

ANONİM ORTAKLIK İLE İŞÇİLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİDE YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN HUKUKİ DURUMU

Ar. Gör. Gökmen Gündoğdu*

Ar. Gör. Hasan Kaplan**

I. Genel Olarak

İşveren ve işveren vekili kavramları Türk hukuk uygulamasında önemi haiz olup, bu kavramlar gerçek kişilerde kolayca teşekkül edebilmekle birlikte, niteliği gereği tüzel kişilerde durum özellik arz edebilmektedir. Bu nedenle tüzel kişi işverenler açısından işveren ve işveren vekili kavramları ve bu bağlamda organın durumu ele alınmalıdır. Bu çerçevede bu çalışmada tüzel kişi işverenler yönünden tüzel kişi organlarının ve özellikle yönetim kurulu üyelerinin, tüzel kişi işverenin işçileri karşısındaki durumları incelenmiştir.

Konu, özelliği gereği, ticaret hukuku ve iş hukukunun kapsamına girmektedir. Çalışmamızda öncelikle iş hukukundaki işveren ve işveren vekili kavramları incelenecek, ardından yönetim kurulu üyesi sıfatının kazanılmasına ve ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine değinilecektir. Son olarak da, yönetim kurulu üyesinin işveren vekili sayılabiliş sayılamayacağı meselesi doktrindeki görüşler ve Yargıtay uygulaması açısından incelenecek ve bu konudaki kanaatimiz aktarılacaktır.

* Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü.
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

** Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü.
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

II. İşveren Ve İşveren Vekili Kavramları

A. İşveren Kavramı

Hukumumuzda işveren kavramını tanımlayan temel düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu'dur (İŞK). Kanunumuz işvereni "*İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren (...) denir*" şeklinde tanımlamaktadır¹ (İŞK m. 2/I). Bu bağlamda belirtilmelidir ki, İŞK bu tanıma yaparken işçi kavramını esas almıştır².

Benzer şekilde Deniz İş Kanunu (m. 1/I, 2/A), Basın İş Kanunu (m. 1 ve 4) ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na (m. 2/I) göre de, bir iş sözleşmesine dayalı olarak işçi (gemi adamı, gazeteci, sigortalı) çalıştıran kişiler işveren sayılırlar.

Sendikalar Kanunu'nda (SenK) ise (m. 2/IV) işveren "*İşçi sayılan kimseleri çalıştıran gerçek veya tüzelkişiye ve tüzelkişiliği olmayan kamu kuruluşlarına denilir*" şeklinde tanımlanmakta ve devamında "*bir adi şirkette fiziki veya fikri emek arzı suretiyle ortak olanların dışındaki ortaklar da bu Kanun bakımından işveren sayılırlar*" hükmü yer almaktadır (m. 2/V). Ayrıca bu kanunun uygulaması bakımından işveren vekillerinin de işveren sayılacağı kabul edilmiştir (m. 2/VII).

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ise "*İşyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatıyla toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmede taraf olarak hareket eden kimse, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır*" diyerek, işveren kavramının sınırlarını genişletmiştir (m. 62/II).

B. İşveren Vekili Kavramı

İŞK m. 2/IV hükmüne göre "*İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir.*" İşverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işveren vekili, hem işçi hem de işveren vekili sıfatına sahiptir³. Ayrıca İŞK

¹ Tüzel kişi işveren bir özel hukuk tüzel kişisi (şirket, dernek, vakıf, sendika vb.) olabileceği gibi, kamu hukuku tüzel kişisi de (üniversite, belediye vb.) olabilir. Ayrıca tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar da işveren sayıldığından, işçi çalıştıran ve tüzel kişiliği olmayan bakanlıklar gibi kamu kurumları ve adi şirket gibi özel hukuk kuruluşlarının da işveren sayılacağı ifade edilmektedir. (Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 130; Bekir UZUN, İş Yasasının Temel Kavramları, Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul 2004, s. 19).

² A. Murat DEMİRCİOĞLU/Tankut CENTEL, İş Hukuku, 12. bası, İstanbul 2007, s. 49; SÜZEK, s. 130.

³ SÜZEK, s. 149. Yasada "yönetimde görev alma" unsuru yeterli sayıldığından, işyerinin veya işletmenin *bütünü* yönetmek koşulu aranmamaktadır. Ayrıca taraflar arasındaki ilişkinin kaynağını genellikle iş sözleşmesi oluşturmasına rağmen, temsil yetkisinin başka bir sözleşmeden (örneğin vekâlet) doğması da mümkündür. İşverenle işveren vekili arasındaki ilişki iş sözleşmesine dayanıyor ise, işveren vekili işverene karşı işçi; işçilere karşı ise işveren vekili sıfatı (çift görünümlü bir nitelik) taşır (SÜZEK, s.

m. 2/IV'te "İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur." denilerek, işveren vekilinin yaptığı hukuki işlemlerin başka herhangi bir işleme gerek olmaksızın işvereni bağlayacağı kabul edilmiştir⁴.

SenK, İşK'ya göre bu kavramı daha dar bir şekilde ele almıştır.⁵ SenK m. 2/VI ve 2/VII'ye göre "İşveren vekili: İşveren sayılan gerçek ve tüzelkişiler ve tüzelkişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olanlara denilir.

İşveren vekilleri bu Kanun bakımından işveren sayılırlar."

Bu hükümler dikkate alındığında, işletmenin bütününe yöneten işveren vekili işveren sayılacak, işçi sendikası yerine işveren sendikasına üye olacak ve toplu iş sözleşmesinden de yararlanamayacaktır.⁶ Ancak, işletme veya işyerinin bir kısmını yönetenler SenK bakımından işveren vekili sayılmadıkları için işçi sendikasına üye olabileceklerdir⁷.

İşveren vekilinin işveren adına yaptığı işlemlerden dolayı işverenin işçilere karşı hukuki sorumluluğu ile ilgili olarak İşK m. 2/IV'te "İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur." hükmü yer almaktadır. Bu bakımdan işveren vekilinin bu işlemlerden ötürü hukuki sorumluluğunun bulunmayacağı, ancak cezai sorumluluğunun mümkün olabileceği ve idari para cezalarından da sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir⁸. Nitekim İşK m. 2/V'te yer alan "Bu Kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk

151). Nitekim İşK m. 2/IV "İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz." hükmünü taşımaktadır.

Ayrıca işveren vekili kavramının unsurları içerisinde, işveren ile işveren vekili arasında iş sözleşmesi bulunması zorunluluğu yer almadığından, aradaki ilişkinin vekâlet veya yönetim sözleşmesi ya da atipik bir sözleşmeye dayanabileceği yönünde bkz. Vedat LAÇİNER, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren Vekili, İstanbul-1998, s. 99.

⁴ SÜZEK, s. 150.

⁵ Aynı yönde bkz. DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 53

⁶ SÜZEK, s. 131

⁷ SÜZEK, s. 152.

⁸ SÜZEK, s. 154. Yazar işveren vekilinin görevlendirildiği hallerde işverenin sorumluluğunun kendiliğinden ortadan kalkmadığını, ayrıca vekilin sorumluluğunun doğabilmesi için kendisine verilen görevi yürütebilecek teknik, hukuki veya idari alanda gerekli ehliyet ve bilgiye sahip olmasının zorunlu olduğunu belirtmekte ve işverenin sırf kendisini sorumluluktan kurtarmak amacıyla yükümlülüklerini bu konularda bilgisiz ve yetersiz işveren vekillerine bırakmasının kabul edilemez olduğunu haklı olarak ifade etmektedir (s. 154-155). Aynı yönde Murat ENGİN, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, 1993, s. 130; UZUN, s. 23-24

ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır.” hükmü bunu açıkça ortaya koymaktadır.

III. Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Durumu

A. Genel Olarak

Bilindiği gibi tüzel kişiler kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetlerini kazanır (MK m. 49). Tüzel kişi iradesini organları aracılığıyla açıklar ve fiil ehliyetini de bu organları aracılığıyla kullanır. Bu nedenle tüzel kişi ile organ arasında bir sözleşme ilişkisi değil *organik bir bağ* söz konusu olmaktadır⁹. Yani organ, tüzel kişinin bünyesine dâhildir ve onun ayrılamaz bir parçasıdır¹⁰. Dolayısıyla organın açıkladığı irade tüzel kişinin kendi iradesidir¹¹.

Tüzel kişinin fiil ehliyetini kullanan ve soyut bir kavram olan organın, iradesini dış dünyada somutlaştırabilmesi için ‘organ üyesi/üyeleri’ne ihtiyaç vardır. Bu sebeple tüzel kişi, sadece soyut bir kavram olan ‘organ’ı değil aynı zamanda ‘organ üyesi’ni de bünyesinde bulundurur. Ancak tüzel kişinin organı ile arasındaki *organik bağ*, organ üyesi için söz konusu değildir¹². Üye ile tüzel kişi arasında kurulacak bağ bir sözleşme ilişkisini gerektirmektedir¹³. Nitekim tüzel kişinin ayrılmaz bir parçası olan

⁹ Bilge ÖZTAN, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, s. 83 vd; Ersin ÇAMOĞLU (Reha POROY/ Ünal TEKİNALP), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2005, N. 543.

¹⁰ Jale AKİPEK, Türk Medeni Hukuku, C. I, Cüz II, Şahsın Hukuku, Ankara 1966, s. 274; Aynı yönde Yedigâr İZMİRLİ, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001, s. 33;

¹¹ AKİPEK, s. 274.

¹² Aksi görüş Mehmet HELVACI, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 29 vd. Yazar yönetim kurulu üyesinin de organ sayılacağı kanaatini taşımakta ve gerekçesini, EMK m. 48/II (MK m. 50/II) ile TK m. 336’nın sorumluluk açısından aynı sonuca varmasına dayandırmaktadır.

¹³ Halil ARSLANLI, Anonim Şirketler, C. II, Anonim Şirketin Organizasyonu, İstanbul 1960, s. 107; Oğuz İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 1989, s. 202; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), N. 543. Aradaki bağın sözleşme ilişkisi değil sözleşme benzeri bir ilişki olduğu yönünde bkz. Andreas von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Gözden Geçirilmiş ikinci Baskı, Ankara 1983 (Çev: Cevat EDEGE), s. 792, dn. 44.

unsur üye değil organın bizzat kendisidir. Organ, görev icra eden üyelere bağımsızdır¹⁴.

B. Yönetim Kurulu Üyesi Sifatının Kazanılması

Anonim ortaklıklarda idare ve temsil ile yetkili organ yönetim kuruludur (TK m. 317). En az üç kişiden oluşan yönetim kuruluna üyeler en fazla üç yıl için seçilirler (TK m. 314/I). Yönetim kuruluna ancak gerçek kişiler üye olarak seçilebilir. Tüzel kişiler üye olamaz. Ancak tüzel kişilerin gerçek kişi temsilcilerinin yönetim kurulunda yer alması mümkündür¹⁵ (TK m. 312/II).

Kural olarak anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyeleri genel kurulca seçilmektedir (TK m. 312/I). Genel kurula bu yetkiyi veren hüküm emredicidir¹⁶ ve bu yetki genel kurulun devredilmez yetkileri arasındadır.

Genel kurulun bir kimseyi yönetim kurulu üyeliğine seçmesi o kişiye karşı yapılmış bir icap niteliğindedir. Söz konusu icabın bu kimse tarafından açıkça veya örtülü olarak kabul edilmesiyle ortaklık ile üye arasında sözleşme kurulmuş olur¹⁷ ve bu andan itibaren kişi, yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanır. Yönetim kuruluna seçilebilmek için pay sahibi olmaya gerek olmasa da TK m. 312/II uyarınca göreve başlayabilmek ve dolayısıyla üye sıfatını kazanabilmek için her halde söz konusu anonim ortaklıkta hissedar olmak gerekir¹⁸. Tüzel kişilerin gerçek kişi temsilcileri için bu koşul aranmamaktadır; tüzel kişinin pay sahibi olması yeterlidir.

Yönetim kurulu üyeliği sıfatının genel kurulda seçilmekle kazanılacağı kuralı mutlak değildir. TK'da bu kurala birtakım istisnalar tanınmıştır. Bu bağlamda ilk sayılabilecek istisna, konusu kamu hizmeti olan anonim ortaklıkların yönetim kurulunda, kamu tüzel kişilerinden temsilci bulundurulabileceğini öngören TK m. 275 hükmüdür. Bunun yanı sıra üyelik maka-

¹⁴ Karş. İZMİRLİ, s. 33.

¹⁵ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (Tasarı) m. 359/I hükmü, tek bir kişiden oluşan yönetim kuruluna cevaz vermektedir. Yine m. 359/II tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyeliğine seçilmesinin önünü açmaktadır.

¹⁶ ARSLANLI, s. 9; İMREGÜN, s. 105.

¹⁷ ARSLANLI, s. 107; İMREGÜN, s. 202; Erol ULUSOY, Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Ankara 2005, s. 155.

¹⁸ Bu koşul Tasarı'da aranmamıştır (Karş. Tasarı m. 359). Bu değişikliğin gerekçesi "... Böylece hem az ortaklı anonim şirketlerde çok üyeli yönetim kurulu oluşturulmasına olanak tanınmış, hem de yapay hile-i şer'îye olan çözümlere başvurulmadan, uzman ve profesyonel yönetim kurullarının kurulabilmesinin yolu açılmıştır." olarak belirtilmiştir.

mında boşalma olduğu zaman yönetim kurulunun geri kalan üyelerine üye atama yetkisini veren TK m. 315 ve 351 hükümleri ve ani kuruluşta kuruculara ilk yönetim kurulu üyelerini belirleme yetkisini veren TK m. 303 hükmü de bu kuralın istisnaları arasında sayılabilir¹⁹.

C. Anonim Ortaklık ile Yönetim Kurulu Üyesi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmenin²⁰ hukuki niteliği konusunda görüş birliği yoktur. Konuya ilişkin görüşleri esas olarak üç sözleşme türü çerçevesinde ele almak mümkündür.

Özellikle Alman hukukunda savunulan bir görüş, anonim ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkiyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir²¹. Bu görüşü savunanlar, yönetim kurulu üyelerinin belirli bazı iş ve işlemleri değil, diğer organların yetki alanına girmeyen bütün idare ve temsil ile ilgili iş veya işlemleri devamlı olarak belirli bir süre için ifa ile yükümlü olmalarından hareket etmişlerdir. Ancak hizmet sözleşmesinde ücretin asli unsurlar arasında yer almasına rağmen yönetim kurulu üyeleri için ücretin asli unsur olmaması, üyelere verilen ücretin her bir toplantı için ödenen huzur hakkından ibaret olması (TK m. 333) gerekçesiyle bu görüş eleştirilmiştir²².

¹⁹ Ömer TEOMAN, "Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 Gün, E. 1971/4843 K. 1972/356)", Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim, C. I, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 181; Abuzer KENDİGELEN, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999, s. 221 vd.

²⁰ Ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunmadığını ve kurul üyeleri ile ortaklık arasında vekalet veya hizmet gibi bir iş görme sözleşmesinin bulunduğunu kabul etmenin hukuk düzenimizle bağdaşmadığını savunan görüş için bkz. LAÇİNER, s. 87.

²¹ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. ARSLANLI, s. 108, dn. 40.

²² İZMİRLİ, s. 35 vd. Sezgin ise, Alman hukukundaki ücret kriterinin Türk hukuku için yanıltıcı olduğunu, nitekim Türk hukukunun aksine Alman hukukunda vekâlet sözleşmesinin ücret karşılığında yapılmasının kabul edilmediğini, yönetim kurulu üyeleri için ücretin asli unsur olmadığı görüşünün de isabetli olmadığını belirterek konuyu *bağımlılık* unsuru çerçevesinde ele almakta ve yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesinden farklarından bahsetmektedir (Ayşegül SEZGİN, "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", Doç. Dr. Mehmet SOMER'in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 375-376.).

Doktrinde hâkim olan görüş ise aradaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir²³. Ancak BK m. 391 ve 395/II uyarınca vekilin “kendi sıfatını başkasına devretmesi” durumu yönetim kurulu üyeleri için söz konusu olmadığından²⁴ ve BK m. 396/II uyarınca münasip olmayan bir zamanda azledilen vekilin müvekkilden tazminat isteyebilmesi imkânı yönetim kurulu üyeleri için tanınmadığından (TK m. 316) yola çıkılarak bu görüş de eleştirilmiştir²⁵.

Üçüncü bir görüş ise yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkinin tam olarak ne hizmet ne de vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğunu ifade etmekte ve bu ilişkinin temelini ortaklık sözleşmesine dayandırmaktadır²⁶. Üyenin göreve başlayabilmesi için ortak sıfatını haiz olması gereği (TK m. 312/II), hizmet ve vekâlet sözleşmesi sona erdikten sonra taraflar arasında herhangi bir bağ kalmamasına rağmen yönetim kurulu üyesinin ortak sıfatıyla bu bağı devam ettirmesi ve yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun işçi ve vekilinkinden daha geniş olması, bu görüşün temel dayanakları arasındadır²⁷. Ancak bu görüş de aradaki ilişkiyi tam olarak açıklayamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁸.

Belirtmek gerekir ki; ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşme, sadece belirli bir sözleşme türüne ilişkin unsurları taşımamakta; kendine özgü bazı nitelikleri de bünyesinde barındırabilmektedir.

Aradaki sözleşmenin bir iş görme sözleşmesi olduğu açıktır. Bu nedenle söz konusu ilişkinin iş görme amacı gütmeyen bir sözleşme olan “ortaklık” olarak nitelendirilmesi olanaklı değildir. Öncelikle, üye ile ortaklık arasında iki taraflı bir sözleşme söz

²³ ARSLANLI, s. 108; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), N. 543; İMREGÜN, s. 202; İZMİRLİ, s. 37; İbrahim ARSLAN, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994, s. 72.

²⁴ TK m. 319 uyarınca yönetim kurulunun ortaklığı idare ve temsil yetkisinin başkasına bırakılması mümkündür. Bu durumda bırakılan kimse aynı zamanda yönetim kurulu üyesi ise *murahhas üye*, üye değilse *murahhas müdür* olarak adlandırılır. Dikkat edilmelidir ki, burada yönetim kurulu üyeliği sıfatının devri kesinlikle söz konusu değildir. Murahhas üye zaten yönetim kurulu üyesi sıfatını haizdir. Murahhas müdüre ise sadece idare ve temsil yetkisi verilmekte; üyelik sıfatı devredilmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, s. 29 vd. ve s. 80.

²⁵ Hayri DOMANIÇ, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul 1988, s. 496. Aynı yönde SEZGİN, s. 378.

²⁶ DOMANIÇ, s. 492.

²⁷ Bkz. DOMANIÇ, s. 492 vd.

²⁸ İZMİRLİ, s. 37; SEZGİN, s. 379.

konusudur. Oysa ortaklık sözleşmesi bu bağlamda çok taraflı bir sözleşme olarak nitelendirilir ve tarafların amaçları ve çıkarları karşılıklı değil aksine aynı yöndedir²⁹. Yine ortaklık sözleşmesinde taraflar kâr elde etmek ve bunu paylaşmak amacıyla hareket ederler. Ancak yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkide bu anlamda bir *paylaşım* söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla ortaklık sözleşmesinin, sadece üye ile ortaklık arasındaki ilişkinin *sebebini* belirttiği; aradaki ilişkinin *niteliğini* ise ifade etmediği kanaatindeyiz.

Ortaklıkla üye arasındaki ilişkinin hizmet veya vekâlet sözleşmelerinden hangisinin kapsamına girdiği konusunda yukarıda da belirtildiği üzere görüş birliği yoktur. Kanaatimizce hizmet sözleşmesinin unsurlarından biri olan “ücret”ten hareket etmek yanıltıcı olabilir. Her ne kadar yönetim kurulu üyesine kural olarak sadece huzur hakkı ödense ve bu da BK m. 313/I anlamında “ücret” olarak nitelendirilemese de ana sözleşmeye konacak bir hükümle ya da genel kurul kararıyla yönetim kurulu üyelerine ücret ödenmesi kararlaştırılabilir³⁰. Ücretin kararlaştırılmadığı hallerde bu ilişki hizmet sözleşmesi niteliğinden uzaklaşır³¹.

Bu doğrultuda gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus, ücret unsurunun vekâlet sözleşmesinde de yer alabileceğidir (BK m. 386/III). Dolayısıyla yönetim kurulu üyesine ücret ödenmesi gereken hallerde, bu sözleşmenin niteliğini belirlemede ücret unsuru yetersiz kalabilmektedir³². Aynı şekilde, hizmet sözleşmesinin sürekli bir ilişki olmasından yola çıkarak üye ile ortaklık arasındaki ilişkiyi hizmet olarak nitelendirmek de tam olarak tatmin edici değildir. Çünkü vekâlet sözleşmesinin de sürekli olabilmesi mümkündür³³.

Sayılan gerekçelerden ötürü hizmet ile vekâlet arasındaki temel farkı başka bir unsurda aramak gerekmektedir. Bu unsur *bağımlılık ilişkisidir*³⁴. Aslında her iki sözleşme türünde de bağımlılık ilişkisi mevcuttur; ancak vekâlet sözleşmesinde bu unsurun hizmetteki kadar sıkı olmadığı kabul edilmektedir³⁵.

²⁹ POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), N. 50.

³⁰ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), N. 560.

³¹ SEZGİN, s. 374.

³² Aydın ZEVKLİLER, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, s. 315.

³³ ZEVKLİLER, s. 315.

³⁴ ZEVKLİLER, s. 315. Aynı yönde SEZGİN, s. 374.

³⁵ ZEVKLİLER, s. 315.

Bağımlılık unsuru açısından ortaklık ile yönetim kurulu arasındaki ilişki ele alındığında net bir sonuca varmanın kolay olmadığı görülmektedir. Nitekim bir yandan organlar arasında herhangi bir astlık üstlük ilişkisinin bulunmaması³⁶; diğer yandan yönetim kurulunun genel kurul kararlarını uygulamakla yükümlü olması (TK m. 336/I-4) ve kanunun ve (özellikle konumuz açısından) ana sözleşmenin kendisine yüklediği yükümlülükleri kasten veya ihmal neticesinde yapmamaları durumunda sorumlu kılınmaları (TK m. 336/I-5), bağlılık ilişkisinin kuvveti hakkında mutlak bir sonuca varmayı engellemektedir.

Ancak bu noktada BK m. 386/II hükmüne önemle dikkat etmek gerekir. Bu hüküm diğer iş görme sözleşmelerinden birinin kapsamına girmeyen durumlarda vekâlet sözleşmesinin uygulanması gereğinden söz etmektedir. Bu nedenle her ne kadar kendine özgü bir yapısı olsa da, ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkiyi vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmek gerekecektir. Nitekim Yargıtay da verdiği bir kararında yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkiyi vekâlet sözleşmesi bağlamında ele almıştır³⁷. Ancak bu husus, tarafların aradaki

³⁶ Bu konudaki tartışmalar için bkz. POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), N. 513 vd.

³⁷ Yarg. 3. HD, T. 4.2.2002, E. 2002/414, K. 2002/1200 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 28, S. 8. 2002, s. 1161-1167).

1479 sayılı "Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu" (2.9.1971 tarihli kanun 14.9.1971 tarih ve 13956 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır) m. 24/f.1 (g) bendine göre; "Anonim şirketlerin kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyesi olan ortakları" bu kanun kapsamında sigortalı sayılmaktadırlar. Yargıtayda yönetim kurulu üyelerinin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında sigortalı sayılıp sayılmadıkları sorununa ilişkin bir çok içtihatla bulunmuştur. Bu sorun açısından önemli olan nokta ilişkinin temelinde hizmet sözleşmesinin bulunup bulunmadığıdır. Bu bağlamda Yarg. HGK'nun T. 11.11.1992, E. 1991/10-484, K. 1992/650 sayılı kararı şöyledir; "1479 sayılı Bağ-Kur kanununun 24-Ig maddesi hükmüne göre anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri Bağ-Kur sigortalısı kabul edilmişlerdir. Ancak, bu maddeye göre Bağ-Kur'lu sayılan bir kimse hizmet aktine göre çalışıyor ise Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında sigortalı kabul edilebilip edilemeyeceği önem taşımaktadır.

Anonim şirket yönetim kurulu üyesinin çalışmaları hizmet aktinin unsurlarından olan zaman ve bağımlılık unsurlarını oluşturacak biçimde geçmiş ise kendisinin Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı kabul edilebileceği dairemizin görüşlerindedir.

Yönetim Kurulunun 27.4.1981 tarihli kararında davacının, şirketin teknik işlerini yürüteceği ve kendisine ücret ödeneceği kararlaştırılmış, dinlenen tanıklar da davacının ücret karşılığında sürekli ve düzenli olarak çalıştığını söylemişlerdir. Gerek sözü edilen karar içeriğinden gerekse tanık sözlerinden davacının hizmet aktine göre çalıştığı ve 506 sayılı Yasa'nın 2. maddesi uyarınca sigortalı sayılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bütün

sözleşmeyi açıkça hizmet olarak belirlemelerine engel teşkil etmemektedir³⁸.

IV. Yönetim Kurulu Üyesinin İşveren Vekili Sayılıp Sayılmayacağı Meselesi

A. Doktrindeki Görüşler

Genel olarak işverenin iş görme ediminin alacaklısı olduğu ve işçiye en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip olduğu belirtilmekte ve birçok durumda işverenin bu iki özelliği bir arada taşıdığı vurgulanmaktadır³⁹. Ancak bazı özel durumlarda, iş ilişkisinde işin görülmesini ve talimatlara uyulmasını isteme hakkının değişik kişilerde toplandığına⁴⁰ işaret edilmekte ve bu gibi durumlarda iş görme ediminin alacaklısı olarak işin görülmesini istemeye yetkili olan kişiler *soyut işveren*; buna karşılık en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip olanlar ise *somut işveren* olarak nitelendirilmektedir⁴¹.

bunlardan başka 1.9.1966-30.4.1990 tarihleri arasında 24 yıl prim ödeyen ve çok uzun süre sigortalılığına ses çıkarılmayan davacının iş yaşlılık aylığı bağlamaya geldiğinde kendisinin sigortalı kabul edilmemesi Medeni Kanun'un 2. maddesinde anlatımını bulan *objektif iyiniyet* kuralıyla bağdaştırılamaz...

Ne var ki, davacı her ne kadar Anonim Şirket Yönetim Kurulu üyesi ise de, *şirkete ayrıca hizmet akdi ile bağlı olduğu* bir yana 1479 Sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten çok önceleri 1956 yılından beri 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak sigortalı bulunduğu göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." [www.kazanci.com (20.11.2007)]. Yarg. HGK'nun T. 19.4.1995, E. 1995/10-107, K. 1995/406 sayılı kararı da aynı yöndedir [www.kazanci.com (20.11.2007)].

³⁸ ARSLANLI, s. 108; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), N. 543; İMREGÜN, s. 202; İZMİRLİ, s. 37.

³⁹ ENGİN, s. 116

⁴⁰ Örneğin işletme sahibinin yaş küçüklüğü nedeniyle fiil ehliyetine sahip olmaması halinde, işletme sahibi küçük, işin görülmesini isteme hakkına sahip olacak; ancak emir ve talimat verme yetkisi yasal temsilcileri tarafından kullanılacaktır. Aynı şekilde, işletme sahibinin iflâsı halinde müflis iş görme ediminin alacaklısı, iflâs masası ise emir ve talimat verme yetkisinin sahibi durumunda olacaktır. Vasiyeti tenfiz memuru karşısında da mirasçılardan aynı durumda olduğu kabul edilmektedir (Bkz. SÜZEK, s. 131-132; ENGİN, s. 116 vd.).

⁴¹ SÜZEK, s. 131-132; Murat ENGİN, İşveren Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar-İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, İstanbul 1997, s. 119; ENGİN, s. 116 vd. Yazar Fransız hukukunda da bu ayrımın yapıldığını ve somut işveren yerine "işletme şefi" teriminin kullanıldığını belirtmektedir (s. 117, dn. 113 ve bağlı olduğu metin). Doktrinde soyut işveren-somut işveren terimini kul-

Bu ayırım, soyut işverenin iş sözleşmesine sadece taraf olması; buna karşılık emir ve talimat verme yetkisine kendi iradesi dışındaki bir nedenle sahip olmaması gerekçesine dayandırılmaktadır⁴². Bu ayırımın yapılabilmesi için genel ve her olayda geçerli bir ölçüt vermenin güç olduğu belirtilmekle birlikte, somut işverenin işletmenin yönetimini sağlayan, karar verme yetkisine sahip olan ve işletmenin yönetimine ilişkin faaliyetlerinde kimseden emir ve talimat almayan kişi olduğu vurgulanmaktadır⁴³. Nitekim somut işveren ile işveren vekili kıyaslanarak şu tespit yapılmaktadır⁴⁴: İşveren vekili çoğunlukla bir işçidir ve yönetim ve temsil yetkisi işveren tarafından verilmekte ve her zaman geri alınabilmektedir. Öte yandan işveren vekilleri kendi aralarında bir altlık-üstlük ilişkisi içindedirler ve işveren dışında üst konumda bulunan diğer işveren vekillerinden de emir ve talimat alırlar. Oysa emir ve talimat alma özelliği somut işveren niteliği ile bağdaşmaz. Bu nedenle işveren vekili ile somut işveren arasında esaslı bir fark bulunduğu kabul edilmektedir.

Benzer bir durum tüzel kişi işverenler açısından da söz konusu edilmekte ve iş sözleşmesinin tarafı olan tüzel kişinin, iş görme ediminin alacaklısı olarak işin görülmesini isteme hakkına sahip olduğu, buna karşılık emir ve talimat verme yetkisinin zorunlu olarak tüzel kişinin organı tarafından kullanıldığı, böylece tüzel kişinin soyut işveren, tüzel kişinin organının ise

lanmaksızın, "somut işveren" olarak nitelendirilen kişilerin "işveren fonksiyonuna sahip kişiler" olarak adlandırıldığı da görülmektedir. Bkz. Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul 2006, s. 39

⁴² ENGİN, s. 120. Ancak yazar soyut-somut ayırımının işverenin iradesine bağlı olarak da ortaya çıkabileceğini belirtmekte ve örnek olarak kolektif şirket gibi bazı ticaret şirketlerinde ve adi şirkette, şirketin yönetim ve temsili yetkisinin ortakların kararı ile aralarından bir veya bir kaçına bırakılabileceğini göstermektedir. Yazar bu ortak veya ortakların diğerlerinden emir almadan şirketi yönetip karar verme iktidarına sahip olacağını ve bu çerçevede somut işveren olduklarını ifade etmektedir (s. 120).

⁴³ ENGİN, İşveren Kavramı, s. 120; ENGİN, s. 121 vd. Yazar, somut işverenin saptanmasında hukuksal olarak en yüksek düzeyde yönetim yetkisine sahip olanlar dışında bir kişinin bu yetkiyi "fiilen" elinde tutup tutmadığının da araştırılması gerektiğini belirtmektedir (s. 122, dn. 133). Ancak yazarın burada "fiilen" ifadesine nasıl bir anlam yüklediği anlaşılamamaktadır. Şöyle ki, doktrinde verilen örneklerde (küçük karşısında veli ya da vasisi gibi) "somut işveren" olarak nitelendirilen kişilerin emir ve talimat verme yetkisine sadece "fiilen" sahip olduğu; "hukuken" sahip olmadıkları söylenemez. Nitekim bu kimseler temsil ve yönetim hakkını kanundan aldıklarına göre, emir ve talimat verme yetkisinin dayanağı da elbette ki kanun hükmüdür. Bu durum karşısında yazarın vardığı sonuca katılmıyoruz.

⁴⁴ ENGİN, s. 122; ENGİN, İşveren Kavramı, s. 120.

somut işveren sıfatına sahip olduğu belirtilmektedir⁴⁵. Tüzel kişinin organının tek kişiden oluşan fert organ olabileceği gibi, birden çok kişiden oluşan kurul organ da olabileceği ifade edilmektedir⁴⁶. Ticaret şirketlerinde yönetim ve temsil yetkisinin murahhas üyeye ya da murahhas müdüre bırakılması halinde (TK m. 319) murahhasın bu konuda tüm yetki ve sorumluluğu devralması, işletmede karar verme iktidarını elinde bulundurması ve bu konuda kimseden emir almamasından ötürü somut işveren olduğu ifade edilmektedir⁴⁷.

B. Yargıtay Uygulaması

Soyut-somut işveren ayrımını benimsemiş olan doktrine rağmen, Yargıtay bu konuda doğrudan bir içtihat oluşturmamıştır. Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu konuyla ilgili sayılabilecek iki karar mevcuttur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1992 yılında verdiği bir kararında “(...) Şirket yönetim kurulu üyesi ve aynı zamanda genel koordinatör görevini yapan kimse 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1 inci maddesinde tanımlandığı biçimde işveren vekili değildir. (...)” şeklinde karar vermiştir⁴⁸. Bu kararında Yargıtay bir yandan yönetim kurulu üyesinin işveren vekili sıfatını açıkça reddetmiş; öte yandan soyut-somut işveren ayrımı yönünde bir tutum sergilememiştir⁴⁹.

Buna karşılık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2001 yılında verdiği bir kararında ise, “(...) Bir anonim şirketin yönetim kurulunun işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olduğu açıktır. Yönetim Kurulu üyesi de aynı işlemi bir bütünlük içinde yerine getirdiği için bu yasal düzenleme gereği işveren vekili ve hatta onu temsil eden organı durumundadır. (...)” diyerek aksi sonuca varmıştır⁵⁰.

⁴⁵ ENGİN, s. 137; SÜZEK, s. 132. Yazar organı oluşturan gerçek kişilerin de (örneğin anonim şirkette yönetim kurulu üyeleri) somut işveren sayılacağını belirtmektedir.

⁴⁶ ENGİN, s. 137, dn. 190.

⁴⁷ ENGİN, s. 147-148.

⁴⁸ Yarg. 9. HD. T. 1.12.1992, E. 1992/9447, K. 1992/13216 [www.kazanci.com (3.8.2007)].

⁴⁹ Bu kararında Yargıtay, yönetim kurulu üyesinin imzaladığı belgenin işvereni bağlamadığını belirtmiştir. Bu sonuç karşısında, yönetim kurulu üyesinin “somut işveren” sayılmaması evleviyetle kabul edilmelidir. Çünkü “somut işveren” niteliğinin kabulü halinde imzalanan belgenin “soyut işvereni” bağlaması gerekir. Oysa kararda aksi bir sonuca varılmıştır.

⁵⁰ Yarg. 9. HD, T. 7.6.2001, E. 2001/8559, K. 2001/9790 [www.kazanci.com (3.8.2007)]. Belirtilmelidir ki Yüksek Mahkeme bu kararında, yönetim kurulu üyesinin SenK anlamında işveren vekili olduğunu kabul ederek, üyenin İŞK anlamında da işveren vekili olduğunu zımnen de olsa benimse-

C. Değerlendirme

1. Genel Olarak

Türk hukuk doktrinde kabul edilen soyut-somut işveren ayrımı ve bu ayrımın sonuçları birkaç farklı çerçeveden ele alınabilir. Bu bağlamda söz konusu ayrıma gerekçe olarak sunulan her bir durumun ayrıca ele alınmasının konunun açıklığa kavuşturulması açısından önem arz ettiği kanaatindeyiz.

2. Soyut-Somut İşveren Ayrımının Hukuksal Bir Dayanağının Olmadığı

Türk iş hukukunda, "işveren" kavramını soyut-somut olarak ayırmayı haklı kılacak herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Nitekim bu ayrımı yapan yazarlar da, soyut işverenin hukuken işveren sıfatına sahip olduğunu belirtmekte; somut işverenin ise gerçek anlamda işveren olmadığını, sadece işverene has bir yetkiyi kullanmasından ötürü ve "sosyolojik" bir bakış açısıyla işveren olarak nitelendirildiğini ifade etmektedirler⁵¹. Ancak hukuken işveren niteliğine sahip olmayan bir kimseyi hukuksal alanda (somut da olsa) "işveren" kavramı ile nitelendirmek yerinde değildir⁵². Bu bağlamda söz konusu ayrımı yapan yazarlar da bu durumun duraksamalara neden olabileceğini kabul etmektedirler⁵³.

mektedir. Nitekim SenK anlamında işveren vekilliği İşK'ya göre daha dardır ve bu yüzden SenK'ya göre işveren vekili sayılan bu kimsenin İşK'ya göre de işveren vekili sayılması evleviyet ilkesinin sonucudur.

⁵¹ ENGİN, s. 117. Nitekim yazar soyut-somut işveren terimlerinin hukuksal değil *salt sosyolojik* bir anlamı bulunduğunu kabul etmektedir (s. 118). Aynı yönde bkz. Mustafa KILIÇOĞLU, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s. 14

⁵² İş hukuku anlamında bir kimseye hangi boyutuyla olursa olsun "işveren" sıfatını yüklemek bu kimseyi iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerle tabi kılmak anlamına gelecektir. Bir kimseyi "işveren" sıfatıyla nitelendirdikten sonra, bu kimsenin işçilere karşı kanun ya da sözleşmeden doğan borçlardan ötürü sorumlu olmadığı kanaatine varmak açıklanması güç bir çelişkiyi beraberinde getirmektedir.

⁵³ ENGİN, s. 117. Bu bakımdan yazar somut işveren terimi yerine "işletme şefi" teriminin kullanılabilmesini belirtmekte, ancak Türk hukukunda benimsenmiş olması nedeniyle somut işveren terimini bu terimin hukuksal değil *salt sosyolojik* bir anlamı olduğunu belirterek kullanacağını ifade etmektedir (s. 117-118). Belirtilmelidir ki yazar daha sonra somut işveren terimi yerine "işletme şefi" terimini kullanmaya başlamıştır (Bkz. ENGİN, İşveren Kavramı, s. 120 vd.). Kanaatimizce "işletme şefi" terimi de içinde barındırdığı belirsizlik ve hukuksal bir anlama sahip olmaması (pozitif dayanağı bulunmaması) nedeniyle Türk hukuku açısından kabul edilebilir nitelikte değildir.

İfade etmek gerekir ki, hukuk düzeninin açıkça kabul etmediği bir kuruma yorum yolu ile ulaşabilmek için, sosyolojik ihtiyaçlardan öte ciddi *hukuksal ihtiyaçlar* olmalıdır. Bu açıdan bakıldığında söz konusu ayrımı yapmayı zorunlu kılacak herhangi bir hukuksal ihtiyacın bulunduğunu söylemek zordur. Keza bu ayrımı yapmaya iten (sosyolojik de olsa) herhangi bir ihtiyacın bulunup bulunmadığı konusu da ayrıca tartışmaya değerdir.

Öte yandan hukuk sistemi içinde yer almayan bir kurumu veya ayrımı ortaya koymadan önce, varılmak istenen sonuca açıkça düzenlenen bir kurum ile ulaşmanın mümkün olup olmadığı mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer varılan sonuç ve ayrımın hareket noktası, hukukun açıkça benimsediği kurum ile aynı doğrultuda ise, o zaman yorum yoluyla yeni kurumlar yaratmak yerine mevcut hukuk sistemi içerisinde çözüm aranmalıdır. Bu açıdan bakıldığında somut işveren olarak nitelendirilen kişilerin işveren vekili olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

Somut-soyut işveren ayrımının öneminin hukuki, idari ve cezai yaptırımların muhatabının saptanmasında ortaya çıktığı vurgulanmaktadır. İşK veya iş sözleşmesinden kaynaklanan borçların yerine getirilmemesinden doğan hukuki sorumluluğun iş görme ediminin alacaklısı olan soyut işverene ait olduğu, soyut işverenin, yaptığı ödemeler için aralarındaki hukuki ilişkiye göre somut işverenlere ya da işveren vekillerine rücu edebileceği; buna karşılık cezai sorumluluğun yönetim ve talimat verme yetkisine sahip olan ve suçu oluşturan fiili gerçekleştiren somut işverene ait olacağı belirtilmektedir⁵⁴. Ancak somut işverenin, yetkilerinin bir kısmını işveren vekillerine devrederek ceza sorumluluğundan kurtulabileceği kabul edilmektedir⁵⁵. Tüzel kişi işverenlerin, idari para cezalarından sorumlu olup yalnızca “ceza” niteliği taşıyan yaptırımlardan sorumlu tutulamayacakları ifade edilmektedir.

Dikkat edilirse, yapılan ayırım neticesinde somut işveren için varılan sorumluluk yapısının işveren vekilinin doktrinde kabul edilen⁵⁶ sorumluluğu ile aynı doğrultuda olduğu görülmektedir. Yani somut işveren ile işveren vekili arasında sorumluluk açısından herhangi bir farklılık olmadığı ortadadır.

⁵⁴ SÜZEK, s. 134-135; ENGİN, s. 125-126; ENGİN, İşveren Kavramı, s. 120 vd.

⁵⁵ ENGİN, s. 129-130.

⁵⁶ Bkz. yukarıda II. İşveren ve İşveren Vekili Kavramları, B. İşveren Vekili Kavramı

Soyut-somut işveren ayrımını yapanların dayandığı bir diğer gerekçe ise 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanun'unun m. 62/I hükmüdür. "İşverenler" kenar başlıklı m. 62'nin bu fıkrası şöyledir: "Aylık ve ücretleri kanunla belirtilmiş olsa bile, işveren veya vekili durumunda bulunanlar hakkında, bunlara ilişkin olarak bu Kanunda yer alan hak ve sorumluluk hükümleri uygulanır." Bu hükümde yer alan "işveren durumunda bulunanlar" ibaresinin, işveren niteliğini belirleyen hak ve yetkilerin farklı kişilerde toplanması halinde, hem işin görülmesini isteme hakkına sahip olan kişinin, hem de talimat verme yetkisini kullanan kişinin "işveren durumunda" bulunduğunu açıkladığı kabul edilmektedir⁵⁷.

Söz konusu hükmün ayrımın yasal dayanağını oluşturduğunu kabul etmek güçtür. Şöyle ki; yazar 1. fıkra hükmünden yola çıkmakta ancak 2. fıkrayı göz ardı etmektedir. Oysaki 2. fıkra 1. fıkrayı açıklayıcı nitelikte olduğundan her iki fıkranın birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Maddenin 2. fıkrasında "İşyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatıyla toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmede taraf olarak hareket eden kimse, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır." hükmü yer almaktadır. Bu fıkroda geçen "işveren vekili durumunda olan" ifadesi, ilk fıkradaki "işveren (...) vekili durumunda bulunanlar" kavramına atıf yapmaktadır. Dolayısıyla yazarın ayrıma gerekçe olarak sunduğu "işveren durumunda bulunanlar" kavramı, 2. fıkroda belirtilen "temsilci sıfatıyla toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmede taraf olarak hareket eden kimse"lere işaret etmektedir. Bu yüzden 1. fıkroda yer alan "işveren durumunda bulunanlar" ifadesinden yola çıkılarak "somut işveren" kavramına ulaşmak olanaklı değildir. Nitekim 2822 sayılı Kanun'un sistematigi de aksi yönde bir sonuca gidilmesini engellemektedir. Belirtilmelidir ki, 2822 sayılı Kanun diğer kanunların aksine başlangıç maddelerinde tanımlarla ilgili herhangi bir hükme yer vermemiştir. Bu nedenle bu kanunda yer alan tanımlarla neyin kastedildiği hususu açık olmayıp, tartışmaya açıktır ve kanunun 62. maddesinde de gerek 1. fıkra gerekse 2. fıkroda "bu kanunda yer alan hak ve sorumluluk hükümleri uygulanır" ve "bu kanun bakımından işveren sayılır" şeklinde sınırlandırmalar bulunmaktadır. Bundan ötürü 62. maddede soyut-somut işveren ayrımına pozitif bir dayanak bulunduğu bir an için kabul edilse dâhi, bu hükmün uygulama

alanı yalnızca 2822 sayılı Kanun'un uygulama alanı ile sınırlıdır ve çalışma yaşamının tümüne yaygınlaştırılmaz.

3. Kanaatimiz

Yukarıda açıklandığı gibi tüzel kişi iradesini organları aracılığıyla oluşturur ve kullanır. Organın tüzel kişinin ayrılmaz bir parçası olması, organın açıkladığı iradenin bizzat tüzel kişinin kendi iradesi olması sonucunu doğurur. Soyut bir kavram olan organ, iradesini somutlaştırabilmesi için üyelere ihtiyaç duymaktadır.

Anonim ortaklığı idare ve temsil ile yetkili organ olan yönetim kurulu, en az üç gerçek kişiden oluşmaktadır (TK m. 312). İşte bu üyelerin, ortaklığın işçisi karşısındaki konumları ele alınırken iradenin organın mı yoksa üyenin mi iradesi olduğu önem taşımaktadır. Bilindiği gibi yönetim kurulunun bir konuda karar alabilmesi (ana sözleşmede aksine bir hüküm yoksa) üye tam sayısının en az yarısından bir fazlasının hazır bulunduğu toplantıda, toplantıya katılanların çoğunluğunun aynı yöndeki iradesi ile mümkündür (TK m. 330). Benzer şekilde (ana sözleşmede aksine hüküm olmadıkça) ortaklığı temsilen işlem yapılabilmesi için en az iki üyenin birlikte hareket etmesi gerekecektir (TK m. 321/III). Görüldüğü gibi yönetim kurulunun ortaklık adına hareket edebilmesi için kural olarak tek bir üyenin iradesi yeterli olmamaktadır. Bu durumda üyelerin iradeleri yönetim kurulunun iradesini oluşturmaktadır. Yönetim kurulunun açıkladığı irade ise işveren olan ortaklığın bizzat kendi iradesidir. Dolayısıyla tüzel kişi işveren olan anonim ortaklık bizzat kendi iradesini yönetim kurulu aracılığıyla oluşturmakta ve kullanmaktadır. Açıklanan irade işverenin kendi iradesi olduğundan burada yönetim kurulu veya üyesi açısından "işveren vekili" kurumunun uygulanması söz konusu olmamaktadır⁵⁸. Aynı şekilde ortada

⁵⁸ Aksi görüş İZMİRLİ, s. 36. Yazar yönetim kurulu üyelerini işveren olarak kabul etmektedir; SEZGİN, s. 371 vd. Yazar yönetim ve talimat verme yetkisinin yönetim kurulunda olduğundan ötürü somut işverenin üye değil yönetim kurulu olması gerektiğini belirtmektedir. Yazarın bu görüşü, varlığı kabul edilen soyut-somut işveren ayrımı açısından dahi tutarsızdır. Keza bu ayırım tüzel kişinin somut bir varlığı olmaması ve talimat verme yetkisinin üyelere somutlaşması esasına dayanmaktadır. Oysa yönetim kurulu bir organdır ve kavramsal açıdan organ soyut bir anlam taşır; somutlaşması için üyelere gerek vardır.

Ayrıca organ niteliğine sahip bir kurulun işveren vekili sayılamayacağı yönünde bkz. A. Can TUNCAY, Hukukumuzda İşveren Vekili Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada

malarına engel olmamalıdır⁶⁰. Sorumluluk bakımından TK'da kendine özgü bir sistem öngörülmüş olması TK açısından bu kimselerin "yönetim kurulu üyesi" sıfatının "işveren vekili" sıfatından daha önemli olmasından kaynaklanmaktadır.

V. Sonuç

Hukuk düzeninin açıkça kabul etmediği bir kuruma yorum yolu ile ulaşabilmek için, sosyolojik ihtiyaçlardan öte ciddi *hukuksal ihtiyaçlar* olmalıdır. Öte yandan hukuk sistemi içinde yer almayan bir kurumu veya ayrımı ortaya koymadan önce, varılmak istenen sonuca açıkça düzenlenen bir kurum ile ulaşmanın mümkün olup olmadığı mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer varılan sonuç ve ayrımın hareket noktası, hukukun açıkça benimsediği kurum ile aynı doğrultuda ise, o zaman yorum yoluyla yeni kurumlar yaratmak yerine mevcut hukuk sistemi içerisinde çözüm aranmalıdır.

Somut işveren için varılan sorumluluk yapısının işveren vekilinin doktrinde kabul edilen sorumluluğu ile aynı doğrultuda

⁶⁰ Doktrinde organ niteliğinin saptanmasının işveren-işveren vekili ayrımının yapılabilmesi bakımından da önem taşıdığı belirtilmekte ve organ niteliğine sahip kişinin tüzel kişi işverenin bir parçası olmasından ötürü işveren vekili sıfatını taşımayacağı ve bu farklılığın pratik öneminin haksız fiil sorumluluğu alanında gösterildiği ifade edilmekte ve işverenin, işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlediği haksız fiilden BK m. 100 hükmüne göre sorumlu olduğu; tüzel kişi işverenin ise organın fiilinden EMK m. 48/II (MK m. 50/II) hükmü gereği sorumlu olacağı belirtilmektedir (ENGİN, s. 139). Yazarın atıf yaptığı EMK m. 48/II şu hükmü taşımaktadır: "Uzuvlar, hukuki tasarrufları veya diğer herhangi fiilleri ile hükmi şahsı ilzam ederler." Bu hüküm MK m.50'ye dili sadeleştirilerek aynen alınmıştır. Yazarın atıf yaptığı kanun hükmünün soyut-somut işveren ayrımının yasal bir dayanağını oluşturamayacağı açıktır. Çünkü madde hükmü tüzel kişinin organlarının hukuki işlem ve fiillerinden sorumluluğunu öngörmekte ve bu sorumluluğu soyut -somut işveren ilişkisinin bulunması koşuluna bağlamamaktadır. Ayrıca hukuksal açıdan hangi nitelendirme kabul edilirse edilsin (somut işveren ya da işveren vekili) MK'nın yukarıda yer verilen hükmü uygulama alanı bulacaktır. Yazarın ifadelerinden somut işveren olarak nitelendirdiği kişi ya da kurul organların "işveren vekili" olarak nitelendirilmesi halinde sanki MK m. 50/II'deki (EMK m. 48/II) hükmün uygulanamayacağı anlamı çıkmaktadır ki, bunu kabul etmek mümkün değildir. Kanaatimizce üyenin "işveren vekili" olarak nitelendirilmesi halinde de, bu hüküm gereği üyenin fiillerinden doğrudan tüzel kişiyi sorumlu tutmak mümkün olacaktır. MK m. 50/II sorumluluk hukukunu ilgilendiren bir hüküm olup, üyenin somut işveren ya da işveren vekili olarak nitelendirilmesinden bağımsız olarak uygulanma yeteneğine sahip olan *kanuni bir sorumluluk hükmüdür*. İşveren vekili ya da somut işveren terimleri ise iş hukukunun uygulama alanına giren terimlerdir ve MK m. 50/II'nin uygulama alanını etkileyebilecek nitelikte değildir.

olduğu görülmektedir. Yani somut işveren ile işveren vekili arasında sorumluluk açısından herhangi bir farklılık olmadığı ortadadır.

Tüzel kişi iradesini organları aracılığıyla oluşturur ve kullanır. Organın tüzel kişinin ayrılmaz bir parçası olması, organın açıkladığı iradenin bizzat tüzel kişinin kendi iradesi olması sonucunu doğurur. Soyut bir kavram olan organ, iradesini somutlaştırabilmesi için üyelere ihtiyaç duymaktadır. Bu durumda üyelerin iradeleri yönetim kurulunun iradesini oluşturmaktadır. Yönetim kurulunun açıkladığı irade ise, işveren olan ortaklığın bizzat kendi iradesidir. Dolayısıyla tüzel kişi işveren olan anonim ortaklık bizzat kendi iradesini yönetim kurulu aracılığıyla oluşturmakta ve kullanmaktadır. Açıklanan irade işverenin kendi iradesi olduğundan burada yönetim kurulu veya üyesi açısından "işveren vekili" kavramının uygulanması söz konusu olmamaktadır. Aynı şekilde ortada kendi iradesini hukukun oluşturduğu organizasyon çerçevesinde açıklayan bir "işveren" varken, tamamen yapay olan ve tüzel kişilik mantığıyla bağdaşmayan "soyut-somut işveren" ayırımına gitmenin hiçbir hukuki gereği ve önemi yoktur.

TK m. 319/II uyarınca idare ve temsil yetkisinin üyeler arasında bölünmesi ya da murahhaslara bırakılması durumunda, bu kimse de organ sayılmakta ve açıkladığı irade aynı şekilde tüzel kişinin iradesi sayılmaktadır.

Ancak yönetim kurulu kararlarının uygulanma aşamasında, kurul sıfatından öte üye ikinci derecede talimat verebilir. Her bir somut olayın kendi şartları içinde değerlendirilmekle birlikte sadece bu ihtimalde üye, işveren vekili sayılabilir. Ancak işveren vekili sayılan üyenin haksız fillerinden dolayı ortaklığın BK m. 100'e göre değil de MK m. 50/II ve TK m. 321/V uyarınca sorumlu tutulması ise kanun koyucunun yönetim kurulu üyeleri için ayrı bir hukuki sorumluluk rejimi benimsemesinden kaynaklanmaktadır.