

Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,
S3, Temmuz-Eylül 2004, s.967-981 (2004)

**YARGITAY'IN SERBEST AVUKATLARIN DA İŞ
SÖZLEŞMESİYLE ÇALIŞABİLECEĞİNİ TESPİT EDEN
KARARI VE SONUÇLARI ÜZERİNE**

Arş. Gör. K. Ahmet Sevimli^(*)

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2003/15847

Karar No. 2003/14406

Tarihi: 15.9.2003

İlgili Kanun / Madde: 1136s. AvY.167

Karar Özeti

Dava konusu olayda davacının sürekli şekilde çalıştığı ve ücretlerinin her ay için ödendiği ve sayı ile iş yapmadığı anlaşılmaktadır. Davacının kendisine ait avukatlık bürosunun bulunması sonuca etkili değildir. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında davacının hizmet akdine bağlı olarak işyerinde çalıştığı kabul edilerek işin esası incelenip sonucuna göre karar verilmelidir.

Yargıtay Kararı

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücretinin ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkeme, davayı görev yönünden reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği düşünüldü.

Davacı, davalı işverene ait hukuk müşavirliğinde, hukuk müşaviri olarak çalışırken hizmet akdinin feshedildiğini, buna karşılık ihbar ve kıdem tazminatları ile izin ücretlerinin ödenmediğini belirterek bu hakların hüküm altına alınmasını istemiştir.

Mahkemece, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nda değişiklik yapan 4667 sayılı yasanın 167. maddesindeki "vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü uyumsuzluklar baro hakem kurulunca çözülür" hükmü gerekçe gösterilerek görevsizlik kararı verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığı şeklide davacı davalıya ait işyerinde aylık ücretle sürekli çalışmıştır. Aradaki ilişkinin hizmet akdine mi yoksa vekalet akdine mi dayandığı sorununun çözümünde iş, ücret ve bağımlı -

^(*)Hakem denetiminden geçmiştir.

^(*)İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dah

lık unsurları ile yetinilmeyip yapılacak işin zamanla mı yoksa sayı ile mi sınırlandırıldığına da dikkate alınması gerekir. Şayet sayı ile sınırlandırma var ise ilişkinin vekalet ilişkisine dayandığı, aksi halde hizmet akdinin söz konusu olduğu sonucuna varılmalıdır.

Dava konusu olayda davacının sürekli şekilde çalıştığı ve ücretlerinin her ay için ödendiği ve sayı ile iş yapmadığı anlaşılmaktadır. Davacının kendisine ait avukatlık bürosunun bulunması sonuca etkili değildir. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında davacının hizmet akdine bağlı olarak işyerinde çalıştığı kabul edilerek işin esası incelenip sonucuna göre karar verilmelidir. Mahkemenin aksine düşüncelerle görev yönünden davayı reddetmesi hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 15.9.2003 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

Kararın İncelenmesi

I - Yargıtay Kararına Genel Bakış ve Bu Konudaki Yargıtay Kararlarının Tarihsel Gelişimi

1. Yargıtay Kararına Genel Bakış

İnceleme konusu Yargıtay kararında karar metninden anlaşılabilirdiği kadarıyla, davacı avukat, davalının hukuk müşaviri olarak belli bir dönem çalışmış, davalı ile aralarındaki ilişki davalının sözleşmeyi feshetmesiyle son bulmuştur. Davacı, davalıyla aralarındaki ilişkinin iş sözleşmesi olduğu savıyla, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacaklarının ödetilmesi talebiyle dava açmıştır.

Yerel mahkeme, davayı görev yönünden reddederken, Avukatlık Yasasının 167. maddesindeki "Vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlıklar baro hakem kurulunca çözülür..." hükmüne dayanmıştır. Avukatlık Yasasının 167. maddesi Anayasa Mahkemesinin 3.3.2004 tarih ve E.2003/98, K.2004/31 sayılı Kararıyla iptal edilmiştir¹. Ne var ki, bu durum Yargıtay kararının incelemeye değer niteliğini ortadan kaldırmış değildir. Bu iptal kararı sonrasında 167. madde için farklı bir düzenlemeye gidilmediği takdirde, incelediğimiz karara konu uyuşmazlık ve benzerleri bakımından, cevaplanması gereken soru, genel mahkemelerin mi yoksa İş Mahkemelerinin mi görevli olduğu şekline dönüşecektir.

Yargıtay, yerel mahkeme kararını bozarken, davacının aylık ücretle ve sürekli çalıştığına ve sayı ile iş yapılmamış olmasına dikkat çekerek, ilişkinin hukuki niteliğinin tespitinde iş, ücret ve bağımlılık unsurları ile yetinilmeyip yapılacak işin zamanla mı yoksa sayı ile mi sınırlandırıldığına da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

Bu ölçütler kullanılarak yapılan inceleme sonunda, davacının iş sözleşmesiyle çalışmakta olduğunu tespit eden Yargıtay, uyuşmazlığın Baro Hakem

¹ Çalışmamızın yazıldığı tarihler itibariyle, henüz gerekçeli karar yayınlanmamıştır.

kurulunda değil, görevli olduğunu tespit ettiği yerel mahkemede (İş Mahkemesi) giderilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yargıtay'ın vekalet sözleşmesi – iş sözleşmesi ayırımında, özellikle, ilişkinin süreklilik arz edip etmediği ve sayıyla iş yapılıp yapılmadığı ölçütleri üzerinde durduğu, avukatın kendi bürosunun bulunmaması da iş sözleşmesinin bağımlılık unsurunu zedeleyen bir etken olarak görmediği anlaşılmaktadır.

2. Bu Konudaki Yargıtay Kararlarının Tarihsel Gelişimi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin serbest çalışan avukatların süreklilik arz eden ve zamana göre (aylık) ücretle çalıştıkları durumlara ilişkin kararlarının, geçmişten günümüze tutarlılık gösterdiği ve bu şekildeki çalışmaların, Daire tarafından iş sözleşmesi olarak algılandığı görülür². Özellikle, yakın tarihli Yargıtay kararlarında, inceleme konusu karardaki ölçütlerin üzerinde durulmakta ve bu yolla hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olup olmadığı tespit edilmektedir.

Buna karşılık, Yargıtay Hukuk Daireleri Genel Kurulunun, konuya ilişkin eski tarihli kararları, inceleme konusu karardakine benzer türdeki hukuki ilişkilerin, iş sözleşmesinin önemli unsuru olan bağımlılığın bulunmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği yolundadır. HGK, bağımlılık unsurunun bulunmadığını tespit ederken, avukatın işini işyerinde değil kendi bürosunda yapması gerekçesine dayanmıştır^{3,4}. Daha sonra, HGK aylık ücretle çalışarak ayrıca ücret talep etmeyen ve işlerini kendi bürosundan yürüten avukatın iş sözleşmesiyle çalıştığını kabul etmiştir⁵.

II - Avukatlık Sözleşmesi – Vekalet Sözleşmesi

İnceleme konusu kararda, avukat ile işini gördüğü kişi arasında kurulabilecek sözleşmelerden bahsedilirken vekalet sözleşmesi deyimini kullanılmaktadır. 4667 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle Avukatlık Yasasının “Avukatlık Ücreti” şeklindeki 11. Kısım başlığı, “Avukatlık Sözleşmesi” olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklik öncesinde yasada avukatlık sözleşmesi deyimini bulunmasa

² Yarg. 9. HD, 8.7.1969, 8044/9749, ABD, Yıl.1977, S.2, 347; Yarg. 9. HD, 1.7.1975, 19470/36756, (Bu karara karşı yerel mahkemenin direnme kararı alması üzerine HGK yerel mahkemenin kararının doğru bularak onamıştır) YKD, C.IV, S.5, Mayıs 1978, 679; Yarg. 9. HD, 20.6.1996, 3092/14111, YKD, C.22, S.11, Kasım 1996, 1735-1736; Yarg. 9. HD, 22.1.2001, 630/582, Yargı Dünyası, S.62, Şubat 2001, 103-104; Yarg. 9. HD, 22.5.2003, E.2002/26707, K.2003/8971 (İstanbul 7. İş Mahkemesinin 14.10.2002, E.2000/598, K.2002/1044 sayılı kararının onaması yolunda. Yayınlanmamıştır).

³ Yarg. HGK, 28.1.1977, E. 1976/13-3520, K. 1977/89, ABD, Yıl.1977, S.2, 345-346; Yarg. HGK, 13.4.1977, E.1976/9-1635; K. 1977/355, YKD, C.IV, S.5, Mayıs 1978, 676.

⁴ Bu kararlar, Ankara Barosu tarafından, süreklilik unsurunun göz ardı edilmesi ve bağımlılık unsurunun katı yorumlandığı gerekçeleriyle eleştirmiştir. Bkz. 28.1.1977 tarihli kararın altına düşülen not (ABD, Yıl.1977, S.2, 346-347).

⁵ Aday, Nejat, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul 1997, 94; Ayr. Bkz. Yarg. 13. HD, 4.2.1982, 139/629 (YKD, C.VIII, S.5, Mayıs 1982, 680-681).

da, öğretinin bir bölümünce, avukatlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesinden farklı bir sözleşme olarak varlığı savunula gelmiştir⁶.

Avukatlık Yasası'nda (Av.K.m.163 vd.) düzenlenmiş bulunan Avukatlık Sözleşmesinin, BY.m.386 vd. maddelerinde düzenlenen vekalet sözleşmesinin özünden ayrılmamakla birlikte, farkları bulunmaktadır⁷. Ne var ki, vekalet sözleşmesinin özel bir türü mü, yoksa sui generis (kendine özgü) bir sözleşme mi olduğu noktası tartışmaya açıktır. Öğretinin bir bölümü, avukatlık sözleşmesini sui generis ya da isimsiz sözleşme şeklinde tanımlamaktadır⁸. Meseleye bu bakış açısıyla yaklaşıldığında, BY.m.313 ve devamında düzenlenmiş bulunan hizmet (iş) sözleşmesi hükümlerinden oldukça farklı hükümlere tabi olmaları itibarıyla İş Yasası kapsamındaki iş (hizmet) sözleşmelerinin de bu şekilde (sui generis) nitelendirilmesi gerekecektir. Oysa ki, Borçlar Yasası m.313 vd. hükümlerinde düzenlenen sözleşmeyle, İş Yasası kapsamındaki işçilerin tabi olduğu sözleşmenin aynı sözleşme olduğu konusunda görüş birliği uzun zaman önce sağlanmıştır⁹.

Sui generis nitelik taşıyan bir sözleşmeden söz edebilmek için, sözleşmenin, yasalarda düzenlenmiş bulunan hiçbir sözleşme kalıbına sokulamaması gerekir¹⁰. Kaldı ki, avukatlık sözleşmesi yasada zikredilen bir sözleşme olup; taraflarca yaratılmış da değildir.

AvY.m.163/I'de "Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukukî yardımı ve meblâğı yahut değeri kapsamaması gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir" şeklinde bir anlatıma yer ve-

⁶ *Sungurtekin Özkan, Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1999, 147-149; Aday, 89-90; Günergök, Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, Ankara 2003, 27 dn.28.*

⁷ *Avukatlık sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki farklar, vekalet sözleşmesinde vekilin ücret alması ancak taraflarca kararlaştırılmış olmasına ya da bu yolda teamül bulunmasına bağlıyken (BY m.386/III), AvY.m.164 uyarınca ücretin avukatın hakkı olduğu; avukatlık sözleşmesinin iş görme edimini yüklenen tarafının sadece avukatlar olabileceği; avukatların her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmî ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olarak AvY.m.22'de düzenlenen görevleri gösterilmektedir (Bkz. Aday, 95-96). Kanımca, Borçlar Yasanın, teamül olması halinde vekilin ücrete hak kazanacağını hükme bağlaması karşısında, normlar hiyerarşisinde teamülden daha üstte olduğu tartışma götürmez olan "yasa"yla (Avukatlık Yasası) vekilin ücrete hak kazanacağını düzenlenmiş olması halinin, avukatlık sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıran bir ölçüt olarak kullanılması tartışmaya açıktır.*

⁸ *Sungurtekin Özkan, 151; Aday, 95.*

⁹ *Saymen, Ferit H., Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 404-405; Oğuzman, M. Kemal, Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 3-4; Ekonomi, Münir, İş Hukuku Cilt I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, 75-77.*

¹⁰ *Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku: Özel Bölüm, İstanbul 1992, 50-51; Zevkililer, Aydın/Aydoğdu, Murat/Petek, Hasan, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1998, 11; Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), İstanbul 2000, 11.*

rilmiştir. Devam eden hükümlerin ise avukatlık ücretine odaklanmakta olduğu görülmüştür.

Ayrıca, Yasakoyucunun vekaletten tamamen farklı yeni bir sözleşme türünü düzenlemek yolunda bir iradesinin bulunduğunu söylemek de güçtür. Aksine, avukatlık sözleşmesinin zaten bilinen bir sözleşme (vekalet sözleşmesi) olduğu kabulüyle yasal düzenleme yapılmıştır. Avukatlık Yasası m.163/I'de avukatlık sözleşmesinin kapsamından bahsedilmekle yetinilmiş olup; sözleşme için bir tanım verilmemiştir¹¹. Bir bütün olarak Avukatlık Yasası ve tercih edilen terminoloji¹² incelendiğinde avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesinin özel bir türü olduğunu söylemek kolaylaşır^{13,14}.

Yargıtay'ın, avukatın hangi sözleşmeye dayanarak iş gördüğünü tartıştığı kararlarındaki "vekalet sözleşmesi" deyiminden de, sözünü ettiğimiz özel türdeki vekalet sözleşmesinin (avukatlık sözleşmesi) kastedildiğini düşünmek gerekir.

III - Temsil Yetkisi ve Avukat

İnceleme konusu kararın kavranmasında, iki ayrı özel hukuk kurumu olan "temsil" ve "sözleşme ilişkisi" arasındaki fark, kilit noktalardan birini oluşturmaktadır. Avukatlık söz konusu olduğunda, Avukatlık Yasası ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası dahil, çoğu zaman "vekil", "müvekkil", "vekalet ücreti" gibi deyimlerin tercih edilmesi ve dahası avukatın iş sahibini üçüncü kişilere karşı ve adli makamlarda temsil edebilmesi için noterlerce düzenlenen belgenin de "vekaletname" adını taşıması duraksamaya yol açabilecek olgulardır.

İş görülen kişi ile arasındaki ilişki hangi sözleşmeye dayanırsa dayansın avukat, adli makamlarda onun adına ve hesabına iş yapabilmek için noterce düzenlenen vekaletnameye gereksinim duyar. HUMK m.65-67 ve Noterlik K. m.60 uyarınca vekil seçiminin onaylı vekaletnameyle kanıtlanması gerekir.

Her ne kadar, başlığı vekaletname olsa da, noterce düzenlenen belge, aslen iş sahibinin, avukatını hangi konularda ve hangi sınırlarla temsilci olarak atadığını kanıtlayan resmi şekilde düzenlenmiş bir yetki belgesidir¹⁵. Avukatın iş sahibi adına hukuki işlem yapabilmesi için gereksinim duyduğu, iş sahibiyle yaptığı sözleşme değil, temsil için yetkilendirildiğinin üçüncü kişilere ve adli makamlarda kanıtlanabilmesidir.

Önemle hatırlatalım ki, temsil yetkisi tek taraflı irade açıklamasıyla verilir, vekalet sözleşmesi ise karşılıklı irade açıklamalarının uyuşmasıyla kurulan

¹¹ **Günergök**, 28-29.

¹² Avukatlık Yasasında 8 yerde vekalet görevi, 13 yerde müvekkil, 4 yerde vekalet ücreti deyimini geçmektedir. Ayr. Bkz. **Günergök**, 30 dn.44

¹³ **Günergök**, 26-31; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, 425-428; **Yavuz**, 359.

¹⁴ **Serozan**, bu tür sözleşmeler için "yasanın kırmaları" deyimini önermektedir. Bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, 38-39.

¹⁵ **Oğuzman**, **Kemal/Öz**, **Turgut**, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, İstanbul 2000, 162 dn.569; **Aday**, 99-100, **Günergök**, 36 dn.64, 65.

bir sözleşmedir¹⁶. Vekaletname başlıklı bu belgelerde temsil ilişkisinin taraflarından sadece temsil olunan konumundaki iş sahibinin imzası bulunur. Yoksa, bu belgenin başlığının vekaletname olması, iş sahibi ile avukat arasında temsil ilişkisinin kurulmasına aracı olan sözleşmenin niteliğini belirlemek, giderek, bu sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğunu söylemek için yeterli değildir.

Genel olarak temsilden bahsedildiğinde iç ve dış ilişkiyi birbirinden ayırmak gerekir. Temsil yetkisi tek taraflı irade açıklamasıyla verilir ve verilmesine neden olan hukuki nedenden bağımsızdır¹⁷. Bu hukuki neden çoğu zaman taraflar arasındaki vekalet sözleşmesidir. Ancak, temsil için vekalet sözleşmesi yapılması şart olmadığı gibi, vekalet sözleşmesinin de vekile her zaman temsil yetkisi vermesi şart değildir¹⁸. Avukatlık sözleşmesinin ise, aksine hüküm bulunmadıkça iç ilişki bakımından temsil yetkisini içinde barındırdığının kabulü gerekir. Dışa karşı bunun kanıtlanması, terminolojiye adı vekaletname olarak yerleşmiş olan, aslen temsil yetki belgesi niteliğindeki belgeyle olur.

Tüm bu açıklamalardan sonra iş sözleşmesinin de iç ilişki bakımından temsil yetkisinin kaynağını oluşturması yönünde bir engel bulunmadığı anlaşılacaktır¹⁹. Yargıtay kararındaki "... Şayet sayı ile bir sınırlandırma var ise, ilişkinin vekalet ilişkisine dayandığı; aksi halde hizmet akdinin (İş sözleşmesinin) sözkonusu olduğu sonucuna varılmalıdır" anlatımı da dolaylı olarak bu kabule işaret eder niteliktedir.

IV - Avukat ve İş Sözleşmesi

Temsil yetkisi konusundaki bu açıklamalar sonrasında, avukat ile işini gördüğü kişi arasında kurulabilecek tek sözleşmenin vekalet (avukatlık) sözleşmesi olduğu söylenemez. Bu, hem avukatın vereceği danışmanlık hizmetleri hem de işi görülen kişinin temsilcisi olarak yapacağı dava takibi, ihtarname düzenlenmesi ve çekilmesi gibi hukuki işlemler bakımından böyledir. Kaldı ki, avukatla işini gördüğü kişi arasındaki "... sözleşme ilişkisi ne Borçlar Kanununda ne de Avukatlık Kanununda belirleyici ve tüketici anlamda düzenlenmemiştir"²⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Av.K.m.163 vd. hükümlerinin avukatın iş sahibiyle tek bir işin ya da bağlantılı birkaç işin görülmesi üzerine anlaşması önkabulüyle kaleme alındığı görülecektir²¹. Dolayısıyla, salt avukatlık

¹⁶ Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul 1993, 172-175; Oğuzman/Öz, 163; Hatemi/Serozan/Arpacı, 392; Günergök, 36.

¹⁷ Oğuzman/Öz, 163; Zevkliler/Aydoğdu/Petek, 360; Aday, 91-92; Ayr. Bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, 392-394.

¹⁸ Aday, 90-91; Oğuzman/Öz, 161-163; Zevkliler/Aydoğdu/Petek, 360.

¹⁹ Oğuzman/Öz, 163; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 174.

²⁰ Sungurtekin Özkan, 147; Günergök, 38.

²¹ Örneğin Avukatlık Yasası m.173/I uyarınca "Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, kararlaştırılan avukatlık ücreti yalnızca avukatın üzerine almış olduğu işin karşılığı olup, mukabil dava, bağlantı ve ilişki bulunsa bile başka dava ve icra kovuşturmaları veya her türlü hukuki yardımlar ayrı ücrete tabidir."

kanunu hükümleriyle, süreklilik gösteren ilişkiler bakımından doyurucu çözümlere ulaşılması güçtür.

Avukatlık Yasası m.11'de "Aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta üreticiliği, tacirlik ve esnaflik veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş avukatlıkla birleşemez." hükmü sonrasında m.12/bent:c, özel hukuk tüzelkişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık yaparak çalışmayı, m.11 hükmü dışında bırakmıştır. Görüleceği üzere, avukatın, konusu avukatlık mesleği olan bir iş sözleşmesiyle çalışmasına, Avukatlık Yasası bakımından, bir engel bulunmamaktadır.

Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi ve işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi²² denir (İŞK m.2/I); iş sözleşmesi ise, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir (İŞK m.8/I). Kural olarak, işçi tüm çalışmasını işverene özgülemek zorunda değildir. Çalışma gücünü olumsuz etkilemek ve işvereniyle haksız rekabete girmekle ilgili koşullarla başka iş ve uğraşlara da sahip olabilir. Ancak, işveren açısından yasaklamayı haklı gösterecek nitelikteki sıralan nedenler ve benzerleri sözkonusu ise, işçinin başka işte çalışması yasaklanabilir²³. Tüm çalışmasını tek bir işveren özgüleyerek çalışan avukatlar için "işçi avukat" deyimini önerilmektedir. Bu tür çalışmada işveren her hangi bir özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi başka bir avukat da olabilir²⁴.

İncelemekte olduğumuz Yargıtay kararında ise, bu tür çalışmadan farklı olarak, avukatın tüm çalışmasını işini gördüğü kişiye özgülememekle birlikte aralarında iş sözleşmesi bulunan haller söz konusudur. Kural olarak, işçi tüm çalışmasını işverene özgülemek zorunda olmadığından, inceleme konusu kararda da isabetle belirtildiği gibi, bu şekilde çalışan avukatların kendi bürolarının bulunması işi görülen kişiyle aralarında iş ilişkisi kurulmasına ve giderek bu avukatların işçi sayılmasına engel oluşturmaz. Meseleye Avukatlık Yasası açısından bakıldığında, avukatların iş ilişkisiyle çalışmasına cevaz veren nitelikteki AvY.m.12/bent:c hükmünde, çalışmanın ne kadarının işverene özgüleneceği yolunda da bir düzenleme bulunmadığı görülür²⁵.

²² Bu çalışmada iş ilişkisi deyimini, 4857 sayılı Yasanın verdiği bu anlamda kullanılmıştır.

²³ Bkz. Centel, Tankut, İş Hukuku Cilt I, İstanbul 1994, 132-134.

²⁴ Bu şekilde çalışan avukatlar ve sorunları hakkında Bkz. İnanıcı, Haluk, "İşçi Avukatlar" İçin Bir Değerlendirme, Bir Öneri, Açık Sayfa Aylık Aktüel Hukuk Dergisi, S.51, Ocak 2004, 8-11; İnanıcı, Haluk, Avukat Yanında Çalışan Avukatlar İçin Bir Değerlendirme, Bir Öneri, Açık Sayfa Aylık Aktüel Hukuk Dergisi, S.52, Şubat 2004, 18-21; Uçum, Mehmet, "İşçi Avukatlar İçin Bir Değerlendirme" Üzerine, Açık Sayfa Aylık Aktüel Hukuk Dergisi, S.51, Ocak 2004, 12-15; S.52, Şubat 2004, 22-24.

²⁵ AvY.m.12/son "Bir kadroya bağlı olarak aylık veya ücreti Devlet, il veya belediye bütçelerinden yahut Devlet, il veya belediyelerin yönetimi ve denetimi altındaki daire ve müessese yahut şirketlerden verilen müşavir ve avukatlar, yalnız bu daire, müessese ve şirketlere ait işlerde avukatlık yapabilirler" şeklinde bir sınırlama getirirken, aynı maddenin c bendinde böyle bir sınırlama söz konusu değildir.

V - Avukatın İş İlişkisiyle Çalıştığıın Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler

Bir iş sözleşmesinden söz edebilmek için, işverene **bağımlı** olarak ve bir **karşılık** (ücret) uğruna **iş görmek** ve iş görme ediminin belirli veya belirsiz bir süre için taahhüt edilmiş olması gerekmektedir²⁶. Kısaca sıraladığımız bu ölçütler, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerden ayırt edici nitelikteki unsurlardır.

1. İş Görme ve Ücret Unsurları Bakımından

İster vekalet ister iş sözleşmesi olsun, kurulan sözleşmenin konusunu başkasının işinin görülmesi oluşturmaktadır. Ücret unsuru bakımından konuya yaklaşıldığında, her ne kadar, kural olarak vekalet sözleşmesinden söz edebilmek için vekilin ücret alması şart olmasa da, avukatla iş sahibi arasındaki özel türdeki vekalet (avukatlık) sözleşmesinde avukata ücret ödenmesi şarttır. Hatta, AvY.m.164/III uyarınca ücretsiz dava alması halinde, avukat durumu baro yönetim kuruluna bildirmekle yükümlüdür. İş sözleşmesinin de önemli unsurlarından birini, görülen iş karşılığında ücrete hak kazanılması oluşturmaktadır. Bu nedenle, başkasının işinin görülmesi ve karşılığında ücrete hak kazanılması unsurları iki sözleşmenin birbirinden ayırt edilmesine yeterince elverişli değildir²⁷.

2. Bağımlılık Unsuru bakımından

Bir hukuki ilişkinin, iş ilişkisi olup olmadığının belirlenmesinde ve iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt etmekte kullanılacak ölçütlerden bir diğeri, iş sözleşmesinin bağımlılık unsurudur. İşçi, işini, işverenin direktifleri doğrultusunda ve onun gözetim ve denetiminde; işverene bağımlı şekilde görür. Bağımlılığın yoğunluğu yapılan işe, işçinin vasfına vb. etkenlere göre değişebilir: Bağımlılık mutlak değil görelidir²⁸.

Avukat bağımsızlığı ilkesinin, iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan bağımlı çalışma unsuru düşünüldüğünde, ilk bakışta, avukat ile işi görülen kişi arasındaki ilişkinin, iş ilişkisi olmasına engel oluşturduğu düşünülebilir. Buna karşı, Avukatlık Yasasının 12. maddesinin c bendi hükmüyle avukatın iş sözleşmesiyle çalışmasına cevaz verildiğinin hatırlatılması yeterli olacaktır. Kaldı ki, avukat bağımsızlığı ilkesinin zedelenmesi riski, avukatın vekalet (avukatlık) sözleşmesiyle iş gördüğü durumlar için de söz konusu olabilir²⁹.

Meseleye İş Hukuku açısından bakıldığında, avukat bağımsızlığı ilkesinin iş sözleşmesinin bağımlılık unsurunu da ortadan kaldırmayacağı görülmektedir. İş Hukuku öğretisi ve uygulamasında bağımlılık unsurunun, gelişen tek-

²⁶ *Centel, İş Hukuku, 79-82; Saymen, 391-397; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, 66-67; Ekonomi, İş Hukuku, 73-74; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, 72-74.*

²⁷ *Çelik, 76; Köteli, Argun, Hizmet Aktini İstisna ve Vekalet Aktilerinden Ayırıcı Kısıtlar Üzerinde Bir İnceleme, İBD, C.59, S.1-2-3, 1985, 84.*

²⁸ *Centel, İş Hukuku, 58-59; Güzel, Ali, Fabrikada İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 108; Sevimli, K.Ahmet, İş Hukukunda Kaptan, İstanbul 2001, 16.*

²⁹ *Bkz. Sungurtekin Özkan, 81 vd.; Ayr. Bkz. İnanıcı, İşçi Avukatlar, 10-11.*

noloji, yapılan işlerin gittikçe daha fazla uzmanlık gerektirmesi, uzmanlık gerektiren bu işlerin işyerinde yapılma zorunluluğunun ortadan kalkması vb. nedenlerle tekrar ve klasik anlayıştan çok daha esnek tanımlanması baskın eğilimi oluşturmakta; bağımlılığın yoğunluğundan çok varlığının tespiti, iş ilişkisinin kurulmuş olması için yeterli görülmektedir³⁰. Örneğin, işçinin, işverenin iş organizasyonunda yer alması, bağımlılık unsurunun varlığının kabulü için önerilen görece yeni ölçütlerden biridir³¹.

İşverenin işyerinde yapılan işin yürütümü için yapılması gereken hukuki işlemlerin, onu temsilen ve onun talimatları doğrultusunda avukat tarafından yapılması ve ihtiyaç duyulan hukuki bilginin avukat tarafından sağlanması geniş anlamda bağımlılığın varlığına işaret eden bulgular olarak yorumlanmalıdır. İnceleme konusu kararda da, iş sözleşmesinin bağımlılık unsurunun klasik anlayıştan farklı tanımlanması eğilimine uygun olarak, bağımlılığın yoğunluk derecesinin vekalet ve iş sözleşmelerini ayırt etmekte tek ölçüt olmaktan çıkmış olduğu gerçeği, Yüksek Mahkeme tarafından da "Aradaki ilişkinin hizmet akdine mi yoksa vekalet akdine mi dayandığı sorununun çözümünde iş, ücret ve bağımlılık unsurları ile yetinilmeyip ..." anlatımıyla vurgulanmıştır.

3. "İşin Zamanla Sınırlandırılması" (Süreklilik) Ölçütü

İnceleme konusu kararda "...Aradaki ilişkinin hizmet akdine mi yoksa vekalet akdine mi dayandığı sorununun çözümünde ... yapılacak işin zamanla mı yoksa sayı ile mi sınırlandırıldığı ... dikkate alınması gerekir. Şayet sayı ile sınırlandırma var ise ilişkinin vekalet ilişkisine dayandığı, aksi halde hizmet akdinin söz konusu olduğu sonucuna varılmalıdır..." anlatımı yer almaktadır. Bu anlatım, serbest çalışan bir avukatın, temsil ettiği kişi adına yaptığı işlemler, takip ettiği dava vb. başına değil de, sadece aylık düzenli bir ücret almakta ise, iş ilişkisiyle çalıştığı kabul edilmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir.

Bu ölçütü kullanırken, Yargıtay, iş sözleşmesinden söz edebilmek için iş görme ediminin bir süre için vaad edilmiş olması gerektiği görüşünden³² hareket etmektedir. Ancak bu görüş, ücret belirlenirken yapılan her işin ayrı ayrı değerlendirilebileceği gerçeğini yadsımaz. Aksi halde, parça başı, akort, komisyon vb. ücret biçimlerini açıklamak mümkün olmayacaktır. Ölçütün, işveren tarafından verilen görevlerin tamamlanmasıyla, kural olarak, iş sözleşmesinin sona ermeyeceği; verilen görevlerin sözleşmenin konusunu oluşturan işin parçaları olduğu şeklinde anlaşılması gerekir³³.

Buradan yola çıkıldığında, aylık ücret alan bir avukata, işvereni temsilen yaptığı, ihtarname çekilmesi, dava açılması ve takibi vb. hukuki işlemler için ayrıca ücret ödeniyor olsa bile, varılan sonucun değişmemesi; bu ilişkinin de iş sözleşmesi olarak kabulü gerekir. Bu ek ödemeler için, İş Hukuku bakımından

³⁰ Çelik, 74-75 ve dn.21'de anılan eserler.

³¹ Bkz. Güzel, 109 vd.; Engin, Murat, Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Prof.Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 271-272.

³² Tunçomağ/ Centel, 66; Saymen, 397-398; Köteli, 84.

³³ "... işçinin yaptığı tek tek işler, kendisi ile işvereni bir süre için bağlayan zincirin halkalarını oluşturur ..." Tunçomağ/Centel, 66

ikramiye, prim, ya da komisyon ücreti tanımlaması düşünülebilir³⁴. İşçinin aldığı zamana göre ücretin³⁵ yanı sıra yaptığı her iş için ayrıca ücretlendirilmesi mümkündür³⁶.

Başka bir bakış açısıyla, vekalet (avukatlık) sözleşmesi ve iş sözleşmesinin bir arada bulunduğu atipik (bileşik) bir sözleşmenin kurulduğu düşünülebilir. Meseleye böyle bakıldığında da, sözünü ettiğimiz sözleşmenin baskın unsurunun iş sözleşmesi olduğunu söylemek yanlış olmayacak; böylece atipik sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda hangi kuralların uygulanacağı sorunu³⁷ da halledilmiş olacaktır³⁸.

Bu konudaki diğer bir değerlendirme, konusu danışmanlık hizmeti olan bir iş sözleşmesinin bulunduğu; ancak işveren adına yapılan ve aylık ödenen ücretten ayrıca ücretlendirilen her hukuki işlem için ayrı ayrı vekalet (avukatlık) sözleşmelerinin kurulduğu şeklinde olabilir. **Kanımızca**, bu sonuca ancak, sözleşmeden ya da taraf iradelerinden, açık şekilde bu tür bir ikili ilişkiyi tercih ettikleri anlaşılabilir hallerde varılmalıdır.

Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de , 2001 yılında vermiş olduğu bir kararda **avukatın almakta olduğu ücretin yanı sıra yaptığı bazı işlemler için ayrıca ücret ödeniyor olmasının, işi görülen kişi ile aralarındaki ilişkinin tanımını etkilemeyeceği ve bu ilişkinin iş sözleşmesi olduğu sonucuna varmış; yapılan ek ödemeleri ise prim niteliğinde kabul etmiştir**^{39,40}. 2001 tarihli bu karar ışığında, inceleme konusu karara bakıldığında, “Aradaki ilişkinin hizmet akdine mi yoksa vekalet akdine mi dayandığı sorununun çözümünde ... yapılacak işin zamanla mı yoksa sayı ile mi sınırlandırıldığına da dikkate alınması gerekir. Şayet sayı ile sınırlandırma var ise ilişkinin vekalet ilişkisine dayandığı, aksi halde hizmet akdinin söz konusu olduğu sonucuna varılmalıdır” anlatımındaki “sayı ile sınırlandırma”yla, aylık ücret almayan avukatın yaptığı

³⁴ Bu kavramlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için Bkz. **Centel**, Tankut, *İş Hukukunda Ücret*, İstanbul 1987, 116 vd.

³⁵ Serbest avukatlar iş ilişkisi niteliğindeki bu hizmetleri için genellikle aylık ücret almaktadırlar.

³⁶ **Centel**, *Ücret*, 102; **Çelik**, 127.

³⁷ **Hatemi/Serozan/Arpacı**, 39-41, 42-43, 49; **Yavuz**, 11; **Zevkliler/Aydoğdu/Petek**, 11.

³⁸ Tam olarak örtüşmemekle birlikte, buna örnek olarak iş ve kira sözleşmelerinin unsurlarını bünyesinde barındıran atipik (karma) nitelikteki kapıcılık sözleşmesi düşünülebilir.

³⁹ “ ... Somut olayda davacının (avukatın) sürekli şekilde çalıştığı ve sözleşmede öngörülen net danışmanlık ücretinin her ay muntazam ödendiği anlaşılmaktadır. Ödenen bu ücret bazı takip edilen işlere göre prim vasfındaki ek ödemenin dışındadır. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında davacının hizmet akdine dayalı olarak çalıştığı kabul edilmeli ...” Yarg. 9. HD, 22.1.2001, 630/582, Yargı Dünyası, S.62, Şubat 2001, 103-104.

⁴⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 4.2.1982, 139/629 (YKD, C.VIII, S.5, Mayıs 1982, 680-681) sayılı kararında ise, avukat ile iş sahibi arasındaki sözleşmedeki “ Avukat ... (n)e dava ve istişare işleri için ayrı ayrı para almayacak ve kooperatiften net 7.500TL alacaktır...” anlatımına dayanılarak sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunun kabul edildiğini hatırlatalım. Bu durumda üstlenilen davaların yoğun olması halinde aylık ücretin dava başına düşen miktarının Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin çok altında kalması olasılığı ayrı bir tartışma konusudur.

her iş için ayrı ayrı ücret aldığı durumların kastedildiğinin kabulü daha yerinde olacaktır.

VI - Avukatın İş İlişkisi Hangi Kanun Kapsamındadır?

4857 sayılı İş Yasası, m.2/II uyarınca, 4. maddede sıralanan istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine **faaliyet konularına bakılmaksızın** uygulanır. 2. maddedeki bu anlatımdan, 4. maddedeki istisnalar hariç, tüm iş ilişkilerine İş Yasasının uygulanacağı anlaşılır⁴¹. Bunun yanı sıra, İşY.m.4'te kapsam dışı bırakılmamış olsa bile, özel bir iş yasasıyla düzenlenen faaliyet alanlarına da o yasa uygulanacaktır. Ülkemizde, buna tek örnek, İş Yasasında açık şekilde kapsam dışında bırakılmamış olmalarına rağmen basında çalışan fikir ve sanat işçilerine uygulanan Basın İş Yasasıdır.

Bu açıklamalar sonrasında, iş ilişkisiyle çalışan avukatın 4857 sayılı İş Yasasına tabi olduğu görülecektir. İş ilişkisi içinde yapılan avukatlık faaliyeti İşY.m.4'te kapsam dışında tutulmadığı gibi, bu tür faaliyetler için yürürlükte olan ayrı bir iş yasası da bulunmamaktadır.

4857 sayılı İş Yasası kapsamındaki işçi ve işverenlerin yasadan ya da iş sözleşmesinden kaynaklanan hukuki uyumsuzluklarının çözülmesiyle İş Mahkemeleri görevlendirilmiştir⁴² (İş Mah.Y.m.1).

VII - Serbest Avukatın İş İlişkisinden Doğan Bazı Haklar

1. İş Güvencesi Hükümleri Bakımından

Bir işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, 4857 sayılı İş Yasası bakımından işçi sayılması⁴³, süresi belirli olmayan bir iş sözleşmesiyle çalışıyor olması, işyerinde otuz veya daha fazla işçinin çalışması, işçinin altı aylık kıdeminin bulunması (m.18/1), işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili veya yardımcısı ya da işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili niteliklerini taşıması (m.18/son) gerekmektedir⁴⁴. Görüleceği üzere, iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında tutulanlar, tüm işveren vekilleri değil, m.18/son hükmünde belirtilen nitelikleri taşıyan işveren vekilleridir.

İş güvencesinden yararlanmak için aranan diğer koşulların varlığı halinde, İş ilişkisiyle çalışan serbest avukatın iş güvencesi hükümlerinden yarar-

⁴¹ Kapsam dışında bırakılan faaliyet alanları ayrı bir yasayla düzenlenmemiş ise bunlara BY.m.313 vd. hükümleri uygulanacaktır. İş Yasası, Özel İş Yasaları (Deniz İş Yasası, Basın İş Yasası) ve Borçlar Yasası arasındaki ilişki hakkında açıklamalar için Bkz. *Sevimli*, İş Hukukunda Kaptan, İstanbul 2001, 3-10.

⁴² *Gülver*, Ender, İş Yargulamasında Görev, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LIX, S.1-2, 2001, 385-401; Ayr. Bkz. 413-415.

⁴³ Basın İş K. m.6/son uyarınca 4857 sayılı İş Yasasının 18, 19, 20, 21 ve 29 uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla bu yasa kapsamında çalışanlara da uygulanacaktır. (İşY. m.116; BasınİşY. m.6/son).

⁴⁴ Kapsam hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. *Çelik*, 191-196; *Tunçomağ/Centel*, 194-195.

lanıp yararlanamayacağı sorusunun yanıtı, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ya da yardımcısı niteliğini taşıyıp taşımadığına verilecek yanıtla bağlı görünmektedir.

Bir işveren vekilinden söz edebilmek için, işveren adına hareket etme ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alınması unsurları bir arada bulunmalıdır (İşY.m.2/IV). İşle ilgili hukuki işlemlerin yapılması ve sorunların çözülmesiyle görevli olan bir avukat işin yönetiminde görev almaktadır. İşveren vekili niteliği için diğer şart ise, işveren adına hareket, başka bir anlatımla, diğer işçilere karşı işvereni temsilidir⁴⁵. İş sözleşmelerini hazırlayan, sözleşmenin devamında işvereni temsilen işçilere karşı hukuki işlemlere girişen, iş sözleşmesinin son bulması sonrasında işçiler tarafından açılan davalarda işvereni temsil eden bir avukat söz konusu olduğunda, İş Yasası anlamında işveren vekilliği kurumunun unsurlarının varlığının kabulü gerekecektir.

İşY.m.2 anlamında işveren vekili niteliklerini taşıyan avukatın iş güvencesi kapsamında olup olmadığı ise diğer unsurların yanı sıra işveren vekilliğinin derecesiyle ilintilidir. Başka bir anlatımla, işveren vekili niteliğini haiz avukat, işletmenin tamamını yöneten işveren vekili ya da onun yardımcısı sayılması mümkün olduğu ölçüde kapsam dışında kalacaktır. Öğretide bu nitelikleri taşıyan işveren vekilleri için genelde genel müdür ve genel müdür yardımcılarını örnek gösterilmektedir⁴⁶. Ne var ki, Yasanın “işletmenin bütününe yöneten işveren vekili ve yardımcılarını” şeklindeki anlatımının, genel müdür ve yardımcılardan başka kişilerin de bu çerçevede değerlendirilmelerine olanak verir nitelikte olduğu söylenebilir.

İş ilişkisiyle çalışan serbest avukatın iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağını tespitinde, görüleceği üzere, her olayın özelliklerine ve avukatın işletmeyle ilgili yetkilerine bakmak gerekecektir. İş ilişkisiyle çalışan avukat bakımından, açıklamaya çalıştığımız niteliklerin bulunup bulunmadığı titizlikle incelenmelidir.

2. Kıdem ve İhbar Tazminatı Bakımından

İş Yasasına tabi bir iş ilişkisiyle çalışan avukatın sözleşmesi feshedilirken İşY.m.17 hükmü uyarınca belirli bir süre öncesinde feshin ihbar edilmesi gerekecek ve bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat (ihbar tazminatı) ödemek zorunda kalacaktır. Koşulları varsa⁴⁷, avukatın kıdem tazminatı alma hakkı da iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte doğar (1475 sY.m.14).

Üzerinde durulması gereken husus, iş sözleşmesiyle çalışan avukatın almakta olduğu aylık ücretin yanı sıra, örneğin takip ettiği dava ya da işvereni

⁴⁵ “işveren vekilinin hukukça bir işveren temsilcisinden ibaret bulunmasına...” Yarg. 9. HD, 14.10.1968, 8838/12837, **Çenberci, Mustafa**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, 119.

⁴⁶ **Ekonomi, Münir**, Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, cilt:17, sayı:2, Mart 2003, 6; **Taşkent, Savaş**, İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yeni İş Yasası, Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 25-29 Haziran 2003 Çeşme, 118.

⁴⁷ Kıdem tazminatına hak kazanma koşulları için Bkz. **Tunçomağ/Centel**, 220-226; **Çelik**, 252-258.

temsilen yaptığı hukuki işlemler için ayrıca ücret ödendiği hallerde bunların tazminat hesabında dikkate alınıp alınmayacağıdır. Halen yürürlükte olan 1475 sY. m.14/XI uyarınca, kıdem ve ihbar tazminatına esas olacak ücretin hesabında ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulması gerekir. Ancak bu menfaatlerin hesaplamada dikkate alınabilmesi için arızı nitelikte olmaması ve devamlılık göstermesi gerekmektedir⁴⁸. Avukata yapılan bu ödemelerin ücret eki niteliği taşıdığı yönündeki görüş⁴⁹ kabul görse bile, söz konusu ödemeler süreklilik arz etmemeleri nedeniyle, kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacaktır **kanısındayız**.

3. Fazla Saatlerle Çalışma, Hafta Tatili ve Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Bakımından

Kural olarak, fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır (İşY.m.41/I). Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar ise fazla sürelerle çalışma olarak nitelendirilir (İşY.m.41/III). Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir (İşY.m.41/II). Fazla sürelerle çalışmalar için bu ödeme, yüzde yirmibeş yükseltilerek yapılacaktır (İşY.m.41/III).

Serbest avukatla kurulan iş ilişkileri çeşitlilik gösterebilir. Haftanın her günü ya da belirli günlerinde belirli saatler arasında işyerinde bulunması sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Bu ve benzeri durumlarda, avukatın kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı kabulü gerekir (İşY.m.13/I). Çalışılması kararlaştırılan süreyi aşan kısım için fazla sürelerle çalışma ya da fazla çalışma, avukat için de söz konusu olabilir (İşY.m.41). Avukatın hafta tatilinde çalıştırılması halinde de fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma söz konusu olabilecektir.

Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde çalıştırılan avukata, o gün için hak ettiği ücretinin yanı sıra bir gündelik ücret daha ödenecektir (İşY.m.44,47).

Uygulamada iş ilişkisiyle çalışan avukatların çoğunlukla aylık (maktu) ücretle⁵⁰ çalıştıkları görülmektedir. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma bakımından aylık ücretle çalışılması durumunda, bu çalışmaların ücretinin de aylık ücrete dahil olduğu yolundaki anlaşmalar geçerlidir. Ücretin düzeyi ve fazla saatlerle çalışılan süre, sözleşmedeki bu koşulun geçerli sayılmasında etkindir⁵¹.

Buna karşın iş ilişkisiyle çalışmakla birlikte, çalışma saatlerini kendisi ayarlayan avukat için fazla sürelerle ya da fazla çalışma ücreti veya çalışılan

⁴⁸ Yarg. HGK, 3.3.2004, 9-86/124, *İşveren Dergisi*, C.XXXVIII, S.7, Nisan 2004, 25-26; **Çelik**, 273-274 ve dn.87-90a; **Tunçomağ/Centel**, 227-228.

⁴⁹ Bkz. V, 3 ve dn.39'da anılan karar.

⁵⁰ Aylık (maktu) ücret hakkında açıklama için Bkz. **Centel**, Ücret, 99-100; **Çelik**, 307-309.

⁵¹ **Çelik**, 294-295.

Ulusal Bayram ve genel tatil günü ücreti hakkının doğabileceğinden söz etmek zor görünmektedir⁵².

4. Yıllık Ücretli İzin Bakımından

İnceleme konusu kararda, talepler arasında izin ücretinin ödenmesi de yer almaktadır. Karardan anlaşılabilirdiği kadarıyla söz konusu talep yıllık ücretli izne ilişkindir. İşY.m.53/I uyarınca işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilerin yıllık ücretli izin hakkı doğmaktadır. Çalışmanın kısmi nitelikte olması da yıllık ücretli izin hakkının varlığını etkilemez. Özellikle belirli gün ve saatlerde işyerine giderek burada iş gören serbest çalışan avukatın bu hakkının varlığının kabulü gerekir⁵³.

Ne var ki, iş ilişkisiyle çalışmakla birlikte çalışma saatlerini kendisi ayarlayan serbest avukat için, yıllık ücretli izin olanağı tanınmasının, yıllık ücretli izin kurumunun amacına ne kadar uygun olduğu tartışmaya açıktır⁵⁴.

VIII - Sonuç

Konusu başkasının işinin görülmesi olan, karşılığında ücrete hak kazanılan ve süreklilik arz eden bir hukuki ilişkide, bağımlı şekilde iş görüldüğünden bahsedilebiliyor ise söz konusu olan bir iş sözleşmesidir. İlişkinin süreklilik arz etmesinden kasıt, verilen görevlerin tamamlanmasıyla ilişkinin sona ermeyeceği noktasında tarafların açık ya da örtülü şekilde anlaşmış olmalarıdır.

Süreklilik gösteren bir ilişki içinde avukatlık hizmetlerini gördüğü kişi ile serbest avukat arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak tanımlanamayacağı görüşünün dayanağı ise, avukatın işçi gibi, bağımlı şekilde iş görmediği; işçinin bağımlılığının avukata göre çok daha yoğun olduğu düşüncesidir. Sanayi işçisinin bağımlılığı ölçüt olarak alındığında avukatın iş sözleşmesiyle çalıştığı kabulü tabii ki mümkün olamayacaktır. Ne var ki bağımlılık ölçütü mutlak değil görecedir. Bu, işçinin yaptığı işin niteliğinden kaynaklanabileceği gibi, zaman içinde değişen koşulların hukuka yansımalarıyla da ilintilidir. Çalışma ilişkilerinde yaşanan baş döndürücü değişim, yapılan işlerin her geçen gün daha fazla uzmanlık gerektirmesi, gelişen teknoloji ve iletişim olanaklarıyla işin işyerinde yapılması gereğinin ortadan kalması gibi olgular karşısında, iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru eskisi gibi dar tanımlanmamaktadır. Bağımlılık ölçütünün, sanayi toplumundan bilgi toplumuna giden yolda gözden geçirilmesi ve tekrar tanımlanması İş Hukuku öğretisi ve uygulamasının günümüzdeki yaşamsal uğraşlarından birini oluşturur. Sanayi işçisinin bağımlılık düzeyinde ısrarcı olun-

⁵² "Davacı ... çalışma saatleri ve gününü kendi ayarlayan bir üst yönetici olduğu halde fazla mesai ve genel tatil alacaklarının kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup ..." Yarg. 9. HD, 25.9.2003, 2321/15347, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2003 Ocak-Şubat-Mart, S.1, 211.

⁵³ Bu tür kısmi süreli iş sözleşmelerinde yıllık ücretli izin için gerekli çalışılması gereken sürenin ve izin ücretinin nasıl hesaplanması gerektiğine ilişkin bilgi için Bkz. Akyiğit, Ercan, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, 145-148; Centel, Tankut, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, 66-67.

⁵⁴ Bazı tür kısmi çalışmalar için yıllık ücretli izin olanağının tanınmasının yerindeliğini sorgulayan görüşler için Bkz. Akyiğit, 141-142.

ması ise İş Hukukunun marjinalleşmesi ve yeni iş ilişkilerini kavrayamaması anlamına gelecektir. Genel eğilim, eskiye göre bağımlılığın daha geniş anlaşılması gerektiği yönündedir.

Yeni çalışma ilişkilerinin kavranması amacıyla tekrar ve daha geniş biçimde yapılan bağımlılık tanımlamasının, avukatların çalışma ilişkileri bakımından değişmediğini iddia etmek ise, iş sözleşmesinin belirlenmesinde kullanılan bu ölçütün, "ölçüt" olma niteliğini zedeleyecektir. Bir ölçütün değişen koşullar nedeniyle tekrar tanımlanması gerekebilir; önemli olan yeniden tanımlanmış olan bu ölçütün o dönemdeki hukuki ilişkilere objektif şekilde ve ayırım yapılmadan uygulanmasıdır.

Yargıtay'ın inceleme konusu kararı, bu konudaki kararların tarihsel gelişimi de göz önünde bulundurulduğunda, bağımlılık algılamasındaki ortaya koymaya çalıştığımız değişimle koşut ve isabetlidir. İş sözleşmesinin bağımlılık unsurunun eskiye göre daha geniş algılanmasıyla, iş sözleşmesi - vekalet sözleşmesi ayırımının salt bağımlılığın düzeyi esas alınarak yapılması da sağlıklı sonuçlar elde etmeye uygun olmaktan çıkmaktadır. Kararda da, iş ve bağımlılığın yanı sıra ücretin zaman göre ödeniyor olması ve ilişkinin süreklilik göstermesi, ilişkinin iş sözleşmesi olarak tanımlanabilmesi için aranması gereken ölçütler olarak ortaya konmaktadır.

Kararda açık olmayan nokta, avukata zamana göre ücretin yanı sıra yaptığı işler için ayrıca ücret ödenmesi durumunun, ilişkinin iş sözleşmesi olarak kabulünü etkileyip etkilemediğidir. Ancak, daha önceki tarihli bir kararla⁵⁵ birlikte değerlendirildiğinde, Yüksek Mahkemenin bu tür ek ödemelerin, ilişkinin iş sözleşmesi olarak kabulünü etkilemeyeceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Avukatın yaptığı işler için yapılan ek ödemeler hakkında çeşitli değerlendirmeler düşünülebilir. Ne var ki bu değerlendirmelerin hiç birinin ilişkinin iş sözleşmesi olarak kabulüne engel olmayacağı; dolayısıyla Kararın bu açıdan da isabetli olduğu kanısındayız⁵⁶.

⁵⁵ Bkz. dn.39.

⁵⁶ Bkz. V, 3.

LEGAL
İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK
HUKUKU DERGİSİ
“Hakemli Dergidir”

Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. adına
Sahibi ve Genel Yayın Yönetmeni
Av. Lütfürrahman Başöz

Yazı İşleri Müdürü
Av. Ramazan Çakmakcı

Yayın Yönetmeni
Av. Mehmet Uçum

Yayın Kurulu
Av. Reyhan Taniş, Av. Selma Bilgin, Av. Fikret İlkiz,
Doç. Dr. Ömer Ekmekçi, Av. Murat Özveri, Av. Mehmet Uçum,
Av. Demet Tuna Aral, Av. Necdet Okcan, Av. Mehmet Ümit Erdem,
Av. Dilek Salman, Av. Faruk Baştürk, Av. Alper Yılmaz,
Stj. Av. Ebru Erginbay, Arş. Gör. Av. Ömer Bağcı

Yıl: 2004
Cilt: 1
Sayı: 3
Baskı: Kitap Matbaacılık
San. ve Tic. Ltd. Şti.
Cilt: Yıldız Mücellit

Copyright © 2004

*Bu derginin tüm yayın hakları LEGAL YAYINCILIK SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.'ne aittir.
Yayınevinin izni alınmadan eğitim ve tanıtım amaçlı kısmi alıntılar hariç olmak üzere hiçbir
şekilde kopya edilemez, çoğaltılamaz ve yayımlanamaz.*

LEGAL
İŞ HUKUKU ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU DERGİSİ

Bahariye Cad. Çam Apt. No: 63 D. 6 Kadıköy – İstanbul

Tel: (216) 449 04 85 – 449 04 86 Fax: (216) 449 04 87

İnternet adresi: www.legal.com.tr

E-mail: legal@legal.com.tr

DANIŐMANLAR KURULU

Prof. Dr. Nuri elik

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Murat Demirciođlu

Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Öner Eyrenci

Dođuő Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Ali Güzeli

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ünal Narmanlıođlu

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Polat Soyer

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ali Nazım Sözer

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Sarper Süzek

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Savaş Taşkent

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakóltesi

Prof. Dr. Devrim Ulucan

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakóltesi

İÇİNDEKİLER

İş Hukuku	795
Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler <i>Prof. Dr. M. Polat Soyer</i>	797
Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi "Geçersiz Sebep ile Yapılan İşin Sonuçları" <i>Abdurrahman Duran</i>	809
Sosyal Hukuk Alanında Uluslararası Sözleşmeler Işığında Evrensel Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi <i>Dr. Serkan Odaman</i>	816
Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları <i>Arş. Gör. Sezgi Öktem Songu</i>	835
İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku	867
Ülkemiz Endüstrisinde Gürültüye Bağlı İşitme Kayıpları İle İlgili Eski ve Yeni Yasalar, Yapılması Gerekenler <i>Prof. Dr. H. Hilmi Sabuncu</i>	869
Sosyal Güvenlik Hukuku	875
1479 Sayılı Bağ-Kur Kanununda 4956 ve 5073 Sayılı Kanunlar İle Yapılan Değişiklikler <i>Prof. Dr. Ali GÜZEL / Arş. Gör. Saim OCAK</i>	877
Karar İncelemesi	955
Toplu İş Sözleşmesi Taraflarının Sözleşmede Sonradan Değişiklik Yapma Yetkilerinin Kapsamı <i>Yrd. Doç. Dr. Erdem Özdemir</i>	957
Yargıtay'ın Serbest Avukatların da İş Sözleşmesiyle Çalışabileceğini Tespit Eden Kararı ve Sonuçları Üzerine <i>Araş. Gör. K. Ahmet Sevimli</i>	967
Özet (Abstract)	
Some Thoughts Concerning Overtime Work With Respect To The New Regulations <i>Prof. Dr. Polat Soyer</i>	985