

Pratik Olay 1 (18.03.2022)

(A), (B) inşaat şirketi ile 23.01.2019 tarihinde imzaladığı sözleşme gereği; iş sahibi (U) Konut Yapı Kooperatifi'nden yükümlendiği inşaat sözleşmesi nedeniyle (B) ile Kooperatif arasında irtibat, organizasyon, şifahi danışmanlık işlerini müşavir olarak üstlenmiş bu sözleşmenin 2. maddesinde *"Müşavir bu üstleniminden dolayı iş sahibinin (U) Konut Yapı Kooperatifi'nden alacak olduğu tüm hak edişlerinde geçerli olmak ve hak edişlerden tüm kesintiler mahsup edildikten sonra kalan bakiyenin %7'sini iş sahibi müşavire ücret olarak ödemeyi kabul ve taahhüt etmiştir. Bu ödemeler, kooperatif tarafından işverene yapılan ödemeler tarihinde muaccelliyet kazanır ve ödenir."* denilmektedir. Ayrıca sözleşmenin 3. maddesinde *"işveren ve (U) Konut Yapı Kooperatifi arasındaki sözleşme fesih olunur ise, bu sözleşme de fesih tarihi itibari ile hükmünü yitirir. Ancak sözleşme hükümden düşmeden önceki dönemde müşavirin hak ettikleri de müşavire ödenir."* hükmü yer almaktadır. (A)'nın (B) inşaat şirketi tarafından 23.09.2019 tarihinde SSK'ya bildirim yapılmıştır. (B) ile (U) Kooperatifi arasında 23.01.2019 tarihinde sözleşme düzenlenmiş bu sözleşme 17.02.2022 tarihinde yönetim kurulu tarafından feshedilmiştir. (A) tarafından noter kanalıyla 20.09.2021 tarihinde (B) şirketine sigortasını eksik göstermesini, hiç müşavirlik ücreti ödenmemesi ve bu ücretin ödenmesi hususunda ihtarname gönderilmiştir. (B) ise bu ihtarnameye karşılık 04.10.2021 tarihinde noter kanalıyla Kooperatiften herhangi bir ücret tahsil edilemediği ve (A)'nın müşavirlik ücretini hak edecek herhangi bir hizmeti bulunmadığı için ödeme yapılmadığı hususunda cevap göndermiştir. 03.02.2022 tarihinde ise (A) ile (B) arasında 2 yıllık süresi olan sözleşme, (B) tarafından sözleşmede kararlaştırılan koşulların (A) tarafından yerine getirilmemesi gerekçe gösterilerek ihtarname yolu ile feshedilmiştir. (A) bunun üzerine alacaklarının tahsili için dava açmıştır. Banka dekontlarından (A)'ya (U) Konut Yapı Kooperatifi tarafından 35.000 TL ödendiği anlaşılmaktadır. Aynı zamanda (A)'nin 30.06.2016 tarihli genel kurul kararı ile 4 yıllığına yönetim kurulu üyesi olarak seçildiği bilinmektedir.

SORULAR

- 1) Taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği nedir? Açıklayınız. İş sözleşmesi ile diğer iş görme sözleşmeleri arasında ne gibi bir fark bulunmaktadır?
- 2) (A)'nın SSK'ya bildirimının yapılmış olması sözleşmenin niteliğini etkiler mi? Açıklayınız.

CEVAPLAR

- 1) İş Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen tanıma uygun olarak iş sözleşmesi, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır.

İş sözleşmesinin belirlenmesinde bağımlılık unsurunun varlığı zorunlu bulunmakla birlikte bunun ne tür bir bağımlılık olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. İş sözleşmesinde bağımlılık ilişkisini bir ekonomik veya teknik bağımlılık olarak değil, kişisel/hukuki bağımlılık olarak açıklamak gerekir. Çünkü işverenin otoritesi altında çalışan, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş görmek zorunda olan işçinin iş sözleşmesinde bağımlılığı daha ziyade kişiliği ile ilgilidir. Diğer bir deyişle, iş sözleşmesinin özünde diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak bir otorite/bağımlılık ilişkisi vardır ve işveren işçinin kişiliği üzerinde başka sözleşmelerde bulunmayan bazı hak ve yetkilere sahiptir. İşçi iş görme borcunu işverenin yönetim, gözetim ve denetimi altında yerine getirir. Diğer iş görme sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek talimatlar genellikle sadece edim sonucuna yöneliktir. Oysa iş sözleşmesinde işveren vereceği talimatlarla işçinin edimini, bu edimin yerine getirilmesi süreci içinde organize eder.

İş hukukunun esnekleştirilmesi taleplerine yol açan dünyadaki ekonomik ve teknolojik gelişmeler bazı durumlarda iş sözleşmesinde klasik anlamda bağımlılık ilişkisinin zayıflaması sonucunu yaratmaktadır. Ancak, iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun ortadan kalktığı veya önemini yitirdiği sonucuna varılamaz. Bu durumda yapılacak iş, bağımlılık unsurunu daha esnek bir ölçüde bağlı olarak değerlendirmekten ibarettir. Bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı durumlarda taraflar arasında iş sözleşmesinin varlığını tespit etmek için batı ülkelerinde “*işçinin işverene ait iş organizasyonu içinde onun yararına iş yapması*” bağımlılık unsurunun ölçütü olarak kabul görmüştür. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu da işyerini, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olarak tanımlayarak (m. 2/3), sözü edilen ölçüde pozitif bir değer kazandırmıştır.

Bununla beraber, başkasının iş organizasyonunda işin görülmesi ölçütünü gereğinden fazla geniş anlamda değerlendirmemek gerekir. Örneğin, işverenin işyeri için sürekli mal üreten ancak kendi işletmesini işleten girişimciler işverenin iş organizasyonu içerisinde değerlendirilemezler.

Bağımlılık unsuru iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden temel unsurdur. İstisna sözleşmesinde, taraflardan birinin (müteahhit) ücret karşılığında diğer tarafa (iş sahibi) bir şeyin (eserin) yapılmasını üstlendiği bir sözleşmedir (BK m. 355)

“Eser” kavramı inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan “inşaat eseri” kavramından daha kapsamlıdır. Çünkü “inşa eseri” mutlaka maddi, cismani bir şey olduğu halde, “eser” maddi olabileceği gibi, manevi bir emek ürünü de olabilir. Diğer taraftan, inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan “inşa eseri” genellikle “taşınmaz eser” niteliğinde olurken, eser sözleşmesinin konusunu oluşturan “eser” ilke olarak “taşınır eser” niteliğinde olmaktadır. Eser Borçlar Kanunu m. 58'de anılan sadece imal olunan şey kavramını son derece aşmaktadır. İstisna sözleşmesi arza bağlı taşınmaz eşyaları da kapsadığı gibi, arza bağlı olmayan taşınır şeyleri ve emek ürünü olup maddi bir varlığı

bulunmayan sonuçları da kapsamaktadır. Ancak Yargıtay eser kavramının çok da geniş tutulmayıp bu kavramı yalnız malzeme ile ilgisi olan maddi eserlere hasretmek yanlısıdır. Türk Hukuku'nda baskın görüşe göre maddi bir şeyde tecessüm etmeyen fikir sanat veya spor çalışmaları veya gösterilerine ait sözleşmelere istisna sözleşmesinin değil vekalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması uygun bulunmaktadır.

Vekalet sözleşmesinin de konusu bir iş görmektir ancak bu sözleşmede ne iş sözleşmesine ait zaman unsuru ne de istisna akdine ait eser unsuru vardır. Vekaletin konusu istisna sözleşmesinden daha genel bir nitelik taşır. Vekil belli bir sonucun elde edilmesi için değil, belli bir yönde çalışmak üzere taahhüt altına girer. Bu nedenle çalışma sonucunda istenilen sonucun meydana gelip gelmediği önem taşımaz ve vekalet istisna akdinden farklı olarak ücretsiz de olabilmektedir. Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin 1. fıkrasına göre vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile kendisine yükletilen işin yönetilmesini veya hizmetin ifasını üstlendiği bir sözleşmedir. Vekalet, iş görme sözleşmeleri açısından genel nitelik taşıdığından yapılan iş herhangi bir iş görme sözleşmesinin çerçevesine sokulamıyorsa vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanır. (BK m. 389/1) Vekalet sözleşmesinde de vekil müvekkilin açık olan talimatı ile bağlı ise de, iş sözleşmesinden farklı olarak işin yapılması sürecinde işverenin emir ve otoritesi altında olmaksızın, istediği yer ve zamanda işi bağımsız bir şekilde yerine getirir.

Somut olay bakımından taraflar arasında imzalanmış bulunan sözleşmeye göre: “*İş sahibinin (U) Konut Yapı Kooperatifinden yükümlendiği inşaat sözleşmesi nedeni ile kooperatif arasında irtibat, organizasyon şifahi danışmanlık işlerini*” müşavir üstlenmiştir. (A)'nın müşavir olarak bu sözleşme gereği iş görme borcu (B) ile kooperatif arasında irtibat, organizasyon ve şifahi danışmanlık hizmetlerinin yürütülmesinden ibarettir. Müşavir tarafından bir sonucun veya bir eserin taahhüt edilmesi söz konusu olmadığı ve ayrıca bunun da zaman unsuru ile sınırlanamadığı görüldüğünden, taraflar arasında kurulan sözleşme vekalet sözleşmesidir. Taraflar arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. ***Çünkü iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan bağımlılık unsurunun varlığını taraflar arasındaki ilişkide görmek mümkün değildir.*** (A)'nın (B)'nin emir ve talimatı altında iş görmesi söz konusu olmadığı gibi, aksine (A) tam bir bağımsızlık içinde davalı ile kooperatif arasında irtibat, organizasyon ve şifahi danışmanlık işlerini üstlenmiştir. Esasen üstlenilen şifahi danışmanlık, irtibat ve organizasyon işinin doğası gereği işverenin emir ve talimatı altında yürütülmesine olanak bulunmamaktadır.

- 2) A'nın SSK ya bildirilmiş olması da sözleşmenin niteliğini etkileyecek nitelikte bir unsur olarak değerlendirilemez. Taraflar arasında imzalanan sözleşme 23.01.2019 tarihli olup, (A)'nın (B) tarafından SSK'ya bildirim yapıldığı tarih 23.09.2019 tarihidir. (A) SSK'ya eksik bildirim varlığından söz etmektedir. Oysa davalı tanıkları davacıya bu sözleşmeden ayrı olarak, iş takibi işinin verildiğini ve sigortasının bundan dolayı yapıldığını beyan etmişlerdir. (B) (A)'yı 23.09.2019-01.07.2021 tarihleri arasında SSK'ya bildirmiştir. Ancak bu bildirimlerin müşavirlik sözleşmesinden kaynaklanmadığı, ***iş takibine ilişkin başka bir işten kaynaklanmaktadır.*** Zira SSK bildirim yapılmış olması için sigortalının kazancının tespiti gereklidir. Sigortalının kazancı ise aldığı ücretle ilgilidir. (A) bu döneme ilişkin kazanç bildirimlerine itiraz etmemiş; eksik sigortalılık itirazında bulunmuştur. Bu nedenle (A)'nın SSK ya bildirim yapılmış olması 23.01.2019

tarıhli sözleşmenin vekalet olduğu yönündeki olguyu etkileyecek nitelikte değildir. Zira Yargıtay 10 Hukuk Dairesi 18.6.1990 tarihli ve E:1990/2951, K:1990/6089 sayılı kararında belirtildiği gibi “Uyuşmazlık taraflar arasındaki ilişkinin hizmet akdine dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır. Çalışan Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinin öngördüğü çerçeve içinde ve "zaman" ile "bağımlılık" unsurlarını içerir biçimde çalışmaktaysa, oradaki çalışma ilişkisi hizmet akdine dayanıyor demektir. Bilindiđi gibi "zaman" unsuru, çalışmanın işgücünü, belirli ya da belirli olmayan bir süre içinde işverenin buyruğunda bulundurmasını kapsar. Hiç kuşkusuz, çalışan, bu süre içinde işveren veya vekilinin buyruğu ve denetimi altında (bağımlı olarak) edimini yerine getirecektir. Burada sözkonusu olan bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. Bununla birlikte sigortalı sayılabilmek için bunlardan ayrı olarak hizmet sözleşmesinin öngördüğü edimin işverene ait işyerinde görülmesi koşulunun da gerçekleşmiş bulunması gerekir. Bu suretle, özellikle bağımlı çalışma unsurunun işveren için kolayca uygulanma olanağı sağlanmıştır. Başka bir deyişle sigortalı sayılabilmek için, hizmet sözleşmesindeki bağımlılığın üstünde, gerçekleştirilmesi mümkün gerçek bağımlı çalışma koşulu aranacaktır. Yok, eğer çalışan, işgücünü, belirli ya da belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak, işverenin buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi, Borçlar Kanunu 'nun 355. maddesi gereği istisna akdine dayanıyor demektir”. Kaldı ki bir an için SSK'ya yapılan bildirim müşavirlik sözleşmesine dayandığı düşünülse bile, sözü edilen bildirim yerinde olmadığı sonucu ortaya çıkar. Zira davacı iş sözleşmesine dayalı olarak çalışmamakta, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesinde sayılan sigortalı olanlar arasında da yer almadığına göre, yapılan bildirim yersizdir.

Pratik Olay 2 (18.03.2022)

Taşeron (A) Organize Sanayi Bölgesi Altyapı İnşaat İşleri'ni açılan ihale sonucu 24.12.2020 tarihi itibari ile almıştır. İşveren (A), işçi (B) ile 31.03.2021 tarihli iş sözleşmesini imzalamıştır. Bu sözleşmenin 7. maddesi uyarınca, sözleşmenin harita ölçüm işlerinin tamamlanması ile sona ereceği belirtilmiştir. İşlerin tamamlanması üzerine (B)'ye sözleşmenin sona erdirildiği bildirilmiş, ancak (B) 9 ay daha çalıştırıldığı iddiası ile iş mahkemesine müracaat ederek ihbar tazminatı talebinde bulunmuştur.

SORULAR

- 1) İşveren (A) ile işçi (B) arasında imzalanan sözleşmenin türü nedir? Neden?
- 2) İşçi (B)'nin sözleşmesinin sona ermesinden sonra 9 ay daha çalıştırıldığı iddiasıyla ihbar tazminatı talebi yerinde midir?

CEVAPLAR

- 1) İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Gerçekten işin süresi, kanunda açıkça “*işin tamamlanması*” şeklinde ifade edilen, bina yapımının bitmesi, kazan veya makinenin fabrikaya monte edilmesi, sıva ve mozaik işlerinin tamamlanması, bir projenin bitirilmesi gibi, işin niteliği itibarı ile mutlaka belirli şekilde gerçekleşen olaya bağlanabilir. Taraflar arasında imzalanan 31.03.2021 tarihli sözleşmenin, sözleşme süresini düzenleyen 7. maddesi uyarınca sözleşmenin harita ölçüm işlerinin tamamlanması ile sona ereceği vurgulanmıştır. Davalının aldığı iş OSB'nin alt yapı işleridir. Buradaki iş niteliği gereği belirli süreye bağlanabilecek niteliktedir. Gerçekten harita ölçüm işlerinin tamamlanması, işlerin bitmesi nedeni ile sözleşmenin süresinin dolması nedeni ile sona ermesi mümkündür.
- 2) Davacı (B) belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesine rağmen, 9 ay daha çalıştırıldığı iddiasındadır. Bu iddianın doğruluğu olaydaki verilen bilgilerden anlaşılmamaktadır. İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca belirli süreli sözleşmenin yazılı yapılması koşulu aranmaktadır. Bu nedenle belirli süreli sözleşmenin yazılı olarak yapılması koşulu gerçekleşmemiştir. Eğer iş bitmemiş olsaydı, davacının bunu kanıtlaması şartı ile belirli süreli sözleşmenin süresinin sona ermesinden önce haksız surette feshi nedeniyle kalan süreye ilişkin ücret tutarını isteme hakkı doğabilecektir. Ancak bunun için davacının öncelikle harita ölçüm işinin sona ermediğini kanıtlaması gerekir. Bu iddianın kanıtlanmış sayılmasına dayanak olabilecek ibare bulunmadığından belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolması nedeni ile kendiliğinden sona erdiği kabul edilerek davacı (B)'nin ihbar tazminatı talep etme hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir.