteliğinde olduğunun kabulü gerektiği" sonucuna varılarak işin ortaklar arasında sanat ve teknolojik işler olarak paylaşılması hasebiyle konsorsiyum olduğu yönünde hükme bağlanmıştır.

Birlikte işverenlik bakımından tartışılabilir olan husus konsorsiyumda müteselsil sorumluluğun olmayışının işçi alacakları bakımından da söz konusu olup olmadığıdır. Konsorsiyumda her bir ortak işin bir kısmından sorumludur. Her ortağın kendi işçileri vardır. Kendi işçileri bakımından da her ortak yalnızca kendisi sorumludur. Ancak konsorsiyumu oluşturan ortakların birleşerek işçi çalıştırdıkları durumda; örneğin bütün ortakların bu konsorsiyumu oluşturmaya sebep metro inşaatının bitimine kadar, konsorsiyumla ilgili görüşmeleri yapmak için bir sekreter işe almaları durumunda bu sekreter bakımından birlikte işveren olacaklardır. Konsorsiyumda işin alınması (örnekte metro inşaatı ihalesi), bu iş için bir araya gelmesi ayrı hususlar iken, bu işte faaliyet gösteren işçi çalıştırılması tamamen ayrı bir husustur. Hatta konsorsiyumu oluşturan ortakların işçi çalıştırmak bakımından aralarında ayrı bir adi ortaklık olduğu söylenecektir. Bu nedenle konsorsiyumda müteselsil sorumluluğun bulunmayışı yalnızca

⁸²² Bahtiyar, s.25

⁸²³ Danıştay 4. Daire, 30.11.2000, E. 1999/3414, K. 2000/4998. www.kazanci.com

ortakların üstlendikleri işler bakımındandır. Değilse ortak çalıştırdıkları işçi bakımından müteselsil sorumlulukları ortadan kalkmaz. Zira bu yapılan işten ayrı bir konudur.

Yargıtay ise konu ile ilgili bir kararında konsorsiyum ortaklarından birinin alt işverenin işçilerinin işçilik alacaklarından diğer konsorsiyum ortağını da, özellikle konsorsiyum lideri olması dolayısıyla müteselsilen sorumlu tutmuş ve asıl işveren kılmıştır. Bu kararında Yargıtay⁸²⁴ “*Davacı davalılar .. (Türkiye Şubesi) ve ... A.Ş. firmasının da ortağı olduğu konsorsiyumun (ortak girişimin) yapımını üstlendiği baraj işyerinde çalışmıştır. Sosyal Güvenlik Kurumu belgelerinde işveren olarak ortak girişime dâhil .. (Türkiye Şubesi) şirketinin alt işvereni olan davalı H. E. gösterilmiş olması ortak girişimde yer alan şirketlerin davacının işçilik alacaklarına karşı sorumluluğunu kaldırmaz. Somut olayda taraflardan konsorsiyum ortakları .. A.Ş. ile ... (Türkiye Şubesi) şirketi asıl işveren olarak diğer davalı ise alt işveren olarak davacıya karşı müteselsilen sorumludur. Mahkemece bu yön dikkate alınarak aynı zamanda konsorsiyum lideri konumunda olduğu dosya içeriğinden anlaşılan davalı ... A.Ş. şirketinin de müteselsil sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile anılan davalı hakkında açılan davanın husumetten reddine karar verilmesi hatalı olup bozulması gerekmiştir.*” ifadelerine yer vermiştir. Burada bizim kabul ettiğimizden daha farklı bir esas benimseyen Yargıtay yalnızca birlikte işveren olunan işçiler bakımından değil, bütün işçiler bakımından müteselsil sorumluluğu kabul etmiş gözükmektedir. İşçiler bakımından daha lehe bir sonuç doğsa da, işveren yetkilerini kullanmayan diğer konsorsiyum ortağının birlikte işveren sayılması kanaatimizce teknik bakımdan hukuka uygun değildir. Zira Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’nin 27. maddesinin 4. fıkrası da “*ihale yoluyla yapılan işlerin konsorsiyum şeklinde üstlenilmesi hâlinde, konsorsiyumu oluşturan üstlenicilerin her birine müstakilen istihkak ödenmesi ve bu üstleniciler tarafından idareye ayrı ayrı teminat verilmiş olması kaydıyla üstlenicilerin her birine, verecekleri işyeri bildirelerine istinaden Kurumca ayrı ayrı sicil numarası verilebilir.*” şeklindedir. Kanımızca bu hüküm de esasında her bir konsorsiyum ortağının ayrı ayrı çalıştırdığı işçilerden ayrı ayrı sorumlu olması gerektiğine işaret etmektedir. Ancak işçinin ortaklar bakımından birlikte çalıştırılması hali müstesnadır.

⁸²⁴ Y.22.HD. 08.05.2012, E.2012/5376, K.2012/9232. www.lexpera.com.tr

1.5.6. Joint Venture

Joint venture, hukuken ve ekonomik yönden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya kurmayarak kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve işin tamamından müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri anlamına gelir⁸²⁵. Konsorsiyum konusunda verilen örnekten hareketle bir metro inşaatı işinin tamamını yapmak konusunda anlaşan üç şirketin müteselsil sorumluluk üstlenerek ihaleyi kazanmaları durumunda bir joint venture söz konusu olacaktır.

Joint venture'lar çeşitli şekillerde kurulabilir. Ancak iki yöntemle daha sık karşılaşılmaktadır. Buna göre joint venture, sözleşmeye dayalı ve sermayeye katılmalı olarak ikiye ayrılmaktadır⁸²⁶. Sözleşmeye dayalı joint venture bir adi ortaklık ilişkisi yaratır ve tüzel kişiliği bulunmaz⁸²⁷. Bu tipte kurucu şirketler bir sözleşme ile adi ortaklık niteliği taşıyan bir joint venture ilişkisi kurar⁸²⁸. Konsorsiyum ile sözleşmeye dayalı joint venture'nın farkı, ortakların her birinin işlemin sonucundan müteselsil olarak sorumlu olmasında görülür⁸²⁹. Sözleşmeye dayalı joint venture'nın en önemli özelliği tek iş için kurulmasıdır. Sözgelimi bir Japon inşaat firması ile Türk inşaat firmasının sadece bir köprü inşası için kurdukları joint venture sözleşmeye dayalı joint venture olacaktır⁸³⁰.

Sermayeye katılmalı joint venture ise adi ortaklık veya ticaret ortaklığı şeklinde yapılabilir. Ancak adi ortaklık olarak yapılması istisnaidir ve genel olarak yapı ticaret ortaklığı şeklindedir⁸³¹. Burada kurucu şirket pay sahipleri, anonim şirket şeklinde örgütlenmiş müşterek bir holding kurar ve paylarını bu şirkete aynı sermaye olarak getirir, bu şirkete iştirak ederler. Bu durumda joint venture hâkim şirket olarak ortaya çıkar⁸³². Sermayeye katılmalı joint venture ise ticaret ortaklığı şeklinde kurulduğu için birlikte işveren olarak görülmeleri de mümkün değildir. Tek işveren, ticaret ortaklığıdır.

⁸²⁵ Barlas, s.262-263. Boyacıoğlu, s.234. Kaplan, s.24. Bahtiyar, s.25. Bilgili/Demirkapı, s.27. DAYINLARLI Kemal; Joint Venture Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 1999, s.54-55. Tekinalp/Tekinalp, s.153.

⁸²⁶ Barlas, s.269. Kaplan, s.21. Yılmaz, Joint Venture, s.476.

⁸²⁷ Barlas, s.270. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.14, N.19b. Kaplan, s.24. Tekinalp/Tekinalp, s.157.

⁸²⁸ Boyacıoğlu, s.238.

⁸²⁹ Barlas, s.270. Kaplan, s.37.

⁸³⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.14, N.19b.

⁸³¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.14, N.19b. Tekinalp/Tekinalp, s.166.

⁸³² Boyacıoğlu, s.238. Yılmaz, Joint Venture, s.490. Başka bir örnek için bkz. Dayınlarlı, s.63.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan iş ortaklıkları ise sözleşmeye dayalı joint venture'in bir türüdür⁸³³. İş ortaklıkları konusunda mevzuatımızdaki düzenleme 1 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinde 2.5. numaralı hükümde yer almaktadır. Ancak bu sadece vergi mevzuatı bağlamında bir tanımdır. Burada yer alan unsurlara sahip olmasa dahi borçlar hukuku anlamında bir iş ortaklığı söz konusu olabilir⁸³⁴. İlgili hüküm; *“Kurumlar Vergisi Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasında iş ortaklıkları, aynı maddenin diğer fıkralarında yazılı kurumların kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler şeklinde tanımlanmıştır. İş ortaklıkları kazanç paylaşımı amacıyla kurulan ortaklıklar olup ortaklar, belli bir işin birlikte yapılmasını yüklenmektedirler. Şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerin Kanunun 2 nci maddesinde sayılanlarla veya Kanunun 2 nci maddesinde sayılanların kendi aralarında oluşturdukları adi ortaklıklar hakkında, istenilmesi halinde iş ortaklığı olarak kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis ettirilebilecektir. Bu durumda, mükelleflerce talep edilmesi halinde tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın iş ortaklıkları, kurumlar vergisi mükellefi olabileceklerdir.*

2.5.2. Unsurları: Kurulacak olan iş ortaklığının kurumlar vergisi mükellefi sayılabilmesi için en az aşağıdaki unsurları taşıması gerekir. – Ortaklardan en az birisinin kurumlar vergisi mükellefi olması, – Ortaklığın belli bir işi sonuçlandırmak üzere yazılı bir sözleşmeyle kurulması, – İş ortaklığı konusunun belli bir iş olması, – Birlikte yapılacak olan işin belli bir süre içinde gerçekleştirilmesinin öngörülmesi, – İş ortaklığı ile işveren arasında bir yüklenim sözleşmesinin olması, – Tarafların, müştereken yüklenilen işin belli bir veya birden fazla bölümünden değil, tamamından işverene karşı sorumlu olmaları, – İşin bitiminde kazancın paylaşılması, – Birlikte yapılması öngörülen ve müştereken yüklenilen işin bitimi ve Vergi Usul Kanununda belirtilen mükellefiyetle ilgili ödevlerin tamamının yerine getirilmesiyle mükellefiyetin sona ermesi.” *“İş ortaklığı, devamlılık gösteren ve aynı nitelikte olan iş veya işler için değil, belirli bir sürede bitecek bir iş için kurulacak ve tam mükellefiyete tabi olacaktır. Yukarıda sayılan unsurları taşımak kaydıyla, iş ortaklıkları her türlü iş için kurulabilecektir.”* biçiminde ayrıntılı bir şekilde iş ortaklığını unsurları ile beraber açıklamaktadır.

⁸³³ Tekinalp/Tekinalp, s.157. Yılmaz, Joint Venture, s.483.

⁸³⁴ Barlas, s.280. Dayınlarlı, s.228.

İş ortaklığı ve konsorsiyumu içeren bir üst başlık olarak ortak girişimler⁸³⁵ 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 14. maddesinde de şu şekilde izah edilmiştir: “*Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler. İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir. İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir. İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları, konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir.*”

Joint venture ortaklarının getirdikleri katkılardan biri olan personel, konumuz bakımından önem arz etmektedir. Ortaklar kendi işçilerini joint venture’a tahsis ederler⁸³⁶. İşçilerin iş ilişkisi herhangi bir değişikliğe maruz kalmadan devam eder ve joint venture’ın işi bitince bağlı oldukları ortaklıktaki işlerine dönerler. Ayrıca joint venture’lar bu işçiler dışında da işçi çalıştırabilirler⁸³⁷. Bu nedenle sözleşmeye dayalı joint venture ortakları arasında birlikte işverenlik durumu doğar. Joint venture da her iki işverenin hizmet vermek için çalışan işçilerini ve bu hizmete kullandıkları araçları birleştirdiği, bu birleştirme ve ortak girişimin, işçilerin sözleşmenin tarafı olan işverenlerinin işveren sıfatını ortadan kaldırmadığı yönünde Yargıtay da hüküm tesis etmektedir⁸³⁸. Bu konudaki bir kararında⁸³⁹ Yargıtay “*ortak girişim iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklık türü olup, bu ortaklığın tek başına tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ortak girişim halinde, ortak girişimi oluşturan gerçek veya tüzel*

⁸³⁵ Barlas, s.286.

⁸³⁶ Tekinalp/Tekinalp, s.155.

⁸³⁷ Tekinalp/Tekinalp, s.155.

⁸³⁸ Y.9.HD. 18.12.2006, E. 2006/26361, K. 2006/33191. www.kazanci.com

⁸³⁹ Y.9.HD. 31.5.2010, E. 2010/18401, K. 2010/15139. www.kazanci.com

kişilerin birlikte davada taraf gösterilmeleri gerekir. Davacı işçi, davalı ortak girişimi oluşturan Avrupa Grubu LTD.ŞTİ ile dava dışı Seven A.Ş. işçisi olarak diğer davalı asıl işveren işyerinde, ortak girişimin üstlendiği işte çalışmaktadır. Ortak girişimin tüzel kişiliği olmadığından dava dilekçesinin ortak girişimi oluşturan ve davacının işvereni olan her iki şirkete ayrı ayrı tebliğ edilmesi, taraf teşkilinin sağlanması gerekir. Mahkemece, ortak girişimi oluşturan tek şirket hakkında davanın sonuçlandırılması hatalıdır.” şeklinde vardığı sonuçla joint venture’ın tüzel kişiliğinin bulunmadığını, burada işçi olarak çalışılması durumunda işveren olarak joint venture’ı oluşturan bütün ortaklara karşı dava açılması gerektiğini belirtmiştir. Bu halde joint venture’ı oluşturan ortaklar arasında bir birlikte işverenlik durumu oluşmaktadır.

1.5.7. Kat Malikleri Birliği

Kat malikleri birliğinin tüzel kişiliği bulunmamaktadır⁸⁴⁰. Bunlar kural olarak adi ortaklık da teşkil etmezler. Ancak işçi çalıştırmaları durumunda bir adi ortaklık meydana getirirler. Konu bu nedenle adi ortaklığa dayalı modeller arasında incelenmiştir. Esasında müşterek amaç unsuru gerçekleşmediği için kat malikleri arasında bir adi ortaklık yoktur⁸⁴¹. Ancak bu kat malikleri bir kapıcı istihdam ettiklerinde, aralarında işçi çalıştırmak için bir adi ortaklık kurulmuş olur.

Türk hukukunda kat malikleri birliğinin taraf ehliyeti de yoktur. Bütün maliklerin davalı ve davacı olacağı durumlarda birlikte hareket etmesi gerekmektedir⁸⁴². Ancak Kat Mülkiyeti Kanununun 35. maddesinde yöneticiye “*Kat mülkiyetine ilişkin borç ve yükümlerini yerine getirmeyen kat maliklerine karşı dava ve icra takibi yapılması*” yetkisi tanınmıştır. Genel yönetim işleri dışında da yöneticinin dava takip yetkisinin olması kat malikleri birliğinin temsil yetkisi vermesiyle mümkündür. Yargıtay da bu görüşü kabul etmektedir⁸⁴³. Kararlarında; “*Yönetici yasadandan aldığı temsil yetkisine dayanarak çeşitli sözleşmeler kurulabilir. İşte bu sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda yönetici dava açabileceği gibi, yöneticiye karşı da dava açılabilir. Şu hususta belirtilmelidir ki yönetici vekâletname ile tayin edilen bir vekil gibi değildir. Yasal bir temsilci olup yetkisini*

⁸⁴⁰ Kale, s.187. Yılmaz, s.201.

⁸⁴¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.48, N.77b.

⁸⁴² Kale, s.187. Erişir, s.240.

⁸⁴³ Kale, s.189. Yılmaz, s.201. Bu konudaki farklı kararlar için bkz. Erişir, s.241.

yasadan almaktadır. Bu sıfatla yaptığı sözleşmeden dolayı kendisine husumet yöneltilebilir. Öte yandan kat malikinin veya kat malikleri kurulunun ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunmaması, yöneticinin özel kanundan doğan temsil yetkisini ortadan kaldırmaz. Sonuç olarak denilebilir ki, yöneticinin temsil yetkisine giren işlerden dolayı üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, aktif ve pasif dava ehliyeti bulunmaktadır. Aksinin benimsenmesi durumunda ise, bu kez üçüncü kişilerin yönetici ile sözleşme yapmaktan kaçınacakları ve bundan kat maliklerinin zarar görecekları kuşkusuzdur.”⁸⁴⁴ demek suretiyle yöneticinin yetkisini özel kanundan alan yasal bir temsilci olduğunu, yaptığı sözleşmelerle ilgili aktif ve pasif dava ehliyetinin bulunduğunu izah etmektedir. Her ne kadar davalar yönetici hasım gösterilerek açılabilse de hüküm kat malikleri adına kurulmalıdır⁸⁴⁵.

4857 sayılı İş Kanunu kapsamında “tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların” da işveren olabileceğinden hareketle burada kat malikleri birliğinin işveren/birlikte işveren niteliği tartışılmaktadır. Tıpkı adi ortaklık konusunda olduğu gibi burada da 1475 sayılı Kanun döneminde, her bir kat malikinin konut kapıcı ve kalorifercilerinin işvereni konumunda olmasına rağmen, artık kat malikleri birliğinin işveren olacağını belirten görüşler olduğu gibi⁸⁴⁶, çalıştırdıkları kapıcı, kaloriferci gibi işçiler nedeniyle kat maliklerinin tamamının birlikte işveren olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır⁸⁴⁷. Kanaatimizce adi ortaklık konusunda yapılan açıklamalar kat malikleri birliği için de geçerlidir. Hukuken hak ehliyeti tanımadığımız bir varlığa “işveren” niteliği tanımanın pratikte de bir sonucu değiştirmeyeceğini düşünmekteyiz. Zira her ne kadar kanunen tanınan yetkiyle işçi davasını yöneticiye karşı açabilecekse de, yönetici yalnızca bir temsilci olup, bu taraf teşkili bakımından kolaylık arz etmesi için kabul edilmiş bir düzenlemedir. İşçinin işvereni birlikte işveren olarak yine kat malikleri olacak, işçilik alacaklarından hepsi birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır.

Esasında bu konu tartışmasız bir biçimde Konut Kapıcıları Yönetmeliği’nin 3. maddesinde tanımlanmak suretiyle, görüşümüz doğrultusunda çözülmüştür⁸⁴⁸. İlgili hüküm; “*Konut Kapıcısı : Anataşınmazın bakımı, korunması, küçük çaptaki onarımı, ortak*

⁸⁴⁴ Y.3.HD. 23.2.1999, E. 1999/1422, K. 1999/1660. Aynı yönde site yönetiminin taraf ehliyetini kabul ettiğine ilişkin Y.13.HD. 24.6.2003, E.2003/3973, K.2003/8255. Y.13.HD. 27.4.2009, E.2009/14684, K.2009/5645. www.kazanci.com

⁸⁴⁵ Yılmaz, s.203.

⁸⁴⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.194-195. Yılmaz, s.226.

⁸⁴⁷ Başbuğ, İş Hukuku, s.80.

⁸⁴⁸ Ayrıntılı bilgi ve farklı görüşler için bkz. Yılmaz, s.202 ve 226.

yerlerin ve döşemelerin bakımı, temizliği, bağımsız bölümlerde oturanların çarşı işlerinin görülmesi, güvenliklerinin sağlanması, kaloriferin yakılması ve bahçenin düzenlenmesi ve bakımı ve benzeri hizmetleri gören kişiyi, İşveren: Konutun maliki veya ortaklarını, ... ifade eder.” şeklinde konut kapıcısını ve işvereni tanımlamaktadır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kapıcıların işvereni kat malikleri birliği yahut orada yaşayan malik ve kiracılar değil, birlikte işveren şeklinde bütün kat malikleridir. Nitekim Yargıtay da, mülkiyeti hazineye ait olan askeri lojmanda konut kapıcılığı yapan işçinin işvereninin, konut maliki ve ortakları olduğu, bu nedenle de işçilik alacaklarının işveren olan Milli Savunma Bakanlığında talep edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁸⁴⁹.

1.5.8. Benzer Ortaklıklar

Miras ortaklığı, donatma iştiraki, şirketlerin kurulmadan önceki vaziyeti tüzel kişiliğin söz konusu olmadığı, bu nedenle işçi çalıştırılması durumunda birlikte işverenliğin ortaya çıkacağı diğer haller olarak sayılabilir. Bu konuda birlikte işverenlik doğuracak bir diğer hal ise Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik ile getirilmiştir. İlgili Yönetmeliğin 3. maddesi; “İşverenler, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebilirler.” hükmünü içermektedir. Bu yurt ve odalarda çalışacak personel ise 17. madde ile düzenleme altına alınmıştır. Bu hükümlerle, yönetici, sağlık personeli, kadın çocuk bakıcısı, beslenme ve temizlik personeli çalıştırılması zorunluluğu yanında, işverence gerekli görüldüğü takdirde, sosyal hizmet uzmanı, beslenme uzmanı ve psikolog, Kız Meslek Lisesi Çocuk Gelişimi ve Eğitimi Bölümü mezunlarıyla müzik, güzel sanatlar ve spor dalında ihtisas sahibi elemanlar da çalıştırılabilir. İşverenlerin ortaklaşa kurdukları bu yurt ve odalarda çalıştıracakları işçiler bakımından birlikte işveren olacaklarında kuşku yoktur.

⁸⁴⁹ Y.9.HD. 7.10.2010, E. 2010/37677, K. 2010/27952. www.kazanci.com

2. BAKANLIKLARIN BİRLİKTE İŞVEREN NİTELİĞİ

2.1. Milli Eğitim Bakanlığı

Öğretide kendisine çok sık yer bulan ve Yargıtay'ın emsal içtihadı haline gelmiş MEB- Okul Aile Birliği kararlarında okul aile birliği ile iş sözleşmesi bağtlayan işçinin okulda çalışması söz konusudur. Ancak işçinin MEB ile herhangi bir sözleşmesi yoktur. Yargıtay'ın birlikte işverenlik tesis ederken sözleşmenin tarafı olmayı aramadığı ve artık emsal teşkil etmekte olan okul aile birliği kararlarında sözleşmenin tarafı olmayan, hatta kendi işverenlik statüsünü reddeden, sözleşmenin tarafı olma iradesini açık veya zımni olarak taşımayan ve belki de kendisi sözleşme kurmamak yönündeki iradesi sebebiyle böyle bir yol izleyen MEB birlikte işveren kabul edilmektedir.

Yargıtay'ın bu kararlarında gerekçesi iş görme ediminin her iki işverene birlikte ifa edilmiş olmasıdır. Davacı işçinin çalıştırılması noktasında amaç ve menfaatte birlik görülmektedir. Ancak kararlar, öğretide, işçinin aynı iş görme edimini iki farklı işverene sunduğundan bahsedilemeyeceği, hem okul hem MEB için çalışmasının söz konusu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸⁵⁰. Zira yazar birden fazla işverene aynı iş görme ediminin sunulmasını aramaktadır⁸⁵¹.

Bir okulda temizlik işlerinin yerine getirilmesi için okul aile birliği tarafından alt işverenlik hizmeti alınan ve işçinin ücret ve primlerinin alt işveren ile okul aile birliği tarafından yatırıldığı bir olayda Yargıtay⁸⁵²; *“Davacı, davalı okul aile birliği bünyesinde çalıştığını, iş sözleşmesinin fesih edildiğini belirterek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve ücret alacağı talebinde bulunmuştur. Davalı husumet itirazında bulunmuştur. Mahkemece savunmaya değer verilerek davalı okul aile birliğinin tüzel kişiliği olmayan dayanışma topluluğu olduğu, taraf ehliyeti bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davacı temyiz etmiştir. Somut olayda; davacının görev ifa ettiği ilköğretim okulu, dava dışı M.E.Bakanlığına aittir. Okulun temizlik işlerinin dava dışı Bakanlık görevlileri tarafından yerine getirilmesi gerektiği açıktır. Bakanlık tarafından belirtilen iş ya da işler için yeterli eleman görevlendirilmediği için, davacı işçi, davalı Birlik ve alt işveren konumundaki temizlik şirketleri tarafından istihdam edilmiştir. Davacı*

⁸⁵⁰ Koç, Birlikte, s.184. MEB kararını yerinde bulan ancak konu ile ilgili yerindelik gerekçesine yer vermeyen bir diğer görüş için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.198.

⁸⁵¹ Koç, Birlikte, s.185.

⁸⁵² Y.9.HD. 21.10.2010, E.2010/39946, K.2010/30069. www.kazanci.com

işçi yönünden ücret ve primler bir dönem davalı Okul Aile Birliği ve alt işveren temizlik şirketi tarafından yatırılmış olsa da, iş görme edimi davalı Birlik ve dava dışı Bakanlığa karşı yerine getirilmiştir. Davalı ve Bakanlık arasında davacı işçinin çalıştırılması noktasında amaç ve menfaatte birlik söz konusudur. Davacının iş görme ediminin her bir işveren yönünden kısmi süreli iş ilişkisi biçimde ayrıştırılması da mümkün değildir. Davacı aynı anda aynı işverenlere karşı iş görme edimini yerine getirmiştir. Bu bakımdan davalı ile dava dışı Bakanlık arasında birlikte istihdam olarak adlandırılabilir bir ilişkinin varlığı kabul edilmelidir. Buna göre davaya konu işçilik alacaklarından davalının ve dava dışı Bakanlığın müşterek müteselsil sorumluluğu vardır. Diğer yandan 4857 sayılı İş Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrasında, İş Kanununun 4. maddesinde belirtilen istisnalar dışında kalan bütün işyerlerinde, işverenler ile işveren vekillerine ve çalışma şekline bakılmaksızın işçilere bu Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı Yasanın 2. maddesinde, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/1 maddesi uyarınca "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş göreme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır. Yeni iş yasası ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlarında işveren olarak tanımlanması karşısında, davacının davalı okul aile birliğinde iş sözleşmesi ilişkisi ile çalıştığı kabulü gerekir. Buna göre davanın esası hakkında bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." sonucuna vararak ücret ve primler Okul Aile Birliği ve alt işveren temizlik şirketi tarafından yatırılmış olsa da, iş görme ediminin aynı anda Okul Aile Birliği ve Bakanlığa karşı birlikte yerine getirildiğini bu edimin kısmi süreli iş ilişkisi biçiminde ayrıştırılmayacağını Bakanlık ile Okul Aile Birliği arasında birlikte işverenlik olduğunu kararlaştırmıştır.

Yargıtay'ın işçinin bir işverene ait işyerinde çalıştığı halde başka bir işveren işçisi sayılabildiği sınırlı hallerden olarak gösterdiği durumlardan biri de iş görme ediminin birden fazla işverene karşı yerine getirildiği birlikte işverenliktir. Aynı yönde hüküm tesis ettiği bir kararında⁸⁵³ Yargıtay; "Davacı işçi davalılardan Okul Aile Birliği Başkanlığı ile Milli Eğitim Bakanlığı hakkında açmış olduğu bu davada, ilköğretim okulu işyerinde

⁸⁵³ Y.9.HD. 03.02.2009, E. 2007/27903, K.2009/1259. www.lexpera.com.tr Temizlik işleri için önce dernek sonra birlik tarafından istihdam edilen bir işçi ile ilgili de MEB ve okul aile birliğini birlikte işveren olarak gören aynı yönde; Y.9.HD. 16.06.2011, E. 2009/17463, K. 2011/18256. Y.9.HD. 20.6.2012, E. 2010/17909, K. 2012/23842. www.lexpera.com.tr

sekreter olarak 2 yıl 6 ay 14 gün süreyle çalıştığını ileri sürmüş ve iş sözleşmesinin haksız olarak feshi sebebiyle kıdem, ihbar tazminatlarıyla izin ücretinin her iki davalıdan tahsili yönünde istekte bulunmuştur...Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davacı işçi, dava dışı Okul Öğrencilerini Koruma Derneği işçisi olarak 1.11.2003 tarihinde işe alınmış, derneğin tasfiyesi üzerine 12.9.2005 tarihinden itibaren Okul Aile Birliği Başkanlığı tarafından çalıştırılmaya devam olunmuştur. Davacı işçi Milli Eğitim Bakanlığına ait ilköğretim okulu işyerinde sekreter olarak görev yapmıştır. Davalı Bakanlığın aynı okula kadrolu memur ataması üzerine iş sözleşmesi Okul Aile Birliği Başkanlığınca feshedilmiştir. Davacının görev ifa ettiği ilköğretim okulu, davalı Bakanlığa aittir. Okulun sekreterlik işlerinin davalı Bakanlık görevlileri tarafından yerine getirilmesi gerektiği açıktır. Bakanlık tarafından belirtilen iş ya da işler için yeterli eleman görevlendirilmediği için, davacı işçi, dava dışı Dernek ile davalı Birlik tarafından istihdam edilmiş, sekreterlik işlerini aralıksız olarak yerine getirmiştir. İş Hukukunda işçinin bir işverene ait işyerinde çalıştığı halde başka bir işveren işçisi sayılabilmesi sınırlı hallerde mümkün olabilir. İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında usulüne uygun olarak alt işveren işçisi olarak çalıştırılması halinde asıl işverene ait işyerinde bağımsız şekilde örgütlenen alt işveren işçisi olarak çalışma söz konusu olabilir. Geçici (ödünç) iş ilişkisinde ise işçi belli bir süre iş görme edimini başka bir işverene ait işyerinde diğer işverene karşı yerine getirmektedir. Davalı Bakanlık tarafından diğer davalı Okul Aile Birliğine verilen bir iş olmadığı için davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Yine, uyuşmazlık konusu olayda geçici iş ilişkisinin unsurları da gerçekleşmemiştir. Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçiminde işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbirleriyle bağlantılı olan bu işverenler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini birden fazla işverene karşı yerine getirmektedir. Bu hizmetlerin, her bir işveren yönünden kısmi süreli iş ilişkisinin varlığına imkân verecek şekilde ayrıştırılması da mümkün değilse, “birlikte istihdam” olarak adlandırılacak bir çalışma şekline söz edilebilecektir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik hizmetleri, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, işçi ile birden fazla işveren arasında tek bir iş ilişkisi vardır. Ücretin işverenlerin biri ya da birkaçı tarafından ödenmesi veya sosyal sigortalar priminin başka bir işverence yatırılması mümkündür. Davacı işçi yönünden ücret ve primler davalı Okul Aile Birliği tarafından yatırılmış olsa

da, iş görme edimi her iki davalı işverene karşı yerine getirilmiştir. Davalılar arasında davacı işçinin çalıştırılması noktasında amaç ve menfaatte birlik söz konusudur. Davacının iş görme ediminin her bir işveren yönünden kısmi süreli iş ilişkisi biçimde ayrıştırılması da mümkün değildir. Davacı aynı anda aynı işverenlere karşı iş görme edimini yerine getirmiştir. Bu bakımdan taraflar arasında birlikte istihdam olarak adlandırılabilir bir ilişkinin varlığı kabul edilmelidir. Buna göre davaya konu işçilik alacaklarından her iki davalının müşterek müteselsil sorumluluğuna gidilmesi gerekirken, davalı Bakanlık yönünden husumet yokluğu sebebiyle davanın reddi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.” ifadelerine yer vermiş olup sekreter olarak MEB’e bağlı bir okulda Okul Aile Birliği ve Koruma Derneği tarafından işe alınıp, okulda çalıştırılan işçi hakkında bir işverenin işyerinde çalışan başka bir işverenin işçisi olup olmadığı tartışılmış ve Birlik ile MEB birlikte işveren olarak değerlendirilmiştir.

MEB ile okul aile birliğini birlikte işveren olarak kabul ettiği bir başka kararında⁸⁵⁴ Yargıtay, “...Bu bakımdan davalı ile dava dışı okul aile birliği arasında birlikte istihdam olarak adlandırılabilir bir ilişkinin varlığı kabul edilmelidir. Okul aile birliği ile davalı Bakanlık tarafından birlikte oluşturulan bu istihdam davalı Bakanlığın diğer işyerlerinden bağımsız ayrı bir işyeridir. Söz konusu işverenliğin yani birlikte istihdamla oluşan işverenliğin dava konusu işyerinden başka bir işyeri bulunmamaktadır. Bu nedenle otuz işçi sayısının belirlenmesinde sadece bu işyerinde çalışan işçi sayısı dikkate alınmalıdır.” demek suretiyle Okulun Bakanlığın diğer işyerlerinden ayrı bir işyeri olduğunu vurgulayarak, işe iadede gerekli 30 işçi sayısında bu hususun dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.

Okul aile birliği tarafından işe alınan ve okulun yazı işleri personeli olarak çalışan, ücret bordrolarının okul müdürü tarafından imzalandığı bir işçi bakımından da Yargıtay bütün kararlarında kullandığı “amaçta ve menfaatte birlik” ölçütü ile “aynı anda aynı işverenlere karşı iş görme edimini yerine getirme” ölçütünü değerlendirerek MEB ile okul aile birliği arasında birlikte işverenlik tespiti yapmıştır⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ Y.22.HD. 13.03.2012, E. 2011/9680, K. 2012/4063. (Yayımlanmamıştır.) Aynı konuda ve aynı yönde Y.22.HD. 09.10.2012, E. 2012/18776, K. 2012/21696. www.kazanci.com

⁸⁵⁵ Y.22.HD. 25.2.2013, E. 2012/15121, K. 2013/3699. (Yayımlanmamıştır.) Aynı yönde Y.9.HD. 18.12.2012, E. 2010/32662, K. 2012/43065. (Yayımlanmamıştır.) Y.22.HD. 09.10.2012, E. 2012/18776, K. 2012/21696. www.kazanci.com

Yargıtay kararlarına konu olan olayların tümü incelendiğinde görülmüştür ki okul aile birliği işçiyi işe almış, işçi ilgili devlet okulunda çalışmıştır. Burada işe alan ile işten yararlanan birbirinden farklıdır. İşe alan, bir diğer ifadeyle sözleşmenin tarafı olan okul aile birliğinin işveren sıfatında bir tartışma bulunmamaktadır. Zira kendisi iş sözleşmesinin karşı tarafı olup, işçiyi işe alan ve işten çıkararak taraftır. Kurduğumuz birlikte işverenlik teorisinde işten yararlanan da işveren olarak davranıyorsa, işçi üzerinde yönetim hakkı kullanıyorsa onu da işverenle birlikte işveren sayarız.

Esasında bu kararlarda Yargıtay bizim kurduğumuz teoriye uygun hüküm tesis etmektedir. Burada iki farklı işveren vardır, çünkü okul aile birliği tüzel kişiliği olsun ya da olmasın sözleşmeli (sözleşmenin tarafı olan) işverendir. Devlet okulu ise işçinin işini gördüğü işverenidir. Okula dava açılmayacağından MEB'e açılmaktadır. İşçi ise tek bir edimiyle iş görme borcunu iki işverene de ifa etmiş olmaktadır. Kanımızca burada birlikte işverenlik vardır. Ancak buradaki birlikte işverenlik Türk hukukunda öğretide kabul edildiği şekliyle değil, bizim kurduğumuz teoriye uygun olarak vardır. Öğretide kabul edildiği şekliyle burada birlikte işverenliğin olmama sebebi ise MEB ile işçinin arasında bir iş sözleşmesinin bulunmamasıdır.

2.2.Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, 1986 yılında 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile *“fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler olarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek”* amacı ile kurulmuştur. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünün taşradaki faaliyetleri Türkiye çapında oluşturulmuş Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları aracılığıyla yürütülmektedir.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından işe alınan işçiler bakımından Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının birlikte işveren olup olmadığı noktasında, hatta bu işçilerin işverenin kim

olduğunun tespiti noktasında birkaç yıldır Yargıtay'ın farklı daireleri farklı kararlar vermekte idiler. Ancak Haziran 2017 tarihinde bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile Yargıtay tartışmalara son vermiştir. Bu başlık altında önce Yargıtay daireleri arasındaki görüş farklılıkları kararlar çerçevesinde incelenecek, daha sonra içtihadı birleştirme kararı değerlendirilecektir.

Bu konuda SYDV tarafından işe alınan ve iş sözleşmesi de aynı vakıf tarafından haklı neden iddiasıyla sona erdirilen bir sosyal yardım ve inceleme görevlisinin açtığı işe iade davası hakkında verdiği kararında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi⁸⁵⁶; “*Vakfa personel alımı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'ne bağlı Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı'nın norm kadro standart ve esasları kapsamında mülakat neticesinde genel şartları ve varsa Vakıf tarafından belirlenmiş özel şartları taşıyan adaylardan iş için uygun görülen aday/ adaylar Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne bildirilmek ve yapılan kontrol neticesinde Genel Müdürlük tarafından işe alım koşullarını taşıdığı tespit edilirse vakıf tarafında işe başlatılmaktadır. Dosya içeriğine göre davacı ile imzalanan belirsiz süreli iş sözleşmesinin antette işveren olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü Arnavutköy Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı belirtilmektedir. Vakıf çalışanına verilecek ücret esaslarının da Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından belirlendiği sabittir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün ve alt birimi olan Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığının, vakıflar üzerinde yönetim ve denetim yetkilerinin bulunduğu, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının, vakıf tüzel kişiliği olarak kurulmuş olsalar da sosyal yardımların ülke genelinde yürütülmesi ve ihtiyaç sahiplerine ulaştırılmasında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının taşra örgütü gibi faaliyet gösterdiği ve idari örgütlenme olarak Bakanlık teşkilatı içerisinde yer aldığı anlaşıldığı, vakıflarda çalışan işçilerin işe giriş, işten çıkış gibi kimi özlük işlemlerinin Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından gerçekleştirildiği, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalışan işçiler üzerinde yönetim yetkisi bulunduğu, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları işyerlerinde işveren sıfatına ilişkin yetkilerin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından kullanıldığı, merkezi yetkinin yerindelik ilkesi gereği kamu kurumu ve kuruluşu tarafından özel hukuk hükümlerine tabi olduğu açıklanan vakıflar aracılığı ile yerine getirildiği, ancak özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olmasının kamu kuruluşu ve bağlı kurum olmasını ortadan kaldırmadığı, vakıf*

⁸⁵⁶ Y.9.HD. 3.11.2015, E. 2015/22184, K. 2015/31005. www.kazanci.com

işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesi yönünden 30 işçi sayısının belirlenmesinde bağlı oldukları Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın aynı iş kolunda bulunan diğer vakıflarda çalışanlarında dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar Mahkemece davalı Vakıf' da 30 işçiden az çalışan olduğu gerekçesi ile davanın dava şartı yokluğu nedeni ile reddine karar verilmiş ise de, tüm Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarında çalışan sayısı dikkate alındığında davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği açıkça ortadadır.” ifadelerine yer vermiştir. 9. Hukuk Dairesi işe alım prosedürü ve Bakanlığın işçi üzerindeki yönetim yetkisine dayanarak, Bakanlık bünyesindeki bütün Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarındaki işçi sayısının toplanması suretiyle işe iade için gerekli olan otuz işçi sayısının hesap edilmesi gerektiğini belirtmekte, buna gerekçe olarak da Bakanlığın işe alım prosedürüne dahil olması, vakıflar üzerindeki denetim ve kontrol yetkisi gösterilmektedir.

Aynı konuda 7. Hukuk Dairesi ise farklı zamanlarda farklı görüşler benimsemiştir. Önceleri⁸⁵⁷ işçi sayısı tespit edilirken, her vakıf bünyesinde çalışan işçi sayısı dikkate alınmış, her vakıf ayrı işveren olarak değerlendirilip otuzdan az işçi çalıştırılması halinde dava şartı yokluğundan işe iade davasının reddine karar verilmişti. Ancak Daire daha sonraki tarihli kararlarında bu görüşünden dönmüştür. 7. Hukuk Dairesi daha yeni tarihli bir kararında⁸⁵⁸ “...yoksul ve muhtaç vatandaşlara hizmet sunan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıf personelinin özlük haklarının standardizasyonu adına fon kurulunca alınan karara riayet edilmesi, bahse konu esaslara aykırı uygulamalara vakıflarca son verilmesi ve herhangi bir aksamaya mahal vermeden yeni esasların hayata geçirilmesi gerektiği belirtilmiş, Sosyal Yardım Dayanışma Vakıfları personelinin norm kadro standartları, İş tanımları, nitelikleri, özlük hakları ve çalışma şartlarına ilişkin esaslar da iş sözleşmesinin yapılması, feshi, ücret, yıllık izin, çalışma koşulları, sicil ve disiplin gibi işlemlerin mütevellî heyetince yapılacağı, buna karşılık genel müdürlükçe, vakıf personelinin vakfın görev alanı ile ilgili eğitim, konferans çalıştay gibi organizasyonlarda görevlendirilebileceği, personelin genel müdürlüğün düzenlediği organizasyonlara katılımının zorunlu olduğu gibi düzenlemeler olduğu görülmüştür. Tüm bu yasal düzenlemelerden her il ve ilçede ayrı ayrı kurulup ayrı ayrı tescil edilse de Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının gerçekte Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile birlikte Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teşvik Fonu Kurulu tarafından idare edildiği,

⁸⁵⁷ Y.7.HD. 27.3.2013, E.2013/4977, K.2013/4712. (Yayımlanmamıştır.)

⁸⁵⁸ Y.7.HD. 18.06.2015, E. 2015/13515, K.2015/12632. www.lexpera.com.tr

personelinin iş tanımlarının, niteliklerinin, özlük haklarının, çalışma şartlarının belirlendiği, tüm vakıfların giderlerinin fon tarafından karşılandığı, vakıfların bir birlik ve bütünlük içinde idare edildikleri, mülki idare amirlerinin il ve ilçelerde kurulan vakıfların tabi başkanları olduğu, defterdar, milli eğitim müdürü, sağlık müdürü, tarım müdürü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu müdürü, müftü gibi kamu görevlilerinin vakfın mütevellî heyetini oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında Türkiye'deki tüm il ve ilçelerde kurulu Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarında çalışan toplam işçi sayısının 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. 30 işçi kıstası küçük işletmeleri korumak için getirilmiş bir düzenlemedir. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları çok büyük ölçekli bir işveren olup bu vakıflarda çalışan işçilerin iş güvencesinden yoksun bırakılması yasanın ruhuna, gerekçesine ve ölçülülük ilkesine uygun düşmeyecektir.” sonucuna vararak personel alımı ve çalışma şartlarının belirlenmesinde vakıfların Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile birlikte Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teşvik Fonu Kurulu tarafından idare edildiği gerekçesi ile işe iadede otuz işçi sayısını belirlerken Bakanlık bünyesindeki bütün Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarındaki işçi sayısının toplanması gerektiğine hükmetmiştir.

Bu konuda 22. Hukuk Dairesi ise 9. Hukuk Dairesi ve 7. Hukuk Dairesinden farklı yönde kararlar vermektedir. 2011 yılında işe iade için tespit edilecek otuz işçi sayısının belirlenmesi ile ilgili bir kararında⁸⁵⁹ “*Davacının G... Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının personeli olarak çalıştığı anlaşılmakta ise de T.C. Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Genel Müdürlüğü davalı olarak gösterilmiştir....G... Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan yararlanması ayrı bir tüzel kişilik olduğu gerçeğini değiştirmez. Davacının anılan vakfın işçisi olduğu dosya içeriği ile sabittir. Davacı her ne kadar taraf sıfatında yanılmışsa da taraf sıfatı bulunan G... Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının davaya cevap vermesi ve duruşmalara katılması nedeni ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 124.maddesi gereğince usulüne uygun şekilde taraf değişikliği yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle davalı olmayan T.C. Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Genel Müdürlüğü aleyhine hüküm kurulması doğru olmamıştır. Davacının işvereni davalı olarak davaya katılan G... Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı olduğundan, iş güvencesi hükümlerinin kapsamına girmek bakımından 4857 sayılı İş Kanununun 18.maddesi gereğince otuz işçi sayısının anılan vakfa ait işyerleri dikkate*

⁸⁵⁹ Y.22.HD. 6.10.2011, E. 2011/837, K. 2011/2456. www.lexpera.com.tr

alınarak belirlenmeli ve sonra işin esasına girilerek bir karar verilmelidir.” şeklinde hüküm tesis ederek Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının ayrı bir tüzel kişiliğinin olduğu, Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Genel Müdürlüğünden bu vakıflara fon verilmesinin gerçeği değiştirmedeği, Vakfın işçisinin ancak Vakıf aleyhine dava açabileceği sonucuna ulaşmıştır.

22. Hukuk Dairesi, Vakfın tüzel kişiliği bulunduğu için işveren sıfatının da sözleşmenin tarafı olan Vakıfta olduğuna hükmetmektedir. Yetki tespiti ile ilgili daha yeni tarihli bir kararında⁸⁶⁰ da 22. Hukuk Dairesi; “*Bununla birlikte, işçi alma ve işten çıkarma yetkisi münhasıran anılan vakıflarda olduğu gibi, iş sözleşmesinin tarafı da yine bağımsız tüzel kişiliği bulunan vakıflardır. Nitekim, anılan vakıflarda çalışan işçilerin ücreti iş sözleşmesinin tarafı olan vakıflar tarafından ödendiği gibi, işçi üzerindeki yönetim hakkı da münhasıran vakıflar tarafından kullanılmaktadır. Diğer taraftan, vakıflar tarafından bağlanacak sözleşme içeriğinin, Fon Kurulu tarafından karara bağlanan ilke ve esaslara aykırı olmasının, iş sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etkisinin olmadığı da izahtan varestedir...Bu noktada şu hususu da ifade etmek gerekir ki, 633 Sayılı KHK'nın 11. maddesiyle Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'ne, anılan vakıfların harcamaları, iş ve işlemleri üzerinde denetim yetkisi verilmesi de işveren sıfatının kazanılması yönünden yeterli değildir. Nitekim, 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu'nun 36. maddesiyle Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün de, mülhak, cemaat ve yeni vakıflar ile esnaf vakıfları üzerinde denetim yetkisi bulunmakta olup, aynı husus Vakıflar Genel Müdürlüğü için de geçerlidir...Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarınca işçi alma-çıkarma ve vakıflar arasında işçi nakillerinin kurulan sistem üzerinden norm kadro denetiminin yapılması işverenlik yetkilerinin Fon Kurulu'na veya davalı bakanlığa devredildiği anlamında değerlendirilemez. Öte yandan, kural olarak, tüzel kişi, kendisini oluşturan kişilerden ve organlarından bağımsız bir hak sujesi olup, organları aracılığıyla yapılan işlemler kendisine isnat edilir. Ne var ki, uygulamada, sözleşmeden veya kanundan doğan yükümlülüklerden ve sorumluluktan kurtulmak için tüzel kişiliğin bir araç olarak kötüye kullanıldığı, bir başka anlatımla hukuk normlarının amaçları dışında kullanıldığı, kişilerin tüzel kişilik perdesinin arkasına sığındığı zaman zaman görülmektedir. Kuşkusuz, hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Somut olayda davalı Bakanlığın oluşumunda ve yönetiminde yer almadığı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının tüzel kişiliğine dayanması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez. Keza davalı*

⁸⁶⁰ Y.22.HD. 4.2.2015, E. 2015/1262, K. 2015/2884. www.lexpera.com.tr

Bakanlık kendi teşkilatı içinde yer almayan Fon Kurulu'nun kanundan kaynaklanan norm kadro belirleme ve denetleme yetkisini kullanmasından dolayı vakıf personeli üzerinde işverenlik sıfatını kazanmış sayılamaz. Bu sebeple Dairemizce olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren koşulların bulunmadığı kabul edilmiştir. Tüm bu hususlar muvacehesinde, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları'nın, her birinin ayrı tüzel kişiliğe sahip bağımsız işveren sıfatını haiz olduğu tartışmasızdır. Nitekim, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün görevlerine dair 633 Sayılı KHK'nun 11. maddesinin (h) bendinde yer alan, Genel Müdürlük ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları'nın "işbirliği" yapmasına dair açık ifade de, anılan vakıfların tüzel kişiliği haiz ve bağımsız işveren sıfatına sahip olduğunu aralarında idari yönden hiyerarşik bir ilişki bulunmadığını ortaya koymaktadır. Bu itibarla, her bir Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'nın ayrı işyerleri olduğu ve bağımsız işverenlere bağlı olduğu nazara alındığında, somut olayda, her bir vakıf yönünden işyeri toplu iş sözleşmesi bağitlanması gerekmektedir. Şu halde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları'nın, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü işverenine bağlı, bir işletme olarak kabulüyle yapılan 25.3.2014 tarih ve 5387 Sayılı yetki tespiti hatalı olduğundan, davanın bu yönden kabulüyle yetki tespitinin iptali gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” biçiminde verdiği kararda da vakfın bağımsız tüzel kişiliğinin bulunduğu, Bakanlığın vakıf üzerinde denetim yetkisinin olduğu, ancak bunun işveren saymak bakımından yeterli olmadığı, işe alma-işten çıkarma, işçi üzerinde yönetim hakkı kullanma, işçinin ücretini ödemek gibi her tür işveren davranışının sözleşmenin tarafı olan Vakıf tarafından gerçekleştirildiği, Vakıf tüzel kişiliğinin perdesinin kaldırılması için de bir neden bulunmadığı, bu nedenle de işletme değil, işyeri toplu iş sözleşmesi bağitlanması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nı işveren olarak tespit eden hem 9. hem 7. Hukuk Daireleri birlikte işverenlikten bahsetmemiştir. Vakfı bağlı yer gibi değerlendirmiş ve tek işvereni Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı olarak görmüştür. Bunu yaparken tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini kullanıp kullanmadığını kararlarında açıkça ifade etmemektedir.

Yargıtay’ın farklı dairelerinde farklı yönde verilen kararlar 09.06.2017 tarihinde bir İçtihadı Birleştirme Kararına⁸⁶¹ konu olmuştur. Bu İçtihadı Birleştirme Kararında sonuç kadar, ayrıntılı bir şekilde izah edilen kavramlar ve kurumlar da dikkati çekmektedir. Kararda öncelikle işveren kavramı irdelenerek tartışmaya başlanmıştır. İşverenin tespiti bakımından Yargıtay, kararında ““İşçi çalıştırma” ve “bağımlılık” unsuru yukarıda belirtildiği üzere işverenin yönetim hakkının bir tezahürü olduğundan yönetim hakkının tespiti ile işverenin kim olduğu belirlenebilmektedir. Eş deyişle işveren, işin görülmesini isteme hakkı kapsamında en yüksek düzeyde işçiye talimat veren kişidir. İşçiye işin yürütümü yanında işin yürütümüne dolaylı olarak etki edecek olan işçinin davranışlarına dair talimat verme, işin nasıl, nerede ve ne zaman, ne sıklıkla yapılacağını belirleme, işçinin işyerindeki davranışlarını denetleme, gerekirse disiplin işlemi uygulaması yönetim hakkı çerçevesinde mümkün olabilmektedir. İşverenin hukuksal kimliğinin tartışma konusu olduğu her durumda işçi üzerinde yönetim hakkına kimin sahip olduğu araştırılmalıdır. İşverenin, vereceği talimatlarla işçi üzerinde yönetim hakkını kullanması, işçinin de bu talimatlara uygun hareket etmesi taraflar arasında bir iş sözleşmesinin varlığına işaret eder. İş sözleşmesinden kaynaklanan yönetim hakkını kullanan kişi işverendir (Engin, E. Murat; Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Basısen Yayınları:25, 1993, s. 228)” şeklinde açıklama yaparak, bu tanımlamada işverenin tespitinde öncelikli unsurun “işçi çalıştırma” olduğu, bağımlılığın çalışanın iş hukuku anlamında işçi sayılıp sayılmadığının belirlenmesi açısından temel ilke halini aldığı, kişisel bağımlılığın ilk yönünün işverenin yönetim hakkı olduğu, işçinin işi yerine getirirken verdiği emirler, direktifler, gözetim, kontrol ve hatta cezalandırma yetkisiyle donatılmış olan işverenin otoritesi altında olduğu, bu sayede her an ve her durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan nitelikte bir bağımlılık olduğunu ifade etmiştir.

Bu durumda açıkça denebilir ki, İçtihadı Birleştirme Kararı ile bizim birlikte işvereni tespit etmek için kullandığımız “yönetim hakkını kullanma” ölçütü artık bağlayıcı bir biçimde hukuk kaynağı haline gelmiştir.

Önemi bakımından bir kısmına yer verilen söze konu İçtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay; “İçtihadı birleştirmenin konusu; il ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının her birinin ayrı işyeri ve bağımsız işveren olup olmadığı ya da Aile ve Sosyal

⁸⁶¹ Y.HGK. İBK. 09.06.2017, E. 2016/3, K. 2017/4, 21.07.2017 tarih ve 30130 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. www.lexpera.com.tr

Politikalar Bakanlığı işverenine bağlı işletme kapsamında sayılıp sayılmayacağı; 4857 sayılı İş Kanun'unun 18. maddesi uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak bağlamında her bir sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfında 30 işçi çalışıp çalışmadığının araştırılmasının gerekip gerekmediği hususundadır.

Öncelikle üzerinde durulması gereken Fon Kurulunun ve sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının yukarıda belirtilen nitelikleri itibariyle Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının idari ve hiyerarşik yapılanmasındaki yeri ile hukuki statüsünün tespitidir... Bakanlık merkez teşkilatı Kararnameye ekli (I) sayılı cetvelde gösterilmiş olup ekli cetvel incelendiğinde Bakanlık merkez teşkilatı içerisinde Fon Kurulu yer almamaktadır. Yine Kararnamenin devam eden maddelerinde sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının da taşra teşkilatı içerisinde olmadığı anlaşılmıştır. Anayasa Mahkemesince incelenen bir iptal başvurusunda Yüksek Mahkeme benzer sonuca ulaşmıştır. Bu karara göre sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları, bakanlıkların bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşu olmadığı gibi bakanlıklar ile arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmayıp, merkezi idare teşkilatı içerisinde de yer almamaktadır. (Anayasa Mahkemesi'nin 03.04.2014 gün ve 2011/142 E., 2013/52 K. sayılı kararı). Dolayısıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Fon Kurulunun sadece sekreteryaya hizmetlerini yerine getirmekte olup, Fon Kurulu ve vakıflarla hiyerarşik bir ilişkisi bulunmamaktadır... Vakıfların, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı teşkilat yapılanmasında yer almayan özel hukuk tüzel kişiliğine sahip mal toplulukları olduğunun anlaşılmasına göre artık vakıfların işveren sıfatına sahip olup olmadığı hususu irdelenmelidir.

Tüzel kişilerin faaliyetlerinin bir başka kamu kurumu tarafından denetlenmesi veya faaliyetinde dikkate alacağı esasların önceden belirlenmiş olması, tüzel kişiliğin ve işveren sıfatının yok sayılmasını gerektirmez. Örneğin 25.01.2006 tarih ve 5449 sayılı Kanunla kurulan Kalkınma Ajansları da özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir. Kalkınma Ajansları birçok konuda Kalkınma Bakanlığına bağlı faaliyet gösterir ve Bakanlığın denetimine tabidir. Ajansların gelirleri ise önemli ölçüde kamu kaynaklarından gelmektedir. Buna rağmen her Kalkınma Ajansı ayrı işveren olarak değerlendirilmekte ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini her ajans bakımından işyeri düzeyinde vermektedir. Belediyeler de birer kamu tüzel kişisidirler. Belediyelerin gelirleri Kanunla belirlenmiştir ve önemli kısmı kamusal niteliktedir. Belediyeler de İçişleri Bakanlığının denetimine bağlıdır. Bu durum her Belediyenin ayrı bir tüzel kişilik ve

işveren olduğu gerçeğini değiştirmez (Sümer, H. Hadi: Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının İşveren Niteliği. Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, Cilt 1,2016, s.686).

...Bu itibarla, her ne kadar Fon Kurulunca vakıf personelinin nitelikleri ile özlük hakları ve çalışma şartlarına ilişkin genel ilkeleri düzenlenmiş ise de; bu esaslar incelendiğinde, istihdamına karar verilecek personelin seçimi, bu personel ile iş sözleşmesinin bağlanması, yapacağı iş ile alacağı ücretin belirlenmesi, yıllık izin ve diğer özlük hakları ile iş sözleşmesinin feshinin mütevelli heyeti tarafından gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla münhasıran işçi alma ve işten çıkarma yetkisi bu vakıflardadır. Ayrıca personel ile bağlanan iş sözleşmesinin tarafı da yine bağımsız tüzel kişiliği bulunan bu vakıflar oluşturmaktadır. Anılan vakıflarda çalışan işçilerin ücreti iş sözleşmesinin tarafı olan vakıflar tarafından ödendiği gibi işçi üzerindeki yönetim hakkı da münhasıran vakıflar tarafından kullanılmaktadır. Vakıflar tarafından bağlanacak sözleşme içeriğinin, Fon Kurulu tarafından karara bağlanan ilke ve esaslara aykırı olmasının, iş sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etkisi de bulunmamaktadır. Hal böyle olunca vakıfların işveren vekili olduğu da söylenemez. Zira yönetim yetkisi eş deyişle en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisi vakfa ve dolayısıyla mütevelli heyetine ait olmaktadır.

Yine 633 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesi ile Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne, anılan vakıfların harcamaları, iş ve işlemleri üzerinde denetim yetkisi verilmesi de Bakanlığın işveren sıfatını kazanması yönünden yeterli değildir... Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının yönetimleri birbirinden farklıdır. Vakıflar Kanunla kurulmuş ve görev tanımları yine Kanunla yapılmıştır. Bu nedenle farklı il ve ilçelerde faaliyet gösteren vakıflar arasında organik bir bağdan söz edilemez. Vakıfların tamamının Aile ve Sosyal Politika Bakanlığının (Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı) denetimine bağlı olması vakıflar arasında organik bir bağ olduğunu göstermez. Kaldı ki işçilerin farklı sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalıştırılması ve bu yolla haklarından yoksun bırakıldığından da bahsedilemez (Sümer, s. 688). Dolayısıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının salt denetim içerikli yetkisi nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak işveren olduğunun kabulü de mümkün değildir.

...Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarınca işçi alma-çıkarma ve vakıflar arasında işçi nakillerinin kurulan sistem üzerinden norm kadro denetiminin yapılması işverenlik yetkilerinin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına devredildiği anlamında değerlendirilemez.

Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünün görevlerine ilişkin 633 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesinin (h) bendinde yer alan. Genel Müdürlük ile sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının “işbirliği” yapmasına dair açık ifade de, anılan vakıfların tüzel kişiliği haiz ve bağımsız işveren sıfatına sahip olduğunu aralarında idari yönden hiyerarşik bir ilişki bulunmadığını ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede 3294 sayılı Kanun ile il ve ilçelerde kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olup, ayrı işyeri olan bağımsız işveren oldukları, Bakanlığın denetim yetkisi nedeniyle işveren sıfatının Bakanlığa ait olduğunun ileri sürülemeyeceği; anılan vakıfların ayrı tüzel kişiliğe sahip işyerleri olması nedeniyle toplu iş sözleşmesinin işyeri düzeyinde bağlanabileceği, işletme düzeyinde bağlanmasının mümkün olmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Ayrıca her vakfın ayrı tüzel kişiliğe sahip ayrı işveren kabul edilmesi nedeniyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın ön koşullarından olan işçi sayısı tespit edilirken her vakıf yönünden sadece kendi işçi sayısı dikkate alınmalıdır. Başka bir deyişle Türkiye’de kurulu bulunan tüm vakıf işçi sayısı toplamı esas alınarak iş güvencesi hükümlerinden yararlanılması da artık mümkün değildir.” biçiminde verdiği kararda özetle Vakıfların her birinin ayrı işyeri ve bağımsız bir işveren mi yoksa Bakanlık işverenine bağlı işletme kapsamında bir yer mi olduğu sorusunu yanıtlamaya çalışmış, bu sayede iş güvencesinden faydalanma ve hangi toplu iş sözleşmesi türünün uygulanacağını tespiti yapılmıştır. Buna göre Vakıflar Bakanlığın bağlı kuruluşu değildir, aralarında hiyerarşi bulunmaz, ayrı birer tüzel kişiliktir. Bakanlık tarafından denetleniyor olması Vakıfların işveren sıfatına hanel getirmez. Zira Belediyeler, Kalkınma Ajansları vs. de ilgili Bakanlıkları tarafından denetlenmektedir. Her tür işveren yetkisi münhasıran Vakıflar tarafından kullanılmaktadır. Vakıflar çalıştırdıkları işçilerin işvereni olup, işyeri toplu iş sözleşmesi yapılabilir ve iş güvencesi bakımından otuz işçi sayısının tespitinde her bir Vakıfta çalışan işçi sayısı ayrı değerlendirilir.

Karşı oy yazısında ise, Bakanlığın vakıf çalışanlarının norm kadro standartlarını, iş tanımlarını, niteliklerini, özlük hakları ile çalışma şartlarını anılan mevzuat gereği düzenlediği belirtilerek, vakfın tüzel kişiliği olmasına rağmen çalışanlar yönünden hukuki ve ekonomik olarak bağımsız olmadığı, bağımsız bir iş organizasyona sahip bulunmadığı, kısaca işveren olmadığı, vakıf çalışanının hukuki ve kişisel olarak KHK hükümleri kapsamında çıkarılan esaslara göre Bakanlığa bağlı olduğunun anlaşıldığı, Bakanlığın

denetim yetkisi yanında yönetim yetkisinin de olduğu ifade edilerek işletme toplu iş sözleşmesinin yapılabileceği ve iş güvencesinde otuz işçi sayısının tespitinde bütün Vakıflarda çalışan işçi sayısının toplamının dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır.

Bu kararda satır aralarında tartışılan husus şudur; Bakanlık yönetim yetkisi kullanmakta mıdır, yoksa kullanmamakta mıdır? Öncelikle herhangi bir kanuna karşı hile yoksa tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilemez. O halde Bakanlık yönetim yetkisi kullansa bile kanuna karşı hile ile Vakıflar kurulmadığı için, tüzel kişilik perdesi aralanıp Vakıfların işveren olmadığı söylenemez. Burada şayet Bakanlık da yönetim yetkisi kullanıyorsa birlikte işveren niteliğini tartışmak gerekir. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları; ayrı tüzel kişiliği bulunduğundan, işçiyi işe alma, işten çıkarma, ücret ödeme, yıllık izne çıkarma gibi yetkilere münhasıran sahip olduğundan, bütün bunların ötesinde hukuka uygun bir şekilde bağitlanan iş sözleşmesinin tarafı olduğundan işverendir. Kanımızca bunda bir şüphe yoktur. Bu açıdan İçtihadı Birleştirme Kararı da, 22. Hukuk Dairesinin kararı da yerindedir.

Ancak Bakanlığın fonksiyonuna ilişkin olarak burada esas tartışılması gereken “yönetim hakkının yoğunluğudur.” Eğer Bakanlık da bir işveren gibi doğrudan vakıf çalışanlarına emir ve talimat veriyorsa, disiplin cezası uygulama yetkisine sahipse, çalışma şartlarını değiştirme imkânı bulunuyorsa bu durumda Bakanlığın da Vakıfla birlikte işveren olduğu sonucuna varılacaktır. Eğer Bakanlığın işçi üzerinde kullandığı yetki doğrudan işçiye emir ve talimat vermek şeklinde gerçekleşmiyorsa, yalnızca Vakıfların denetimi ve prosedürel bazı kuralların belirlenmesi şeklinde tezahür ediyorsa bu durumda Bakanlık birlikte işveren sıfatını kazanamayacaktır. Somut olaylardan anlaşıldığı kadarıyla Bakanlık birtakım kanuni düzenlemelerle Vakıf üzerinde denetim yetkisini kullanmakta, personele ilişkin bazı belirlemelerde bulunabilmektedir. Ama Bakanlığın bu yetkileri doğrudan işçiye emir ve talimat vermek şeklinde tezahür etmemektedir. Kullandığı yetkiler Bakanlığa işveren sıfatı verecek yoğunluğa ulaşmadığı gibi doğrudan işçi üzerinden değil, Vakıf üzerindedir. Bu nedenle sonucu itibarıyla İçtihadı Birleştirme Kararına katılmaktayız. Ancak burada birlikte işverenlik de tartışılıp sonuca öyle ulaşılsa idi hukuken çok daha sağlıklı olurdu kanısındayız.

3. FRANCHISING İLİŞKİSİ

3.1. Türk Hukukunda

Hakkında herhangi bir hukuki düzenleme bulunmayan franchise sözleşmesi, öğretide, bir iş zinciri kuran kişinin, çerçevesini belirlediği süre, şart ve sınırlarla, mallarının sürümüne destek amacıyla belli bir ücret karşılığında; zincire katılan bağımsız gerçek veya tüzel kişileri, fikri ve sınai bir takım hakları ile bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz altına almayı kabul ettiği sürekli bir sözleşme, şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁶²

Yargıtay da benzer bir biçimde franchisingi “*bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dâhilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli bir iş ilişkileri bütünü olup, birbirinden bağımsız iki taraf arasında meydana getiren sözleşmesel ilişkidir.*”⁸⁶³ şeklinde tanımlamıştır.

Common law da işletme franchisingi de denilen fakat Kıta Avrupasında doğrudan “franchise” olarak tanımlanan sistemde; gelişmiş bir üretim, işletme ve pazarlama sistemine sahip olan bir tacir(franchise veren) ve bu sistemden yararlanan bir başkası (franchise alan) bulunmaktadır. Franchise veren, franchise alana bu sistemin tümünden (marka, işletme adı, know how, reklam, pazarlama, promosyon, temin, tedarik, dağıtım, muhasebe vb.) yararlanma imkânı tanımakta; buna karşılık franchise alan franchise verenin belirlediği ilkelere uyup, denetimlerine katlanmak suretiyle belli bir ücret ödemek karşılığında, üretilen mal veya hizmetlerin dağıtımını kendi nam ve hesabına yapmaktadır⁸⁶⁴. Burada franchise verenin üretim, işletme ve pazarlama sistemi franchise

⁸⁶² Erdenk, s.249. GÜRZUMAR Osman Berat; Franchise Sözleşmeleri, İstanbul 1995, s.10. KIRCA Çiğdem; Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997, s.20. ALTINOK ORMANCI Pınar; Franchise Sözleşmesinin Haklı Sebep Feshinde Hizmet ve Adi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Hükümlerden Yararlanılıp Yararlanılamayacağı Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.4, S. 13, Nisan 2013, 377-402, s.378. Carvell/Sherwyn, s.7. EREN Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Ankara 2015. (Özel), s.899. AYATA Yeşim; Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları, İstanbul 2015, s.8. YENİOCAK Umut; Franchise Sözleşmesi, Ankara 2016, s.29. ŞİMŞEK Bahar; Franchising Sözleşmesi, Ankara 2016, s.42. European Code of Ethics for Franchising’de yer alan aynı yönde benzer bir tanım için bkz. European Franchise Federation “Franchising: definition & descriptions” <http://www.eff-franchise.com/101/franchising-definition-description.html> 07.09.2016.

⁸⁶³ Y.19.HD.25.6.2001, E. 2001/819, K. 2001/4917. www.lexpera.com.tr

⁸⁶⁴ İlk franchise 1800’lerde Isaac Singer’in dikiş makinelerini ülke çapında satmak istemesi, ancak bunu kendi başına yapmasının çok güç olduğunu fark edip yerel üreticiye satmaya başlamasıyla doğmuş ve dalga

alan tarafından yeknesak bir biçimde kullanıldığından müşteriler nezdinde franchise verene ait olan bir işletme zincirinin halkası algısı oluşmaktadır⁸⁶⁵. Ancak önemle belirtilmelidir ki franchise alan hukuken bağımsız bir tacir olarak kalmaktadır⁸⁶⁶. Kendi nam ve hesabına işlem yapması nedeniyle hem acentadan hem vekâlet sözleşmesindeki vekilden ayrılır. Acentada müvekkil adına ve hesabına işlem yapılırken, vekâlet sözleşmesinde doğrudan veya dolaylı temsil olabilir, ancak her hâlükârda müvekkil hesabına olacaktır⁸⁶⁷.

Franchising sözleşmesi, Yargıtay tarafından karma sözleşme, öğreti tarafından genelde kendine özgü sözleşme olarak değerlendirilmektedir⁸⁶⁸. Bir iş sözleşmesi değildir, zira franchise alan hukuken bağımsızdır⁸⁶⁹. Franchise alanın ekonomik bağımsızlığına sınırlamalar getirilmiş olsa da, hukuken bağımsızdır. Franchise alanın rizikosunu kendisinin üstlendiği, kendi nam ve hesabına çalıştığı franchise verenden ayrı bir işletmesi vardır⁸⁷⁰. Burada franchise verenin franchise alana talimat verme hakkı; üretim, işletme,

dalga yayılmıştır. Franchising 19. yüzyılın sonlarında ABD’de franchise alanın franchise verenin sadece marka ve isim haklarını kullandığı, günümüz Avrupasında tek satıcılık sözleşmesi olarak adlandırılan sürüm yöntemi olarak ortaya çıkmıştır. Hızlı yemek sektörü, kişisel bakım ürünleri, hazır giyim, kozmetik, otel hizmetleri, emlak hizmetleri gibi pek çok alanda kullanılan franchise zincirlere örnek olarak Mc Donald’s, Kentucky Fried Chicken, Benetton, Lacoste, Zara, Pizza Hut, Body Shop, Yves Rocher, Avis, Ibis Hotels, Re/Max, GNC, Swarovski, Gloria Jean’s Coffees, Gymboree, Berlitz, Flormar, Mavi, Beymen verilebilir. Uluslararası Franchising Derneği, Ocak 2015 itibarıyla ABD ekonomisinin çeşitli sektörlerinde 781.794 üzerinde franchising kuruluşunun faaliyet gösterdiğini tahmin etmektedir. Ülkemizde franchise zincirleri ya tüm Türkiye için franchise hakkını elde ederek alt franchise sözleşmeleri yapan şirketler yoluyla pazara girerler yahut da franchise olarak başka şirketlerin hissedar olduğu bir şirketler grubu bulunmaktadır. Franchising, kurulduğu dönemden bugüne, riskini azaltmak ve kârlılığını artırmak isteyen girişimciler için bir araç haline gelmiştir. Ekonomik çekiciliği nedeniyle franchising sürekli artış göstermektedir. ABD Sayım Bürosu’ndan yapılan tahminlere göre franchise sahipleri 7.9 milyon çalışanı istihdam etmektedir. Böylesi bir gelişmenin nedeni franchisingin yarattığı motivasyondur. Franchising, markanın tüketici için değeri, destek ağı ve sağlanan hizmetler (reklamcılık, otel rezervasyon sistemleri, sadakat programları vb.) nedeniyle franchise alanın riskini azaltır. Gerçekten de araştırmalara göre, bağımsız işletme olarak faaliyet gösterenlere kıyasla, franchise alanların mali performansları daha yüksek; finansal başarısızlık olasılığı daha düşüktür. Franchise veren bakımından ise avantajı, franchise alanların kendi sermayesini kullanmaları ve finansal riskleri üstlenmelerinden dolayı franchise verenin kendi sermayelerini arttırmadan ve risk almadan markalarını genişletebilmesidir. Franchising Amerikan hukukunda birinci kuşak Amerikan franchising türü de denilen ürün franchisingi yöntemi olarak ortaya çıkmıştır. Günümüzde ise franchisingten anlaşılan işletme franchisingidir. Carvell/Sherwyn, s.8,9. Şimşek, s.23,24,90, 202. Gürzumar, s.2,6. Kırca, s.5, 19,38. Altınok Ormancı, s.380,381. Ayata, s.2,8. Eren, Özel, s.903. Yeniocak, s.55 vd. European Franchise Federation “Franchising: definition & descriptions”

<http://www.eff-franchise.com/101/franchising-definition-description.html> 07.09.2016. En fazla Franchise veren 500 şirket listesi için bkz. “Top 500 European Franchises – Ranking”

<http://www.franchiseeurope.com/top-500/> 20.08.2017. (Listedeki tek Türk şirketi İtalyan ortaklı Flormar Cosmetics 144. sırada) Sektörler hakkında, Ayata, s. 23. Franchising türleri için bkz. Eren, Özel, s.906-907. Şimşek, s.73-85.

⁸⁶⁵ Gürzumar, s.2. Kırca, s.25. Şimşek, s.123.

⁸⁶⁶ Gürzumar, s.5. Kırca, s.24. Altınok Ormancı, s.379. Yeniocak, s.76.

⁸⁶⁷ Gürzumar, s.22. Altınok Ormancı, s.379. Eren, Özel, s.902. Yeniocak, s.76.

⁸⁶⁸ Erdenk, s.250. Eren, Özel, s.900. Şimşek, s.49. Karma sözleşme görüşü için bkz. Kırca, s.61. Gürzumar, s.22. Altınok Ormancı, s.386. Yeniocak, s.33.

⁸⁶⁹ Erdenk, s.250. Gürzumar, s.23. Kırca, s.24. Altınok Ormancı, s.391.

⁸⁷⁰ Kırca, s.25. Doğan, s.94.

pazarlama sistemi ve bu sisteme dayalı sürümü artırma yolları ile sınırlıdır⁸⁷¹. Bu sistemin tamamen dışında yahut sistem esaslı bir şekilde değiştirilerek yeni sisteme göre talimat verilemez⁸⁷². Franchise veren işletmenin yönetimine ilişkin somut direktifler vererek franchise alanın yönetim hakkını tamamen elinden alamaz⁸⁷³. Ancak yabancı hukuk sistemlerinde bu ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirildiği, franchise alanın işçi benzeri kabul edildiği durumlar da bulunmaktadır⁸⁷⁴. Fakat burada iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan ücret de bağımlılık unsuru gibi eksik kalmaktadır. Franchise alan yaptığı satımlar sonucunda franchise verenden ücret almamaktadır. Kâr elde edip bununla serbestçe tasarruf eden bir işletmeci olarak çalışmaktadır⁸⁷⁵. Ayrıca franchise alan işçi olarak kabul edilirse yanında işçi çalıştırdığında aynı iş bakımından hem işçi hem işveren sıfatını bünyesinde birleştirmiş olacaktır, ancak bu kabul edilmemektedir⁸⁷⁶. Tek kişilik franchise ise iş sözleşmesini andıran unsurlar taşıyabilir⁸⁷⁷. Böyle bir durumda yahut sözleşmenin hizmet sözleşmesine yaklaşıncasına ince ayrıntılarda dahi franchise verene talimat verme hakkı tanınması halinde, Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin hükümlerinin uygun düşmesi durumunda kıyasen franchise sözleşmesine uygulanabileceği kabul edilmektedir⁸⁷⁸.

Franchise sözleşmesi ise tam iki tarafa borç yükleyen çerçeve bir sözleşmedir. Bu halde franchise verenin borçları üretim, işletme ve pazarlama sistemini franchise alana kullandırma ve bu kullanım boyunca franchise alanı destekleme borcudur. Franchise alanın borçları ise mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmak, üretim, işletme ve pazarlama sistemindeki fikri ve sınai unsurları kullanmak, franchise veren tarafından belirlenen sistemin içerdiği ilkelere uymak ve franchise verene başlangıçta ve dönemsel olarak belli bir ücret ödemek borcudur⁸⁷⁹.

Franchise alanın franchise verenin ilkelerine uyma ve denetimine katılma borcunun sınırları konumuz bakımından önemlidir. Örneğin franchise veren bir eğitim

⁸⁷¹ Gürzumar, s.23.

⁸⁷² Gürzumar, s.23.

⁸⁷³ Kırca, s.25.

⁸⁷⁴ Erdenk, s.251. Yeniocak, s.148-151. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Kırca s.24, dn.111. Bunun farklı franchise türlerinden kaynaklandığına ilişkin açıklamalar için bkz. Doğan, s.95-96. Altınok Ormancı, s.382-383.

⁸⁷⁵ Kırca, s.25. Yeniocak, s.147. Şimşek, s.122-124.

⁸⁷⁶ Erdenk, s.252. Doğan, s.95.

⁸⁷⁷ Erdenk, s.252.

⁸⁷⁸ Erdenk, s.263. Kırca, s.65. Altınok Ormancı, s.391. Şimşek, s.52.

⁸⁷⁹ Gürzumar, s.10. Kırca, s.19 vd. Altınok Ormancı, s.379. Ayata, s.12, 22-23. Yeniocak, s.45 vd.

düzenlediğinde franchise alanın personelinin katılımı zorunlu kılınabilecektir⁸⁸⁰. Denetime katılma ve talimatlarla bağlı olma hususu franchise olmanın bir gereğidir. Zira aksi halde franchise verenin işletmesinin bir şubesi imajı piyasada sağlanamaz⁸⁸¹. Franchise veren işletmenin yönetimi de dâhil olmak üzere işyerinin seçimi, donanımı, işletme personelinde aranılacak özellikleri belirlemek, bulunmasına yardımcı olmak, hizmetlerin standardizasyonu, personelin giyeceği kıyafetler gibi konularda da talimat verip destek olabilir⁸⁸². Örneğin Mc Donald's franchising el kitabında hangi hamburgerin kaç derecede pişmesi gerektiğini belirtmektedir⁸⁸³. Burada talimatın ölçüsünün yanında konu ve içerik bakımından sınırı da önemlidir. Franchise alanın işletmesel karar alma özgürlüğünü tamamen engelleyen, doğrudan kendisinin karar alabileceği temel konulara müdahale eden, franchise sözleşmesindeki sistem birliği bakımından gerekli olmayan talimatlar verilemeyecektir. Aksi halde talimatlar geçersiz olacak, bu talimatlara uyulmadığı gerekçesiyle franchise veren tarafından sözleşme feshedilemeyecektir⁸⁸⁴.

Franchise alan pazarda franchise verenin bağımlı bir halkası ve franchise verenin işletmesinin bir şubesiymiş gibi algılanmaktadır⁸⁸⁵. Müşteri gözünde birbirinden farksız işletmeler algısı yaratılmaktadır⁸⁸⁶. İmaj birliği franchise olmanın bir gereğidir. Böylece franchise sistemine dâhil olanlar müşteriler karşısında kendi adı, markası, işaretleri yerine franchise vereninkini kullanır ve kendi işletmesi arka plana saklanır⁸⁸⁷.

Birlikte işverenlik konusunun tartışılmaya değer olduğu bir durum franchise verenin yavru şirketlerden veya yabancı işletmelerden yararlandığı hallerdir. Yavru şirketler kurularak bu şirketlerin üçüncü kişilerle franchise ilişkisi kurması ve üçüncü kişilere karşı franchise veren, ana şirkete karşı ise franchise alan konumunda bulunması uygulamada karşılaşılan bir durumdur⁸⁸⁸. Buna yavru şirket franchisingi adı verilmektedir. Uygulamada karşılaşılan bir diğer franchising türü ise master franchising olarak adlandırılır. Uluslararası pazarda faaliyet gösteren franchise zincirleri, pazarına girecekleri ülkelerde şirketler kurmakta, markalarının bu şirket adına tescilini sağlamakta ve o ülkede

⁸⁸⁰ Gürzumar, s.14. Kırca, s.138.

⁸⁸¹ Kırca, s.25. Eren, Özel, s.911. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şimşek, s.190 vd.

⁸⁸² Kırca, s.93, 137. Yeniocak, s.79. Şimşek, s.191.

⁸⁸³ Kırca, s.93, dn.516.

⁸⁸⁴ Kırca, s.155. Şimşek, s.193.

⁸⁸⁵ Gürzumar, s.25. Kırca, s.30. Altınok Ormancı, s.379.

⁸⁸⁶ Gürzumar, s.28.

⁸⁸⁷ Kırca, s.30. Eren, Özel, s.904.

⁸⁸⁸ Kırca, s.42.

franchise veren olarak o şirketi yetkilendirmektedirler⁸⁸⁹. Master franchisinginde franchise alana bir ülkenin tamamında ya da bir bölgesinde franchise sistemini kurmak konusunda yetki verilebilir. Böylece master franchisingi alan, asıl kurucu karşısında franchise alan, üçüncü kişilerle yaptığı franchise sözleşmesinde franchise veren konumundadır⁸⁹⁰.

Franchise sisteminin şubeden farklı olarak franchise verene sağladığı yararlarından biri personel masrafından kurtulmuş olmasıdır. Franchise alan doğrudan kendi personelini istihdam eder ve bu kimseler franchise verenden bağımsız çalışırlar⁸⁹¹. İşte bu özellik sayesinde franchise alanın franchise verenden ayrı bağımsız bir işveren olduğu ve kural olarak işçilerinin tek işvereni olduğu söylenebilecektir.

Ancak franchise düzenlemelerinin sıkı sıkı kontrol edilmeleri, özellikle son on yılda büyük franchise şirketleri için vazgeçilmez olan marka, ürün ve işletme modelinin tekdüzeliğini ve güvenilirliğini koruyabilmelerini sağlamak adına önemli ölçüde genişlemiştir. Bu sözleşmeler uyarınca, franchise verenler franchise alanın çalışanlarının çalışma koşullarını ve süresini eğitim vermek, el kitapçıkları hazırlamak ve franchise alan ile iletişimde bulunmak suretiyle kontrol etmektedirler. Franchise verenin temsilcileri tarafından habersiz, yerinde ziyaretler de dâhil olmak üzere, franchise veren, işi yapmak için gerekli olan işçilerin sayısını, her bir işin ifasında çalışma şeklini ve hızını, işte kullanılan ekipman ve malzemeleri, bu teçhizatın nasıl kullanılacağı hakkında işçilerin yetiştirilmesini ve standartların yeknesaklaştırılmasını sağlamak adına emir verebilmektedir. ABD’de bu sebeplerle ekonomik gerçekler göz önüne alındığında, toplu pazarlık konularının da temelini oluşturan çalışma süre ve koşullarını doğrudan etkileyen franchise verenin birlikte işveren olarak değerlendirilmesi tartışılmaya başlanmıştır⁸⁹².

Türk hukukunda franchisingler bakımında birlikte işverenlik tartışması yapılmamıştır. Kanaatimizce bütün çalışma tiplerinde olduğu gibi franchisingler bakımından da birlikte işverenlik teorisi geçerli olabilmelidir. Buna göre, franchise veren franchise alanın işçilerine karşı bir işveren gibi davranıyor, yönetim hakkını kullanıyor, işveren olmaktan kaynaklanan yetkileri kullanıyorsa birlikte işveren olarak kabulü

⁸⁸⁹ Gürzumar, s.105.

⁸⁹⁰ Kırca, s.43.

⁸⁹¹ Kırca, s.11.

⁸⁹² FREEMAN Harris; “Expanding Joint Employer Status: What Does it Mean for Workers and Job Creators?”, Before the Subcommittee on Health, Employment, Labor and Pensions Committee on Education and the Workforce United States House of Representatives, 1-7, s.5. Marka ve eğitim konusunda bkz. Carvell/Sherwyn, s.7.

gerekecektir. Bu anlamda hangi işçinin işe alınacağını belirlemek, işçiye doğrudan işi ile ilgili emir ve talimat vermek, işyeri kurallarını belirlemek, işçinin çalışma koşullarını değiştirmek, işçiye disiplin cezası uygulamak, işçinin iş sözleşmesini sona erdirmek gibi işveren yetkilerinin önemli bir kısmını yoğun bir biçimde kullanıyorsa franchise veren birlikte işveren olarak kabul edilmeli ve işçinin işçilik alacaklarından sözleşmenin tarafı işveren olan franchise alan ile birlikte sorumlu tutulmalıdır.

Burada dikkat edilmesi gereken iki husus bulunmaktadır. Bunların ilki, franchise verenin franchise alana verebileceği talimatların franchise sözleşmesini geçersiz kılacak bir düzeye ulaşip ulaşmadığıdır. İkinci husus ise franchise verenin franchise alana verdiği talimatlar dışında doğrudan franchise alanın işçilerine karşı kullandığı yönetim yetkisidir. Şayet franchise veren doğrudan işçilere değil, franchise alana sözleşmenin sınırlarını aşacak talimatlar veriyorsa bu durumda birlikte işverenlik niteliği değil, franchise sözleşmesinin geçerli olup olmadığı tartışılabilir. Ancak franchise veren doğrudan franchise alanın işçilerine karşı işveren şeklinde davranıyorsa bu durumda birlikte işveren sayılmalıdır.

3.2. Amerikan Hukukunda

Franchising özellikle ABD de uzun yıllar boyunca özendirme politikalarıyla desteklenmiştir⁸⁹³. Burada hukuken bağımsız, ekonomik anlamda bağımlı, tek kişilik şube halinde örgütlenmiş işçi benzeri franchisingler bulunmaktadır. Ancak bunlar korunmaya muhtaç bir kesim olarak görülmemektedir⁸⁹⁴. Oysa Almanya, Fransa, İsviçre gibi ülkelerde aynı durumda işçiyi koruyucu hükümler uygulanabilmektedir⁸⁹⁵. Fakat çalışmamız kapsamında incelediğimiz franchise türleri işçi benzerlerini kapsamadığından bu konuya girilmemiştir.

Bugün ABD de hemen hemen bütün fast food sektörü franchiselar üzerinden yürümektedir ve sadece gıda sektöründe 2012'de bu şirketler toplamda 7,44 milyar dolar kazanç elde etmiştir. En yüksek ücretli yöneticilerine 52,7 milyon dolar ödemiş ve

⁸⁹³ Erdenk, s.253.

⁸⁹⁴ Erdenk, s.253.

⁸⁹⁵ Erdenk, s.254. Ancak bu ülkelerde işçi benzerleri hakkında açık kanuni düzenlemelerin olduğu yönünde ve Almanya'da Eismann kararıyla ilgili olarak bkz. Erdenk, s.254-255; aynı yönde Fransız Yargıtayının kararı için bkz. Erdenk, s.257.

hissedarlarına 7,7 milyar dolar temettü dağıtmıştır⁸⁹⁶. Franchise markaları, işlerini yürütme hakkı için talep ettikleri fahiş ücretler de dâhil olmak üzere franchise alan ile olan anlaşma koşullarını genellikle genel işlem koşulu olarak dikte ederler. Lider şirketler, franchise şirketlerinin günlük işlemlerini önemli ölçüde kontrol edebilir. Franchise verenler, bir işyerinde kaç işçinin istihdam edileceğini, çalışma saatlerini, nasıl eğitileceklerini ve telefonda nasıl cevap vereceklerini dahi dikte edebilir. Franchise verenler, franchise alanların işçilerine ödedikleri ücretler üzerinde hiçbir etkilerinin bulunmadığını iddia ederken, ücretler hariç olmak üzere işletmelerdeki diğer tüm değişkenleri kontrol ederek ücretleri kontrol etmektedirler⁸⁹⁷.

Patterson v. Domino's Pizza LLC davasında (Patterson v. Domino's Pizza, L.L.C., 333 P.3d 723, 725-26 (Cal. 2014)) California Yüksek Mahkemesi, birbirinden uzakta binlerce mağazayı kontrol eden franchise verenin, markasını pazarlamak ve bayiliklerini tek tip olarak işletmek için kapsamlı ve titiz standartlar getirdiğini açıklamıştır. Franchise başarısı ve müşteri beklentileri bakımından bu tek tiplik çok önemlidir⁸⁹⁸. Aradığı hizmet ve ürün kalitesini dünyanın her yerinde aynı şekilde bulacağını umut eden müşteri sadık hale gelmektedir⁸⁹⁹. Franchise uzmanları, bu tek tipliğin getirdiği uyumu sağlamak adına, franchise verenin franchise anlaşmasında franchise verilen yerleri periyodik olarak denetleme hakkını saklı tuttuğu ve "franchise alanın performansı yetersiz kalırsa ilişkiyi feshetme hakkını" içerdiği için, uygulamanın zaman içinde daha katı hale geldiğini bildirmektedirler⁹⁰⁰.

Bir franchise verilen işletme üzerindeki yönetim miktarı, hizmetlerin veya ürünlerin niteliğine ve franchise verenin isteklerine bağlı olarak değişebilir. Bir franchise üzerinde franchise verenin yönetiminin kapsamını değerlendirirken;

- (1) Franchise sahibi olma süreci;
- (2) Franchising anlaşmasının koşulları;
- (3) Franchise sahibi tarafından ilan edilen politikalar, kılavuzlar, yönerge ve eğitim programları;

⁸⁹⁶ Ruckelshaus, vd. s.10.

⁸⁹⁷ Ruckelshaus, vd. s.11.

⁸⁹⁸ Arbeit, s.266.

⁸⁹⁹ Arbeit, s.268.

⁹⁰⁰ Arbeit, s.269.

(4) Franchise verenin çalışanları veya temsilcilerinin franchise verenin işletme faaliyetlerine dâhil edilme ölçüsü;

(5) Franchise sahibinin franchise operasyonları üzerinde gözden geçirme veya denetleme derecesi göz önünde tutulmalıdır⁹⁰¹.

Irizarry kararında tanımlandığı üzere, kişi (veya burada şirket) tarafından verilen kararlar "çalışanların istihdamının doğasını veya koşullarını doğrudan etkiliyorsa", çalışanlar üzerinde işletmesel kontrol (yönetim yetkisi) var demektir. Bir franchise veren ile franchise alanın çalışanı arasında bir iş ilişkisinin kurulmasında birincil faktör bu işletmesel kontrol olmalıdır. FLSA'daki geniş işveren tanımı da bunu gerektirmektedir. Franchise veren ilan ettiği politikalarla yapılan anlaşmalar yoluyla işi önleme veya kısıtlama yetkisine sahip olduğu için çalışmanın ve işletmenin devamı bakımından franchise verenin izninin olması gerekir. Bu anlamda da franchise alanın işçileri franchise verene ekonomik açıdan bağımlıdır⁹⁰². İşveren kavramı da FLSA'da geniş biçimde yorumlanmaktadır. Franchise veren franchise alan hakkında kararlar alarak doğrudan veya dolaylı olarak onun menfaatine hareket ettiği için FLSA kapsamında işveren olarak değerlendirilebilmektedir⁹⁰³. Zira Irizarry kararında olduğu gibi işçiler üzerinde nihai ve en üst düzeyde yönetim hakkını kullanmasına gerek olmadığı gibi işçilerle doğrudan temas halinde olmasına da gerek yoktur. İşletmesel kontrol işçi üzerinde de yönetim hakkı vermektedir.⁹⁰⁴ Kaldı ki 2. Dairenin birlikte işverenlik bakımından diğer durumlarda kullandığı faktörlerin birçoğu franchise bağlamında bir istihdam ilişkisini desteklemektedir. Örneğin standartlara uymama nedeniyle franchise'ı feshetme kabiliyeti franchise verene dolaylı bir işe alma ve işten çıkarma yetkisi vermektedir. Franchise veren teftişler vasıtasıyla istihdam şartlarını da denetlemektedir ve hem çalışanlara hem de halka karşı endişelerini gidermek bakımından bir güven algısı yaratmaktadır. Franchise veren, işçilere yapılacak ödeme oranı (veya bunun belirlenmesine yönelik bir formül) belirleyebilmektedir. Ayrıca franchise bedelini belirlemek veya denetlemek için istihdam kayıtlarının kendisine sunulmasını talep edebilir⁹⁰⁵.

⁹⁰¹ Arbeit, s.267. MORT, Geoffrey A.; "NLRB McDonald's Ruling and Franchisors", New York Law Journal, <http://www.newyorklawjournal.com/id=1202675246537/NLRB-McDonalds-Ruling-and-Franchisors?slreturn=20150027064604> Erişim Tarihi: 27.01.2015.

⁹⁰² Arbeit, s.271.

⁹⁰³ Arbeit, s.272.

⁹⁰⁴ Arbeit, s.273.

⁹⁰⁵ Arbeit, s.274.

ABD’de franchise lar üzerinden birlikte işverenlik konusu çok yoğun bir biçimde tartışılmaktadır. Özellikle, Ulusal Çalışma İlişkileri Kurulu (NLRB) Genel Konseyinin 29 Temmuz 2014’te McDonald’s’ın Amerika’daki yaklaşık 14.000 franchise alan restoranında çalışanların birlikte işvereni olduğu yönünde verdiği karar hem hukuk hem de iş dünyasında dalgalanmalar yaratmıştır⁹⁰⁶. NLRB beş üyeden oluşan bir kuruldur ve idari işlemlerde resmi kayıtlara dayanarak uyuşmazlıklarda karar veren yarı yargısal görev yapan bir organdır⁹⁰⁷. Bu beş üyeden üç üye eski sendika temsilcisi ya da işçidir. Bu nedenle McDonald’s kararında Kurulun işçi sempatisizliği ile hareket etmiş olabileceği, esas kararı verecek merciin Yüksek Mahkeme olacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır⁹⁰⁸. Ancak NLRB kararından önce de pek çok mahkemenin franchise sisteminde bağımsızlığı tartıştıktan sonra dahi, çalışanlar üzerinde ortak kararlar veren franchise verenleri, franchise alanın çalışanlarının istihdamında hukuka aykırı uygulamalardan sorumlu tuttuğu görülmektedir. Kurulun kararı ilk defa dile getirilmiş bir görüş değildir⁹⁰⁹. Franchise verenlerin sorumluluğunda mahkemelerin dayandığı ilkelerden biri de “görünür otorite ilkesi”dir. Buna göre, üçüncü tarafa iletilen sözcük ya da davranışlardan, bir işleme girme yetkisine sahip olduğu şeklindeki görünüşü ve inancı yaratan bundan sorumlu olur⁹¹⁰.

Aralık 2014 itibariyle McDonald’s ile ilgili franchise verenin franchise alanla birlikte işveren olduğu iddiasıyla açılmış devam eden 291 dava vardır. McDonald’s franchise alanların işçilerini temsilen Uluslararası Hizmet İşçileri Sendikası tarafından, ülke çapında birden fazla ve genellikle birden çok yerde meydana gelen yasa dışı davranış iddiaları ileri sürülmektedir. Bu iddialara göre franchise veren ana McDonald’s USA, LLC, franchise alan McDonald’s franchise ların işçilerine karşı; ayrımcı disiplin, çalışma saatlerinde azaltma, fesih, sendikaya ve toplu eylem hakkına karşı işçiye yönelik tehdit, gözetim, sorgulama, sendika temsilcileri veya diğer çalışanlarla sendikalar ve çalışanların

⁹⁰⁶ Mort, <http://www.newyorklawjournal.com/id=1202675246537/NLRB-McDonalds-Ruling-and-Franchisors?slreturn=20150027064604> 27.01.2015.

⁹⁰⁷ NLRB: Who we are? <https://www.nlr.gov/who-we-are/board> 14.5.2017.

⁹⁰⁸ Mort, dn.3’te belirtilen yazar, <http://www.newyorklawjournal.com/id=1202675246537/NLRB-McDonalds-Ruling-and-Franchisors?slreturn=20150027064604> 27.1.2015.

⁹⁰⁹ Örnek kabilinden Myers v. Garfield & Johnson Enterprises, 679 F.Supp.2d 598 (E.D. Pa. 2010); Cook v. Arrowsmith Shelburne, 69 F.3d 1235 (2d Cir. 1995) Ayrıntılı bilgi için bkz. Mort, <http://www.newyorklawjournal.com/id=1202675246537/NLRB-McDonalds-Ruling-and-Franchisors?slreturn=20150027064604> 27.1.2015.

⁹¹⁰ Bu konuda aynı yönde karar verilen ve verilmeyen dava örnekleri için bkz. Mort, <http://www.newyorklawjournal.com/id=1202675246537/NLRB-McDonalds-Ruling-and-Franchisors?slreturn=20150027064604> 27.1.2015.

çalışma koşulları hakkında iletişim konusundaki kısıtlamalar gibi zorlayıcı davranışlar⁹¹¹ sergilemiştir. Franchise veren franchise anlaşmaları üzerinden franchise alanın iş ilişkileri politikalarını yönetmiş veya sahiplenmiş, işgücü saatlerini optimize etmek için tavsiyelerde bulunmuştur. Bu nedenle bu ihlallerden birlikte sorumlu olmalıdırlar⁹¹².

Belirtilmelidir ki Mcdonald's kararının tersine Dominos kararında Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, Domino Pizza'nın yerel bir franchise alan çalışanının (Patterson v. Domino's davasında) cinsel tacizinden sorumlu olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, kararında modern franchising konusunu tartışıp, yeknesak bir pazarlama ve işletme planını empoze etmenin bir istihdam ilişkisi oluşturmadığını bildirmiştir. Çoğunluk görüşü, franchise sözleşmesinin franchise alan kişiyi "kendi yerel mağaza çalışanlarını işe almak ve/veya kiralamak" için tek sorumlu kişi olarak kıldığı sonucuna varmıştır. Dominos'un işçi el kitabı ve bilgisayara dayalı yönlendirmesi, kimin tarafından istihdam edildiği sonucunu değiştirmez⁹¹³. Yine de pek çok davada mahkemeler, franchiselarda yönetim hakkının "gerçekten önemli bir kısmını" elinde bulunduran franchise verenleri birlikte işveren olarak sorumlu tutmaktadır⁹¹⁴.

Ancak Eylül 2015 Browning-Ferris (Browning-Ferris Indus., Inc., 362 N.L.R.B. No. 186 (2015)) kararı ile NLRB birlikte işverenlik doktrinini daha da genişletmiştir. BFI kararına göre daha önce işçileri tedarik eden veya franchise alanın işçileri sayılan kimseler artık franchise veren veya işçileri kiralayan kişilerin işçisi sayılmakta ve bu kişiler varsayılan işveren değil, doğrudan işveren sıfatını haiz kabul edilmektedir. Bu birlikte işverenlik kuramının ise franchise modelini yok edecek kadar iş ilişkilerinde temelden değişikliklere yol açmış bulunduğu iddia edilmektedir⁹¹⁵.

⁹¹¹ NLRB Office of the General Counsel Issues Consolidated Complaints Against McDonald's Franchisees and their Franchisor McDonald's, USA, LLC as Joint Employers, <https://www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-office-general-counsel-issues-consolidated-complaints-against> 10.05.2017. HOGAN Aloysius; The NLRB Joint Employer Cases An Attack on American Business, Competitive Enterprise Institute, Issue Analysis 2015, No. 2, s.5.

⁹¹² Hogan, s.5.

⁹¹³ REID Brad; Who is an Employee, Joint Employee, or Independent Contractor? The Huffington Post, , http://www.huffingtonpost.com/brad-reid/who-is-an-employee-joint_b_5744774.html Erişim 2.11.2014

⁹¹⁴ McFarland v. Breads of World (McFarland v. Breads of the World, LLC, No. 1:09-cv-929, 2011 U.S. Dist. LEXIS 20703, at *31 (S.D. Ohio Feb. 1,2011)) ve Courtland v. GCEP-Surprise, LLC, franchisor Buffalo Wild Wings (Courtland v. CGEP-Surprise, LLC, No. CV-12-00349-PHX-GMS, 2013 U.S. Dist. LEXIS 105780, at *2 (D. Ariz. July 29, 2013)), Carvell/Sherwyn, s.14.

⁹¹⁵ Carvell/Sherwyn, s.6.

4. ŞİRKETLER TOPLULUĞU

4.1.Genel Olarak

İşletmeler arasında merkezi yoğunlaşma, ulusal ekonomiyi ve işletmelerin rekabet gücünü artıran bir etmen olarak kabul edilmekte olup, yaygınlaştırılan ve özendirilen bir eğilimdir⁹¹⁶. Teknolojinin gelişmesi ile kaçınılmaz hale gelen işletmeler arası bilgi alışverişi, mal ve hizmet üretiminde süreçler arası eşgüdüm ve bütünlüğün sağlanması, rizikonun paylaşılması, finansal ve vergisel kolaylıkların sağlanması, uluslararası açılımın daha rahat olması gibi sebepler şirket topluluklarının yaygınlaşmasını sağlamıştır⁹¹⁷. Bu nedenle ekonomik bütünleşmelere gitmek ve sermayenin merkezileşmesi olguları günümüzde artmıştır⁹¹⁸. İşletmeler arası merkezi yoğunlaşma; şirket toplulukları ve birleşmeler olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır⁹¹⁹. Çalışma konumuzla bağlantılı olan kısım şirketler topluluğu olduğundan, şirket birleşmeleri incelenmeyecektir.

TTK'da şirket toplulukları ile ilgili hâkimiyet ilkesi kabul edilmiş olup, bir sözleşmeye dayanmadan, bir ticaret ortaklığının başka ticaret ortaklıklarına iştiraki ile kurulan fiili topluluk düzenlenmiştir. Bir şirkete talimat verme yetkisi veren bir sözleşme ile kurulan sözleşmesel topluluk ise Kanunda düzenlenmese de geçerli sayılmıştır⁹²⁰.

Hâkimiyet ise, hâkim ortağın bağlı ortaklara istediği kararları aldırabilmesi, bağlı ortaklıkları yönleltebilme gücüdür⁹²¹. Hâkimiyet ve kontrol terimlerinin eş anlamlı olarak kullanıldığı TTK'da doğrudan ve dolaylı hâkimiyet, tek başına ve birlikte hâkimiyet ve tam hâkimiyet olmak üzere üç tür hâkimiyet tanınmaktadır⁹²². Doğrudan hâkimiyetin şartlarının sayıldığı 195. maddenin 1.fıkrası ve dolaylı hâkimiyetin tanımının yer aldığı 195. maddenin 2. fıkrası açıklıkla konuyu izah etmektedir. İlgili düzenlemeler “(1) a) bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

⁹¹⁶ POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin; Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, İstanbul 2017. (C.2), N.1991. Pulaşlı, Şirketler, s.158.

⁹¹⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2., N.1998. Engin, s.163.

⁹¹⁸ Doğan Yenisey, s.85. Pulaşlı, Şirketler, s.157. Engin, s.163.

⁹¹⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2., N.1991. Engin, s.164.

⁹²⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2., N.2001, N.2002c. Şirketler topluluğunun çeşitleri için bkz.

Bilgili/Demirkapı, s.122 vd. Pulaşlı, Şirketler, s.162 vd.

⁹²¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2., N.2011.

⁹²² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2., N.2012-2015.

2. şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,

b) bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir....

(2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.

(3) Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir.” şeklindedir.

Bu vasıtaların varlığı halinde, kullanılması dahi şirketlerin bir topluluk oluşturduğu kabul edilmektedir⁹²³. Şirketler topluluğu, TTK'nın 195. maddesinin 4. fıkrâ hükmünde “Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.” biçiminde tanımlanmaktadır. Burada şirketlerin alelade bir biçimde bir araya gelmelerinden değil, sözleşmeden veya fiili durumdan kaynaklanan ve bağlılık adı verilen özel bir irtibata sahip olduklarından bahsedilmektedir⁹²⁴. Hukuken bağımsızlığını koruyarak ortak bir yönetim altında toplanan şirket topluluklarında, gruba kısmen ya da tamamen hâkim durumda olan sermaye grubu ana şirkettir⁹²⁵.

Bir şirketin hukuken bağımsız başka bir şirket üzerinde doğrudan veya dolaylı hâkimiyet kurduğu durumda bağlı şirketten bahsedilir⁹²⁶. Bağlı şirket konzernden daha geniş bir kavramdır. Ancak konzernde de hukuken bağımsızlığını koruyan birden fazla işletme, başka bir işletmenin ortak sevk ve idaresi altında yeni bir ekonomik birlik oluşturduğundan burada da bağımlılık vardır⁹²⁷.

⁹²³ Göktürk, s.25.

⁹²⁴ Göktürk, s.8.

⁹²⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2., N.1997. Bilgili/Demirkapı, s.120. Pulaşlı, Şirketler, s.163. Göktürk, s.37.

⁹²⁶ KOÇ Sedef; Şirket Gruplarında İş İlişkileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003. (Şirket Grupları), s.4.

⁹²⁷ Koç, Şirket Grupları, s.5.

Genelde ana şirket, amacı diğer şirketlere katılmak olan ve anonim şirket şeklinde kişilik kazanan bir holdingdir. Ana şirket bağlı (yavru) şirketleri arasında bir koordinasyon sağlayarak ekonomik başarıyı hedefler⁹²⁸. Ana şirket ve yavru şirket(ler)den oluşan şirket topluluklarında, ekonomik birlik hukuken çokluk vardır⁹²⁹.

Ancak holding, şirketler topluluğu ile aynı şeyi ifade etmez. Holding, şirket grubunda ana şirket pozisyonundadır. Vurgulanmalıdır ki her ana şirket holding olmak zorunda değildir⁹³⁰. Holdingin konusu başka işletmelere veya ortaklıklara katılmaktır⁹³¹. Holdingin unsurları bir işletmenin diğerine katılması anlamında iştirak; bu iştirakin devamlı nitelik taşıması, bağlanan işletmelerin hukuken bağımsız olması, birleşmenin ekonomik bir fayda sağlama amacına yönelmiş olması, iştirak edilen işletmelerin birlikte sevk ve idaresidir⁹³². Her ne kadar holding ve şirketler topluluğu somut olayda çakışabilirse de aralarında farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle şirketler topluluğu sermaye yahut şahıs tüm ticaret şirketi tipleri için söz konusu olabilirken, holding faaliyet konusu itibariyle başlıca amaç olarak başka şirketlere katılmayı hedefleyen anonim şirket ve iştirak ettiği şirketleri belirtir⁹³³. Bu anlamda holdingin söz konusu olabilmesi için başka şirketlere iştirak edilmesi yeterli görülmektedir. Öğretide de hâkimiyet ve kontrolün şart olmadığı belirtilmektedir, oysaki şirketler topluluğu bakımından ana şirketin yavru şirkete hâkimiyet sağlayacak ölçüde iştiraki aranmaktadır⁹³⁴. Ayrıca holding tek bir şirketten de oluşabilirken, şirket topluluğunda ismiyle müsemma birden çok şirketin varlığı şarttır⁹³⁵.

Şirket toplulukları ve holding kavramları üzerine tartıştığı bir kararında⁹³⁶ Yargıtay; *“Terimolojik açıdan holding kavramına Anonim Ortaklıklarda (AO) rastlanır. Anonim Ortaklık yavru şirketlerin (yavru ortaklıkların) büyük oranda hisse senetlerine sahip olur. Ya da yönetim kurulunda kendi iradesine sahip yönetici bulundurur. Her iki durumda da holding ilişkisi söz konusu olur. Hâkim ortak “ana ortak” kendisine bağlı ortaklar ise “yavru ortak/yavru şirket” dir. Uygulamada daha sık görülen durum hisse senetlerinin alınması şeklinde gerçekleşmektedir. Ancak senet alımlarının denetimi gerekir, aksi halde*

⁹²⁸ Koç, Şirket Grupları, s.6. Engin, s.165.

⁹²⁹ Koç, Şirket Grupları, s.7.

⁹³⁰ Koç, Şirket Grupları, s.11. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2, N.1997.

⁹³¹ AYDINLI İbrahim; Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara 2001, (İşyeri), s.29. Engin, s.165.

⁹³² Aydınli, İşyeri, s.30.

⁹³³ Bahtiyar, s.69.

⁹³⁴ Bahtiyar, s.110, dn.118.

⁹³⁵ Bilgili/Demirkapı, s.120. Pulaşlı, Şirketler, s.159.

⁹³⁶ Y.9.HD. 4.7.2008, E. 2008/12825, K. 2008/18885. (Yayımlanmamıştır.)

hangi şirketin iradesine üstün tanınacağı sorun olur. Türk Ticaret Kanununun 48. maddesinde sözü edilen “ilaveler” kapsamında holding terimi ilave bir terim olarak kullanılabilir. Öte yandan işletmeler arası “merkezi yoğunlaşma” olgusu (konsantrasyon) yabancı ve Türk Hukuk sisteminde ağırlıklı olarak yer almaktadır. Bu bağlamda “konzern düzeni” “bağlı işletmeler” “işletmelerin birleşmesi” ve özellikle “holdingleşme” özel ağırlık taşır. Ana ortaklığın yavru ortaklar üzerinde tam bir egemenliği var ise; başka bir anlatımla yavru ortaklık ana ortaklığın bir bölümü gibi çalışıyor ise “nitelikli ortaklık.” Egemenlik ögesi sürekli olmayıp sıkı değilse, ana ortaklık yavru ortakların kazanç kaybı olacak şekilde sözleşme yapamıyorsa “basit ortaklık” tan sözedilir. Öte yandan aynı düzey ortaklıklar üretim ve finansa, faaliyetleri aynı ise “yatay ortaklıklar” üretim aşamalarına göre bir düzenleme var ise “dikey ortaklık” lardan sözedilir. (Daha fazla bilgi için B.K. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B.10, İstanbul 2005, sh 262, 263; 1019-1025) Holdinglerin hukuki sorumluluğu özellikle “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve “organik bağ” kavramları ışığında ele alınmalıdır. İdeal olan sorumluluğa dair düzenlemelerin yasalarda yer alması. Ya da ortak topluluğuna yönelik sözleşmelerde ayrıntılı açıklamalara yer verilmesidir.” yönünde özellikle şirket topluluklarında hâkimiyete dayanan ortaklık türlerini açıklamıştır.

Bir şirket topluluğunun oluşabilmesi için, hâkim ortaklığın ticaret ortaklığı olduğu hallerde en az iki bağlı ortaklık gerekmekte iken, hâkim ortaklığın bir teşebbüs olması durumunda en az üç bağlı ticaret ortaklığının varlığı gerekmektedir⁹³⁷. Topluluğun tüzel kişiliği bulunmaz. Bu nedenle yönetimi, amacının belirlenmesi ve sorumluluk konuları tartışmalı olmakla birlikte, topluluğun yönetilmesinin hâkim ortaklığın yükümlülüğü olduğu, topluluğun menfaatinin ortak menfaat (yarar) niteliği taşıdığı, sorumluluğuna haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁹³⁸. Şirket topluluklarında ekonomik kararların, grubun genel menfaatini gözeterek, bütün bağlı şirketlerin işgücü, mali imkânları ve araçları dikkate alınarak verileceği anlamında ortak yarardan⁹³⁹ sorumluluğa ilişkin düzenlemelerde bahsedilmemektedir. Ancak öğretide sorumluluk için topluluğun bir yarar sağlamış olması unsuru da aranmaktadır⁹⁴⁰.

Hâkim ortaklığın yarattığı zararlardan doğan sorumluluğu dört biçimde görmektedir. Bunların ilki, hâkim ortaklığın, hâkimiyeti kötüye kullanarak bağlı

⁹³⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2, N.2007.

⁹³⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2, N.2043.

⁹³⁹ Koç, Şirket Grupları, s.13.

⁹⁴⁰ Göktürk, s.93.

ortaklıklardan birine verdiği/vermediği kayıptan doğan iç sorumluluktur. İkincisi, hâkim ortağın verdiği talimatlar nedeniyle bağlı ortaklığın alacaklılarının uğradığı zarar nedeniyle doğan dış sorumluluktur. Üçüncüsü hâkim ortaklığın yarattığı güvenden doğan sorumluluğudur. Sonuncusu ise kanuna karşı hile ile yaratılan bağlı ortaklıklarla ilgili perdenin kaldırılması sorumluluğudur⁹⁴¹. İlk sorumluluk tipi iç ilişki ile ilgili olduğundan çalışmamızın kapsamı dışında yer almaktadır. Güven sorumluluğu ve perdenin kaldırılması hali ise ayrı başlıklar altında bu konudan bağımsız olarak incelenmiştir.

TTK'nın sorumluluk ile ilgili düzenlemeleri kısmi hâkimiyet hali için 202. maddede, tam hâkimiyet hali için 203. maddede yer almaktadır. Sorumluluğun muhatapları tam hâkimiyet halinde hâkim şirket ve ilgili yönetim kurulu üyeleri iken, kısmi hâkimiyette somut talebe göre değişmektedir⁹⁴². TTK'nın açıklayıcı bir dille sorumluluğu düzenleme altına aldığı 202. madde hükmüne göre;

“ (1) a) Hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını ayni veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez; meğerki, kayıp, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilsin veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerinde bir istem hakkı tanınsın.

b) Denkleştirme, faaliyet yılı içinde fiilen yerine getirilmez veya süresi içinde denk bir istem hakkı tanınmazsa, bağlı şirketin her pay sahibi, hâkim şirketten ve onun, kayba sebep olan, yönetim kurulu üyelerinden, şirketin zararını tazmin etmelerini isteyebilir. Hâkim istem üzerine veya resen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse, tazminat yerine bu maddenin ikinci fıkrası hükümlerine göre, davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir.

⁹⁴¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2, N.2070. Göktürk, s.45.

⁹⁴² Göktürk, s.45.

c) Alacaklılar da, (b) bendi uyarınca, şirket iflas etmemiş olsa bile, şirketin zararının şirkete ödenmesini isteyebilirler.

d) Kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı hâlinde tazminata hükmedilemez.

e) Pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı davaya, kıyas yoluyla 553, 555 ilâ 557, 560 ve 561 inci maddeler uygulanır...

Tazminat veya payların satın alınmasını istem davası, genel kurul kararının verildiği veya yönetim kurulu kararının ilan edildiği tarihten başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar...

(5) Bağlı şirketin yöneticileri, bu madde hükümleri dolayısıyla pay sahiplerine ve alacaklılara karşı doğabilecek sorumluluklarının tüm hukuki sonuçlarının, bir sözleşme ile üstlenmesini hâkim teşebbüsten isteyebilir.”

Ana şirketin tam hâkimiyeti durumunda bağlı şirkete verebileceği talimatlar, TTK'nın 203. maddesinde “Bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşıyıcılar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları talimata uymak zorundadır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu talimatların sınırı ise 204. maddede “Bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez.” biçiminde hüküm altına alınmıştır.

Ana şirketin verdiği talimatlar dolayısıyla alacaklıların bundan zarar görmesi durumunda izleyebilecekleri yol ise Kanunda 206. maddede “(1) Hâkim şirket ve yöneticilerinin, 203 üncü madde çerçevesinde verdikleri talimatlar dolayısıyla bağlı şirkette oluşan kayıp, o hesap yılı içinde, denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli de belirtilerek şirkete denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, zarara uğrayan alacaklılar hâkim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası

açabilirler. Davahılar 202 nci maddenin birinci fıkrasının (d) bendine dayanabilir. Bu davaya 202 nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uygulanır.

(2) Davahılar, krediden ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda, davacının, denkleştirmenin yapılmadığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek söz konusu alacağı doğuran ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bu durumu bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler.” demek suretiyle düzenlenmiştir.

Tam hâkimiyetten farklı olarak kısmi hâkimiyette hâkim şirketin talimatları bağlı şirket bakımından bağlayıcı değildir. Bu nedenle belirleyici olma anlamında “yönelme” ifadesinin tercihi olumlu görülmektedir⁹⁴³. Yapılan müdahale ile bağlayıcı olmayan bağlı şirketin yönlendirmeye uygun yahut farklı hareket etme imkânı bulunmaktadır⁹⁴⁴. TTK'nın 202. maddesinin gerekçesinde hâkimiyetin hukuka aykırı olarak kullanılması hâllerinin sınırlı sayı olmadan örnek olarak gösterildiği, hukuka aykırılığın, işlemin, alınan kararın veya uygulanan ya da uygulanmasından kaçınılan önlemin bağlı şirketin kaybına sebep olmasından ve şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına zarar vermesinden ve şirket yönünden haklı bir sebebi bulunmamasından kaynaklandığı, “kayıp” ifadesinin borçlar hukuku anlamında “zarar”dan farklı ve onu da kapsayacak genişlikte olduğu, hâkim şirketin makro planlarına ve politikalarına bağlı şirketin feda edilmesinin de bir kayıp olduğu ifade edilmektedir.

Hâkim şirketin verdiği talimatlarla yavru şirketi kayba uğratması durumunda hâkim şirkete bir kolaylık da sağlanmıştır. Bu kolaylık bağlı şirkete verilen kaybın o hesap yılında fiilen denkleştirilmesi veya denkleştirmenin nasıl ve ne zaman yapılacağı konusunda şirkete bir talep hakkı tanınmasıdır. Denkleştirme, hâkim ortaklığın kullandığı hâkimiyet nedeniyle kayba uğrayan bağlı ortaklığın süresi içinde, kayba denk, ölçülebilir, somut bir menfaatle giderilmesidir⁹⁴⁵. Gerekçede de ifade edildiği üzere “denkleştirme bağlı şirkete yarar ve bir avantaj tanınması gibi kaybın giderilmesini sağlayacak bir karşılığa ilişkin olabilir. Mesela verilen garanti veya kefaletin, karşı garanti ve kefalet ya da avallé güvence altına alınması, herhangi bir lisans ve marka kullanma hakkı tanınması, herhangi bir ücret talep edilmeden araştırma ve geliştirme hizmeti verilmesi, know-how verilmesi, personele staj ve eğitim imkânları sağlanması, pazarlama ağından yararlandırılması, denk değerinde bir taşınmazın devri, bağlı şirketin kayba uğramasının karşılığında

⁹⁴³ Göktürk, s.64-65.

⁹⁴⁴ Göktürk, s.79.

⁹⁴⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2, N.2149. Göktürk, s.159.

yararlandırılmış olan diğer bir bağlı şirketin sermaye artırımında rüçhan hakkı tanınması, şartlı sermaye artırımında kayba uğrayan şirketin hak sahibi kılınması gibi. Denkleştirme, kayba sebebiyet verilen hesap yılı içinde fiilen gerçekleştirilebileceği gibi, o hesap yılı içinde şirkete denkleştirmenin nasıl ve ne zaman yapılacağı konusunda bir talep hakkı kazandırılması da mümkündür. Talep hakkının kullanılmasının, beklenen faydayı sağlamayacak şekilde uzun bir süreye yayılmaması ve kayba uğrayan bağlı şirketin yenilik doğurucu haklarla talebin konusuna kavuşmasının mekanizmalarının da öngörülmesi tercih edilmelidir.” yönündeki görüşler dikkate alınmalıdır.

Denkleştirmenin yapılmaması halinde dava hakkı, hukukî gerçekçilik gerekçesiyle bağlı şirkete tanınmamış, pay sahipleriyle şirket alacaklılarına tanınmıştır. Ayrıca burada alacaklıların dava açma hakları şirketin iflâsına da bağlanmamıştır. Bu önemli bir ayrıntıdır.

Konumuz bağlamında önemli olan bir diğer düzenleme de kayba sebebiyet veren işlemin, zaten bağlı şirket tarafından da yapılacağı yahut özenli/basiretli bir yöneticinin bağımsız bir şirkette de yapacağı bir işlem olması durumunda, zarara uğrayanların zararının tazmin edilmeyeceği yönündeki düzenlemedir. Gerekçeye göre “*bu hüküm, adaletin gereğidir.*” Hükümden anlaşılan bir diğer durum ise kusurlu sorumluluk esasının kabul edilmiş olduğudur⁹⁴⁶.

TTK’nın 202. maddesinin 5. fıkrasına ilişkin gerekçede de belirtildiği üzere uygulamada, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri, kendilerinin sorumluluğunu gerektirebileceğini düşündükleri için yapmaktan çekinecekleri bazı tasarrufları, yukarıdan gelen talimat nedeniyle yapmak zorunda kalabilmektedirler. Böyle bir durumda kalan yönetim kurulu üyesi, kanundan doğan sorumluluğunu bertaraf edemez. Bu nedenle, yönetim kurulu üyesi, kendisine düşebilecek sorumluluğun hâkim şirket tarafından karşılanması için hâkim şirketle sözleşme yapmalıdır.

Tam hâkimiyet durumunda ise somut olay gerçeğinin gereğine uygun olarak, bir şirketin doğrudan veya dolaylı bir şekilde bir diğer şirketin paylarına ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olması durumunda bağlı şirketin yönetim kurulunun “tam bağlı” bir yönetim kurulu olduğu, bu kurulun da hâkim şirketin talimatlarına uymadığı halde işini yitirecek olan üyelerden oluştuğu, bu nedenle üyelerin sorumsuzluğu, ancak şirket

⁹⁴⁶ Bilgili/Demirkapı, s.130.

alacaklılarına dava hakkı tanımak suretiyle zararlarının giderilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Tam hâkimiyet halinde de hâkim şirket bağlı şirketin kaybını denkleştirmek zorundadır. Aksi halde şirket alacaklıları hem hâkim şirketi hem de hâkim şirketin yönetim kurulu üyelerini dava edebilirler.

Çalışma konumuz bağlamında önemli olan pay sahiplerinin değil, alacaklıların sorumluluk davası açma hakkıdır. Alacaklı sıfatının ne zaman kazanıldığıının dava hakkı bakımından bir önemi yoktur. Ayrıca şirket iflas etmeksizin de bağlı şirketin alacağıının teminat altına alınması maksadıyla dava açabileceklerdir⁹⁴⁷.

Kısmi hâkimiyette alacaklılar doğrudan kendi zararlarını değil, bağlı şirketin zararını sorumlulardan talep edebilmektedirler. Oysa böyle açık bir hüküm tam hâkimiyette yer almamaktadır. Bu nedenle alacaklıların kendi zararlarını doğrudan tazmin ettirmeye yönelebilecekleri öğretide savunulmaktadır⁹⁴⁸. Ancak yapılan kanuni atıfların da incelenmesi ile sistematik yorum yapan başka yazarlarca, burada da bağlı şirketin zararının tazmini yönünde dolaylı tazmin yaklaşımı benimsenmektedir⁹⁴⁹. O halde söz konusu olan alacaklının bağlı şirketten olan alacağıını hâkim şirketten talep etmesi şeklinde doğrudan değil, denkleştirmeden doğan zararın giderilmesini talep etme şeklinde dolaylı bir tazmin anlayışıdır⁹⁵⁰.

4.2.Şirket Topluluklarında Birlikte İşverenlik

4.2.1.Türk Hukukunda

Sermayenin merkezileşmesi, ekonomik gücü kullanarak kararlar veren ile bu kararları uygulayıp sorumlulukları taşıyanların farklı kişiler olmasına sebep olmuştur⁹⁵¹. Hal böyle olunca şirket toplulukları gibi post fordist uygulamalar işverenin tespitini de güçleştirmektedir⁹⁵². Şirket topluluklarında, topluluğun mahiyetinin verdiği kolaylıkla işçinin birden fazla şirkete iş görmesi durumu ile daha sık karşılaşılır. Sözleşme bağı

⁹⁴⁷ Göktürk, s.218-219.

⁹⁴⁸ Göktürk, s.271, dn. 760'ta belirtilen yazarlar.

⁹⁴⁹ Göktürk, s.272 ve s.271 dn.760'ta belirtilen yazarlar.

⁹⁵⁰ Göktürk, s.281.

⁹⁵¹ Doğan Yenisey, s.414.

⁹⁵² Doğan Yenisey, s.86. Engin, İşveren Kavramı, s.107.

olmaksızın ana şirkette bağlı şirketin işçileri çalışabilir veya farklı bağlı şirketin işçileri diğer bağlı şirket için de çalışabilir⁹⁵³. Örneğin en basitinden, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin tazminat alacaklarından görünüşte işveren olan bağlı şirket mi yoksa ana şirket mi sorumlu olacaktır sorusu cevaplanmalıdır⁹⁵⁴.

Şirket topluluklarında çalışan işçilerin işverenin kimliği hakkında öğretilerdeki tartışmalar yeni değildir. Holdinge bağlı şirketlerin tüzel kişiliklerinin ekonomik ve sosyal bütünlük içinde bünyesinde eridiği bir işletme kavramının önerilmesi⁹⁵⁵ ile başlayan tartışmalar günümüzde dahi devam etmektedir. Bu görüşe göre holding içinde hangi şirkette çalışırsa çalışsın işçilerin işvereni holding işletmesi bir diğer ifadeyle holdingi oluşturan şirketlerdir⁹⁵⁶. Konuya ilk değinen yazar, ayrı tüzel kişiliğe sahip birden çok şirketten meydana gelen şirket topluluklarının tek bir işletme sayılabileceğini, bunun ticaret hukuku ilkelerine uymasa da iş hukuku ilkelerine uygun olduğunu belirtmektedir⁹⁵⁷. Öğretilerde benzer yöndeki bir diğer görüş ise bu sayılanlara ek olarak, yönetim kurulu kararları gibi somut belgelerle ortaya konan hallerde, işçi ile ilgili işe alma, işten çıkarma, disiplin cezası verme gibi kararların ana şirket tarafından alınması durumunda ana şirketin somut işveren, bağlı şirketin ise soyut işveren olarak nitelendirilebileceğini savunmaktadır⁹⁵⁸. Holdingin bir işletme olarak görülmesi için bireysel iş hukuku bakımından ek bir şart aramaya gerek olmadığı ancak, toplu iş hukuku bakımından şirketlerin aynı işkolunda olması gerektiği de belirtilmektedir⁹⁵⁹. Kanaatimizce şirket grubunu soyut işveren olarak gören bu görüş yerinde değildir⁹⁶⁰. Zira soyut-somut işveren ayrımının sosyolojik bir ayrım olmasının da ötesinde bağlı şirket bağımsız bir tüzel kişiliği bulunan, hak ve fiil ehliyetine sahip bir hukuk süjesidir. Soyut-somut işveren ayrımı ise işveren olma yetkilerini çeşitli hukuki sebepler nedeniyle kullanamayan işveren bakımından geçerlidir. Holdinge işveren niteliği tanıyan görüşe katılmayan aksi yöndeki çoğunluk görüş ise, holding bünyesindeki şirketlerin her birinin ayrı tüzel kişiliği bulunduğundan holdingin bir bütün olarak değerlendirilip, işveren olarak görülemeyeceği yönündedir. Başka bir ifadeyle bu görüşe göre holding veya şirketler topluluğu söz konusu

⁹⁵³ Engin, s.166-167.

⁹⁵⁴ Engin, s.166.

⁹⁵⁵ OKUR Ali Rıza; İHU, İşK.14, No:26, s.3. Aydın, İşyeri, s.137.Engin, s.203.

⁹⁵⁶ Aydın, İşyeri, s.138-139.

⁹⁵⁷ Okur, İHU, s.2-3. Aydın, İşyeri, s.139. Engin, s.215.

⁹⁵⁸ Aydın, İşyeri, s.138-139. Yılmaz, s.220. Engin, s.215.

⁹⁵⁹ Aydın, İşyeri, s.149.

⁹⁶⁰ Aynı yönde Boetzkes, s.185. Benzer bir örnekte ancak şirketin yöneticileri veya genel müdürünün somut işveren niteliğini haiz olabileceği belirtilmektedir.

olduğunda işveren sıfatı holding ya da şirketler topluluğunda değil, sözleşmesinin tarafı olan şirkettir⁹⁶¹.

Ekonomik karar merkezi ile iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin farklı olması hukuken çözülmesi gereken birtakım problemler doğurmaktadır. Örneğin, iş sözleşmesinin tarafı olan bağlı şirket ana şirketin talimatlarına uyarak işyerini kapattığında, işçiye karşı kimin sorumlu olduğu sorusunun cevabı bulunmalıdır⁹⁶².

Ana şirketin hâkimiyetindeki yavru şirketler hukuken bağımsız olsalar da fiilen ve iktisaden bir bütün oluştururlar⁹⁶³. Ana şirketin bağlı şirketin işçi alımlarında, bu işçilerin akdettikleri sözleşmelerin içeriğinin belirlenmesinde, işten çıkarılmalarında etkisi olabilmektedir⁹⁶⁴. Ana şirketin işçiler üzerinde etkisi bunlarla sınırlı değildir. İşverenin yetkilerinden biri de kural koyma yetkisidir. Şirket topluluklarında, ana şirket genel çalışma şartlarının belirlenmesi ve personel yönetmeliğinin yürürlüğe konmasında ilkeleri belirler ve bağlı şirketler bu ilkeleri personel yönetmeliği olarak kabul ederler⁹⁶⁵. Tüm bu sayılan sebeplerle şirket topluluklarının iş hukuku bakımından önem arz ettiği nokta işverenin tespiti⁹⁶⁶. Bu tespit yapılırken de işletme sınırları aşılar, örgütlenmenin bütünü değerlendirilmelidir⁹⁶⁷. Şirket topluluklarında işveren belirlendikten sonra işçinin kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izni bakımından işçinin kıdemini hesaplanmasında süreklilik sağlanmalıdır. Bir diğer ifadeyle işçinin kıdemi bir bütün halinde hesaba katılmalıdır⁹⁶⁸.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre şirket topluluklarında işçi birden fazla şirkete çalıştığında birlikte işverenlik olabilir⁹⁶⁹. “İşçinin birden çok şirketin emir ve talimatlarına bağlı olarak çalışması halinde bunların hepsi işveren kabul edilmelidir.”⁹⁷⁰ Bir işletme bütünü oluşturmayan şirket topluluklarında işverenin yönetim hakkı ölçüt alınarak işveren tespiti yapılmalıdır⁹⁷¹. Bir diğer ifadeyle işçi üzerinde yönetim hakkı kullanan şirket, işçinin sözleşme ile bağlı olduğu şirket yanında birlikte işveren sayılmalıdır. Ancak işçi üzerinde yönetim hakkı kullanılmıyorsa menfaat birliği olsa dahi,

⁹⁶¹ EKONOMİ Münir; Şirket Topluluklarında –Holdinglerde İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S.5, 2001, 3-27. (Şirket), s.24. Süzek, s.158. Kılıçoğlu/Şenocak, s.22.

⁹⁶² Koç, Şirket Grupları, s.33. Doğan Yenisey, s.415.

⁹⁶³ Aydınli, İşyeri, s.28.

⁹⁶⁴ Ekonomi, Şirket, s.4.

⁹⁶⁵ Ekonomi, Şirket, s.21.

⁹⁶⁶ Koç, Şirket Grupları, s.15.

⁹⁶⁷ Ekonomi, Şirket, s.7-8.

⁹⁶⁸ Ekonomi, Şirket, s.22.

⁹⁶⁹ Koç, Şirket Grupları, s.20. Engin, s.208.

⁹⁷⁰ Engin, s.208.

⁹⁷¹ Engin, s.208. Koç, Şirket Grupları, s.20.

şirketler birlikte işveren olarak nitelendirilemez⁹⁷². Yargıtay da birlikte istihdam etme olgusunun bulunduğu durumlarda birlikte işverenlik tesis ederken, salt holding olmayı birlikte işveren olarak sorumlu tutmak için yeterli görmemektedir⁹⁷³. Birlikte işverenlik için illa işçinin yavru şirketin işçisi olması gerekmez. Ana şirketin işçisinden bağlı şirketlerin de faydalanması durumu söz konusu olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken kısmi süreli bir çalışmanın olup olmadığıdır⁹⁷⁴.

İşçinin emri altında çalıştığı şirketlerle olan sözleşmesel ilişkisi hakkında da yukarıdaki görüş haklı olarak işçinin iş görme ediminin niteliğini esas almaktadır. Bu görüşe göre iş sözleşmesinin konusu iş görme edimi olduğundan, işçi aynı iş görme edimi ile birden fazla şirkete bağlı olarak çalışıyorsa tek bir sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir⁹⁷⁵. Ancak her bir şirkete ayrı iş görüyor, bir diğer deyişle farklı edimler ifa ediyorsa, her birine ayrı bir sözleşme ile bağlıdır⁹⁷⁶.

Ana şirket ve yavru şirketin işveren niteliği bakımından sıklıkla karşılaşılan bir husus da yavru şirketin görünüşte kalması, kanuni yükümlülüklerden kaçınmak için kanuna karşı hile yoluyla kurulan yavru şirketlerin tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak gizlenen gerçek sorumluya ulaştırılmasıdır⁹⁷⁷. Teşebbüs özgürlüğü gereği tüzel kişilik perdesinin kaldırılması istisna olmalıdır⁹⁷⁸. Ancak ana şirketin hakkın kötüye kullanılması suretiyle sorumluluktan kaçınmak için bağlı şirketler kurması durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilebilir. Kanuna karşı hilenin olmadığı durumlarda sadece sözleşmenin tarafı bağlı şirketi sorumlu tutmak, ana şirketin etkisini göz ardı etmek olacağından işçileri koruyucu başka bir çözüm oluşturmak gerekmiştir⁹⁷⁹. Fakat bu konuda başka bir görüş ancak sözleşmenin tarafı olan işvereni sorumlu tutmanın mümkün olduğunu, bağlı şirket dışında ana şirketin sorumluluğuna ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması imkânı olan durumlarda gidilebileceğini, bunun dışında ana şirkete ayrıca işveren sıfatı vermenin mümkün olmadığını ifade etmektedir⁹⁸⁰.

⁹⁷² Koç, Şirket Grupları, s.20.

⁹⁷³ Y.9.HD. 21.3.2006, E.2006/4637, K.2006/7154. (Yayımlanmamıştır.)

⁹⁷⁴ Koç, Şirket Grupları, s.21.

⁹⁷⁵ Engin, s.208.

⁹⁷⁶ Engin, s.209.

⁹⁷⁷ Aydınli, İşyeri, s.53.

⁹⁷⁸ Aydınli, İşyeri, s.131.

⁹⁷⁹ Koç, Şirket Grupları, s.35.

⁹⁸⁰ Ekonomi, Şirket, s.6-8.

Şirket topluluklarında işverenin tespiti ve birlikte işverenlik bakımından Yargıtay kararları da incelenmeye değerdir. Salt holdingin varlığının birlikte işveren olmak bakımından yeterli olmadığı yönünde Yargıtay⁹⁸¹; “Somut olayda; davacının işverenin dava dışı olan U. Seyahat Nakliyat Anonim Şirketi olduğu görülmektedir. Davalı şirket holding ve dava dışı bu şirket holding bünyesinde yavru bir şirket ise de farklı tüzelkişiliklere sahiptirler. Ayrıca davacı tarafından birlikte istihdam, geçici iş ilişkisi, işyeri devri, iş sözleşmesi devri ya da muvazaa veya tüzelkişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren başka durumlar iddia edilmemiştir. Sırf yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile ortaklarının bir kısmının aynı olması ve holding-yavru şirket ilişkisinin bulunması davalı şirketin de davacının taleplerinden sorumlu olduğunu sonucunu doğurmaz. Dosya kapsamındaki belgelere göre yargılama sırasında davacının işverenin dava dışı U. Seyahat ve Nakliyat A.Ş olduğu anlaşılmasına rağmen davacı tarafından maddi hataya dayalı bir taraf hatası yapıldığı ileri sürülerek dava dışı bu şirketin davaya dâhil edilmesi de istenmemiştir. Şu halde davanın husumet sebebiyle reddi gerekirken bunun yapılmayarak dava hakkında karar verilmesi isabetsizdir.” biçiminde sırf davalılar arasında holding-yavru şirket ilişkisinin bulunmasının birlikte işverenlik olduğuna karine olamayacağı yönünde karar vermiştir. Aynı yöndeki başka bir kararında⁹⁸² ise “Somut olayda, davacının çalıştığı işyerinin ait olduğu şirketin dava dışı K. Holding A.Ş.e bağlı bir şirket olduğu, aynı Holding bünyesinde toplam 18 şirketin yer aldığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, işyerinde toplam 3 işçinin çalıştığını, bu nedenle davacının işe iade davası açma hakkının bulunmadığını ileri sürmüştür. Holding içinde yer alsa da davalı şirketin gerek Holding, gerek aynı Holding içinde yer alan diğer şirketler karşısında farklı bir tüzel kişilik olduğu açıktır. Bu nedenle 30 işçi sayısı öncelikle davalı şirkete ait işyeri veya işyerlerine göre belirlenmesi gerekir. Adı geçen Holding ve bağlı olan diğer şirketlere ait işyerleri kural olarak davalı şirkete ait değerlendirilemez. Ancak, davacının Holding ve diğer şirketler tarafından “birlikte istihdam” edildiği söz konusu ise bu durumda, diğer şirketlere ait işyerlerindeki işçi sayısı da göz önünde bulundurulabilir. Mahkemece bu husus araştırılmadan diğer şirketlere ait işyerlerinde çalışan işçi sayılarının da 30 işçi kıstasında dikkate alınmış olması doğru değildir.” ifadelerine yer vererek iş güvencesi için gerekli otuz işçi sayısının tespitinde, holdingteki diğer işyerlerindeki işçi sayısının da dikkate alınabilmesi için birlikte işverenliğin söz konusu olması gerektiği belirtilmiştir.

⁹⁸¹ Y.22.HD. 04.06.2014, E. 2013/13472, K. 2014/15884. www.lexpera.com.tr

⁹⁸² Y.9.HD. 21.3.2006, E.2006/4637, K.2006/7154. (Yayımlanmamıştır.)

Bir başka kararında da Yargıtay yine işçinin aynı şirketler topluluğunda birden fazla işverene hizmet vermesinin şirketlerin ayrı tüzel kişilikleri olduğu, ayrı işverenler olduğu sonucunu değiştirmedigini hükme bağlamıştır. Bu kararında⁹⁸³ “Somut olayda, mahkemece, davacının, davalı ile dava dışı şirket tarafından aynı anda kurum kayıtlarında sigortalı olarak gösterildiği, grup şirketi oldukları ve dava dışı şirkette otuzdan fazla işçi çalıştığı kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmiş ise de, karar dosya içeriğine uygun düşmemektedir. Davalı ile dava dışı şirketin aynı şirketler topluluğuna ait olmaları, farklı tüzel kişilikleri olduğu ve dolayısıyla ayrı işveren oldukları gerçeğini değiştirmemektedir. Davacı ayrı bir sözleşme ile davalı işyerinde çalışmış olup fesih tarihi itibarıyla davalıya ait işyerinde otuz ve daha fazla işçi çalışmadığından, davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir. Şu halde, davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” ifadelerine yer vermiştir. Holdingler bakımından aynı yöndeki bir diğer kararında da Yargıtay⁹⁸⁴; “Mahkemece Holding şirketlerinin kimya alanında faaliyet gösterdikleri, ortaklık yapısının benzer olduğu ve kimisinin üretim, kimisinin pazarlama şirketi olduğu, kimisinin acente şeklinde çalıştığı anlaşılmakla, aynı iş kolunda faaliyet göstermeleri sebebiyle ortaklık yapıları da gözetildiğinde 30 işçi hesabında tüm holding şirketlerinin çalışan sayılarının dikkate alınması gerektiği, fesih bildiriminde sebep belirtilmediği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. ...Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır. Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta fesih tarihi itibarıyla davalı şirkete ait dava konusu işyerinde çalışan işçi sayısı 2 dir. Davalı şirketin aynı iş kolunda başka bir işyerinin bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Davalı işveren, aynı holdinge ait şirketlerce davacının birlikte istihdam edilmediğini, aynı holdinge ait de ola farklı tüzel kişiliklere ait işyerlerindeki işçilerin asgari 30 işçi sayısının tespitinde dikkate alınamayacağını ileri sürmüştür. Gerçekten, kural olarak aynı gruba ya da holdinge ait olsalar da farklı tüzel kişiliklere ait işyerlerindeki işçi sayısı asgari 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmaz. Ancak, davacı müşteri temsilcisi olup, aynı holdinge bağlı diğer şirketlere de aynı anda hizmet vermişse hizmet verdiği şirketlerin “birlikte istihdam”ından söz edilir ve bu durumda birlikte istihdam eden şirketlere ait işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı göz önünde bulundurulması gerekir. Bu nedenle, davalı şirkete ait aynı iş kolunda başka bir

⁹⁸³ Y.22.HD. 20.05.2014, E. 2013/19579, K. 2014/13390. www.lexpera.com.tr

⁹⁸⁴ Y.9.HD. 08.02.2010, E. 2009/15455, K. 2010/2647. (Yayımlanmamıştır.)

işyerinin bulunup bulunmadığı, davacının aynı holdinge ait diğer şirketlere de aynı anda hizmet verip vermediği araştırılarak, asgari 30 işçi koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği belirlendikten sonra sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.” yönünde hüküm tesis etmiştir.

Yargıtay, kararlarında istikrarlı bir biçimde şirket topluluklarında birlikte işverenlik olabilmesi için şirketlerin işçiyi birlikte istihdam etmelerini aramaktadır. Bir diğer ifadeyle şirket topluluğunda çalışmayı birlikte işverenlik bakımından bir karine olarak öngörmemektedir. *“Sırf aynı grup içinde yer almaları davalı şirketin de davacının taleplerinden sorumlu olduğu sonucunu doğurmaz.”*⁹⁸⁵ ifadeleri ile de bu vardığı sonucu izah etmektedir. Yargıtay birlikte işverenlik için işçilerin gruptaki şirketlere fiilen çalışmasının gerektiği yönünde bir diğer kararında da⁹⁸⁶ *“Davalı şirketler, ayrı tüzel kişilik olan ve işveren sıfatı bulunmayan şirketler hakkında dava açılmasının doğru olmadığını, davacının Ü. Gıda San.ve Tic.A.Ş. ve Y. Holding A.Ş.’de herhangi bir çalışmasının bulunmadığını, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir... Dosyadaki bilgi ve belgelere ve özellikle SGK kayıtlarına göre davacının en son davalı B. Ltd.Şti.nin işçisi olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin anılan şirket tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır...Ancak, dosya kapsamına göre faaliyet konuları tamamen farklı olan davalıların davacıyı birlikte istihdam etmedikleri, ayrıca davalılar arasında asıl işveren-alt işveren, geçici iş ilişkisi gibi bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı şirketlerin aynı gruba ait diğer bir şirketin ortağı olması, farklı tüzel kişilik oldukları gerçeğini değiştirmez. Bu nedenle, aynı gruba bağlı olduklarından söz edilerek tüm davalıların sorumluluklarına yol açacak şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”* demek suretiyle fiilen bu şirketlere de çalışma yapılmaması durumunda, aynı gruba bağlı şirketler olmayı birlikte işverenlik tesisi bakımından yeterli görmemektedir.

Şirket topluluklarında bir işçinin gruptaki birden fazla şirket için çalışmasını örneklendiren kararlar da çok sayıdadır. Esasında birlikte işverenlik tesis edilip edilmeyeceğinin tartışıldığı hemen hemen bütün kararlarda yer alan standart ifadeleriyle Yargıtay; *“Özellikle gurup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermekteler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle*

⁹⁸⁵ Y.22.HD. 7.3.2014, E. 2013/3575, K. 2014/5185. www.lexpera.com.tr

⁹⁸⁶ Y.9.HD. 15.03.2010, E. 2009/16877, K. 2010/6688. (Yayımlanmamıştır.)

bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir.” biçiminde kararlar vermekte ve birlikte işverenliğin özellikle şirket gruplarında, muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, yemek gibi ortak işlerde görüldüğünü vurgulamaktadır⁹⁸⁷. Bu örnekler elbette sınırlı sayıda değildir. Nitekim şirket topluluğundaki bütün bağlı şirketlere avukatlık hizmeti veren ve aynı zamanda bir avukatlık bürosunda çalışan avukatlarla ilgili birlikte işverenlik tesis eden Yargıtay kararı da bu anlamda ek örnek niteliğindedir⁹⁸⁸. Burada Yargıtay “...davalı şirketin, fesih öncesi ve fesih sonrası organizasyon şemalarında, hukuk biriminin varlığını sürdürdüğünün tespit edildiği, İnternet erişiminde de bu şekilde gözüktüğü, K. Hukuk Bürosu avukatları olan F. Çiğdem Ç., A. Kılıç K., E. İ., B. Tunç K. isimli avukatların 01/05/2012 tarihinde aynı adreste birlikte faaliyet gösteren diğer grup şirketinde işe alındığının ve davanın da bu avukatlarca takip edildiğinin anlaşıldığı, davalı şirket tarafından kendi hukuk müşavirliğindeki avukatları işten çıkartarak ve K. Hukuk Bürosundaki adı geçen avukatları da grup şirketlerde işe alarak yeniden yapılanmaya gittiği, bu kapsamda bilirkişi raporundaki davalı işverenin hukuk faaliyetlerini dışarıya vermesi gibi bir durumdan söz edilemeyeceği gibi grup şirketine yeni avukatlar alındığı, K. Hukuk Bürosunun da ayrıca bağımsız varlığını da sürdürdüğünün dosyadaki yazılardan anlaşıldığı, davalı tarafça sunulan belgelerden de davalı şirket ve tüm grup şirketlerinin hukuk hizmetlerinin K. Hukuk Bürosu tarafından yerine getirildiği, hem hukuk müşavirliği bünyesinde hem de K. Hukuk Bürosu bünyesinde yürütülen hizmetlerin tek elden yürütüldüğünden bahsedildiği ancak davalı şirketçe kendi kadrolu avukatları işten çıkartılıp grup şirketleri kadrosuna K. Hukuk Bürosu avukatlarının bordroya dâhil edilip birlikte istihdam şeklinde istihdam edildiklerinin sabit olduğu, bu nedenlerle fesih yazısında " Şirketimiz bünyesinde gerçekleştirilen hukuk yapılanmasına ilişkin bu hizmetin etkinliği ve verimliliğini artırmak üzere, organizasyonel değişikliğe gidilmiş olup, hukuk hizmetinin uzunca bir süredir dışarıdan Hukuk Danışmanlığı hizmeti aldığımız büro tarafından, tek elden yürütülmesine karar verilmiş ve organizasyon değişikliği sonucu kadronuz kaldırılmıştır. gerekçesinin birlikte istihdam şeklinde K. Hukuk Bürosu

⁹⁸⁷ Y.7.HD. 20.03.2013, E.2013/4486, K.2013/4000. (Yayımlanmamıştır.) Y.22.HD. 13.09.2013, E. 2013/18800, K. 2013/18737. www.lexpera.com.tr

⁹⁸⁸ Y.7.HD. 15.05.2013, E.2013/10703, K.2013/8925. (Yayımlanmamıştır.)

avukatlarının grup şirketleri kadrosuna dâhil edilerek davacılar yerine işe alındığının ve hukuk biriminin de organizasyon şemasında yerini koruduğunun anlaşılmasına göre Mahkemenin 27.12.2012 tarihli kararının ONANMASINA ...” karar vermiş olup, şirket gruplarında çalışan avukatları işten çıkarıp, yerlerine bir hukuk bürosunun avukatlarını işe alıp aynı zamanda o hukuk bürosu ile de çalışan bir holdingte, grup şirketlerin birlikte işveren olduğunu öngörmüştür. O halde şirket gruplarında sadece yemek, temizlik, muhasebe gibi işler değil, avukatlık hizmeti de ortak bir şekilde çalıştırılan avukatlar eliyle gördürülüp birlikte işverenliğe konu olabilir. Esasında burada sınırlama, yapılan iş üzerinden değil, birlikte çalıştırmak üzerindedir.

4.2.2.Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Oluşturduğumuz birlikte işverenlik teorisine göre kısaca “tamamen işveren gibi davrananın işveren gibi sorumlu olması esastır.” Bu esastan yola çıkarak şirket topluluklarında işverenin ve birlikte işverenin tespitini yapmak daha kolay olacaktır. Bu konuda iki çözüm getirmek mümkündür. İlki Fransız hukukunda olduğu gibi içtihat yoluyla konuya çözüm getirmektir. İkincisi ise konuya özel kanuni düzenleme yapılmasıdır⁹⁸⁹.

Öğretide bizim de benimsediğimiz bir görüşe göre “İşvereni belirlemek,...işçiler üzerinde yönetim hakkını kullanan kişiyi bulmak anlamına gelir.”⁹⁹⁰ Şirket topluluklarında da işverenin tespiti yönetim hakkını kullanan kişinin belirlenmesini gerektirmektedir. Öğretide de haklı olarak şirket topluluklarında işçi birden fazla şirkete çalıştığında birlikte işverenlik olabileceği savunulmaktadır⁹⁹¹. Burada birlikte işverenlik bağlı şirketler arasında olabileceği gibi, bağlı şirketle ana şirket arasında da olabilir. İşçinin birden fazla bağlı şirkete tek bir iş görme edimiyle hizmet verdiği ve bu bağlı şirketlerin de işçi üzerinde yönetim hakkı kullandığı durumlarda bağlı şirketler birlikte işveren olacaktır.

Bağlı şirket tarafından işe alınan ve iş sözleşmesi kapsamında çalıştırılan bir işçiye ana şirketin de emir ve talimatlar vermesi söz konusu olabilir. Bu durumda birlikte işverenlik tesisi bakımından Fransız hukukundaki gibi ve franchise konusunda da izah

⁹⁸⁹ Koç, Şirket Grupları, s.38.

⁹⁹⁰ Koç, Şirket Grupları, s.17. Aynı yönde Engin, s.208.

⁹⁹¹ Koç, Şirket Grupları, s.20. Engin, s.208.

ettiğimiz üzere, ana şirketin işçiye doğrudan emir ve talimat vermesi gerekmektedir. Ana şirketin kanuna karşı hile yolu ile bağlı şirketler kurup, bunların işçisine emir ve talimatlar vermesi durumunda, örneğin iş güvencesindeki otuz işçi ölçütünden kaçınmak için yavru şirketler kurup işçilerini bu şirketler arasında dağıttığında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilecektir. Bu konu başka bir başlıkta izah edilmiştir⁹⁹². Ancak kötüye kullanmanın söz konusu olmadığı durumlarda da ana şirket bağlı şirketin işçisine doğrudan emir ve talimat verebilmekte, işçi üzerinde yönetim hakkı kullanabilmektedir. Örneğin bağlı şirketin işçisine ana şirket tarafından da işi nasıl ifa edeceği gösteriliyor, çalışma saatleri, yıllık izne ne zaman çıkacağı konuları ana şirket tarafından belirleniyor, işçiye disiplin cezası veriliyorsa ana şirket de işçinin birlikte işvereni sayılmalıdır. İşte bu durumda kanaatimizce Fransız hukukundaki gibi ve öğretide de bazı kesimlerce kabul edildiği üzere ana şirket ve bağlı şirketin birlikte işveren olduğu sonucuna varmak hakkaniyete ve şirketler topluluğunun yapısına daha uygun olacaktır.

Ancak ana şirketin emir ve talimatı doğrudan işçiye vermediği, işçi ile hiçbir şekilde irtibatta olmadığı, fakat işçi ile ilgili yavru şirkete emir ve talimatlar verdiği durumda, işçi, birlikte işveren olduğu gerekçesiyle ana şirket hakkında dava açamaz. Zira doğrudan işçi üzerinde yönetim hakkı kullanmamakta, işçi ile bir ilişki içine girmemektedir.

İşçi böyle bir durumda sözleşmenin tarafı olan yavru şirkete gidebilir. Ancak ana şirketi de dava etmek istiyorsa bunun tek yolu TTK'da belirtilen sürecin sağlanmasıdır. Bir diğer ifadeyle ana şirket yavru şirkete 202 ve 206. maddelerdeki şartları sağlamak koşuluyla her tür talimatı verebilir. Örneğin işçinin sözleşmesinin haksız bir şekilde feshini isteyebilir. Bu durumda kısmi hâkimiyet halinde yavru şirket bağımsızdır, fakat genelde ana şirketin talimatlarına uyar. Tam hâkimiyet durumunda ise ana şirketin talimatları yavru şirket için bağlayıcıdır. Bir başka deyişle yavru şirkete talimat verme hakkı hâkimiyet yetkisinin getirdiği bir durumdur.

Tehlikeli bir işyerinde pahalı bir iş sağlığı güvenliği önlemi alınması gerekiyorsa ve hâkim şirket onu almak için gereken finansmana izin vermiyorsa, daha düşük maliyetli bir önlemlerle yetinilmesini istiyorsa ve bir kaza durumunda zarar oluştuysa, şeklinde kurguladığımız bir örnekte, zararının tazminini isteyen işçi, yavru şirketin mali imkânları kısıtlı olduğu için ana şirkete başvurmak istediğinde bunu nasıl gerçekleştirecektir? Yahut

⁹⁹² Bkz. 3. Bölüm, 7. Başlık "Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması".

ana şirket tarafından yavru şirkete işçinin iş sözleşmesinin haksız feshi dayatılmaktaysa, işçi tazminat talebini ana şirkete de yöneltebilecek midir?

Öncelikle söz konusu örnekte ana şirket talimatları doğrudan işçiye vermediği için, ana şirketi birlikte işveren olarak sorumlu tutamamaktayız. Bu halde TTK hükümlerine başvurmak gerekecektir. TTK'nın 202. maddesine göre “*Hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz.... meğerki, kayıp, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilsin veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerinde bir istem hakkı tanınsın. Denkleştirme, faaliyet yılı içinde fiilen yerine getirilmez veya süresi içinde denk bir istem hakkı tanınmazsa, ... Alacaklılar da, (b) bendi uyarınca, şirket iflas etmemiş olsa bile, şirketin zararının şirkete ödenmesini isteyebilirler.*” O halde Kanundaki şartları yerine getiren bir şirketler topluluğu bulunmalıdır. Hâkim şirket bağlı şirkete verdiği talimatlarla bağlı şirketi kayba uğratmalıdır. Bu kaybı ise faaliyet yılı sonuna kadar denkleştirmemiş veya ne zaman ve nasıl denkleştireceğini belirtmemiş olmalıdır. Kaybı denkleştirirse artık hukuki sorumluluğu yoktur.

Bağlı şirketin alacaklıları arasında işçi de sayılabilir⁹⁹³. Bu durumda işçi yavru şirketin alacaklısı olarak, yavru şirketin bu kazadan dolayı uğradığı zararın denkleştirilmesini talep etmek suretiyle ana şirkete dava açabilecektir. Ana şirketin hukuka aykırı yahut bağlı şirketin mahvına yol açacak talimat vermesi durumunda ise bağlı şirketin kaybını denkleştirmesi gerekir. Şayet denkleştirmezse bu durumda alacaklı konumunda olan işçi dava açabilir. O zaman sorumluluk hükümleri işçi için de geçerli olur. Fakat işçi doğrudan kendi zararını talep edemez. Bağlı şirketin kaybının denkleştirilmesini ister. Ayrıca bu davayı açma hakkı bağlı şirketin iflasına tabi tutulmamıştır. Konumuz bakımından önemli olan bir diğer durum da kayba sebebiyet veren işlemin, zaten bağlı şirket tarafından da yapılacağı yahut özenli/basiretli bir yöneticinin bağımsız bir şirkette de yapacağı bir işlem olması durumunda, zarara uğrayanların zararının tazmin edilmeyeceği yönündeki düzenlemedir. O halde işçinin iş sözleşmesinin feshi ana şirket tarafından dayatılmasaydı da yavru şirket işletmesel gereklerle işçiyi işten çıkaracak idiyse bu durumda işçi ana şirkete de dava açamayacaktır.

Dava açma zamanaşımı süresi bakımından da TTK'daki düzenleme geçerli olacaktır. TTK'nın 560. maddesinde; “*Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı,*

⁹⁹³ Engin, s.166.

davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.” biçiminde zararı ve sorumluyu öğrendikten itibaren iki ve her halde beş yıllık bir zamanaşımı süresi düzenlenmiştir.

4.2.3.Karşılaştırmalı Hukukta

4.2.3.1. Anglo Amerikan Hukukunda

Bir kuruluş tarafından çok sayıda küçük, ancak gerek şekli gerek organizasyonel olarak birbirinden bağımsız şirketin satın alınması örneğinde olduğu gibi bağlı ortaklıklar, ABD’de de giderek yaygınlaşmaktadır. Bazen de hukuki yükümlülüklerden kaçınmak için bağlı kuruluşların kurulduğu görülmektedir. Örneğin Amerika’da büro işlerinde kıdemli işçilerin emeklilik aylıkları bakımından birtakım yasal zorunluluklardan kaçınmak için bağlı kuruluşlar kurulduğu ve işçilerin bir kısmının buranın büro işçileri olarak gösterildikleri görülmektedir. Yahut örneğin 1964 tarihli Medeni Haklar Yasası Yedinci Başlıkta onbeş işçiden daha fazla işçinin çalıştığı işyerleri bakımından getirilen yükümlülüklerden kaçınmak için onbeşten az çalışanı olan bağlı ortaklıklar kurmak da aynı şekilde yasal yükümlülüklerden kaçınmak için kurulan bağlı şirketlere örnektir⁹⁹⁴.

Ana şirket ve onun yan kuruluşları örneğinde olduğu gibi yakın ilişki içinde bulunan şirketler, belirli bir işçinin birlikte işvereni oldukları iddiası ile sıklıkla karşılaşmaktadırlar. Buna ek olarak, Yüksek Mahkeme, FLSA uyarınca bir çalışanın birden fazla işverene sahip olabileceğini ve ilişkili faaliyetlerinin olup olmadığı, birleşik işletme olup olmadığına ve işletmelerin ortak kontrol ve ortak işletme amacına sahip olup olmadığına bakmanın uygun olduğunu belirtmektedir. FLSA ve NLRA gibi kanunların uygulanmasından doğan sorumluluğun müteselsil olması bakımından birlikte işverenlik teorisi önemlidir⁹⁹⁵.

Ana- bağlı şirketlerin birlikte işveren statüsü, mahkemeler tarafından birtakım farklılıklarla tanımlanmıştır. 2003 yılında bağlı şirketlerde FLSA uygulaması ile ilgili

⁹⁹⁴ Seymour, s.2.

⁹⁹⁵ Rubinstein, s.648.

Zheng kararında⁹⁹⁶ 2. Daire, birlikte işverenlik olup olmadığını tespit için altı kriter belirlemiştir. Bunlar:

1. Çalışılan tesis ve ekipman,
2. Birlikte işveren olduğu varsayılan şirketlerden birinden diğerine birim olarak iş değişimi olanağının olup olmadığı,
3. Davacının varsayılan birlikte işverenin üretim sürecine entegre bir işte çalışıp çalışmadığı,
4. Sözleşmelerdeki sorumluluğun, maddi değişiklik yapılmaksızın bir işveren taşerondan diğerine geçip geçmediği,
5. Birlikte işveren varsayılan işveren tarafından yapılan denetimin derecesi,
6. Davacıların münhasıran veya çoğunlukla birlikte işveren varsayılan işverenle çalışıp çalışmadığıdır⁹⁹⁷.

Ana şirket bağlı şirketin birlikte işverenliğine ilişkin doğrudan/dolaylı işveren kavramlarının kullanıldığı bir başka kararda da aynı konu incelenmiştir. Ağustos 2013'te New York'un Güney Bölgesinde, St. Jean v. Orient-Express Hotels kararında 2.Daire; 1964 Medeni Haklar Yasası'nın Yedinci Başlığının ihlal edilmesi durumunda işçinin maruz kaldığı ayrımcılıktan sadece "doğrudan" işverenin sorumlu olmadığı, dolaylı işverenin de sorumlu olabileceğini hükme bağlamıştır. Davacı Melissa St. Jean, (St. Maarten'de) Richard Seay tarafından cinsel saldırı e-postalarına ve istenmeyen cinsel ifadelerle maruz kaldığını ve bu konuda şikayetçi olduktan sonra işten çıkarıldığını iddia etmiştir. Taciz ettiği iddiasında bulunulan Seay; Orient-Express Hotels, Ltd.'nin yan kuruluşlarından Cupecoy Village Development NV adlı bir şirkette satış direktörü olarak çalışmaktadır. Davacı ise yine aynı şirketin yan kuruluşlarından Orient-Express Hotels Inc. (OEHI) 'te çalışmaktadır. Ana şirket işçinin "işvereni" olmadığı için davanın reddini talep etmiştir. Ancak Mahkeme Yedinci Başlığın bir "işveren" tarafından ayrımcı istihdam uygulamalarını yasakladığını, "doğrudan işveren/çalışan ilişkisi"nin yükümlülüğü oluşturmak için gerekli olmadığını, hukuken bağımsız birden fazla kişinin işçinin birlikte işvereni olduğunu, birlikte işverenlik ve hukuken bağımsız ayrı varlıkların tek bir entegre

⁹⁹⁶ Zheng, 355 F.3d at 72 (2d Cir. 2003).

⁹⁹⁷ Rubinstein, s.648. Arbeit, s.263-264. Lung, s.341 dn.323.

işletmenin parçası olduğu durumlarda oluşan tek işverenlik doktrinlerinin “doğrudan” işveren tanımının istisnaları olduğunu hükme bağlamıştır⁹⁹⁸.

FMLA uyarınca birlikte işverenlik meselesine değinen ve birlikte istihdamın oluşmadığı yönünde karar verilen davalar da mevcuttur. Örneğin, Moreau/Air France, 356 F.3d 942 (9. Cir.2004) davasında Air France, San Francisco Uluslararası Havalimanı'ndaki uçaklara yer hizmetleri servisleri sağlamak üzere Dynair ile bir sözleşme yapmıştır. Burada birlikte işverenlik iddiasında bulunan davacı Moreau hakkında 9. Daire, Air France'ın Dynair çalışanları üzerinde hiç bir kontrol yetkisi kullanmadığı, yalnızca Dynair'in çalışmalarının havayolu düzenlemelerine uygun olup olmadığını doğruladığını bu nedenle bir birlikte istihdam durumunun oluşmadığını hükme bağlamıştır⁹⁹⁹.

Kanada'da da tıpkı ABD'de olduğu gibi ana yavru şirketler arasında birlikte işverenlik tesis edilebilmektedir. Burada “*related employer*”, “*common employer*” ve “*associated employer*” ifadeleri ile de belirtilen birlikte işverenlik terimleri terminolojik olarak birbirlerinin yerine kullanılabilir¹⁰⁰⁰. Birlikte işverenlik doktrininde ilişkili/ilgili işverenler bir grup bağlı kuruluş arasında istihdam ile ilgili yükümlülüklerin sorumluluğunu, kurumsal hukuki şekli görmezden gelme yolu ile genişletmekte ve burada sorumlu kılınan ikinci işverenin çalışanla doğrudan sözleşme ilişkisi kurması da gerekmemektedir. Geleneksel ikili sözleşme modeli bu doktrinle değiştirilmiş olmaktadır¹⁰⁰¹.

Birlikte işverenlik doktrini, genel sorumluluk olaylarından farklı olarak, bir kuruluşun iş ilişkisi yükümlülüklerinden başka bir kuruluşun sorumluluğunu bulmaya yarar. Sözleşmedeki işveren işletmeyi durdurduğunda ya da bir paravan şirket ise doktrin kullanımı genişler. Doktrin ilk tohumları Ontario Yargıtay'ının Manley Inc.v. Fallis kararı ile atılmıştır.(1977- 38 C.P.R. (2d) 74 (Ont.C.A.)) Bu bir güvene dayalı görev ihlali davasıdır. Davalının, işverenin işiyle iç içe geçmiş olan ana şirketi ile doğrudan yarışan bir şirket kurduğu fark edildiğinde iş sözleşmesi sona erdirilmiştir. Sorun o kişinin güvene dayalı görev ihlalden (güveni kötüye kullanma) sorumlu olup olmadığıdır. Ancak

⁹⁹⁸ Recent Decision Clarifies “Joint” and “Single” Employer Liability
<http://pospislaw.com/2013/08/16/recent-decision-clarifies-joint-and-single-employer-liability/> Erişim 3.4.2017.

⁹⁹⁹ Seymour, s.7-8.

¹⁰⁰⁰ SHAPIRO Nancy M./ MINSKY Koskie; Common Employer – An Update on the Common Law Doctrine, LLP, 1-12, s.2.

¹⁰⁰¹ Shapiro/ Minsky, s.1-2.

kararda da ifade edildiği gibi bu dava tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını engellemez ve esasen bu dava bağlı şirketlerin menfaatine bir ticari işletme olarak faaliyet gösteren yakın ilişkili şirketler ile ilgilidir¹⁰⁰². Doktrinin kökleri Alberta Yargıtayı'nın Bagby v. Gustavson International Drilling Co. kararı ile filizlenerek büyümüştür. (1980] A.J. 743 (Alta.C.A.). Bu kararda hatalı bir feshin sonuçlarından “*modern corporate conglomerate*” şeklinde bir araya gelmiş olan birden fazla tüzel kişiden hangisinin sorumlu olduğu tartışılmıştır. Mahkeme, kararında birlikte işverenlik doktrini ile sorumluluk tesis etmiştir. Bu kararda ortada tek bir iş sözleşmesi olduğu ve sözleşme taraflarının sorumlu olduğuna şüphe bulunmadığı, ancak iş hayatının gereklerinin her zaman doğrudan bu sonuca gitmeye olanak sağlamadığı belirtilmiştir. Kararda işçi tek bir iş sözleşmesi ile çalışmakla beraber doğrudan tek bir işverene değil, bir şirket grubu içerisinde ihtiyaç olduğunda başka şirketlere de çalışan bir işçidir ve sözleşmenin tarafı olan şirket iflas etmiştir. Bu durumda çözülmesi gerekenin “esasinda işverenin kim olduğu sorusu” olduğu belirtilmektedir¹⁰⁰³.

Birlikte işverenlik doktrini bu karardan 8 yıl sonra British Columbia Yargıtayı'nın Sinclair v. Dover Engineering Services Ltd. kararı ile tamamen ortaya çıkmıştır ((1988) 49 D.L.R. (4th) 297 (B.C.C.A.) affirming (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 176 (B.C.S.C.)). Bu karar özünde doğrudan bir iş sözleşmesi ile birden fazla işverene karşı çalışılabileceğini hükme bağlayan ilk karardır¹⁰⁰⁴. İşçi üzerinde iki şirketin de yönetim yetkisini fazlası ile kullanması sonucu “ortak yönetim” ifadesine vurgu yapan mahkeme işçinin birden fazla işverenin olduğu sonucuna varmıştır. Bu karardan sonra süreç içinde birlikte işverenlik tespiti, işçi ile işveren kurumlar arasındaki ilişkiden, kurumlar arası ilişkilere doğru evrilmeye başlamıştır¹⁰⁰⁵.

Kanada'da birlikte işverenlik doktrininin kabul edildiği Ontario Yüksek Mahkemesinin, King - 1416088 Ontario Ltd. kararında "birlikte işverenlik" doktrini tekrar teyit edilmiştir. 38 yıl boyunca, davacı (Bay King), "Danbury" ticari adı altında faaliyet gösteren şirkette muhasebeci olarak çalışmıştır. 1973'ten 2011'de iş sözleşmesinin feshine kadar Bay King hepsi aynı aileye ait ve / veya aynı aile tarafından işletilen beş farklı Danbury şirketi için çalıştığını ve zaman zaman birden fazla şirkete aynı anda hizmet sunduğunu belgelerle ispatlamıştır. 2011'de Bay King'in işvereni olan Danbury Industrial olarak faaliyet gösteren 1416088 Ontario Ltd. mali kısıtlamalar nedeniyle faaliyetini

¹⁰⁰² Shapiro/ Minsky, s.2.

¹⁰⁰³ Shapiro/ Minsky, s.3.

¹⁰⁰⁴ Shapiro/ Minsky, s.4.

¹⁰⁰⁵ Shapiro/ Minsky, s.4.

durdurmuş ve tüm çalışanların sözleşmelerini feshetmiştir. Bay King'e böyle bir fesihle bağlantılı olarak herhangi bir kıdem tazminatı vs ödemesi yapılmamıştır. Kısa bir süre sonra birtakım eski Danbury Endüstriyel çalışanlarına, başka bir ilgili şirket olan 986866 Ontario Ltd. (ki bu şirket daha sonra DSL Ticari olarak faaliyete geçmiştir) tarafından istihdam teklifi edilmesine rağmen, Bay King'e böyle bir teklif gelmemiştir. Dikkate değer olarak, DSL Ticari Danbury Industrial ile aynı işyerlerinde, aynı tesisten ticaret yapmış ve Danbury Industrial ile aynı iletişim bilgilerini kullanmıştır. Bay King daha sonra, DSL Ticari dâhil Danbury'deki diğer çalıştığı şirketlere karşı haksız fesih iddiasıyla dava açmış ve tazminat talep etmiştir. Burada dayanaklarından biri de DSL Commercial'ın onu işe almış ve yıllarca çalıştırmış olan Danbury şirketleri ile halef selef ilişkisi içinde olmasıdır. Mahkeme, Ontario'nun Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario kararına atıf yaparak burada birlikte işverenlik doktrinine dayanmıştır. Mahkeme, DSL Ticari'nin Danbury Industrial'ten ayrı bir varlık olmadığını belirlemek için DSL Commercial, Danbury Industrial'le aynı bina, malzeme, telefon sistemi ve web sitesini kullandığını belirtmiştir. Bu da ortak kurumsal geçmiş vurgusunu güçlendirmiştir. DSL Commercial'ın resmi olarak "Danbury" ismini ve logosunu kullanma lisansı bulunmaktadır. Mahkeme bu vb. pek çok sebebe dayanmıştır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi de bu kararda uygulanmıştır. DSL Commercial ve Bay King'in çalıştığı aktif faaliyet gösteren diğer Danbury şirketleri birlikte işveren olarak Bay King'in 1981 yılındaki iş sözleşmesinden kaynaklanan tazminat haklarından birlikte sorumlu tutulmuşlardır¹⁰⁰⁶.

Kanada'da şirketler grubunda birlikte işverenlikle ilgili verilen ünlü bir diğer karar ise Downtown Eatery davasıdır¹⁰⁰⁷. Dava, "Yalnızca Gözleriniz İçin" şirketinde bir kulübün yöneticisi olarak çalıştırılan bir işçi tarafından açılmıştır. İşletme, faaliyetlerini dört ayrı şirketten oluşan bir dizi arasında bölmüş olan bir holdingdir. Bu şirketlerden biri tarafından çalışanların ücreti ödenmektedir. Bir diğeri, işyeri olan iki gece kulübü binasının sahibi; üçüncüsü, marka sahibi ve içki ruhsatı ile yetişkin eğlencesi lisansı düzenleyen tesislerin kiracısı, dördüncüsü sohbet cihazlarına ve ekipmanlara sahip olan ve kulüpleri üçüncü şirketten aldığı bir lisansla yöneten bir şirkettir. Tüm şirketler, iki şahsa ve onların ilgili holding şirketlerine aittir ve bunlar tarafından denetime tabi tutulmaktadır. İşçinin

¹⁰⁰⁶ HOCKIN William; "Ontario Court revisits the "Common Employer" doctrine", <http://www.canadianemploymentpensionlaw.com/termination/ontario-court-revisits-the-common-employer-doctrine/> 27.03.2015.

¹⁰⁰⁷ Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario ([2001] O.J. No. 1879 Ontario Temyiz Mahkemesi)

sözleşmesi üçüncü şirket ile bağitlanmıştır¹⁰⁰⁸. İşçi davayı ücretini ödeyen birinci şirkete karşı açmıştır. Mahkeme ise “her ne kadar bir işverene karmaşık kurumsal yapılar kurma konusunda izin verilmiş olsa da, yasal düzenlemelerin işvereni tanımlarken bu karmaşık yapının arkasına sığınıp iş hukuku alanında haksızlıklar- haksız fesihler yoluna gidip çalışanların meşru haklarının yenilmesine izin vermeyen bir senaryo oluşturacak uyanıklığı göstermesi gerektiği” şeklinde veciz ifadeler kullanarak şirketler grubunun "tek, entegre bir birim" olarak işlev gördüğü ve tüm işverenlerin sorumluluğunun olduğu sonucuna varmıştır¹⁰⁰⁹.

4.2.3.2. Alman Hukukunda

Alman hukukunda şirket topluluklarını ifade etmek için kullanılan kanuni bir terim olan konzern; hâkimiyet ilkesi yerine somutlaşmış bir biçimde tek elden yönetim ilkesine dayanmaktadır. Burada fiili ve sözleşmesel konzern ayırımı bulunmakta olup, her türü geçerli kabul edilmektedir. Bağlılık ilişkisine dayalı konzern de bir veya birden çok bağlı işletme bir hâkim şirketin tek elden yönetimi altındadır. Eşdüzey konzernde ise bir bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır. Yalnızca birden çok işletme biri diğerine hâkim olmaksızın tek elden yönetilmektedir¹⁰¹⁰. Tek elden yönetim ile anlatılmak istenen işletmeye dâhil her konuda planlama ve eşgüdumdür¹⁰¹¹.

Alman hukukunda birlikte işverenlik “dolaylı iş ilişkisi” ile kabul edilmektedir. Burada aracı işveren, grup şirketlerde ana şirketin işçisi değildir. Anonim Şirketler Yasası (AktG) §§ 15 ve 18 şirketler grubunun yasal tanımlarını içerir. İş hukukunda şirket grupları iki açıdan sorun yaratabilir. Birincisi, çalışan ana şirketle bir iş sözleşmesi yapabilir, ancak bağlı şirket için çalışmaktadır. İkincisi, çalışan grubun diğer şirketleri için çalışıp çalışmamasına bakılmaksızın, bağlı şirketle bir iş sözleşmesi yapabilir. Sözleşmeden doğan

¹⁰⁰⁸ Shapiro/ Minsky, s.5.

¹⁰⁰⁹ Shapiro/ Minsky, s.6. Yine benzer bir biçimde birden fazla şirketin işçi ile ilgili yükümlülükleri paylaştıkları ve mahkemece birlikte işveren olarak değerlendirildikleri bir diğer dava için bkz. McCulloch v. IPlatform Inc. ((2004), 46 C.C.E.L. (3d) 257 (Ont.S.C.J.)), Shapiro/ Minsky, s.8.

¹⁰¹⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2, N.2003. ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, s.121. Pulaşlı, Şirketler, s.161.

¹⁰¹¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.2, N.2003e.

yükümlülüklerin tespitinin yanı sıra, sosyal koruma düzeyi oluşturulurken grubun bir bütün olarak dikkate alınabilmesi anlamında ikinci durum da ilginç olabilmektedir¹⁰¹².

Grup şirketlerde de işveren sözleşmenin tarafı olan kimsedir. Bunun tek istisnası dolaylı iş ilişkisinin varlığıdır. İşçiyi yönetme hakkı grup içinde başka bir şirkete veya kimseye devredilebilir ancak bu durum o kişiyi işveren haline getirmez. Şirket grubunun kendisi de işveren olamaz; zira tüzel kişiliği yoktur¹⁰¹³.

Almanya'da da şirket grupları için bağımsız bir iş yasası yoktur. Ancak Fransız hukuku ile karşılaştırıldığında Alman hukuku bu konuda aşırı derecede kısıtlayıcıdır. Örneğin, Alman kanunlarına aykırı işten çıkarmaya karşı koruma ilke olarak şirket gruplarını kapsama almamaktadır. KSchG, açıkça yalnızca “işletme”ye atıfta bulunmakta şirket gruplarından ise hiç bahsetmemektedir¹⁰¹⁴. Şirket gruplarında da Fransız hukukundan farklı olarak birlikte işverenlik tesis etmek için, iş sözleşmesi yapmak ya da yapılmış olan iş sözleşmesine katılmak, bir diğer ifadeyle sözleşmenin tarafı olmak zorunlu olup, bu hukuki temele dayanmadan işveren olarak kabul edilmek mümkün değildir. Ancak öğretide yan kuruluşun ekonomik koşullarını etkileyen, yönetim gücü ile bağlı kuruluşun işçi işveren ilişkilerine dolaylı da olsa talimatlarıyla yön veren ana şirketin sorumluluğunu genişleterek esnetmek yolunda görüşler ileri sürülmektedir¹⁰¹⁵.

Alman hukukunda toplu sözleşmelerin uygulanma alanı da sözleşmenin tarafı olan işverene bağlıdır. Son zamanlarda, bu ilke nedeniyle sosyal koruma konusunda ciddi sorunlar yaşanmıştır. Örneğin, Burda isimli şirket birkaç bağlı şirkete bölünmüştür. Sadece ana şirket işveren sendikası üyeliğini sürdürürken, iş ilişkileri devredilen diğer şirketler sendikaya üye olmamıştır. Sonuç olarak, Burda'daki iş ilişkilerinin çoğunun artık toplu sözleşme kapsamında olmadığı görülmektedir¹⁰¹⁶.

Ana şirket- bağlı şirketlerle ilgili “doğrudan ana şirkete ulaşmayı” sağlayan teori, perdenin kaldırılmasıdır. Ancak örtüyü kaldırmak, ana şirketin veya kişinin kendisinin

¹⁰¹² Kocher,
http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415
Erişim tarihi 25.07.2017.

¹⁰¹³ Boetzkes, s.182. Kocher,
http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415
Erişim tarihi 25.07.2017.

¹⁰¹⁴ Boetzkes, s.181.

¹⁰¹⁵ Boetzkes, s.183.

¹⁰¹⁶ Kocher,
http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415
Erişim tarihi 25.07.2017.

işvereni olacağı anlamına gelmez. Bu, kişisel olarak sorumlu tutulmayan bir şirket ortağının, kişisel ve müşterek olarak da sorumlu tutulmasına izin verilmeyeceği anlamına gelir¹⁰¹⁷.

Şirketler grubunda, iş sözleşmeleri genellikle işverenin, çalışanı grubun diğer şirketlerine devretme gücünü elinde bulundurduğu hükümler içerir. Geçici İstihdam Kanununa göre, bu tür çalışanların hareketliliği Yasanın hükümlerinden muaftır (§ 1 III No. 2 AÜG). Ana şirket, çalışanı yönetecek herhangi bir gücü elinde bulundurduğu takdirde resmi sözleşmeli işveren olarak kabul edilecektir¹⁰¹⁸.

İstisnai durumlarda, bir çalışanın tek bir iş sözleşmesi ile sözleşmenin tarafı olmayan birden fazla işverene bağlı olması kabul edilmektedir. Bu durumda işverenler, sözleşmeden doğan tüm yükümlülüklerden müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulacaklardır. İşverenlerin birbiri ile bağlantılı olması gerekmez; ortak bir kuruluş da çalıştırmaya ihtiyaç duymazlar. Ortak iş ilişkisinin üstlenilmesi için gerekli olan şey, sözleşmesel ilişkiler arasında bir hukuki bağ ve bir sözleşmeye uymadan diğer bir sözleşmeye uymayı imkânsız hale getiren işlevsel bir bağlantıdır. Ancak bu durum karşımıza çok çıkmamaktadır. Hatta bir yazar, bu yapının gerçekten uygulandığı yalnızca bir olay bulunduğunu belirtmektedir¹⁰¹⁹.

İş sözleşmesinin grup şirketin parçası olan bir şirketle yapılması, belirli durumlarda sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yeknesaklaştırılmasına neden olabilir. Örneğin, çalışanların tedavisi için grup kriterleri varsa, bu ölçütler, eşgüdüm standartlarını karşılamalı, ücret ve mesleki emeklilik planları dâhil ek ücretlerde grup standardı sağlanmalı, gruba mensup şirketlerin işçileri arasında eşit muamele ilkesi uygulanmalıdır. Şayet bir işçi grup şirkete mensup bir şirkette işe alınmış ise feshin son çare olma ilkesinin uygulanması bakımından, işçinin sözleşmesinde diğer şirketlerde de çalışabileceği vaad edilmiş ise, fesih öncesi diğer şirketlerde yapılan işler de teklif edilmelidir. Bu konuda bazı yazarlar işçi kavramının giderek ekonomik bir kavram olarak görüldüğü modern

¹⁰¹⁷ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415
Erişim tarihi 25.07.2017.

¹⁰¹⁸ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415
Erişim tarihi 25.07.2017.

¹⁰¹⁹ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415
Erişim tarihi 25.07.2017.

çağlarda "işveren" kavramının da uyarlanması gerektiğini söylemektedirler. İşveren, daha esnek bir bağımlılık ilişkisi içinde tanımlanmalı ve bağımlılıktan ziyade işçileri yönlendiren ekonomik ve organizasyonel tesis kapsamında betimlenmelidir. En azından ana şirketin gruptaki diğer şirketlerin işçilerinin işten çıkarılmasına neden olduğu durumlarda, feshin son çare olması ilkesi kapsamında alternatif işlerden sorumlu tutulmalıdır¹⁰²⁰.

Sonuç olarak, bir işverene etki eden veya işveren olarak davranan çeşitli kişiler arasında yeni dengeler oluşturulmasına ilişkin bazı yeni tekliflerden bahsedilmelidir. Bu konuda Heide Pfarr, bir bağlı kuruluşta çalışanların, işletmeyi işleten şirketin çalışanları olduğuna dair yasal bir varsayım önermektedir. Ayrıca DGB'de, farklı şirketlerin çalışanlarının aynı şantiyede birlikte çalışması durumunda, Federal İş Mahkemesi'nin talep ettiği şekle uymadan, yani şirketler arasında bir anlaşma yapılmadan birlikte çalıştığı diğer yerleri de içerecek şekilde bir birlikte istihdam modeli önermektedir. Bu öneriye göre, şirketler aynı grupta yer alıyorsa bir ortak kuruluş varsayılmalıdır. Bunun dışında, önerilerin çoğunun temel fikri, ekonomik olarak nüfuz sahibi olan "işverenin arkasındaki işveren" in, iş ilişkisinden kaynaklanan tüm yükümlülüklerden müştereken ve müteselsilen sorumlu olması talebidir¹⁰²¹.

4.2.3.3. Fransız Hukukunda

Ekonomik gelişmeler ve sermayenin toplulaşması olgusunun sıklaşması karşısında Fransız hukukunda yargı hukuk yaratarak içtihat yoluyla ekonomik ve sosyal ünite kavramını oluşturmuştur. Bu fikir önceleri şirketlerin işletme komitesi kurması için gerekli 50 işçi sayısı düzenlemesini aşmak için, 49 işçiye ulaşıldığında yeni bir şirket kurmaları yoluyla kanuna karşı hile yapmaları ile doğmuş, zaman içinde hile fikrinden bağımsızlaşmıştır¹⁰²². Ekonomik ve sosyal bir ünite oluşturan şirket topluluklarında her bir şirketin ayrı tüzel kişiliğinin varlığı görüşünün kabulü halinde işçilerin korunması ve

¹⁰²⁰ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415

Erişim tarihi 25.07.2017.

¹⁰²¹ Kocher,

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415

Erişim tarihi 25.07.2017.

¹⁰²² Doğan Yenisey, s.291.

temsili ile ilgili düzenlemelerin etkisiz hale geleceği Fransız öğretisinde savunulmaktadır¹⁰²³. Her ne kadar ayrı tüzel kişilikleri olsa da sermaye ortaklığı, yönetim ortaklığı, araç ve menfaatlerin birliği ve çoğu kez çalışan personelin ortaklığı söz konusu olduğundan ekonomik bütünlük fikri yadsınmamıştır¹⁰²⁴. Fransız hukukunda şirket topluluklarının tek bir işletme, ekonomik ve sosyal birlik oluşturabileceği kabul edilmekte olup, burada iş sözleşmesinden doğan borçlar bakımından genelde şirketlerin birlikte sorumluluğuna gidilse de, birlikte işverenden daha az bahsedilmektedir¹⁰²⁵. Bireysel iş hukukundan kaynaklı işçilik alacakları bakımından da birlikte sorumluluk yoluna gidilse de işveren, sözleşmenin tarafı olarak görülmeye devam etmektedir¹⁰²⁶.

Fransız hukukunda hukuken bağımsız tüzel kişiler arasındaki ekonomik ve sosyal birliğin şartları, yöneticilerin aynı oluşu, ortak hizmet birimlerinin varlığı, aynı faaliyetin yürütülmesi, çıkar birliği gibi unsurlardır¹⁰²⁷. Fransız Yüksek Mahkemesi, bu unsurların varlığı durumunda şirketlerin tek bir bütün oluşturduğuna, tek bir işletme olduğuna karar vermektedir¹⁰²⁸. Böylece işçilerin tek bir iş sözleşmesiyle grubu oluşturan şirketlere iş görmesi ve bütün şirketlerin birlikte işveren olması sonucu doğmaktadır¹⁰²⁹. Fransız yargısı şirket topluluklarında işvereni tespit edebilmek için iki içtihat oluşturmuştur. Bunların birincisi şirketlerin bir işletme bütünü oluşturduğu ve grubu oluşturan şirketlerin tümünün işveren olduğudur¹⁰³⁰. Bu içtihatların ikincisi ise, işçi üzerinde yönetim hakkı kullananın da işveren sayılmasıdır. Bu anlamda işçiyi işe alma veya ücretini ödeme önemli değildir. İşçi üzerinde yönetim hakkı kullanan yani işin yürütümünü sağlayıp, denetleyen ve işveren hak ve borçlarını üstlenen şirket de sözleşmenin tarafı olan şirketle birlikte işveren sayılmalıdır. İşveren çokluğu sözleşmenin tekliğini ortadan kaldırmadığı için işçinin kıdeminde de süreklilik sağlanır¹⁰³¹. Daha açık bir ifadeyle de bağlı şirketin işçisinin ana şirketten emir ve talimat alması durumunda şirketler birlikte işveren kabul edilmektedir¹⁰³².

¹⁰²³ Doğan Yenisey, s.292.

¹⁰²⁴ Doğan Yenisey, s.292.

¹⁰²⁵ Doğan Yenisey, s.89.

¹⁰²⁶ Doğan Yenisey, s.437.

¹⁰²⁷ Koç, Şirket Grupları, s.45. Engin, s.204.

¹⁰²⁸ Koç, Şirket Grupları, s.20. Engin, s.204.

¹⁰²⁹ Engin, s.205.

¹⁰³⁰ Koç, Şirket Grupları, s.46.

¹⁰³¹ Koç, Şirket Grupları, s.47 vd.

¹⁰³² Koç, Şirket Grupları, s.49.

İşletme burada Türk hukukunda anlaşıldığından çok daha geniş olarak, ortak bir faaliyet çerçevesinde bir araya gelmiş işçi topluluğunu ifade eder¹⁰³³. Fransız hukukunda şirket grubu olması halinde işçinin iş sözleşmesi feshedildiğinde feshin son çare olması bakımından işçiye teklif edilmesi lazım gelen uygun bir iş, topluluk kapsamındaki diğer şirketlerin yurt içi veya yurtdışındaki işyerlerini de kapsar. Bu durum grubun ekonomik ve sosyal bir ünite olarak tanımlanmasının iş güvencesindeki yansımaları göstermektedir¹⁰³⁴.

Ekonomik ve sosyal ünitenin belirlenmesi için yargı tarafından birtakım kriterler geliştirilmiş olup, bunlar kümülatif olarak aranmaktadır¹⁰³⁵. Ekonomik ünitenin belirlenmesi için kullanılan ölçütlerin ilki yönetim ortaklığıdır. Yönetimde ortaklık ölçütünde bütün yöneticilerin aynı olması şartı aranmasa da, yönetim yetkisinin aynı ellerde toplanması önem arz etmektedir¹⁰³⁶. Bir diğer şart faaliyetlerin benzer yahut birbirini tamamlar nitelikte olmasıdır. Şirketlerin ortak menfaatlerinin bulunması, bilgi işlem ve muhasebe hizmetleri, ortak mekânlar gibi ortak imkânların kullanılması, ortak finansman kaynaklarının bulunması gibi hususlar ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰³⁷. Sosyal ünite ifadesi ise işçilerin bir çalışma topluluğu oluşturmasını ifade etmekte olup; benzer çalışma koşulları, aynı personel yönetmeliğine tabi olma, şirketler arasında işçi geçişinin olması, ortak yemekhane, ortak revir gibi alanların bulunması, benzer ücret ve prim uygulaması gibi ölçütleri kapsamaktadır. Sosyal ünitenin varlığı ise şirket topluluklarındaki işçiler bakımından ortak temsilin önemini göstermektedir¹⁰³⁸.

Örneğin, bir şirket grubunda yavru şirketler benzer yahut birbirini tamamlayan faaliyetler yürütüyor, merkezi bir yönetim altında, işçiler şirketler arası görevlendiriliyor ve ortak bir toplu iş sözleşmesi bulunmakta ise burada bir ekonomik ve sosyal ünitenin varlığı kabul edilip, bu ünite tek bir işletme olarak değerlendirilmektedir. Bunun sonucu olarak da şirketlerin her birinde ayrı ayrı 50 işçi sayısı sağlanamasa da toplam olarak 50 işçiyi geçtiğinde bir işletme komitesi kurulması zorunluluğu olacaktır¹⁰³⁹. Böylece yargı tarafından kaç tane şirket varsa o kadar işveren olduğu fikri reddedilmiş ve işçi temsiline de güçlü olduğu tek bir işletme fikri benimsenmiştir¹⁰⁴⁰.

¹⁰³³ Doğan Yenisey, s.136.

¹⁰³⁴ Doğan Yenisey, s.135-136.

¹⁰³⁵ Doğan Yenisey, s.292.

¹⁰³⁶ Doğan Yenisey, s.294.

¹⁰³⁷ Doğan Yenisey, s.293.

¹⁰³⁸ Doğan Yenisey, s.294.

¹⁰³⁹ Doğan Yenisey, s.295.

¹⁰⁴⁰ Doğan Yenisey, s.297.

Fransız hukukunda şirket topluluklarında, işçinin sadece sözleşmenin tarafı olan şirkette değil, diğer bağlı veya ana şirketlerde de çalıştığı görülmesi üzerine, işverenin sadece işçiyi işe alan şirket olmadığı kabul edilmiştir¹⁰⁴¹. Fransız hukukunda şirket topluluklarında işverenin tespiti için işçi üzerinde yönetim hakkı kullanan kişinin kim olduğu üzerinde durulmaktadır. Bir diğer ifadeyle işçinin kişisel bağımlılık altında emir ve talimatlarına uyduğu kişi işverendir. Ancak burada doğrudan doğruya işçi üzerinde yönetim hakkı kullanılması aranmaktadır. Fransız Yüksek Mahkemesinin de bir kararına konu olan olayda bağlı şirket tarafından iş sözleşmesi sona erdirilen işçi, ana şirketin de sorumlu tutulmasını istemiştir. Mahkeme, ana şirketin bağlı şirket üzerinde geniş bir denetim yetkisi olduğunu, ancak işçiye doğrudan doğruya emir ve talimat vermediğini ifade ederek davayı reddetmiştir¹⁰⁴². Ana şirketin ekonomik olarak karar verme gücünü elinde bulundurması ve bağlı şirkete talimatlar vermesi değil, doğrudan doğruya işçiye emir ve talimat vermesi işveren sıfatını kazandırmaktadır¹⁰⁴³. Bu sonucun devamı olarak grubu oluşturan şirketler zarara neden olan kendileri olmasa da işçinin ücret ve diğer haklarından müteselsil olarak sorumlu olmaktadır¹⁰⁴⁴.

İşçi bir bağlı şirket tarafından işe alınmış ve ondan talimatlar alıyorken aynı zamanda ana şirketin de emir ve talimatı altında çalışıyorsa her iki şirket birlikte işveren olarak kabul edilmektedir. Ancak işe alan bağlı şirket olmakla birlikte, bağlı şirketten emir ve talimat almaksızın sadece ana şirketten emir ve talimat alarak çalışıyorsa bu durumda tek işveren ana şirket sayılmaktadır¹⁰⁴⁵.

Ancak son yıllarda Fransız yargısı birlikte işverenlik bakımından aradığı bu ölçütleri esnetmiş ve daha kolay bir şekilde birlikte işverenlik tesis etmeye başlamıştır. Birlikte işverenlik teorisi her ne kadar eskilere (1961) dayansa da¹⁰⁴⁶ Fransız Mahkemesi 18 Ocak 2011'de Jungheinrich I kararı ile de kavrama yer vermiş ve bir dizi kararına daha konu olmuştur. Burada sözleşmenin bir tarafı olmasa da birinin işveren gibi davranması halinde işveren gibi sorumlu olması gerektiği esnasından hareket edilmektedir. 30 Kasım 2011 tarihli Jungheinrich II kararında ise sadece Fransız değil, Alman ana şirketin de

¹⁰⁴¹ Engin, s.200.

¹⁰⁴² Engin, s.200.

¹⁰⁴³ Engin, s.201.

¹⁰⁴⁴ Engin, s.206.

¹⁰⁴⁵ Engin, s.201.

¹⁰⁴⁶ Cass.soc., Urt. v. 1. 02. 1961, Bulletin civil IV no 146. Boetzkes, s.14.

birlikte işveren olarak sayılıp tazminat ödemek zorunda bırakılabileceği kararlaştırılmıştır. Elbette bu karar Almanya'da büyük ilgi uyandırmıştır¹⁰⁴⁷.

Birlikte işverenlik teorisinde esasında sözleşmenin nisbiliği ilkesi ve şirketler bakımından tüzel kişinin bağımsızlığı ilkesi göz ardı edilmektedir. Zira iş sözleşmesinin tarafı olmayan biri, birlikte işveren sıfatıyla yargı tarafından belirlenen önkoşullar altında sözleşmenin tarafı olan işveren yanında, bu işverenle aynı yükümlülükler altına girmektedir. Özellikle grup şirketlerde iflas sürecine giren ve ekonomik nedenlerle işçinin sözleşmesini fesheden bir şirket bakımından işçinin hem çalıştığı şirkete hem ana şirkete birlikte tazminat dava açması yargı tarafından kabul edilmektedir¹⁰⁴⁸. Yargının değerlendirdikleri arasında gerçekte kimlerin emir vermeye yetkili olduğu, yürütülen personel ve yaptırımlarla (disiplin cezaları) ilgili yönetim yetkisinin kimde olduğu gibi pratik önemi haiz konular yer almaktadır¹⁰⁴⁹. Menfaat, davranışlar ve yönetimin karıştırılması şeklinde ifade edilen, ana şirket ve bağlı/yavru şirketlerinin karıştığını gösteren bu kriteri yargı geliştirmiştir ve bu kriterle işçi ile birlikte işveren arasında bir hukuki bağımlılık ilişkisi kurulmaktadır¹⁰⁵⁰. Bu kriter geliştirilirken ilk dayanak birlikte işverenin hukuken sözleşmeli işverene benzer nitelik göstermesi ve sözleşme tarafı olan işverenle emir-talimat verme hakkını paylaşmış paylaşmadığı idi¹⁰⁵¹. Ancak belirtilmelidir ki ana şirketin de yavru şirkete müdahale etmesi birlikte işverenlik tesisi için yeterli değildir. Ana şirketin düzenli bir müdahalesi, bağlı kuruluşun işçisine talimatlar vermesi ve aktif olarak işveren-çalışan ilişkisine dâhil olmuş olması aranmaktadır¹⁰⁵².

Fransız Temyiz Mahkemesi 18.01.2011 tarihinde Jungheinrich I kararıyla epey ses getirmiştir. Zira bu kararla bu zamana kadar kurduğu birlikte işverenlik teorisinin şartlarından daha geniş bir bakış açısıyla birlikte işverenlik tesis etmiş ve aranan bazı şartları zikretmeyerek sorumluluk tesisini kolaylaştırmıştır. Karara konu olayda; Hamburg'da ikamet eden Jungheinrich grubu, forklift ve kamyon platformu üretmektedir. Ana şirket Alman Jungheinrich AG tarafından kurulan Fransız bağlı şirketi Jungheinrich Finance Holding Company SAS, ana şirket tarafından kontrol edilmektedir. Jungheinrich Finance ise Jungheinrich Fransa ve Mecanique industrial Chimie (MIC.) şirketlerinin ana hissedarıdır. Jungheinrich Fransa 1962, MIC ise 1974 yılından beri gruba dâhildir. 2002'de

¹⁰⁴⁷ Boetzkes, s.1.

¹⁰⁴⁸ Boetzkes, s. 13.

¹⁰⁴⁹ Boetzkes, s.14.

¹⁰⁵⁰ Boetzkes, s.15.

¹⁰⁵¹ Boetzkes, s.19.

¹⁰⁵² Boetzkes, s.20.

Alman Jungheinrich AG, "tek marka, tek ađ" sloganı ile tekdüze bir satış amacı ile grubun yeniden yapılandırılmasına karar vermiştir. Böylece MIC de tüm departmanları bağlı Şirket Jungheinrich Finans'a devretmiştir¹⁰⁵³. MIC'in 237 çalıŐanından 61'i devre razı olmamıŐ ve MIC'e bağlı çalışmaya devam etmiştir. MIC ise bu işçilere iş vermemiŐ ancak bir yıl daha ücret ödemiş ve 2004 yılında sözleşmelerini feshetmiştir¹⁰⁵⁴. Haksız fesih gerekçesiyle işçiler hem MIC hem Jungheinrich Finans'a dava açmışlardır. İlk derece mahkemesi MIC ile ilgili davayı kabul edip, Jungheinrich Finans için reddetmiştir. Ancak Temyiz Mahkemesi 25.06.2009 tarihli kararında, Jungheinrich Finans'ı birlikte işveren olarak nitelendirmiş ve tazminat ödemesinde MIC ile birlikte sorumlu kılmıştır. Kararına gerekçe olarak da MIC'in ekonomik olarak Jungheinrich grubuna bağlı olduğunu; üretiminin% 80'inden fazlasının ana alıcısının grup olduğunu, gerek fiyatları gerekse her tür ilke kararlarını MIC'e dikte ettiğini, finansal yönetim ve personel idaresini ilgilendiren konularda müdahale ettiğini ve Jungheinrich Finans'ın MIC'i devraldığını, artık zaten MIC'in bir özerkliğinin olmadığını ifade etmiştir¹⁰⁵⁵.

Jungheinrich II kararı da, ilk karar ile aynı koşullara dayanmaktadır. Bu kez MIC'in sözleşmesi feshedilen çalışanlarının bazıları, Alman ana Şirket Jungheinrich AG'ye karşı dava açmış ve birlikte işveren olarak tazminat talebinde bulunmuştur. Alman Jungheinrich AG Fransız mahkemelerinin yetkili olmadığı yönünde itirazda bulunsa da Temyiz Mahkemesi 18.06.2010 tarihinde, çalışanların lehine karar vermiş ve ana Şirket Jungheinrich AG' yi birlikte işveren olarak sorumlu tutmuştur. Bunun için de ana Şirketin tek tip bir rehberlik yaptığını, diğer Őeylerin yanı sıra Jungheinrich AG'nin MIC'in tüm patentlerini ve marka haklarını devraldığını, kullanım lisanslarından yararlandığını, tüm strateji ve yönetim kararlarını ana Şirketin aldığını, bütün personel idaresini devraldığını ve MIC alıŐanlarının işten çıkarılmasını organize ettiğini, MIC'in genel müdürünün dahi yetkisinin bulunmadığını ve grup idaresinin talimatlarına tabi tutulduğunu gerekçe olarak göstermiştir¹⁰⁵⁶. Esasında davalı Jungheinrich AG tüzel kişiliğin bağımsızlığı (hak ehliyeti anlamında) ilkesinin zedelendiğini, ana Şirket olarak bağlı Őirketlerini denetleme hakkının işçiler bakımından böyle bir sorumluluk tesis etmek için yeterli olmadığını, kendisi ile MIC arasında bir ilişki olduğunu, ancak MIC'in çalışanları ile kendisi arasında doğrudan

¹⁰⁵³ Boetzkes, s.26.

¹⁰⁵⁴ Boetzkes, s.27.

¹⁰⁵⁵ Boetzkes, s.28.

¹⁰⁵⁶ Boetzkes, s.43.

bir ilişki olmadığını iddia etmişse de mahkemeyi ikna edememiştir¹⁰⁵⁷. Ancak grup şirkette ana şirketin bağlı şirketin işçilerini işe almadığı, ücretini ödemediği, işçiye talimat vermediği ve hiçbir zaman işçi ile doğrudan bir bağlantıya sahip olmadığı durumlarda da ekonomik girişimi esas alarak birlikte işverenlik tesis edilebilmesi hem Fransız hem Alman öğretisinde tartışmalara ve eleştirilere konu olmaktadır¹⁰⁵⁸.

5. GEÇİCİ (ÖDÜNÇ) İŞ İLİŞKİSİ

20. yüzyıla hâkim olan klasik çalışma biçimi olarak nitelendirebileceğimiz ilişki, “iş hukukunun Aristotelian kuralı” da denilen¹⁰⁵⁹, işçi ile tek bir işveren arasında, tam gün ve belirsiz süreli bir çalışmaya dayanır¹⁰⁶⁰. 1970’lerin ortalarında çalışma hayatında esnekleşme yönünde gerçekleşen rüzgâr ise tüm dünyada “standart olmayan”, “geleneksel olmayan”, “atipik” iş ilişkilerinde artışa sebep olmuştur¹⁰⁶¹. Bir işçi artık sözleşme ile bağlı olduğu işverene değil, sözleşme rotasından ayrılarak başka bir işverene iş görmeye başlamıştır¹⁰⁶². Bu atipik istihdam sözleşmeleri, felsefeleri hala farklı olsa da iş hukukunun ticaret hukukunu karşıladığı gri alanlardan biridir¹⁰⁶³. Konumuzla alakadar esnekleşme modellerinden biri de üçlü iş ilişkileridir. Burada işçiler üzerinde idari yönetim ve sorumluluğun dışsallaştırılması ile birlikte tek bir işveren ile işçi arasında istihdam ilişkisi kuran ilişkilerin yerini, işçinin birden fazla işverene hizmet gördüğü üçlü iş ilişkileri almıştır¹⁰⁶⁴. Geçici iş ilişkileri de bu üçlü iş ilişkilerinin en sık görülmeye başlanan örneklerinden biridir. İş sözleşmesinin tarafı olmadığı halde bir işverenle iş ilişkisi kurulması atipik iş ilişkilerinden geçici iş ilişkisine vücut vermektedir¹⁰⁶⁵. Geçici iş ilişkisi özel istihdam bürolarının iş aracılığı faaliyetinden farklıdır. İş aracılığında büro, işveren sıfatına sahip değildir, yalnızca işçi ile işveren arasında iş ilişkisinin kurulmasına kadar aracılık vazifesi üstlenir¹⁰⁶⁶. İş aracılığında birlikte işverenlik söz konusu olmayacağı için bu başlık altında inceleme konusu yapılmayacaktır.

¹⁰⁵⁷ Boetzkes, s.44.

¹⁰⁵⁸ Boetzkes, s.45.

¹⁰⁵⁹ Veneziani, s.114.

¹⁰⁶⁰ Kalleberg, s.2. ARICI Kadir; Atipik İş Sözleşmelerinde İşçinin Korunması, Emeğin Hukuku Kurultayı 2, 27 Mayıs 2016, Ankara 2017, 93-109. (Atipik), s.96-97.

¹⁰⁶¹ Kalleberg, s.1. Arıcı, Atipik, s.96-97.

¹⁰⁶² Veneziani, s.118.

¹⁰⁶³ Veneziani, s.119.

¹⁰⁶⁴ Kalleberg, s.4. Veneziani, s.118.

¹⁰⁶⁵ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.364.

¹⁰⁶⁶ Süzek, s.305. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.366. NAZLI Seçkin; Özel İş Aracılığı, İstanbul 2009, s.59 vd. ALPAGUT Gülsevil; Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir

5.1.Türk Hukukunda

5.1.1.Genel Olarak

2016 Mayıs ayında İş Kanununda yapılan bir değişiklikle hem mesleki hem de mesleki olmayan geçici iş ilişkisinin kurulmasına izin verilmiştir¹⁰⁶⁷. Bu hükümlerle artık geçici iş ilişkisi sadece, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir¹⁰⁶⁸ (md. 7/1). Öğretide farklı ifadeler kullanılsa da biz çalışmamızda bu üçlü iş ilişkisinin taraflarını ödünç veren işveren, ödünç alan işveren ve işçi şeklinde adlandıracağız¹⁰⁶⁹. Esasında ILO terminolojisine uygun olarak kullanıcı ve sağlayıcı terimleri de seçilebilir¹⁰⁷⁰. Ancak aşına olduğumuz ve konuyu daha iyi ifade ettiğini düşündüğümüz ödünç alan/veren işveren kavramlarını kullanacağız.

Geçici iş ilişkisinde işçi ve ödünç veren işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmaktadır ve işçinin iş görme borcu geçici olarak ödünç alan işverene sunulsa da ödünç veren işverenle arasındaki iş sözleşmesi devam etmektedir¹⁰⁷¹. Ancak işçi bu süre zarfında iş görme borcunu iki işveren arasında yapılan geçici işçi sağlama sözleşmesine verdiği yazılı rıza ile ödünç alan işverene karşı yerine getirmeyi üstlenmektedir¹⁰⁷².

Geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu aracılığıyla gerçekleştirilen ve şirket gruplarında gerçekleştirilen olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir¹⁰⁷³.

Kararının Düşündürdükleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 10/2006, 569-584. (Mesleki), s.573. EKMEKÇİ Ömer; Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, 100-119, s.103. EKONOMİ Münir; Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008. 231-266. (Ödünç İş), s.259.

¹⁰⁶⁷ Bu sürece gelene kadar geçen zaman içinde yapılan düzenlemelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.305-306. Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.170. TAŞKENT Savaş/ KURT Dilek; Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi, Kamu İş, Nisan 2013, 1-8, s.7. DOĞAN YENİSEY Kübra; Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi, Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2016, 133-171. (Mesleki Faaliyet), s.134 vd. Nazlı, s.259 vd. Doğan, s.291. Civan/Çağlayan Aksoy, s.190. Alpagut, Mesleki, s.577. Ekonomi, Ödünç İş, s.250 vd.

¹⁰⁶⁸ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.171.

¹⁰⁶⁹ Öğretideki farklı adlandırmalar için bkz. CANIKLIOĞLU Nurşen; Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, 122-155, s.125.

¹⁰⁷⁰ Bartkiw, s.3.

¹⁰⁷¹ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.171. Süzek, s.305. Başbuğ, İş Hukuku, s.107. Nazlı, s.238. NARMANLIOĞLU Ünal; İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre İle Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç “Geçici” İş İlişkisi), Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2011, S.23, 15-21. (Geçici Süre), s.16. Ekonomi, Ödünç İş, s.232.

¹⁰⁷² Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.171.

¹⁰⁷³ Kanuni düzenleme öncesinde de gerçek ve gerçek olmayan geçici iş ilişkisi olarak iki başlık altında incelenmekteydi. Bkz. Ekonomi, Ödünç İş, s.235.

Kanunun 7. maddesinin 2. ve 11. fıkralarına göre; “*Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun, bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devri ile kurulur.*” “*...Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, geçici işçi ile iş sözleşmesi, geçici işçi çalıştıran işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yapmak suretiyle yazılı olarak kurulur.*” Burada yazılılığın geçerlilik koşulu olduğu öğretide belirtilmektedir¹⁰⁷⁴. Kanun bu sözleşmede yer alması gereken hususları da ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. İlgili hüküm; “*Özel istihdam bürosu ile geçici işçi çalıştıran işveren arasında yapılacak geçici işçi sağlama sözleşmesinde; sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, özel istihdam bürosunun hizmet bedeli, varsa geçici işçi çalıştıran işverenin ve özel istihdam bürosunun özel yükümlülükleri yer alır. Geçici işçinin, Türkiye İş Kurumundan veya bir başka özel istihdam bürosundan hizmet almasını ya da iş görme edimini yerine getirdikten sonra geçici işçi olarak çalıştığı işveren veya farklı bir işverenin işyerinde çalışmasını engelleyen hükümler konulamaz. Geçici işçi ile yapılacak iş sözleşmesinde, işçinin ne kadar süre içerisinde işe çağrılmazsa haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği belirtilir. Bu süre üç ayı geçemez.*” şeklindedir. O halde işçi geçici işi sona erip, özel istihdam bürosuna döndükten sonra üç ay geçmesine rağmen işe çağrılmazsa iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilir. Ancak maalesef bu boşta geçen döneme ilişkin bir ücret ödemesi zorunluluğu düzenlenmemiştir¹⁰⁷⁵.

Geçici iş ilişkisinin ikinci türüne göre ise; işverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi hâlinde de geçici iş ilişkisi kurulmuş olur¹⁰⁷⁶ (İK md. 7/15).

Kanunda hangi işlerde ve hallerde özel istihdam bürosundan işçi kiralayarak geçici iş ilişkisinin kurulabileceği sınırlı bir şekilde sayılmıştır¹⁰⁷⁷. Buna göre; mevsimlik tarım işlerinde (sadece tarım işi değil, mevsimlik olması aranmaktadır), temizlik, hasta ve çocuk bakımı dâhil her tür ev hizmetlerinde, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen teknik bakım, onarım, yeni bir yazılım geliştirilmesi gibi işlerde özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulabilir. Ayrıca, ilköğretim çağına

¹⁰⁷⁴ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.173. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 370. Doğan Yenisey, Mesleki Faaliyet, s.148. Ekmekçi, s.107. Narmanlioğlu, Geçici Süre, s.18.

¹⁰⁷⁵ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.173. Doğan Yenisey, Mesleki Faaliyet, s.164-165.

¹⁰⁷⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT Ercan; İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, s.12 vd. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.367 vd.

¹⁰⁷⁷ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.174. Süzek, s.307. Doğan Yenisey, Mesleki Faaliyet, s.152.

gelmemiş çocuğu olan ebeveynlerin kısmi süreli çalışmasında, analık izni, doğum sonrası yarım çalışma izni ve ücretsiz doğum izni dönemlerinde ortaya çıkan işgücü açığını gidermek için, işçinin askerlik hizmetinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hallerde o işçinin yerine çalıştırmak için, iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen doğal afet veya terör olayları gibi zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde, işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde, mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâlinde, özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulabilir¹⁰⁷⁸.

Geçici iş ilişkisinin kurulmasına Kanunda süre sınırı da getirilmiştir. Bunun tek istisnası mevsimlik tarım işleri ile ev hizmetleridir. Bunun dışında askı hallerinde askının devamı süresince, diğer hallerde ise en fazla dört ay süreyle geçici iş ilişkisi kurulabilir ve toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki defa yenilenebilir. Geçici işçi çalıştıran işveren, belirtilen sürenin sonunda aynı iş için altı ay geçmedikçe yeniden geçici işçi çalıştırılmaz. Aynı holding veya şirketler grubu içinde ise geçici iş ilişkisi, yazılı olarak altı ayı geçmemek üzere kurulabilir ve en fazla iki defa yenilenebilir.

Geçici iş ilişkisi kurulması bazı hallerde de Kanunen yasaklanmıştır. İK'nın 7. maddesinin 4. ve 5. fıkrasında yer alan bu yasaklara göre; toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süresince, kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde, grev ve lokavtın uygulanması sırasında geçici iş ilişkisiyle işçi çalıştıramaz. Ödünç alan işveren, iş sözleşmesi feshedilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay geçmeden geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştıramaz.

Geçici iş ilişkisine getirilen bir diğer sınırlama da İK'nın 7. maddesinin 6. fıkrasında yer alan, işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde çalıştırılacak geçici işçi sayısına ilişkindir. Bu halde geçici iş ilişkisi ile çalıştırılan işçi sayısı, işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemez. Ancak, on ve daha az işçi çalıştırılan işyerlerinde beş işçiye kadar geçici iş ilişkisi kurulabilir. İşçi sayısının tespitinde, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür.

¹⁰⁷⁸ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.174-175. İK 7. maddenin 2. fıkrası ve madde gerekçesi. Süzek, s.307-310. Doğan Yenisey, Mesleki Faaliyet, s.154-158.

5.1.2. Geçici İş İlişkisinde Birlikte İşverenlik

Birlikte işverenliği tanımlarken kurmuş olduğumuz sistemde bir işçi ile işveren arasında var olan bir iş sözleşmesinin tarafı olmamasına rağmen, işçinin işverenle birlikte iş görme borcunun muhatabı olan ve işçiye karşı yönetim hakkının kapsamına giren hususlarda kurallar koyan, işe alan, işle ilgili emir ve talimat veren, çalışma şartlarını değiştirebilen, işçiyi denetleyip gözetleyen, disiplin cezası verip, iş sözleşmesini sona erdiren gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum kuruluşun da birlikte işveren sayılması gerektiğini izah etmiştik. Zira burada birlikte işveren, iş sözleşmesinin tarafı olmak dışında sözleşmenin getirdiği her türlü yetkiyi sözleşmenin tarafı olan işverenle birlikte kullanmaktadır ve iş görme borcunun da muhatabı olmaktadır. Burada yönetim hakkının ortak bir biçimde kullanılması söz konusu olabileceği gibi yönetim hakkından kaynaklı yetkilerin paylaşılması da söz konusu olabilir. Birlikte işveren olabilmek bakımından bu ayırım önemli değildir. Mühim olan tamamen bir işveren gibi davranmak, işçi üzerinde işverenmişçesine yönetim hakkı kullanmaktır. Yönetim hakkının bütün unsurları ile kullanılması da gerekmez. Önemli olan yönetim hakkının hangi yoğunlukla kullanıldığıdır. Sözgelimi, birlikte işveren işçiyi işe almamış olabilir, ancak işle ilgili her türlü emir ve talimatı veriyor, işçinin çalışma şartlarını belirliyor ve işçiye disiplin cezası uyguluyorsa burada yönetim hakkının yoğun bir biçimde kullanıldığından bahisle birlikte işverenlik tesisi gerekecektir. Bu açıklamaların ışığında geçici iş ilişkisinde birlikte işverenliğin var olup olmadığı tartışılacaktır. Esasında eskiden beri ödünç alan işverenle işçi arasında bulunan bağ açıklanmaya çalışılmış ve aralarında iş sözleşmesi benzeri bir ilişki olduğu savunulmuştur¹⁰⁷⁹.

Geçici iş ilişkisinde esasında ödünç veren işverenin işveren niteliğinin devam ettiği, ödünç alan işverenin ise işçiye karşı yönetim hakkını kullanabileceği açıkça kanunda düzenleme altına alınmıştır. Buna göre işçinin iş sözleşmesi özel istihdam bürosu ile devam eder, ancak işçiye emir ve talimat verme yetkisi ödünç alan işverene geçer¹⁰⁸⁰. Bu husus Kanunda da açıkça zikredilmektedir. İlgili hükme göre “*Geçici iş ilişkisinde işveren özel istihdam bürosudur.*”

¹⁰⁷⁹ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.182. ODAMAN Serkan; Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, s.91. Süzek, s.315. Akyiğit, s.121 vd. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.375. Burada bağımlılık ilişkisinin kurulduğu tespit edilirse baştan itibaren fiili bir iş ilişkisinin varlığının kabul edileceği yönünde, Doğan, s.294.

¹⁰⁸⁰ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.173. Süzek, s.315. Başbuğ, İş Hukuku, s.107. Nazlı, s.243. Öğretide ödünç iş ilişkisinin işverenin emir ve talimat verme hakkının geçici süreyle devri olarak tanımlandığı dahi görülmektedir. Narmanlioğlu, Geçici Süre, s.15.

Ödünç alan işveren ise Kanunda işçiye karşı pek çok hak ve yetki ile donatılmıştır. Öncelikle İK'nın 7. maddesinin 9. fıkrasında da yer aldığı üzere “geçici işçi çalıştıran işveren; işin gereği ve geçici işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak geçici işçisine talimat verme yetkisine sahiptir”¹⁰⁸¹. İşçi üzerinde yönetim hakkı ödünç alan işveren ile ödünç veren işveren arasında paylaşılmaktadır. Ancak ödünç veren işverenin yönetim hakkı oldukça daralmaktadır¹⁰⁸². Burada ödünç alanın talimat verme yetkisinin kapsamı hakkında öğretide; yalnızca işin görülmesine ilişkin talimatlarla sınırlı olduğu yönünde görüşler bulunmakla birlikte¹⁰⁸³; işin yapılışı ve işçinin davranışlarına ilişkin talimatlar yanında işyerinin düzenine ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik talimatlarla, yıllık izin hakkının kullanılması gibi konularda da işçiye talimatlar verilebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁸⁴. Hatta öğretide bir görüş tarafından Kanunda açıkça “işçiye talimat verme hakkına sahiptir” ifadesinin varlığından dolayı sözleşmenin tarafı olan işverenin talimat verme hakkını tamamen ödünç alana devrettiği savunulmaktadır¹⁰⁸⁵. Bu nedenle işin görülmesine ilişkin talimatları ödünç veren işverenle paylaşmadığı belirtilmektedir¹⁰⁸⁶. Ancak işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatların, işin görülmesine ilişkin olmadığından, iş görme borcu kapsamında yer almadığı ve bu nedenle hem ödünç veren hem ödünç alan işverenin işçiye davranışları ile ilgili talimatları verebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁸⁷. Bu konuya ilişkin olarak “kısmi yönetim hakkı” ifadesi de kullanılmaktadır¹⁰⁸⁸. Yine işçi üzerinde kullanılabilir yönetim yetkilerinden biri olan disiplin cezası verme yetkisinin hangi işveren tarafından kullanılabilirliği de öğretide tartışılmıştır. Ödünç veren işverenin yanı sıra ödünç alan işverenin de işçiye disiplin cezası verebileceği savunulmaktadır¹⁰⁸⁹. Ancak aksi yöndeki bir görüş; yıllık izin kullanımı, disiplin cezası verme, sözleşmeyi fesih yetkisi gibi yönetim yetkilerinin ödünç veren işverende olduğunu belirtmekte, bu ve benzeri yetkilerin ödünç alan işveren tarafından

¹⁰⁸¹ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.179. Açık düzenleme öncesinde de aynı yöndeki kabul için bkz. Engin, s.103. Civan/Çağlayan Aksoy, s.190 dn.3. Ekonomi, Ödünç İş, s.240.

¹⁰⁸² Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.373. Doğan, s.288. Caniklioğlu, s.140. Narmanlıoğlu, Geçici Süre, s.18.

¹⁰⁸³ Nazlı, s.244.

¹⁰⁸⁴ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.179. Akyiğit, s.138. Süzek, s.316.

¹⁰⁸⁵ Odaman, s.97. aksi yönde bkz. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.378. Doğan, s.289. Akyiğit, s.136.

¹⁰⁸⁶ Erdemir, s.77.

¹⁰⁸⁷ Erdemir, s.78. Akyiğit, s.224. Caniklioğlu, s.140.

¹⁰⁸⁸ Erdemir, s.80, Akyiğit, s.223. Odaman, s.139.

¹⁰⁸⁹ Narmanlıoğlu, Geçici Süre, s.18. Odaman, s.101 ve 142. Edimden bağımsız borç ilişkisi kapsamında aynı sonuca ulaşan, Başbuğ, Disiplin, s.193. aksi yönde bkz. Nazlı, s.282.

kullanılması durumunda artık ödünç alan işverenle işçi arasında bir bağımlılık ilişkisi kurulduğunu ifade etmektedir¹⁰⁹⁰.

Ödünç alan işverenin işçi üzerinde yönetim hakkı kullanabilmesinin yanı sıra işçiye karşı birtakım yükümlülükleri de üstlenmesi gerektiği yine Kanunda açıkça düzenleme altına alınmıştır. Ödünç alan işverenin işçiye karşı ilk yükümlülüğü İK'nın 7. maddesinin 10. fıkrasında yer alan geçici işçinin, ödünç alan işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşullarının¹⁰⁹¹, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamayacağı yönündeki eşit davranma borcudur. Ayrıca İK'nın 7. maddesinin 9. fıkrasına göre geçici işçiler, ödünç alan işveren yanında çalıştıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırılırlar ve iş sağlığı güvenliği önlemleri alınıp mesleki eğitime tabi tutulurlar.

Bu düzenlemeler dışında ödünç alan işverene işçi ile ilgili birtakım yükümlülükler daha yüklenmiştir. İK'nın 7. maddesinin 9. fıkrasına göre ödünç alan işveren, işyerindeki açık iş pozisyonlarını geçici işçisine bildirmek ve Türkiye İş Kurumu tarafından istenecek belgeleri belirlenen sürelerle saklamakla yükümlüdür. Geçici işçinin iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini özel istihdam bürosuna derhâl, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13 üncü ve 14 üncü maddelerine göre ilgili mercilere bildirmekle yükümlüdür. İşyerindeki geçici işçilerin istihdam durumuna ilişkin bilgileri, varsa işyeri sendika temsilcisine bildirmekle yükümlüdür.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere ödünç alan işveren işçiye karşı yönetim hakkını yoğun bir biçimde kullanmaktadır. İş sözleşmesinin tarafı olan ödünç veren işverenin de yönetim hakkı işçi üzerinde devam etmektedir. İşçi tek bir iş görme edimi sunmakta olup, iki işveren tarafından kontrol altında tutulmaktadır. İşçiye işveren olarak davranan iki işveren bulunmaktadır. Bu nedenle ödünç alan ve ödünç veren işveren arasında birlikte işverenliğin şartları gerçekleşmektedir. Ancak birlikte işverenliğin olduğu söylenecekse de bunun en önemli sonucu birlikte sorumluluk doğurmasıdır. Fakat kanun koyucu birlikte işverenliğin söz konusu olduğu geçici iş ilişkisinde sorumluluk hususunu ayrıca ve açıkça düzenlediğinden artık kanuni düzenlemenin dışına çıkılamayacaktır. Bir başka ifadeyle Kanunda geçici iş ilişkisi hiç düzenlenmemiş olsa idi, işçi üzerinde birden fazla işverenin yönetim hakkı kullanması hasebiyle birlikte işverenlik

¹⁰⁹⁰ Doğan, s.297. Caniklioğlu, s.140.

¹⁰⁹¹ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.317-318. Doğan Yenisey, Mesleki Faaliyet, s.160. Kavramın eleştirisi için bkz. Başbuğ, İş Hukuku, s.109.

doğacak ve işverenler her tür işçilik alacağından birlikte sorumlu olacaktır. Ancak artık konu Kanunda düzenlenmiştir. Bu nedenle her ne kadar özel istihdam bürosu/ödünç veren işverenle ödünç alan işveren arasında birlikte işverenlik olsa da, birlikte sorumluluk Kanunda öngörüldüğü kadarıyla söz konusu olacaktır¹⁰⁹².

Ücret bakımından birlikte sorumluluk hususunda İK'nın 7. maddesinin 12. fıkrası, *“işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde, kurulan geçici iş ilişkisinde, geçici işçi çalıştıran işveren işyerinde bir ayın üzerinde çalışan geçici işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle, özel istihdam bürosu ise ücretin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak geçici işçi çalıştıran işverene ibraz etmekle yükümlüdür. Geçici işçi çalıştıran işveren, ödenmeyen ücretler mevcut ise bunlar ödenene kadar özel istihdam bürosunun alacağını ödemeyerek, özel istihdam bürosunun alacağından mahsup etmek kaydıyla geçici işçilerin en çok üç aya kadar olan ücretlerini doğrudan işçilerin banka hesabına yatırır. Ücreti ödenmeyen işçiler ve ödenmeyen ücret tutarları geçici işçi çalıştıran işveren tarafından çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne bildirilir.”* hükmünü haizdir. Holdinglerde veya şirket gruplarında kurulan geçici iş ilişkisinde ise İK'nın 7. maddesinin 15. fıkrasına göre; *“İşçisini geçici olarak devreden işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam eder. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur.”* Özel istihdam bürolarından sağlanan geçici iş ilişkisi bakımından Kanunda açıkça İK'nın 7. maddesinin 2. fıkrasının (f) bendi kapsamında kurulan geçici iş ilişkisinde birlikte sorumluluk esasının benimsendiği, bunun ise sadece 3 ayla sınırlı olduğu, diğer sebeplerle kurulan geçici iş ilişkisinde birlikte sorumluluğun söz konusu olamayacağı öğretide belirtilmekte ve bu durum eleştirilmektedir¹⁰⁹³. Ancak 5510 sayılı Kanunun 12. maddesinin 2. fıkrasının c.2. hükmünden dolayı, bütün geçici iş ilişkileri bakımından, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerden her iki işverenin birlikte sorumluluğunun devam ettiği de ifade edilmektedir¹⁰⁹⁴. Holding veya şirket gruplarında kurulan geçici iş

¹⁰⁹² Kanunun 2016 yılında yapılan değişiklikten önceki halinde de birlikte sorumluluğun sadece Kanunda açıkça zikredilen haller için geçerli olduğunu, açık olarak belirtilmeyen kıdem, ihbar, iş güvencesi tazminatından ödünç alan işverenin sorumlu olmayacağını belirten bir görüş için bkz; Caniklioğlu, s.130. Çankaya/Çil, s.157.

¹⁰⁹³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.183. Süzek, s.316. Taşkent/Kurt, s.8. Doğan Yenisey, Mesleki Faaliyet, s.166. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.250-251.

¹⁰⁹⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.183. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.250.

ilişkisinde işçi alacaklarından ise açık hüküm nedeniyle hem ödünç alan hem ödünç veren işveren bu süre zarfında birlikte sorumlu olacaklardır (İK md. 7/15).

Bu konuda bir düzenleme olmadığı zamanlarda, doktrinde geçici iş ilişkisi geçici sayılamayacak kadar uzun sürerse ödünç alan işverenle işçi arasında bir iş sözleşmesi kurulduğu sonucuna varılacağı ve bu durumda ödünç veren işverenle ödünç alan işverenin birlikte işveren niteliği kazanacağı savunulmakta idi¹⁰⁹⁵. Ancak artık açık düzenleme bulunmaktadır. İK'nın 7. maddesinin 13. fıkrası hükmü; *“Sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen geçici iş ilişkisinin devam etmesi hâlinde, geçici işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu durumda özel istihdam bürosu işçinin geçici iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere sorumludur.”* şeklindedir. Bu durumda artık sözleşmenin süresi dolduktan sonra birlikte işverenlik niteliğinin devam edeceğini savunmak mümkün olmayacaktır¹⁰⁹⁶. Zira geçici işçi sağlama sözleşmesinin süresi boyunca özel istihdam bürosunun işçinin alacaklarından sorumlu olduğu, ancak bu sürenin sonunda işçinin artık özel istihdam bürosunun değil, ödünç alan işverenin işçisi olduğu, onunla arasında iş sözleşmesi kurulduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Fakat burada özel istihdam bürosunun zaten sorumlu olduğu bir döneme ilişkin sorumluluğunu belirten bir düzenleme yerine, ödünç alan işverenin o döneme ilişkin sorumluluğunu tesis eden bir düzenleme getirilmesi daha anlamlı ve hakkaniyetli olurdu¹⁰⁹⁷. Böylece ödünç alınan döneme ilişkin birlikte sorumluluk da kurulmuş olabilirdi.

5.2.Karşılaştırmalı Hukukta

5.2.1. Genel Olarak

91/83/EC Sayılı Direktif ile geçici istihdam ajansları ile işçi kiralayan işverenin işçinin ücreti, sosyal güvenlik ödemeleri ve iş sağlığı güvenliğine ilişkin kurallardan birlikte sorumlu olmaları garanti altına alınmaktadır. Ancak bu düzenleme Alman, Fransız, İtalyan hukuk düzenlerinde daha sıkı uygulanırken, İngiliz sistemi esnek çalışma

¹⁰⁹⁵ Engin, s.112. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.204.

¹⁰⁹⁶ Aynı yönde Doğan Yenisey, Mesleki Faaliyet, s.166.

¹⁰⁹⁷ Doğan Yenisey, Mesleki Faaliyet, s.167.

düzenlemelerine daha açık görünmektedir. Kurallarla sıkı sıkıya bağlı olmayan İngiliz yargısı da işçinin iş sözleşmesi ile mi veya özerk, sui generis bir sözleşme ile mi çalıştığından bağımsız olarak kullanıcı firma ve işçi sağlayıcı firma arasındaki ilişkileri belirleyebilmektedir¹⁰⁹⁸. Amerikan hukukunda ve Kanada hukukunda da İngiliz hukukuna benzer bir biçimde birlikte işverenlik kapsamında konu ele alınmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda Anglo Amerikan hukuku tek bir başlık altında incelenmiştir.

Geçici iş ilişkisi konusunda karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapılırken ülkelerdeki geçici iş ilişkisinin ne şekilde düzenlendiğinden ziyade birlikte işverenlik olup olmadığı temel alınmıştır. Genel anlamda geçici iş ilişkisi ve özelliklerinin araştırılması çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

5.2.2. Anglo Amerikan Hukukunda

Ödünç iş ilişkisi tüm dünyada olduğu gibi ABD’de de giderek artmakta ve hukukçular da bu gelişmelere ayak uydurmaya çalışıp, değişiklikleri kavramsallaştırmak için bir dizi yeni terim, tanımlama getirmektedir¹⁰⁹⁹. İşgücünde esnekliğin artırılması ve istihdam maliyetlerini düşürmek için üçlü iş ilişkileri hız kazanmaktadır¹¹⁰⁰. İşçinin edimini doğrudan kullanan *de facto* işverenle *de jure* işverenin farklı olduğu geçici iş ilişkisinde, geçici istihdam büroları, Amerikan Hukukunda da iş aracılığından farklıdır. İş aracılığında işçi ile onu kalıcı olarak alan işveren arasında iş ilişkisi kurulur. Oysa geçici istihdam büroları işçileri dönemsel olarak başka işverenlerde çalıştırmak üzere kiralamaktadır¹¹⁰¹. Değişen bu düzende Amerikan iş gücünün de yüzü değişmiştir ve her kademedeki işverenler, personel ihtiyaçlarını karşılamak için giderek geçici istihdam ilişkilerine güvenmektedir. Geçtiğimiz on yıl boyunca, ajansların Amerikan şirketlerine sağladığı geçici personel sayısı 500.000’den 2 milyona yükselmiştir¹¹⁰². Amerikada her yıl artan bir sayıda 5 milyonu aşkın kişinin özel istihdam bürolarından kiralandığı tahmin edilmektedir¹¹⁰³. Zira böylece hem maliyetler azaltılmış hem de belirli bir işçi sayısından fazla çalışanı olan (örneğin aile yardımı sağlamak için 75 mil sınırları içinde 50 çalışanın

¹⁰⁹⁸ Veneziani, s.124-125.

¹⁰⁹⁹ Becker, s.1531.

¹¹⁰⁰ Wears/Fisher, s.159.

¹¹⁰¹ Kalleberg, s.4.

¹¹⁰² Jenero/Spognardi, s.127.

¹¹⁰³ Wears/Fisher, s.160.

olması- Aile ve Tıbbi İzin Kanunu) işverenlere getirilen bazı külfetlerden kurtulmuş olmaktadır¹¹⁰⁴. Geçici personel istihdamı işgücü giderek ABD ekonomisinin kilit sektörlerinde işyeri politikaları ve büyük ticari işletmelerin istihdam uygulamalarını şekillendiren önemli bir faktör haline almıştır¹¹⁰⁵. En son araştırmalar, yirmi birinci yüzyılda ABD ekonomisinde geçici ajansların daha önce düşünülenden çok daha önemli bir rol oynadığını düşündürmektedir. Yirmi birinci yüzyılın başında, bu firmalar arasında geçici ajansları kullananların tüm işyerlerinin yüzde 43'ü olduğu, geçici işçilerin ise işgücünün ortalama yüzde 8,7'sini oluşturduğu tespit edilmiştir. Geçici personel istihdamının büyümesi 2008 Büyük Durgunluk sonrasında hızla yükselmiş ve 2009-2013'ten itibaren geçici personel ajanslarının hâkim olduğu istihdam hizmetleri sektörü, net ulusal istihdam kazancının yüzde 17'sinden fazlasını oluşturmaktadır¹¹⁰⁶.

İstihdam ajansı ile iş sözleşmesi olan işçi, günlük talimatlarını kullanıcı firmadan almaktadır. Bu nedenle işçilerle ilgili yükümlülüklerin muhatabının kim olduğu Amerikan hukukunda pek çok yargı kararında tartışılmıştır¹¹⁰⁷. Amerikan hukukunda geçici iş ilişkisi birlikte işverenlik kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle çalışmamız bağlamında önem arz eden bir konudur.

Amerikan hukuk öğretisinde geçici işçilerin hem sözleşmenin tarafı olan ajans hem de kiralayan şirket bakımından ikisinin de işveren olarak kabul edilmesine karşı çıkan bir görüş de vardır. Bu görüşe göre işçiler elbette kullanıcı şirkette eşit istihdam fırsatlarından haberdar edilmelidir, tacizlere karşı oluşturulan politikalardan faydalanmalıdır. İstihdam ile ilgili konularda eğitim programlarına dâhil edilmelidir. Ancak kullanıcının tam zamanlı ve kendi işçisi gibi ondan sorumlu olması düşünülmemelidir. Aksi bu müessesenin doğuş sebebine aykırılık oluşturur¹¹⁰⁸. Fakat bu görüş Amerikan yargısında karşılık bulamamış ve azınlıkta kalmıştır.

NLRB'ye göre birlikte işveren kavramı, aslında ayrı iki veya daha fazla ticari varlığın, iş ilişkisinin esas şart ve koşullarını düzenleyen konuları paylaştığı veya ortak karar verdiği durumlarda söz konusudur. Birlikte işveren statüsü kurmak için işverenin, iş alma, işten çıkarma, disiplin, denetim ve yönlendirme gibi iş ilişkisine ilişkin konuları

¹¹⁰⁴ Wears/Fisher, s.160.

¹¹⁰⁵ Freeman/Gonos, s.5.

¹¹⁰⁶ Freeman/Gonos, s.6.

¹¹⁰⁷ Wears/Fisher, s.160.

¹¹⁰⁸ Comisky/Abbott, s.13-15.

anamlı şekilde etkilediğine dair göstergeler olmalıdır. Bir NLRB davasının¹¹⁰⁹ temyizinde, İkinci Daire, birlikte işverenlik olduğuna karar verebilmek için gerekli önemli bir unsurun "çalışanların üzerinde doğrudan yönetim hakkı kullanıldığına dair yeterli kanıt" olduğunu açıklamıştır¹¹¹⁰. Öğretide ise bir geçici hizmet sağlama sözleşmesinde ödünç alan işverene geçici işçiler üzerinde yönetim hakkı kullanma yetkisi veren bir hükmün varlığının tek başına birlikte işveren statüsüne dair kesin kanıt olmadığı savunulmaktadır. Birlikte işveren statüsü oluşturmak için, ödünç alan işverenin geçici işçilerin istihdamının temel şart ve koşullarını anlamlı biçimde etkilediği ve müdahalesinin minimal düzeyin veya rutinin üzerinde olduğunu açıkça gösteren bir kural olması gerektiği belirtilmektedir¹¹¹¹.

Yine bir davada kullanıcı firma (BFI) ile geçici personel ajansı birlikte işveren kabul edilmiştir. Zira söz konusu olayda da işçilerin istihdam koşulları ve çalışma şartları birlikte belirlenmiş ve denetim elemanları iç içe geçmiştir¹¹¹². Özellikle ABD Çalışma Bakanlığı, OSHA ve FLSA'yı yorumlarken geçici personel kullanılan yerlerde hem kullanıcı firmayı hem ajansı yasal ihlallerden birlikte işveren olarak sorumlu tutmaktadır¹¹¹³.

Esasında FMLA ve FLSA geçici iş ilişkisinde birlikte çalışmayı tanımlamaz. Bu görev Çalışma Bakanlığı'na bırakılmıştır. Çalışma Bakanlığı'nın uyguladığı testler de bu düzenlemelerle paralel olup, birlikte işverenlik şu şartlar durumunda düşünülebilir:

- 1) Çalışan simultane olarak (aynı anda) iki veya daha fazla işveren menfaatine çalışıyorsa,
- 2) İşverenler işçinin hizmet edimini paylaşmak için bir anlaşma yapmışlarsa,
- 3) Bir işveren, çalışanla ilgili diğer işverenin menfaatleri doğrultusunda hareket etmekte ise veya
- 4) "İşverenler tamamen ayrılmamış" ise ve "bir işveren başka bir işvereni kontrol ediyor, başka bir işveren tarafından kontrol ediliyor ya da ortak bir kontrol altında bulunuyorlarsa ve bu nedenle işçinin kontrolünü paylaşıyorlarsa birlikte işverenlik var denebilecektir (FLSA, 29 CFR 791.2 a).

¹¹⁰⁹ Service Employees International Union, Local 32BJ v. NLRB, 647 F.3d 435, 442 (2d Cir. 2011).

¹¹¹⁰ Rubinstein, s.649. 3. Dairenin de aynı yöndeki kararı hakkında bkz. Comisky/Abbott, s.7. Yüksek Mahkeme'nin benzer bir kararı; Clackamas Gastroenterology Associates v. Wells 538 U.S. 440, 123 S. Ct. 1673, 1680 n. 10 (2003) bkz. Comisky/Abbott, s.8. Wears/Fisher, s.167. Jenero/Spognardi, s.128.

¹¹¹¹ Jenero/Spognardi, s.129. Aynı yazarlar tarafından örnek olarak Continental Winding Co., 305 NLRB 122 (1991) ve American Air Filter Co., 258 NLRB 49 (1981) davaları gösterilmektedir.

¹¹¹² Freeman/Gonos, s.2-3.

¹¹¹³ Freeman/Gonos, s.12.

Çalışma Bakanlığı, geçici kiralanan işçi bağlamında FMLA kapsamındaki birlikte istihdamı ele alan yayınladığı özel düzenlemelerde (FMLA, 29 C.F.R. §825.106) "birincil" işverenler ile "ikincil" işverenler arasında ayırım yapmakta ve birincil işverenlere ortak çalışanlara karşı daha fazla yükümlülük yüklemektedir. Geçici kiralanan işçi bakımından yaygın olarak geçici kiralama şirketi-ajans birincil işveren olacaktır (FMLA, 29 CFR §825.106c)¹¹¹⁴.

Temizlik, inşaat, depo, konfeksiyon ve evde bakım sektörleri gibi alanlarda geçici işçi istihdamı veya işçi kiralama sıklıkla görülmektedir. Özellikle de bu sektörler bakımından işçilerin korunması adına birlikte işverenlik teorisinin benimsenmiş olması olumlu bir adım olarak görülmektedir¹¹¹⁵. Konunun kararlar bazında incelenmesi daha açıklayıcı olacaktır. Örneğin, Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden (1992) davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi ödünç iş ilişkisinin söz konusu olduğu olayda birlikte işverenlik tesis etmiştir. Çünkü işe yönlendirip kontrol etme, işe alma, ödemelerini yapma, ekipmanı sağlama, üretim standartları ve performans belirleme konularında yönetim hakkını paylaştıkları görülmüştür¹¹¹⁶.

Microsoft davası (Vizcaino v. Microsoft Corp., 1996) ABD’de neredeyse bütün insan kaynakları ve iş hukuku ders kitaplarında ödünç iş ilişkisi konusunda örnek olarak gösterilmektedir¹¹¹⁷. Bağımsız yüklenici olarak sınıflandırılan bir şirketten kiralanan geçici çalışanlar esasında Microsoft’un kendi işçileri ile aynı işleri yapmakta, sadece farklı bir renk rozet takıp daha az oryantasyon programına dâhil olmaktadır. Bunun dışında omuz omuza çalışmakta ve aynı işi yapmaktadırlar. Ortak hukuk testlerini uygulayan Mahkeme, yalnızca vergisel avantajlar nedeniyle böyle bir yol izleyen Microsoft’u 97 milyon dolar ödemeye mahkûm etmiştir¹¹¹⁸.

Yönetim hakkını paylaşmak yahut ortak karar vermek kriteri ödünç iş ilişkileri bağlamında Clinton's Ditch Cooperative Co. Davasında da incelenmiştir. Clinton's Ditch davasındaki temel gerçekler esasında karmaşık değildir. Alkolsüz içecekler üreten şirket, çalışanlarını bir kiralama şirketi olan Fairfield’a devretmiş ve Fairfield’e toplu iş sözleşmesini de kabul ettirmiştir. Clinton’s Ditch-Fairfield ve sendika arasındaki toplu iş

¹¹¹⁴ Wears/Fisher, s.165.

¹¹¹⁵ Ruckelshaus, vd. s.34.

¹¹¹⁶ Wears/Fisher, s.166.

¹¹¹⁷ Wears/Fisher, s.168. Seymour, s.12.

¹¹¹⁸ Seymour, s.12.

sözleşmesinin sona ermesinin ardından, Fairfield ve sendika bir ardıl sözleşme akdetmişlerdir ve bu ardıl sözleşme de sona erdiğinde, sendika ücret artışını talep etmiş; Fairfield, Clinton's Ditch'ten bir oran artışı sağlamaya çalışmıştır. Clinton's Ditch, Fairfield'ı başka bir işçi kiralama şirketi olan Global ile değiştirmiştir. Global, Clinton's Ditch / Fairfield işçilerinin hiçbirini işe almamıştır. İşçiler de Clinton's Ditch ve Fairfield'in birlikte işverenleri olduğu iddiasıyla dava açmışlar ve kazanmışlardır¹¹¹⁹. Şayet kullanıcı kiraladığı işçi üzerinde önemli bir yönetim yetkisine sahipse, bu yetkinin gerçek sahibi olup olmadığına bakılmaksızın birlikte işveren kabul edilir. Eğer bir şirket bir başka şirket işçilerinin üzerinde yönetim yetkisine, gücüne veya potansiyeline sahipse bu işçiler bakımından birlikte işveren olarak kabul edilir¹¹²⁰.

Moreau v. Air France (2003) davasında; davacı Stefane Moreau, Air France tarafından San Francisco'da İstasyon Müdürü olarak çalıştırılmıştır. 1998'de Fransa'daki hasta babasına bakmak için Aile ve Tıbbi İzin Yasası (FMLA) uyarınca izin istemiş; Air France, Moreau'nun FMLA izninden yararlanamayacağını, iznin reddedildiğini belirtmiş ve daha sonra her şeye rağmen izne ayrılan Moreau'yu işten çıkarmıştır. Air France, FMLA'dan yararlanabilmek için Yasanın öngördüğü 75 mil yarıçapında yeterli sayıda çalışanın bulunmadığını ve bu nedenle Yasadan muaf olduğunu savunmuştur. Bununla birlikte, Air France, üç hizmet sağlayıcısı şirket ile yer hizmetleri, yiyecek içecek ikram hizmetleri ve kargo taşıma hizmetlerini sunmaları için San Francisco'da sözleşme yapmıştır. Davacı, bu servis sağlayıcılarla sözleşmeli çalışanların Air France'ın çalışanları olarak sınıflandırılması gerektiğini ve bu durumda Air France'ın FMLA hükümlerine tabi olmak için yeterli sayıda çalışana sahip olduğunu savunmuştur. 2004'te Dokuzuncu Daire Temyiz Mahkemesi, Air France'ın FMLA'yı ihlalden sorumlu olmadığını ve bu geçici işçilerin işvereni veya birlikte işvereni olmadığını hükme bağlamıştır. Mahkeme tarafından kararda ele alınan en önemli faktör, Air France'ın hizmet sağlayıcıların çalışanları üzerinde yönetim ve denetime sahip olmadığıdır¹¹²¹.

Zheng - Liberty Apparel Co. (2003) davasında ise; çeşitli personel hizmeti sağlayıcılarının, New York'taki bir hazır giyim üretim firması olan Liberty Apparel'le anlaşması bulunmaktadır. Sözleşmeli işçiler, giysilere fermuarlar, düğmeler ve etiketler eklemek gibi giysi montajı işleminde büyük oranda vasıfsız işleri yapmaktadırlar. İş,

¹¹¹⁹ Axelrod, s.858.

¹¹²⁰ Axelrod, s.868.

¹¹²¹ Wears/Fisher, s.162-163.

Liberty Apparel tesislerinde yapılmasa da, Liberty temsilcileri giysileri incelemek, talimat vermek ve işçileri daha fazla üretmeye teşvik etmek için haftada 2-4 gün yüklenici işyerlerini ziyaret etmektedir. Yirmi altı geçici işçi, FLSA kapsamında fazla mesai ücretleri için kendi firmaları yanında Liberty Apparel'e de dava açmıştır. Bu davadaki kilit soru, Liberty Apparel'in ajanslarla birlikte sözleşmeli işçilerin ortak bir işvereni olup olmadığıdır. Mahkeme sonuç olarak işçiler üzerinde yoğun bir yönetim hakkı kullanan Liberty Apparel'in hazır giyim çalışanlarının ortak bir işvereni olduğuna ve dolayısıyla ödenmemiş ücretlerden sorumluluğuna karar vermiştir¹¹²².

Birlikte işverenlik tesis edilen bir başka emsal karar olan Schultz - Capital International Security (CIS) Inc. (2006) davasında ise, Capital International Security(CIS), Washington DC'de çalışan Kuzey Virginia'da yaşayan Suudi bir diplomat olan Prens Faisal bin Turki bin Nasser Al-Saud'a kişisel güvenlik hizmetleri sağlayan özel bir firmadır. Ajanlar CIS tarafından işe alınmış ve ücretleri ödenmiştir. Prens ve ekibi, aracıları işe almış, programlarını belirlemiş ve kullanmaları için ekipman temin etmiştir. Prens'in güvenlik hizmetinde çalışan beş ajan FLSA uyarınca CIS'e ödenmeyen fazla mesai için dava açmıştır. Ajanlar, CIS çalışanları olduklarını ve bu nedenle FLSA'dan yararlanabileceklerini iddia etmişlerdir. Davalı, ajanların aslında bağımsız yüklenici olduklarını ve bu nedenle FLSA kapsamına girmediğini iddia etmiştir. Mahkeme, ajanların Prens ve CIS'in ortak çalışanları olduğuna ve fazla mesai ücretinden ortak olarak sorumlu olduğuna karar vermiştir¹¹²³.

Neal v. Manpower, International and Wayne-Dalton Corp (2001) davasında ise; davacı işçi Shneirdre Neal, Pensacola FL'daki bir Wayne-Dalton tesisindeki geçici üretim çalışmalarını yapmak için Manpower tarafından görevlendirilmiştir. Neal, iki Wayne-Dalton çalışanı tarafından düzenli olarak denetlenmektedir. İddiaya göre denetçilerden biri Neal'i cinsel tacize başlamıştır. İşyerinde yaklaşık iki hafta sonra Neal, tacizle ilgili ikinci denetçiye bilgilendirmiştir. İki gün sonra, Neal, Wayne-Dalton denetçisinin talebi üzerine görevden alınmıştır. Fesih görüşmesinde, Neal iddia edilen taciz davranışını Manpower'a anlatmıştır. Ardından Manpower, Neal başka yerlerde istihdam edilene kadar başka bir geçici pozisyon bulmaya çalışmıştır¹¹²⁴. Davacı işçi Neal, daha sonra hem Manpower hem de Wayne-Dalton'u Florida Medeni Haklar Yasası uyarınca cinsel taciz nedeniyle dava

¹¹²² Wears/Fisher, s.163.

¹¹²³ Wears/Fisher, s.163.

¹¹²⁴ Wears/Fisher, s.163.

etmiştir. Mahkeme, Manpower'ın iddia edilen taciz hakkında fabrikadan çıkarılıncaya kadar bilgilendirilmediği için Manpower'ın Neal'in birlikte işvereni olup olmadığı sorusunu ele almamıştır ve dolayısıyla sorumlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu bağlamda Wayne-Dalton'un Neal'in işvereni olduğu ve cinsel tacizden sorumlu olduğu kararlaştırılmıştır¹¹²⁵. Bu karara, birlikte işverenliğin olmaması nedeniyle değil, Manpower'ın bilgi eksikliği nedeniyle ulaşılmıştır¹¹²⁶.

Amerika'da olduğu gibi İngiltere'de de çalışma hayatında esnekliğin artması ile birlikte işverenin işçilere karşı olan sorumluluklarını dışsallaştırmasına olanak sağlayan geçici istihdam büroları hızla artmıştır¹¹²⁷. İstihdam bürolarının klasik rolü “geçici” bir süre için doğan hastalık, doğum izni, kısa süreli bir işin ifası gibi bir ihtiyacın giderilmesi için istihdam sağlamaktır. Sonrasında ise bu işçiler başka “kullanıcılarda” çalışırlar¹¹²⁸. Küresel rekabet maliyetleri kısma konusunda işletmelere baskı yaparken sayısal esneklikte artış olmakta; bu da bazı ülkelerde istihdam bürolarının aynı firmada uzun/belirsiz süreli işte çalışan işçilerin yasal işvereni sıfatıyla işveren yükümlülüklerini üstlenmesine olanak tanımaktadır¹¹²⁹.

İngiliz hukukunda da iki türlü kiralama ilişkisi vardır. Biri klasik, kısa süreli istihdam ve ihtiyaç karşılanınca işçinin ajansa geri döndüğü ilişkidir. Burada işveren de belirlidir. Diğer kiralama tipinde ise uzun/belirsiz süreli bir biçimde kiralama söz konusudur. İşçi işyerinde diğer işçiler gibi kullanıcının talimatlarına uyarak çalışır. Burada tek fark işçinin ücretini ajans ödemektedir. Ancak işçi burada toplu pazarlık ünitesinin dışında kaldığı için o çalıştığı yerin toplu iş sözleşmesinin sağladığı ek ödemelere hak kazanamaz. Ajans sadece işçinin ücretini ödeme hizmeti sunar ve işçi üzerinde çok az bir rol oynar. İşçiye talimat vermek, işçi çıkarma, işçinin ücretini belirleme gibi konularda karar verme yetkisine sahip değildir. Ajans kullanıcıdan üzerine kendi karı eklenmiş biçimde her ay işçinin ücreti, işsizlik sigortası işçi payı gibi ödemeleri kapsayan bir ödeme alır¹¹³⁰.

İş hukukunun amaçsal yorumuna dayalı olarak işçi kiralama durumunda işverenin kim olduğu sorusunun çözümünde dört olası cevap vardır: Ajans, kullanıcı, hiçbiri veya

¹¹²⁵ Wears/Fisher, s.164.

¹¹²⁶ Wears/Fisher, s.165.

¹¹²⁷ Davidov, s. 727-728.

¹¹²⁸ Davidov, s.728.

¹¹²⁹ Davidov, s.728.

¹¹³⁰ Davidov, s.730.

her ikisi. İngiltere’de cevap hiçbirisi iken, Amerika’da her ikisi, pek çok Avrupa ülkesinde ajans, Kanada’da kullanıcı firmadır¹¹³¹. İngiltere’de işveren kimdir yahut sorumluluk kimdedir sorusunun cevabının hiç kimse olmasının esas sebebi çalışanların işçi statülerinin şüpheli görülmesidir¹¹³². Ajansla çalışan arasında genel veya özel sözleşmelerle iş ilişkisi yaratılabilir, ancak bu yapılmamaktadır. Kullanılanla da çalışan arasında bir sözleşme yoktur. Kimse ile arasında bir iş sözleşmesi ilişkisi bulunmadığından işçi statüsü de şüpheli görülmektedir¹¹³³.

Esasında burada kullanıcı firma birlikte sorumluluk tesis edilmesin diye işçi üzerinde yönetimi çok kısıtlı tutmakta ya da sadece ajans tarafından işçi üzerinde yönetim hakkı kullanılıyor gibi bir görünüm yaratılmaktadır¹¹³⁴. İngiliz hukukunda da işveren kimdir sorusunun cevabı ekonomik ve kişisel bağımlılık kime karşı ise odur, şeklindedir¹¹³⁵. Sözleşmede işveren olarak kimin tanımlandığı değil, işçi üzerinde yönetimin kimde olduğu ve işçinin ekonomik ve kişisel bağımlılığının kime karşı olduğu önemlidir¹¹³⁶. Üçlü ilişkilerde yönetim yetkisi kullanıcı firmadadır. Ajansın ise sadece işçinin ne zaman ve nerede çalışacağı konusunda bir yönetim yetkisi vardır. Ancak bağımlılık konusuna ekonomik bağımlılık olarak yaklaşırsa işveren olarak ajans görülecektir. Bu nedenle iş tamamen geçici ise ve işçi sık sık bir firmadan diğerine geçiyorsa hem ajans hem kullanıcı birlikte işveren olarak düşünülmeli ve birlikte sorumlu tutulmalıdır. Avrupa modelinde ise sorumlulukların paylaşılması esas alınmakta ve işveren yükümlülüklerinin çoğu ajansa yüklenmektedir¹¹³⁷. Böyle bir çözüm iş hukukunun koruyucu yapısına daha uygundur. Elbette vergi veya işsizlik sigortası işçi payını kimin ödeyeceği gibi konular karışıklık olmasın diye yasalarla belirlenebilir. Ama bu sadece o kişinin sorumlu olduğu anlamına gelmez. Birlikte sorumluluk diğer konularda devam eder. Örneğin asgari ücreti ajans zaten ödemekle yükümlüdür. Ancak iflas etmesi durumunda işçiyi kullandığı dönemle sınırlı olarak kullanıcı firma da ücreti ödemek zorunda olmalıdır¹¹³⁸. Bir diğer örnek çalışma saatleri konusundadır. Kullanıcı firma fazla çalışma

¹¹³¹ Davidov, s.731.

¹¹³² Davidov, s.732.

¹¹³³ Davidov, s.731.

¹¹³⁴ Davidov, s.735.

¹¹³⁵ Davidov, s.738.

¹¹³⁶ Davidov, s.738-739.

¹¹³⁷ Davidov, s.739.

¹¹³⁸ Davidov, s.740.

yaptırdıysa ajans buna karışamaz sadece ücret ödemekle yükümlüdür. O halde kullanıcı firma ve ajans birlikte sorumlu olmalıdır¹¹³⁹.

İngiltere’de de artık işveren kavramı tanımlanırken koordinasyonu gerçekleştirenle riski üstlenenin farklı olabileceği gerçeğinden hareket edilmektedir. Ajanstan işçi kiralamada koordinasyon işçiyi ödünç alan işverende iken, risk ajansta ve bireysel olarak işçide kalmaktadır¹¹⁴⁰. İşçiler vergi ve sosyal güvenlik amaçları bakımından kanunen ajansın işçisi olarak görülmektedir. Ancak bu ajans çalışanlarının sosyal güvenlik haklarına erişmesini sağlamak yerine, her şeyden önce vergi tabanının bütünlüğünü koruyan bir araçtır¹¹⁴¹. Kullanıcı açısından bakılacak olursa kullanıcı ve işçi arasında bir sözleşme yoktur. Kullanıcı ile ajans arasındaki sözleşmeye işçinin davranışları hakkında hüküm konulabilirse de sözleşmenin sadece iki taraf arasında geçerli olduğu, sözleşmenin nisbiligi ilkesi nedeniyle, bu hüküm işçiyi bağlamayacaktır. İngiliz hukukunda da doğrudan işçi kiralamayı yasaklamak dışında burada tarafları koruyan nasıl bir sistem getirilebileceği tartışılmaktadır. Kanun koyucuya bir rota olarak, işverenin "risk" ve "koordinasyon" işlevlerinin ajans ve kullanıcı arasında bölünmesi ve bu işlevlerin yerine getirilmesine bağlı olan yükümlülüklerin ilgili taraflara dayatılması şeklinde bir iş bölümü önerilmektedir. Bu temelde, ajans, bazı kıta Avrupası sistemlerinde olduğu gibi, işçiyi sürekli istihdam sağlamak ve emeklilik ile mesleki istihdam yardımlarına erişirmekle yükümlü olabilir¹¹⁴². Kullanıcı da işin koordinasyonu ile ilgili olarak özellikle iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve işçinin korunması işlevini işveren olarak üstlenebilir¹¹⁴³.

Kanada’da ise sorun somut olaya göre çözülmektedir. Esas yönetim kimdeyse işveren odur ki genelde bu kullanıcı firma olmaktadır¹¹⁴⁴. Kanada da "gerçek" işvereni belirlemek için en çok ifade edilen test, York Condominium davasında ortaya konan çeşitli faktörlerin incelenmesini içerir. Bu faktörler; işçiler üzerinde yönetim hakkı kullanan ve denetleyen kim olduğu; ücretin yükünü taşıyan tarafın hangisi olduğu; disiplin yetkisini kimin kullanabildiği; işçileri kimin işe aldığı; işçileri işten çıkarma yetkisine sahip olan tarafın kim olduğu; işçiler tarafından işveren olarak algılanan tarafın kim olduğu ve işçi- işveren ilişkisi yaratma niyetinin varlığıdır¹¹⁴⁵. 1997’de Kanada Yargıtayı Pointe-Claire

¹¹³⁹ Davidov, s.741.

¹¹⁴⁰ Deakin, s.80.

¹¹⁴¹ Deakin, s.81.

¹¹⁴² Deakin, s.81.

¹¹⁴³ Deakin, s.82.

¹¹⁴⁴ Davidov, s.733. Bartkiw, s.25.

¹¹⁴⁵ Bartkiw, s.25.

([1997] 1 S.C.R. 1015) kararında; işverenin tespitinde bir bütün olarak değerlendirme yapıp, iş ilişkisinin üzerinde en fazla denetime ve en geniş yönetim hakkına sahip olan tarafın işveren olarak belirlendiği, bu kriterin çok önemli olmakla birlikte faktörlerden hiçbirinin yegâne belirleyici olmadığı ve yaklaşımın geniş kapsamlı olması gerektiği yönünde hüküm tesis etmiştir¹¹⁴⁶. Burada esasında birlikte işverenlik teorisi benimsenmemekte, gerçek işverenin kim olduğu sorusu üzerine yoğunlaşmaktadır¹¹⁴⁷.

5.2.3.Alman Hukukunda

Alman hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu (geçici personel ajansı) geçici işçi ve kullanıcı arasında üçlü bir iş ilişkisidir. Bu üçlü ilişki, ajans ile kullanıcı arasında bir işçi temini sözleşmesi ve ajans ile işçi arasında iş sözleşmesi vasıtasıyla sözleşmeli olarak yönetilmektedir¹¹⁴⁸.

Gittikçe yaygınlaşan “ödünç/geçici iş ilişkisi”nde yasal olarak işveren, ödünç veren büro-ajanstır¹¹⁴⁹. Bununla birlikte iş görme edimi kullanıcı şirkete tahsis edilmektedir. İş görme ediminin kullanıcıya ifa edilmesi işçi ile kullanıcı arasında iş sözleşmesi yahut başka bir ifadeyle işçi-işveren ilişkisi kurmasa dahi, orada çalıştığı süre boyunca kullanıcıya işçi üzerinde yönetim hakkı kullanma imkânı sunar¹¹⁵⁰. Bu çalışma biçimi literatürde atipik olarak açıklanmaktadır. Çünkü işveren ile gerçek iş arasındaki geleneksel ilişki ayrılır ve ajans çalışanları doğrudan kendi işverenleri için çalışmaz¹¹⁵¹. Almanya'da geçici ajans çalışmalarının yasal dayanağı 1972 tarihli AÜG (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)- Alman Geçici İstihdam Yasası'dır. Bu kanun, 1 Ocak 2004'te yürürlüğe giren Hartz reformları çerçevesinde geniş çapta düzenlenmiştir¹¹⁵². Ancak 21 Ekim 2016'da, Alman Parlamentosu, AÜG reformu ile ilgili yeni bir yasa

¹¹⁴⁶ Bartkiw, s.25-26.

¹¹⁴⁷ Bartkiw, s.31, dn.128.

¹¹⁴⁸ SPERMANN Alexander; The New Role of Temporary Agency Work in Germany, IZA Discussion Paper No. 6180, November 2011 Bonn, s.4.

¹¹⁴⁹ Wears/Fisher, s.160. Müller, s.43,69. Spermann, s.4.

¹¹⁵⁰ Müller, s.43,69. Spermann, s.4.

¹¹⁵¹ Spermann, s.4.

¹¹⁵² Spermann, s.5.

tasarısını kabul etmiştir. Reform, 1 Nisan 2017'de planlandığı gibi yürürlüğe girmiş ve hem ajanslar hem kullanıcılar bakımından önemli değişiklikler getirmiştir¹¹⁵³.

AÜG'nin yeniden yapılandırılması ile mevcut geçici iş yasalarının daha kısıtlayıcı bir uygulaması amaçlanmaktadır. Bu nedenle 2004 yılında yapılan serbestleştirme reformu 2017 yılında kısıtlama şeklinde tezahür etmiştir. Ana hatlarıyla değişiklik yapılan konular kiralama süresine getirilen sınırlama, eşit ücret, ihtiyati izin, İş Konseyine katılım, ortak karar verme süreçlerine katılım ile ilgilidir.

Reform sonrası maksimum işçi kiralama süresi onsekiz ay ile sınırlandırılmıştır. Burada süre işyerine göre değil, çalışana göre hesaplanmaktadır. Dolayısıyla, kullanıcı işveren aynı çalışana yalnızca onsekiz ay kiralayabilir ve onsekiz ayın hesaplanmasında kullanıcıda geçen bütün eski kiralama sürelerinin hesaba katılması gerekir. Arada kesintilerin olması ve ajans tarafından başka bir kullanıcıda çalıştırılıp çalıştırılmamış olması önemli değildir. Bu limit ancak toplu iş sözleşmeleriyle aşılabilecektir. Bu düzenleme 1 Ekim 2018'den sonra yürürlüğe girecek ve daha önceki çalışmalar bakımından dikkate alınmayacaktır. Azami sürenin aşılması durumunda, maksimum işe girme süresi dolduktan sonra ajans çalışanın buna itiraz etmemesi koşuluyla, kullanıcı ile ajans işçisi arasında bir iş ilişkisi oluşturulur. Bu durumda, ajansla olan iş ilişkisi de sürmektedir¹¹⁵⁴. Alman hukukunda işte yalnızca bu halde birlikte işverenlik oluşur. Bu düzenlemeye göre, onsekiz aydan sonra ödünç alan işveren işçiyi çalıştırmaya devam eder ve işçi buna itiraz etmezse birlikte işverenlik olur.

Bunun dışında AÜG reformunda getirilen değişikliklere göre, kullanıcı işverende dokuz ay çalıştıktan sonra işçi ile kullanıcının kendi çalışanları arasında eşit ücret uygulanması zorunlu olacaktır. Eşit ücret için dokuz aylık dönemin hesaplanmasında, kesintinin üç aydan fazla olmaması şartı ile aynı kullanıcıda önceki kiralama süreleri de eklenecektir. Belli sanayi sektörleri için ek ücret tahsis eden toplu pazarlık sözleşmesi geçerli olduğunda, eşit ücret için işçinin onbeş ay çalışması gerekmektedir. Bu düzenleme de 1 Ocak 2018'den itibaren uygulanacaktır¹¹⁵⁵.

¹¹⁵³ ZIMMERMANN Andre; New Restrictions for Temporary Agency Work in Germany in 2017, 28 Ekim 2016, <http://blogs.orrick.com/employment/2016/10/28/new-restrictions-for-temporary-agency-work-in-germany-in-2017/> Erişim Tarihi: 06.08.2017.

¹¹⁵⁴ Zimmermann, <http://blogs.orrick.com/employment/2016/10/28/new-restrictions-for-temporary-agency-work-in-germany-in-2017/> Erişim Tarihi: 06.08.2017.

¹¹⁵⁵ Zimmermann, <http://blogs.orrick.com/employment/2016/10/28/new-restrictions-for-temporary-agency-work-in-germany-in-2017/> Erişim Tarihi: 06.08.2017.

Yeni düzenleme ile zaten alınması zorunlu olan "ihtiyati" izin, sahte çalışma ve iş sözleşmeleri söz konusu olduğunda, yasadışı işçi kiralamalarda ajans ve kullanıcının korunmayacağını, işçinin itiraz etmesi şartıyla, kullanıcı ile işçi arasında bir iş ilişkisi kurulacağını hüküm altına almaktadır. Ayrıca ajans işçilerinin grev kırıcı olarak kullanılmasının yasaklanması yolunda tedbirler alınmıştır. Yeni yasa ile kullanıcının işyerinde iş konseyi hakkında işçinin daha fazla bilgilendirilmesi yükümlülüğü getirilmiş ve ortak karar verme süreçlerinde gereken işçi sayısının tespitinde ajans işçilerinin de sayıya dâhil edileceği düzenlenmiştir. Örneğin BetrVG uyarınca yirmiden fazla çalışanı bulunan bir işyerindeki iş konseyine, personele maddi zarar verebilecek herhangi bir planlı operasyonel değişiklik hakkında zamanında ve kapsamlı bilgi verilmesi zorunluluğu vardır. Burada yirmi sayısının tespitinde ajans işçisi olarak o işyerinde geçici çalışan işçi de sayıya dâhil edilecektir. Yine işçilerin de katılımı ile oluşan ortak karar denetim kurulunun kurulması için 500 veya 2000 işçi sayısı gerekmektedir. Bir kullanıcıda altı aydan uzun süreli çalışan ajans işçileri de bu sayıların tespitinde sayıya dâhil edilecektir¹¹⁵⁶.

6.ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

6.1.Türk Hukukunda

İş Kanununun 2. maddesi alt işvereni tanımladığı hükümde “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur... genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.*”¹¹⁵⁷ ifadelerine yer vermektedir.

¹¹⁵⁶ Zimmermann, <http://blogs.orrick.com/employment/2016/10/28/new-restrictions-for-temporary-agency-work-in-germany-in-2017/> Erişim Tarihi: 06.08.2017.

¹¹⁵⁷ Alt işverenlik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aykaç, s.3 vd. ARICI Kadir; Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Toker Dereli’ye Armağan, İstanbul 2006, (Yeni İş) 485–509. Çankaya/Çil, s.14 vd. AYDINLI İbrahim; Türk İş

Asıl işveren-alt işverenlik ile birlikte işverenliğin arasındaki ilişki bakımından Yargıtay farklı yönde kararlar vermektedir. Bu konuda bir kararında¹¹⁵⁸ “*Dosya içeriğine göre, davalı şirketlerin ayrı bir tüzel kişilik olarak farklı alanlarda faaliyet gösterdiği, davacı işçinin HTM AŞ bünyesinde çalıştığı, diğer firmaya yönelik iş görme ediminin bulunmadığı anlaşılmalı birlikte istihdam olgusunun somut olayda bulunmadığı, davalılar arasında hizmet alımına yönelik hukuken geçerli alt işveren asıl işveren ilişkisinin bulunduğu sabittir.*” ifadelerine yer vermiş ve birlikte işverenlik ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin birbirinden farklı olduğunu belirtmiştir.

Ancak Yargıtay’ın alt işveren ifadesini kullandığı bir başka kararında esasında alt işverenlik söz konusu değildir. Holding bir yemek şirketi kurup yemek ihtiyacını buradan karşılamaktadır. Yemek şirketi de bir bağlı şirkettir. Burada bağlı şirketin işçisi bakımından birlikte işverenlik tartışması vardır. Ancak alt işveren işçisi ifadesinin kullanılması ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kabul edilmesi ile karışıklık yaratılmış olup, kavram da yanlış kullanılmıştır. Mevzu bahis karar¹¹⁵⁹ “*Keza bir gruba veya üst kuruluş olan Holdinge bağlı birden fazla şirkete bu tür hizmetler verilmesi için aynı grup içerisinde bu amaçla bir şirkette kurulmakta, kısaca hizmetin sunulması için kurulan bu şirket Holding ve bağlı şirketlerin yardımcı iş niteliğindeki hizmetlerini yerine getirmektedir. Bu tür bir ilişkide de şirkete bağlı çalışan işçi, Holdinge bağlı bir veya birden fazla şirkete hizmet vermektedir. Bu durumda her ne kadar alt işveren olarak bakılan şirketin çalışanın Holdinge bağlı birden fazla şirkete hizmet vermesi nedeni ile münhasıran bir asıl işverene hizmet görme unsuru eksik ise de, birlikte istihdam olgusu nedeni ile Holding ve bağlı şirketleri tek işveren olarak kabul etmek gerekir. Dosya içeriğine ve bozma sonrası toplanan delillere göre hakkında davalılar ile birlikte icra takibi yapılan ve takibe itirazı olmayan dava dışı Yemin Yapı Gıda San ve Tic Ltd şirketinin yemek hizmet vermek için davalılar Doğan Şirketler Grubu Holding ile Doğan Yayın Holding A.Ş.Şirketlerine bağlı şirketlerin yardımcı iş niteliğindeki yemek hizmetlerini yerine getirmesi için bu amaçla kurulduğu, davacının da bu şirket işçisi olarak gruba bağlı şirketlerin işyerlerinde yemek hizmetinde çalıştırıldığı uyuşmazlık dışıdır. Dava dışı alt işveren Yemin Yapı Gıda San ve Tic Ltd şirketinin yemek hizmeti sözleşmesinin davalı üst*

Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 4. Baskı, Ankara 2015. (Taşeron) CANBOLAT Talat; Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992 (Alt İşveren). BAŞBUĞ Aydın; Fer’i İşyeri Olarak Alt İşveren İşyerleri ve Alt İşveren İşçisi ile Kurulan Edimden Bağımsız Borç İlişkisi, Emegün Hukuku Kurultayı, Ankara 2016, 125-143. (Fer’i İşyeri)

¹¹⁵⁸ Y.22.HD. 02.10.2012, E. 2012/13329, K. 2012/20645. (Yayımlanmamıştır.)

¹¹⁵⁹ Y.9.HD. 27.06.2011, E. 2011/30349, K. 2011/19150. www.lexpera.com.tr

grup Holdingler tarafından feshedilmesi sonucu, münhasıran gruba ve bağlı şirketlere yemek hizmeti için şirketin fiili olarak faaliyetine son vermesi üzerine davacının ve diğer işçilerin iş sözleşmeleri son bulmuştur. İş sözleşmesi bu şekilde sona eren işçiler tarafından açılan davalarda, Holding ve bağlı şirketler ile dava dışı Yemin Yapı Gıda San ve Tic Ltd şirketi arasında asıl-alt işveren ilişkisi kabul edildiği ve bu şekilde kararların kesinleştiği anlaşılmaktadır... Somut uyuşmazlıkta dava dışı Yemin Yapının davalılara hizmet vermek amacıyla kurulduğu, davalılar ve grubundan başkaca gerçek veya tüzel kişiye hizmetin verilmediği, dosyadaki tanık beyanları, emsal kararlarda açıkça anlaşılmaktadır. Alt işveren işçisinin birlikte istihdam olgusu kapsamında davalı Holdingler ve bağlı şirketlere hizmet verdikleri sabittir. “ ifadelerine yer veren kanımızca alt işverenliğin değil, bağlı şirketin söz konusu olduğu, bağlı şirket işçisinin holdinge bağlı diğer şirketlere de iş gördüğü bir olayın yer aldığı, tartışmalı bir karardır.

Birlikte işverenliğin tespiti bakımından aradığımız husus işçi üzerinde yönetim hakkının kullanılmasıdır. Asıl işveren- alt işveren ilişkisinde asıl işverenin alt işverenin işçilerine emir ve talimat verip veremeyeceği konusunda öğretide tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüş herhangi bir ayırım yapmaksızın asıl işverenin alt işverenin işçilerine emir ve talimat veremeyeceğini savunurken¹¹⁶⁰; bir başka görüş konuyu işin görülmesine ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar olarak ikiye ayırarak değerlendirmektedir¹¹⁶¹. İşin görülmesi hakkında talimat veremeyeceği konusunda öğreti mutabıktır¹¹⁶². Aksi halde zaten muvazaa söz konusu olacaktır. Fakat asıl işveren alt işveren işçisine iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili talimatlar verebilir¹¹⁶³. Bu konu 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da düzenlenmiştir. Ancak kanuni düzenlemeden bağımsız olarak, bu yetkinin hukuki dayanağını edimden bağımsız borç ilişkisinde arayanlar¹¹⁶⁴ olduğu gibi dürüstlük kuralında arayanlar da bulunmaktadır¹¹⁶⁵.

Öğretide asıl işveren ile alt işveren arasında işçilik alacakları yönünden yaratılan müteselsil sorumluluğun, asıl işverene işçiye talimat verme hakkı vermediği belirtilmektedir¹¹⁶⁶. İfade edildiği üzere asıl işveren işçiye işin görülmesine ilişkin

¹¹⁶⁰ Arıcı, Yeni İş, s.505. Aykaç, s.238.

¹¹⁶¹ SOYER Polat; “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.1, Mart 2006, 16-28 (Asıl İşveren), s.17. Erdemir, s.86. Çankaya/Çil, s.31.

¹¹⁶² Erdemir, s.86. Soyer, Asıl İşveren, s.17. Aykaç, s.238.

¹¹⁶³ Taşkent, Yönetim, s.63. Aykaç, s.239.

¹¹⁶⁴ Erdemir, s.89. Başbuğ, Fer’i İşyeri, s.138 vd. Aydın, Taşeron, s.250 vd.

¹¹⁶⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve yazarlar için bkz. Aykaç, s.228.

¹¹⁶⁶ Aykaç, s.227 dn.41’de belirtilen yazarlar.

talimatlar veremeyecektir, ancak işyeri düzenine ilişkin talimatlar verip veremeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre asıl işveren işçiye işyeri düzenine ilişkin talimat veremeyecektir, zira aralarında iş sözleşmesi bulunmamaktadır¹¹⁶⁷. Bir başka görüş ise işyeri düzenine ilişkin olarak asıl işverenin işçiye talimat verme yetkisini kabul etmektedir¹¹⁶⁸. Benzer bir biçimde asıl işverenin alt işveren işçisine disiplin cezası verip veremeyeceği de tartışmalıdır. Çoğunluk görüşü disiplin cezası verilemeyeceği¹¹⁶⁹ yönünde olsa da, edimden bağımsız borç ilişkisini savunan başka bir görüş disiplin cezası verilebileceğini kabul etmektedir¹¹⁷⁰.

Asıl işverenin alt işveren işçileri üzerindeki yönetim hakkına ilişkin olarak Yargıtay verdiği bir kararında¹¹⁷¹; *“Davalı Sağlık Bakanlığı'nun hastane işyerinde ihale ile verdiği temizlik hizmet işi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi anlamında yardımcı iş olup, alt işverene verilebilecek işlerdendir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işveren üstlendiği işi, sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Bir başka anlatımla, yönetim hakkı tamamen kendi yetkisindedir. Asıl işverenin sadece denetim yetkisi vardır. Alt işveren çalıştıracağı işçileri kendisi işe alır, kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretlerini kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; SSK primlerini yatırır ve işten çıkarmada da yetkili kendisidir.”* şeklinde hüküm tesis ederek alt işveren işçileri ile ilgili olarak, iş sözleşmesi yapma, işçiye emir ve talimat verme, iş sözleşmesinin feshi gibi yönetim yetkilerinin alt işverene ait olduğu, asıl işverenin sadece denetim yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir.

Esasında kurduğumuz teori bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisi de birlikte işverenliğin söz konusu olduğu bir ilişki olabilirdi. Zira yapısı itibariyle buna uygundur. Her iki işverenin de işçiye talimat vermesi durumunda her iki işvereni de birlikte işveren saymak ve birlikte sorumluluğuna gitmek işçiler bakımından koruyucu bir yaklaşım da olabilirdi. Ancak bu konuda bir kanuni düzenleme vardır ve açıktır. Burada asıl işverenin talimat verdiği durumlarda yaptırım da açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda Türk hukukunda alt işveren işçilerinin asıl işveren tarafından yönetim hakkı kullanılarak çalıştırıldığı durumlarda, bir diğer ifadeyle muvazaalı hallerde zaten açık hüküm bulunduğundan

¹¹⁶⁷ Aykaç, s.238. Taşkent, Yönetim, s.62. Arıcı, s.505.

¹¹⁶⁸ Soyer, Asıl İşveren, s.17. Çankaya/Çil, s.31.

¹¹⁶⁹ Çankaya/Çil, s.31. Erdemir, s.91. Aykaç, s.238 ve burada belirtilen yazarlar.

¹¹⁷⁰ Başbuğ, Fer'i İşyeri, s.143.

¹¹⁷¹ Y.9.HD. 29.1.2007, E. 2007/309, K. 2007/1006. www.lexpera.com.tr

birlikte sorumluluk yoluna gidilmeyecektir. Hem asıl işveren hem alt işveren işçiye talimat veriyorsa, işçi üzerinde yönetim hakkı kullanıyorsa, muvazaadan söz edilecektir, birlikte işverenlikten değil. Bu durumda Kanun işçiyi, baştan itibaren asıl işverenin işçisi saymaktadır. Bu nedenle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin birlikte işverenliği dışladığı söylenebilecektir.

6.2.Amerikan Hukukunda

Türk hukukundan farklı olarak, Amerikan hukukunda birlikte işverenlik, alt işverenlikte de birlikte sorumluluk kılmak adına kullanılan bir kurumdur. Son yıllarda, kamu yararına çalışan hukuk firmaları, FLSA'nın birlikte işverenlik doktrinini kullanarak özellikle giyim işçileri adına bir dizi dava açmışlardır. Bu davalar, üreticilerin doğrudan işveren olmamalarına rağmen, üretim sürecinin kontrolü ve alt işverenlere ekonomik hâkimiyeti, nihayetinde hazır giyim çalışanlarının ücret ve koşullarını belirlemeleri nedeniyle yükleniciler tarafından borçlanılan ücretler için birlikte işveren olarak yükümlü tutulması gerektiğini iddia etmektedir¹¹⁷².

Alt işverenlikte birlikte işverenlik konusunda Amerikan mahkemelerince verilen kararlardan biri de Lopez v. Silverman kararıdır. New York'un Güney Bölgesi'nden Lopez v. Silverman davası konfeksiyon çalışanlarının entegrasyon ve ekonomik hâkimiyet analizi yoluyla gerçek güç ve yönetimi kimin kullandığı üzerine karar verilen birlikte işverenlik konusundaki temel davalardan biridir¹¹⁷³. Zira bu kararda Mahkeme çeşitli davalardaki faktörleri somut olaya uygunluğuna göre birleştirmiş ve uygulamıştır¹¹⁷⁴. Lopez davasında, davacılar önce Woo olarak bilinen daha sonra Woo'nun işi kapatmasıyla Han olarak devam eden hazır giyim dikiş işletmelerinde çalışmak üzere Pak ailesi tarafından kiralanmıştır. Woo ve Han Bir Kadın hazır giyim üreticisi olan Renaissance Sportswear Ltd. ("Rönesans") ile anlaşmıştır. Davacılar, Rönesans'ın, Han ve Woo'nun fazla mesai ücretlerinden ortak olarak sorumlu olduğunu iddia etmişlerdir. Ancak Rönesans ne davacıların ücret ve saatleri üzerinde doğrudan denetim yapmış ne de Woo veya Han'ın finansmanı ve yönetiminde rol oynamıştır. Pak, davacıları denetlemiş, saatlerini ve

¹¹⁷² Lung, s.313.

¹¹⁷³ Lung, s.341. Lopez v. Silverman, 14 F. Supp. 2d 405 (S.D.N.Y. 1998).

¹¹⁷⁴ Lung, s.343.

ücretlerini belirlemiş, bordro kayıtlarını hazırlamış ve yönetmiştir. Bununla birlikte, Rönesans, Woo ve Han'a bitmiş giysilerin özellikleri için gerekli tüm materyalleri tedarik etmiş ve her iş için dönüş süreleri de dâhil olmak üzere üretim çizelgesini belirlemiştir. Üretim müdürü aracılığıyla Rönesans, bitmiş giysileri incelemek için Han'a neredeyse günlük ziyaretlerde bulunmuştur. Mahkeme, ortak istihdam analizi yapabilmek için benzer davalarda kullanılan faktörler arasından aşağıdaki yedi faktörü seçip birleştirmiştir. Bu ölçütler:

(1) İşçilerin, varsayılan ortak işverenin entegre üretim sürecinin ayrılmaz bir parçası olan bir işi ne derecede yerine getirdiği,

(2) Varsayılan işverenin binalarının kullanılıp kullanılmadığı;

(3) İşçilerin varsayılan işveren için münhasıran ne kapsamda çalıştıkları;

(4) İşçiler ve varsayılan işveren arasındaki ilişkinin sürekliliği veya süresi;

(5) Varsayılan işveren tarafından uygulanan kontrol derecesi;

(6) Varsayılan işverenle olan sözleşmesel sorumlulukların bir grup potansiyel ortak işçiden diğerine maddesel değişiklikler olmaksızın geçip geçmediği;

(7) İşçilerin, bir varsayılan ortak işverenden diğerine geçebilecek bir ticaret organizasyonuna sahip olup olmadıklarıdır¹¹⁷⁵.

Bu kararda Mahkeme hem ekonomik bağımlılık kriterini uygulamış hem de üretim süreci için gerekli olan farklı görevleri yerine getiren müteahhitlerin "[Rönesans] tarafından işletilen" entegre ekonomik birimin bir parçası olduğu kararını vermiştir. Ayrıca Mahkeme, tamamen rutin üretim süreci için gerekli olan üretim çalışmalarının bir parçası olan bu işi yapan işçilerin hazırlamış olduğu giysilerin standartlarını, kriterlerini ve şartnamelerini belirleme, kalite kontrol tetkiklerini yapma ve üretim programını belirleme konusunda Rönesans'ın belirleyici rolü üzerinde durmuştur¹¹⁷⁶. Böylece taşere edilen işler bakımından da birlikte işverenliğin söz konusu olabileceği kararına varılmıştır.

Alt işverenlikte de birlikte işverenliğin söz konusu olabileceğine ilişkin bir başka karar da Washington Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Becerra v. Expert* kararıdır. Bu

¹¹⁷⁵ Lung, s.342.

¹¹⁷⁶ Lung, s.344.

kararda Fred Meyer tarafından temizlik işleri alt işveren Expert Janitorial'a verilmiştir. Expert'in esasında kendi işçileri yoktur. Bir başka taşeron hizmet sağlayıcısı şirketin işçilerini kullanmaktadır (kararda ikinci sıra alt işveren olarak geçmektedir). İşçiler ücretlerinin ve fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi üzerine dava açmışlardır. İşçiler her ne kadar Expert tarafından da işe alınmamışlar ve işin yürütümüne dair herhangi bir talimat da almamışlarsa da, gerçekte Fred Meyer'in işveren yetkilerini kullandığını ifade etmişlerdir. Bu nedenle her ikisinden de alacaklarını talep etmişlerdir. Mahkeme, somut olay bakımından ekonomik gerçeklik testini uygulamış ve birlikte işverenlik olduğu yönünde hüküm tesis etmiştir¹¹⁷⁷.

7. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Tüzel kişiliğin kabulü, onu kendisini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız bir hak süjesi olarak görmeyi zorunlu kılar¹¹⁷⁸. Ancak bazı durumlarda kötüniyetli şirket ortakları tüzel kişiliği bir kalkan gibi kendi çıkarlarına kullanarak başkalarına zarar verebilmektedir¹¹⁷⁹. İşte böyle hallerde öğretide bir teori olarak kabul edilmiş olan "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması" yoluna gidilmektedir¹¹⁸⁰.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması tüzel kişilerde kişilik ve malvarlığına ilişkin ayrılık ilkesinin istisnai olarak uygulanmamasını ifade eder¹¹⁸¹. Bu haliyle tüzel kişilik

¹¹⁷⁷ Becerra v. Expert; et al. (89534-1), Washington Supreme Court, 7.08.2014, s.9. "Washington Supreme Court Holds Joint Employer Liability Available under Minimum Wage Act" <http://us.practicallaw.com/1-577-9065?q=&qp=&qo=&qe=> Erişim tarihi: 28.01.2015.

¹¹⁷⁸ DURAL Mustafa; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya Da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması), Sermaye Piyasası Kurulu, 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998, 97-107, s.97. SAĞLAM İpek; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2008, 153-161, s.153. YILMAZ Lerzan; Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2008, 233-259. (Perdenin Kaldırılması Meselesi), s.236. Canbolat, s.53. AYDINLI İbrahim; Üst Kuruluş İşletmelerinde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü, Çimento İşveren Dergisi, C.13, S.4, Temmuz-1999, 3-20. (Üst Kuruluş), s. 10.

¹¹⁷⁹ Yılmaz, Perdenin Kaldırılması Meselesi, s.260. ULUCAN Devrim: İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı 2016, 757-764. (Perdenin Kaldırılması), s.760.

¹¹⁸⁰ TEKİNALP Gülören/ TEKİNALP Ünal; Perdeyi Kaldırma Teorisi, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, 387- 404. (Perdeyi Kaldırma), s.387. Öztekin/Memiş, s.196. Yılmaz, Perdenin Kaldırılması Meselesi, s.240. Canbolat, s.52.

¹¹⁸¹ ANTALYA Gökhan; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, I.Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2008, 143-152, s.149. Dural, s.98. Sağlam, s.154. Tekinalp/Tekinalp, Perdeyi Kaldırma, s.387. ÇİFTER Algun; Şirketler Arasında Organik Bağ ya da Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, C.1, İstanbul 2011, 19-25, s.22.

perdesinin kaldırılması istisnai olarak başvuru, son çare çözüm yöntemidir. Esas hedef tüzel kişiliği korumaktır¹¹⁸². Teori yalnızca bir tüzel kişi ve onu oluşturan gerçek kişiler arasında değil, aynı zamanda iki ayrı tüzel kişinin tek bir kişilik olarak değerlendirilmesinde de uygulanabilir¹¹⁸³.

Perdenin kaldırılma nedenleri soyut bir düzenleme ile belirlenmemiş olsa da tüzel kişi ile üyelerini özdeş kılma iradesi ve sözleşme ile kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlama amacı olarak iki başlıkta incelenebilir¹¹⁸⁴. Tüzel kişi ile üyelerini özdeş kılma; organ ve üyelerin iradesinin tüzel kişiye, tüzel kişinin iradesinin organ ve üyelere izafe ettirilmesi ve bu kişilerin sorumlu kılınması anlamındadır¹¹⁸⁵. Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlama amacı ise tüzel kişiliğin arkasına sığınarak hakkın kötüye kullanıldığı veya kanuna karşı hile hallerinde ortaya çıkar¹¹⁸⁶. Bir diğer ifadeyle kötüye kullanma varsa perdenin kaldırılması yoluna gidilir, hile bu kötüye kullanma durumlarının bir alt türüdür¹¹⁸⁷. Ancak kanuna karşı hile oluşturma bile TMK'nın 2. maddesine aykırılık varsa tüzel kişilik perdesi kaldırılarak tabana nüfuz edilir¹¹⁸⁸. Tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı bu ikinci durum ise Alman hukukunda kabul edildiği şekliyle normun amaca aykırı kullanılması halidir. Burada kanuna karşı hile olmasa dahi hukuk düzenine aykırı bir kullanma nedeniyle, normun amacı bunu gerektirdiği, aksi halde düzenin bozulacağı düşüncesi ile tüzel kişilik perdesi kaldırılmaktadır¹¹⁸⁹. Buna İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir karara konu olan olay örnek olarak gösterilmektedir. Olayda tek kişilik anonim ortaklık bankadan kredi çekmiş ve ortak ile ortaklığın ticari mümessili müteselsil kefil olmuştur. Krediyi ödeyemeyen anonim şirket iflas etmiş ve tek ortak tarafından kredi ödenmiştir. Tek ortak ticari mümessile rücu etmek istediğinde mahkeme anonim şirket ile tek kişi ortağı özdeş görmüş ve kimsenin kendi borcunu ödemesi nedeniyle rücu edemeyeceğine hükmetmiştir. Hile veya kasta dayanmayan bu

Öztek/Memiş, s.196. KERVANKIRAN Emrullah; Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/3-4, C.XI, 453-472, s.457. YÜKSEL Kemalettin; Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması- Lifting the Corporate Veil, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2008, 261-276, s.263. Aydın, Üst Kuruluş, s. 11.

¹¹⁸² Ulucan, Perdenin Kaldırılması, s.761. Yılmaz, Perdenin Kaldırılması Meselesi, s.254. Başbuğ, İş Hukuku, s.81. Kervankiran, s.460. Aydın, Üst Kuruluş, s.11.

¹¹⁸³ Sağlam, s.154.

¹¹⁸⁴ Antalya, s.151.

¹¹⁸⁵ Antalya, s.151.

¹¹⁸⁶ Antalya, s.152. Dural, s.98. Sağlam, s.155.

¹¹⁸⁷ TEKİNALP Ünal; Tek Kişilik Ortaklık, C.1: Tek Paysahipli Anonim Ortaklık, İstanbul 2011, (Tek Kişi), s.334.

¹¹⁸⁸ Dural, s.100. Sağlam, s.155.

¹¹⁸⁹ Tekinalp, Tek Kişi, s.334. Tekinalp/Tekinalp, Perdeyi Kaldırma, s.392. Çifter, s.22.

olayda Mahkeme, tüzel kişi ile ortakların ayrılığı ilkesine dayanmayı TMK'nın 2. maddesinin normunun amacına aykırı bulmuştur¹¹⁹⁰.

Perdenin kaldırılması teorisine ilişkin ilk pozitif düzenlemenin; TMK'nın 50. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar*” hükmü olduğu öğretide belirtilmektedir. Bu düzenleme ile tüzel kişilerin ayrılığı ilkesine bir istisna getirildiği; bu durumda organlar ve üyelerle birlikte tüzel kişinin müteselsil sorumlu kılındığı ifade edilmektedir. Burada kusur kavramının yalnızca haksız fiil değil, borca aykırılık gibi davranışları da kapsadığı savunulmaktadır¹¹⁹¹. Öğretide konuyu açıkça düzenleyen özel bir hükmün bulunmadığı hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin dayanağı olarak TMK'nın 2. maddesi, dürüstlük kuralı gösterilmektedir. Bu durumda ortakların dürüstlük kuralına aykırı davranma kastlarının bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek olmadığı belirtilmektedir¹¹⁹².

Perdeyi kaldırarak sorumlu kılma, perdeyi kaldırarak isnatta bulunma ve hortumlama olarak ifade edilen varlık aktararak bir tüzel kişiliğin içeriğini boşaltma halleri hukukumuzda tüzel kişilik perdesinin kaldırılma sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁹³. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına öğretide, malvarlıklarının ya da tüzel kişi ile ortakların alanlarının karışması, tüzel kişi üzerinde belli bir grubun hâkimiyet kurması ve tüzel kişinin faaliyet konusunu gerçekleştirmeye yetecek sermayesi olmadan varlık göstermesi, bir diğer ifadeyle az maliyetle kötüye kullanılması amacı, tüzel kişinin ortağının hukuka aykırı bir şekilde aldığı bonoyu veya yolsuz tescille iktisap ettiği bir taşınmazı tüzel kişiye devretmesi ve tüzel kişinin bile bile borçlu zararına davranması gibi hususlar örnek olarak gösterilmektedir¹¹⁹⁴.

Türk hukukunda perdenin kaldırılması davaları malvarlıklarının karışmasından doğan davalar, görünüşe güvene dayanan davalar, dürüstlük kuralına aykırı davalar, şirketler topluluğunda hâkimiyetin kullanılmasının sebep olduğu davalar ve TTK'ya özel sorumluluk davası olmak üzere beş başlık altında özetlenmektedir¹¹⁹⁵.

¹¹⁹⁰ Tekinalp/Tekinalp, Perdeyi Kaldırma, s.392-393. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, Perdenin Kaldırılması Meselesi, s.248-249.

¹¹⁹¹ Antalya, s.147.

¹¹⁹² Çifter, s.22. Dural, s.102. Kervankıran, s.469.

¹¹⁹³ Tekinalp, Tek Kişi, s.335.

¹¹⁹⁴ Sağlam, s.157-161. Tekinalp, Tek Kişi, s.336. Öztekin/Memiş, s.205-208. Canbolat, s.53. Kervankıran, s.463. Yüksel, s.272.

¹¹⁹⁵ Tekinalp, Tek Kişi, s.336-338.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması üç yolla olur. Bunların birincisi olan perdenin düz kaldırılması; bir tüzel kişinin alacaklılarının, tüzel kişiyi oluşturan veya yönetenlere koydukları sermaye ile sınırlı olmaksızın başvurabilmelerini ifade eder¹¹⁹⁶. Tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması ise tüzel kişinin ortağının şahsi borçlarından dolayı tüzel kişiye gidilebilmesini ifade eder¹¹⁹⁷. Perdenin kaldırılmasının son hali ise çapraz kaldırmadır. Bu durum şirket gruplarında ve holdinglerde görülmektedir. Yavru şirketin alacaklılarının ana şirkete ve tekrar perdenin kaldırılması ile diğer yavru şirketlere, bir diğer ifade ile kardeş şirketlere gidebilmesi anlamına gelir¹¹⁹⁸. Ancak bu halde kardeş şirketler arasında, şirketlerin üretim, pazarlama, ihracat gibi faaliyetlerinin birbirini tamamlar nitelikte olması ve bu yolla bir iktisadi bütünlük oluşturması aranmaktadır¹¹⁹⁹.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının iş hukukunda da önemli bir yeri bulunmaktadır. Uygulamada işverenlerin yükümlülüklerden kurtulmak için işçilerin yapay bir şirketin işçisi olarak gösterildiği ve bu yolla zarara uğratıldığı görülmektedir. İşçi üzerinde görünüşte yönetim hakkını kullanan şirketin, hukuken bağımsız bir tüzel kişi olduğunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilir. Bu halde paravan şirket değil, gerçek işveren sorumlu olur¹²⁰⁰. İşverenin kim olduğunun tespitinde salt hukuki ölçütlerin dikkate alınmasının ve bu nedenle her bir şirketin ayrı bir tüzel kişilik ve farklı işverenler olduğunun ileri sürülmesinin iş hukukunun gereklerine uygun düşmeyeceği belirtilmektedir¹²⁰¹. Gerçekte ekonomik ve sosyal bir bütünlük gösteren bu şirketler bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle işçinin gerçek işverenin (örneğin yavru şirket yerine holdingin) sorumlu kılınması gerekmektedir¹²⁰². Hukuken işveren görünen kimsenin yahut tarafların işveren olarak nitelendirdiği kimsenin değil, gizlenen fakat gerçekte işveren olan kimsenin belirlenmesi ILO tarafından da gerçeklerin önceliği (*primarity of fact*) ilkesi doğrultusunda kabul edilmektedir¹²⁰³.

İş hukukunda işveren olan sermaye şirketinin ortaklarının sorumluluğu ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması durumunda söz konusu olabilir. Örneğin, bir tüzel kişinin bir

¹¹⁹⁶ Ulucan, Perdenin Kaldırılması, s.761. Tekinalp/Tekinalp, Perdeyi Kaldırma, s.398.

¹¹⁹⁷ Ulucan, Perdenin Kaldırılması, s.761. Tekinalp/Tekinalp, Perdeyi Kaldırma, s.398. Çifter, s.23.

¹¹⁹⁸ Ulucan, Perdenin Kaldırılması, s.761. Tekinalp/Tekinalp, Perdeyi Kaldırma, s.399. Çifter, s.23.

Öztek/Memiş, s.208. Yüksel, s.269.

¹¹⁹⁹ Öztek/Memiş, s.209.

¹²⁰⁰ Süzek, s.160.

¹²⁰¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.202.

¹²⁰² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.202-203.

¹²⁰³ Bartkiw, s.5.

şirkette tamamına yakın oranda sermaye sahibi olması durumunda şirketin işçisinin alacaklarından tüzel kişinin işveren sıfatı ile dava edilmesi durumu söz konusu olabilecektir¹²⁰⁴. Ancak öğretilerde bir görüş tarafından tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılmasının iş hukukunda kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Bir diğer ifade ile şirketin büyük sermayedarı olan ortağın şahsen çalıştırdığı işçisi ile ilgili olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolu ile şirkete gidilemeyecektir. Zira bu durumda şirketin diğer sermayedarlarının hakkının korunması gerekmektedir¹²⁰⁵.

Holdingle, konzern ve şirket gruplarında sermayenin, riskin ve dolayısıyla sorumluluğun birden fazla şirket arasında paylaşılması neticesinde, tüzel kişiliğin hukukun öngörmediği biçimde kullanıldığı, perdenin aralanması teorisinin işletildiği durumlar söz konusu olabilmektedir¹²⁰⁶. Sermayenin yapılandırılmasındaki gelişmeleri iş hukuku da takip etmek mecburiyetindedir¹²⁰⁷. Bu anlamda iş hukukunda en büyük problem gerçek işverenin kimliğinin tespitidir¹²⁰⁸. Yeni oluşumlarda bir sorumluluk zinciri kurulabilmesi için iki kavram önem kazanmaktadır. Bunlar birlikte işverenlik ve işverenlerin birlikte sorumluluğu kavramlarıdır¹²⁰⁹. Yargıtay da kararlarında gerçek işverenin tespitini hedeflemektedir. Konuya ilişkin bir kararında¹²¹⁰; “...davacı işçi, muvazaalı işlemlerle resmi kayıtlarda başka bir şirketin işveren olarak gösterildiğini, gerçek işverenin davalı şirket olduğunu iddia etmiştir. Mahkemece bu hususta her hangi bir araştırma ve inceleme yapılmadan salt kayıtlarda dava dışı bir şirketin işveren olarak görüldüğü gerekçesiyle davanın husumet yönünden reddine karar verilmiştir. Bu konuda taraflardan deliller sorulmalı, varsa tanıklar dinlenmeli, gerekirse işyerinde keşif yapılarak davacının gerçek işverenin davalı şirket olup olmadığı belirlendikten sonra sonucuna göre karar verilmelidir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Ana şirketin alacaklılarına karşı sorumluluktan kurtulmak için görünüşte bağlı şirketler kurması ve mamelekini bu şirketlere devretmesi durumunda da kanuna karşı hile bulunmaktadır. Bu durumda tüzel kişilik perdesi aralanarak gerçek işveren tespit edilmelidir¹²¹¹.

¹²⁰⁴ Başbuğ, İş Hukuku, s.81.

¹²⁰⁵ Başbuğ, İş Hukuku, s.82.

¹²⁰⁶ Doğan Yenisey, s.423. Aydın, Üst Kuruluş, s.11.

¹²⁰⁷ Doğan Yenisey, s.436.

¹²⁰⁸ Doğan Yenisey, s.423.

¹²⁰⁹ Doğan Yenisey, s.428.

¹²¹⁰ Y.9.HD. 07.04.2005, E. 2005/10684, K. 2005/12394. www.lexpera.com.tr

¹²¹¹ Engin, s.204.

Öğretide ayrıca, perdenin kaldırılmasında kıdem; kıdem tazminatının ve ihbar süresinin, yıllık ücretli izne hak kazanma ve izin sürelerinin hesabında değişik işverenlerin yanında geçen sürelerin birleştirilerek hesap edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹²¹². Örneğin çapraz perdenin kaldırılmasında kardeş şirketlerde geçen çalışma süreleri birleştirilmelidir.

Belirtilmelidir ki öğretide genellikle birlikte ele alınan organik bağ sorumluluğu ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hususları birbirinden farklıdır¹²¹³. Her ne kadar ikisinin de hukuki dayanağı dürüstlük kuralı olup, her ikisi de kanunen düzenleme altına alınmamış, yargının yarattığı kavramlar olsalar da birbirlerine benzeyen ancak farklı kavramlardır¹²¹⁴. Organik bağ kavramı çok daha geniş bir şekilde sorumluluk tesis etmektedir. Örneğin çapraz perdenin kaldırılmasında iktisadi bir bütünlük aranırken, organik bağ ile sorumluluk tesis ederken böyle bir şart aranmaz¹²¹⁵. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile borçlu şirketin ortaklarının malvarlığına gidilebilir, hatta borçlu şirketin iktisadi bütünlük içinde olduğu şirketin ortaklarının malvarlığına da gidilebilir. Ancak organik bağ söz konusu olduğunda böyle bir şekilde diğer şirketin ortaklarının malvarlığına el atılamaz¹²¹⁶. Bir diğer farklılık ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilmesi bakımından dürüstlük kuralına aykırı davranışın yanı sıra malvarlıklarının birbirine karışması, yetersiz sermaye, yabancı yönetim gibi şartların da aranmasıdır. Oysa organik bağ kavramının uygulandığı sorumluluk tespiti bakımından böyle şartlar aranmamaktadır¹²¹⁷.

Organik bağ sorumluluğu ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının farkları noktasında Yargıtay bir kararında¹²¹⁸; "...*Holdinglelerin hukuki sorumluluğu özellikle "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması" ve "organik bağ" kavramları ışığında ele alınmalıdır, ideal olan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin yasalarda yer alması ya da ortak topluluğuna yönelik sözleşmelerde ayrıntılı açıklamalara yer verilmesidir..."Organik Bağ" tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur. Bu halde iktisadi bütünlük aranmaz. Gerçek kişinin sorumluluğuna*

¹²¹² Çifter, s.23.

¹²¹³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.202-203. Süzek, s.160. Canbolat, s.54.

¹²¹⁴ Öztekin/Memiş, s.209.

¹²¹⁵ Öztekin/Memiş, s.210.

¹²¹⁶ Öztekin/Memiş, s.210.

¹²¹⁷ Öztekin/Memiş, s.210.

¹²¹⁸ Y.9.HD. 04.07.2008, E.2008/12825, K.2008/18885. (Yayımlanmamıştır.)

gidilemez. Ancak organik bağ içinde olan şirketin malvarlığına el atılabilir. Alacaklılardan mal kaçırmak amacı yeterlidir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasındaki koşul aranmaz. Organik bağın varlığı için ayrı tüzel kişilikler arasında belirli bir iktisadi ve ticari bağımlılığın, amaç ve hareket birlikteliği yeterlidir...” ifadelerine yer vererek organik bağın varlığı halinde yine tüzel kişiliğin korunduğu, gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilemediği, ancak asıl borçlu ile bağa sahip olan şirketin birlikte takip edilebildiğini belirtmiştir. Yine aynı konuda bir başka kararında Yargıtay tarafından¹²¹⁹; “Organik bağ ilişkisinde işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kişiliklere yer vermesi söz konusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve organik bağ içinde olunan kişi ile özdeş kabul edilir. Bu anlamda; tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme(haklarının alınmasını engelleme-iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmama), tarafta muvazaa (hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıta işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil söz konusudur. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır.” biçiminde hüküm kurularak organik bağ ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının keşşebileceği durumlar örneklendirilmiştir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının sonuçlarının ne olduğu konunun en karmaşık sorusudur. Perdenin kaldırılması ile yalnızca tüzel kişinin ortaklarının ve yöneticilerinin veya perdenin ardındaki başka bir tüzel kişinin sorumluluğuna mı gidileceği yoksa hem borçlu tüzel kişi hem de bu kişilerin birlikte mi sorumlu olacağı açık değildir. Konumuz bağlamında bu önemlidir. Zira tek başına sorumluluk olması durumunda birlikte işverenlik ya da birlikte sorumluluk tartışmasına gitmek gerekmez. Ancak birlikte sorumluluk olan durumlar bakımından birlikte işverenliğin de en azından tartışma düzeyinde incelenmesi gerekir. Burada öğretilerde ortakların ortaklıkla birlikte sorumlu kılındığı belirtilmektedir¹²²⁰. Yine aynı yönde tüzel kişilik perdesinin aralanması halinde hem tüzel kişinin hem de onu oluşturan ortakların ve yöneticilerin birlikte sorumlu

¹²¹⁹ Y.9.HD. 6.6.2016, E. 2015/2643, K. 2016/13512. www.lexpera.com.tr

¹²²⁰ Çifter, s.22. Kılıçoğlu/Şenocak, s.23.

tutulduğu ifade edilmektedir¹²²¹. Bu konuda bir yazar sorumluluğun hem tüzel kişilikte hem ortaklarda olduğunu açıkça; *“tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ortaklık ile üyeleri arasındaki mal ayrılığı tamamen ortadan kaldırılmamaktadır. Bilakis ortaklığın malvarlığı alacaklılara karşı sorumlu olmaya devam etmektedir. Sadece somut olayda, ortakların sorumluluğunun taahhüt etmiş oldukları sermaye payı ile sınırlı olduğu şeklinde ifade edilen “sınırlı sorumluluk” ilkesi ortadan kaldırılarak ortaklığın borçlarından dolayı şirket malvarlığına ilaveten ortakların da şahsi malvarlıklarına müracaat edebilme yolu açılmaktadır”*¹²²² ifadeleri ile bildirmiştir. Öğretide görünen işverene değil, her iki tüzel kişiliğe birlikte dava açmak ve her iki tüzel kişiliğin müteselsilen birlikte sorumluluğuna gitmek gerektiği belirtilmektedir¹²²³.

Yargıtay 19. HD. de dolaylı bir biçimde bu soruyu, müteselsil sorumluluk kurmak suretiyle cevaplamaktadır. İlgili karara¹²²⁴ göre; *“somut olayda davalı şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olduğu yolundaki savunmaların hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, TMK.nun 2.maddesinde öngörüldüğü gibi yasaca korunamayacağı ve olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini uygulama koşullarının gerçekleşmiş olması sebebiyle davalı ...nin, davacıya olan borcundan dolayı diğer davalı ...nin de müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğunun kabulü gerekirken, delillerin değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”* hükmünü veren Yargıtay davalılar arasında tüzel kişilik perdesini kaldırarak müteselsil sorumluluk tesis etmiştir. Ancak aynı karara muhalefet şerhi de bulunmaktadır. Karşı oy yazısında ise bu şekilde şirketler arasında müteselsil sorumluluk tesis edilmesinin uygun olmadığı belirtilmektedir. Buna göre; *“Bir an için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği kabul edilecek olsa bile; perdesi kaldırılacak tüzel kişilik davalı X Ltd.Şti.'nin tüzel kişiliğidir. Bu tüzel kişiliğe ait perde kaldırıldığında ise karşımıza şirketin hâkim ortakları çıkar ve ancak onların şahsi sorumlulukları söz konusu olabilir. Böyle bir durumda ise sadece bu şahısların mal varlıklarına ve bu bağlamda diğer davalı Y. A.Ş.'ndeki paylarına cebri icra uygulanabilir. Davalı X Ltd.Şti.'nin hâkim ortaklarının diğer davalı Y A.Ş.'nin de hâkim ortakları olması, X Ltd.Şti.'nin borçlarından Y A.Ş.'nin müteselsil sorumluluğunu gerektirmez...”* ifadeleri ile perdesi kaldırılan tüzel kişinin hakim ortaklarının şahsi sorumluluğu dışında, bu

¹²²¹ Canbolat, s.53.

¹²²² Kervankıran, s.460.

¹²²³ Yüksel, s.267 ve 271.

¹²²⁴ Y.19.HD. 24.3.2015, E. 2014/7187, K. 2015/4144. www.lexpera.com.tr

ortakların aynı zamanda başka bir şirketin de hakim ortağı olması hasebiyle bu şirketin sorumluluğuna gidilemeyeceği belirtilmiştir.

Yargıtay 22. HD. de dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde tüzel kişilik perdesi arkasına sığınıp işçilik alacaklarını ödememek niyetinde olan kişilerle ilgili tüzel kişilik perdesini kaldırarak müteselsil sorumluluk tesis etmiştir. Söz konusu kararda¹²²⁵ *“Mahkemece, daha önce davalılar hakkında görülen dava dosyalarının bilinen içeriği, tanık anlatımları ve davalı Tetik Lojistik şirketinin internet sayfasındaki görüntüleri bir arada ele alındığında; aynı kişiler tarafından kurulup yönetilen şirketlerin işçilerinin alacaklarının ödenmemesi amacıyla kayden işveren görünen şirketin mal varlığının kayden işveren olarak görünmeyen şirkete aktarıldığı, davalıların “tüzel kişiliklerin ayrılığı” ilkesini üçüncü kişi durumundaki işçilerin sözleşmelerinin feshi halinde alacaklarına ulaşamamalarını sağlamak amacıyla kötüye kullandıkları gerekçesi ile işçilik alacaklarından müteselsilen sorumlu oldukları, davacının iş sözleşmesini fesihte haklı olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.”* ifadelerini kullanmıştır.

İş güvencesi ile ilgili karar verirken de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması durumunda görünürdeki tüzel kişinin işçi sayısının gizlenen tüzel kişinin işçi sayısı ile birlikte değerlendirilerek toplanmasını isteyen Yargıtay, esasında burada da iş güvencesi hükümlerinden müteselsil sorumlu tutmuştur. Mevzu bahis kararda¹²²⁶; *“Tüzelkişi işverenler arasında organik bağ bulunması farklı tüzelkişiliklere sahip işverenlerin işçilerinin iş güvencesi bakımından birlikte değerlendirilmesini gerekli kılmaz. Ancak özellikle muvazaa olduğu hallerde perdenin kaldırılması teorisine göre gerçekte tek bir tüzelkişi işveren bulunması durumunda görünürdeki tüzelkişi ya da tüzelkişilerin tüm işçilerinin iş güvencesi açısından birlikte değerlendirilmesi gereklidir. Öte taraftan yukarıda değinildiği üzere, birlikte işverenlikte davacı birden fazla işverene tek bir iş sözleşmesi ile bağlı ise bu işverenlerin aynı iş kolundaki bütün işçileri iş güvencesinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.”* şeklinde hüküm kurulmuştur.

Perdenin kaldırılması ile müteselsil sorumluluğun doğduğu yönündeki savlar, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile birlikte işverenliğin oluşup oluşmadığı sorusunu da doğurmaktadır. Öncelikle belirtelim ki perdenin kaldırılması ile birlikte işverenlik durumu örtüşebilir ancak örtüşmeyebilir. Birlikte işverenlik bakımından mühim olan yönetim

¹²²⁵ Y.22.HD. 31.01.2013, E. 2012/11027, K. 2013/1368. (Yayımlanmamıştır.)

¹²²⁶ Y.22.HD. 03.05.2012, E.2011/16700, K. 2012/8604. www.lexpera.com.tr

hakkının kullanılmasıdır. Bir ana şirketin iş güvencesindeki otuz işçi ölçütünden kaçınmak için bağlı şirketler kurduğu ve işçilerini bu bağlı şirketin işçisi gibi gösterdiğini düşündüğümüz bir örnekte, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde kurulan bağlı şirketin tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir. Böyle bir durumda hem bağlı şirket hem ana şirket işçi üzerinde yönetim hakkı kullanıyorsa ikisi birlikte işveren olacaklardır. Bu örnekte tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve birlikte işverenlik durumu örtüşmüş olacaktır. Ancak dürüstlük kuralına aykırı bir durum söz konusu değilse, ana şirketin var olan bağlı şirketinin işçisi üzerinde yönetim hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde gerçekleşmiyorsa, bu durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilemez. Fakat yönetim hakkının ortak kullanılmasından dolayı birlikte işverenlik tesis edilir. Bu örnekte ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile birlikte işverenlik örtüşmemektedir. Birlikte işverenlik tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılmamasından bağımsız olarak işçi üzerinde yönetim hakkı kullananın tespit edilmesini gerektirir. Her birlikte sorumluluk durumunda birlikte işverenlik bulunmamaktadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BİRLİKTE İŞVEREN OLMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

İşçinin işverenlerden en az biriyle arasında iş sözleşmesinin olduğu; birlikte işveren/işverenlerin ise işçiye karşı işveren olma yetkilerini kullanıp kendi adına ve hesabına çalıştırdığı, işçinin tek bir iş görme edimiyle birlikte işveren/işverenlere de bağımlılık ilişkisi altında iş gördüğü bir çalışma ilişkisinde, işverenlerin durumuna birlikte işverenlik denir. O halde birlikte işverenlik tesisi için işçi ile işverenlerden birinin arasında iş sözleşmesinin bulunması yeterlidir. Diğer işverenler bakımından birlikte işveren olarak sayılmak için sözleşmenin tarafı olması şart değildir. Ancak işçi üzerinde yönetim hakkının kullanılmasının belli bir yoğunluğa ulaşması gerekmektedir. Bu halde birlikte işverenin sözleşmenin tarafı olmama iradesi korunurken, işveren gibi davranmasına da hukuki sonuç bağlanmaktadır.

Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere birlikte işverenlerin işçiye karşı sorumluluğu müteselsil sorumluluktur. Ancak bu sorumluluğun tesisinde birlikte işverenin sözleşmenin tarafı olup olmaması farklılık arz edecektir. İş sözleşmesinin tarafı olan birlikte işveren işçinin her tür işçilik alacağından aynen sorumludur. Örneğin geçersiz fesih söz konusu olduğunda hem tazminatlardan hem işçinin işe iadesinden birlikte sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak iş sözleşmesinin tarafı olmama iradesine sahip olan birlikte işveren bakımından arada bir iş sözleşmesi bulunmadığından aynen ifa gerektiren menfaatler talep edilemeyecektir. Örneğin ödenmeyen ücreti istenebilecek ancak işe iadede aynen ifa istenemeyecektir. Yahut işçi bu birlikte işverenden kendisini yıllık izne çıkarmasını isteyemeyecek fakat iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda parasal alacağına dönüştüğünde bunu talep edebilecektir. Ancak bunlar dışında işçi işe iade edilmemesinin, yıllık izne çıkarılmamasının zararını da tazmin ettirebilecektir. Lakin bu edim yerine geçen bir aynen ifa olamayacak, zararın tazmini olabilecektir. Zira sözleşmenin tarafı olmayan birini sözleşmeden kaynaklı aynen ifası zorunlu edimler dışında sorumlu tutabilmek ancak bu yolla mümkündür.

İşte bu yolla işveren gibi davranmaya bağlanan hukuki sonuçlar çalışmamızın bu bölümünde sorumluluk hukuku yönünden ayrı, bireysel iş hukuku, toplu iş hukuku, iş sağlığı güvenliği ve sosyal güvenlik hukuku yönünden ayrı bir şekilde değerlendirilecektir.

Çalışma kapsamında yalnızca sorun doğurmuş ve Yargı kararlarına yansımış yahut sorun doğurması muhtemel konular başlıklar halinde incelenecektir.

1. SORUMLULUK HUKUKU BAKIMINDAN BİRLİKTE İŞVERENLİĞİN SONUÇLARI

Bir borç ilişkisinde borçlu taraf tek kişiden meydana gelebileceği gibi birden fazla kişiden de meydana gelebilir. Borç ilişkilerinde normal olan borçlu tarafın tek bir kişiden ibaret olduğu tek başına borçluluktur. Ancak ilişkideki borçlu sayısının birden fazla olması durumunda geçerli olan “birlikte borçluluk” ile de sıklıkla karşılaşılmaktadır¹²²⁷. Alacaklı karşısında birden fazla borçlunun söz konusu olduğu birlikte borçluluk bir üst kavram olup, borçluların birden fazla olduğu bütün halleri kapsamaktadır¹²²⁸.

Birlikte borçluluk, “gerçek” ve “gerçek olmayan anlamda” birlikte borçluluk şeklinde iki başlık altında incelenebilir. Gerçek birlikte borçluluk hallerinde borçluluk hukuki sebebi bir ve aynıdır. Bu haller; elbirliği borçluluk, kısmi borçluluk, müteselsil borçluluk, mevcut borca katılma ve bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçluluk olarak sıralanmaktadır. Gerçek olmayan birlikte borçluluk ise borcun hukuki sebebinin farklılık gösterdiği hallerde söz konusudur. Bu haller; kümülatif borçluluk, garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi ve sigorta sözleşmesinden doğan birlikte borçluluktur¹²²⁹. Birlikte borçluluk hallerinde ortak özellik, edimin alacaklı tarafından müteaddit defalar değil, tek bir defa talep edilebilmesidir. Aksi halde birden fazla borçlunun söz konusu olduğu birden fazla borç ilişkisi (yığımlı borç) söz konusu olsa da birlikte borçluluk söze konu değildir¹²³⁰.

Birlikte borçluluk türlerinden müteselsil borçlulukta alacaklı karşısında aynı hukuki sebeple borç altına girmiş birden fazla borçlu bulunmakta olup, bunların her biri alacaklıya karşı borcun tamamından asıl borçlu sıfatıyla sorumludur. Bu borçlulardan biri ifade

¹²²⁷ AKINTÜRK Turgut; Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s.4. KAPANCI Kadir Berk; Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014, s.3. Reisoğlu, s.440.

¹²²⁸ Akıntürk, s.4. Kapancı, s.4.

¹²²⁹ Kapancı, s.5. Bir başka sınıflandırma için bkz. Akıntürk, s.7.

¹²³⁰ Akıntürk, s.5-6.

bulduğunda ve borcu sona erdirdiğinde diğer borçlular da ifa oranında sorumluluktan kurtulmaktadır¹²³¹.

Müteselsil borçlulukta borçlanılan edimin bölünebilir olması, bütün borçluların borcun tamamından sorumlu olması şeklindeki yapıyı değiştirmez. Borcun tamamı ifa edilene kadar borçlular arasındaki teselsül ilişkisi devam eder¹²³². Bu husus TBK'nın "Borçluların sorumluluğu" başlıklı 163. maddesinde "*Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Müteselsil borçlulukta borcun kaynakları hukuki işlem, kanun veya mahkeme kararı olabilir¹²³³. TBK'nın müteselsil borçluluğun doğuşunu düzenleyen 162. maddesi; "*Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar.*" hükmünü haizdir. O halde müteselsil borçluluğu doğuran ilk durum bir sözleşme şeklinde iki taraflı veya vasiyetname gibi tek taraflı bir hukuki işlemin varlığıdır¹²³⁴. İkinci olarak müteselsil borçluluk, bu şekilde taraf iradeleri dışında kanundan doğabilir¹²³⁵. Müteselsil borçluluk doğuran son hal ise HMK ile tanınmıştır. HMK'nın 326. maddesinin 3. fıkrası "*Aleyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkeme yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaştırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir.*" biçimindedir. O halde hâkime takdir yetkisi verilen husus, yargılama giderleri bakımından mahkemenin tesis edebileceği müteselsil sorumluluk halidir¹²³⁶.

Esasında Türk-İsviçre hukukunda kural birden fazla borçlunun borçtan kısmi sorumlu olmaları, yani kısmi borçluluğun varlığıdır. Oysa müteselsil borçlulukta borçluların her biri edim bölünebilir mahiyette olsa da borcun tamamından sorumludur ve alacaklıya karşı bölme def'i ileri süremezler¹²³⁷. Alacaklı da müteselsil borçluların

¹²³¹ Akıntürk, s.25. Kapancı, s.23-24. Eren, Genel, s.811, 818. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.288. Reisoğlu, s.440.

¹²³² Akıntürk, s.26. Kapancı, s.24. Eren, Genel, s.818. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.288. Reisoğlu, s.442.

¹²³³ Kapancı, s.49-52. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.291-296. Reisoğlu, s.440.

¹²³⁴ Akıntürk, s.96. Kapancı, s.49. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.291.

¹²³⁵ Akıntürk, s.119. Kapancı, s.51. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.294.

¹²³⁶ Kapancı, s.52. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.296.

¹²³⁷ Akıntürk, s.14 ve 16. Kapancı, s.53. Reisoğlu, s.440.

dilediğinden borcun dilediği kadarını ve dilerse tamamını talep etme hakkına sahiptir¹²³⁸. Alacaklı borçlulardan yalnız birini dava etse ve ifaya mahkum ettirse de alacaklı tamamen tatmin edilene kadar diğer borçluların sorumluluğu devam eder¹²³⁹. Ancak bu düzenlemelerin tamamı tarafların aralarında anlaşarak değiştirebilecekleri emredici olmayan düzenlemelerdir¹²⁴⁰.

Türk İsviçre hukukunda elbirliği ortaklıklarda elbirliği ortaklığın borçlarından dolayı müteselsil borçluluk esası kabul edilmektedir. Bu anlamda örneğin adi ortaklıkta ortaklığın borcundan dolayı ortakların sorumluluğu müteselsil sorumluluktur¹²⁴¹. Birlikte işverenliğin doğduğu en geniş hal adi ortaklıklardır. Bu nedenle müteselsil sorumluluk birlikte işverenlikte bir kural olarak uygulanmaktadır. Yargıtay da kararlarında aynı yönde hüküm tesis etmektedir. Bu konudaki bir kararında¹²⁴² Yargıtay; *“Birlikte istihdam eden ve organik bağ içinde olan işverenler, adi ortaklık hükümleri gereği müştereken ve müteselsilin sorumludurlar. Birlikte istihdam şeklindeki çalışma şirket dışındaki işverenler açısından da söz konusu olabilir. Dosya içeriğine göre davalılar Vakıf ve Kooperatif’in aynı üyeler tarafından kurulduğu, temsilcilerinin aynı olduğu, aynı işyerini kullandıkları, çalıştırılan işçilerin kimi zaman salt Vakıf veya Kooperatif, kimi zaman da her ikisi üzerinde kayden gösterildiği, ancak çalışanların hem Vakıf, hem de Kooperatif üyelerine hizmet ettikleri, işyerinin birinden diğerine devrinin söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Somut uyuşmazlıkta hem Vakfa hem de Kooperatif üye ve temsilcilerine hizmet eden davacı işçi açısından, birlikte istihdam olgusu nedeni ile her iki davalının birlikte müştereken ve müteselsilin sorumluluğuna karar verilmelidir.”* ifadeleri ile birlikte işverenlerin adi ortaklık hükümleri gereği müteselsil sorumlu olduğu sonucuna yer vermiştir. Ayrıca borca katılma yoluyla birlikte borçlulukta da sözleşme sonrası borçlunun yanında yer alarak borcun yükümlülüğünü müteselsil olarak üstlenen bir üçüncü kişi söz konusudur¹²⁴³. Birlikte işverenliğin sözleşmeye katılma yoluyla da kurulabileceğinden ikinci bölümde bahsetmiştik. Bu durumda da müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır.

Birlikte işverenliğin en önemli sonucu birlikte sorumluluğun doğup doğmayacağıdır. O halde çözülmesi gereken ilk sorun şudur: birlikte işverenlik bir sorumluluk belirlemesi midir, yoksa istihdam tespiti midir? Yani birlikte sorumlu olan

¹²³⁸ Akıntürk, s.152-153. Kapancı, s.54. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.285. Reisoğlu, s.442.

¹²³⁹ Akıntürk, s.71. Kapancı, s.55. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.286.

¹²⁴⁰ Kapancı, s.56.

¹²⁴¹ Kapancı, s.10. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.287.

¹²⁴² Y.9.HD. 27.04.2012, E. 2011/52010, K. 2012/14755. www.lexpera.com.tr

¹²⁴³ Akıntürk, s.74. Kapancı, s.62.

birden fazla işveren doğrudan birlikte işveren midir, yoksa birlikte işverenlik için birden fazla işverenin işveren olma niteliğinden kaynaklanan özellikleri sergilemesi mi gerekir? Kanaatimizce ikinci soru olumlu cevaplandırılmalıdır. Zira birlikte işverenlik birlikte sorumlu olunan bütün ilişkiler için geçerli olan bir üst başlık değildir. Birlikte işverenliği formülize etmek istersek şöyle diyebiliriz: İşçinin birden fazla işverene iş görme borcunu ifa ettiği, bununla bağlantılı olarak da birden fazla işverenden emir ve talimat alabildiği, birden fazla işverenin işçi üzerinde yönetim hakkına sahip olduğu ilişkidir.

Birlikte sorumluluk ve birlikte işverenlik farklı kavramlardır. Kanunen getirilen istisnalar dışında birlikte işverenliğin olduğu her durumda birlikte sorumluluk bulunsa da, birlikte sorumlu olunan her durumda birlikte işverenlik yoktur. Örneğin bir maden sahasının tamamı rödovansla devredilse bile daimi nezaretçi ve teknik eleman atama yükümlülüğü ruhsat sahibindedir¹²⁴⁴. Böylesi bir durumda kanaatimizce kanundan kaynaklı bir istihdam yükümlülüğü söz konusu olduğu için rödovansçı ile ruhsat sahibi arasında bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmaz. Teknik eleman ve daimi nezaretçi istihdam yükümlülüğü ruhsat sahibinde olduğu için onun emir ve talimatı altında çalışır¹²⁴⁵. Ruhsat sahibi ile rödovansçı arasında bir birlikte işverenlik durumu oluşmaz. Ancak bu daimi nezaretçi ve teknik elemanlar, rödovansçı tarafından “başka işyerinden kendi işyerine çalışmak üzere gelen” işçilerden sayılıp, iş sağlığı ve güvenliği konularında bilgilendirilme ve eğitilmelerinden rödovansçı ve ruhsat sahibi birlikte sorumlu tutulabilir.

ILO'nun 176 sayılı Madenlerde Güvenlik ve Sağlıkla İlgili Sözleşmesi'nin 12. maddesi de bu konuyu örneklendirmek bakımından faydalı olacaktır. İlgili hükme göre, “*Aynı madende faaliyetlerin iki ya da daha fazla sayıda işveren tarafından yürütülmesi halinde, madenden sorumlu olan işveren işçilerin güvenliği ve sağlığıyla ilgili tüm önlemlerin yaşama geçirilmesini koordine edecek ve işlerin güvenliğinden birinci derecede sorumlu işveren o olacaktır. Bu hüküm, tek tek işverenleri, işçilerin güvenlik ve sağlığıyla ilgili tüm önlemlerin yaşama geçirilmesi sorumluluğundan kurtarmaz.*” ifadesi ile sorumluluk tesis edilmiştir. İşte tam da burada birlikte işverenlik durumu bulunmasa da birlikte sorumluluk durumu bulunmaktadır. Birlikte işverenlik olması için işveren hak ve yetkilerinin birlikte kullanılması gerekir. Burada ise kanımızca aynı iş sahasında çalışmanın getirdiği riski paylaşmak bakımından bir hakkaniyet sorumluluğu şeklinde işçiyi korumak için getirilen bir sorumluluk yüklemesi vardır.

¹²⁴⁴ TOPALOĞLU Mustafa; Maden Hukuku, Adana 2011, s.252.

¹²⁴⁵ Topaloğlu, s.257.

Birlikte sorumluluğun söz konusu olmasına rağmen birlikte işverenliğin bulunmadığı bir diğer düzenleme örneği ise 5510 sayılı Kanununun 88. maddesinde yer almaktadır. İlgili hükümde yer alan “*Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları hakkı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.*” düzenlemesi ile yöneticiler, işveren vekilleri veya yetkililer işveren olmamakla birlikte, primlerin ödenmemesinden işverenle birlikte sorumlu tutulmuşlardır.

Benzer bir biçimde TTK'nın 237. maddesinde “*Şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı birinci derecede şirket sorumludur. Ancak, şirkete karşı yapılan icra takibi semeresiz kalmış veya şirket herhangi bir sebeple sona ermiş ise, yalnız ortak veya ortakla birlikte şirket aleyhine dava açılabilir ve takip yapılabilir.*” şeklinde kollektif şirketlerde ortakların ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Kollektif şirketin çalıştırdığı işçilerin ödenmemiş ücret alacaklarından bu hüküm uyarınca şirket ortakları da sorumlu tutulabilir. Ancak bu durumda işveren şirkettir. Ortaklar ve şirket arasında birlikte işverenlik bulunmamaktadır; fakat birlikte sorumluluk hali Kanunda düzenlenmiştir¹²⁴⁶.

O halde birlikte işverenliğin varlığı ile bundan kaynaklanan sorumluluk birbirinden farklı şeylerdir. Birlikte işverenlikte kural olarak müteselsil sorumluluk olsa da kanunla bunun istisnaları düzenlenebilir. Örneğin özel istihdam bürosu ile ödünç alan ve işçi arasındaki üçlü ilişkide hem büronun hem ödünç alanın işçiye emir ve talimat verdiği, işçi üzerinde yönetim hakkı kullandığı durumlarda birlikte işverenlik söz konusu olacaktır. Üçüncü bölümde ayrıntılı bir şekilde izah edildiği üzere şayet Kanunda açıkça düzenleme olmasaydı bunların sorumluluğu da müteselsil olacaktı. Ancak artık Kanunda açıkça düzenleme yapıldığından burada sorumluluk tesisi Kanunda belirtildiği gibi olacaktır. Benzer bir durum alt işverenlik bakımından da söz konusudur. Esasında eğer hem alt işveren hem asıl işveren işçi üzerinde yoğun bir biçimde emir ve talimat yetkisini, daha geniş anlamda yönetim hakkını kullanıyorsa ikisi birlikte işveren olabilecekti. Kendilerini ne şekilde vasıflandırdıkları önemli değildir. Ancak asıl işverenin emir ve talimat hakkını yoğun bir şekilde kullanması durumunda kanunen ortada muvazaa olduğundan sadece asıl işveren baştan itibaren sorumlu olacaktır. Fakat birlikte işverenlik boyutuna varmadan, asıl

¹²⁴⁶ Kılıçoğlu/Şenocak, s.21, dn.50.

işverenin kanundan kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirmesi amaçlı emir ve talimat verilmesi asıl işveren-alt işveren ilişkisine zeval vermeyecektir. Dolayısıyla sonuç olarak her tür ilişkide birlikte işverenlik olabilir. Önemli olan yönetim hakkının yoğun bir biçimde kullanılıp kullanılmadığıdır. İşveren gibi davranıyorsa birlikte işveren olarak işçinin alacaklarından müteselsil olarak sorumlu olması esas olmalıdır. Ancak kanunun sorumluluk tesisinde başka bir çözüm benimsemesi halinde sorumluluk bakımından o uygulanacaktır.

Kanunda veya sözleşmede öngörülmedikçe kural olarak müteselsil sorumluluk tesis edilemez¹²⁴⁷. Bu esastan hareketle, birlikte işverenlik yargı kararlarına konu olmadan önceki yıllarda işçinin tek bir iş sözleşmesi ile birden çok şirkete bağlı olduğu durumlarda, işçinin alacaklarına karşı işverenlerin birlikte işveren olacağı, ancak sorumluluklarının müteselsil sorumluluk olmayacağı, zira müteselsil sorumluluğun ya sözleşmeden ya da kanundan doğacağı, burada işverenlerin her birinin işçiye karşı kendi payı oranında sorumlu olacağı kabul edilmekte idi¹²⁴⁸. Birlikte işverenlikte sorumluluk herhangi bir kanun hükmü ile düzenlenmemiştir. Taraflar aralarında bir sözleşme ile de belirleme yapmadıysa aslında sorumluluk müteselsil olarak düzenlenemez. Ancak yargı kararlarında okul aile birliği örneğindeki gibi yahut şirket gruplarında olduğu gibi esasında birlikte işverenliği hedeflemeyen hatta tam tersine bazen birlikte işverenlikten kaçınmak için çeşitli yollar izleyen kişiler arasında birlikte işverenlik ve birlikte sorumluluk tesis edildiği görülmektedir. Kanunda veya sözleşmede düzenlenmediği halde yargı tarafından bu örneklerde müteselsil sorumluluk tesis edilmektedir. Burada acaba yargının dayanağı ne olabilir? Bu soruya verilebilecek ilk yanıt aynı sebeple birlikte borçlu olan kişiler arasında her durumda birlikte borcu konu alan bir adi ortaklık kurulduğunun kabulü olabilir. Bu halde geçici olarak kurulan ve sadece alacaklıya karşı birlikte borcu üstlenmeyi konu alan bir adi ortaklık söz konusudur¹²⁴⁹. Nitekim konuyu özetleyen mahiyette bir kararında¹²⁵⁰ Yargıtay da “*Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketler feshin geçersizliği davasında taraf olabileceği gibi, işçi birine veya bir kaçına karşı dava da açabilir. Birlikte istihdam eden ve organik bağ içinde olan işverenler, adi ortaklık hükümleri gereği müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.*” ifadelerine yer vermiş ve şirket gruplarında birlikte

¹²⁴⁷ Alpagut, Mesleki, s.581.

¹²⁴⁸ Engin, s.209. Engin, İşveren Kavramı, s.132.

¹²⁴⁹ Kapancı, s.495-496.

¹²⁵⁰ Y.9.HD. 13.4.2009, E. 2008/24544, K. 2009/10392. www.lexpera.com.tr

işverenlik olması durumunda adi ortaklık hükümleri uyarınca birlikte sorumluluk tesis etmiştir.

Ancak kanımızca kurulan her tür birlikte işverenlik bakımından bu görüş savunulamaz. Zira mevzu bahis kararda olduğu gibi birlikte işçi çalıştırmak için bir araya gelen kişiler bir adi ortaklık oluştursa ve bu nedenle aralarında bir müteselsil sorumluluk doğsa da; müteselsil sorumluluk için bir araya gelen işverenler söz konusu değildir. Hatta müteselsil sorumlu olmak değil, olmamak niyetiyle hareket eden işverenlerden bahsedebiliriz. Bu nedenle bu görüş birlikte işverenlik bakımından sorumuza yanıt vermemektedir. Kanımızca yargı, birlikte işverenlikte birlikte sorumluluk türlerinden müteselsil sorumluluk tesis ederken, açıkça bunu belirtmese de bir boşluk tespit etmiş ve boşluğu hukuk yaratmak suretiyle doldurmuştur. O halde yargının birlikte işverenlikte müteselsil sorumluluk yaratması bir boşluk doldurma, hukuk yaratma örneğidir.

Öğretide ve yargı kararlarında ortak bir biçimde, birlikte işverenlikte müteselsil sorumluluk kabul edilmektedir¹²⁵¹. Nitekim Yargıtay “*Organik bağ ve birlikte istihdam hallerinde bütün şirketler işçilik alacaklarından müteselsilen sorumludurlar*”¹²⁵² şeklinde birlikte işverenlikte müteselsil sorumluluğu ilke olarak gördüğü yönünde kararlar vermektedir. Yargıtay’ın bir şirket ve acentesini birlikte işveren olarak kabul ettiği bir kararına¹²⁵³ konu olayda işçinin, “12.10.2009-18.11.2009 tarihleri arasında davalı S.S. ‘ye ait işyerinden, 26.11.2009-30.1.2010 tarihleri arasında ise diğer davalı şirketten çalışmaları bildirilmiştir. S.S. Diğer davalı şirketin acentesidir. Gerçekte işçiyi hem acente hem şirketin birlikte istihdam ettikleri tespit edilmiştir. Bu nedenle işçinin hak ettiği tüm işçilik alacaklarından müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları” şeklinde müteselsil sorumluluk yönünde hüküm kurulmuştur. Kanaatimizce Yargıtay, birlikte işverenlikle ilgili istikrarlı bir biçimde, kararlarına konu olan bazı olaylarda amacın birlikte işçi çalıştırmak olduğu adi ortaklıkların varlığına dayanarak müteselsil sorumluluk tesis etmekte ise de, pek çok olayda boşluk doldurma şeklinde müteselsil sorumluluk yaratmaktadır. Varılan bu sonuç sözleşme ile birden fazla işverenin çalıştırdığı işçiler bakımından tartışmasız olarak doğmaktadır. Ancak işverenlerden biri ile iş sözleşmesinin olduğu ve birlikte işverenin sözleşmeye taraf olmadığı durumlarda birlikte işvereni sorumlu tutmak için de müteselsil sorumluluk tesis edilmektedir. Hakkaniyete uygun olan bu sonuca ulaşırken kanımızca

¹²⁵¹ Şakar, s.155.

¹²⁵² Y.7.HD. 6.5.2013, E.2013/15400, K.2013/8088. (Yayımlanmamıştır.)

¹²⁵³ Y.7.HD. 26.11.2013, E.2013/11753, K.2013/20379. (Yayımlanmamıştır.)

sözleşmenin tarafı olmayan birlikte işveren bakımından ikili bir ayrıma gidilmelidir. İş sözleşmesinin tarafı olmayan birlikte işveren bakımından sözleşme olmadığından zarar olarak tazmin istenecektir. Bunun sonucu olarak da işçi sözleşme tarafı olmadığından edim menfaatlerini aynen ifa olarak isteyemeyecektir. Bir başka ifade ile verme borcu kapsamında talep edilebilecek menfaatleri isteyebilecek, ancak yapma borcu oluşturan menfaatleri talep edemeyecektir. Örneğin birlikte işverene işe iadesini isteyemeyecek, bundan doğan zararının tazmin edilmesini isteyecektir.

Müteselsil borçluluğun borçlular açısından bir başka yanı da alacaklı tatmin edildikten sonra kendi aralarındaki ilişkinin devam etmesidir. Bu hususu düzenleyen TBK'nın 167. maddesi *“Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir.”* hükmünü haizdir. Müteselsil borçlu sayılan birlikte işverenlerden biri tarafından işçiye karşı edimin yerine getirilmesi durumunda, diğer birlikte işverenler iç ilişkide kendi paylarına düşen borç oranı kadar sorumlu olmaya devam ederler¹²⁵⁴.

2.İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN BİRLİKTE İŞVERENLİĞİN SONUÇLARI

2.1.Bireysel İş Hukuku Bakımından

Birlikte işverenliğin uygulamaya en çok yansıyan yüzü bireysel iş hukuku bakımından doğurduğu sonuçlarla alakalıdır. Birlikte işverenlikte sorunlara sebep olabilecek hususlar birlikte işverenlerin biri veya her ikisi ile işçi arasında bulunan “iş sözleşmesi sırasında” veya “iş sözleşmesinin sona ermesinde” ortaya çıkabilir. İş sözleşmesi sırasında doğabilecek ilk sorun işçinin ücret ve diğer işçilik alacaklarının ödenmemesi durumunda sorumluluk tesisidir. Bu anlamda birlikte işverenliğin sonuçları, esasında işverenlerin müteselsil sorumluluğu ile uyum içinde düşünülmelidir. İş sözleşmesi sırasında doğabilecek bir diğer sorun ise birlikte işverenin birlikte istihdam edilen işçileri dışında da işçilerinin olması durumunda eşit davranma borcudur. Yine iş sözleşmesi

¹²⁵⁴ Kapancı, s.355.

sırasında birden fazla işverenin işçiye emir ve talimat vermesi durumu söz konusu olduğundan bu talimatların çatışması hususu yahut verilen disiplin cezalarının çatışması konusu da bir mesele olarak karşımıza çıkabilir.

İş sözleşmesinin sona ermesi bakımından ise yargı kararlarına da intikal ettiği üzere iş güvencesine tabi olmak bakımından otuz işçi sayısının tespitinde birlikte istihdam edilen işçilerin de sayıya dâhil edilip edilmeyeceği, fesih bildirimının hangi işverene veya hangi işverence yapılmasının gerektiği, feshin son çare olması ilkesi kapsamında işçiye teklif edilmesi gereken başka iş/işyerlerinden hangi işverenin sorumlu olduğu, işe iade kararı verildiğinde işe iadenin yapılacağı işverenin kim olduğu soruları öne çıkmaktadır. Bu noktada belirtilmelidir ki, esas olan tek işverenlik olduğundan birlikte işverenliğin söz konusu olduğunu iddia eden işçi iddiasını ispat etmek zorundadır¹²⁵⁵. Birlikte işverenlik iş hukukunun her dalı bakımından sorunlar doğurmaya namzet bir konudur. 2006 yılından bu yana Yargıtay kararlarından elde edilen bu problemlili konular başlıklar halinde aşağıda incelenmiştir.

2.1.1. Ücret ve Diğer İşçilik Alacaklarının Ödenmesi

İşçinin iş görme borcunun karşılığını oluşturan ücret, işverenin işçiye karşı en temel borcudur. Birlikte işverenlik durumunda da işverenlerin işçinin ücretini ödemesi ve ödememe durumunda sorumluluğu iş ilişkisinin doğası gereğidir. Birlikte işverenlikte işçinin ücretinin işverenlerden biri tarafından yahut tamamı tarafından birlikte ödeneceği kararlaştırılabilir. Ancak bu iç anlaşma işçi bakımından bağlayıcı olmayacaktır.

Yargıtay tarafından birlikte işverenler arasında birlikte istihdam edilen işçinin işçilik alacakları bakımından kabul edilen sorumluluk tipi müteselsil sorumluluktur. Bu anlamda Kanunun aksi yönde bir sorumluluk belirlemesi yapmaması halinde işçinin geniş anlamda ücreti, sigorta primleri, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, iş güvencesi tazminatı, kötüniyet tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti ödemeleri gibi her tür işçilik alacağından birlikte işverenler müteselsil sorumludur. Aynı yöndeki bir kararında Yargıtay 9. HD.¹²⁵⁶; “İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru yönünden gerekli araştırma da yapılmalı ve

¹²⁵⁵ Evren, s.79.

¹²⁵⁶ Y.9.HD. 16.12.2008, E. 2007/26179, K. 2008/33761. www.lexpera.com.tr

davacının davalı şirket ile dava dışı kamyon sahibi tarafından birlikte istihdam edilip edilmediği açıklığa kavuşturulmalıdır... Dairemiz uygulamasına göre işverenlerin tamamı işçilik haklarından sorumludur. Ancak ücretin işverenlerin biri yada birkaçı tarafından ödenmesi mümkündür. Zira, iş ilişkisinde ücretin üçüncü kişi tarafından ödenmesi dahi mümkün olduğundan, işverenlerden birinin diğer işverenler adına bu ödemeyi yapması olanaklıdır. Birlikte istihdamın bulunduğu bir ilişkide ücretler ayrı ayrı işverenler tarafından ödendiğinde ortada tek bir iş ilişkisi olmakla, ücretlerin toplamı üzerinden sigorta primi ödenmesi ve iş sözleşmesinin feshine bağlı ortaya çıkabilecek olan ihbar, kıdem tazminatı ile izin ücretinin bu ücretlerin toplamı üzerinden hesaplanması gerekir. Birlikte istihdamın varlığı halinde ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer tüm işçilik alacaklarından her iki işveren birlikte sorumludur.” ifadelerine yer vererek, üçüncü kişi tarafından dahi işçinin ücretinin ödenmesinin mümkün olduğu bir düzen içerisinde, birlikte işverenlikte işçinin ücretinin ayrı ayrı işverenler tarafından, biri tarafından yahut birkaçı tarafından ödenmesinin de evleviyetle mümkün olduğunu belirtmiştir. Yine bu karar ile işçinin işçilik alacaklarının ücretin toplamı üzerinden hesaplanacağı ve birlikte işverenlerin birlikte sorumlu olacağı vurgulanmıştır.

Birlikte işverenliğin söz konusu olduğu başka bir olayda, işçinin ödenmeyen ücretini talep ettiği bir davaya ilişkin müteselsil sorumluluğun tesis edilmesi gerektiği yönünde karar veren Yargıtay¹²⁵⁷; “Uyuşmazlık davalılar arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesi ve bunun işçilik haklarına etkisi noktasında toplanmaktadır. Dosya içerisindeki 15.4.2005 tarihli ilanda “K. Okulları ve Özel T. Okulları, Z. Mutlu Eğitim Vakfı K. Okulları çatısı altında bir araya geliyor” şeklinde bir açıklama bulunmaktadır. Yine T. Okulları Kurucusu M. G. tarafından öğrenci velilerine yapılan ilanda yeni eğitim ve öğretim döneminde her iki okulun Z. Mutlu Eğitim Vakfı K. Okulları çatısı altında faaliyet göstereceği belirtildiği gibi ayrıca velilerin okul taksitlerini Z. Mutlu Eğitim Vakfı İktisadi İşletmesi muhasebe servisine elden ödeyebilecekleri veya Garanti bankası Göktürk-Kemerburgaz şubesinde bulunan Vakıf İktisadi İşletmesine ait hesaba yatırabilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca Davalı T. Özel Eğitim Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. 2005/4, 5 ve 6.dönem SSK bordroları ile Z. Mutlu Eğitim Vakfı İktisadi İşletmesinin 2005/8, 9 ve 10. dönem SSK bordroları incelendiğinde davalı T. Okullarında çalışan öğretmenlerin bir kısmının davalı Z. Mutlu Vakfı İktisadi İşletmesinde çalışmaya başladıkları sabittir. Davalı tanığının bazı öğrencileri nakil aldıklarını beyan etmiştir. Tüm

¹²⁵⁷ Y.9.HD. 29.12.2009, E. 2009/20229, K. 2009/38426. (Yayımlanmamıştır.)

bu hususlar nazara alındığında davalılar arasında birlikte istihdam şeklinde hizmet ilişkisi bulunmaktadır. Davacının alacaklarından her iki davalının birlikte sorumlu tutulması gerekirken davalı T. Özel Eğitim Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. sorumlu olduğuna ilişkin verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” biçiminde hüküm tesis ederek birleşme suretiyle aralarında organik bağ kurulan bir özel okul ve iktisadi işletmesi hakkında birlikte işverenlik ve birlikte sorumluluk bulunduğu yönünde karar vermiştir.

O halde birlikte işverenlik kapsamında çalıştırılan bir işçi ücretini yahut diğer işçilik alacaklarını elde edemediğinde birlikte işverenlerinden birine, birkaçına yahut tümüne başvurabilecektir. Birlikte işverenler işçinin ödenmeyen işçilik alacaklarından müteselsil olarak sorumlu olacaktır.

2.1.2.Eşit Davranma Borcu

İK'nın 5. maddesi, “*İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*” demek suretiyle ayrımcılık yasağına ilişkin temel düzenlemeyi oluşturmaktadır. Eşit davranma borcu da yine aynı maddede düzenlenmektedir. Şayet iş ilişkisinde veya ilişkinin sona ermesinde eşit davranma borcuna aykırı davranılırsa işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. Birlikte işverenlik bakımından da bu düzenlemeler geçerlidir, ancak eşit davranma borcu özellik arz etmektedir.

Birlikte işverenlik bakımından işverenlerin eşit davranma borcu konusuna daha hassas yaklaşılması gerekmektedir. Zira birden fazla işverene iş gören işçiye işverenlerin birbirinden farklı davranması söz konusu olabilir. Örneğin bir işverende yıllık izin süresi daha uzunken diğerinde daha kısa olabilir yahut birinde çeşitli ikramiyeler söz konusu iken diğer işverende böyle bir uygulama olmayabilir¹²⁵⁸. Öğretide böyle durumlarda işçinin hangi işverende hangi uygulama daha lehine ise diğer işveren bakımından da onun geçerli olacağı savunulmaktadır¹²⁵⁹.

¹²⁵⁸ Evren, s.78.

¹²⁵⁹ Evren, s.78.

Ancak kanaatimizce bu konuya doğrudan ve genel olarak işverenlerin uygulamasının nasıl olduğu şeklinde değil, hangi işçiye hangi uygulamanın yapılacağı esas alınarak yaklaşılmalıdır. Bu nedenle eşit davranma borcu işverenlerin bütün işçileri göz önüne alınarak değil, sadece birlikte çalıştırılan işçiler dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Birlikte işverenlikte eşit davranma borcunun birlikte istihdam edilen işçiler arasında geçerli olabileceği, işverenlerin diğer işçilerinin esas alınamayacağı yargı kararlarında da kabul edilmektedir. Mevzu bahis hususu düzenleyen bir Yargıtay kararı bu konuda yol gösterici niteliktedir. İlgili kararda Yargıtay¹²⁶⁰; “Davacının davalı şirket yanında aynı guruba ait diğer şirketlerden ücret aldığı ve her üç şirkete karşı insan kaynakları müdür sıfatıyla sorumluluğunun olduğu dosya içindeki bilgi ve belgelerle taraflar beyanlarından anlaşılmaktadır. Dairemizin 27.2.2006 gün 2006/1163/ E, 2006/4714 K. kararında da belirtildiği üzere, işçinin aynı guruba ait şirketlerin bir kısmına ya da tamamına birlikte hizmet vermiş olması ve bu çalışmaların kısmi çalışma şeklinde ayrıştırılmasının mümkün olmaması halinde birlikte istihdam olgusundan söz edilir. Somut olayda da, davacının davalı şirket dışında B. Holding Anonim Şirketi ile Ö. Otomotiv Limited Şirketlerine aynı anda hizmet verdiği ve sorumluluk üstlendiği buna karşın her üç şirketten ücret aldığı anlaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde işverenin eşit davranma borcu düzenlenmiş, işverenin buna aykırı davranması halinde işçinin, 4 aya kadar ücreti tutarında bir tazminat ile yoksun kaldığı hakları talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir. Somut olayda da davacının birlikte istihdam edilen bir işçi olduğu gözetilerek bir değerlendirmeye gidilmelidir. Davacının davalı işverenin diğer bir işçi ya da aynı guruba ait başka bir işçi ile karşılaştırılması doğru olmaz. Birlikte istihdamı oluşturan işverenlerin eşit davranma yükümü, kural olarak birlikte istihdama dâhil işçiler yönünden hüküm ifade eder. Davacı işçinin davalı işveren tarafından ödenen ücretleri Aralık 2004 ayından itibaren artmamış olsa da, B. Holding Anonim Şirketi ile Ö. Otomotiv Limited Şirketleri tarafından ödenen ücretler sürekli artmış durumdadır. Davalı işveren bu sebeple davacının toplam gelirleri itibarıyla aynı guruba ait şirketlerin diğer çalışanlarının hepsinin üzerinde ücret ödediğini savunmuştur. Somut olay yönünden çözümü gereken konu davacı gibi birlikte istihdam edilen diğer işçiler olup olmadığını belirlemek ve davacı ile bu işçiler bakımından

¹²⁶⁰ Y.9.HD. 12.02.2008, E. 2007/33247, K. 2008/114.

işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın olup olmadığını tespit etmekten ibarettir. Yoksa gurubu oluşturan şirketlerden birinde işçilere uygulanan ücret artışlarının olduğu gibi birlikte istihdama dâhil işçilere de uygulanması gerekmez. Bu itibarla davacı işçi yönünden Beşer Holding ticaret ve finans müdürü ücretleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması doğru olmamıştır. Her şeyden önce sözü edilen çalışanın birlikte istihdam kapsamında olup olmadığı bilinmemektedir. Mahkemece eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” demek suretiyle birlikte istihdam edilen işçiler bakımından eşit davranma borcunun işverenin diğer bir işçisi ya da aynı gruba ait başka bir işçisi ile karşılaştırılmadan, sadece birlikte istihdama dâhil işçiler yönünden hüküm ifade edeceğini, bu nedenle diğer işçilere yapılan ücret artışlarının birlikte istihdam edilen işçilere uygulanmamasının yönetim hakkı kapsamında kaldığını kararlaştırmıştır.

2.1.3. İki İşverenin Verdiği Talimatların ve İşyeri Düzenine İlişkin Kuralların Çatışması

İşçi birlikte işverenlerin verdiği emir ve talimatlara uymak zorundadır. Hangi işverenden gelirse gelsin işçinin emir ve talimatlara uyma borcu iş ilişkisinin karakterize bir unsurudur¹²⁶¹. Ancak bir işverenden gelen talimatla, birlikte işverenden gelen talimatın birbiri ile çatışması durumu da söz konusu olabilir.

Bu durumda kullanılabilir olan iki ilke vardır. Birincisi (*lex specialis derogat lex generali*) özel kural genel kuraldan önce uygulanır kuralıdır ki bu durumda bireysel talimatın genel talimata göre öncelik arz ettiği söylenebilecektir¹²⁶². Ancak uygulamada esas mesele aynı nitelikte iki ayrı talimat gelmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Bu durumda uygulanacak ilke de (*lege posteriori derogat lege priori*) sonraki düzenleme önceki düzenlemeyi kaldırır kuralıdır. Daha sonra verilen talimatın öncekini geçersiz kıldığı şeklinde bir çözüm izlenebilecektir¹²⁶³.

Esas olan işçiye verilen talimatların ve işçinin işyeri düzenine uymaması durumunda uygulanacak disiplin cezalarının birlikte işverenler tarafından ortak

¹²⁶¹ Evren, s.79.

¹²⁶² Taşkent, Yönetim, s.73.

¹²⁶³ Taşkent, Yönetim, s.74.

belirlenmesidir. Ancak bu konuda da bir çatışma söz konusu olabilir. Birlikte işverenlerin aynı konu ile ilgili farklı disiplin cezaları öngörmeleri durumunda sorunun nasıl çözüleceği ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımızca disiplin cezalarının çatışması durumunda işçiye daha lehe olan ceza uygulanmalıdır.

2.1.4. İş Güvencesinde Otuz İşçi Sayısının Tespiti

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan *“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.”* düzenlemesi ile iş güvencesine tâbi olabilmenin şartları düzenlenmiştir. İş güvencesinden yararlanmak için aranan ön koşullardan biri fesih bildirim tarihi itibarıyla işyerinde en az otuz işçinin çalışmasıdır. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde işçi sayısı, bu işyerlerindeki toplam işçi sayısı esas alınarak hesaplanmalıdır.

Birlikte işverenlikte en çok dava konusu olan husus, işçilerin iş sözleşmesi sona erdirildikten sonra, birlikte işverenliğin söz konusu olduğunu, bu nedenle iş güvencesi bakımından gerekli olan otuz işçi sayısının tespitinde işverenlerin işyerlerinde çalışan işçilerin toplanması gerektiğini ve bu sayede birlikte istihdam edilen işçilerin de iş güvencesi kapsamına girdiklerini iddia etmelerinden doğmaktadır. Mesele çok sayıda yargı kararına konu olmuştur. Bu kararlardan en önemli gördüklerimizi bu başlık altında incelemiş bulunmaktayız.

Yargıtay grup şirketler bakımından verdiği bir kararında¹²⁶⁴ diğer kararlarına da emsal olup uzun yıllar kullanılacak ifadelerle *“Somut uyuşmazlıkta, 30 işçi kıstasına alınan diğer işyeri, şirketin ortağı adına kayıtlıdır. Her iki işyerinin vergi kayıt numarasının aynı olması, işverenin tek kişiye ait olduğunu göstermez. Şirket ve ortağı gerçek kişiye ait iki işyerinde birlikte istihdam ve iş organizasyonu olguları üzerinde durulmalıdır... Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır ve 30 işçi kıstasında tüm çalışanların, bir başka anlatımla tüm grup şirketlerindeki işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerekir.”* şeklinde karar vermiş ve birlikte işverenlikte otuz işçi sayısının

¹²⁶⁴ Y.9.HD. 16.10.2006, E. 2006/19159, K.2006/27130. (Yayımlanmamıştır.)

belirlenmesinde tüm grup şirketlerdeki işçilerin sayısının toplanması gerektiğini belirtmiştir. Nihayetinde Yargıtay¹²⁶⁵; “...davalı şirketlerin aynı adreste faaliyet gösterdikleri, aynı işi yaptıkları ve birlikte istihdam ettikleri anlaşılmış olup, bu üç şirketin işçi sayılarının toplamının 30 işçi sayısını aştığı görüldüğünden, davanın 30 işçi koşulu gerçekleşmediği gerekçesiyle reddi hatalı olmuş...” ifadeleri ile kararlarında, birlikte işverenlik durumunda otuz işçi sayısını birlikte işverenlerin işyerindeki toplam işçi sayısı üzerinden belirlemektedir.

Yargıtay yeni tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararında¹²⁶⁶ bu konuya da değinmiş ve şirket gruplarında birlikte işverenlik durumuna ilişkin olarak “...grup ya da holdingi oluşturan her bir şirket ayrı bir bağımsız işveren ve tüzel kişiliğe sahip olduğundan temel kural iş güvencesi yönünden her şirketin aynı iş kolundaki kendi işçi sayısı gözetilmelidir. Eş deyişle bir şirketin aynı iş kolundaki işçi sayısı belirlenirken grubu ya da holdingi oluşturan başka bir şirket veya şirketlerin işçileri bu sayıya eklenemeyecektir. Bununla birlikte grup veya holdingi oluşturan birden fazla şirkete aynı anda hizmet verilmesi yani birlikte istihdamın söz konusu olduğu durumlarda hizmet verilen şirketlerdeki işçi sayısı toplamı esas alınarak sonuca gidilmelidir.” ifadelerine yer vererek kuralın her grup şirketin ayrı değerlendirilmesi olduğunu, bu gruplar birlikte işveren ise ancak o halde işçi sayılarının toplanabileceğini hükme bağlamıştır.

Şirket grubuna dâhil bulunan birden fazla şirketin temizlik ve güvenlik hizmetlerini aynı alt işverene devrettiği ve alt işveren işçilerinin işe iade talep ettiği bir davaya ilişkin olarak Yargıtay otuz işçi sayısının tespitinde, ilk derece mahkemesinin alt işveren işçilerini birlikte istihdam edilen işçiler olarak saydığı ve şirket grubundaki işçilerin sayısı ile bu işçilerin sayısının toplanması neticesinde işçi sayısının geçildiğini kabul ettiği kararını reddetmiştir. Kararda¹²⁶⁷ “...Taraflarca davalı şirket ile alt işveren güvenlik ve temizlik şirketleri arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu iddia edilmemiştir. Hal böyle olunca, işyerinde güvenlik ve temizlik işçileri dışında birlikte istihdam edilen işçinin de bulunmadığı dikkate alındığında, fesih tarihi itibarıyla yirmi yedi çalışan bulunan davalı işyerinde otuzdan az işçi çalıştığından, davacının iş güvencesinden yararlanamayacağı düşünülmeyen davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve kanuna

¹²⁶⁵ Y.22.HD. 05.06.2012, E. 2011/12523, K.2012/12495. www.lexpera.com.tr

¹²⁶⁶ YHGK, İçtihadı Birleştirme Kararı, 09.06.2017, E. 2016/3, K. 2017/4. www.lexpera.com.tr

¹²⁶⁷ Y.22.HD. 07.05.2014, E.2014/11448, K.2014/11750. www.lexpera.com.tr

aykırıdır.” demek suretiyle muvazaa iddiasının olmadığı bir durumda alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçi sayısına dahil edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Ancak aynı konuda verdiği bir başka kararında¹²⁶⁸ Yargıtay dışarıdan temin edilen güvenlik ve temizlik işçilerinin birlikte istihdam edilip edilmediğinin araştırılması gerektiğini ifade ettiği bir olayda “...*Ticaret Sicil Kayıtlarından davalı A. Muslukçuluk Sanayi AŞ ile E. Satış Sonrası Müşteri Hizmetleri Ticaret AŞ, E. İnşaat Sanayi ve Ticaret AŞ, E. Dış Ticaret AŞ ve M. Hammadde Sanayi ve Dış Ticaret AŞ'nin aynı binada faaliyet gösterdiği ve aynı alanda ticari faaliyet gösteren şirketler olduğu, temizlik ve güvenlik hizmetleri alınan G. Güvenlik Hizmetleri AŞ ve A. Temizlik Sosyal Hizmetler limited Şirketinin de tüm bu şirketlere birlikte hizmet verdiği, ... Somut olayda aynı binada faaliyet gösterdikleri anlaşılan yukarıda anılan şirketlerin birlikte istihdam ettikleri işçi sayısı tesbit edilerek, davacının iş güvencesi kapsamında olup olmadığı belirlendikten sonra ortaya çıkacak sonuca göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.*” sonucuna ulaşarak aksi yönde hüküm tesis etmiştir.

Kanaatimizce 22. Hukuk Dairesine ait olan bu kararlardan sonraki tarihli olan ilk incelediğimiz karar daha isabetlidir. Birlikte işverenliğin söz konusu olmadığı diğer durumlarda alt işveren işçileri kural olarak asıl işverenin işçi sayısı tespit edilirken sayıya dâhil edilmemektedir. Kararlarda yer verilen ifadelerden anlaşıldığı kadarıyla şirket grubunda yer alan şirketlerin yardımcı iş olan temizlik ve güvenliği aynı alt işverene devrettiği görülmektedir. Birlikte işverenlik kurulmasını gerektiren ortak yönetim hakkı kullanılması vs. bir durumun söz konusu olduğuna dair bir veri de bulunmamaktadır. Salt aynı alt işverenden hizmet almak grup şirketlerde alt işveren işçilerinin otuz işçi sayısının tespitinde işçi sayılarının toplanmasına gerekçe oluşturmaz.

Nitekim Yargıtay başka konulara ilişkin verdiği kararlarında salt şirket grubuna dâhil olmanın birlikte işverenlik olduğuna karine olmadığı, otuz işçi sayısının tespitinde ancak birlikte istihdam durumunun ispat edilmesi halinde şirket gruplarında sayının toplanabileceği yönünde hüküm tesis etmektedir. Örneğin bir kararında¹²⁶⁹ Yargıtay “*Somut olayda; fesih tarihi itibari ile davalı şirkete ait aynı iş kolundaki toplam işçi sayısının 18 olduğu anlaşılmaktadır. Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait iş*

¹²⁶⁸ Y.22.HD. 30.12.2011, E. 2011/4677, K.2011/9008. www.lexpera.com.tr

¹²⁶⁹ Y.9.HD. 3.6.2014, E. 2014/6195, K. 2014/17888. www.lexpera.com.tr

yerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir. Davacı işçinin gruba ait şirketlerce birlikte çalıştırıldığı iddiası da ispatlanamamıştır. Davalı şirketçe, holding bünyesindeki diğer şirketlere ücreti mukabilinde uçuş hizmetleri verildiği anlaşılmakta olup, bu durumun birlikte istihdam olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Dolayısı ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın ön şartı olan iş yerinde 30 veya daha fazla işçi çalışma koşulu gerçekleşmediğinden, davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Aynı yönde bir başka kararında da¹²⁷⁰“...Belirtmek gerekir ki, şirket ortaklarının aynı olması farklı tüzel kişilik oldukları gerçeğini değiştirmez. Bu nedenle salt aralarında organik bağ bulunduğundan söz edilerek her iki şirkette çalışan toplam işçinin “en az 30” işçi sayısının tespitinde dikkate alınması doğru değildir. İki farklı tüzel kişiliğin toplam işçi sayısının dikkate alınması ancak birlikte istihdam bulunması ya da tüzel kişilik perdesi yoluyla hakkın kötüye kullanılması halinde mümkün olabilir... Birlikte istihdam bulunmadığı takdirde fesih tarihi itibarıyla “en az 30 işçi çalıştırma koşulu”nun gerçekleşmemesi nedenine bağlı olarak davanın reddine karar verilmelidir.” ifadelerine yer vermiştir. Bu kararlarda isabetli ve ortak bir biçimde birlikte işverenliğin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının ya da başka bir gerekçenin söz konusu olmadığı durumlarda farklı işverenlerin işyerlerindeki işçi sayısının toplanmak suretiyle iş güvencesi şartlarının belirlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Bir organize sanayi bölgesinde 74 ayrı şirket tarafından kurulan ve aidat ödenen ortak sağlık güvenlik biriminde işyeri hekimi olarak çalışan bir işçinin bu şirketlere birlikte işverenlik iddiası ile açtığı bir davada Yargıtay ortak sağlık güvenlik birimini bu şirketler ile bir grup şirket olarak görmemiş ve işçi sayısının tespitini işyeri hekiminin sözleşme ile bağlı olduğu ortak sağlık güvenlik birimindeki işçi sayısı ile sınırlamıştır. Bu kararında¹²⁷¹ Yargıtay “Davalı bölge işyerinde çalışan sayısı davacı dâhil 30 işçinin altındadır. Davalı Bölge ile kendisine aidat ödeyen ve hizmet alan diğer sanayi bölgesindeki şirket(işveren)ler arasında grup şirketlerindeki gibi bir bağlantı bulunmamaktadır. Davalı Bölge ile bölgedeki diğer şirketler hukuksal ve yönetsel olarak ayrı bir organizasyona, bağımsız birer tüzel kişiliğe sahiptirler. Davalı Bölge kendi bölgesinde bulunan ve aidat

¹²⁷⁰ Y.9.HD. 29.11.2010, E. 2009/35457, K. 2010/34838. www.lexpera.com.tr

¹²⁷¹ Y.9.HD. 27.09.2010, E. 2009/26173, K. 2010/25863. (Yayımlanmamıştır.)

ödeyen şirketlere hizmet vermek amacı ile kurulmuştur. Davacının iş görme edimi de bu kapsamda belirlenmiştir. Bu nedenle bölgede bulunan şirketlerde çalışanların 30 işçi sayısında dikkate alınması olanağı yoktur. Davalı Bölge işyerinde çalışan işçi sayısı 30 işçiden az olduğundan, davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanma olanağı bulunmamaktadır.” demek suretiyle kurulan ortak sağlık güvenlik biriminin ayrı bir tüzel kişiliği bulunduğu hareketle sonuca ulaşılmıştır. Buradan hizmet alanların birlikte işveren olarak değerlendirilebilmesi için işveren gibi davranmaları gerekmektedir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla diğer şirketlerin işçi üzerinde yönetim hakkı kullanması gibi bir durum söz konusu değildir. O halde birlikte işveren olarak değerlendirilemeyeceğine yönelik Yargıtay kararı kanımızca yerindedir.

Yargıtay’ın 2006 yılından bu yana birlikte işverenlik durumunda aynı işkolunda yer alıyorsa işyerlerindeki işçi sayısının toplanması suretiyle otuz işçi sayısını tespit ettiği bu kararları, öğretide bir görüş tarafından, şirketler grubundaki her şirketin ayrı tüzel kişi ve işveren konumunda olması esası ile bağdaştırmanın güçlüğü gerekçesiyle eleştirilmektedir¹²⁷². Zira aynı işverenin aynı işkolunda yer alan işyerlerindeki işçi sayısının toplanabileceği, ancak söze konu olaylarda farklı işverenlerin aynı işkolundaki işyerlerinde işçi sayısının toplandığı ifade edilmektedir. Kanaatimizce Yargıtay kararlarında böyle bir yol izlenmesi işçinin birden fazla işyerinde çalışması nedeniyle. İş görme edimi bölünemeyen işçi birden fazla işyerinde çalışmakta olduğundan ve tek iş görme edimi ile birden fazla işverene iş gördüğünden, işçinin çalıştığı işyerlerindeki işçi sayıları toplanmaktadır. Durum böyle değilse şirket gruplarında yer alan bütün şirketlerin işçi sayısı sayıya dâhil edilmez.

2.1.5. Fesih Bildirimi Yapacak/Yapılacak İşveren

Birlikte işverenlik durumunda işçi iş sözleşmesini feshetmek istediğinde birlikte işverenlerin her birine fesih bildiriminde bulunması gerekir. Yine aynı şekilde birlikte işverenler işçinin iş sözleşmesini feshetmek istediğinde de her bir işverenin birlikte işçinin iş sözleşmesini feshetmeleri gerekmektedir¹²⁷³.

¹²⁷² Çelik, Birden Fazla İşveren, s.28.

¹²⁷³ Süzek, s.160. Çelik, Birden Fazla İşveren, s.26.

Yargıtay da kararlarında aynı yönde hüküm tesis etmektedir. Bu konuda Yargıtay¹²⁷⁴ “*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacının insan kaynakları müdürü olarak aynı holdinge ait birden çok şirkete aynı anda hizmet sunduğu, birlikte istihdam eden her bir işverenin ayrı ayrı iş sözleşmesini feshetmesinin davacının birden fazla sözleşme ile çalıştığı anlamına gelemeyeceği, şirketler arasında bir tür adi ortaklık bulunması nedeni ile ayrı ayrı fesih bildiriminde bulunma zorunluluğu karşısında davacının diğer şirketler hakkında açtığı işe iade davalarında verilen kararın aslında aynı fesih bildirimini geçersiz kıldığı bu nedenle davanın reddine karar verilmiş olmasının sonuca etkili olmadığı anlaşıldığından,... onanmasına*” karar vererek holding kapsamında birlikte istihdam edilen işçinin her bir şirkete karşı ayrı ayrı fesih bildiriminde bulunma zorunluluğu olduğunu belirtmiştir.

2.1.6. Ultima Ratio İlkesi Bakımından Birlikte İşverenlerin Sorumluluğu

Feshin geçerli olabilmesi için gerekli şartlardan biri de ultima ratio ilkesine uyulmuş olmasıdır. Bir diğer ifadeyle feshe son çare olarak başvurulmuş olmalıdır. Feshin son çare olması için feshin kaçınılmaz olması, işçinin, işverenin işyerlerinin başka bölümlerinde değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması, iş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işletmesel kararın gerekliliğinin denetlenmesi, feshin kaçınılmazlığının ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir¹²⁷⁵.

Birlikte işverenlik bakımından ultima ratio ilkesinin yerine getirildiğini savunabilmek için, tüm işletmelerde işçinin başka yerde çalışma imkânının olup olmadığı araştırılmalıdır. Fransız Yargıtayı da grup şirketlerle ilgili bir kararında uluslararası bir grupta çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshinde ultima ratio ilkesine uyulup uyulmadığının tespiti bakımından yurtdışındaki şirketlerde de çalışma imkânının sunulması gerektiğini belirtmiştir¹²⁷⁶

¹²⁷⁴ Y.22.HD. 29.09.2011, E. 2011/1913, K. 2011/1418. (Yayımlanmamıştır.)

¹²⁷⁵ Y.9.HD. 1.3.2010, E.2009/41740, K. 2010/5295. www.lexpera.com.tr Y.9.HD. 06.10.2008, E.2008/30271, K.2008/25206. www.lexpera.com.tr Y.9.HD. 22.02.2010, E.2010/2290, K.2010/4202. www.kazanci.com

¹²⁷⁶ Koç, Şirket Grupları, s.93.

Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararında¹²⁷⁷ “...Bunun dışında aynı gruba bağlı şirketlerin ana şirket (Holding) etrafında birleştikleri, aynı gruba bağlı ana şirket dışında, ana şirketin asıl faaliyet alanına dâhil asıl veya yardımcı işler dâhil, değişik faaliyet alanlarında birden fazla şirket kurulduğu, özellikle ana şirket personel yönetmeliğinin tüm şirketlere uygulandığı, şirketler arasında bu yönetmelik kapsamında işçi nakilleri gerçekleştiği de bilinmektedir. Ana şirket veya Holdinge bağlı şirketlerin ayrı tüzel kişiliğe ve bu nedenle çalışanlarının çalıştığı şirket içinde değerlendirilmesi gerektiği, diğer bağlı şirketlerde istihdam için araştırma yapma zorunluluğu olmadığı genel bir olgu olmakla birlikte, yönetim şekli, aralarındaki organik bağ ve yaşanan işçi nakilleri nedeni ile istisnai olarak dikkate alınmalı ve diğer şirketlerde istihdam olanağı olup olmadığı araştırılmalıdır... Somut uyumsuzlukta yukarda açıklandığı gibi davalı şirket ana şirketin bağlı olduğu personel yönetmeliği kapsamında kalmakta, personel bu yönetmeliğe göre işe alınmakta, diğer şirketlere nakledilmekte ve işten çıkarılmaktadır. Nitekim davacı da bu kapsamda aynı grup şirketlerinde farklı şirketlerde çalışmıştır. Birleşen şirketin tüm şirketlerin lojistik hizmetlerini temin etmek için kurulduğu, fesihden 4 ay önce lojistik hizmetin diğer grup şirketlerinin artık kendi içinde karşılamaları yönünde karar alınması nedeni ile bu şirketin davalı şirket ile birleştirildiği, tüzel kişiliğine son verildiği ve çalışanlarının da diğer şirketlere nakledildiği sabittir. Grup şirketlerinden bir şirketin diğer şirketle birleşmesi ve tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde, istihdam fazlalığı meydana geleceği açıktır. Ancak açıklandığı gibi davacının birleşen şirket dışında diğer şirketlerde değerlendirme olanağının olup olmadığının somut olarak araştırılması gerekir. Zira ana şirket yönetmeliği bunu gerektirdiği gibi grup şirketleri kendi bünyesinde lojistik faaliyetine devam etmektedir. Kısaca lojistik faaliyetinde bulunan şirket tüzel kişiliğini sona erdirse bile, lojistik faaliyeti devam etmektedir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” demek suretiyle birlikte işverenliğin varlığını tespit ettiği grup şirketlerde feshin son çare olması ilkesinin yerine getirilmesi bakımından diğer şirketlerde işçinin istihdam olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir.

Bu konuda bir başka kararında¹²⁷⁸ ise Yargıtay ultima ratio ilkesine uyulması bakımından olası çözüm yollarını incelemiş ve “...davacının, davalı şirketlerin bünyesinde olduğu Dinamik Grup çatısı altındaki şirketlere yönelik hizmet verdiği belirtilmekte olduğundan bu iddia araştırılarak varsa davacının diğer şirketlere hizmet verip vermediği,

¹²⁷⁷ Y.9.HD. 02.11.2009, E. 2009/1917, K.2009/29704. www.kazanci.com

¹²⁷⁸ Y.7.HD. 19.6.2013, E.2013/9211, K.2013/11502. www.lexpera.com.tr

verdiğinin tespiti halinde ise bu şirketlerde de değerlendirilme ihtimali olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Davalı işverenlerce dış denetim ve iç denetim zaman zaman dış hizmet satın alımı suretiyle yapıldığı, bu hizmetlerin alındığı dönemde davacının ne iş yaptığı ve bu hizmetlerin alımının davacının işine etkisi, davacının dava dilekçesinde belirttiği hususların yerinde olup olmadığı, davacının yarım kalmış çalışmalarının bulunup bulunmadığı, davacının yaptığı işlerin halen işyerinde yapılıp yapılmadığı, yapılıyorsa kim tarafından yapıldığı, görev tanımı dosya arasına alınarak değerlendirilmesi yanında görev tanımına göre davalı şirketler ile grup şirketleri bünyesinde benzer ya da daha alt bir görev teklifinde bulunulmasının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Kaldı ki davalı şirketlere ait SGK kayıtlarından çalışan sayısının 80 civarında olduğu görülmekle söz konusu çalışanlara ait çalıştıkları birim ve yaptıkları işler belirlenerek, fesih öncesi ve sonrası işe alınan işçilerin tek tek belirlenip söz konusu unvanların davacıya teklif edilmesinin mümkün bulunup bulunmadığı de belirlenmelidir. Bu araştırmanın davalıların ve grup şirketler arası nakillerin tespiti halinde grup şirketler açısından da değerlendirmeye tabi tutulması gerekir.” şeklinde karar vermiş ve birlikte istihdam edilen işçinin görev tanımının net bir biçimde belirlenmesi sonucunda grup şirketler bünyesinde benzer veya alt bir görev teklifinde bulunulması, işçinin feshinden önce veya sonra istihdam edilen işçilerin yaptıkları işin davacı işçiye de teklif edilmesi gibi alternatifler üzerinde durmuş, feshin son çare olması ilkesini aramıştır.

2.1.7. İşe İadenin Yapılacağı İşveren

Birlikte işverenlik halinde istihdam edilen işçi ile ilgili feshin geçersizliği sonucunda işe iadesinin hangi işverene yapılacağı hususu da yargı kararlarında tartışılmıştır. Bu konudaki bir kararında Yargıtay¹²⁷⁹ “Yerel mahkemenin, feshin geçersiz olduğu ve davacının davalılar tarafından birlikte istihdam edildiği yönündeki kararı yerinde ise de, hüküm kısmında infazda tereddüte yol açacak şekilde işe iadede hangi işverenliğin sorumlu olduğu açıkça belirtilmeyerek “davacının işe iadesine” şeklinde hüküm kurulduğu ve işe iadenin mali sonuçlarından da hangi davalının sorumlu olduğunun açık ve net bir şekilde belirtilmediği görülmekle bu husus usul ve yasaya aykırıdır. Davacının, davalılar tarafından birlikte istihdam edildiği dikkate alındığında

¹²⁷⁹ Y.9.HD. 16.6.2014, E.2014/7465, K.2014/19574. www.lexpera.com.tr

MMB Medya Paz Filimcilik Rekl.Yay.San ve Dış Tic Ltd Şti'ne iadesine karar verilmesi ve işe iadenin mali sonuçlarından her iki davalının da sorumlu tutulması gerektiğinin gözetilmemesi hatalı olmuştur.” ifadeleri ile birlikte işverenlikte feshin geçersizliği sonucu işe iadenin hangi işverene yapılması gerektiğinin, işe iade ile ilgili tazminatlardan hangi işverenin sorumlu olacağına açık bir biçimde düzenlenmesini ve birlikte sorumluluk tesis edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Hangi işverene işe iadenin gerçekleştirileceğinin açıkça belirtilmesini isteyen Yargıtay “*Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacı işçinin davalıya ait işyerinde 2 yılı aşkın süreyle çalıştığı, iş sözleşmesinin yeniden yapılanma nedeniyle feshedildiği, işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir. Ancak davacılar nezdinde birlikte istihdam edildiği anlaşılan davacının işe iadesinin hangi şirkete yapıldığının kararda açıkça belirtilmemesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*”¹²⁸⁰ şeklinde verdiği kararında da bu hususu dile getirmiştir. Ancak bir başka kararında işe iadenin birlikte işverenlerin ikisine de gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde¹²⁸¹ “*Feshin geçersizliği ile organik bağ içinde olan ve birlikte istihdam eden davalılar B. ve B. DENİZ ULAŞIM şirket işyerine davacının işe iadesine karar verilmesi gerekir.*” şeklinde hüküm tesis etmiştir. O halde birlikte işverenliğin kabul edildiği durumlarda Yargıtay bazı kararlarında işverenlerden birine işe iadeye karar vermekte, birtakım kararlarında ise işçinin bütün işverenlerinde işe iadesine hükmetmektedir. Ancak kararlarda ortak bir biçimde işçinin işe iade edilmemesinin sonuçlarından birlikte işverenlerin birlikte sorumlu olmaları esas kabul edilmektedir. Kanaatimizce birlikte işverenlerin tümünün işçi ile iş sözleşmesi bağı içinde olup olmamalarına göre bir ayırım yapılmalıdır. Şayet birlikte işverenlerin tümünün işçi ile iş sözleşmesi bağı var ise bu durumda işçinin işverenlerin tümüne işe iadesine karar verilmeli ve işe iade edilmemesinin sonuçlarından bütün işverenler müteselsilen sorumlu tutulmalıdır. Ancak işçi ile işvereni arasında iş sözleşmesinin bulunduğu fakat birlikte işvereni ile sözleşme ilişkisi içinde bulunmadığı durumlarda, işçi sözleşmeli işverenine işe iade edilmelidir. Fakat bu durumda işçinin işe iade edilmemesinin sonuçlarından ve işçinin bundan kaynaklı zararından birlikte işvereni de sorumlu olacaktır.

¹²⁸⁰ Y.9.HD. 21.10.2010, E.2010/26103, K.2010/29931. www.lexpera.com.tr

¹²⁸¹ Y.9.HD. 01.06.2009, K.2009/14994. (Yayımlanmamıştır.)

2.2. Toplu İş Hukuku Bakımından

Birlikte işverenliğin söz konusu olduğu durumlarda toplu iş ilişkileri ile ilgili doğabilecek problemlere ilişkin açık bir kanuni düzenlemeye rastlanmadığı gibi öğretide bir kaynakla da karşılaşılmamıştır. Bu nedenle konu, tespit edebildiğimiz sorun doğurması muhtemel başlıklar altında incelenmiştir.

Amerikan Ulusal Çalışma İlişkileri Kurulu (NLRB), bir işletmenin kendi işçileri ile kendi bünyesinde çalışan ödünç işçilerini kapsayan birden çok işverenden oluşan bir pazarlık ünitesi olabileceğini kararlaştırmıştır. Bu karar birden çok işverenin taraf olduğu tek bir toplu pazarlık ünitesi kavramını tartışmaya açmıştır¹²⁸². Geçici bir istihdam ilişkisinde iki veya daha fazla işverenin, birlikte işveren olduğu tespit edildiğinde, Kurul birlikte işverenlerin, çalışanların uygun şekilde belirlenmiş toplu pazarlık temsilcisiyle (sendikayla) pazarlık yapma yükümlülüğünü paylaştıklarına karar vermiştir. Yani W.W. Grainger, Inc., 286 NLRB 94 (1987) davasında da kararlaştırıldığı gibi toplu sözleşme bağlatmak için masanın işveren tarafında birlikte işverenlerin birlikte oturması gerektiği belirtilmektedir¹²⁸³. Ancak Türk hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Birlikte işverenlik oluşturan durumlarda toplu iş ilişkilerinin nasıl düzenleneceği hususunda da bir hüküm yoktur.

Genel olarak ve öncelikle belirtilmelidir ki birlikte işverenlerin her birinin ayrı işyerlerinden ve ayrı ayrı çalıştırdıkları işçilerden bağımsız olarak, yalnızca birlikte istihdam edilen işçiler bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Bu yolla birlikte istihdam edilen işçilerin üye olabilecekleri sendika, işyerlerinin hangisi olduğu, işkolunun ne olduğu, grev yasaklarının uygulanıp uygulanmayacağı, yetki tespiti ve grev oylamasında hangi işyerindeki sayıya dâhil edilecekleri tespit edilebilir. Zira işçinin birlikte istihdam edilen bir işçi olduğu gözetilerek bir değerlendirmeye gidilmesi, işçinin başka bir grup işçi ile karşılaştırılmaması somut olay adaletini de sağlayacaktır. Birlikte işverenlerin sorumlulukları da birlikte istihdam edilen işçiler yönünden birlikte sorumluluk şeklinde oluşacaktır. Bu nedenle işçi hangi işyerine dâhil sayılırsa sayılsın, hangi işkoluna girerse girsin birlikte işverenler toplu iş sözleşmesinden kaynaklı alacaklardan, sendikal tazminattan, üyelik aidatının ücretten kesilerek ödenmesinden birlikte sorumlu olacaklardır. Yalnızca parasal edimlerden değil, yapma borcu biçimindeki davranışlardan

¹²⁸² Doğan Yenisey, s.431.

¹²⁸³ Jenero/Spognardi, s.132.

da birlikte sorumluluk söz konusu olacaktır. Örneğin, işverenlerin birinin sendika üyesi olup diğerinin olmadığını; üye olanın sendikası ve işçi sendikası arasında çerçeve sözleşme yapıldığını, bu çerçeve sözleşmede işçiye üç yılda bir mesleki eğitim verilmesi zorunluluğu getirildiğini düşünelim. Bu edimden diğer işveren de sorumlu olacaktır.

Toplu iş hukuku bakımından birlikte işverenliğin sorun doğurabileceğini öngördüğümüz konular aşağıda başlıklar halinde sıralanmaktadır.

2.2.1. Adi Ortaklık Ortaklarının Durumu

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu işçi sendikasına üye olabilmek bakımından kapsamı genişletmiş ve ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi ortaklık sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişilerin de işçi sendikası kurup, sendikalara üye olabileceğini düzenleme altına almıştır. Ancak bu kimseler sendikalı olabilseler de toplu iş sözleşmesine ilişkin hükümlerden yararlanamaz¹²⁸⁴.

Adi ortaklık ortaklarının işçi çalıştırmaları durumunda birlikte işveren olacağı hususuna yukarıda değinmiştik. Konumuz bağlamında adi ortaklık ortağının Kanunda işçi sendikası üyesi olabileceği belirtildiğinden işveren niteliği ile bu durumun nasıl bağdaşacağı akla gelebilir. Adi ortaklık ortağı bir işverenin işçi sendikası üyesi olabileceği, ancak toplu iş sözleşmesi bağitlanırken masanın işveren tarafında yerini alacağı ve böylece toplu iş hukuku yönünden işçi ve işveren sıfatlarının birleşebileceği gibi yanlış bir kanaat uyanabilir. Ancak adi ortaklık ortağının işçi sendikasına üye olabilmesi için aranan ilk şart çalışmalarını arizi değil, meslek edinmiş olarak sürdürmeleridir¹²⁸⁵. İkinci şart ise öğretide bir görüş tarafından haklı olarak belirtildiği üzere, yanlarında ücret karşılığı işçi çalıştırmıyor olmalarıdır¹²⁸⁶. O halde işçi çalıştıran adi ortaklık ortakları işçi sendikasına üye olamayacaktır. İlgili kanuni düzenlemenin bu şekilde anlaşılması hukuka daha uygundur.

¹²⁸⁴ SUR Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 6. Baskı, Ankara 2017, s.27.

¹²⁸⁵ TUNCAY Can/ SAVAŞ F.Burcu; Toplu İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013, s.80. Sur, s.27. NARMANLIOĞLU Ünal; İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul 2013, (Toplu İş İlişkileri), s.54.

¹²⁸⁶ BAŞBUĞ Aydın; Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012. (Toplu İş), s.138.

2.2.2. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 17/3. Maddesinin Uygulanması

STİSK'nın 17. maddesinin 3. fıkrasına göre “İşçi veya işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamazlar. Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlerin işyerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilirler.” O halde işçiler ve işverenler üyeliklerinin aynı işyerinde oluşmaması şartı ile aynı işkolunda aynı anda birden fazla sendikaya üye olabilirler¹²⁸⁷. Bu düzenleme esasen kısmi süreli çalışanlar için getirilmiş olsa da¹²⁸⁸ uygulama alanı bununla sınırlı değildir. Örneğin mevsimlik işçiler, mevsim dışında sendika üyeliklerinin devam ettiği dönemde başka bir işyerinde çalıştıklarından başka bir sendikaya daha üye olabilirler.

Birlikte istihdam durumunda işçilerin birden fazla sendikaya üye olup olmayacakları konusu da tartışılmalıdır. Aynı zamanda aynı işkolunda aynı işyerinde birden fazla sendikaya üye olmak yasaklanmışsa da aynı zamanda farklı işkollarında birden fazla sendikaya üye olmak yasak değildir. İşkolunun tespiti ise işyerine göre yapılmaktadır. Bu nedenle birlikte istihdam edilen işçilerin işyeri önem kazanmaktadır.

Birlikte işverenliğin olduğu durumlarda işçi tek bir iş görme edimiyle birden fazla işverene iş görmektedir. İşçi birden fazla işverenin oluşturduğu ortak bir işyerinde çalışabileceği gibi, her işverenin ayrı ayrı işyerlerinde de çalışabilir. Yeter ki ifa ettiği edim işverenler bakımından ayrıştırılamaz olsun. Birlikte işverenlerin oluşturduğu tek bir işyerinde işçinin iş görme edimini ifa etmesi durumunda aynı zamanda aynı işkolunda farklı işverenler için çalışma durumu söz konusu olmaktadır. Ancak bu halde işçi için Kanunda aranan “farklı işverenlerin işyerinde” çalışma şartı gerçekleşmemektedir. Zira işyeri ortaktır. Fakat işçinin birden fazla işyerinde çalışması da mümkündür. Bir metro inşaatı için kurulan konsorsiyum örneğinde A ve B şirketlerinin ortak olduğunu, konsorsiyum işlerini yürütmek için bir büro kiraladıklarını, burada çalışmak için bir bilgisayar çizim programcısı istihdam ettiklerini düşünelim. Bu durumda işçinin aynı anda aynı işkolunda birden fazla işverene iş görmesi söz konusudur. Ancak tek bir işyerinde iş gördüğü için birden fazla sendikaya üye olamaz. Zira konsorsiyum işçinin işyeridir. Bahse konu A ve B şirketlerinin bir büro kiralamaksızın istihdam ettikleri bilgisayar çizim programcısının hem A şirketinin işyerinde hem B şirketinin işyerinde konsorsiyumun işlerini gördüğünü varsaydıığımızda, işçinin aynı zamanda aynı işkolunda farklı

¹²⁸⁷ Başbuğ, Toplu İş, s.141. Sur, s.139.

¹²⁸⁸ Sur, s.139. Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.156.

işverenlerin işyerinde çalıştığı ve birden fazla sendikaya üye olabileceği gibi bir düşünce akla gelebilir. Kanaatimizce bu durumda dahi tek bir işyeri söz konusudur, o da konsorsiyumdur. Aksinin kabulü halinde aynı işkolunda iki farklı işyerinde çalışan işçinin iki ayrı sendikaya üye olması söz konusu olabilecek ve bu iki sendikanın da mevzu bahis işyerinde çoğunluğu sağlamak için rekabete girdiğinde sorun doğacaktır. Bu halde işçi birden fazla sendikanın da üyesi sayılacaktır¹²⁸⁹. Oysa işçinin tek bir işyeri vardır, bu da çalıştığı konsorsiyumdur.

2.2.3. İşverenlerden Birinin Sendikal Ayrımcılık Yapması

İşçilerin işe alınmaları, çalıştırılmaları ve iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde sendikalı- sendikasız ayrımı yapılması kanunen yasaklanmıştır¹²⁹⁰. Bu husus STİSK'nın 25. maddesinde “*işçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz...*” şeklinde düzenlenmiştir. Belirtilmelidir ki bu hükümler propaganda yapılması, bildiri dağıtılması, yasal greve katılma gibi her türlü sendikal faaliyeti kapsamaktadır¹²⁹¹.

Birlikte işverenliğin söz konusu olduğu bir durumda işverenlerden birinin işçiye karşı sendikal ayrımcılık yapması durumunda sendikal tazminattan diğer işverenlerin de sorumlu olup olmayacağı gibi bir soru akla gelebilir. 7. HD.'nin sendikal nedenle fesihle temelde sendikaya ve toplu sözleşme düzenine yönelen bir haksız fiil olduğu yönündeki değerlendirme bu sorunun tartışılmasını gerekli kılmaktadır¹²⁹². Zira haksız fiil sadece faile isnat edilebilir, herkes kendi eyleminden sorumludur. Sendikal ayrımcı davranışı burada bir haksız fiil olarak görüp yalnızca gerçekleştiren işvereni sorumlu tutabilecek miyiz? Kanaatimizce bu mümkün değildir. Her iki işveren de sorumludur. Birlikte işverenlik yönetim hakkının paylaşılması ve/veya ortak kullanılmasını gerektirir. Ancak yönetim hakkını devretmek işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. İşverenlerden birinin işçinin ücretini ödemesi kararlaştırılsa ve o işveren ödemeseyse, birlikte işverenlik söz konusu

¹²⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için Başbuğ, Toplu İş, s.142-143.

¹²⁹⁰ Tuncay/Savaş, s.96. vd. Başbuğ, Toplu İş, s.73 vd. Sur, s.53 vd. Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.157 vd.

¹²⁹¹ Sur, s.53.

¹²⁹² Sur, s.63.

olduğunda her iki işveren de sorumlu olacaktır. Zira yönetim hakkını işverenlerin kendi aralarında paylaşmaları birlikte işveren sıfatını ve bundan doğan yükümlülükleri ortadan kaldırmayacaktır. Tıpkı bu örnekte olduğu gibi işçi maruz kaldığı sendikal ayrımcılık davranışı nedeniyle iş sözleşmesi feshedilse de her iki (veya daha fazla) işverene birlikte dava açacak ve sendikal tazminatı her iki işverenden talep edecektir. Birlikte işverenlerin her biri işçinin maruz kaldığı sendikal ayrımcılık nedeniyle mahkûm edilen sendikal tazminatın ödenmesinden sorumlu olacaktır.

2.2.4. İşkolunun Tespiti (İşyerinin Tespiti)

İşkolu, ülkede yapılan işlerin belirli sayıda gruplandırılmasıyla oluşur¹²⁹³. İşkolunun tespiti işyerinde yürütülen faaliyete, asıl işe göre belirlenir (STİSK md. 4). O halde işkolunun tespitinde bir işyerinde münferiden işçinin yaptığı iş değil, işyerinde yürütülen ağırlıklı iş önemlidir¹²⁹⁴. Birlikte işverenlikte de birlikte istihdam edilen işçilerin işkolunun tespiti işyerinde yürüttükleri faaliyete göre belirlenir. Örneğin bisküvi üreten bir adi ortaklığın fabrikasında çalışan işçi gıda işkoluna dâhil olacak ve bu işkolundaki bir sendikaya üye olabilecektir.

İşkolunun tespitine ilişkin ana kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Bunlar belediyeler ve Milli Savunma Bakanlığı'na ait işyerleridir. Burada işkolu yapılan işe göre değil, işverenin kimliğine göre belirlenmektedir. Ancak Bakanlığın ve belediyelerin şirketler veya adi ortaklıklar aracılığıyla yaptığı işlerde işkolu yapılan işe göre tespit olunur.

İşkolunun tespitinin işyerinde yürütülen işe göre belirlenmesinin en önemli istisnası belediyelerdir. Belediye hizmetlerinde işkolu 20 numaralı genel işler işkoludur. İşkolları Yönetmeliği'nin Ek 1 sayılı listesinde; kanalizasyon, tehlikesiz atıkların toplanması, ıslahı ve bertaraf edilmesi, tehlikeli atıkların toplanması, ıslahı ve bertaraf edilmesi, tasnif edilmiş metal dışı atıklar ve hurdaların geri dönüşümü, iyileştirme faaliyetleri ve diğer atık yönetimi hizmetleri, belediye otobüsü ile yapılan şehir içi ve banliyö yolcu taşımacılığı, binaların genel temizliği, diğer temizlik faaliyetleri, çevre düzenlemesi ve bakımı

¹²⁹³ Başbuğ, Toplu İş, s.85.

¹²⁹⁴ Başbuğ, Toplu İş, s.85. Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.88.

faaliyetleri, itfaiye hizmetleri, cenaze işleri ile ilgili faaliyetlerin tamamı genel işkolundan sayılmaktadır. 1993 yılında belediye hizmetleriyle ilgili verdiği bir kararında Yargıtay, bir belediyenin kurup en büyük ortağı olduğu ekmek fabrikasının işkolunu, işyerinde yürütülen işi esas alarak, genel işler değil, gıda sanayii işkolunda saymıştır¹²⁹⁵. 1999 yılında da Yargıtay belediyeye ait bir şirket tarafından işletilen metro (raylı şehir içi yolcu taşıma işi) işini, genel iş değil, demiryolu taşımacılığı işkolunda saymıştır¹²⁹⁶. Ancak daha sonra Belediye Kanununda yapılan değişiklikle raylı sistemle şehir içi toplu yolcu taşıma işinin belediyelerin görev ve sorumlulukları kapsamına dâhil edilmesiyle, Yargıtay belediyenin iştiraki ile kurulan şehir içi toplu yolcu taşıma işi yapan işyerlerindeki faaliyeti de genel işler işkolunda kabul etmiştir¹²⁹⁷.

Konumuz bağlamında sorun belediyenin bir başka kişi ile oluşturduğu bir iştirakte çalıştırdığı işçiler bakımından doğmaktadır. Bu halde iki yol izlenebilir. Öncelikle yapılan işin belediye işi olmasından kaynaklı bir iş olmadığından genel iş koluna dâhil edilmeyeceği söylenebilir. Bir başka yoldan ise belediyenin kurduğu iştirakler ve dâhil olduğu adi ortaklıklar (geniş anlamda) bakımından da genel işkolunun geçerli olduğu savunulabilir. Kanaatimizce burada sorun yapılan işe göre çözümlenmelidir. Öncelikle A şirketi ile B belediyesinin bir adi ortaklık kurarak taş ocağı işlettiğini düşünelim. Bu durumda taş ocağında çalışan işçiler genel işkoluna dâhil olan “*kanalizasyon, tehlikesiz atıkların toplanması, ıslahı ve bertaraf edilmesi, tehlikeli atıkların toplanması, ıslahı ve bertaraf edilmesi, tasnif edilmiş metal dışı atıklar ve hurdaların geri dönüşümü, iyileştirme faaliyetleri ve diğer atık yönetimi hizmetleri, belediye otobüsü ile yapılan şehir içi ve banliyö yolcu taşımacılığı, binaların genel temizliği, diğer temizlik faaliyetleri, çevre düzenlemesi ve bakımı faaliyetleri, itfaiye hizmetleri, cenaze işleri ile ilgili faaliyetleri*” yerine getirmemektedir. Birlikte istihdam edilen bu işçiler bakımından “genel iş”ten ayrılan, ayrı bir iş söz konusudur. Bu nedenle birlikte çalıştırılan işçiler bakımından işkolu 3 numaralı “Madencilik ve taş ocakları” işkolu olacaktır. İkinci aşamada ise A şirketi ile B belediyesinin bir adi ortaklık kurarak yol kenarlarına ekmek maksatlı çiçek yetiştiriciliği işi yürüttüklerini düşünelim. Bu adi ortaklıkta çalışan işçiler bakımından artık belediye işi söz konusu olduğundan 20 numaralı genel işler işkolu geçerli olacaktır. Benzer bir biçimde bir hastanenin C şirketi ile bir adi ortaklık kurarak aletlerin tamir ve bakımı için atölye işlettiklerini düşünelim. Bu durumda bu atölyede çalışan işçiler adi ortaklığın ve

¹²⁹⁵ Sur, s.90. (Y.9.HD. 25.1.1993, E.1992/15316, K.1993/895. www.kazanci.com) Tuncay/Savaş, s.45.

¹²⁹⁶ Sur, s.91. (Y.9.HD. 22.4.1999, E.1999/6668, K.1999/7624. www.kazanci.com)

¹²⁹⁷ Sur, s.91 dn.179. (Y.9.HD. 15.12.2009, E.2009/43696, K.2009/35488. www.kazanci.com)

işyerlerinin girdiği işkolu olan metal işkoluna dahil olacaklar ve ayrıntıları aşağıda incelenen¹²⁹⁸ grev yasağı kapsamına da girmeyeceklerdir.

Birlikte işverenlerin istihdam ettiği işçinin işkolunun tespiti bakımından farklı bir örnek de ana-yavru şirket üzerinden verilebilir. Metal işkolunda faaliyet gösteren yavru şirketin işçisi üzerinde, ağırlıklı iş olarak tespiti sonrası demiryolu işkolunda faaliyet gösteren ana şirketin de yönetim hakkı kullandığını düşünelim. Bir diğer ifadeyle ana şirket ve yavru şirketin, yavru şirketin işçisinin birlikte işvereni olduğunu farz edelim. Bu durumda işkolunun tespiti ana kuraldan sapmayacaktır. İşçinin çalıştığı işyerine göre işkolu belirlenecektir. İşçi yavru şirket işyerinde çalıştığı için işkolu metal işkolu olacak, metal işkolunda bir sendikaya üye olacaktır. Ancak bu işkolunda ve bu işyerinde bağitlanan toplu iş sözleşmesinden doğan borçlardan ana şirket de yavru şirket de birlikte işveren olduklarından birlikte sorumlu olacaktır.

2.2.5. Üyelik Aidatlarının Kesilmesinden Sorumluluk

Sendika üyesi olmanın işçiye getirdiği en önemli borçlardan biri üyelik aidatının ödenmesidir¹²⁹⁹. STİSK'nın 18. maddesi bu konuyu "...Üyelik ve dayanışma aidatları, yetkili işçi sendikasının işverene yazılı başvurusu üzerine, işçinin ücretinden kesilmek suretiyle ilgili sendikaya ödenir. Yukarıdaki hükümlere göre ödenmesi gereken aidatı kesmeyen veya kesmesine rağmen bir ay içinde ilgili işçi sendikasına ödemeyen işveren, bildirim şartı aranmaksızın aidat miktarını bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödemekle yükümlüdür." şeklinde düzenleme altına almıştır. Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi İle Üyelik Aidatının Tahsili Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesinin 3. ve 4. fıkra hükmü de konuyu aynı ifadelerle düzenlemektedir¹³⁰⁰.

Birlikte işverenlikte işverenlerden birinin check off usulü aidatların kesilmesi sorumluluğunu üstlense dahi işverenlerin tamamı aidatların ödenmemesinden birlikte sorumludur. Kanuni düzenleme işçinin müracaatı olmasa dahi işverene aidatı kesip ödeme

¹²⁹⁸ 2.2.7. numaralı Başlık.

¹²⁹⁹ Başbuğ, Toplu İş, s.146. Tuncay/ Savaş, s.91. Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.204.

¹³⁰⁰ Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi olmayan sendikalarda üyelik aidatının ödenme yöntemi hakkında bkz. Başbuğ, Toplu İş, s.147. Tuncay/ Savaş, s.91. Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.207.

yükümlülüğü getirmektedir. Bir diğer ifadeyle, işverenin şahsen sorumlu olması sorumluluğu sınırlandırmamaktadır. Birlikte işverenlikte yalnızca ödemeyi üstlenen işveren değil, bütün işverenler işçinin sendika üyelik aidatının check off usulü kesilip ödenmesinden birlikte sorumludur.

2.2.6. Yetkide Çoğunluk Tespitinde İşçi Sayısının Belirlenmesi

Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir (STİSK md. 41/1). Bir işçi sendikasının işyerinde çoğunluk şartını sağlayıp sağlanmadığının belirlenmesinde başvuru tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısı dikkate alınacaktır¹³⁰¹.

Yetki tespitinde, çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınacak işçilerin başında o işyerinde çalışan işçiler gelmekte olup, bu işçilerin belirli-belirsiz süreli, sürekli-süreksiz, deneme süreli sözleşme ile, tam süreli-kısmi süreli, çağrı üzerine, gece-gündüz çalışması, sendikalı olup olmaması konularında bir ayırım yapılamaz¹³⁰². Yine işyerinde fiilen çalışanların değil, işyerine bağlı olarak çalışanların sayıya dâhil edilmesi gerekir¹³⁰³. Bunun dışında iş sözleşmesi askıya alınanlar, mevsimlik işçiler, işe iade davasını kazanan işçiler de işçi sayısının belirlenmesinde sayıya dâhil edilirler¹³⁰⁴. Ancak çıraklar, işyerinde mesleki eğitim gören öğrenciler, stajyerler, alt işveren işçileri, STİSK'nın 42. maddesinin 4. fıkrası kapsamında SGK'ya bildiri yapılmayanlar, muvazaalı olarak işe alınanlar, işveren vekilleri, iş sözleşmesi dışında iş görme sözleşmesi ile işyerinde çalışanlar, statüsü gereği sendikaya üye olamayanlar, ödünç iş ilişkisi içinde çalışan ödünç alınan işçiler sayıya dâhil edilmeyeceklerdir¹³⁰⁵.

Birlikte işverenlik bakımından birlikte istihdam edilen işçilerin ve diğer işçilerin hesaplamada ayrı ayrı dikkate alınması gerekmektedir. Burada sorun bir işverenin başka

¹³⁰¹ Başbuğ, Toplu İş, s.172. Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.340.

¹³⁰² Tuncay/Savaş, s.208. Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.350.

¹³⁰³ Tuncay/Savaş, s.207. Alt işveren örneği ile Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.352.

¹³⁰⁴ Tuncay/Savaş, s.208. Sur, s.282.

¹³⁰⁵ Tuncay/Savaş, s.208- 209. Başbuğ, Toplu İş, s.172 ve 174. Sur, s.283, 292.

bir işverenle birlikte çalıştırdığı işçileri dışında da işçileri olduğunu düşündüğümüzde doğmaktadır. Bir örnekle izah etmek gerekirse A ve B şirketinin bir konsorsiyum kurduklarını ve metro yapım işini üstlendiklerini düşünelim. A ve B şirketinin ayrı ayrı işçileri bulunmaktadır. Bir de konsorsiyum için istihdam ettikleri işçileri bulunmaktadır. Hatta B şirketinin bir kısım işçilerinin hem B şirketi için hem de dönem dönem konsorsiyum için çalıştıklarını düşünelim. Bu durumda yetkide çoğunluk tespiti bakımından işçi sayısı nasıl belirlenecektir? Konsorsiyum bakımından birlikte istihdam edilen işçiler, A ve B şirketlerinin ayrı ayrı işçi sayısına dâhil edilmeyecekler, yalnızca konsorsiyum bakımından sayıya dâhil edilecektir. Bir başka ifadeyle konsorsiyum kendisini oluşturan şirketlerden bağımsız bir işyeri teşkil ettiğinden, işçi sayısı da bu işyerinde çalışan işçiler üzerinden belirlenecektir. Bu halde hem A hem B şirketinin birlikte istihdam edilmeyen kendi işçileri bakımından sayı hesaplanırken, birlikte istihdam edilen işçiler burada sayıya dâhil edilmeyecektir.

Dönem dönem konsorsiyum için de çalışan B şirketinin işçileri bakımından sorunun tespiti biraz daha zordur. Burada fiilen dönemsel çalışmasının geçici iş ilişkisi gibi düşünülebileceği, işyerine bağlı olarak çalışanların sayıya dâhil edileceği, bu nedenle B'nin dönemsel olarak konsorsiyumda çalışan işçisinin birlikte istihdam edilen işçilerin sayısına dâhil edilemeyeceği savunulabileceği gibi, birlikte istihdam edilen dönem bakımından başvuru tarihinde hangi işyerinde çalışıyorsa oradaki sayıya dâhil edilebileceği de savunulabilir. Kanunen bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce burada hem konsorsiyum işyerinde hem de ayrıca B işyerinde çalışmakta olan işçi her iki işyerindeki işçi sayısına da dahil edilmelidir. Zira sürekli-süreksiz iş ayrımının önemli görülmediği bu durumda tespitite işçi sayısına dahil ediliyorsa, dönemsel bir çalışma da olsa ödünç iş söz konusu olmadıkça yetkide sayıya dahil edilmelidir. Bu nedenle konsorsiyumda sayıya dahil edilen işçi, B işyerinde de iş sözleşmesi zaten devam ettiğinden B işyerindeki sayıya da dahil edilmelidir. Esasında konumuz bakımından önemli olan, işçinin birlikte çalıştırıldığı dönem bakımından A'nın da B'nin de işçilik alacaklarından birlikte sorumlu olacaklarıdır. İşçi hangi işyerindeki sayıya dâhil edilirse edilsin, toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklardan iki işveren de birlikte sorumludur.

2.2.7. Grev Yasakları

STİSK'nın 62. madde hükmünde grev ve lokavt yasakları sayılmaktadır. İlgili hüküm “(1) Can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; (...) Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye (...) ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamaz. (2) Bakanlar Kurulu, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavtı yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edilir. (3) Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz.” şeklindedir. Konumuz bakımından önemli olan husus birlikte işverenlerden birinin işyerinde veya işinde grev yasağı olması durumunda sorunun nasıl çözümleneceğidir.

Örneğin Milli Savunma Bakanlığı ile A şirketinin ortak olduğunu ve konsorsiyum kurduklarını, ilaç üretimi yaptıklarını düşünelim. Burada kurulan konsorsiyumda çalıştırılan işçiler bakımından grev yasağı söz konusu olacak mıdır? Bu konsorsiyum Milli Savunma Bakanlığınca doğrudan işletilen işyeri sayılmayacağından bir grev yasağı söz konusu olmayacaktır. Zira burada grev yasağına sebep olan işverenin kimliği değil, işyeridir. İşveren Milli Savunma Bakanlığı olsa da konsorsiyum Milli Savunma Bakanlığınca doğrudan işletilen işyeri olmadığından grev yasağı da söz konusu olmayacaktır.

Hastaneler de grev yasağı kapsamındadır. Burada yasak “hastanelerde” şeklinde belirtildiğinden bir hastane ile B şirketinin yeni bir sağlık ekipmanı geliştirmek için adi ortaklık kurduğu ve bu ortaklığın bilgisayar mühendisinin hastanede (fiziken) çalıştığını düşünelim. Bu durumda ortaklığın işçisi olan mühendis sırf çalışmasını hastanede yürütmesinden dolayı yaptığı iş sağlık işi olmasa da grev yasağı kapsamına dâhil olacak mıdır? Yoksa burada alt işveren işçileri bakımından söz konusu olduğu gibi hastanede de çalışsa konsorsiyumun ayrı bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilmesi mi gerekecektir?

Alt işverenin işyeri uygulamada asıl işverenin işyerinden tamamen ayrı bağımsız bir işyeri kabul edildiğine göre örneğin, grev yasağı olan bir işyerinde alt işverenin işyeri o grev yasağı olan işyeri ve iş olmayacağı için grev yapılabilecektir¹³⁰⁶. Aynı durum hastanenin ortak olduğu konsorsiyumun hastanede çalışan işçisi bakımından da geçerlidir. Uygulamada ise aksi yönde gelişmeler izlenmektedir. Hastanede teknik hizmetlerde grev oylaması yapan sendikanın grev yasağı nedeniyle Yüksek Hakem Kuruluna başvuru süresini kaçırdığı gerekçesi ile yetkisinin düşürülmesi söz konusu olmuştur¹³⁰⁷.

2.2.8. Grev Oylamasında İşçi Sayısının Belirlenmesi

Grev oylaması talep edebilecek işçiler STİSK'nın 61. maddesinin 1. fıkrası hükmünde “*Grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçiler*” şeklinde belirtilmektedir. Buna göre grev oylaması “*grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin ilan tarihinden itibaren altı iş günü içinde işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yazılı başvurusu üzerine, görevli makamca talebin yapılmasından başlayarak altı iş günü içinde*” yapılır. 3. fıkraya göre de, “*Oylamada grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, bu uyuşmazlıkta alınan grev kararı uygulanamaz.*”

Birlikte işverenlikte birlikte istihdam edilen işçilerin grev oylamasında işçi sayısı belirlenirken hesaplamaya dâhil edilip edilmeyeceği bir sorun olarak akla gelebilir. Birlikte işverenlik bakımından birlikte istihdam edilen işçilerin ve bu işçiler dışında diğer işçilerinin hesaplamada ayrı ayrı dikkate alınması gerekmektedir. Burada sorun yetkide çoğunluk tespitindeki gibi cevaplandırılmalıdır. Aynı örnek üzerinden izah edilecek olursa A ve B şirketinin bir konsorsiyum kurduklarını ve metro yapım işini üstlendiklerini düşünelim. A ve B şirketinin ayrı ayrı işçileri bulunmaktadır. Bir de konsorsiyum için istihdam ettikleri işçileri bulunmaktadır. Hatta B şirketinin bir kısım işçilerinin hem B şirketi için hem de dönem dönem konsorsiyum için çalıştıklarını düşünelim. Bu durumda grev oylamasında işyerinde çalışan işçi sayısı nasıl tespit edilecektir? Konsorsiyum için

¹³⁰⁶ BAŞBUĞ, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisindeki Temel Sorunlar ve Sendikal Haklara Olumsuz Etkisi, İş ve Hayat Dergisi, S.4, 2017, 59-75. (Yetki), s.72.

¹³⁰⁷ Başbuğ, Yetki, s.72.

çalışan yani birlikte çalıştırılan işçiler konsorsiyum bakımından sayıya dâhil edilecektir. Konsorsiyum, kendisini oluşturan şirketlerden bağımsız bir işyeri teşkil ettiğinden işçi sayısı da bu işyerinde çalışan işçiler üzerinden belirlenecektir. Bu halde hem A hem B şirketinin birlikte istihdam edilmeyen kendi işçileri bakımından sayı hesaplanırken, birlikte istihdam edilen işçiler sayıya dâhil edilmeyecektir.

Dönem dönem konsorsiyum için de çalışan B şirketinin işçileri bakımından sorunun tespiti biraz daha zordur. Burada fiilen dönemsel çalışmasının geçici iş ilişkisi gibi düşünülebileceği, işyerine bağlı olarak çalışanların sayıya dâhil edileceği, bu nedenle B'nin dönemsel olarak konsorsiyumda çalışan işçisinin birlikte istihdam edilen işçilerin sayısına dâhil edilemeyeceği savunulabileceği gibi, birlikte istihdam edilen dönem bakımından başvuru tarihinde hangi işyerinde çalışıyorsa oradaki sayıya dâhil edilebileceği de savunulabilir. Kanunen bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, burada yetki tespitinde olduğu gibi hem konsorsiyum işyerinde hem de ayrıca B işyerinde çalışmakta olan işçi her iki işyerindeki işçi sayısına da dahil edilmelidir.

2.2.9. İşverenlerden Yalnızca Birinin Lokavt Kararı Alıp Alamayacağı

STİSK'nın 60. maddesinin 2. fıkrası *“Uyuşmazlığın tarafı olan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren, grev kararının kendisine tebliğinden itibaren altmış gün içinde lokavt kararı alabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya koyabilir.”* hükmünü içermektedir. Birlikte işverenlik bakımından bu konuda sorun oluşturabilecek husus işverenlerden yalnızca birinin lokavt kararı alıp alamayacağıdır. Kanaatimizce bu mümkün görülmemektedir. Zira işçinin birlikte işverenlerine karşı tek bir iş görme edimi bulunmaktadır. Bu iş görme edimi ayrıştırılabilir değildir. Bu nedenle lokavt kararının işverenlerden yalnızca biri tarafından alınması birlikte işverenliğin mahiyetine uygun olmadığı gibi, lokavt kararının uygulanması da bu halde imkânsız olacaktır. Kaldı ki birlikte işverenlik oluşturan hallerden biri olan adi ortaklıkta lokavt kararının ortaklardan yalnızca biri tarafından alınıp alınamayacağı da bu konuda tartışılabilir. Lokavt kararı almak adi ortaklık bakımından olağanüstü bir karar olarak sayılırsa oy birliği ile alınması gerektiği ortaya çıkacaktır. Bu nedenle birlikte işverenliğin söz konusu olduğu durumlarda işverenlerden yalnızca biri lokavt kararı alamayacak, bu konuda birlikte karar vermeleri gerekecektir.

2.3. İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Bakımından

İş sağlığı ve güvenliğinde birlikte işverenliğin önem arz ettiği üç husus bulunmaktadır. Bunların ilki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, eğitimlerin verilmesi, risk değerlendirmesi yapılması gibi yükümlülüklerden birlikte işverenlerin tümünün de sorumlu olduğudur.

İkinci önem arz eden husus, işyeri hekimi/ iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğü bağlamında birlikte işverenliğin doğup doğmadığıdır. 6331 sayılı Kanunun 6. maddesinde yer aldığı üzere; *“Mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren; çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve on ve daha fazla çalışanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde diğer sağlık personeli görevlendirir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir. Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilir.”* hükmü ile işveren çalışanları arasından işyeri hekimi/ iş güvenliği uzmanı görevlendirebileceği gibi bu hizmeti ortak sağlık güvenlik birimlerinden satın alma yahut şartları sağlıyorsa kendisi yerine getirme yolunu da tercih edebilir.

Mevzu bahis yükümlülüğü yerine getirmek için birden fazla işveren bir araya gelerek bir ortak sağlık güvenlik birimi kurduklarında bu birimin birlikte hareket eden işverenler için hizmet verdiği ve işverenlerin ortak biriminin birlikte işvereni olduğu yönünde bir görüş bulunmaktadır¹³⁰⁸. Ancak şirket şeklinde yapılan birimler artık ayrı bir tüzel kişiliğe sahip bulunduğundan, burada çalışan işyeri hekimleri ve diğer sağlık personelinin işvereni ortak sağlık güvenlik birimi olacaktır. Fakat elbette bu hiçbir şekilde birlikte işverenlik olmadığı anlamına gelmez. İşyeri hekimi ve diğer sağlık personeline hizmet verdikleri her bir işveren tarafından da emir ve talimat veriliyor, yönetim hakkı kullanılıyorsa bu durumda birlikte işverenlik söz konusu olabilir. Nitekim ortak sağlık güvenlik biriminden hizmet alınsa da 6331 sayılı Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrası olan

¹³⁰⁸ EKONOMİ Münir; “4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.12, Aralık 2008, 5-23. (Sayısal), s.19.

“İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.” hükmü anlamında işverenin sorumluluğu da devam etmektedir. Lakin peşinen ortak sağlık güvenlik birimi çalışanlarının bütün işverenlere birlikte hizmet verdiği ve birlikte istihdam edildiklerinin kabulü uygun değildir. Somut olay bazında inceleme yapmak gerekmektedir.

Ortak sağlık güvenlik biriminden değil de doğrudan işyeri hekiminden hizmet alınması durumuna ilişkin bir işyerinde çalışırken, o işyerinde alt işveren olarak faaliyet gösteren şirketle de çalışmaya başlayan bir işyeri hekimi bakımından işverenler arasında birlikte işverenliğin söz konusu olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Bu esaslara dayanan bir kararında¹³⁰⁹ Yargıtay “Somut olayda, davalı Y. AŞ işyerinde 03.07.2000 tarihinde işyeri hekimi olarak çalışmaya başlamıştır. Daha sonra davalı Y. işyerinde alt işveren olarak faaliyet gösteren R. Temizlik, Ç. Gıda ve Ö. Tekstil firmalarının da işyeri hekimine ihtiyaç duyması nedeniyle anılan firmalarla da ortak sağlık birimi sözleşmesi imzaladığı anlaşılmaktadır. Davacının ekim 2007 ayında davalı şirketlere gönderdiği ihtarname ile alt işverenlerin ücret ödemelerini tam olarak yapmadığını bildirip ödenmesini istediği bilahare 25.10.2007 tarihinde Y. AŞ neznindeki çalışmasını feshettiği tespit edilmiştir. Davalı R. firması ile Y. AŞ’den iş üstlenen diğer taşeron firmalar arasında ortak sağlık birimi kurulması için çeşitli tarihlerde iş sözleşmesi yapıldığı ve bu firmaların işçilerine davacıdan sağlık hizmeti alındığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla alt işveren davalıların imzaladıkları sözleşme dönemleri itibariyle birlikte istihdam olgusu gerçekleşmiştir. Bu durum dikkate alınarak hüküm kurulması gerekirken her firmanın ayrı ayrı sorumlu tutularak yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.” şeklinde hüküm tesis etmiş ve işyeri hekiminin bir işyerinin alt işvereni olarak faaliyet gösteren birden fazla farklı şirkete birden hizmet ifa etmesini birlikte işverenlik olgusu içinde değerlendirmiştir. Kanımızca burada tek bir işgörme edimi ile birden fazla işverene iş görme söz konusu değildir. İşçinin edimi ayrıştırılamaz bir biçimde birden fazla işverene sunulmuş ve işverenler tarafından da yönetim hakkı paylaşılmış yahut ortak kullanılmış da değildir. Burada birden fazla işverenle ayrı ayrı iş sözleşmeleri kurulması ve ayrı ayrı iş görülmesi söz konusudur. Bu gerekçelerle Yargıtay’ın görüşüne katılmamaktayız.

Yargıtay’ın işyeri hekiminin birden fazla şirkete hizmet verdiği durumlarda birlikte işverenliğin varlığını kabul ettiği bir diğer karar ise incelemeye değerdir. Söze konu

¹³⁰⁹ Y.9.HD. 31.05.2012, E. 2009/32096, K.2012/19086. www.kazanci.com

kararda¹³¹⁰ “Davacının işyeri hekimi olarak çalıştığı, ibraz edilen iş sözleşmesinden dava dışı 51 şirket ile davalının davacıyı birlikte istihdam ettikleri dosya kapsamından sabittir. Birlikte istihdam şeklinde çalıştırılan davacının her işyerinde haftalık 45 saat çalışabilmesi imkânsızdır. Dinlenen tanık beyanlarından davacının 52 işyerinde haftanın belirli günleri dönüşümlü olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Birlikte istihdam davalının da kabulündedir. O halde davacının diğer işyerleri ile hekimlik sözleşmesi devam ettiğine göre davalı işveren davacının haftanın belirli günlerinde çalıştığını kabul etmektedir. Davacının devamsızlığı kanıtlanmadığından feshin haklı nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.” sonucuna ulaşılmış olup, karara konu olayda işyeri hekimi dönüşümlü olarak 52 işyerine hekimlik hizmeti vermektedir. Bu işverenlerden biri iş sözleşmesini devamsızlık nedeniyle feshetmiştir. Yargıtay da birlikte işverenlik olduğunu, çalışmanın tam süreli olmasının imkânsız olduğunu ve devamsızlığın olmadığını belirtip haksız fesih sonucuna ulaşmıştır. Öncelikle belirtilmelidir ki Yargıtay fesih için bütün işverenlerin birlikte fesih bildiriminde bulunması ölçütünü bu kararda aramamıştır. Çalışma süresinin ayrıştırılamayacağı bir biçimde tek bir iş görme edimi ile işin ifasını da bu karar ile esnetmiş görünmektedir. Yukarıdaki karar bakımından yönelttiğimiz eleştiriler bu karar için de geçerlidir.

İş sağlığı ve güvenliği bakımından birlikte işverenliğin önem arz ettiği üçüncü husus ise iş kazası meydana gelmesinde birlikte sorumluluktur. Bu yöndeki bir kararında¹³¹¹ Yargıtay işverenin tespit edilmesi gerektiğini belirtmiş ve “Mahkemece, dosyadaki belgeler ve dinlenen tanık beyanlarından davalı şirketin, davacıyı birlikte istihdam eden işverenlerden birisi olduğu ve iş yerleri arasında organik bir bağ bulunduğu kanaati ile davalı şirket yönünden davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır. İş kazasından veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemlerinin işverene yöneltilmesi gerekir. İşveren, hizmet akdine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzelkişilerdir. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almak zorunda olan işveren, işçiyi gözetme borcu olarak tanımlanan bu borcunu yerine getirmemesi nedeniyle meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığından sorumludur. İşçinin iş görme edimini yerine getirdiği işyerinin Kurum kayıtlarında adına tescil edildiği kişi kural olarak işveren olarak kabul edilebilir ise de gerçek işverenin başkası olduğu belirlenir ise husumetin gerçek işveren olarak tanımlanabilecek bu gerçek veya tüzelkişilere yöneltilmesi gerekir. Özellikle, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almak zorunda olan işverenin bu tedbirlerden

¹³¹⁰ Y.22.HD. 10.10.2013, E. 2013/27575, K. 2013/21351. (Yayımlanmamıştır.)

¹³¹¹ Y.21.HD. 5.11.2012, E. 2011/12314, K. 2012/18709. (Yayımlanmamıştır.) Bu konuda bkz. Süzek s.636 dn 162.

ve tazminat yükümlülüğünden kurtulmak amacıyla işyerini ekonomik bakımdan güçsüz bir başkası adına tescil ettiği hallerde işçinin davasını gerçek işverene yöneltebilmesi, "Sosyal Güvenlik" ve "İşçinin Korunması" ilkelerine de uygundur. Yapılacak iş; olay tarihinde gerçek işverenin kim olduğu, sigortalı bilgilerinde kayıtlı iş yerine ilişkin ünvan değişikliği, birleşme veya iş yeri devri olup olmadığı hususları araştırılarak, gerekirse davalı şirkete ait iş yerine ve sigortalı bilgilerinde kayıtlı Nevzat Açıkgöz ünvanlı iş yerine ait ticari sicil kayıtları celp edilmek suretiyle, husumet tam olarak belirlenerek sonucuna göre karar vermekten ibarettir." demek suretiyle işçiyi koruma borcunun birlikte işverenlikte işverenlerin tümüne yüklenen bir borç olduğunu, işçinin gerçek işverenin tespiti iş kazasından kaynaklı tazminatların da gerçek sorumlusunun tespiti bakımından önem arz ettiğini kabul etmiştir.

2.4. Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından

5510 sayılı Kanununun 12. maddesi işveren kavramını tanımlayarak; "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işverendir." hükmüne yer vermektedir. İşveren, sosyal güvenlik hukukunda sigorta yardımlarından yararlanan sıfatıyla değil, dolaylı bir biçimde yasal ödev ve sorumlulukların muhatabı olması sıfatıyla kapsama dâhildir¹³¹². Ancak işverenin kim olduğunu saptamak kolay olmamaktadır. Kural olarak Kanunun öngördüğü yükümlülüklerin doğduğu zamana göre işveren sıfatı belirlenir. Yükümlülükleri yerine getiren işveren olduğu karine olarak söylenebilir de, aksini iddia eden ispat etmelidir. Bu anlamda Sosyal Güvenlik Kurumuna, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na verilen bildirge ve dilekçeler delil niteliğindedir¹³¹³.

Bu noktada işverenlik niteliğinin belirlenmesi ile sigortalılık niteliğinin belirlenmesi sıkı ilişki içinde olup, işverenliğin belirlenmesinde aranan tek koşul sigortalı çalıştırmaktır, başka bir koşul aranmaz¹³¹⁴. Sigortalılık niteliğinin kazanılması bakımından

¹³¹² Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.186. ARICI Kadir; Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, (Sosyal), s.271.

¹³¹³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.188.

¹³¹⁴ Arslanköylü, s.120. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.187. UŞAN M. Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara 2009, (Temel Esaslar), s.117. Arıcı, Sosyal, s.246.

5510 sayılı Kanunun 7. maddesi işçilerin “*çalışmaya başladıkları tarihten*” itibaren başlayacağını belirtmektedir. Bu nedenle iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, işçinin eylemli olarak çalışmaya başladıkları tarih önemlidir. Fiilen bir işyerinde çalışmaya başlanmışsa sigortalılık da başlamalıdır¹³¹⁵.

Sigortalı sayılanların başında 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının, a bendi hükmüne göre “*hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar*” gelmektedir. Bu hüküm birden fazla işveren tarafından çalıştırılmaya atıf yaparak birlikte işverenliği kabul etmiş olmaktadır. Kanunda “işveren”e getirilmiş bütün yükümlülüklerden birlikte işveren de sorumludur. Örneğin sigortalı işe giriş bildirgesi, aylık prim hizmet belgesi verilmesi, gerekli kayıtların tutulması, primlerin ödenmesi, iş kazasında sigortalıya ilk yardım hizmeti sağlama yükümlülüğü, iş kazasında SGK’ya bildirme yükümlülüğü, primlerin ödenmesi yükümlülüğü gibi işverene yüklenen bütün yükümlülükler buna dâhildir¹³¹⁶. Birlikte işverenin birlikte sorumluluğu ile ilgili kural konduktan sonra bütün yükümlülükler ayrı ayrı incelenmeyecektir. Yalnızca uygulamadaki temel sorunların çözümüne değinilmektedir.

2.4.1.Primlerin Ödenmesinden Sorumluluk

Prim, onu ödeyenin karşılaşılabileceği sosyal risklerden birinin gerçekleşmesi halinde yapılacak sigorta yardımları ile SGK’nın yönetim giderlerinin karşılığı olarak sigortalıdan alınan bir miktar parayı ifade eder¹³¹⁷. 5510 sayılı Kanunun 79. maddesine göre; “*Kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için, bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır.*” Prim ödeme yükümlüsü ise 5510 sayılı Kanunun 87. maddesinde “*4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine ve 5 inci maddenin (a) bendine tabi olanlar için bunların işverenleri*” şeklinde belirtilmiştir. Asıl işveren ve geçici iş ilişkisi kurulan işverenin primlerin ödenmesi ve Kuruma belgelerin verilmesinden müteselsil sorumluluğu da ayrıca düzenlenmiştir (md 12).

¹³¹⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.87.

¹³¹⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.197. Arıcı, Sosyal, s.279 vd.

¹³¹⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.222. Uşan, Temel Esaslar, s.129. Arıcı, Sosyal, s.206.

Birlikte işverenlikte ise birlikte işverenlerin tümü primlerin ödenmesinden birlikte sorumludur. Müteselsil sorumluluğun sonucu olarak SGK işçinin prim borcu için birlikte işverenlere ayrı ayrı veya her ikisine birlikte başvurabilir, alacağın tamamını veya bir bölümünü talep edebilir¹³¹⁸.

2.4.2.Sigortalıyı Bildirme Yükümlülüğü

5510 sayılı Kanunun 8. maddesi, “İşverenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür.” hükmünü haizdir. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde 5510 sayılı Kanunun 102. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanacağı gibi, iş kazası meslek hastalığı durumunda kusuru aranmaksızın Kurumca işverene rücu gerçekleşecektir. Bu anlamda birlikte işverenler bakımından sigortalıyı bildirme yükümlülüğü işçi ile aralarında iş sözleşmesinin bulunup bulunmamasına göre değişecektir. İşçi ile arasında iş sözleşmesi bulunan işverenlerin tümü, sigortalıyı bildirmekle yükümlü olacaktır. Böyle bir durumda yükümlülüğe aykırı davranan birlikte işverenlerin tümü hakkında idari para cezası söz konusu olacaktır. Ancak iş sözleşmesine taraf olmayan birlikte işveren işçiyi sigortalı olarak bildirmek yükümlülüğünü taşımayacak, sözleşmeli işverenin işçiyi bildirip bildirmediğini denetleme hakkını haiz olacaktır. Zira bundan kaynaklı bir zararının olması durumunda işçi, birlikte işverene de başvurabilecektir. Bir kamu hukuku yaptırımı olan idari para cezası ancak işçiyi kanunen bildirmekle yükümlü kılınan iş sözleşmesinin tarafı olan işveren bakımından geçerli olacaktır.

2.4.3.Prim Teşviklerinden Faydalanma

Prim teşvikleri ile ilgili uygulamada kendisine en sık yer bulan düzenleme olan 5510 Sayılı Kanunun 81. maddesinin 1. fıkrasının, 1 bendi “Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıları çalıştıran özel sektör işverenlerinin,

¹³¹⁸ Asıl işveren alt işveren bakımından müteselsil sorumluluk hakkında bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.196.

bu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılanır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna, muhtasar ve prim hizmet beyannamelerini ise Maliye Bakanlığına vermeleri, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı yasal süresinde ödemeleri, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması şarttır.” şeklindedir.

Birlikte işverenlikte prim teşviklerinden yararlanma bakımından incelik teşkil eden husus sözleşmenin tarafı olup olmamaya göre değişmektedir. Sözleşmenin tarafı olan işverenler prim ödemekle mükellef kılındığı gibi, şartları sağladığında %5 prim teşviki vb. teşviklerden de faydalanabilecektir. Yahut tam tersi primleri ödemediğinde teşviklerden de yararlanamayacaktır. Oysa sözleşmenin tarafı olmayan birlikte işveren (ödünç alan işveren örneğindeki gibi) her ne kadar prim ödemekle yükümlü olsa da ödememeden doğan diğer-yan sonuçlardan sorumlu tutulamayacaktır. Zira %5 prim teşvikinden faydalanamamak kamu hukukundan kaynaklı bir yaptırımdır ve faydalanamama durumunun açıkça düzenleme altına alınması gerekmektedir. Bu nedenle işçinin primlerini ödemesi yahut gecikme cezası bulursa da sözleşmenin tarafı olmayan birlikte işveren %5 prim teşvikinden faydalanabilecektir. Esasında, nasıl ki alt işverenlerin Kuruma prim, idari para cezası, gecikme zammı, gecikme cezasının bulunduğu durumlarda asıl işveren de %5 prim teşvikinden yararlanamıyorsa (2008-93 Sayılı Genelge md. 9)¹³¹⁹ bütün birlikte işverenler bakımından yaptırım olarak prim teşvikinden mahrum bırakacak bir düzenleme getirilmelidir. Ancak böyle açık bir düzenleme getirilmediği müddetçe prim teşvikinden mahrum bırakmak olanaklı değildir.

2.4.4. İş Kazasında SGK'nın İşverene Rücuu

Sigortalının iş kazasına uğramasına birden fazla kişi neden olmuşsa bu kişiler müteselsil olarak hem işçinin zararının karşılanması noktasında hem de SGK'nın yaptığı

¹³¹⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.292.

ödemelerin rücu edilmesi noktasında sorumlu olacaktır¹³²⁰. Bu anlamda birlikte işverenlerin çalıştırdığı işçinin iş kazasına uğraması halinde işçi tazminat istemini bütün işverenlere birlikte yöneltebilecektir. SGK ise 5510 sayılı Kanununun 21. maddesi uyarınca bütün işverenlere rücu yoluna gidebilecektir.

5510 sayılı Kanununun 21. maddesi hükmüne göre “İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.” Nasıl ki asıl işveren alt işverenin işçisinin kazaya uğramış olması durumunda asıl işverenin kusuru olmasa dahi alt işverenin kusurundan dolayı müteselsil sorumlu ise, birlikte işverenlikte de aynı durum söz konusudur. İşverenlerden birinin kusuru ile kazaya uğrayan işçiye yapılan ödemeler SGK tarafından diğer işverenlere de rücu edilebilir.

Aynı yöndeki bir kararında¹³²¹ Yargıtay; “Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasına birden çok kişinin birlikte kusurlarıyla sebebiyet vermeleri halinde; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61 ve 62'nci (818 Sayılı Mülga Borçlar Kanununun 50 ve 51) maddeleri uyarınca teselsül hükümlerine göre birlikte sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bu halde, Türk Borçlar Kanunu'nun 62'inci maddesi uyarınca kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkı baki kalmak koşuluyla, her bir sorumlu yönünden kusurlarına düşen miktar ayrılmaksızın teselsül kurallarına göre sorumluluklarına hükmedilebilecektir. İş kazası veya meslek hastalığına birlikte neden olan sorumluların işveren ve üçüncü kişi olması durumunda, yapılan harcama ve ödemeler yönünden ayırık bir durum söz konusu olmadığından, müteselsilen sorumluluk esası geçerlidir. İşverenin 21/1'inci madde hükmü uyarınca Kurum zararının, ilk peşin sermaye değerli gelirlerin işveren kusuru karşılığı ile, üçüncü kişinin 21/4 kapsamında sorumlu olacağı tutarın (ilk peşin sermaye değerinin 1/2'sinin üçüncü kişinin kusur karşılığı) toplamından sorumlu olduğu, üçüncü kişinin müteselsilen sorumlu olacağı tutarın ise, işveren dâhil davalıların kusurları toplamının,

¹³²⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.396. Uşan, Temel Esaslar, s.196.

¹³²¹ Y.10.HD. 5.4.2016, E. 2014/24206, K. 2016/4928. www.lexpera.com.tr

gelirin ilk peşin sermaye değerinin 1/2'sinin, yine işveren dâhil davalıların kusurları toplamı ile çarpılarak elde edilecek tutar olduğu gözetilmelidir.” şeklinde karar vermiştir.

İş kazası ve meslek hastalığı durumunda işverenin kamu idaresi olması halinde işverene ve ilgiliye rücu edilemeyecektir. Bu husus 21. maddenin son fıkrasında “İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücu edilmez. Ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümlerde, bu Kanun uyarınca hak sahiplerine bağlanacak gelir ve verilecek ödenekler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahiplerine veya iş kazası sonucu ölen kusurlu sigortalının hak sahiplerine, Kurumca rücu edilmez.” yönünde düzenleme altına alınmıştır.

Bu durumda birlikte işverenlerden birinin kamu idaresi olduğu, diğerinin bir anonim şirket olduğu bir örnek üzerinde birlikte istihdam edilen işçinin iş kazası geçirmesi durumunda, SGK tarafından sigortalıya yapılan ödemeler kamu idaresine rücu edilemeyecek, ancak diğer işverene rücu edilebilecektir. Bu halde kanaatimizce kendisine rücu edilen işveren de payı oranında iç ilişkileri kapsamında kamu idaresine rücu edebilecektir.

2.4.5.Hizmet Tespiti Davaları

Hizmet tespitini düzenleyen 5510 sayılı Kanununun 86. maddesinin 9. fıkrasına göre; “Aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.”

İşverenin kim olduğunun tespiti bakımından hizmet tespiti davaları yol gösterici olmaktadır. Yargıtay da bu konuda “Gerçek işverenin kim olduğu veya davalılar arasında belirtilen ilişkilerin bulunup bulunmadığının net olarak belirlenememesi durumunda

davacının açtığı hizmet tespit davası bekletici mesele yapılarak sonucuna göre karar verilmelidir."¹³²² sonucuna vararak hüküm kurmuştur.

Hizmet tespiti davası Kurumla birlikte sigortalıyı çalıştıran bütün işverenlere yöneltilmelidir¹³²³. Bu nedenle hizmet tespiti davasında birlikte işverenlerin tümü davalı olarak gösterilmelidir. Yargıtay da kararlarında benzer ifadelere yer vermektedir. Bu konudaki bir kararda Yargıtay¹³²⁴ "*Davacı, davalı işverenlerin işyerlerinde dilekçede tarihlerini belirttiği ayrı ayrı dönemlerde hizmet akdine dayalı olarak çalıştığını iddia ederek hizmet tespiti talebinde bulunmuştur. Birden fazla işveren hakkında tek bir dava açılabilmesi için işverenler arasında zorunlu veya ihtiyari dava arkadaşlığı bulunması gerekir. Somut olayda, davalı işverenler arasında zorunlu veya ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmadığından davaların ayrı ayrı görülmesi gerekirken birlikte görülmesi usul ve yasaya aykırıdır. Ne var ki birden fazla işveren hakkında tek bir dava açılabilmesi için işverenler arasında zorunlu veya ihtiyari (isteğe bağlı) dava arkadaşlığının bulunması gerekir.*" biçiminde işverenler arasında zorunlu ya da ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmasını gerektirir hallerin varlığında hizmet tespitinin de işverenler hakkında tek bir dava şeklinde açılabilmesine hükmetmiştir.

Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay birlikte işverenlik ilişkisinde sosyal güvenlik hukukundan kaynaklı borçlardan işverenleri birlikte sorumlu tutma yoluna gidip, hizmet tespiti gibi davaların da bütün işverenlere karşı açılması gerektiğini gözetmektedir.

¹³²² Y.9.HD.25.12.2008, E. 2008/41311, K.2008/35258. (Yayımlanmamıştır.)

¹³²³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.274. Arıcı, Sosyal, s.482.

¹³²⁴ Y.21.HD. 22.11.2005, E. 2005/6509, K. 2005/11992. www.kazanci.com



SONUÇ

Birlikte işverenlik kavramı Türk Hukukunda birkaç makale dışında doğrudan bir monografik esere konu olmamakla beraber yargı kararlarında sıklıkla yer almaktadır. Ancak bu konu hakkında açık bir hukuki düzenleme bulunmayan, bu nedenle gelişime ve düzenlemelere muhtaç bir başlıktır.

Birlikte işverenliğin izahında araştırmanın merkezinde işveren olmaktan kaynaklanan hak ve yetkiler yer alacağından çalışmada öncelikle işveren kavramına değinilmiştir. Türk hukukunda işveren kavramının kanuni tanımları bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden ilki ve en sık kullanılanı 4857 sayılı İş Kanununda yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre; *“bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren...”* denir. İşvereni tanımlayan kanuni düzenlemeler incelendiğinde denilebilir ki işveren bir iş sözleşmesinde işçinin karşısında yer alan sözleşme tarafıdır. İş sözleşmesinin karşı tarafı olan işvereni diğer sözleşmelerdeki taraf olan kimselerden ayıran en önemli özellik işçi üzerinde hukuken kullanabildiği yetkililerdir. İşveren işyerini yönetme amacını serbestçe aldığı işletmesel kararlarla yerine getirir ve işyerini yönetmeye işçilerini yönetmek de dahildir. Yönetim hakkı, işverenin kurduğu işyerini yönetme hakkı olarak anlaşılmalı ve işletmesel kararlar almakla somutlaşmalıdır. İşçiye talimat verilmesi hakkı da nihayetinde işverenin işyerini yönetme hakkına dâhildir. İşveren ücret ödeme borcu karşılığında işçiden işin görülmesini isteme hakkına sahip olan taraftır. İşin görülmesi esnasında da bu işin devamlılığına ilişkin kararları almakla yetkili en üst otoritedir. O halde işveren olmak işveren yetkilerini kullanmakla somutlaşır. Çalışmamızda, işveren olmaya bağlı, işverenin kullanabileceği yetkiler; işverenin kural koyabilme yetkisi, işe alma yetkisi, talimat verme yetkisi, çalışma şartlarını değiştirme yetkisi, işi denetleme ve gözetleme yetkisi, disiplin cezası verme yetkisi ve sözleşmeyi fesih yetkisi şeklinde sıralanabilir.

Karşılaştırmalı hukukta işveren kavramı da çalışma kapsamında gerekli olduğu ölçüde incelenmiştir. Anglo Amerikan Hukukunda işverenin tanımlanmasında sadece, *“iş sözleşmesinde işçinin karşı tarafı”* penceresinden bakılırsa yeni gelişmelerle ortaya çıkacak sorunların açıklığa kavuşturulamayabileceği savunulmaktadır. O halde işveren kavramını izah için farklı bir bakış açısı ile başka kavramlara tabi tutulmadan, bizatihi işverenin kendi

özellikleri belirlenmek suretiyle tanımlama yoluna gidilmelidir. Bu anlamda bu hukuk sisteminde esas değerlendirilen iş sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafı olmak dışında hangi özelliklerin bir kişiyi işveren kıldığıdır. Alman ve Fransız Hukukunda işveren kanunen tanımlanmamıştır. Bununla birlikte genel olarak işveren, işçi kavramı üzerinden dolaylı bir biçimde, işçi çalıştıran kimse şeklinde ifade edilmektedir. Sözleşmenin karşı tarafı olarak işveren görüldüğü için, işverenin tespitinde bağlantı da mevcut bir iş sözleşmesi olmaktadır.

Literatürde İngilizce “co-employment” yahut “joint employer” olarak uluslararası alanda kabul gören, Almanca’da ise “mitarbeitgeberschaft” olarak ifade edilen kavramın Türkçe karşılığı öğretide “birlikte işverenlik” olarak kabul edilmektedir. Fakat Yargıtay kararlarında aynı müessese “birlikte istihdam” kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu iki kavramın aynı şeyi ifade ettiğine şüphe etmemek gerekir.

Öğretide, işçi tarafı aynı olan, işveren tarafında ise birden fazla işverenin yer aldığı, bu işverenlerin işçi ile birbirini tamamlayan ve bir bütün oluşturan tek bir iş sözleşmesi/ilişkisi kurduğu istihdam tipine birlikte işverenlik denilmektedir. Yargı kararları incelendiğinde birlikte işverenlik uygulamasının daha çok şirket grupları içinde değerlendirildiği görülmektedir. Ancak birlikte işverenlik için şirket grubu içinde yer almak gibi bir zorunlu unsur bulunmamaktadır. Burada esas aranan *“birlikte işverenlerin, işçi ile olan ilişkilerini hukuken ayrı ayrı ilişkiler olarak değerlendirebilme olanağını ortadan kaldıracak şekilde işçi ile hukuki bir bağlantı içinde olmaları”*dır.

Birlikte işverenlikte işçinin iş görme ediminin, işverenlerle ayrı ayrı kısmi süreli iş sözleşmelerinin varlığına imkân tanımayacak şekilde karışması, ayrıştırılmaması söz konusudur. Birlikte istihdam ve kısmi süreli iş sözleşmeleri ile birden fazla işverenin işçiyi çalıştırması birbirinden farklıdır. Birlikte işverenlikte işveren grubunu oluşturanlar işçi karşısında bir bütün olarak tek bir işveren durumundadır. Kısmi süreli iş sözleşmeleri ile birden fazla işverenin işçiyi çalıştırmasında ise işçi ile ayrı ayrı iş ilişkileri kurmuş birden fazla işveren bulunmaktadır. Birlikte işverenlik üçlü iş ilişkisi de değildir, kendine özgü bir istihdam biçimidir.

Yargıtay kararlarında birlikte işverenlik tesis edilebilmesi için aranan şartların ilki tek bir iş ilişkisi ile birden fazla işverene hizmet verilmesidir. Yargıtay kararlarında birlikte işverenlik tesisi için aranan ikinci şart, işverenler arasında kurulan bağıdır. Bu bağ

ekonomik veya ticari olabileceği gibi sözleşmesel de olabilir. Birlikte işverenliğin varlığını kabul etmek bakımından Yargıtay'ın aradığı üçüncü şart işçinin hizmetlerinin iç içe geçmiş olmasıdır.

Birlikte işverenlikle ilgili öğretide ortak bir biçimde vurgulanan hususlardan biri de, işverenlerin her birinin işçi ile olan iş sözleşmesinin tarafı olduğudur. Ancak Yargıtay kararları incelendiğinde açıkça ifade edilmese de, esasında Yargıtay'ın böyle bir şart aramadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Yargıtay işçi ile birlikte işverenlerin her biri arasında iş sözleşmesi bağı olmasından ziyade; işverenlerin kendi arasında bir bağı bulunmasını aramaktadır. Bu konuda MEB- Okul Aile Birliği kararları ve ana-yavru şirket kararları emsal teşkil eden örnekler olarak gösterilebilir.

“Organik bağ” ifadesi de birlikte işverenlik kavramı ile çok karıştırılan bir kavramdır. Organik bağ, birden fazla işverenin söz konusu olduğu durumlarda bu işverenlerin işçinin alacaklarından birlikte sorumlu tutulabilmesini sağlamak bakımından yargının aradığı bir ölçüttür. Her organik bağ olan durumda birlikte işverenlik yoktur. Birlikte işverenlik için sadece organik bağ yetmez; işverenlerin işçiyi birlikte istihdam ettiklerinin de kanıtlanması gerekir.

Karşılaştırmalı hukukta da birlikte işverenlik konusu güncel bir şekilde tartışılmaktadır. Amerikan hukukunda son birkaç yıldır en çok tartışılan ve en güncel konunun birlikte işverenlik konusu olduğu söylenmektedir. Burada birlikte işverenliğin tek bir tanımı yoktur. Bunun yerine çeşitli kanunlarda birlikte işverenliğe yol açabilecek çeşitli durumlar tanımlanmaktadır. Birlikte işverenliğin tespiti bakımından da mahkemeler eliyle somut çözümlere ulaşılmaya çalışıldığından birtakım testler uygulanmaktadır. Ancak daha ziyade NLRB “yönetim hakkının ortak kullanılması” kriterini esas almaktadır. Birlikte işverenlik tespiti için yargının yönetim testinde kullandığı beş temel kriter bulunmaktadır. Bunlar; 1. İşe alma ve işten çıkarma yetkisinin kullanılması, 2. Disiplin cezasının verilmesi, 3. Ücret, sigorta ödemelerinin yapılması ve kayıtların tutulması, 4. İşçi üzerinde denetim/gözetim yetkisinin kullanılması, 5. Toplu pazarlık sürecine katılımdır.

Alman hukukunda birlikte işverenlik bakımından muhakkak sözleşmenin tarafı olmak zorunluluğu vardır. Sözleşmenin tarafı olmayan bir kişinin işçiyeye karşı borç üstlendiği iki halden birisi iş sağlığı ve güvenliği anlamında üçüncü kişileri koruyucu etkili bir sözleşme, ikincisi ise dolaylı iş ilişkisidir.

Kanaatimizce birlikte işverenlik Türk hukuk öğretisinde anlaşıldığı kadar dar yorumlanmamalıdır. Yargıtay kararlarında yer alan birlikte istihdam kavramını da teorik bir temele oturtma çabası ile kanımızca birlikte işveren; kendisinin de taraf olduğu bir iş sözleşmesinin birden fazla işverenden oluşan işveren tarafında bir gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum kuruluşu kapsayabilir. Ancak bununla sınırlı olmadan bir işçi ile işveren arasında var olan bir iş sözleşmesinin tarafı olmamasına rağmen, işçinin işverenle birlikte iş görme borcunun muhatabı olan ve işçiye karşı işveren yetkilerini kullanan gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum kuruluş da birlikte işveren sayılmalıdır. Zira burada birlikte işveren, iş sözleşmesinin tarafı olmak dışında sözleşmenin getirdiği her türlü yetkiyi sözleşmenin tarafı olan işverenle birlikte kullanmaktadır ve iş görme borcunun da muhatabı olmaktadır. Ancak burada işçinin iş sözleşmesi ile bağı kesilmemektedir. Ortada işçi ile işveren arasında bağitlanmış bir iş sözleşmesi vardır. Ancak birlikte işveren bu sözleşmenin tarafı olabilir yahut olmayabilir. Burada yönetim hakkının ortak bir biçimde kullanılması söz konusu olabileceği gibi yönetim hakkından kaynaklı yetkilerin paylaşılması da söz konusu olabilir. Birlikte işveren olabilmek bakımından bu ayırım önemli değildir. Mühim olan tamamen bir işveren gibi davranmak, işçi üzerinde işverenmişçesine yönetim hakkı kullanmaktır. Yönetim hakkının bütün unsurları ile kullanılması da gerekmez. Önemli olan yönetim hakkının hangi yoğunlukla kullanıldığıdır. Nihai olarak hangi olayda birlikte işverenliğin bulunduğu her somut olay bakımından ayrı değerlendirilmelidir.

Bu sonuca varırken bir şüphe ile karşılaşılabilir. Karşı bir görüş olarak “birlikte işverenliğin tanımı için önce işveren olmak gereklidir. İşveren ise kanunda tanımlanmıştır. İş sözleşmesinin tarafı olan işverendir. Birlikte işverenlerin de ikisinin de işveren olması ve sözleşmenin tarafı olması gerekir.” denebilir. Belirtilmelidir ki Yargıtay’ın birlikte işverenlik tesis ederken sözleşmenin tarafı olmayı aramadığı ve artık emsal teşkil etmekte olan okul aile birliği kararları ve ana şirket tarafından işe alınan ancak bağlı şirketlerde de çalışan işçi bakımından birlikte işverenliği kabul eden kararlarına karşı böyle bir eleştirileri sürülmemiştir. Ayrıca böyle bir düşünce ile gözden kaçırılacak olan husus şudur; kanunkoyucu işvereni tanımlamıştır, birlikte işvereni değil.

Kurmaya çalıştığımız birlikte işverenlik teorisinde, birlikte işveren sözleşmenin tarafı olduğunda işçinin ifa edilmeyen edimleri talep hakkı da sözleşmeye dayanmaktadır. Ancak birlikte işveren sözleşmenin tarafı olmayıp, *per se* işveren gibi davrandığı için birlikte işveren kabul edilmekteyse bu durumda aralarındaki ilişkinin dayanağının ne

olabileceği çalışma kapsamında tartışılmıştır. Burada fiili sözleşme ilişkileri teorisi, haksız fiil teorisi, edimden bağımsız borç ilişkisi ve güven sorumluluğu, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, amaçsal genişletme (teleolojik ekstensiyon), contra legem (kanuna karşı) hukuk yaratma kurumları konumuz bağlamında tartışılmış, değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeler ışığında ulaşılan sonuç İş Kanununun işvereni tanımlamış olduğu ancak birlikte işverenliği tanımlamadığı, burada bir gerçek-açık-bilinçsiz hukuk boşluğu bulunduğudır. Hâkim bu boşluğu doldurmalıdır. Doldururken de tıpkı 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında eser sözleşmesindeki uyarlamayı tüm hukuka şumul ettirdiği gibi çeşitli kriterler getirmelidir.

Kanaatimizce hâkim birlikte işverenlik konusunda var olan boşluğu doldururken, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde meydana gelen gelişmeleri de göz ardı etmemelidir. Bir işçiye karşı iş sözleşmesi bağı olmasa da işveren gibi davranıp, işveren yetkilerini kullanan bir kimse birlikte işveren olarak değerlendirilmelidir. Burada kurulan bu ilişkide işçi ile bir işveren arasında muhakkak bir iş sözleşmesinin bulunması aranacaktır. Ancak birlikte işveren olan diğer işveren(ler) sözleşmeye dâhil olabilir veya olmayabilir. Sözleşmeye dâhil olmadığı durumda oluşacak boşluk hâkim tarafından hukuk yaratma suretiyle çözülecektir.

Hâkim hukuk yaratırken pozitif hukuki düzenlemelerle de bağlıdır. Bunun sonucu olarak birlikte işverenin sorumluluğu da iş sözleşmesinin tarafı olup olmamasına göre belirlenecektir. İş sözleşmesinin tarafı olan birlikte işveren bakımından her tür işçilik alacağından ve aynen ifa gerektiren her tür husustan müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır. İş sözleşmesinin tarafı olmayan birlikte işveren bakımından ise sözleşme olmadığından zarar olarak tazmin istenecektir. Bunun sonucu olarak da işçi sözleşme tarafı olmadığından edim menfaatlerini aynen ifa olarak isteyemeyecektir. Bir başka ifade ile verme borcu kapsamında talep edilebilecek menfaatleri isteyebilecek ancak yapma borcu oluşturan menfaatleri talep edemeyecektir. Örneğin birlikte işverene işe iadesini isteyemeyecek, bundan doğan zararının tazmin edilmesini isteyecektir.

De lege ferenda olası çözüm yolumuz bir kanun hükmü getirilerek birlikte işverenliğin tanımlanmasıdır. Kanımızca *Birlikte işverenlik: İşçinin işverenlerden en az biriyle arasında iş sözleşmesinin olduğu; birlikte işverenin ise işçiye karşı işveren olma yetkilerini kullanıp kendi adına ve hesabına çalıştırdığı, işçinin tek bir iş görme edimiyle birlikte işverene de bağımlılık ilişkisi altında iş gördüğü bir çalışma ilişkisinde,*

işverenlerin durumuna birlikte işverenlik denir. İşçinin bu ilişkiden kaynaklanan hak ve alacaklarından işveren ve birlikte işveren/işverenler müteselsil olarak sorumludur. Böyle bir kavramsal tanımlama ile işçinin işçilik alacaklarının yalnızca sözleşmeye bağlı bir biçimde istenebilmesi, sözleşmenin tarafı olmayan birlikte işverenden aynen ifa gerektiren bir edimin istenememesi şeklindeki sonuç da bertaraf edilebilecektir.

Birlikte işverenlik niteliği ortaya çıkaran hukuki ilişkiler çalışmanın üçüncü bölümünde incelenmiştir. Bunlardan en geniş uygulama alanı olanı adi ortaklıklardır. Adi ortaklıkta ortaklar işçiler bakımında birlikte işverendir. Bir adi ortaklıkta işçi olarak çalışmanın meydana getireceği özellikli ilk sonuç işçi alacakları bakımından ortakların müteselsil sorumluluğudur. Adi ortaklığın işçisi de ortaklık bakımından üçüncü kişi olduğundan, açıkça kararlaştırılmazsa işçi alacaklarından müteselsil sorumluluk bertaraf edilemez. Bu anlamda emeğini sermaye olarak koyan ortağın zararlardan muaf olduğuna dair anlaşma dış ilişkide göz önüne alınmayacak ve işçi alacağını emeğini hasreden ortakdan da alabilecektir. Burada bir diğer mesele de işçi çalıştırma amaçlı adi ortaklık kurulup kurulamayacağıdır. Adi ortaklığın bütün unsurlarını sağlayan böyle bir ortaklık kurulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Adi ortaklık kural olarak birlikte işverenliği sağlasa da meslektaş birlikteliklerinden avukatlık bürolarında kanunen tüzel kişilik oluşmaktadır. Bu nedenle birlikte işverenlik söz konusu olamamaktadır. Yine adi ortaklıkta kural olarak birlikte işverenlik olsa da, adi ortaklık türlerinden gizli ortaklıkta birlikte işverenlik durumu yoktur. Adi ortaklık teşkil etmese de tüzel kişiliği bulunmayan kat malikleri birliği, donatma iştiraki, vs. de birlikte işverenlik örneği oluşturmaktadır.

Yargıtay'ın birlikte işverenlik tesis ederken sözleşmenin tarafı olmayı aramadığı ve artık emsal teşkil etmekte olan okul aile birliği kararlarında sözleşmenin tarafı olmayan, hatta kendi işverenlik statüsünü reddeden, sözleşmenin tarafı olma iradesini açık veya zımni olarak taşımayan ve belki de kendisi sözleşme kurmamak yönündeki iradesi sebebiyle böyle bir yol izleyen MEB birlikte işveren kabul edilmektedir.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından işe alınan işçiler bakımından Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının birlikte işveren olup olmadığı noktasında, hatta bu işçilerin işverenin kim olduğunun tespiti noktasında birkaç yıldır Yargıtay'ın farklı daireleri farklı kararlar vermekte idiler. Ancak Haziran 2017 tarihinde bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile Yargıtay tartışmalara son vermiştir. Bu durumda açıkça denebilir ki, İçtihadı Birleştirme Kararı ile

bizim birlikte işvereni tespit etmek için kullandığımız “yönetim hakkını kullanma” ölçütü artık bağlayıcı bir biçimde hukuk kaynağı haline gelmiştir.

Türk hukukunda franchisingler bakımında birlikte işverenlik tartışması yapılmamıştır. Kanaatimizce bütün çalışma tiplerinde olduğu gibi franchisingler bakımından da birlikte işverenlik teorisi geçerli olabilmelidir. Buna göre, franchise veren franchise alanın işçilerine karşı bir işveren gibi davranıyor, yönetim hakkını kullanıyor, işveren olmaktan kaynaklanan yetkileri kullanıyorsa birlikte işveren olarak kabulü gerekecektir. Bu anlamda hangi işçinin işe alınacağını belirlemek, işçiye doğrudan işi ile ilgili emir ve talimat vermek, işyeri kurallarını belirlemek, işçinin çalışma koşullarını değiştirmek, işçiye disiplin cezası uygulamak, işçinin iş sözleşmesini sona erdirmek gibi işveren yetkilerinin önemli bir kısmını yoğun bir biçimde kullanıyorsa franchise veren birlikte işveren olarak kabul edilmeli ve işçinin işçilik alacaklarından sözleşmenin tarafı işveren olan franchise alan ile birlikte sorumlu tutulmalıdır.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre şirket topluluklarında işçi birden fazla şirkete çalıştığında birlikte işverenlik olabilir. İşçi üzerinde yönetim hakkı kullanan şirket, işçinin sözleşme ile bağlı olduğu şirket yanında birlikte işveren sayılmalıdır. Ancak işçi üzerinde yönetim hakkı kullanılmıyorsa menfaat birliği olsa dahi, şirketler birlikte işveren olarak nitelendirilemez. Oluşturduğumuz birlikte işverenlik teorisine göre kısaca “tamamen işveren gibi davrananın işveren gibi sorumlu olması esastır.” Bu esastan yola çıkarak şirket topluluklarında işverenin ve birlikte işverenin tespitini yapmak daha kolay olacaktır. Burada birlikte işverenlik bağlı şirketler arasında olabileceği gibi, bağlı şirketle ana şirket arasında da olabilir. İşçinin birden fazla bağlı şirkete tek bir iş görme edimiyle hizmet verdiği ve bu bağlı şirketlerin de işçi üzerinde yönetim hakkı kullandığı durumlarda bağlı şirketler birlikte işveren olacaktır. Bu durumda birlikte işverenlik tesisi bakımından, ana şirketin işçiye doğrudan emir ve talimat vermesi gerekmektedir. Ana şirketin kanuna karşı hile yolu ile bağlı şirketler kurup, bunların işçisine emir ve talimatlar vermesi durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilecektir. Ancak ana şirketin emir ve talimatı doğrudan işçiye vermediği, işçi ile hiçbir şekilde irtibatla olmadığı, fakat işçi ile ilgili yavru şirkete emir ve talimatlar verdiği durumda, işçi, birlikte işveren olduğu gerekçesiyle ana şirket hakkında dava açamaz. Zira doğrudan işçi üzerinde yönetim hakkı kullanmamakta, işçi ile bir ilişki içine girmemektedir. İşçi böyle bir durumda sözleşmenin tarafı olan yavru şirkete gidebilir. Ancak ana şirketi de dava etmek istiyorsa bunun tek yolu TTK’da belirtilen sürecin sağlanmasıdır. Bir diğer ifadeyle ana şirket yavru şirkete 202 ve

206. maddelerdeki şartları sağlamak koşuluyla her tür talimatı verebilir. Bu durumda kısmi hâkimiyet halinde yavru şirket bağımsızdır, fakat genelde ana şirketin talimatlarına uyar. Tam hâkimiyet durumunda ise ana şirketin talimatları yavru şirket için bağlayıcıdır. Bir başka deyişle yavru şirkete talimat verme hakkı hâkimiyet yetkisinin getirdiği bir durumdur. Kaybı denkleştirirse artık hukuki sorumluluğu yoktur. Bağlı şirketin alacaklıları arasında işçi de sayılabilir.

Karşılaştırmalı hukukta ise Anglo Amerikan hukukunun yanı sıra Fransız hukukunda da şirket gruplarında birlikte işverenlik kabul edilmektedir. Fransız Temyiz Mahkemesi 18.01.2011 tarihinde Jungheinrich I kararıyla epey ses getirmiştir. Zira bu kararlar bu zamana kadar kurduğu birlikte işverenlik teorisinin şartlarından daha geniş bir bakış açısıyla birlikte işverenlik tesis etmiş ve sorumluluk tesisini kolaylaştırmıştır.

Birlikte işverenlik niteliğinin tartışıldığı bir başka konu ise geçici iş ilişkisidir. Geçici iş ilişkisinde esasında ödünç veren işverenin işveren niteliğinin devam ettiği, ödünç alan işverenin ise işçiye karşı yönetim hakkını kullanabileceği açıkça kanunda düzenleme altına alınmıştır. Kanunda geçici iş ilişkisi hiç düzenlenmemiş olsa idi, işçi üzerinde birden fazla işverenin yönetim hakkı kullanması hasebiyle birlikte işverenlik doğacak ve işverenler her tür işçilik alacağından birlikte sorumlu olacaktır. Ancak artık konu Kanunda düzenlenmiştir. Bu nedenle her ne kadar özel istihdam bürosu/ödünç veren işverenle ödünç alan işveren arasında birlikte işverenlik olsa da, birlikte sorumluluk Kanunda öngörüldüğü kadarıyla söz konusu olacaktır. İK'nın 7. maddesinin 2. fıkrasının (f) bendi kapsamında kurulan geçici iş ilişkisinde birlikte sorumluluk esasının benimsendiği, bunun ise sadece 3 ayla sınırlı olduğu, diğer sebeplerle kurulan geçici iş ilişkisinde birlikte sorumluluğun söz konusu olamayacağı öğretide de belirtilmekte ve eleştirilmektedir.

Çalışmamız kapsamında birlikte işverenlik asıl işveren alt işveren ilişkisinde de tartışılmıştır. Esasında kurduğumuz teori bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisi de birlikte işverenliğin söz konusu olduğu bir ilişki olabilirdi. Zira yapısı itibariyle buna uygundur. Her iki işverenin de işçiye talimat vermesi durumunda her iki işvereni de birlikte işveren saymak ve birlikte sorumluluğuna gitmek işçiler bakımından koruyucu bir yaklaşım da olabilirdi. Ancak bu konuda bir kanuni düzenleme vardır ve açıktır. Burada asıl işverenin talimat verdiği durumlarda yaptırım da açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda Türk hukukunda alt işveren işçilerinin asıl işveren tarafından yönetim hakkı kullanılarak çalıştırıldığı durumlarda, bir diğer ifadeyle muvazaalı hallerde zaten açık hüküm

bulduğundan birlikte sorumluluk yoluna gidilmeyecektir. Hem asıl işveren hem alt işveren işçiye talimat veriyorsa, işçi üzerinde yönetim hakkı kullanıyorsa, muvazaadan söz edilecektir, birlikte işverenlikten değil. Bu durumda Kanun işçiyi, baştan itibaren asıl işverenin işçisi saymaktadır. Bu nedenle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin birlikte işverenliği dışladığı söylenebilecektir.

Perdenin kaldırılması ile müteselsil sorumluluğun doğduğu yönündeki savlar, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile birlikte işverenliğin oluşup oluşmadığı sorusunu da doğurmaktadır. Perdenin kaldırılması ile birlikte işverenlik durumu örtüşebilir ancak örtüşmeyebilir. Birlikte işverenlik bakımından mühim olan yönetim hakkının kullanılmasıdır. Ancak dürüstlük kuralına aykırı bir durum söz konusu değilse tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilemez. Birlikte işverenlik tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılmamasından bağımsız olarak işçi üzerinde yönetim hakkı kullananın tespit edilmesini gerektirir. Her birlikte sorumluluk durumunda birlikte işverenlik bulunmamaktadır.

Birlikte işverenliğin en önemli sonucu birlikte sorumluluğun doğup doğmayacağıdır. O halde çözülmesi gereken ilk sorun şudur: birlikte işverenlik bir sorumluluk belirlemesi midir, yoksa istihdam tespiti midir? Kanaatimizce birlikte sorumluluk ve birlikte işverenlik farklı kavramlardır. Kanunen getirilen istisnalar dışında birlikte işverenliğin olduğu her durumda birlikte sorumluluk bulunsa da, birlikte sorumlu olunan her durumda birlikte işverenlik yoktur. Bize göre, Yargıtay, birlikte işverenlikle ilgili istikrarlı bir biçimde, kararlarına konu olan bazı olaylarda amacın birlikte işçi çalıştırmak olduğu adi ortaklıkların varlığına dayanarak müteselsil sorumluluk tesis etmekte ise de, pek çok olayda boşluk doldurma şeklinde müteselsil sorumluluk yaratmaktadır.

Bireysel iş hukuku bakımından birlikte işverenliğin sonuçları çalışma kapsamında yargı kararlarına en çok konu olan hususların başlıklandırılması yoluyla incelenmiştir. Bu anlamda ücret ve diğer işçilik alacaklarının ödenmesi, eşit davranma borcu, iki işverenin verdiği talimatların ve işyeri düzenine ilişkin kuralların çatışması, iş güvencesinde otuz işçi sayısının tespiti, fesih bildirimini yapacak/yapılacak işveren, ultima ratio ilkesi bakımından birlikte işverenlerin sorumluluğu ve işe iadenin yapılacağı işveren konuları yargı kararları ile örneklendirilerek açıklanmıştır.

Toplu iş hukuku bakımından birlikte işverenliğin sonuçları ise adi ortaklık ortaklarının durumu, STİSK'nın 17/3. maddesinin uygulanması, işverenlerden birinin sendikal ayrımcılık yapması, işkolunun tespiti (işyerinin tespiti), üyelik aidatlarının kesilmesinden sorumluluk, yetkide çoğunluk tespitinde işçi sayısının belirlenmesi, grev yasakları, grev oylamasında işçi sayısının belirlenmesi, işverenlerden yalnızca birinin lokavt kararı alıp alamayacağı hususlarında yapılan açıklamalar doğrultusunda incelenmiştir.

İş sağlığı ve güvenliğinde birlikte işverenliğin önem arz ettiği üç husus bulunmaktadır. Bunların ilki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, eğitimlerin verilmesi, risk değerlendirmesi yapılması gibi yükümlülüklerden birlikte işverenlerin tümünün de sorumlu olduğudur. İkincisi işyeri hekimliğinde birlikte işverenlik konusudur. Üçüncüsü ise iş kazalarından sorumluluğun birlikte sorumluluk olması ile ilgilidir.

Sosyal güvenlik hukukunda da birlikte işverenliğin sonuçları tespit edilebilen birkaç başlık altında incelenmiştir. Kanunda “işveren”e getirilmiş bütün yükümlülüklerden birlikte işveren de sorumludur. Sigortalı işe giriş bildirgesi, aylık prim hizmet belgesi verilmesi, gerekli kayıtların tutulması, primlerin ödenmesi, iş kazasında sigortalıya ilk yardım hizmeti sağlama yükümlülüğü, iş kazasında SGK'ya bildirme yükümlülüğü, primlerin ödenmesi yükümlülüğü gibi işverene yüklenen bütün yükümlülükler buna dâhildir.

Son olarak belirtilmelidir ki birlikte işverenler arasındaki iç ilişki ise müteselsil sorumluluk kurallarına göre çözümlenecektir.

KAYNAKÇA

AKER Halit; Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: “Hâkim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu” (TTK Tasarısı m. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 57, S. 4, 2008, 1-97.

AKINTÜRK Turgut; Mütessesil Borçluluk, Ankara 1971.

AKTAŞ Sururi; Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, 2010, 1-28.

AKTAY Nizamettin/ARICI Kadir/ SENYEN KAPLAN Emine; İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013.

AKYİĞİT Ercan; İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995.

ALP Mustafa; İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005. (İş Sözleşmesi)

ALP Mustafa; İşletme Gerekleri İle Fesih, Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma Çalışma Hukuku 1. Sempozyum 2009, 90-118. (İşletme Gerekleri)

ALPAGUT, Gülsevil; İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/9, 49-64.

ALPAGUT Gülsevil; Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 10/2006, 569-584. (Mesleki)

ANSAY Tuğrul; Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir? Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, 1-10.

ANTALYA Gökhan; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, I.Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2008, 143-152.

ALTINOK ORMANCI Pınar; Franchise Sözleşmesinin Haklı Sebepçe Feshinde Hizmet ve Adi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Hükümlerden Yararlanılıp Yararlanılamayacağı Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 13, Yıl 4, Nisan 2013, 377-402.

ARBEIT Bryan; A Franchisor's FLSA Liability For Its Franchisee's Workers: Why Operational Control Over Employment Conditions Should Make A Franchisor A Joint Employer, Hofstra Labor & Employment Law Journal, Vol.32, 2014-2015, 253-278.

ARICI Kadir; İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası, Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 1-2, Ocak-Nisan 1983, 160-176. (Yönetim Hakkı)

ARICI Kadir; Atipik İş Sözleşmelerinde İşçinin Korunması, Emegın Hukuku Kurultayı 2, 27 Mayıs 2016, Ankara 2017, 93-109. (Atipik)

ARICI Kadir; Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015. (Sosyal)

ARICI Kadir; Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul 2006, 485-509. (Yeni İş)

ARSLANKÖYLÜ Resul; Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003.

ASTARLI Muhittin; Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, Mart 2010, 74-88.

ATAMER M. Yeşim; Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996.

AUSTIN Matthew D.; NLRB's 'Joint Employer' Test Will Rewrite Labor Law, September 18 2014, <https://www.law360.com/articles/578268/nlrbs-joint-employer-test-will-rewrite-labor-law> Erişim 16.5.2017.

AXELROD, Jonathan G.; Who's the Boss? Employee Leasing and the Joint Employer Relationship, *The Labor Lawyer*, Vol.3, No.4, 1987, 853-872.

AYATA Yeşim; *Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları*, İstanbul 2015.

AYDIN, Ufuk; Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.23, Eylül 2011, 22-36.

AYDINLI İbrahim; *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, Ankara 2001. (İşyeri)

AYDINLI İbrahim; *İşverenin Sosyal Temas ve İş ilişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları*, Ankara 2004. (Sosyal Temas)

AYDINLI İbrahim; *Üst Kuruluş İşletmelerinde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü*, *Çimento İşveren Dergisi*, C.13, S.4, Temmuz-1999, 3-20. (Üst Kuruluş)

AYDINLI İbrahim; *Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*, 4. Baskı, Ankara 2015. (Taşeron)

AYKAÇ Hande Bahar; *İş Hukukunda Alt İşveren*, İstanbul 2011.

BAHTİYAR Mehmet; *Ortaklıklar Hukuku*, 8.Bası, İstanbul 2014.

BARLAS Nami; *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 3. Bası, İstanbul 2012.

BARNARD Catherine; *EU Employment Law*, Fourth Edition, Oxford 2012.

BARTKIW, Timothy J. ; *Labour Law and Triangular Employment Growth*, Labour Law Research Network Conference, Pompeu Fabra University, Barcelona, June 13-15, 2013, 1-41.

BAŞBUĞ Aydın; İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016. (İş Hukuku)

BAŞBUĞ Aydın; İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul 2007. (Uyarlanma)

BAŞBUĞ Aydın; İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008. (İşverenin Yönetim Hakkı)

BAŞBUĞ Aydın; Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999. (Disiplin)

BAŞBUĞ Aydın; İşyeri Hekimini İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, 24 Mayıs 2003, Ankara, 65-97. (İşyeri Hekimi)

BAŞBUĞ, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisindeki Temel Sorunlar ve Sendikal Haklara Olumsuz Etkisi, İş ve Hayat Dergisi, S.4, 2017, 59-75. (Yetki)

BAŞBUĞ Aydın; Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim, Kamu İş, C: 7, S: 2/2003, 2-19. (Cezai Şart)

BAŞBUĞ Aydın; Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012. (Toplu İş)

BAŞBUĞ Aydın; Fer'i İşyeri Olarak Alt İşveren İşyerleri ve Alt İşveren İşçisi ile Kurulan Edimden Bağımsız Borç İlişkisi, Emegın Hukuku Kurultayı, Ankara 2016, 125-143. (Fer'i İşyeri)

BAŞTERZİ Süleyman; Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, 2005, 53-94.

BAYCIK Gaye; İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.

BAYSAL Ulaş; İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.25, 2010, 59-99.

BECKER, Craig; Labor Law Outside the Employment Relation, Texas Law Review, Vol. 74 (1995-1996), 1527-1562.

BİLGE Necip; Hukuk Başlangıcı, 28. Bası, Ankara 2010.

BİLGİLİ Fatih; İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara 2003.

BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan; Şirketler Hukuku, 9. Basım, Bursa 2013.

BOETZKES Marie-Theres; Die Konzernmutter als Arbeitgeberin im französischen Recht, Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Band. 87, Frankfurt am Main 2015.

BOYACIOĞLU Cumhuri; Konzern Kavramı, Ankara 2006.

BROX Hans / WALKER Wolf-Dietrich; Allgemeines Schulrecht, Grundrisse des Recht, 34. Auflage, München 2010.

BURCH Richard J.; A Practitioner's Guide to Joint Employer Liability Under the FLSA, Houston Business and Tax Law Journal, Vol.2, 2002, 393-414.

CANBOLAT Talat; 4857 Sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, Ankara 2016, 24-58.

CANBOLAT Talat; Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992 (Alt İşveren).

CANIKLIOĞLU Nurşen; Geçici (Ödünç) İş İlişisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, 122-155.

CARLSON Richard; The Small Firm Exemption and the Single Employer Doctrine in Employment Discrimination Law, St. John's Law Review, Issue 4, Vol. 80, Fall 2006, No. 4, Article 2, 1197-1273.

CARVELL Steven A./ SHERWYN David; It is Time For Something New: A 21 st Century Joint-Employer Doctrine For 21 st Century Franchising, American University Business Law Review, Vol.5:1, 2015, 5-36.

CİVAN Orhan Ersun; Genel İş Koşulları, İstanbul 2015. (Genel İş)

CİVAN Orhan Ersun/ÇAĞLAYAN AKSOY Pınar; Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Yargıtay Kararının İncelenmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.12, S.45, 2015, 189-216.

COMISKY Hope A./ ABBOTT Natalie; Temporary Workers May Get "Two Bites" at Recovery Under the Employment Discrimination Laws, 20 The Labor Lawyer 1, 2004, 1-15.

ÇAĞLAYAN AKSOY Pınar; Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016.

ÇANKAYA Osman Güven/ÇİL Şahin; İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.

ÇELİK Nuri/CANİKLİOĞLU Nurşen/ CANBOLAT Talat; İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016.

ÇELİK Nuri; Grup Şirketlerinde İşçilerden Bir Kısımının Aynı Anda Birden Fazla İşverene Hizmet Vermesinden Doğan Sorun, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, Özel S., 2014, 25-31. (Birden Fazla İşveren)

ÇENBERCİ Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara 1986.

ÇENBERCİ Mustafa; Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977. (SSK Şerhi)

ÇİFTER Algun; Şirketler Arasında Organik Bağ ya da Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, C.1, İstanbul 2011, 19-25.

DAVIDOV Guy; Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships, British Journal of Industrial Relations, 42:4, December 2004, 727–746.

DAYINLARLI Kemal; Joint Venture Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 1999.

DEAKIN Simon; The Changing Concept of the “Employer” in Labour Law, Industrial Law Journal, Vol.30, No.1, Mart 2001, 72-84.

DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan; Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.

DOĞAN Sevil; İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Ankara 2016.

DOĞAN YENİSEY Kübra; İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.

DOĞAN YENİSEY Kübra: “ İş Hukukunda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.11, 2006/4, 63-82. (Eşitlik)

DOĞAN YENİSEY Kübra; Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi, Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2016, 133-171. (Mesleki Faaliyet)

DOĞAN YENİSEY Kübra; İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, Seminer İstanbul, 21 – 22 Kasım 2014, İstanbul 2017, s. 34.

DURAL Mustafa; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya Da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması), Sermaye Piyasası Kurulu, 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998, 97-107.

DURAL Mustafa/ SARI Suat; Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2011.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan; Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2013.

EDİS Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. Bası, Ankara 1983.

EKMEKÇİ Ömer; Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, 100-119.

EKONOMİ Münir; Şirket Topluluklarında –Holdingleerde İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S.5, 2001, 3-27. (Şirket)

EKONOMİ Münir; İş Hukuku Cilt 1 Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984. (Ferdî)

EKONOMİ Münir; Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008. 231-266. (Ödünç İş)

EKONOMİ Münir; 4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.12, Aralık 2008, 5-23. (Sayısal)

ENGİN Murat; Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul 1993.

ENGİN Murat; İşveren Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 1997, 107-134. (İşveren Kavramı)

ENGİN Murat; İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, İstanbul 2003. (İşletme)

ERDEMİR M. Aymelek; İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Ankara 2015.

ERDENK Erdem; İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler, İstanbul 2008.

EREN Erol; Stratejik Yönetim ve İşletme Politikası, İstanbul 2002. (Stratejik)

EREN Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012. (Genel)

EREN Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Ankara 2015. (Özel)

ERİŞİR Evrim; Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.

ESENER Turhan; İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.

EVREN Öcal Kemal; Birlikte İstihdam Kavramı, Terazi Hukuk Dergisi, S. 49, Yıl 5, Eylül 2010, 73-80.

FREEMAN Harris / GONOS George; Amicus Brief of Labor Relations and Research Center, U. Mass., Amherst in Browning-Ferris,NLRB RC-109684, 26 June 2014, 1-32.

FREEMAN Harris; “Expanding Joint Employer Status: What Does it Mean for Workers and Job Creators?”, Before the Subcommittee on Health, Employment, Labor and Pensions Committee on Education and the Workforce United States House of Representatives, 1-7.

FURTUN Hakan; Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma- Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Ankara 2009.

GÖKTÜRK Kürşat; Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Ankara 2015.

GÖZLER Kemal; Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998.

GRUŠIĆ Uglješa; The European Private International Law of Employment, Cambridge 2015.

GÜNEŞ, Başak / MUTLAY, Faruk Barış; Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/3, 231-288.

GÜRZUMAR Osman Berat; Franchise Sözleşmeleri, İstanbul 1995.

GÜZEL Ali: İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, 131-284. (Karar 2010)

GÜZEL Ali: İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/1, 159-182. (Keyfilik)

GÜZEL Ali; İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987. (İşverenin Değişmesi)

GÜZEL Ali/ OKUR Ali Rıza/CANIKLIOĞLU Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2016.

HAMACHER Anno: InsO § 125 Interessenausgleich und Kündigungsschutz, Insolvenzordnung Kommentar, Herausgegeben von Jörg Nerlich/ Volker Römermann, 24. Ergänzungslieferung, 2012.

HATEMİ Hüseyin; Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, İstanbul 1979.

HERGENRÖDER Curt Wolfgang: KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, 2012, Rn. 286-295.

HOCKIN William; "Ontario Court revisits the "Common Employer" doctrine", <http://www.canadianemploymentpensionlaw.com/termination/ontario-court-revisits-the-common-employer-doctrine/> 27.03.2015.

HOGAN Aloysius; The NLRB Joint Employer Cases An Attack on American Business, Competitive Enterprise Institute, Issue Analysis 2015, No. 2.

HOZAR N. Nağme; Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkinine Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 7, Yıl 2, Eylül 2007, 199-207.

HUNOLD Wolf; Die Rechtsprechung zum Direktionsrecht des Arbeitgebers, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report, 2001, 337-347.

İNAL H.Tamer; Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009.

İREN, Ertan: İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisini İş Sözleşmesiyle Saklı Tutmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.19, Eylül 2010, 74-87.

ISLER Martina; Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung Unter besonderer Berücksichtigung von Entschädigungsfragen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 297, Zürich/St. Gallen 2010.

JENERO Kenneth A./ SPOGNARDI Mark A.; Temporary Employment Relationships: Review of the Joint Employer Doctrine under the NLRA, Employee Relations Law Journal, Vol. 21, No. 2, Autumn 1995, 127-138.

KALE Serdar; Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.

KALLEBERG, Arne L; Changing Employment Relations In the United States, Meetings of the Society for the Advancement of Socioeconomics, Madison, Wisconsin, July 8-11, 1999, 1-20.

KALKAN OĞUZTÜRK Burcu; Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.

KAPANCI Kadir Berk; Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014.

KAPLAN İbrahim; İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı –Joint Venture-, 3. Baskı, Ankara 2013.

KAR Bektaş; İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/2, 101-129. (Denetim)

KAR Bektaş; İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara 2011. (İş Güvencesi)

KARAYALÇIN Yaşar; Hukukda Öğretim-Kaynaklar- Metod- Problem Çözme, Ankara 2001.

KERVANKIRAN Emrullah; Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, 2007/3-4, 453-472.

KILIÇOĞLU Mustafa/ ŞENOCAK Kemal; İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, İstanbul 2013.

KILIÇOĞLU Mustafa; İş Güvencesi Hukukunda Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılmasına İlişkin Yargıtay Uygulaması, Yargıç Güven Çankaya'ya Armağan Semineri, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara 2008, 31-74.

KILIÇOĞLU Ahmet; Fiili Sözleşme İlişkileri, Ankara Barosu Dergisi, S.5-6, 1985, 738-752. (Kılıçoğlu Ahmet)

KIRCA Çiğdem; Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997.

KIRCA Çiğdem; Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004. (Bilgi Verme)

KIRCA Çiğdem; Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.1, 2001, 91-119. (Örtülü)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona /ARPACI Abdülkadir; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008.

KOCH Ulrich; § 181 Das Recht der Gruppenarbeitsverhältnisse, Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch 16. Auflage 2015.

KOCHER Eva; Betrieb, Arbeitgeber, Unternehmen; The Concept of the "employer" in German law, Pontignano 2000.

http://www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/atti/pontignano2000/Kocher.html#_Toc489765415 Erişim Tarihi: 25.07.2017.

KOÇ Sedef; Şirket Gruplarında İş İlişkileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003. (Şirket Grupları)

KOÇ Sedef; İş Hukukunda Birlikte İstihdam, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.107–108, Temmuz – Ağustos 2013, 177-190. (Birlikte)

KORKUT, Ömer; Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu yeliği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2006.

KREITNER Jochen, Gruppenarbeitsverhltnis, Küttner Personalbuch 2017, 24. Auflage 2017, Rn. 31.

LINDER Marc; The Joint Employment Doctrine: Clarifying Joint Legislative Judicial Confusion, Workers' Compensation Law Review, 13, 1990, 453-477.

LUNG Shirley; Exploiting the Joint Employer Doctrine: Providing a Break for Sweatshop Garment Workers, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 34, Issue 2, Winter 2003, 291-358.

MANAV Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009. (Fesih)

MANAV, Eda: İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.25, Mart 2012, 136-157.

MOLLAMAHMUTOğLU Hamdi/ ASTARLI Muhittin/ BAYSAL Ulaş; İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.

MOROğLU Erdoğan; Adi Şirkete Dair, Makaleler, İstanbul 2006, 257-267.

MORT, Geoffrey A.; "NLRB McDonald's Ruling and Franchisors", New York Law Journal, 3 Kasım 2014, <http://www.newyorklawjournal.com/id=1202675246537/NLRB-McDonalds-Ruling-and-Franchisors?slreturn=20150027064604> Erişim Tarihi: 27.01.2015

MUCUK İsmet; Modern İşletmecilik, 16. Basım, İstanbul 2008.

MÜLLER Knut; German Labour Court Procedure- Alman İş Mahkemeleri Usulü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, 39-88.

NARBAY Şafak/DELİDUMAN Seyithan: Alman Federal Mahkemesinin Dış- Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı, Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.1., İstanbul 2002, 577-594.

NARMANLIOĞLU Ünal; İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre İle Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç "Geçici" İş İlişkisi), Sicil İş Hukuku Dergisi, S.23, Eylül 2011, 15-21. (Geçici Süre)

NARMANLIOĞLU Ünal; İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul 2013. (Toplu İş İlişkileri)

NAZLI Seçkin; Özel İş Aracılığı, İstanbul 2009.

NEUNER Jörg; Die Rechtsfindung contra legem, 2. Auflage, München 2005.

ODAMAN Serkan; Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007.

OĞUZ Fuat/ KENT Bülent; Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler, İstanbul Ticaret Odası, 2011.

OKUR Zeki; İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2013.

OKUR Ali Rıza; İHU, İŞK.14, (No:26). (İHU)

ÖKTEM SONGU Sezgi; İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme, Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, 1057-1098.

ÖRÜCÜ Edip; Modern İşletmecilik, 9. Baskı, Bursa 2013.

ÖZTEK Selçuk/MEMİŞ Tekin; Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2008, 195-216.

ÖZVERİ Murat; Kriz Koşullarında İş Yasası Uygulama Sorunları, Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma Çalışma Hukuku 1. Sempozyum, 2009, 33-57.

PAŞAOĞLU Didem; Yönetim ve Organizasyon, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, No. 2944, Eskişehir 2013.

PİRİM Ceren Zeynep; Uluslararası Hukukta Hakkaniyetin Normatif Niteliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, S.26, Nisan 2016, 169-201.

PLUMP Carolyn M./ KETCHEN David J.; Navigating The Possible Legal Pitfalls Of Virtual Teams, Journal Of Organization Design, Vol.2, No.3, 2013, 51-55.

POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin; Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014.

POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin; Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, İstanbul 2017. (C.2)

PRASSL Jeremias; The Concept of the Employer, Oxford 2015.

PREIS Ulrich; BGB § 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage, 2017.

PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara 2016. (Şirketler)

PULAŞLI Hasan; Alman Hukukundaki Adi Ortaklığın Hak ve Taraf Ehliyetinin Türk Hukukunda Adi Ortaklığa Uygulanabilirlik Sorunu, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.2, Nisan 2014, 123-146. (Adi Ortaklık)

REHBINDER Manfred; Schweizerisches Arbeitsrecht, 15.Auflage, Bern 2002.

REID Brad; Who is an Employee, Joint Employee, or Independent Contractor? The Huffington Post, 30.10.2014, <http://www.huffingtonpost.com/brad-reid/who-is-an-employee-joint-b-5744774.html> Erişim 2.11.2014.

REİSOĞLU Safa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul 2013.

RUBINSTEIN Mitchell; Employees, Employers, and Quasi-Employers: An Analysis of Employees and Employers Who Operate in the Borderland Between an Employer-and-Employee Relationship, 2012, University of Pennsylvania Journal of Business Law, Vol.14/3, 605-659.

RUCKELSHAUS, Catherine/ SMITH, Rebecca/ LEBERSTEIN, Sarah/ CHO, Eunice ; Who's The Boss: Restoring Accountability for Labor Standards in Outsourced Work, National Employment Law Project, New York, May 2014.

SAĞLAM İpek; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2008, 153-161.

SAYMEN Ferit H.; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.

SCHLEWING Anja; ArbGG § 2 Zuständigkeit im Urteilsverfahren, Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Auflage, 2013.

SCHLIEMANN Harald/ ASCHEID Reiner; Das Arbeitsrecht im BGB: Kommentar, 2. Auflage, Berlin 2002.

SCHOONER Steven L./ SWAN Collin D. ; Suing The Government As A 'Joint Employer'- Evolving Pathologies Of The Blended Workforce, Government Contractor Information and Analysis on Legal Aspects of Procurement Vol. 52, No. 39 October 20, 2010.

SCHUBERT Claudia; The Case Of AFOA V. Port Of Seattle: A German Point Of View, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 36, 149-158.

SERAHSÎ Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed B. Ahmed; Mebsût- 1000 Yılın İslam Fıkhı Temel Eseri Deliller ve Hükümler- Editör: Mustafa Cevat Akşit, C. 15, İstanbul 2008.

SEROZAN Rona; "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, 1968, 108- 129.

SEYMOUR Richard T.; Atypical Employers And the Workers They Hire: A U.S. Perspective, Third Transatlantic Conference Employment Lawyers Association and the American Bar Association Section of Labor and Employment Law London, United Kingdom, October 7 2013, 2-12.

SHAPIRO Nancy M./ MINSKY Koskie; Common Employer – An Update on the Common Law Doctrine, LLP, 1-12.

SIEBERT Walter V./ WEBBER N. Dawn, Joint Employer, Single Employer and Alter Ego, Labor Lawyer, Vol. 3, No. 4, 1987, 873- 887.

SOYER Polat: Genel İş Koşulları, İstanbul 1987.

SOYER Polat; "4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.1, Mart 2006, 16-28. (Asıl İşveren)

SÖZER Ali Nazım; Hukukta Yöntembilim, 4. Baskı, İzmir 2013.

SPERMANN Alexander; The New Role of Temporary Agency Work in Germany, IZA Discussion Paper No. 6180, November 2011 Bonn.

STARR Michael / SOKOL Howard; The Labor Board Signals Change to the Joint-Employer Doctrine, The New NLRB Rule Will Likely Require Businesses to Bargain as to Workers They Do Not Actually Employ, <http://www.hklaw.com/publications/the-labor-board-signals-change-to-the-joint-employer-doctrine-05-29-2014/> Erişim: 3.4.2017.

SUR Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 6. Baskı, Ankara 2017.

SÜZEK Sarper; İş Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2016.

ŞAKAR Müjdat; Birlikte İstihdam, Yaklaşım Dergisi, S. 233, Mayıs 2012, 150-155.

ŞEN Murat; İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005.

ŞENER Oruç Hami; Adi Ortaklık, Ankara 2008.

ŞİMŞEK Bahar; Franchising Sözleşmesi, Ankara 2016.

TAŞKENT Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981. (Yönetim)

TAŞKENT Savaş; İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, 161-204. (Karar 2009)

TAŞKENT Savaş/ KURT Dilek; Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi, Kamu İş, Nisan 2013, 1-8.

TAŞKIN Ahmet; İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi ve Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Mart 2012, 60-91.

TEKİNALP Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013.

TEKİNALP Ünal; Tek Kişilik Ortaklık, C.1, Tek Payscaleli Anonim Ortaklık, İstanbul 2011. (Tek Kişi)

TEKİNALP Gülören/ TEKİNALP Ünal; Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, 143-176.

TEKİNALP Gülören/ TEKİNALP Ünal; Perdeyi Kaldırma Teorisi, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, 387- 404. (Perdeyi Kaldırma)

TEKİNAY Selahattin Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TELLA Maria Jose Falcon y, Equity and Law, Çeviren: Peter Muckley, Leiden Boston 2008.

TIERCE, Michael G.; The Joint Employer Doctrine Under The Federal Migrant And Seasonal Agricultural Workers Protection Act, Rutgers Law Journal, 1986-1987, Vol.18., 863-897.

TOPALOĞLU Mustafa; Maden Hukuku, Adana 2011.

TULUKCU N.Binnur: Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere ile İş Sözleşmesinin Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.18, Haziran 2010, 129-142.

TULUKCU, N.Binnur: Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 1099-1141. (Süzek'e Armağan)

TUNCAY Can/ SAVAŞ F.Burcu; Toplu İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013.

TUNCAY Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.

ULRICH Christoph /VOSSEN Reinhard: § 43 Ordentliche Kündigung, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Herausgegeben von Wilhelm Moll, 3. Auflage 2012.

ULRICH Christoph; § 77 Das Urteilsverfahren, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht 4. Auflage 2017.

ULUCAN Devrim: Feshin Geçerlilik Denetiminde Ekonomik ve Teknolojik Nedenler, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, İstanbul 2010, 5-31.

ULUCAN Devrim: İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXXIV Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı 2016, 757-764. (Perdenin Kaldırılması)

UŞAN M. Fatih; 4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 9, Özel S., 2007, 211-271.

UŞAN M. Fatih; İşyeri Uygulaması-İşverenin Yönetim Hakkı-İşyerinin Değiştirilmesi-Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi-Bildirimli Fesih-İhbar ve Kıdem Tazminatı, (Karar İncelemesi), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2, 1999, 391-406. (İşyeri Uygulaması)

UŞAN M. Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara 2009. (Temel Esaslar)

UZUN, Bekir: Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, Haziran 2006, 48-59.

UZUN Pınar/UGUR Aynaz; Adi Ortaklık Kavramı ve 29.01.2001 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı Işığında Adi Ortaklığa Tüzel Kişilik Tanınması, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.1, Şubat 2014, 67-93.

VENEZIANI Bruno; The Employment Relationship, The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004, Editörler: Bob Hepple, Bruno Veneziani; North America 2009.

VISEGRADY Antal; Judge-Made Law and The Effective Legal System, Fiat Iustitia No. 1/2015, 213-223.

WEARS, Katherine Hannan/ FISHER, Sandra L. ;Who is an Employer in the Triangular Employment Relationship? Sorting Through the Definitional Confusion, Employee Responsibilities and Rights Journal, 2012, Vol. 24, 159–176.

YAVUZ Nihat; Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kuramı Açısından Yargıtay Uygulamasına Eleştirel Bir Yaklaşım (I) , Yargıtay Dergisi, C.10, S.4, Ekim 1984, 448-466.

YENİOCAK Umut; Franchise Sözleşmesi, Ankara 2016.

YILMAZ Halil; Türk İş Hukukunda Bireysel İş ilişkileri Açısından İşveren Vekilliği, Ankara 2012.

YILMAZ Asuman; Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010. (Güvenden)

YILMAZ Asuman; İsviçre Federal Mahkemesi'nin "Swissair Kararı", BATİDER, C. 25, S. 2, 2009, 429-445. (Swissair)

YILMAZ Lerzan; Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, Mahmut R. Belik'e Armağan, İstanbul 1993, 475-492. (Joint Venture)

YILMAZ Lerzan; Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2008, 233-259. (Perdenin Kaldırılması Meselesi)

YÜCEL BODUR Mehtap; İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü, İş ve Hayat Dergisi, Yıl 1, S. 2, 2015, 137-167.

YÜKSEL Kemalettin; Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması Ligting the Corporate Veil, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2008, 261-276.

ZIMMERMANN Reinhard, Characteristic Aspects of German Legal Culture, Introduction to German Law, Editors: Reimann Mathias/Zekoll Joachim, 2. Edition, Hague 2005.

ZIMMERMANN Andre; New Restrictions for Temporary Agency Work in Germany in 2017, <http://blogs.orrick.com/employment/2016/10/28/new-restrictions-for-temporary-agency-work-in-germany-in-2017/> Erişim Tarihi: 06.08.2017.

İnternet Kaynakları

“JointEmployment”,
[https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_\(US_Law\)#cite_note-10](https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_employment_(US_Law)#cite_note-10) (28.1.2015)

“Niş Pazarlama Nedir”, <http://www.pazarlamamakaleleri.com/nis-pazarlama-nedir/> (7.2.2017)

“29 CFR 791.2 - Joint employment”, <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2> (7.2.2017)

“Joint employer coverage” <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/825.106> (28.1.2015)

“Suffer or Permit to work”,
https://www.hram.org/files/8614/2670/5340/Supplemental_Information_on_Hours_Worked_and_Travel_Time.pdf (5.8.2017)

European Franchise Federation, “Franchising: definition & descriptions”, <http://www.eff-franchise.com/101/franchising-definition-description.html> (07.09.2016)

“Top 500 European Franchises – Ranking”

<http://www.franchiseeurope.com/top-500/> (20.08.2017)

“NLRB Office of the General Counsel Issues Consolidated Complaints Against McDonald's Franchisees and their Franchisor McDonald's, USA, LLC as Joint Employers”, <https://www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlrb-office-general-counsel-issues-consolidated-complaints-against> (10.05.2017)

NLRB, “Who we are?” <https://www.nlr.gov/who-we-are/board> (14.05.2017)

“Recent Decision Clarifies “Joint” and “Single” Employer Liability”, <http://pospislaw.com/2013/08/16/recent-decision-clarifies-joint-and-single-employer-liability/> (3.4.2017)

“Practice Guide, Jurisdiction and applicable law in international disputes between the employee and the employer”, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/employment_guide_en.pdf (20.7.2017)

“Washington Supreme Court Holds Joint Employer Liability Available under Minimum Wage Act” <http://us.practicallaw.com/1-577-9065?q=&qp=&qo=&qe=> (28.01.2015)

Yargıtay kararları için, www.lexpera.com.tr

Yargıtay kararları için, www.kazanci.com.tr



GAZİLİ OLMAK AYRICALIKTIR...

