

İş Hukuku Ders Notları

Yrd. Doç. Dr. Vedat LAÇİNER
Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
Öğretim Üyesi

ÇANAKKALE
2012

İç kapak arkası, boş kalacak!

İçindekiler

Kısaltmalar	9
§ 1. İŞ HUKUKUNUN KONUSU VE TARİHSEL GELİŞİMİ	11
I. İş Hukukunun Konusu.....	11
II. İş Hukukunun Kısa Tarihsel Gelişimi.....	14
1. Dünyada Gelişimi.....	14
2. Türkiye’de Gelişimi.....	16
§ 2. TÜRK ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ	18
§ 3. İŞ HUKUKUNUN KAYNAKLARI VE KAYNAKLARIN ÖNCELİK SİRALAMASI	19
I. İş Hukukunun Kaynakları	19
1. Genel olarak	19
2. Resmi Kaynaklar.....	19
3. Özel Hukuk Kaynakları	21
4. Uluslararası Kaynaklar	24
II. Kaynakların Öncelik Sıralaması	25
§ 4. ÇALIŞANLARIN GRUPLANDIRILMASI	27
I. Genel Olarak.....	27
II. Memur - İşçi Ayrımı	28
III. Sözleşmeli Personel - İşçi Ayrımı	29
IV. Mahkeme Kararlarından Örnekler	31
V. Stajyer - İşçi Ayrımı	32
VI. Çırak - İşçi Ayrımı	36
§ 5. İŞ HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI.....	40
I. Giriş.....	40
II. İşçi.....	40
1. Tanım.....	40
2. İşçi Olmanın Unsurları.....	41
III. İşveren.....	44
IV. İşveren Vekili.....	44
V. Alt İşveren.....	45
1. Genel Olarak	45
2. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin koşulları.....	46
3. Asıl işveren-alt işveren ilişkisine getirilen sınırlamalar	46

4. Birlikte sorumluluk.....	47
5. Sınırlamalara aykırı davranılmasının yaptırımı.....	48
VI. İşyeri.....	49
§ 6. İŞ KANUNUNUN UYGULAMA ALANI.....	52
§ 7. İŞYERİNİ BİLDİRME	58
§ 8. İŞYERİNİN VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ.....	60
I. İşyerinin Devri.....	60
II. İş Sözleşmesinin Devri	62
§ 9. İŞ SÖZLEŞMESİNİN OLUŞTURULMASI.....	63
I. İş Sözleşmesinin Tanımı	63
II. Unsurları.....	63
1. İş görme	63
2. Ücret	64
3. Bağımlılık	65
III. Özellikleri.....	65
1. Kişisel İlişki Kurması.....	65
2. Karşılıklı Borç Doğurması.....	65
3. Sürekli Bir Sözleşme Olması.....	65
IV. Şekli	66
V. İşe Alım Süreci	67
1. İşletmede Eleman Unsurunun Önemi	67
2. Sözleşme Yapma Özgürlüğü	68
3. İş İlanları.....	68
4. Personel Seçim Süreci.....	69
5. Çalışma Yasakları	72
6. Yabancılık.....	72
7. İşçi Kuruluşları Yönetiminde Görev Alanlar.....	73
8. İşverenin Sözleşme Yapmak veya Öncelikle İşe Almak Zorunda Olduğu Kişiler	74
10. İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE İPTALİ	79
I. İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü	79
II. İş Sözleşmesinin İptali	81
§ 11. İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZA KOŞULU KARARLAŞTIRILMASI	82
§ 12. İŞ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
I. Genel Olarak.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

- II. Sürekli ve Süreksiz İşlerdeki İş Sözleşmeleri..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- III. Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1. Genel Olarak **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2. Belirli Süreli Sözleşme Türleri **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
3. Belirli Süreli Sözleşme Yapma Sınırları .. **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
4. Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi Ayırımının Sınırları..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- IV. Kısmî Süreli ve Tam Süreli İş Sözleşmesi. **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1. Genel Olarak **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2. Türleri..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- V. Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesi..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VI. Geçici (Ödünç) İş İlişkisi Kuran İş Sözleşmesi..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VII. Deneme Süreli İş Sözleşmesi..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1. Giriş **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2. Deneme Süresine İlişkin Yasal Düzenlemeler..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
3. Deneme Süreli İş Sözleşmesinin Türleri . **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
4. İş Güvencesi ve Deneme Süresi İlişkisi... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VIII. Takım Sözleşmesi ile Oluşturulan İş Sözleşmeleri..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- § 13. İŞ SÖZLEŞMESİ TARAFLARININ BORÇLARI **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- I. İşverenin Borçları **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1. Ücret Ödeme Borcu **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2. İşçiyi Gözetme (Koruma) Borcu **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
3. Eşit Davranma İlkesine Uyuma Borcu **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
4. İşçi Özlük Dosyası ve İşverenin Bilgi Saklama Yükümlülüğü.... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
5. İşçi Buluşlarından Doğan Borçlar..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
14. ÇALIŞMA SÜRELERİ **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- I. Haftalık Normal Çalışma Süresi ve Denkleştirme Süresi **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- II. Günlük Çalışma Süresi..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- III. Telafi Çalışması **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

- IV. Fazla Çalışma..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1. Olağan fazla çalışma..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 2. Zorunlu nedenlerle fazla çalışma **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 3. Olağanüstü hallerde fazla çalışma **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- V. Fazla Sürelerle Çalışma **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VI. Gece Çalışmaları..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VII. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşlerinin Yapılacağı Süreler **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VIII. Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1. Genel Olarak **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 2. Başka İşte Çalıştırma Yasağı **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 3. Bildirim Yükümlülüğü..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- IX. Kısa Çalışma..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1. Genel Olarak **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 2. Kısa Çalışma Ödeneğinden Yararlanma Koşulları **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 3. Kısa Çalışma Ödeneğinin Miktarı ve Ödenmesi..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 4. Kısa Çalışma Ödeneğinin Durdurulması **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 5. Kısa Çalışma Ödeneğinin Kesilmesi **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 6. İşverenin Kayıt Tutma Zorunluluğu..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 7. Kısa Çalışmanın Erken Sona Ermesi **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- X. Çalıştırma Yaşı ve Sürelerine İlişkin Sınırlandırmalar..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1. Çalıştırma Yaşı ve Çocukları Çalıştırma Yasağı..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 2. Yer ve Su Altında Çalıştırma Yasağı **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 3. Gece Çalıştırma Yasağı..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 4. Analık Halinde Çalışma ve Süt İzni **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- § 15. DİNLENME SÜRELERİ **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- I. Ara Dinlenmesi **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 - II. Hafta Tatilinde Dinlenme..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 - III. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Dinlenme **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 - IV. Yıllık Ücretli İzin **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

1. Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve İzin Süreleri. **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2. Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma ve İzni Kullanma Dönemi **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
3. Yıllık Ücretli İznin Uygulanması..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
4. Yıllık İzin Ücreti..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
5. Yıllık İzin Süresi İçinde Başka İşte Çalışma Yasağı..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
6. Sözleşmenin Sona Ermesinde İzin Ücreti **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
7. İzinlere İlişkin Düzenlemeler **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
8. Yıllık İzin Döneminde Sigorta Primleri .. **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- V. Dinlenme Sürelerine İlişkin Olarak Sözleşme ile Yapılan Düzenlemeler **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VI. İş Hukukunda Ücretsiz İzin **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- § 16. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- § 17. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 - I. Giriş..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 - II. İş Sözleşmesinin Fesih Yolu Dışında Sona Erme Nedenleri **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 1. Tarafların Anlaşması (İkale-bozma sözleşmesi)..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 2. İşçinin Ölümü **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 3. Belirli Sürenin Dolması **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 - III. İş Sözleşmesinin Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 - 1.Genel Olarak **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 2. İş Sözleşmesinin İhbarlı (Olağan) Feshi.. **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 3. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Sözleşmesinin Olağan Feshi..**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 4. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- § 18. YENİ İŞ ARAMA İZNİ..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 - I. Giriş..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 - II. Mevzuatımızda Yeni İş Arama İzni Hakkı **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 - III. Yeni İş Arama İzninin Süresi..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
 - IV. Yeni İş Arama İzninin Kullanım Zamanını Belirleme Yetkisi **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

- V. Yeni İş Arama İzni Verilmesi Gereken Haller **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VI. İhbar Süresi İçinde Yeni İş Bulan İşçinin Durumu **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VII. Yeni İş Arama İzninin Topluca Kullanımı **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VIII. Yeni İş Arama İzninin Kullanımında İşçinin Bildirim Yükümlülüğü **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- § 19. TOPLU İŞÇİ ÇIKARMA..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- I. Genel Olarak..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- II. Tanım..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- III. Bildirim..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- IV. Bildirim Sonrası İşyeri Sendika Temsilcisiyle Görüşmeler **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- V. Toplu İşten Çıkarmalarda İş Sözleşmesinin Sona Erme Anı.....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VI. Toplu İşçi Çıkarmayı Düzenleyen Hükümlere Aykırılığın Yaptırımı**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VII. Toplu İşten Çıkarma ve İş Güvencesi..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- VIII. Mevsim ve Kampanya İşinin Niteliği Nedeniyle İşten Çıkarmaların Toplu İşten Çıkarma Sayılmayacağı **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- IX. Toplu İşçi Çıkarımı Sonrası Yeni İşe Alımlar **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- § 20. YENİ İŞVERENİN SORUMLULUĞU **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- § 21. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI....**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- I. İşçiye Çalışma Belgesi Verilmesi..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- II. İşçiden İbraname Alınması **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- III. Kıdem Tazminatı Ödenmesi..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
1. Genel Olarak **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
2. Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Koşulları..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
3. Kıdem Tazminatının Hesaplanması..... **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
4. Kıdem Tazminatı Fonu Kurulması Çalışmaları **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- § 22. BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN İŞ HUKUKU ..**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**
- I. Uygulama Alanı **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

II. Hizmet Sözleşmesi.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
1. Tanımı.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
2. Türleri.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
3. Hizmet Sözleşmesinin Şekli.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
4. Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü ..	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
III. Tarafların Hizmet Sözleşmesinden Doğan Borçları.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
1. Genel Olarak	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
2. İşçinin Borçları ve Sorumluluğunun Kapsamı	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
3. İşverenin borçları.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
IV. İş Sözleşmesinde Ceza Koşulu Kararlaştırılması.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
V. Dinlenme Süreleri.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
1. Hafta Tatili	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
2. Yıllık İzin.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
VI. İşyerinin veya Hizmet Sözleşmesinin Devri	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
1. İşyerinin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
2. Hizmet Sözleşmesinin Devri	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
VII. Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
1. Fesih Dışı Sona Erme Nedenleri.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
2. Fesihle Sona Erme.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
3. Yeni İş Arama İzni.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
4. Sözleşmenin sona ermesinin sonuçları ...	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
Kaynaklar	86

Kısaltmalar

AY	Anayasa
AÜYön	Asgari Ücret Yönetmeliği
BasİşK	Basın İş Kanunu
b.	bent
BK	Borçlar Kanunu
c.	cümle
C.	cilt
DenİşK	Deniz İş Kanunu
E.	Esas
f.	fıkra
GYSCYön	Sağlık Kuralları Bakımından Günde Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik
HD	Hukuk Dairesi
HTK	Hafta Tatilleri Hakkında Kanun
HTTYön	Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği
ILO	Uluslararası Çalışma Örgütü- International Labour Organisation
İBK.	İçtihamı Birleştirme Kurulu
İşMK	İş Mahkemeleri Kanunu
İSGK	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İşK	İş Kanunu
İşzSK	İşsizlik Sigortası Kanunu
K.	Karar
KÇYön	Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik
m.	madde
Mah.	Mahkeme
MEK	Mesleki Eğitim Kanunu
OHK	Olağanüstü Hal Kanunu
ÖÖKK	Özel Öğretim Kurumları Kanunu
ÖUDK	Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Dair Kanun
PHKHK	Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
s.	sayfa
S.	Sayı
SendK	Sendikalar Kanunu
SSGSSK	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
TİKK	Türkiye İş Kurumu Kanunu
TSGLK	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TSYÇK	Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun
Yarg.	Yargıtay
YÇİHK	Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

Boş sayfa

§ 1. İŞ HUKUKUNUN KONUSU VE TARİHSEL GELİŞİMİ

I. İş Hukukunun Konusu

Çalışanlar farklı açılardan gruplandırmalara tabi tutulabilirler. Örneğin; beyaz yakalı ve mavi yakalı çalışanlar, sanayi veya hizmet sektöründe çalışanlar gibi. Eğer bugün çalışanların tek bir hukuk alanı içerisinde düzenlenmesi düşünülseydi, “çalışma hukuku” veya daha açık bir tabir ile “çalışan hukuku” olarak nitelendirilirdi. Ancak çalışan grupları, yapılan işin niteliğine, çalışan ve çalıştırmanın karşılıklı durumlarına göre birbirinden çok farklı özellikler göstermektedirler.¹ Çalışan hukuku açısından belki de en ayırt edici gruplandırma "bağımsız çalışma" ve "bağımlı çalışma" ayrımında görülür. Bağımsız çalışanlar yaptıkları faaliyeti kendi ad ve hesaplarına yaparlar. Esnaflar, sanatkârlar ve serbest meslek sahipleri bağımsız olarak çalışırlar. Örneğin bir kitabevi sahibinin kitap satarken yaptığı faaliyet bağımsız bir faaliyettir. Buna karşın, işçi ve memurlar ise bağımlı olarak çalışırlar.

Çalışanlar ve çalıştıranlar arasındaki ilişki hukuki ve ekonomik olarak farklılıklar gösterir. Hangi çalışanın işçi olduğunu belirleyen temel faktör, çalışan ile çalıştıran arasındaki “iş ilişkisinin” varlığıdır. Örneğin bir avukat müvekkilini savunurken “vekâlet ilişkisine” dayanır. Bir yazar, yayınevi ile anlaşarak bir kitap yazarken “eser sözleşmesine” dayanır. İş hukuku, bağımlı çalışanlardan sadece işçileri ele alır ve bunların işverenleriyle olan ilişkilerini düzenler. Bir çalışma ilişkisinin iş hukuku kapsamında değerlendirilebilmesi, çalışan kişinin özel hukuk çerçevesinde belirli bir ücret karşılığı ve bağımlı olarak çalışmasını gerektirir. Bu unsurları içinde barındıran sözleşme tipi ise iş sözleşmesi (hizmet akdi)’dir. Öyleyse iş hukukunu; bir iş sözleşmesine dayanarak, belirli bir ücret karşılığı, bir işverene bağlı olarak çalışan kişilerin arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuk dalı olarak tanımlayabiliriz.

Bugün iş hukukunun ilgi alanı bir işçi ile işveren arasındaki ilişkiyi düzenlemekten öteye geçmiştir. Emek piyasası bir ülkenin ekonomisinde ve sosyal yapısında büyük önem taşır. Bağımlı çalışanların en büyük kısmını işçiler oluşturmaktadır. Devlet, işçileri korumak, çalışma barışını kollamak, sosyal güvencelerini sağlamak için çeşitli müesseseler kurmuştur. Toplum açısından bu derece önemli bir alanda işçi ve işveren yalnız bırakılmamış, işçilere ve işverenlere getirdiği birtakım sorumluluklarla, devlet bu alana müdahale etmiştir. Bugün iş hukukunda işçi, işveren ve devletten oluşan bir üçlü yapılanmadan söz edilmektedir.

İş hukukunun kapsamına giren konular;

a) İş hukukunun temel ilkeleri: Bu hukuk dalının temelini oluşturan kavramlar, ilkeler ve müesseseler incelenir. İş hukukunun konusu, kapsamı, kaynakları ve temel süjeleri ele alınır.²

¹ Süzek, İş Hukuku, s.1.

² Süzek, İş Hukuku, s.3.

b) İş sözleşmesinin kurulması, içeriği ve sona ermesi: İşçi ve işveren, iş sözleşmesinin iki tarafıdır. Sözleşmenin kurulması, devamı ve sona ermesi aşamalarında ortaya çıkabilecek hukuki problemler, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri bu bölümde incelenmektedir.

c) İş güvenliği: İş hukukunun en önemli amacı, herşeyden önce işçilerin yaşamlarını ve beden sağlıklarını korumak olmalıdır.³ İş hukukunda, işçinin sağlığı ve emniyetinin işyeri sınırları ve iş dolayısıyla doğan tehlikelere karşı korunması amacıyla düzenlemeler mevcuttur.

d) Sendikalar hukuku: Sendikalar, işçilerin veya işverenlerin, çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzel kişiliğe sahip kuruluştur. Sendikalar hukuku alanında, sendikaların kuruluşu, işleyişi, sendikalara üyelik ve sendikal faaliyetler gibi konular incelenmektedir.

e) Toplu iş sözleşmesi: İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili konuları düzenlemek üzere, “işçi sendikası ile işveren sendikası” veya “işçi sendikası ile sendika üyesi olmayan işveren” arasında yapılan sözleşmedir. Toplu iş sözleşmesi hukuku kapsamında başlıca; toplu iş sözleşmesi hakkı ve özerkliği, toplu iş sözleşmesi ehliyet ve yetkisi, toplu iş sözleşmesinin kapsamı, uygulanması ve sona ermesi konuları incelenmektedir.

f) Grev ve lokavt: İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir. İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren tarafından kendi teşebbüsü ile veya bir işveren kuruluşunun verdiği karara uyarak işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına lokavt denir. İş hukukunun bu kısmında yasal ve yasa dışı grev ve lokavt konuları işlenmektedir.

g) İş yargılaması: İşçi-işveren ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, genel yargılama usullerinden farklı bir metodla iş mahkemelerinde görülür. İş yargılamasının temel konuları; iş mahkemesinin kuruluşu, görevleri, yetkisi ve iş yargılaması usulüdür.

h) Yönetime katılma: İş hukukunda işçi ve işveren taraflarına kendilerini yönetecek kuralların oluşturulmasına değişik biçimlerde katılma olanağı sağlanmıştır. Türk iş hukukunda işçilerin yönetime katılmasını sağlayan düzenlemeler oldukça sınırlıdır. Yönetime katılmanın temel konuları; sosyal özerklik, üçlü yapılanma ve yönetime katılma örnekleridir.

İş hukuku üzerine yazılmış kitaplar temel olarak aşağıdaki gibi gruplandırılabilir:

a) Ders kitapları: İş hukuku konusunda yazılmış ders kitapları, kapsamına göre ikiye ayrılarak incelenebilir.

³ Süzek, İş Hukuku, s.786.

aa) Kapsamlı ders kitapları: İçerisinde daha çok teorik bilgilerin bulunduğu iş hukuku kitaplarıdır. Türk iş hukuku literatüründe, günümüzde bu nitelikte, yaklaşık 1000 sayfalık az sayıda eser mevcuttur. Bunun haricinde, daha az sayfalı, ancak iş hukukunun sadece bazı bölümlerini inceleyen ders kitapları da vardır. Kapsamlı ders kitapları hem hukuk fakültesi öğrencilerini hem de öğreti ve yargı alanındaki ilgilileri hedeflemektedir.

İş hukuku ders kitaplarının başlıcaları;

Aktay/ Arıcı/ Kaplan-Senyen: İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2009.

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 23.Bası, İstanbul 2010.

Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2008.

Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 2.Bası, Ankara 2008.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4.Bası, İstanbul 2008.

Tuncay, A. Can: Toplu İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2010.

Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005.

bb) Kısa ders kitapları: Bu kitaplar daha çok iş hukuku mevzuatını günlük dilde anlatan ortalama 200-300 sayfalık, boyutu genelde küçük, kısa eserlerdir. Eserde nadiren teorik tartışmalara girilir. Hedef kitleleri daha çok işletme fakültesi ve iktisadi ve idari bilimler fakültesi gibi yan alan veya seçmeli ders olarak iş hukukunu görmekte olan öğrencilerdir.

b) Şerhler: İş hukuku alanında şerh niteliğinde az sayıda eser bulunmaktadır. Aslında kanun şerhleri mevzuatı derinlemesine açıklayan eserlerdir. Ancak Türk iş hukuku literatüründe şerh adı altında çıkmış eserlerin büyük çoğunluğu mevzuatı aynen yazmakta ve maddelerin kısa bir anlatımı sonrasında, Yargıtay kararlarını yorumsuz ve sistematize etmeden vermektedir. Batı Avrupa'daki örneklerine benzeyen, ilgili kanun maddesini teori ve yargı uygulamasıyla sistematik olarak açıklayan eser sayısı ise azdır.

c) Uygulama kitapları:

aa) Mesleki uygulama kitapları: Son yıllarda, özellikle avukatlar, iş müfettişleri ve insan kaynakları uzmanlarının kaleme aldıkları birçok "iş hukuku rehberi, işverenin el kitabı" gibi uygulama kitapları raflardaki yerini almıştır. Bu eserler içerisinde, uygulama örneklerini gösteren başarılı çalışmalar vardır. Mesleki uygulama kitaplarının en büyük eksiği iş hukuku teorisi yanının eksik kalmasıdır. Diğer bir eksik yanı ise, basılan birçok uygulama kitabının içeriğinin uygulamada işçi-işveren ilişkilerinde kullanılan form ve belgelerle, konusal bazda sistematize edilmemiş yorumsuz Yargıtay kararlarıyla doldurulmuş olmasıdır.

bb) Pratik çalışma kitapları: İş hukukundaki problemlerin çözülmesi için özellikle hukuk öğrencilerine yol göstermek amacıyla hazırlanmış eserlerdir. Bu kitaplar içerisinde ya kurgusal bir iş hukuku uyuşmazlığı verilerek çözümlenmesi ya da bir yargı kararının yorumlanması istenir.

d) Monografiler: İş hukuku alanında bir tek konunun ele alınıp işlendiği kitaplardır. Son dönemde iş hukuku alanında çalışanların

sayısı arttıkça, monografilerin de arttığı gözlemlenmektedir. Monografilerin çoğunluğu yüksek lisans tezi veya doktora tezi çalışmaların basılması şeklinde oluşur. Bu eserler, iş hukukuna ilişkin belli bir konuda derinlemesine bilgilenme amacıyla okunur. Monografilere ulaşım daha çok kütüphaneler aracılığıyla olmaktadır; kitabevlerinde çok az çeşit bulunmaktadır.

e) Mevzuat kitapları: İş hukuku; yasa, tüzük, yönetmelik ve diğer hukuk kaynaklarının oldukça yoğun olduğu bir alandır. Kitap piyasasındaki birçok yayınevi ilgili mevzuatı basmaktadır. Bir hukuk alanında bilgilenmek isteyen kişilerin, bilgilendirici kitap ile birlikte, alanla ilgili mevzuat kitabını da edinmesi gereklidir. İş hukukunu öğrenmeye yeni başlayanların ilk olarak ihtiyaç duydukları mevzuat "temel iş yasaları"dır. Bunlar; İş Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'dur.

Mevzuatın güncel haline www.basbakanlik.gov.tr adresindeki "mevzuat" kısmından ulaşmak mümkündür. Çalışma hayatının dinamiklerine uygun olarak iş mevzuatı da değiştiğinden, eski tarihli mevzuat kitaplarının satın alınması tavsiye edilmez.

Bu kitabın hedef kitlesi ve amacı;

Bu eser, uygulayıcıların iş hukuku bilgisi ihtiyaçlarının giderilmesine ve öğrencilerin de uygulamayı bilerek iş hukuku dersini anlamalarına katkıda bulunmayı hedeflemektedir. Gerek konu anlatımı, gerekse yargı kararları ve uygulama örneklerinin aynı eserde birleştirilmesi nedeniyle, okuyucunun ilgisi iş hukukunun ana hatlarına yönlendirilmiş; ayrıntılı teorik bilgi vermekten elden geldiğince kaçınılmıştır. Eserin bir diğer hedefi de, iş hukukunda temel kanun olan 4857 sayılı İş Kanununa hakimiyeti sağlamaktır. Eserde, okuyucunun anlamasını kolaylaştırmak amacıyla konular tablo ve şemalar kullanılarak açıklanmıştır.

II. İş Hukukunun Kısa Tarihsel Gelişimi

1. Dünyada Gelişimi

İnsan, toplumsal bir canlıdır ve en az iki kişinin var olduğu yerde bir çalışan-çalıştırıcı ilişkisinin doğması muhtemeldir. Hayatını devam ettirebilmek için çalışmaya duyulan ihtiyaç insanlık tarihi kadar eskidir. Başından itibaren insan en azından yemek, barınak, giyinme gibi temel ihtiyaçlarını sağlamak için çalışmak zorunda kalmıştır. Eski çağlarda çalışanların bugünkü gibi bir korumaya sahip olmadıkları görülür. Örneğin, Roma hukukunda ustaya çırak üzerinde çok geniş kapsamlı ve fiziki cezaları da içeren bir "uslandırma yetkisi" tanınmıştır.⁴

18.yüzyıldan önce daha çok demir işleri, marangozluk, bakkallık, şehirlerde kuyumculuk, ayakkabıcılık gibi dallarda esnaf sanatkarların mesleki kuruluşları olan loncalar şeklinde kurulu bir

⁴ Demircioğlu/Centel, İş Hukuku, 13.Bası, s.29.

ticari hayat bulunmaktaydı. Bu örgütlenme içerisinde çırak-kalfa-usta sınıflamasına dayanan üçlü bir kooperatif hiyerarşisi bulunuyordu. Bunlar daha çok zanaatkâr grubuna giren mesleki bazı kuralları bulunan meslek gruplarıdır; iş hukukuyla pek bağlantıları bulunmamaktadır.

Buhar gücünün keşfedilmesi ve bunu takiben artan enerji kullanımı ve sanayileşme “sanayi devrimini” yaratmıştır. O güne kadar bağımsız çalışan zanaatkârların küçük işletmeleri yerlerini büyük fabrikalara bırakmıştır. Teknik gelişme sonrası seri üretime geçilmesi, fabrikaların büyümesine ve dolayısıyla bu fabrikalarda çalışanların sayısının da artmasına yol açmıştır. Sanayileşme başta İngiltere-Fransa-Almanya üçgenindeki bölge olmak üzere Batı Avrupa’da başlamıştır. Sanayi devrimiyle birlikte, artan işçi sayısına paralel olarak Avrupa işçi sınıfı da oluşmuştur.

Kapitalizmin hakim olduğu ekonomik sistem çalışma hayatına müdahaleye imkan vermiyor, mutlak sözleşme özgürlüğünü benimsiyordu. Buna göre; sistem kendi içerisinde düzenlemeler yapmakta, değerini, fiyatını, alıcısını ve satıcısını kendi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, emek piyasasına da müdahale edilmemekte, iş sözleşmesi kurulurken işçi ve işveren tarafı tamamen serbest bırakılmaktaydı. Ancak uygulamada sermaye gücünü elinde bulunduran işveren zaman içerisinde daha güçlü hale gelmiş, işçiler ise hızla zayıflamışlardır. İşe olan talebin arzdan fazla olması, sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulamaya yansımaya sebep olmaktaydı. Yani her ne kadar sözleşme tarafları özerkse de, bireysel düzeyde işverenin işçiden oldukça güçlü olması nedeniyle, uygulamada problemler ortaya çıkmaktaydı. Bunun sonucu olarak, işçi ve işveren tarafının özgür iradeleriyle belirlenmesi gereken çalışma şartları, neredeyse tamamen işveren tarafından belirleniyordu.

Sanayileşme hareketinin başladığı ilk dönemde, çoğu işçi zor ve hayati tehlikesi olan, insanlık dışı şartlarda çalıştırıldılar. İngiltere’de günlük 18 saatin üzerinde çalışma saatlerinin bulunması, hamile kadınların 18 saat yeraltında çalıştırılması, 10-13 yaşlarında küçük kız çocuklarının çalıştırılması, işverenlerinin ahlaksız isteklerine maruz kalması bu dönemle ilgili belgelerde yer alan örneklerden sadece birkaç tanesidir. İşte bu şartlar içerisinde işçi ücretleri çok düşmüş, iş kazaları artmış, meslek hastalıklarına yakalanma başlamış, erkek işçilerin işsizliği yanında kadın ve çocuk çalışması yaygınlaşmış ve çalışma saatleri neredeyse günün tamamını kapsar olmuştur.

Zamanla bu sorunlar toplumun tamamının zarar görmesi boyutlarına ulaşmış, devletin bu duruma müdahale etmesi ve çalışma hayatını düzenlemesini zorunlu kılmıştır. İlk çalışma yasaları, daha çok çocuklar ile gençler ve kadınlar gibi özel olarak korunma gereksinimi içinde bulunan kişilere yönelir.

Bugünkü modern işçi işveren ilişkilerine ulaşılması üç noktadan müdahale ile gerçekleşmiştir:

a) Devletin müdahalesi: Sosyal devlet ilkesinin Avrupa’nın gündemine girmesiyle, devletler zayıf konumda bulunan işçiyi

korumaya başlamışlardır. Yasanın emredici hükümleri ile işverene yükümlülükler yükleyen işçiyi koruyucu asgari düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin çocuk işçiliğinin yasaklanması, genç çalışanların korunması ve sosyal sigortalar hukukundaki düzenlemeler devletin işçi-işveren ilişkilerine yaptığı etkili müdahalelerdendir.

b) Sendikalaşma hareketi: Gerek ekonomik, gerekse çalışma şartlarının belirlenmesindeki inisiyatif yönünden zayıf kalan işçiler sosyal açıdan bir karşı güç oluşturmak amacıyla kendi aralarında örgütlenmişlerdir. En başta yasa dışı görülen bu örgütler daha sonra devletler tarafından tanınarak meşruiyet kazanmışlardır. İşçiler, kendi çıkarlarını savunmak amacıyla örgütlenerek işçi sendikalarını kurmuşlar, işverenler ise bunun karşısında kendi çıkarlarını savunacak işveren sendikalarını kurmuşlardır. Böylece, bugünkü anlamda toplu sözleşme, grev ve lokavt hukukunun yasal temelleri atılmıştır.

c) Uluslararası örgütler: Ekonomik sebepli çıkan 1.Dünya Savaşının ardından 1919 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO-International Labour Organization) kurulmuştur. Bu örgüt sayesinde işçi-işveren-devlet üçgeninde geçen çalışma yaşamına asgari düzenlemeler getirilmiştir. ILO'nun kabul ettiği uluslararası sözleşmelerle, organizasyona üye devletler açısından çalışma ilişkilerinde işçi lehine büyük kazanımlar doğmuştur.

2. Türkiye’de Gelişimi

Osmanlı İmparatorluğu döneminde çalışma hayatına daha çok tezgah ve el işlerine dayanan zanaatkarlık hakimdi. Bu işletmeler çok sayıda işçi çalıştırmayı gerektirmeyen, işçi-işveren ilişkisinden ziyade meslek örgütü ağır basan yapılanmalardı. Bu yapılanmalardan Ahilik, XIII.yüzyıldan itibaren çalışma hayatını düzenleyen başlıca kurumdur. Ancak gerek bu kurum, gerekse diğer zaviye ve loncalar meslek gruplarının gelişmesini sağlayan, meslek içi problemleri çözme işlevi olan, meslekte uzmanlık aşaması olan usta unvanına ulaşınca kadar gereken yamak-çırak-kalfa-usta ilişkilerini düzenleyen, ama yazılı bir hukuka dayanmayan teşkilatlanmalardı.

Osmanlı’da Mecelle, yazılı hukuk kaynağı olarak çalışma hayatına ilişkin önemli düzenlemeler getirmiştir. Örneğin, Mecelle’de işçi ücretleri ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Meşrutiyet döneminde sendikalaşma ve grev hareketleri de olmuştur. Yine Tatil-i Eşgal Kanunu ve Teşvik-i Sanayi Kanunu o dönemde çıkarılan önemli düzenlemelerdir. Ancak Birinci Dünya Savaşının başlamasıyla birlikte sözkonusu kanunların uygulanması pek mümkün olamamıştır.

Yeni Türkiye’de Meclis Hükümeti, Cumhuriyetin ilanından önce çalışma hayatına ilişkin yerel çalışmalar yapmıştır. Çıkarılmasında aciliyet bulunan çalışma hayatının ilk yasaları, 12 Eylül 1337 tarihli ve 151 sayılı Ereğli Havza-i Fahmiyesi Maden Amelesinin Hakkına Müteallik Kanun ve Kömür Tozları Kanunu’dur. Bu Kanunlar sosyal güvenlik sistemimiz açısından da öneme sahiptir. Yine 1923 yılında İzmir İktisat Kongresinde alınan kararlar Türkiye Cumhuriyeti çalışma hayatının şekillenmesinde büyük rol oynamıştır. Cumhuriyet ilan

edildikten sonra çalışma hayatı ile ilgili ilk kanun, Hafta Tatili Kanunu'dur. 15.06.1937 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk iş kanunu olan "3008 sayılı İş Kanunu" yürürlüğe girmiştir. Çıkarıldığı dönem itibariyle devletin müdahalesinin yoğun olduğu dönem olduğundan devletçilik ilkesi yoğun bir şekilde yasada görülmektedir. Bu kanunda işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisi baskın olarak toplum yararını önde tutmuştur. Sınıf kavgası çıkmasının önüne geçilmesi düşüncesiyle de grev ve lokavt yasaklanmıştır.

1945 yılında Çalışma Bakanlığı'nın kurulmasının ardından çalışma hayatında kanunlaştırma hareketi hız kazanmıştır. Sendikalaşma hareketleri iş hukukuna girmiş, 15.07.1963 tarihinde 274 sayılı Kanun ile grev ve lokavt serbest bırakılmış, toplu iş sözleşmesi yapma imkanı getirilmiştir. 1967 yılında çıkarılan ve ikincisi olan 931 sayılı İş Kanunu, 1971 yılına kadar yürürlükte kalmış, bu tarihten sonra ise yerini 1475 sayılı İş Kanununa bırakmıştır. Bu Kanun ise, 14.maddesi hariç, 2003 yılında yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan 4857 sayılı yeni İş Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

§ 2. TÜRK ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ

Türk iş hukukunun resmi örgütlenmesi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı merkezlidir. 09.01.1985 tarih ve 3146 sayılı Kanun ile Bakanlık; merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı şeklinde örgütlenmiştir. Çalışma hayatını denetleme görevi, Bakanlığın merkez örgütlenmesine bağlı “İş Teftiş Kurulu Başkanlığı”na verilmiştir. İş Teftiş Kurulu Başkanlığı’nın merkezi Ankara’dadır. İş Teftiş Kurulu Başkanlığı adına taşrada denetim görevini yürüten kurum ise “İş Teftiş Grup Başkanlıkları”dır. İş hayatının denetimi bu kurumda çalışan iş müfettişleri aracılığıyla sağlanır.

İş Kanununun 7.bölümü çalışma hayatının denetimi ve teftişi konusuna ayrılmıştır (İşK m.91-97). Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın taşra örgütlerinde “bölge müdürlükleri” vardır ve çalışma hayatında önemli işlevler görürler. Bu çerçevede idari para cezası verme yetkileri de mevcuttur (İşK m.108).

§ 3. İŞ HUKUKUNUN KAYNAKLARI VE KAYNAKLARIN ÖNCELİK SIRALAMASI

I. İş Hukukunun Kaynakları

1. Genel olarak

Mevcut iş hukuku kuralları farklı kaynaklardan doğmaktadır. Bir iş hukuku kuralı resmi kaynaklarla veya iş sözleşmesinin sosyal taraflarınca oluşturulabilir. Resmi kaynaklar devletin kendi mevzuat yapma tekniğini kullanarak doğrudan koyduğu kurallardır. Bunlar genel olarak; anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliklerdir.

İş sözleşmesinin sosyal tarafları işçi ve işverendir ve tarafların oluşturduğu bu kurallar iş hukukunun özel hukuk kaynakları olarak adlandırılırlar. Bunlar bazen iş sözleşmesindeki gibi sadece işçi ve işvereni ilgilendiren, bazen de toplu iş sözleşmesi gibi üçüncü kişileri de etkileyen kurallardır.

2. Resmi Kaynaklar

a) Anayasa

Anayasa, devletin temel yapısını, yönetim biçimini, devletin temel organlarını, bunların birbirleriyle olan ilişkilerini, kişilerin devlete karşı olan hak ve görevlerini düzenleyen en üst yasadır. Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, diğer kanunları ve kişileri de bağlayan temel hukuk kuralıdır (Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi). İş hukuku da kaynağını anayasadan alır. Bu nedenledir ki, iş hukukunu düzenleyen hükümler anayasaya aykırı olamaz. Yürürlükte bulunan 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2.maddesine göre; "Türkiye Cumhuriyeti... sosyal bir hukuk devletidir". Sosyal devlet uygulamalarının başında ise iş hukuku gelir. Gerek ekonomik gerekse sosyal açıdan işverenin emrinde çalışan işçinin korunması ancak devletin sosyallik ilkesiyle sağlanabilecektir.

Anayasanın 48.maddesinde çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğü, 49.maddesinde çalışma hak ve ödevi, 50.maddesinde çalışma şartları ve dinlenme hakkı, 51.maddesinde sendika kurma hakkı, 53. ve 54.maddelerinde toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt hakkı, 60.maddesinde sosyal güvenlik hakkı düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır.

b) Kanun

Kanun yapmaya, yasama yetkisini elinde bulunduran Türkiye Büyük Millet Meclisi yetkilidir. Yasa teklif etmeye, Bakanlar Kurulu (tasarı) ve milletvekilleri (teklif) yetkilidir (AY m.88/f.1). Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülen bir tasarı veya teklif oylanarak kabul edildiğinde, yasalaşmış olur. Kabul edilen kanunlar 15 gün içinde Cumhurbaşkanı tarafından onaylanır ve Resmi Gazete'de yayımlanır.

İş hukukuna ilişkin temel bazı kanunlar şunlardır: 4857 sayılı İş Kanunu, 6098 sayılı Borçlar Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun.

c) Kanun Hükmünde Kararname

Kanun yapma prosedürünün uzun zaman alması karşısında toplumun gereksinimlerini hızlı bir şekilde karşılamak amacıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna bir yetki kanunu ile kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Söz konusu yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını gösterir.

Sıkıyönetim ve olağanüstü haller haricinde, Anayasa'nın ikinci kısmında yer alan temel hak ve ödevlere ilişkin genel hükümler, kişinin hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.

d) Tüzük

Kanunun uygulanmasını göstermek veya kanunda belirtilmiş olan konuları düzenlemek üzere Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan yazılı hukuk kurallarıdır. Tüzükler Danıştay'ın incelemesinden geçirildikten sonra, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanır ve Resmi Gazetede yayımlanır.

İş hukukuna ilişkin başlıca tüzükler şunlardır: İş Süreleri Tüzüğü, Fazla Çalışma Tüzüğü, Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışanlara İlişkin Bazı Özel Usul ve Kurallar Hakkında Tüzük, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü, İş Teftişi Tüzüğü.

e) Yönetmelik

Başbakanlık, bakanlık ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarına giren yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere çıkardıkları yazılı hukuk kurallarıdır. Çalışma yaşamına ilişkin yönetmelikler ise, iş yasaları ile bunlara ait tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere yürürlüğe sokulmuştur. İş hukukuna ilişkin başlıca yönetmelikleri şöyle sıralayabiliriz;

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik (30.04.2011 tarih ve 27920 sayılı RG), İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerlerinin Kapatılmasına Dair Yönetmelik (15.03.2004 tarih ve 25393 Sayılı RG), İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği (06.04.2004 tarih ve 25425 Sayılı RG), Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik (06.04.2004 tarih ve 25425 Sayılı RG). Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği (03.03.2004 tarih ve 25391 Sayılı RG).

3. Özel Hukuk Kaynakları

a) Toplu İş Sözleşmesi

Toplu iş sözleşmesi iş hukukuna özgü bir kaynaktır. Anayasa'nın 53.maddesine göre; işçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler (AY m.53/f.1). Taraflara verilen bu hak toplu iş sözleşmesi özerkliği olarak da adlandırılır. Bu hakka dayanarak, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren, aralarında yapacakları toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin düzenlemeler yapabilirler; çalışma koşullarını belirleyebilirler. Toplu iş sözleşmesinin; iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin kısmı "normatif bölüm" olarak isimlendirilir ve toplu iş sözleşmesinin varlığı bakımından zorunlu bir unsurdur. Bu bölümden başka bir de toplu iş sözleşmesinin "borç doğurucu bölümü" vardır ki, bu bölümde sözleşme taraflarının karşılıklı hak ve borçları, sözleşmenin uygulanmasının denetimi, uyuşmazlıkların çözülmesi için başvurulacak yolları düzenleyen hükümler bulunur (TSGLK m.2).

b) İş Sözleşmesi

İş sözleşmesi, bireysel iş ilişkilerini şekillendiren temel kaynaktır. Bu sözleşme işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise ona ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşur. Taraflar hak ve borçlarını sözleşme özgürlüğü çerçevesinde belirleyebilirler. Taraflar bu sözleşmeyle kendileri için sübjektif hukuk kuralları oluşturabilmektedirler. Sözleşme hükümlerinin geçerliliği mutlak emredici nitelikteki üst hukuk kurallarına aykırı olmamasına bağlıdır.

c) İç Yönetmelik

İşveren, iş sözleşmesinin yanında, işyerinde çalışan bütün işçiler için geçerli olacak ortak çalışma koşullarını düzenleyen bir de iç yönetmelik (personel yönetmeliği) yürürlüğe koymak isteyebilir. İşyeri iç yönetmelikleri; işin yapılması, genel ve özel çalışma koşulları, işçilerin uyacakları disiplin kuralları, sağlık ve güvenlik tedbirleri, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri gibi konuları düzenleyen kurallar bütünüdür.

İşverenin iç yönetmeliği hazırlama mecburiyeti bulunmamaktadır. Hazırlanmaması hukuki veya cezai bir sorumluluk yaratmaz. Ancak bir işveren iç yönetmelik hazırlanmasına karar vermişse, işyerinin ihtiyaçlarına, çalışan profiline, yönetim yapısına ve şirket kültürüne uygun olarak bunu hazırlamalıdır.

Uygulamada iç yönetmelikler işveren tarafından hazırlanmaktadır. Ancak iç yönetmeliğin hukuken bağlayıcı olabilmesi için, işçi tarafından kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle, iş sözleşmesinde bulunmayan, işçilerin sorumluluklarını artıran iç yönetmelik hükümleri işçilerden tepki görebilir, motivasyonun düşmesine sebebiyet verebilir ve hatta işyerindeki bazı işçilerin başka iş bularak işyerinden ayrılmasına yol açabilir. Bu sonuçlar düşünülerek,

iç yönetmelik hazırlarken işçilerin de iç yönetmelik hazırlanmasına katılmaları sağlanabilir. İşyerinin ihtiyaçlarına uygun, işçilerin sorumluluklarını genişletmeyen, ama sorumluluk ve uygulamaları sistematize eden iç yönetmelikler hazırlanmalıdır. Yine, oluşturulan iç yönetmeliğin bir iş hukukçusunun incelemesinden geçirilmesi uygun olacaktır. Sonrasında ise iç yönetmelik işyeri yönetiminin onayından geçirilmeli ve çalışanlara imza karşılığı tek tek dağıtılmalıdır. Uygulamada elektronik posta veya işyeri intranet sistemleri ile iç yönetmeliklerin işçilere gönderildiği ve onay istendiği olmaktadır. Objektif açıdan ispat edilebilir, denetlenebilir bir yöntem de bir iç yönetmeliğin hukuka uygun şekilde yürürlüğe girmesi için yeterli sayılmalıdır. Uygulamada işçilerden "...iç yönetmeliği okudum, kabul ediyorum" şeklinde imza alınmaktadır. Bu şekilde işçinin onayının alındığı iç yönetmelikler iş sözleşmesinin eki niteliğindedir; yani iş sözleşmesi hükmündedir.

İç yönetmelikler iş sözleşmesi hükümlerini ayrıntılı açıklamak ve uygulamadaki aksaklıkları çözmek amacıyla daha ayrıntılı düzenlemeler yapmak amacıyla olduğundan, işveren açısından işleri kolaylaştırıcı, sonradan çıkacak uyuşmazlıkların tedbirini önceden alıcı bir işlev görmelidir. İç yönetmeliklerdeki ayrıntılı düzenlemeler işverenin yönetim hakkını da daraltıcı niteliktedir. İşçi için işyerindeki uygulamaları önceden bilmek faydalı ve rahatlatıcı olacaktır.

d) İşyeri Uygulaması

İşverenin işçiye aynı türden yararları devamlı olarak uygulaması durumunda işyeri uygulamasından bahsedilir. Örneğin, bayramlarda erzak veya giyecek yardımı gibi ek sosyal yardımlar yapılması, yılbaşlarında ikramiye verilmesi, yolda geçen süreler için ücret ödenmesi veya asgari yasal yıllık izin sürelerinin üzerinde yıllık izin sürelerinin verilmesi, iş elbiselerinin temizlenmesi ve hatta işyerinde internetin özel amaçlı kullanılmasına izin verilmesi dahi işyeri uygulaması haline gelebilen uygulamalardandır. Bir uygulamanın işyeri uygulaması haline gelebilmesi ve böylece gelecek dönemlerde işvereni bağlaması için, genel nitelik taşıması gerekir. Yani sözkonusu hak belli bir işçiye değil, işçinin yaptığı iş pozisyonuna atfen verilmelidir. Şahsen bir işçiye bu hak verildiği takdirde, hakkın daimi bir şekilde verileceği objektif olarak anlaşılır olmalıdır.

Uygulama niteliğinde işverence sağlanan bu hakkın devamlılık göstermesi "işyeri uygulaması" olmasının bir koşuludur. Eğer işyerinde tekrarlanan bu uygulamaların objektif açıdan devamlı şekilde sağlanacağı söylenebiliyorsa, işyeri uygulaması haline gelmiş bir uygulamadan bahsedilebilecektir. Burada işverenin niyeti subjektif açıdan dikkate alınmamalıdır. Yani normal bir işçi için, işverenin tek taraflı sağladığı bu imkanların genel ve devamlı bir nitelik taşıdığı sonucuna varılabiliyorsa, işverenin sonradan bu uygulamayı kaldırması mümkün değildir. Çünkü burada işverenin tek taraflı sağladığı bu imkanların işçilerin zımni kabulleri ile daimi şekilde iş sözleşmesinin bir koşulu haline geldiği kabul edilmelidir. Buna karşın,

geçici olduğu belli olan ya da bir defaya özgü olarak verilmiş haklar işyeri uygulaması haline gelmez. Ancak, işyeri uygulamasının oluşması için kaç kez tekrarlanması gerektiği konusunda kesin bir ölçü yoktur; her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerekir.⁵ Yargıtay bir kararında; işyerinde 3 yıldan fazla ikramiye ödemesi verilmesi halinde bu hususun artık işyeri şartı haline geldiğine karar vermiştir.⁶ Bu karara bakarak bir uygulamanın arka arkaya en az üç kez tekrarlanmış olmasının bir uygulamayı işyeri uygulaması haline getirdiğini değil, somut olayda ikramiye uygulamasının işyeri uygulaması haline geldiğini düşünmek isabetli olacaktır.⁷

Aksine bir düşünce ile 3 defa ard arda tekrarlanan bir uygulamanın kategorik olarak işyeri uygulaması halini alacağını kabul etmek birçok hukuki sorunu da beraberinde getirirdi. Örneğin; bir işçiye 3 gün ard arada günlük ücretinin %10 artırımlı ödenmesi işyeri uygulaması haline gelmiş midir? Ya da 3 ay boyunca fabrikadaki ihraç fazlası yiyecek maddelerinin dağıtılması gelecek aylarda işçiler için daimi bir hak oluşturacak mıdır? Yine, daha sonra ihraç fazlası ürün ortaya çıktığında bu işçiler için daimi bir hak oluşturur mu? 3 yıl boyunca siparişlerin azaldığı yaz mevsimlerinde işçilerin saat 19.00 yerine 17.30'da paydos ettirilmeleri işyeri uygulaması haline gelmiş midir? Söz konusu 3 yılın ekonomik kriz dönemlerine rastlaması uygulamanın işyeri uygulaması haline gelmesini etkileyen bir unsur mudur? Görüldüğü gibi, olayın özelliği, çalışma hayatın dinamikleri bir uygulamanın kaç kez ve ne sıklıkta tekrar ettiği taktirde işyeri uygulaması haline geleceği konusundaki cevabımızı da etkileyecektir. İş hukukunun vereceği cevap, normal ve makul bir işçinin söz konusu uygulamayı daimi nitelikte olarak algılayıp algılamadığına göre şekillenecektir.

İşveren özgür iradesiyle işçiye tanıdığı tek taraflı hak uygulamasını geri çekmeyi (vazgeçmeyi) başından itibaren saklı tutarsa, söz konusu uygulamalar tekrar edilse dahi işyeri uygulaması halini almayacaktır.

e) İşverenin Yönetim Hakkı

İş hukuku kaynaklarından en altta yer almasına rağmen etkin uygulama alanı bulan bir hukuk kaynağı olduğu söylenebilir. İş sözleşmesinin taraflarının iş ilişkisi süreci içinde meydana gelebilecek her ihtiyacı ya da her sorunu önceden bilebilmeleri veya iş sözleşmesine buna ilişkin hükümler koymaları her zaman mümkün değildir. İşçi işe girdikten sonra, artık işverenin verdiği talimatlara göre işini görecektir. İşverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan yönetim hakkı vardır. İşveren bu yönetim hakkını talimatlar yoluyla kullanır.

⁵ Süzek, İş Hukuku, s.68.

⁶ Yarg.HGK, 05.02.2003, 9-11/54, İHSGHD, 2, s.622-624.

⁷ Alman hukukunda da benzer sonuca ulaşılmaktadır. Ancak, işverenin "yıllık nitelikteki" edimlerinin yerine getirilmesi 3 yıl boyunca tekrar ediyorsa, söz konusu tek yanlı yapılan edimlerin işyeri uygulaması halini aldığı artık gelenek hukuku tarafından tanınmaktadır. Maties, Arbeitsrecht, 2.Bası, s.43.

İşveren bu hakkına dayanarak işin yürütümüne (nerede, ne zaman, nasıl, hangi araçlarla, hangi sıraya göre gibi...) ve işyerinin düzenine ve güvenliğine yönelik talimatlar verebilir. Örneğin; “ikinci katta çalışacaksın” ya da “ikinci kat boyanacak, bu arada yan binada çalışacaksın” şeklinde işin nerede yapılacağı; 12.00-13.00 arası ara dinlenmesi yapılacağına ilişkin zaman belirlemesi; işverenin düzenine ve güvenliğine ilişkin olarak, giriş çıkışların hangi kapılardan gerçekleşeceğine, iş güvenliğine ilişkin hangi koruyucu araçların kullanılacağı gibi. İş sözleşmesinde ne kadar ayrıntı varsa, işverenin yönetim hakkı da o kadar daralır. İş sözleşmesiyle düzenlenen konularda ise, artık sözleşme hükmünü uygulamak gerekir.

f) Örf ve Adetler

Bu sosyal hukuk kurallarının iş hukukundaki uygulaması oldukça sınırlıdır. Özellikle ücretin iş sözleşmesinde belirlenmediği veya belirlense de geçersizlikten dolayı tartışmalı olduğu hallerde başvurulacak bir kaynaktır.⁸

4. Uluslararası Kaynaklar

İş hukukunun uluslararası kaynaklarını; iki taraflı ve çok taraflı antlaşmalar ile Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmeleri oluşturur. İki taraflı antlaşmalar, çalışma yaşamı hakkında iki ülke arasında yapılan antlaşmalardır. 02.04.1965 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Hakkında Sözleşme buna örnek gösterilebilir. Söz konusu anlaşma halen yürürlükte olup, bugüne kadar birçok defalar değişikliğe uğramıştır.

Çok taraflı antlaşmalar ise, çalışma yaşamı hakkında birden çok ülke arasında yapılan antlaşmalardır. Avrupa Birliği’nin çalışma yaşamına ilişkin birçok sözleşmesi vardır. Örneğin, Birlik tarafından 09.02.1989 tarihinde Strasburg’da kabul edilen “İşçilerin Sosyal Temel Haklarına İlişkin Topluluk Şartı” bu alanda alınması gereken önlemleri, atılması gereken adımları belirlemektedir. Bunlardan başka Avrupa Birliği tarafından çıkarılan tüzük, yönerge (direktif) ve kararlar üye devletler için bağlayıcı nitelik taşımakta, her geçen gün uluslararası iş hukukunda giderek değer kazanmaktadır. Ülkemizin Avrupa Birliği’ne aday ülke sıfatını kazanmasıyla birlikte, söz konusu mevzuat Türkiye için de çok büyük önem kazanmıştır. Tam üyelik sürecinde Türkiye, kendi iç hukukunu Avrupa Birliği mevzuatına uyumlu hale getirmeyi taahhüt etmiştir.

Türkiye açısından özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü’nün hazırladığı sözleşmeler, uluslararası hukuk kaynakları arasında önemli bir yer tutmaktadır. Ülkemiz 1932 yılından beri Uluslararası Çalışma Örgütü’nün üyesidir. ILO’da bugüne kadar 184 sözleşme kabul edilmiş bulunmaktadır. Türkiye bunlardan 56’sını onaylamıştır.

⁸ Akyiğit, İş Hukuku, 2010, s.42.

II. Kaynakların Öncelik Sıralaması

İş ilişkisine uygulanacak normlar aşağıdaki şekilde gösterilebilir:



İş ilişkisine uygulanacak birbiriyle çelişen ya da çatışan aynı konuda birden fazla düzenleme olması durumuna karşı, iş hukuku bazı prensipler geliştirmiştir. Kural olarak, hiyerarşik açıdan üst sırada olan norma öncelik verilir. Buna üst norm ilkesi (lex superior) denmektedir. Örneğin; toplu iş sözleşmelerinde aksi belirtilmedikçe bireysel iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Eğer iş sözleşmesinde aykırı bir hüküm varsa, bu hükmün yerini toplu iş sözleşmesi hükmü alır (TSGLK m.6/f.1). Yani toplu iş sözleşmelerinin normatif kısmında yapılacak düzenlemelerle aynı bir yasa gibi doğrudan ve zorlayıcı bir biçimde etki edebilecek güçte tarafların düzenlemeler yapması mümkün olabilmektedir. Yine, işverenin yönetim hakkı en alt düzeyde bir kaynaktır ve kendinden önce gelen kaynaklara aykırı olamaz. Örneğin Kanuna aykırı bir işveren emrine işçinin uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁹

Bu ilkenin istisnası, hiyerarşik sıralamada aşağıda kalan normun işçi açısından daha avantajlı bir niteliğinin olması durumunda görülür. Bu taktirde, aşağıdaki norm yukarı sıradaki kaynağın önüne geçer ki, buna yararlılık ilkesi denir. Örneğin; işyerindeki toplu iş sözleşmesinin her işçi için yılda 20 günlük yıllık ücretli izin hakkını düzenlemesi halinde, işçinin bireysel iş sözleşmesinde yılda 30 günlük yıllık ücretli izin hakkı olduğu yazılı ise hangi hüküm uygulama alanı bulacaktır? İş Kanununun emredici hükümleri toplu iş sözleşmesinin üzerinde yer almaktadır. Yıllık ücretli izin hakkının asgari düzeyini belirleyen İş Kanununun 53.maddesinin 4.fıkrası emredici nitelikte bir düzenlemedir ve buna göre işe yeni başlayan bir işçiye 14 günden az yıllık ücretli izin süresi verilemez. Ancak, toplu iş sözleşmesi işçiye

⁹ Akyiğit, İş Hukuku, s. 42.

daha fazla, “20 günlük” yıllık ücretli izin hakkı verdiğinden toplu iş sözleşmesinin uygulama önceliği bulunmaktadır. Bireysel iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesinden daha alt sıralamadaki bir kaynaktır. Ama bireysel iş sözleşmesinde işçi lehine her yıl başına 30 günlük yıllık ücretli izin hakkı tanındığından, bireysel iş sözleşmesi hükümlerine öncelik tanınacaktır.

Eğer aynı sırada bulunan iki ayrı norm var ise, burada özel düzenleme niteliğindeki norma öncelik verilir (lex specialis ilkesi). Özel düzenleme, genel düzenlemeyi ilga eder.

§ 4. ÇALIŞANLARIN GRUPLANDIRILMASI

I. Genel Olarak

İş Kanununun 1.maddesi, kanunun çıkarılış amacı ve kapsamını düzenlemektedir. Kanunun amacı; işçi ile işveren arasındaki bireysel iş sözleşmesinden kaynaklanan çalışma koşullarına ilişkin hak ve sorumlulukları düzenlemektir.

İş hukukunun temel konusu işçilerdir. Her çalışan işçi değildir; işçi'yi diğer çalışanlardan ayırabilmek için, çalışanları bağımlı ve bağımsız çalışanlar olarak ikiye ayırarak incelemek faydalı olacaktır. Bağımlı çalışanlardan kasıt, başkasının iş organizasyonuna katılmak ve böylece başkası tarafından belirlenen şekilde iş görmektir. Bağımsız çalışanlar, yaptıkları faaliyeti kendi nam ve hesaplarına yaparlar. Bir kitabevi sahibinin kendi işyerinde kitap satarken yaptığı faaliyet buna örnek gösterilebilir. Bu bağlamda tüccarın ve esnafın kendi belirlediği şekilde bağımsız çalışan olduğu görülecektir.

Bağımlı çalışanlar ise, başkasının emir ve talimatlarıyla bağlı olarak başkası adına ve hesabına çalışmaktadırlar. Bağımlı çalışanların büyük bir çoğunluğunu memurlar ve işçiler oluşturur. Bunlardan başka; sözleşmeli personel, stajyer ve çıraklar da bağımlı çalışandır.



İş hukuku sadece özel hukuka ait ve iş sözleşmesine dayanan bağımlı çalışmayı düzenleyen kurallardan oluşur. Bu bağlamda, işçi ve işveren kavramları da iş hukukuna özgü kavramlardır ve ancak "iş sözleşmesi" bağitlanmış ise bir "işçi-işveren ilişkisi"nin varlığından sözedilebilecektir. Öyleyse iş sözleşmesiyle çalışan "işçi", çalıştıran ise "işveren"dir. Söz konusu sözleşme, taraflarının serbestçe kurdukları, şartları konusunda pazarlık yapabildikleri bir özel hukuk ilişkisidir.

Oysa memur ve sözleşmeli personel idari bir sözleşme ile çalışırlar ve ilişkinin koşullarını belirlemede serbest değillerdir.

İşçi kavramı bir mesleğe hasredilemez. Örneğin, kendi terzihanesinde terziplik yapan kişi bağımsız çalışan iken, başkasının tekstil atölyesinde iş sözleşmesiyle terzi olarak çalışan kişi bağımlı çalışan grubuna dahil bir işçidir.

İş hukukunun konusunu bağımlı çalışanlardan prensip olarak sadece iş sözleşmesiyle çalışanlar ilgilendirmektedir. Çıracak ve stajyer gibi diğer bazı bağımlı çalışanlar ise dolaylı olarak iş hukukunun konusunu oluşturur.

İş sözleşmesiyle çalışan herkes işçidir; ancak her işçi İş Kanununun kapsamında değildir. İşçi olmak başka, İş Kanunundan yararlanmak başkadır. İş Kanununun kapsamı dışında bırakılmış işçiler, Kanunun “istisnalar” başlığını taşıyan 4.maddesinde sayılmıştır.¹⁰

İş Hukuku, iş sözleşmesine dayanarak, belirli bir ücret karşılığı, bağımlı olarak çalışan ile onu çalıştıran arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuk dalıdır. Her ne kadar iş sözleşmesi tarafların serbest iradeleriyle oluşsa da bu duruma işçi-işveren ilişkisinin toplumsal ve ekonomik yapı üzerindeki büyük önemi nedeniyle devletin yoğun bir müdahalesini zorunlu kılar.

Devlet, işçileri korumak, çalışma barışını kollamak, sosyal güvencelerini sağlamak için çeşitli müesseseler kurmuştur. Toplum açısından bu kadar önemli bir alanda işçi ve işveren yalnız bırakılmamış, işçilere ve işverenlere getirdiği birtakım sorumluluklarla, devlet bu alana müdahale etmiştir. Kanunun en temel çıkarılış amacı da, Kanundaki düzenlemelerle asgari standartları belirlemek ve böylece gerek ekonomik gerekse sosyal açıdan işveren karşısında dezavantajlı durumdaki işçiyi korumaktır.

II. Memur - İşçi Ayrımı

Bir kimsenin memur ya da işçi olması, uygulanacak mevzuat hükümlerinin büyük farklılıklar göstermesi nedeniyle önem taşımaktadır. Çalışan ve çalıştıran arasındaki ilişkiler açısından işçilere iş hukuku mevzuatı uygulanırken, memurlara 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve ilgili mevzuat uygulanmaktadır. Bundan başka, sendikal haklar ve toplu iş sözleşmesi grev ve lokavt hakkı açısından da işçi ve memurun hakları birbirinden farklı şekilde düzenlenmiştir.

Memurlar bağımlı çalışan grubuna girmesine rağmen, kamu hukukunun konusuna girerler. Memurlar, devlet idaresinde kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlere, devamlı görev yapmak üzere atanan kişilerdir.

Memurlar kamu sektöründe çalışırlar. Ancak, memurları işçilerden ayıran unsur, kamu sektöründe devlet için çalışıyor olmaları değildir. Nitekim devlet dairelerinde, belediyelerde, kamu iktisadi teşebbüslerinde ve bunlara bağlı müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerde

¹⁰ Bkz: İstisnalar başlığı altındaki açıklamalar.

devletin çalıştırdığı işçiler de bulunmaktadır. Belirleyici olan, devlet ile çalışan arasındaki hukuki ilişkinin niteliğidir.

Memur ile devlet arasında borçlar hukuku anlamında bir sözleşme bulunmaz. Bu nedenle, hukuki ilişkinin niteliği özel hukuk değil, idare hukuku ilişkisidir. Memurların maaş, izin, özlük hakları, görev ve unvanda yükselmelerini düzenleyen kanun, Anayasamızın 128. ve 129.maddelerine dayanılarak çıkarılmış olan **657 sayılı Devlet Memurları Kanunu** ve diğer bazı ilgili mevzuattır. İşte memurların hak ve yükümlülükleri, sözleşme yerine bu kanunlarda düzenlenmiştir. Sonuç olarak, memurlar çalışma şartları önceden belirlenmiş statü hukuku çerçevesinde bir göreve atanırlar; devletle aralarında bir iş sözleşmesi mevcut değildir. Hukuki anlamda “sözleşme”nin tanımının karşılıklı, birbirine uygun olarak tarafların özgür iradeleriyle hukuki sonuca yönelik olarak yaptıkları bir işlem olduğu düşünülürse, teorik olarak bir memurun işçiden farklı olarak, devletle “iş şartlarının oluşturulmasına ve değiştirilmesine ilişkin bir pazarlık” yapamayacağı, ancak statüsü önceden belirlenmiş bir kadroya atanacağı, bu bağlamda arada borçlar hukuku anlamında bir sözleşmenin de olmadığı görülür.

III. Sözleşmeli Personel – İşçi Ayrımı

Kamu sektöründe, kamu iktisadi teşebbüslerinde ve bağlı ortaklıklarda memurlar yanında “sözleşmeli personel” adı altında çalıştırılanlar da vardır. Sözleşmeli personelin hukuki durumu da aynı memurların hukuki durumu gibi kural olarak idare hukukuna tabidir. Her ne kadar sözleşmeli personel, memurlar gibi idare hukukuna bağlı olarak çalışsa da, aralarında birçok farklar bulunmaktadır. Bunların başlıcası; memurların sahip bulunduğu sağlam iş güvencesinden yoksunluktur. İdarenin, sözleşmeli personel olarak çalışan kişilerin sözleşmede yer alan hükümlere uyulması kaydıyla idari sözleşmesini feshetme hakkı bulunmaktadır. Devlet memurlarının memuriyetten çıkarılması için ise kurum merkezinde kurulmuş olan yüksek disiplin kurulunun kararı gerekir. Bu kararın alınması oldukça zor olup, karar öncesi uzun soruşturma evrelerinin tamamlanması gerekir. Dava aşaması da çoğunlukla memur lehine sonuçlanmaktadır. Sözleşmeli personelin emekliliğe ayrılmasında, çalıştığı her tam yıl için “iş sonu tazminatı” ödenir.

Sözleşmeli personelin, memurlardan farklı olarak, görevinde yükseltilmesi mümkün değildir. Sözleşmeli personel mevcut pozisyon ünvanıyla çalışmaya devam eder. Sözleşmeli personelin herhangi bir şekilde sicil ve disiplin amiri olarak belirlenmesi mümkün değildir.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre, sözleşmeli personel kamu görevlisi statüsündedir. 657 sayılı Kanunun 4/c maddesi kapsamında çalışan da İş Kanununun uygulama alanı dışında kalır.

Sözleşmeli personel idari nitelikte sözleşme ile çalışmaktadır. Sözleşme taraflarından birini idare, diğerini ise sözleşmeli personel oluşturmaktadır ve burada sözleşme tarafları arasında eşitlik değil, idarenin yönetsel üstünlüğü ve otoritesini belirleyen unsurlar

mevcuttur. Yargıtay'ın verdiği bir kararda, davacı, Belediye Şehir Tiyatroları Müdürlüğü'nde çalışmaktadır ve yıllık izin ücretinin ödenmediğini belirterek izin ücreti alacağı talebiyle dava açmıştır. Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğinden iş hukukunda geçerli olan taraf serbestisi, özgür davranma ve eşitlik ilkelerini görmeyen mümkün olmadığı, idarenin baskın gücü ve egemenliğinin açıkça farkedildiği ve bu haliyle tipik bir iş sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle, davanın iş mahkemesinde görülemeyeceğine karar vermiştir.¹¹

Sözleşmeli personel ile ilgili idari sözleşmeler; kamu tüzel kişileri tarafından, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla tek yanlı olarak düzenlenen, yazılı, tip sözleşmelerdir. Uyuşmazlık Mahkemesi¹² ve Danıştay'ın istikrar kazanmış içtihatlarına göre, idari sözleşmelerle ilgili hususlardan doğan uyuşmazlıklar idari yargı yerinde çözülür. Yargıtay'ın bir kararına göre; davacı, sözleşmenin feshinin geçersiz olduğunu ve işe iadesini talep ederek dava açmıştır. Yargıtay, davacının atama tasarrufu ile işe alındığı, ücretinin ilgili yönetmelik hükümleri gereği belirlendiği ve böylece davacı ile Kurum arasında iş sözleşmesi ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle, davacının 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olmadığına, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına, uyuşmazlığın da idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir.¹³

Bir kamu işyerinin özelleştirilmesi uygulaması esnasında bazen memur veya sözleşmeli personel statüsünde olan bir çalışanın işçi statüsüne geçiş yaptığı görülebilmektedir. Bu konuda **4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun** çıkarılmıştır. Statüsü değişen bu kişilerin özelleştirme uygulamaları nedeniyle iş sözleşmeleri tabi oldukları iş kanunları ve toplu iş sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona eren işçilere, kanundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan tazminatları dışında ilave olarak **“iş kaybı tazminatı”** ödenmesi öngörülmüştür (ÖÜDK m.21). Bu konudaki uyuşmazlıklara İş Kanunu hükümleri uygulanır ve uyuşmazlığın çözüm yeri iş mahkemesidir.¹⁴ Bunun tersi ise, işçi iken, çalıştığı kamu kurumunda “sözleşmeli personel” statüsüne geçen çalışanın durumunda görülür. Yargıtay'a göre, işçilikten “sözleşmeli personel” kadrosuna geçmek amacıyla kendisi istifa eden kişi kıdem tazminatına hak kazanamaz.¹⁵

Memurlukta asli ve sürekli görevlerin yerine getirilmesi esastır. Buna karşın sözleşmeli personelin süreklilik ilkesi çerçevesinde çalıştırılması söz konusu değildir. Teorik açıdan mevzuat böyle düzenlese de, sözleşme süresinin mali yılla sınırlı olmasına karşılık

¹¹ Yarg. 9.HD., 03.06.2010, E.2008/29426, K. 2010/16021.

¹² Uyuşmazlık Mah., E.1995/1, K.1996/1.

¹³ Yarg. 9.HD., 29.06.2009, E.2008/34120, K. 2009/18202.

¹⁴ Yarg. HGK., 08.12.1999, E.1999/9-994, K.1999/1021, YKD, Nisan 2000, s.512-519.

¹⁵ Yarg. 9.HD., 31.01.2006, E.2006/16542, K.2006/22125, ÇVT 2007/1, s.171-181.

sözleşmeli personel olarak, yıllarca çalışmakta olan personel bulunmaktadır.

Yargıtay'a göre; "memur, sözleşmeli personel ve işçinin ortak noktası ücret karşılığı bağımlı çalışmalarıdır. Memur, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde görevlendirilir. İşe alınması, "atama" idari işlemiyle olur. Yine memurların çalışma koşulları, hakları, ödev ve sorumlulukları ve memurluğun sona ermesi önceden yasa ile kesin olarak belirlenmiştir. Bu konularda memur ile onu atayan idare arasında farklı bir uygulamanın kararlaştırılması söz konusu olmaz".¹⁶ Karara konu olayda Milli Eğitim Bakanlığı, Bakanlığa ait bir lisede sözleşmeli olarak çalıştırılan öğretmenlerin sigorta primlerinin yatırılmaması nedeniyle lise müdürü ve müdür başyardımcısını primlerin tahsili talebiyle dava etmiştir. Yargıtay, davalıların İş Kanunu'na tabi işçi statüsünde olmayıp, davacı bakanlığa ait okulda müdür ve müdür başyardımcısı olarak memur sıfatıyla görev yaptıklarına, bu nedenle uyuşmazlığın çözümünün de iş mahkemesine ait olmadığına karar vermiştir.

IV. Mahkeme Kararlarından Örnekler

657 sayılı Kanunun 89.maddesine uygun olarak Bakanlar Kurulu kararnamesi doğrultusunda ve sınavla işe alınan halk eğitim merkezi kurs öğretmeninin işçi olmadığı kabul edilmiştir.¹⁷

Çıraklık eğitim merkezinde görev alan usta öğretici işçi değildir.¹⁸

Devlet üniversitelerinde 2547 sayılı Yüksek Öğrenim Kanununun 34.maddesi kapsamında çalışanlar İş Kanununa tabi olmayıp sözleşmeli personel statüsündedir.¹⁹ Buna karşın, özel üniversitelerde yardımcı doçent kadrosunda çalışanlar İş Kanunu kapsamında işçidir.²⁰

Davacı ilk olarak 399 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname gereği sözleşmeli personel olarak çalışmış, sonrasında ise işçi olarak iş mevzuatına geçmiştir. İş sözleşmesi feshedilen davacı işçinin, Mahkemece tüm süre yıllık ücreti izin alacağının kabulüne karar verilmiştir. Davacının sözleşmeli personel statüsünde geçirdiği çalışmalar İş Kanununun 54.maddesinin 1.fıkrası kapsamında değerlendirilemez. Anılan Kanun hükmünde kastedilen ve birleştirilebilecek çalışmalar, Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu gibi yasalar kapsamına giren çalışmalardır. Böyle olunca davacının statü hukukuna göre sözleşmeli personel olarak görev yaptığı dönem yıllık ücretli izine hak kazanılmasında değerlendirilemez.²¹

¹⁶ Yarg. 9.HD., 18.05.2010, E.2008/29913, K.2010/13853.

¹⁷ Yarg. 9.HD., 14.02.2000, E.1999/19571, K.2000/1395.

¹⁸ Yarg. 9.HD., 28.4.2003, E.2002/23990, K.2003/7205.

¹⁹ Yarg. 9.HD., 13.10.2005, E.2005/4456, K.2005/33378.

²⁰ Yarg. 9.HD., 02.05.2006, E.2006/10643, K.2006/12286.

²¹ Yarg. 9.HD., 02.02.2009, E.2007/32544, K.2009/783.

V. Stajyer – İşçi Ayrımı

Bir meslek hakkında teorik bilgisi bulunan, bu bilgilerini uygulama ile güçlendirmek amacıyla işyerine kabul edilen kişilere stajyer denir. Stajyerler, stajyerlik sözleşmesiyle çalışırlar; işveren ile aralarında iş sözleşmesi yoktur. Bu nedenle, stajyer ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların iş mahkemesinde değil, asliye veya sulh hukuk mahkemesinde çözümlenmesi gerekir.²² Stajyer, işçi gibi geçimini sağlamak için iş yapan değil, bilgi ve tecrübesini geliştirmek amacıyla faaliyette bulunan kişidir. Ücret ödeme borcu stajyerlik sözleşmesinin temel unsurlarından değildir ve bu bağlamda iş sözleşmesinden farklı olarak işveren açısından ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, stajyer ve işveren, stajyerlik sözleşmesiyle belli bir ücret kararlaştırmış olabilirler. Bu takdirde sözleşme ile belirlenmiş ücretin ödenmesi gerekir. Ücretin, asgari ücretin altında veya üstünde belirlenmesi mümkündür. Ücret ödeyen işverenlerce bu ödemeler üzerinden gelir vergisi ve damga vergisi kesintisi yapılır. Stajyerlere ücret ödeniyor olması çalışana işçi niteliğini kazandırmaz.

Stajyerler, İş Kanununun kapsamında değildirler. Ancak İş Kanununun 73.maddesine göre; iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümler işyerindeki stajyerlere de uygulanır (İşK m.77/son f.; kys: İSGK m.2/f.1). Stajyerler, sendika ve toplu iş sözleşmesi yasalarından yararlanamazlar.

Staj yapan yüksekokul veya üniversite öğrencileri bir işyerinde ya okudukları eğitim kurumunun sistemi gereği Kurumdan zorunlu-izinli olarak staj yaparlar ya da başkaca bir sebeple kendileri gönüllü olarak staj yapmayı tercih edebilirler. Eğer sözkonusu eğitim kurumunda mecburi staj şartı bulunuyorsa, uygulamada daha çok okul tarafından bir işyerine uygulamalı eğitimini yapmak üzere belirli bir süre için öğrencinin gönderilmesi, öğrencinin de bu işyerinde çalışması gerekmektedir. Staj yerinin seçiminde, işyerinin seçimini okulun belirlediği veya öğrencinin belirlediği farklı uygulamalara rastlanmaktadır. Yapılan staj esnasında işyerinde yetkili kişi tarafından staj defterleri doldurulur, imzalanır ve okula teslim edilir. Değerlendirme sonucu öğrencinin mecburi stajını başarıyla tamamlayıp tamamlamadığına karar verilir. Ancak bir öğrencinin stajyer olabilmesi için muhakkak eğitim yaptığı kurumun statüsünde mecburi staj şartının bulunması gerekmez. Bir öğrenci teorik bilgilerini uygulamayla pekiştirmek için kendisi de okul öğretiminden kalan zamanlarda dilediği işyerinde staj yapabilir (gönüllü staj).

Zorunlu olsun veya olmasın, meslek liselerinde okuyan veya yükseköğrenimi sırasında staj yapan öğrenciler, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda 6111 sayılı Torba Yasa ile yapılan değişiklik ile, 01.03.2011 tarihinden itibaren iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortası ile birlikte genel sağlık sigortası kapsamına da alınmışlardır. Buna göre; sözkonusu kişilerin velileri üzerinden sağlık

²² Yarg. 9.HD., 13.05.1993, E.1993/7720, K.1993/8358.

hak sahiplikleri yok ise, kendileri genel sağlık sigortalısı sayılacak ve Kurum sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerdir. Bu alışanlar için sigorta primi ödeme yükümlülüğü, Milli Eğitim Bakanlığı'na veya öğrenim gördükleri yükseköğretim kurumuna verilmiştir (5510 s.K. m.87/1e). Belirtilen ğrencilerin staj yaptığı işyeri işverenlerinin prim ödeme yükümlülükleri bulunmamaktadır. Primlerin ödenmesinde prime esas günlük kazanç alt sınırı dikkate alınır (5510 s.K. m.80/1k). Prim oranı, prime esas kazançların %6'sıdır. Bu oranın %1'i kısa vadeli sigorta kolları, %5'i ise genel sağlık sigortası primi içindir. İşaret edelim ki, eğitim kurumu tarafından sigorta primi yatırılan stajyerler için uzun vadeli sigorta kapsamındaki emeklilik primi ödenmediğinden, staj dönemi sigorta başlangıç tarihi olarak kabul edilmez ve prim gün sayısı olarak dikkate alınmaz.

Torba Yasa ile yapılan değişiklikten önce, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu zorunlu staj yapanları kapsam içerisine alıyor, gönüllü stajyerlerden ise hiç bahsetmiyordu. Bu bağlamda eğitim kurumlarınca zorunlu staj şartı bulunanlar ve okul tarafından staj yapması uygun görülen öğrenciler staja başladıkları tarih itibariyle sigortalı sayılıp, sigorta primleri de eğitim kurumu tarafından ödenirken, eğitim kurumunca staj zorunluluğu getirilmemiş gönüllü stajyerlerin, işyerinde normal çalışanlar gibi ücret ve sigorta primlerinin işveren tarafından ödenmesi ve ödenen ücretten hem vergi, hem de sigorta priminin kesilmesi uygulamasına gidilmişti. Bu uygulamanın sonucu olarak o dönemde işverenler gönüllü stajyer çalıştırmaktan büyük lde kaçınmışlardır. Gönüllü stajyerlik uygulamasının reddi anlamına gelen bu yorumlama stajyerlik sözleşmesinin amacına ters düşmesi açısından eleştiriyi hak etmekteydi. 6111 sayılı Yasanın 24.maddesiyle 5110 sayılı Yasanın 5.maddesinin 1b bendinde yapılan değişiklikten sonra artık eğitim kurumunca staj zorunluluğu getirilmiş öğrenciler yanında, gönüllü olarak staj yapmak isteyen öğrencilerin de, eğitim kurumları tarafından sigortalanarak işyerlerinde staj yapabilmelerinin yolu açılmıştır. Böylece gönüllü stajyer, işçi gibi değerlendirilmeyecektir ve sigorta primleri eğitim gördüğü yüksek ğretim kurumu tarafından ödenen ğrenci, stajyer olarak bir işyerlerine çok daha kolay kabul edilecektir.

Vurgulamak gerekir ki, henüz stajyerlik müessesesinin hukuksal altyapısının yetersiz olması nedeniyle, uygulamada stajyer adı altında ama aslında işçi vasıflı birçok kişi bulunmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 5.maddesinin 1b bendinde yüksek öğrenimini yapan öğrencilere zorunlu veya gönüllü stajları esnasında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası yanında genel sağlık sigortası imkanı da getirilmiştir. Ancak bu düzenleme, üniversitede okuyan her öğrencinin bir işyerinde çalışırken stajyer statüsünde çalıştığı anlamına gelmemektedir. İşveren ile ğrenci çalışan arasında stajyerlik sözleşmesinin unsurları mevcut değilse, artık burada gönüllü veya zorunlu stajyerlikten bahsetmek mümkün değildir. Eğer iş sözleşmesinin unsurları mevcutsa, öğrencinin "işçi" niteliğinden bahsedilecektir. Bu bağlamda öğrencinin

işyerinde özellikle ne kadarlık bir süre için stajyer olarak istihdam edildiği büyük önem taşımaktadır. Üniversite öğrencilerinin uygulamada stajyer adı altında “daimi kadroya geçirilmek vaadiyle” çok uzun süre ücretsiz veya düşük ücretlerle çalıştırıldığı görülmektedir. Temel ilke, stajyer ile işveren arasındaki ilişkide stajyerinin yararının ön planda tutulmasıdır. Zorunlu staj yapan yüksek öğretim öğrencilerinin, zorunlu stajları sonrası gönüllü stajyer olarak çalıştırılmak istenmesi de uygulamada ortaya çıkması olası bir durumdur. Çalışmasından memnun kaldığı ucuz ve istihdam bürokrasisinden arındırılmış bir işgücünü işverenler çalıştırmaya devam etmek isteyeceklerdir. Yüksek öğretim süresinin uzunluğu da düşünülecek olursa, staj süresine bir yasal azami süre getirilmediği takdirde, üniversite öğrencilerinin ucuz işgücü olarak sömürülmesi ve buna koşut olarak işçilerin emek piyasasındaki değerinin düşmesi neticesi doğacaktır.

Stajyerlik için yasal bir azami süre mevcut olmasa da, öğrencinin teorik bilgisini pratik bilgiye dökebilmesini gerekli kılan süreyi aşan çalışmalar artık öğrencinin stajyer değil, işçi sıfatıyla çalışmasına devam ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. Söz konusu sürenin uzunluğu somut olaya bakılarak işin niteliğine göre değerlendirilmelidir.

Uygulamada yapılan hatalardan bir tanesi de yüksek öğretim öğrencilerinin tatillerde yaptıkları her çalışmanın “staj” olarak algılanmasıdır. Öğrencilerin okulda öğrendikleri teorik bilgileri pratik bilgiyle desteklemek amacıyla stajyerlik sözleşmesiyle çalıştıkları işyeri ile aralarında stajyerlik ilişkisi mevcuttur. Ancak öğrenci olmak, işçi olarak çalışmaya engel değildir.²³ Öğrencinin, öğrenim alanıyla ilgisi bulunmayan, ya da öğrenim alanıyla ilgisi olsa dahi teorik bilgisini pratik bilgi edinerek geliştirme amacına uygun olmayan, para kazanmak kaygısıyla tatillerde veya okuldan arta kalan zamanlarında yaptığı çalışmalar “stajyerlik” olarak değerlendirilemez. Öğrenci bu durumda “işçi” niteliğindedir ve çalışana ödenen ücret ve sigorta uygulamalarının buna göre yapılması gerekir. Uyuşmazlık halinde, öğrenciyle yapılan sözleşmenin ismine değil gerçek niteliğine bakılarak değerlendirme yapılır.

Türk hukukunda genel olarak stajyerlikten anlaşılan “stajyer öğrenci”dir. Halbuki çeşitli sebeplerle üniversite eğitimi esnasında gerekli stajı yapamamış bir kişinin üniversite eğitimi bittikten sonra da stajyer olarak çalışmak isteyebileceğini unutmamak gerekir. Gerçekten de pratik bilgiden yoksun yeni mezunlar iş hayatına girme konusunda sıkıntı yaşadıkları, birçok işyerinin de işe alımlarda deneyim koşulu aradığı için, ilk önce stajyer olarak bilgi ve becerilerini geliştirme yolunu denemektedirler. Ancak stajyerlik müessesesinin hukuksal açıdan sağlıklı bir zemine oturtulana kadar, kötüye kullanmaları önlemek amacıyla yukarıda belirttiğimiz endişelerle üniversiteden sonra gönüllü stajyerlik müessesesine soğuk bakmak yerinde olacaktır. Teori ve yasal uygulamada üniversite sonrası stajyer adı altında

²³ Bkz.: İşK m.71’deki sınırlamalar.

çalıştırılanların işçi sıfatıyla çalıştırıldığı kabul edilmektedir. Sözkonusu kişiler Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 5.maddesinin 1b bendi kapsamına da girmediğinden, bu çalışanların ücret ve sigorta primleri işveren tarafından işçi gibi ödenecek ve ödenen ücretten hem vergi hem de sigorta primi kesilecektir.

Stajyerler ile ilgili hukuki altyapının yetersizliği uygulamada birçok problemin ortaya çıkmasına yol açmakta, ancak bu sorunlar mevzuatımızdaki koruyucu norm yetersizliği nedeniyle idari ve adli yargıda karşılığını bulamamaktadır. Özellikle, stajyerlerin çalıştırılmaları karşılığı işverene ücret ödeme yükümlülüğü getirilmemiş olması, işgücü sömürüsüne davet çıkarır niteliktedir. Yine, işçilere günlük ve haftalık azami çalışma saati getirilmiş olmasına rağmen, İş Kanununun uygulanmaması nedeniyle stajyerlere çalışma saati konusunda bir sınırlama getirilmemesi uygulamada adaletsiz sonuçlar doğurmaktadır.

Türkiye İş Kurumu İşgücü Uyum Hizmetleri Yönetmeliği²⁴, istihdamı teşvik ederek işsizliği azaltmak ve mevcut işgücünün niteliğini arttırmak amacıyla "**Staj Programı**" adı altında bir uygulama geliştirmiştir. Buna göre, Türkiye İş Kurumu, özellikle işçisini kendi alarak işyerinde eğitmek ihtiyacı hisseden işverenlerin, işçinin yetiştirme veya işyerine uyum döneminde geçen süredeki maliyetlerini en aza indirme ve hatta bazı durumlarda sıfırlama amaçlı programlar düzenleyecektir. Programın özünde, kayıtlı işsizlerin en fazla 6 ay işverene yük olmadan, masrafların devlet tarafından karşılanması fikri yatmaktadır. Kurumca düzenlenen programlarda stajyerlere, programa katıldıkları her fiili gün için 2010 yılı için 15 TL kursiyer zaruri gideri Türkiye İş Kurumu tarafından ödenir. Yine, programlara katılan stajyerlerin iş kazası ve meslek hastalığı prim giderleri Kurum tarafından ödenir.

Belirtelim ki işverenlerin, Türkiye İş Kurumu staj programı kapsamında sözleşme yaptıkları çalışanlarla arasındaki hukuki ilişki ile, bireysel olarak işyerine kabul ettikleri stajyerler arasındaki hukuki ilişki birbirinden farklılık arzeder. İş Kurumu staj programı genel olarak değerlendirildiğinde, işçi istihdamının teşvik edilmesi amacıyla ilk 6 ay işveren maliyetlerinin düşürülmesi amacı ön plana çıkmaktadır. Her ne kadar Kurumca düzenlenen staj programlarının temel amacı en az lise düzeyindeki eğitim kurumlarından mezun olmuş işsizlerin mesleki yeterliklerini geliştirmeleri olsa da, uygulamada Kurum staj programlarına kabul edilmede stajyerlik sözleşmesinin temel unsurunu oluşturan "teorik bilginin mevcudiyeti" koşuluna da öncelik verilmemektedir. İşverenin, Kurum staj sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak stajyere bir iş yaptıramayacağı kuralı, çalıştırana stajyerlik sözleşmesi anlamında "stajyer" yapmamaktadır. Türkiye İş Kurumu İşgücü Uyum Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik²⁵, "staj programları" ibaresini "işbaşı eğitim programları"

²⁴ RG., 31.12.2008, Sayı: 27097, mükerrer.

²⁵ RG., 12.10.2010, Sayı: 27727.

olarak değiştirilmiştir. Ancak uygulamada halen staj programları terimi kullanılmaktadır. Bu program kapsamında çalışanlar ilgili yönetmeliğin özel hükümlerine tabidir.

VI. Çırak – İşçi Ayrımı

Çırak, bir meslek veya sanatı öğrenmek amacıyla çalışan kişidir. Çırak, çıraklık sözleşmesine dayanarak çalışır. Çıraklık sözleşmesinin temel unsuru çırağa bir meslek veya sanatın öğretilmesidir.

Türk hukukunda çıraklık müessesesi hakkında temel olarak iki yerde yasal düzenleme mevcuttu. İlk olarak 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 318.maddesinde “çıraklık mukavelesi” başlığı altında çıraklık sözleşmesinin nasıl yapılacağı düzenlenmişti. Yine 313.maddede çırakların eğitim usulü ve çalışma sürelerine, 342.maddede ise sözleşme süresi ile ilgili hükümlere yer verilmişti. İkinci olarak ise, 1986 tarihli ve **3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda** düzenlemeler yapılmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanununun çıraklıkla ilgili hükümleri Meslek Eğitimi Kanununun yürürlükte olmadığı dönemlerde yapılan çıraklık hizmetlerinde esas alınmaktaydı. 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni Kanunda çıraklık sözleşmesine ilişkin özel hükümler kaldırılmıştır. Sadece 393.maddesinin 3.fıkrasında “*Genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanır; özel kanun hükümleri saklıdır*” hükmü yer almaktadır. Böylece, çıraklık ilişkisinin artık Mesleki Eğitim Kanunu içerisinde düzenlendiği kural olarak söylenebilecektir. Mesleki Eğitim Kanununun 13.maddesinin 4.fıkrasına göre; Kanunun uygulandığı yer ve meslek dallarında 818 sayılı Borçlar Kanununun çıraklık sözleşmesine dair hükümleri uygulanmaz.

Çıraklar, iş sağlığı ve hükümleri dışında, İş Kanunu kapsamında değildirlir.

Kanunun 10.maddesine göre, **çırak olabilmek için;**

- a) 14 yaşını doldurmuş, 19 yaşından gün almamış olmak,
- b) en az ilköğretim okulu mezunu olmak,
- c) bünyesi ve sağlık durumu gireceği mesleğin gerektirdiği işleri yapmaya uygun olmak şeklinde sıralanmıştır.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere ilköğretim okulunu bitirmeden aday çırak veya çırak olarak eğitim almak yasaktır. Çırak olabilmek için ayrıca 14 yaşın ikmali gerekir.

Mesleki Eğitim Kanununda çıraklar; aday çırak ve çırak olarak ayrılmıştır. **Aday çırak** “çıraklığa başlama yaşını doldurmamış ve çıraklık döneminden önce kendisine işyeri ortamı tanıtılan, sanat ve mesleğin ön bilgileri verilen kişi”dir. (MEK m.3/a).

3308 sayılı Meslek Eğitim Kanununa göre; çırak kavramı, çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişiyi ifade etmektedir (MEK m.3/c).

İş sözleşmesinde tarafların temel borçlarını işçinin iş görme borcu ve işverenin de işçiye ücret ödeme borcu oluştururken; çıraklık

sözleşmesinde bu borçlar, ustanın çırağı mesleki yönden yetiştirmesi, çırağın da ustanın işinde çalışması biçiminde görülür. Çırağın yaptığı iş, üretim amacına yönelik değil, işi öğrenmektir.

Özellikle Borçlar Kanununa tabi çıraklarda, gerekli objektif çıraklık süresinden sonra yapılan çalışmaların artık işçi sıfatıyla yapıldığı kabul edilmelidir.

Çıraklık sözleşmesi, işyeri sahibi ile çırak olarak çalışacak kişinin veli veya vasisi arasında yapılır. Eğer çırak olarak çalışacak kişi reşit ise kendisi de sözleşmeyi bağtlayabilir. Çıraklık sözleşmesinin yazılı yapılması şarttır (MEK m.13/II).

Çırak olmak için 14 yaşını doldurmak ve 19 yaşından gün almamış olmak koşuldur (MEK m.10/Ia). Çıraklık sözleşmesi Bakanlıkça en az 2 ve en çok 4 yıl olarak belirlenir (MEK m.14/II). Bu bağlamda, 19 yaşından gün almamış olanlardan daha önce çıraklık eğitiminden geçmemiş olanlar yaşlarına ve eğitim seviyelerine uygun olarak düzenlenecek mesleki eğitim programlarına göre çıraklık eğitimine alınabilirler (MEK m.10/II).

Çırak, öğrenci statüsündedir ve öğrencilik haklarından yararlanabilir. Çıraklar işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilmezler (MEK m.11). Bu bağlamda çıraklara, sendika ve toplu iş sözleşmesi yasaları uygulanmaz. Çırağa yaşına uygun asgari ücretin %30'undan aşağı olmamak üzere bir ücret ödenir ve ödenen ücretler hertürlü vergiden muaftır (MEK m.25/1 ve 3). Çıraklara her yıl tatil aylarında bir ay ücretli izin verilir (MEK m.26).

Çıraklara İş Kanununun yalnızca iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri uygulanır (İşK m.4/f.1). Ayrıca çıraklar, iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortasından da yararlanırlar (MEK m.25/f.4, SSGSSK m.4/Ia, m.5/Ib). Çırak ile işveren arasında İş Kanununun 77 ila 89.maddeleri arasında iş güvenliği ile ilgili bir uyuşmazlık doğması halinde, görevli mahkeme Kanunun açık hükmü karşısında iş mahkemesi olacaktır.²⁶

Kanunda çıraklık yanında, kalfalık ve ustalık da düzenlenmiştir (MEK m.16-17, 27-29). Ancak iş hukuku açısından kalfa ve usta, bir işverene iş sözleşmesiyle bağlı olarak çalıştıklarından işçi konumundadırlar; İş Kanunu bu kişilere eksiksiz uygulanacaktır.

Mesleki Eğitim Kanununun amacı; çırak, kalfa ve ustaların eğitimi ile okullarda ve işletmelerde yapılacak mesleki eğitime ilişkin esasları düzenlemektir. Bu Kanunun 4.maddesi uyarınca mesleki ve teknik eğitim programlarının uygulandığı her tür ve derecedeki örgün, yaygın ve çıraklık eğitimi, mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları ile işletmelerde yapılacak mesleki eğitimin, planlanması, geliştirilmesi ve değerlendirilmesi konularında kararlar almak amacıyla Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde kurulan "Mesleki Eğitim Kurulu" eliyle görülür (MEK m.4). Örneğin aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler için sözleşme modelleri hazırlamak ve Bakanlığa sunmak, muhtelif sektör ve branşlarda çıraklık eğitimi ile meslek

²⁶ Yarg. 9.HD., 04.05.2009, E.2008/379, K.2009/12327.

eğitimi konusunda eğitim ihtiyaçlarını tespit etmek ve Bakanlığa bilgi vermek Kurulun görevlerindendir. Aday çıraklar ve çıraklar her ne kadar öğrenci statüsünde iseler de, “işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenci” grubundan ayrılırlar. Çıraklar, çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişi iken, “öğrenci”; işletmelerde mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında örgün eğitim görenleri ifade eder. Her iki grup da işçi sayılmaz ve İş Kanununun kapsamı dışında kalır (MEK m.3/c,d). Çıraklar ile ilgili uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesi değil, görevli hukuk mahkemesidir.²⁷

Bir kişi aynı işyerinde önce çırak olarak işe başlamış, sonrasında ise işçi olarak işe devam etmişse, çıraklık dönemi için İş Kanunu hükümlerinden yararlanma imkanı yoktur.²⁸ Bu nedenle, tartışmalı durumlarda öncelikle çalışanın çırak mı yoksa işçi mi olduğunun tespiti gerekir.²⁹ Yargıtay’ın bir Hukuk Genel Kurulu kararına göre de; “Davacının 18 yaşını ikmalinden önceki dönem için çırak olduğu ileri sürülmüş olduğundan taraflar arasında çıraklık sözleşmesi bulunup bulunmadığı ve sigorta primlerinin kim tarafından ödendiği araştırılarak, işyeri çalışma düzeni, çalıştırılan kişinin yaşı, aldığı ücret ve mesleği öğrenme gibi unsurlar dikkate alınarak karar verilmelidir. Çıraklar, çıraklık devresi sayılan süre içinde malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları hükümlerine tabi olmaz ve belirtilen süreler sigortalılık başlangıcı olarak kabul edilemez. Çırak, işyerinde üretimle ilgili çalışmalara katılıyor, meslek ve sanat eğitimi arka planda tutuluyorsa, bu halde çıraklık ilişkisinden söz edilemez. Bu durumda 18 yaş ikmali tarihinden önceki süreler prim ödeme tarih sayısına dahil edilecektir (506 s. SSK m.3, 60/G, 79/10, 108 ve geçici madde 54)”.³⁰

Çalışanın çırak olup olmadığının tespitinde, yapılan sözleşmeye “çıraklık sözleşmesi” denmesi tek başına yeterli değildir. Yargıtay’a göre; “Bugünkü hukuk kuralları çerçevesi içerisinde çıraklık sözleşmenin en belirgin özelliği, tamamen bir meslek ve sanat öğrenilmesi amacına yönelmiş olmasıdır. Bu bakımdan, sözleşmede yer alan çırak - çıraklık sözcükleri bir yana bırakılarak, işyerindeki gerçek çalışma biçimine, işverenle olan ilişkilerin boyutlarına bakmak gereklidir. Örneğin, işyerince yapılan iş, birden çok sayıda işçinin ortaklaşa çalışmasını gerektiren türden olup da, bu iş, başkaca işçi çalıştırılmaksızın, çırak olarak nitelendirilen kişilerin çalışmasıyla yürütülebiliyor ve giderek ufak menfaatler karşılığında işverenin kişisel işleri gördürülüyorsa, çıraklık ilişkisinden söz edilemez. Böyle durumlarda, işçinin yaşına, ücret alıp almadığına bakılmaksızın tüm sigorta kollarında sigortalı sayılması gerekir”.³¹

²⁷ Yarg. 9.HD., 04.05.2009, E.2008/379, K.2009/12327; “Mahkemenin görev konusu kamu düzenine ilişkindir. Hakimın re’sen dikkate alması gerekir”. Yarg. 9.HD., 28.11.1994, E.1994/12836, K.1994/16755.

²⁸ Yarg. 9.HD., 04.05.2009, E.2008/379, K.2009/12327.

²⁹ Yarg. 9.HD., 26.04.2007, E.2006/31873, K.2007/13120.

³⁰ Yarg.HGK., 18.10.2006, E.2006/10-629, K.2006/669.

³¹ Yarg. 10.HD., 20.02.1975, E.1975/321, K.1975/982.

Yargıtay başka bir kararında ise, henüz işçi olarak çalıştırılmayacak kadar küçük bir yaşta işverence çalıştırılan kişinin otomatik olarak çırak kategorisine sokulamayacağına karar vermiştir.³² Davaya konu olayda çocuk ile yazılı bir çıraklık sözleşmesi yapılmamıştır. Küçük yaşta işçi olarak çalıştırılması yasaya aykırılık teşkil etse de, bu süreye ilişkin çalışmasından doğan işçilik alacaklarını talep edebileceğine hükmedilmiştir.

³² Yarg. 9.HD., 28.06.2006, E.2005/39175, K.2006/19031.

§ 5. İŞ HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

I. Giriş

İş Kanununun 2.maddesinde iş hukukunun temel kavramları hem tanımlanmış, hem de İş Kanununun bütünü için geçerli olan bu kavramların unsurları verilmiştir.

II. İşçi

1. Tanım

İş hukukunun temel varoluş amacı işçilerin korunmasıdır. İş Kanunu hükümlerinden kural olarak "işçi niteliğine sahip olanlar" yararlandığından, kimin işçi olduğunun tespiti büyük önem taşımaktadır. İş Kanununa göre; "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi" denir (İşK m.2/f.1, c.I). Öyleyse, işçi olarak nitelendirilebilmek için, yapılan çalışmanın "iş sözleşmesine" dayanması şarttır. İş sözleşmesinin unsurlarının mevcudiyeti, çalışanın işçi olup olmadığını ortaya koymaktadır. Bu kapsamda, iş sözleşmesini özel hukuk ilişkisi içerisindeki diğer işgörme sözleşmelerinden ayıran unsurlar da açığa çıkmaktadır.

İş Kanununun 1.maddesindeki tanımda işçinin yalnızca gerçek kişi olabileceği vurgulandığından, bir tüzel kişinin (örneğin; dernek, vakıf veya bir ticaret şirketinin) işçi sayılması mümkün değildir. Türk hukuk sisteminde gerçek kişiler sadece "insanlar" olduğundan, çalıştırılırsalar dahi hayvanlar ve robotlar işçi sayılmazlar.

Bir çalışanın bedenen veya fikren çalışıyor olması ya da işyerindeki sorumluluğunun az veya çok olması, işçi niteliğinin belirlenmesinde önem taşımaz. Örneğin; temizlik yapan kişi de, müdürlük yapan kişi de, eğer iş sözleşmesiyle çalışıyorsa, işçi niteliğine sahiptir.

İşçiler sadece mavi yakalı dediğimiz beden işçilerinden ibaret değildir. Beyaz yakalı olan fikir işçileri de, ister büroda çalışsın, ister müdür olsun eğer iş sözleşmesiyle çalışıyorlarsa, işverenin talimatlarına göre işlerini görmek durumundadırlar ve işçi niteliğindedirler.

İşin niteliğinin, hafif veya ağır olması, basit veya zor olması ya da bilimsel yahut sanatsal bir iş olması da işçi niteliği üzerinde rol oynamaz. Bu bağlamda, bir özel tiyatrodaki ışıkçı ya da oyuncu olarak çalışanlar işçi niteliğine sahiptirler.

Bir çalışanın işçi olup olmadığını ayırt edebilmekte, iş sözleşmesinin varlığının araştırılması gerektiğinden, ilk olarak iş sözleşmesinin tanımına ve unsurlarına değinmek yerinde olacaktır.

İş Kanununun 8.maddesinin 1.fıkrasına göre; iş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.

Bu tanımdan iş sözleşmesinin üç adet unsuru çıkarılabilmektedir;

- a) bir işin görülmesi,
- b) karşılığında ücret ödenmesi ve
- c) işin bağımlılık ilişkisine dayanması.

Bağımlılık ilişkisinden anlaşılan; iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, işin yapılması sırasında işverenin talimatları ile bağlı olması, işverence denetlenmesi, yani işçinin bir hiyerarşi içerisinde işverene bağlılığıdır.

2. İşçi Olmanın Unsurları

a) Geçerli bir iş ilişkisinin varlığı

İş Kanunu, işçi sayılabilmek için, "iş sözleşmesine dayanarak çalışma"nın gerçekleşmesini arar. Burada söz konusu olan, "geçerli bir iş ilişkisinin varlığı"dır.

Her iş ilişkisi, işçi sayılmak için yeterli değildir. İş ilişkisinin öncelikle, hukuken geçerli bir iş ilişkisi olması gerekir. Hukuka ve ahlaka aykırı, yürürlükteki hukuk düzeninin temel görüşleriyle bağdaşmayan durumlarda, geçerli bir iş ilişkisinin doğması ve ilgili kişinin işçi sayılması da düşünülemez. Örneğin, para karşılığı yasalara aykırı bir şekilde casusluk yapılması, çalışma izni olmaksızın yabancı bir işçinin çalıştırılması, sözkonusu kişiye hukuken işçi sıfatını kazandırmaz.

İş sözleşmesi, tarafların serbest iradeleriyle kabul edilmiş hukuki bir borç ilişkisinin varlığını gerektirir. Hükümlüler ile tutukluların çalıştırılmasında ise, kamu hukuku yükümlerinin yerine getirilmesine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Bu nedenle, çalışan hükümlü ve tutuklularda olduğu üzere, iş ilişkisinin yasa hükmüne dayandığı durumlarda, iş hukuku anlamında bir iş ilişkisine rastlanmaz.

b) Herhangi bir işin yapılması

İşçi, işverene karşı iş yapmakla yükümlü olan kişidir. Burada söz konusu olan iş, kişinin ekonomik bakımdan iş olarak değerlendirilebilen her çeşit çalışmasıdır. Bu açıdan, yapılacak çalışmanın bedensel veya düşünsel bir faaliyet olması değişiklik yaratmaz. Hatta, görülecek işin, bir kamu hizmeti olması da mümkündür. Örneğin belediye işçilerinin çalışması gibi.

İşçinin yaptığı iş, çoğunlukla aktif bir faaliyeti gerektirir. Ancak, istisnaen malların korunması ve modellik gibi işlerde çalışanların yaptıkları iş de, bunların işçi sayılmasını zorunlu kılar.

c) Karşılık uğruna çalışma

Bir kişinin işçi sayılabilmesi için, onun o işi bir karşılık uğruna yapması gerekir. Söz konusu karşılık, para biçiminde (yani, ücret olarak) belirlenebileceği gibi, eşya biçiminde de kararlaştırılabilir. İş hukuku sisteminde, bir kişinin hiçbir karşılık olmaksızın (yani, parasız) bir başkası için çalışmayacağı esas alınır. Öyleyse, iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için, işin mutlaka bir ücret, yani karşılık uğruna yapılması zorunludur (İşK m.8/f.1, c.1). Nitekim, başkasının işinin ücretsiz görüldüğü durumlarda, iş ilişkisinin yerine, vekillik ilişkisi (vekalet) veya bir yardım ve nezaket fiili söz konusudur.

Ücretin sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olması, işçi sıfatının kazanılmasını engellemez. Önemli olan, ücretin varlığıdır. Bu

bakımdan, ücretin belirlenebilir ve yapılan işin de, o iş için bir ücret ödenmesinin gerekli ve olağan görüldüğü bir iş olması yeterlidir.

Ücretin üçüncü kişiler tarafından sağlanması da işçi sayılmayı engellemez. Bu anlamda, ücreti ödeyen, bizzat işverenin kendisi olabileceği gibi; onun dışındaki (üçüncü) bir kişi de olabilir. Özellikle eğlence ve konaklama işyerlerinde çalışan işçilerin yüzde ücretleri müşteriler tarafından ödenir.

d) İşverene bağımlı olarak çalışma

İş hukuku; bağımlı çalışanlardan işçilerin iş ilişkilerini düzenleyen hukuk dalıdır. Bu bakımdan, bir kişinin işçi sayılabilmesi için, işverenle kişisel bağımlılık içinde bulunması, yani işverenin buyruklarına uygun biçimde ve onun gözetim-denetim ve yönetimi altında işini görmesi gerekir. Nitekim, İş Kanununda iş sözleşmesi tanımlanırken, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi üstlenmesinden söz edilmektedir (İşK m.8/f.1). İşçinin işverene bağımlılığı ekonomik ve hukuki bağımlılıktır.

Örnek Karar:

“Davacı vekili, davacının basın alanında hizmet veren davalı işyerinde grafiker tasarımcı olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının ilk önce stajyer olarak çalışmaya başladığını, daha sonra davacının tasarlamış olduğu grafiklere karşı davacıya telif ücreti ödenmesini içeren sözleşmenin tarafların karşılıklı mutabakatına dayandığını ve bizzat davacının imzasını taşıdığını, davacıya telif ücreti ödenmesini içeren telif sözleşmesinin 01.06.2007 tarihinde düzenlendiği ve davacı hür iradesi ile sözleşmeyi imzaladığını, davacı ile davalı arasında işçi işveren ilişkisi mevcut olmadığını, bu nedenle işe iade talep hakkının bulunmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacı işçi ile davalı şirket arasında **iş akdi bulunmadığı**, işçinin SSK kayıtlarında da davacının çalıştığı iddia ettiği tarihler itibarıyla davalı şirkete ait çalışması gözükmediği, davacı tarafça açılan bir hizmet tespiti davası da bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan **eser ve vekalet sözleşmelerinden** ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede de iş görme edimini yerine getirenin, sözleşmenin karşı tarafındaki kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) **ekonomik bağımlılığı** vardır. İş sözleşmesinde mevcut bağımlılık türü “ekonomik bağımlılık” yanında “kişisel bağımlılık”tır.

İş sözleşmesinde işçi, belirli veya belirsiz süreli olarak işveren için çalışır. Eser sözleşmesinde ise, eser sahibi kural olarak uzmanlığı bakımından iş sahibinin talimatları ile bağlı değildir. Sadece sözleşme ile üstlendiği eseri meydana getirmekle yükümlüdür.

İş sözleşmesinin varlığı, muhakkak ücretin ödenmesini gerektirir.

Eser (telif) sözleşmesine ilişkin hükümlerde, iş sözleşmesinin aksine sosyal nitelikte edimlere ve koruma yükümlülüklerine rastlanmaz.

Bağımsız olarak iş gören, faaliyetini sürdüreceği zamanı belirlemede kısmen de olsa serbestliğe sahiptir. Bütün zamanını tek bir müvekkile hasretmek zorunda olmayan vekil, farklı kişilerle ayrı **vekalet sözleşmeleri** yapabilmekte ve bu şekilde ekonomik olarak tek bir işverene bağlı olmaktan kurtarılmaktadır.

İş sözleşmesini belirleyen kriter **hukuki-kişisel bağımlılıktır**. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin **işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlarına uyma yükümlülüğünü üstlenmesi** ile doğar. İşçi, iş görme edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında **hiyerarşik bir bağ** vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiye **kişisel olarak işverene bağladığı için ise kişisel bağımlılık** söz konusudur.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket edilmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır.

İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendisine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödeme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgularıdır.

Örnek Karar:

Dosya içeriğine göre, davacı ile davalı arasında 01.06.2007 tarihli telif sözleşmesi ile kendisinden istenileni yerine getirmesi karşılığı davacıya belli bir bedel ödenmesi kararlaştırılmıştır. Bu sözleşmede eserin konusu açıkça belirtilmemiştir. Davacı tarafından sunulan kayıtlara göre, davacıya her ay belli bir miktarda ödeme yapılmıştır. Bunun yanında işyeri giriş kartı ve yemek kartına göre davacı iş görme edimini veya sözleşmedeki gibi istenilen eseri işyerinde yerine getirmiştir. Somut olayda davacının iş görme edimini davalıya ait işyerinde, onun talimatlarına göre, yönetim hakkı kapsamında yerine getirdiği ve her ay belirli bir ücret aldığı, aralarındaki ilişkinin bağımlılık nedeni ile iş ilişkisi olduğu anlaşılmaktadır. Kayıtlarda bu çalışmanın görülmesi veya davacının bir hizmet tespiti davası açmaması, aradaki iş ilişkisini ortadan kaldırmaz. İş ilişkisi olduğunu gösteren yeterli delil vardır. Mahkemece aksi düşünce ile davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.

İş sözleşmesi ile çalışan davacı işçinin iş sözleşmesi yazılı bildirim olmadan ve neden belirtilmeden feshedilmiştir. Fesih 5953 Sayılı Kanunun 6.maddesinin son fıkrasındaki yollama nedeni ile 4857

sayılı İş Kanunu'nun 19.maddesi uyarınca geçersizdir. Davanın kabulü gerekir (Yarg.9.HD., 31.05.2010, E.2009/21771, K.2010/15108).

III. İşveren

İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir (İşK m.2/f.1). İşveren gerçek kişi olabileceği gibi, bir tüzel kişi (devlet, ticaret şirketi, dernek, vakıf, sendika) veya tüzel kişiliği olmayan bir kurum yahut kuruluş (bakanlık, adi şirket) da olabilir.

İşverenin saptanmasında belirleyici unsurlardan birincisi, "işçi çalıştırmaktır". İşçi çalıştırmayan müteşebbis, işveren değildir. İşçi çalıştırmayan kişi ve grupların iktisadi (sanayi ve ticaret) faaliyetleri bu nedenlerle İş Kanununun kapsamına girmez.

Tek işçi çalıştıranlar dahi, kural olarak, işveren sıfatını kazanırlar. Aşağıda da göreceğimiz üzere, her işçi İş Kanununun uygulama alanında değildir (bkz: İşK m.4). Örneğin, 3 kişinin çalıştığı esnaf ve küçük sanatkârların faaliyetleri İş Kanununun uygulama alanı dışında bırakılmıştır (İşK m.4/f.1, bent 1). Bu nedenle, "işçi olmak" ile "İş Kanunu kapsamında işçi olmak" ayrı konulardır.

İşçi çalıştıranın işveren sayılabilmesi için, işyerinin maliki olması da gerekmez. Örneğin; bir işyerini kiralayıp işleten kişi de işçi çalıştırdığı sürece işveren sayılır.

İşçisini başka bir işverenin yanında çalıştıran kişi de işveren sayılır. Örneğin, İş Kanununun 7.maddesinde düzenlenen "geçici iş ilişkisi" ile işçisini başka bir işverenin yanında çalıştıran kişi, işveren vasfını devam ettirecektir.

Ayrıca bir işverenin, başka bir işverenin işyerinde taşaron, alt işveren olarak faaliyet göstermesi de onun işveren niteliğini etkilemez.

İşverenin tespitinde belirleyici unsurlardan ikincisi ise "yönetim hakkı"dır. İşveren, işçiden sözleşmede kararlaştırılan işin görülmesini isteme hakkına ve en üst düzeyde talimat verme yetkisine sahip olan kişidir.

IV. İşveren Vekili

İşçi sayısının çokluğu, uzmanlaşma, işverenin tüzel kişi olması gibi nedenlerle işi, işyerini veya işletmeyi tek başlarına yönetmeleri işverenler açısından neredeyse olanaksız hale gelmiştir. Bu bakımdan, kendileri adına hareket edecek ve yönetim görevi üstlenecek yardımcılara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu işlevi yerine getiren kişilere "işveren vekili" denilir.

İşveren vekili, işyerinde işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin veya işletmenin yönetiminde görev alan kimsedir (İşK m.2/f.4).

İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz (İşK m.2/f.5). Kendilerine müdür, şef, teknik amir, ustabaşı gibi unvanlar verilen bu kişiler, istisnaları bulunsa da işverene kural olarak iş sözleşmesiyle bağlı işçilerdir. İşveren vekilleri, işyerinde kendilerine tanınan yetki çerçevesinde işvereni temsilen hareket ederler

(temsil yetkisi). Kanunda “işveren adına hareket etmekten” kastedilen de budur. İşverence verilen temsil yetkisi, işyerinde ilan yolu ile açıkça bildirilebileceği gibi, işveren vekilinin davranışları ve işverence durumun kabulüne ilişkin açık veya örtülü iradesi ile olur. Ticaret şirketlerinde üst düzey yöneticilerin temsil yetkileri ve yetki sınırı ticaret sicil kayıtlarından tespit edilebilir.

İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı muamele ve yükümlerinden doğrudan işveren sorumludur (İşK m.1/f.4). Bu söylenenler hukuki sorumluluk (örneğin tazminatlar) için geçerlidir. Buna karşılık, yasada veya diğer mevzuatta öngörülen bir yükümlülüğü yerine getirmemeye herhangi bir cezai yaptırım bağlanmışsa, cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca, bu sorumluluk işveren vekilinin kendisine aittir.

Her işveren vekilinin sorumluluğu kendisine tanınan yetki ve verilen görev ile sınırlıdır.

V. Alt İşveren

1. Genel Olarak

Uygulamada, bir işveren; diğer bir işverenle sözleşme yaparak, kendi işçilerini diğer işverenin işyerinde veya eklentilerinde çalıştırmayı üstlenebilir. Nitekim, özellikle yapı ve taşıma işlerinde bu yola sıkça gidildiği görülmektedir. Bu anlamda, sözgelimi bir müteahhit, yapacağı binanın kapı ve pencere işlerini taşeron, yani bir başka işverene bırakabilir. Söz konusu durumda, iki işveren bulunmakta; bunlardan müteahhit “asıl işveren” ve taşeron da “alt işveren” adını almaktadır. Uygulamada taşeron, aracı, müteahhit, alt yüklenici gibi isimler de verilmektedir.

İş Kanunundaki tanıma göre; bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işverene alt işveren denilir (İşK. m.1/f.6).

İşverenler, ekonomik, teknik ya da başka birtakım nedenlerle üretimin veya hizmetin bütün aşamalarını kendi işçileri ile gerçekleştirmemekte; özellikle temizlik, bakım ve onarım, yemek, servis, güvenlik gibi yardımcı işlerin görülmesi işlevini alt işverenlere bırakmaktadırlar. Bazı işverenlerin asıl işin bir bölümünü, bazen daha da ileri giderek tümünü alt işverenlere gördürdükleri az rastlanan bir durum değildir.

İş alan ve veren iki işveren arasındaki ilişki, hukuki niteliğine göre; eser, nakliye (taşıma) veya kira gibi sözleşmelere dayanır.

Alt işveren üstlendiği işi sözleşme koşulları çerçevesinde, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür; çalıştırdığı işçilerle kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretlerini kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; sosyal sigorta primlerini yatırır. Öyleyse alt işveren, ayrı bir işveren olup, sırf bu işi yapması münasebetiyle işveren vekili sayılmasına olanak yoktur.

Önceden bu ilişki uygulamada bazı işverenler tarafından büyük ölçüde kötüye kullanılmış; özellikle sendikal faaliyetlerin önlenmesi, işçi ücretlerinin düşürülmesi amacıyla başvuru olan bir yöntem olarak kendini göstermiştir. 2003 yılında yürürlüğe giren İş Kanununda bu durumun önlenmesi amacıyla, asıl işveren-alt işveren ilişkisini oldukça daraltan düzenlemelere yer verilmiştir.

2. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin koşulları

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir:

a) Herşeyden önce, işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren mevcut olmalıdır. Şayet bir kimse işin yapılmasını tümüyle bir başkasına bırakmış ise, sözgelimi anahtar teslimi koşuluyla bir binanın yapımını bir başka kişiye vermişse, bu ilişki doğmaz. İşveren vasfına sahip olabilmek için en azından 1 işçinin çalıştırılması gereği düşünüldüğünde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin neden doğmadığının hukuki sebebi anlaşılacaktır.

b) Alt işveren, işçilerini bir başka işverene (asıl işverene) ait işyerinde çalıştırıyor olmalıdır. Bu yüzden, bir işverenden iş alan, ancak işi kendi işyerinde gören, fason üretim yapan işveren ile diğer işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmaz.

İşçilerin işyerine getirilip götürülmesi (servis) işi bir başka işverene verildiğinde, bu iş işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine yardımcı iş olduğundan, her iki işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu kabul edilmektedir.

c) İşverenin diğer (asıl) işverenden aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırması gerekir. İşçiler sadece (asıl) işverene ait işyerinde değil de, brülör işi veya asansör bakımında olduğu gibi farklı işverenlere ait çeşitli işyerlerinde çalışıyorlarsa, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemez.

d) İşveren işçilerini, asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde ya da asıl işin bir bölümünde çalıştırmalıdır. Bu bakımdan, işveren işçilerini asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin olmayan bir işte çalıştırıyorsa, söz konusu ilişki doğmaz. Örneğin; tekstil fabrikasının bahçesinde ek inşaat yaptırmak üzere başka bir işverenle anlaşılıp iş alan işverenin işçilerini getirip o yerde çalıştırması asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasına yol açmaz.

3. Asıl işveren-alt işverene getirilen sınırlamalar

a) İşveren, işyerinde yürütülen asıl (temel) işi tümüyle başka bir işverene bırakamaz; ancak, belirli koşulların varlığında asıl işin bir bölümü alt işveren eli ile gördürülebilir.

Yasa, **asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebilmesi için**, bunun (verilecek işin) **"işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş"** olmasını aramaktadır. Buradaki ölçüt bir bütündür, bölünemez. Sözgelimi, işveren sadece "işletmenin ve işin gereği" olarak (ekonomik neden öne sürerek) asıl işi bölüp alt

işverene veremez. Öte yandan, asıl işin bir bölümü alt işverene verildiğinde, o işte asıl işverene ait bir işçinin de çalıştırılması mümkün değildir. Aksi düşünce, asıl işin aslında bölünmediği, görünüşte bir bölünmenin olduğu anlamına gelir.

Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için aşağıdaki unsurların birlikte bulunması gerekir:

İşletmenin/işin gereği + işin teknolojik nedenler ve/veya uzmanlık gerektiren işlerden olması.

Örnekler; Otoyol yapımında köprü ve viyadük; özel hastanede laboratuvar; tekstil fabrikasında boyama işi veya hizmetleri.

Yardımcı işlerde ise, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması için yukarıdaki ölçüt aranmaz. İşveren, aşağıda belirtilen genel sınırlamalara uymak kaydıyla, yardımcı işleri alt işverenlere bırakabilir; örneğin, mal üretilen bir işyerinde teknik servis, temizlik, yemek, işçilerin taşınması vb. işlerde bu ilişki kurulabilir.

b) Asıl işverenden iş alan alt işveren, asıl işverenin işçilerini işe alıp bu yerde çalıştırmak yoluyla, bu işçilerin haklarında kısıtlama yaratamaz. Burada önem taşıyan husus, bu yolla işçinin mevcut haklarında bir kısıtlama meydana getirilmemesidir. Yasa bununla, asıl işverenlerin, ücretleri belirli bir düzeye yükselmiş işçileri işten çıkarmalarını; bu işçilerin daha düşük bir ücretle işe alınıp o yerde çalıştırılmak suretiyle hak kaybına uğratılmalarını önlemek istemiştir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde bir kötüye kullanma (muvazaa) örneği olan bu uygulama biçimi yasada açıkça belirtilmiş ve yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre; “asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” (İŞK m.2, f.7).

c) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Söz konusu ilişkinin kötüye kullanılmasının uygulamada görülen diğer bir yöntemi de bu olduğundan, o işyerinde çalıştırılan kimsenin işten ayrılıp, sağladığı işçilerle işi yürütmesi ve bu yolla işyerinde sendikasız ve ucuz işçi çalıştırılmasının gerçekleştirilmesi önüne set çekilmek istenmiştir. Burada amaç, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasını, bu ilişki dolayısıyla çalışanların hak kaybına uğramalarını önlemektir. Böyle bir durum yoksa, sözgelimi alt işveren o işyerinde 2-3 yıl önce çalışmışsa ya da işten ayrıldıktan sonra kurduğu bir şirket ile belli bir alanda ciddi faaliyetlere girişmiş, birçok işveren ile alt işveren olarak bağlantı kurmuş ve bu arada ayrıldığı işyerinde de iş almış ise, daha önce o işyerinde çalıştığı öne sürülerek, salt bu nedenle alt işveren sıfatı ortadan kaldırılamaz; çünkü bu örnekte asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı söylenemez.

4. Birlikte sorumluluk

Yasa asıl işvereni, alt işverenin işçilerine karşı bu işyeri ile ilgili olarak yasadan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu

iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu tutmuştur (İşK m.2, f.6).

Genel olarak, alt işverenler, asıl işverene göre ekonomik bakımdan daha güçsüz durumdadırlar. Özellikle küçük sermaye sahibi müteahhitlerin borçlarını ödeyemediği oldukça sık görülen durumlardandır. Öte yandan, alt işverenin işçisinin yaptığı iş, sonuçta asıl işverene yarar sağlar. İşte bu iki husus gözönünde tutularak, alt işverenin işçisinin kendi işvereninden (alt işverenden) ücret veya diğer haklarını elde edememesi olasılığını ortadan kaldırmak için, her iki işverenin, işçinin alacaklarından birlikte sorumluluğu kabul edilmiştir.

*Alt işverenin işçisi;
yasadan,
iş sözleşmesinden
veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan
ücret veya diğer bir hakkını
ister kendi işvereninden, ister asıl işverenden, isterse her ikisinden
birlikte talep edebilecektir.
Asıl işverenin alt işverene rücu hakkı saklıdır.*

Eklenmelidir ki, asıl işveren bakımından söz konusu sorumluluk, alt işverenin işçisinin o yerdeki çalışması ve orada çalıştığı süre ile sınırlıdır.

5. Sınırlamalara aykırı davranılmasının yaptırımı

Yukarıda belirtilen sınırlamalara aykırı davranışın yaptırımı yasada açıkça belirtilmiştir. Bunlara uyulmadığı hallerde ve genel olarak asıl işveren ile alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edildiğinde ya da (işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında) asıl iş bölünerek alt işverenlere verildiğinde, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler (İşK m.2/f.7).

Muvazaa nedir?

Danışıklı işlem; tarafların, gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan üçüncü kişileri aldatmak amacıyla bir görüntü oluşturdıkları anlaşma. Örneğin, borçlunun, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla mallarını bir arkadaşına satması (arkadaşıyla danışıklı, aslında satmış gibi göstermesi).

Böyle bir durumda, sözü edilen işçiler, asıl işverenin işçilerine yaptığı, ancak kendilerine verilmeyen tüm ödemeleri talep etme hakkına sahip olacaklardır. Bu alacaklarından her iki işveren de müteselsilen (birlikte) sorumludur. Bundan başka, sözkonusu işçiler asıl işverenin işçisi sayılacaklarından, alacaklar dışındaki haklarını da asıl işverenden talep edebileceklerdir.

Dikkat: Muvazaalı işlem konusunda; “Asıl işverenin işçisi sayılmak”, asıl işverenin işçisi olmak anlamına gelmez. Mali

sorumluluk açısından, aynı asıl işverenin işçisiymiş gibi sonuçlar doğuracaktır.

VI. İşyeri

İş hukukunun yer itibarıyla uygulanma alanı "işyeri"dir. İş Kanununa göre; işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan veya olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir (İşK. m.2/f.1). İşyeri, mal (tekstil, ilaç, lastik vb) veya hizmet (otel, hastane, okul vb.) üretilen yerdir. Bu birim, bina, makine, malzeme gibi maddi unsurun; marka, patent, alacak gibi maddi olmayan unsurun ve ayrıca işçi (emek) unsurunun birlikte örgütlenmesi ile oluşur.

İşyeri; işin yapıldığı yer olan **asıl işyeri ile işyerine bağlı yerler ve eklentiler** ile **araçlardan oluşan ve işverenin belirli bir "teknik amacı" sürekli olarak izlediği "örgütlenmiş bütün"**dür.

Söz konusu teknik amaç "iş tekniğine ilişkin bir amaç"tır. **Teşebbüs** içerisinde muhakkak bir "ekonomik amaç" izlenir. İşyeri veya işletme için ise önemli olan "iş tekniğine ilişkin amaç"tır.

İşyeri sadece asıl işin yapıldığı yerden oluşmaz. Bundan başka Kanunun işyeri kapsamına aldığı yerler de işyerindendir. Söz konusu bütünlük adı bir bütünleşme değildir; aksine işyerinin farklı yerleri arasında örgütlenmiş bir bütünlük olması gerekir. İşyerindeki yapıları, çeşitli araçları, eklentileri birleştiren belirli bir örgütlenme ve teknik yönetimde birlik bulunur. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlardan oluşan işyerinin iş organizasyonu kapsamında bir bütün oluşturmasından anlaşılan da budur.

Tanım gözönünde tutulduğunda, işyerinin kapalı bir yerde (fabrika, büro) veya açık bir alanda (çay bahçesi) ya da yerin altında (maden ocağı) kurulabileceği açıktır. Ayrıca, işyeri kavramı açısından, o yerde kaç kişinin çalıştığı veya işverenin o yerin maliki olup olmaması da önem taşımaz.

"İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" (İşK. m.2/f.1). Bu hükümde ifade edilen "işyerine bağlı yer" terimi ile amaçlanan, işyerinde üretilen mal veya hizmeti teknik yönden tamamlayıcı nitelikte iş görülen, aynı organizasyon ve aynı yönetim altında örgütlenmiş yer veya yerlerdir. Bu tür faaliyet alanları tek işyeri olarak değerlendirilir. Aralarında nitelik yönünden bağ bulunmayan, açıkçası faaliyetleri teknik yönden birbirini tamamlamayan ya da farklı yönetim altında örgütlenmiş bulunan yerler ise, ayrı ayrı işyerleridir.

İşyerinin kapsamı

a) İşin yapıldığı yer Mal veya hizmet üretmeye ilişkin teknik amacın izlendiği ve gerçekleştirildiği alan	b) İşyerinden sayılan yerler İşyerine bağlı yerler: işyerinde üretilen mal veya hizmetle nitelik yönünden bağlılığı bulunan yerlerdir ve aynı yönetim altında örgütlenmişlerdir (işyeri örgütlenmesi). Söz konusu işyeri parçalarının herbirinin ayrı ayrı bölümsel işlevleri bulunur. Bir bölümün işyeri bütünü içerisinde görülebilmesi için, diğer bölümlerle arasında ekonomik ve hukuki bir bağlantının bulunması gerekir.
---	---

İşyerine bağlılık bakımından, işverenin aynı kişi olması ve yapılan işlerin aynı sonuca yönelik bulunması önemli bir göstergedir. Öğretide ve yargı kararlarında, ücret bordrolarının tek elden düzenlenmesi, işçilerin işe giriş ve çıkışlarının aynı merkezden yapılması bağlılığın ölçütleri olarak gösterilmektedir. Buna, iş görülen yerlerden birinde başka bir işverene yönelik hizmet verilmiyor olmasını da ekleyebiliriz. Nitekim Yargıtay, irtibat büroları ile ilgili olarak verdiği bir kararda "...irtibat bürolarının sadece işverenin fabrikalarında üretilen ilaçların tanıtım ve satış faaliyetlerini yürüttükleri, (buralarda) başka firmalara ait ilaçların tanıtım ve satım faaliyetlerinin yapılmadığı..."ndan hareketle fabrika, şirket merkezi ile büroları tek işyeri saymıştır.

Sosyal Güvenlik Kurumu Bölge Müdürlüğü'ndeki kayıtlar bağımlılığın tespiti bakımından belirleyici bir rol oynamaz. Yargıtay'ın da haklı olarak işaret ettiği gibi, bir yerin Bölge Müdürlüğü'ne ayrı işyeri olarak kaydettirilmiş olması, o yerin ayrı bir işyeri olduğunu göstermez.

Mal veya hizmet üretilen birden fazla yerin tek bir işyeri sayılabilmesi için, bunların nitelik yönünden bağlı olmaları (amaçta birlik) yeterli değildir. Ayrıca, bu yerlerde yapılan işlerin aynı yönetim altında örgütlenmiş olmaları da (yönetimde birlik) gereklidir. Buna göre, işyerine bağlı yerlerden söz edilebilmesi için, üretim yapılan yerler arasında hukuki bağ bulunmalı, her şeyden önce işveren aynı olmalıdır. Hiç kuşkusuz, bir işverenin birbirinden ayrı işyerleri de olabilir. İşveren aynı işi birbirinden bağımsız şekilde örgütlenmiş yerlerde (ayrı işyerlerinde) de yapabilir. Aynı işverene ait olmasına rağmen, bir bütün oluşturmayan, yani üretim yapılan yerler arasında nitelik yönünden bağlılık bulunmayan hallerde (örneğin işverenin bir oteli ve bir de tekstil fabrikası olması gibi) veya aynı işverene ait olmakla birlikte, mal veya hizmet üretilmesi için maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin bağımsız bir şekilde örgütlenmiş olduğu hallerde, tek bir işyerinden söz edilemez.

Yönetimde birlik bakımından, iş yapılan yerlerin aynı coğrafi alan içinde veya birbirine yakın olması gibi bir zorunluluk yoktur. Burada önem taşıyan husus, aradaki mesafenin ne kadar olduğu değil,

mal veya hizmet üretilen yerler arasında yönetim birliğinin bulunup bulunmadığıdır.

İş Kanununda "İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" denildiği için (İşK m.2/f.3), işveren tarafından örgütlenmiş olan, dolayısıyla iş organizasyonu içinde yer alan tüm yerler -nitelik yönünden bağıllık bulunması koşuluyla- işyerinden sayılacaktır. Yargıtay, bankalarda genel müdürlük (merkez) ile her bir şubeyi; Türk Hava Yolları Genel Müdürlüğü ile bilet satış yerlerini, denizcilik şirketine ait her bir gemiyi, ayrı ayrı işyerleri saymıştır.

Yasada eklentilerin de işyerinden sayılacağı belirtilmiş; eklenti teriminden ne anlaşılması gerektiği ise örnekler verilerek açıklanmıştır (İşK m.2/f.1). Buradaki örnekler sınırlı olmadığından, garaj, otopark gibi yerler de eklenti olarak işyeri kapsamında değerlendirilir. Bunlar gibi, işyerinde yürütülen işin görülmesinde veya bununla ilgili bir amacın gerçekleştirilmesinde kullanılan araçlar da, sözgelimi otomobil, kamyon, vinç, greyder vb. işyerinden sayılır.

Örnek Karar:

"Dosya içeriğine göre davacı fiilen davalı şirkette çalışmasına rağmen resmi kayıtlarda dava dışı şirketin işçisi olarak gösterilmiştir. Davalı şirket ile dava dışı şirket arasında ortaklık yapısı bakımından benzerlik bulunmaktadır. Çalışma hayatında fiili durumun aksine resmi kayıtlarda işçilerin başka işyerinde çalıştığı gösterilebilmektedir. Buna göre fiili çalışma olgusuna değer verilerek davanın doğru hasma karşı açıldığının kabulü gerekir. Neticede davanın esası hakkında bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde husumetten reddine karar verilmesi hatalıdır." (Yarg.9.HD., 08.07.2010, E.2010/26357, K.2010/22430)

§ 6. İŞ KANUNUNUN UYGULAMA ALANI

İş Kanunu, 4.maddesiyle uygulama alanı dışında bırakılan iş ve iş ilişkileri dışındaki tüm işler hakkında uygulanır. 4857 sayılı İş Kanununun uygulama alanı bulmadığı işlere ve iş ilişkilerine, öncelikle özel yasa var ise (Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu gibi) o kanun hükümleri, o da yoksa Borçlar Kanunu'nun "hizmet sözleşmesi"ne ilişkin hükümleri uygulanır.

Deniz İş Kanununun uygulama alanına giren iş ve iş ilişkileri 4857 sayılı İş Kanununun kapsamında değildir (İşK m.4/f.1a). Denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet sözleşmesi ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında Deniz İş Kanunu uygulanır (DenişK m.1/f.1). İşverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı 100 veya daha fazla olduğu veyahut işverenlerin çalıştırdığı gemiadamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde yine Deniz İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur (DenişK m.1/f.2). İstisnaen, kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri 4857 sayılı İş Kanununun uygulama alanına alınmıştır. Ayrıca, 22.03.1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununun 2.maddesi bağlamında su ürünleri üreticileri yanında balık, balık yumurtası, sünger gibi deniz ürünleri üretenler ile onların yanında çalışanlar da İş Kanunu kapsamındadırlar.

Basın işlerinde çalışan gazeteciler ile işverenleri arasındaki iş ilişkisine Basın İş Kanunu hükümleri uygulanır (BasışK m.m.1/f.1). Basın İş Kanununun kapsamına giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir (BasışK m.1/f.2). Öyleyse basın işlerinde beden işçisi olarak çalışanların yaptıkları işler 4857 sayılı İş Kanununun uygulama alanındadır.

Hava taşıma işleri kapsam dışı bırakılmıştır (İşK m.4/f.1a); sadece "havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler" uygulama alanında değerlendirilmiştir. Yani, hava taşıma işlemi gören pilot, ikinci pilot, kabin amiri, hostes gibi personel 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında olmasına rağmen; havacılığın yer tesislerinde çalışan hava alanı görevlileri, depo ve atölye çalışanları, yer hostesleri, check-in yapanlar, taşıt araçlarını onaranlar ve sürenler 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulama alanında kalırlar (İşK m.4/f.2b).

Genel olarak, bitkisel ürünlerin elde edilmesi amacıyla toprağın işlenmesi işlerine ve hayvansal ürünlerin elde edilmesi amacıyla hayvan bakımı, mandacılık, süt üretme ve hayvan yetiştirilmesi şeklindeki işlere tarım işleri denmektedir. Kanuna göre, 50'den fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı bütün işyerlerinde veya işletmelerinde çalışan işçiler 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındadır. 50 ve 50'den az işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışan işçiler ise prensip olarak İş Kanunu kapsamı dışındadır (İşK m.4/f.1b). Bu çalışanlardan sadece, tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işlerde, tarım işletmelerinde yapılan yapı işlerinde, halkın

faýdalanmasına aýık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işlerinde çalışanlar 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındadır (İşK m.4/f.2/c,d,e).

50'den az işçi çalıştıran (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde çalışan işçiler, 4857 sayılı İş Kanununun uygulama alanı dışında bırakılmış olsalar da, İş Kanununun 113.maddesine göre; Kanunun 32, 35, 37 ve 38.maddeleri hükümleri kendilerine uygulanacaktır.

Üretim ve yetiştirme süreci henüz devam ederken yapılan işler "tarım işi" sayılır. Hangi işlerin tarım işinden sayılacağı 4857 sayılı İş Kanununun 111.maddesi ve "Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik" ile ayrıntılı olarak belirlenmiştir.³³ Üretim ve yetiştirme süreci tamamlandıktan sonra yapılan işler tarım işlerinden sayılmaz. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabidir.

Örnek Kararlar:

Yargıtay'ın bir kararında, seyyis (at bakıcısı) olarak çalışan kişinin yaptığı iş tarım işi olarak kabul edilmiş ve bu çalışmanın 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmediğine karar verilmiştir (Yarg.9.HD., 08.10.2004, E.2004/26643, K.2004/21930).

"İşçi, tarım işinde çalışırken bu iş dışında tarım işi sayılmayan ek bir görevde çalışabilir. Örneğin bekçilik, şoförlük gibi. Bu durumda yaptığı işler arasında hangisinin daha ağır bastığı belirlenmeli, tarım işi ise İş Kanunu kapsamında olmadığı, aksi halde ise yararlanması gerektiği kabul edilmelidir" (Yarg. 9.HD., 16.06.2008, E.17465, K.15751).

Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işlerinde çalışan işçiler 4857 sayılı İş Kanununun uygulama alanı dışındadır (İşK m.4/f.1c).

Bir ailenin üyeleri ve üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dahil) hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde çalışan bütün işçiler de 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında bırakılmıştır (İşK m.4/f.1d).

Yine, ev hizmetlerinde çalışan işçilere 4857 sayılı İş Kanunu uygulanmaz (İşK m.4/f.1e). "Ev hizmetleri" ile ifade edilmek istenen; temizlik, yemek, çamaşır ve çocuk bakımı, mürebbiyelik gibi işlerdir.³⁴ Bu işler, evde birisi çalıştırılmasa dahi yapılması gereken gündelik ev işleridir. Kısaca, bir ev içerisinde yapılan ve evin rutin işlerinin

³³ RG. 26986, 03.09.2008.

³⁴ Yarg. 9.HD., 27.03.2006, E.29383, K.7445, Çil, İş Kanunu Şerhi, 1.Cilt, Ankara 2007, s.289-290.

görülmesine ilişkin çalışmalar ev hizmetinden sayılır.³⁵ Hemşirelik veya bekçilik kural olarak bir evin mutad işlerinden değildir.

Örnek Karar:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4.maddesi 1.fıkrasının (e) bendi uyarınca "ev hizmetlerinde çalışanlar" hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Kısaca ev hizmetlerinde aşçı, uşak, temizlikçi gibi işlerde çalışan işçi ile ev sahibi işveren arasındaki uyumsuzluğun İş Mahkemesinde değil, görevli Hukuk Mahkemesinde çözülmesi gerekir. İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan bu hizmetleri gören kimselerle bunları çalıştıranlar arasındaki hukuki ilişkilerde Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Çalışmayan aile bireylerini evden alarak, alışverişe şehir içinde gezmeye götüren, boş zamanlarında ev ve eklentilerinde zamanını geçiren şoförün de ev hizmeti yaptığı ve İş Kanunu kapsamında olmadığı kabul edilmelidir (Yarg.9. HD., 09.10.2008, E.2007/27814, K.2008/25988).

Buna karşın evde hastaya bakan hemşire ev hizmeti yapmış sayılmaz. Ev sahibine ait ev ve bahçesinde ev hizmeti yanında bekçilik yapan ve ağırlıklı hizmeti bekçilik olan işçi, İş Kanunu kapsamında sayılmalıdır (Yarg.9.HD., 09.06.2009, E.20498, K.16455).

İş Kanununun "iş sağlığı ve güvenliği hükümleri" haricindeki düzenlemeler çıraklar hakkında uygulama alanı bulmaz (İşK m.4/f.1). Çırakların faaliyetleri esas olarak özel yasa niteliğindeki Mesleki Eğitim Kanunu içinde düzenlenmiştir. Ancak, bu kanun kendi kapsamına tüm işyerlerini almadığı için (bkz: MEK m.2), kapsam dışında kalan işyerlerinde bulunan çıraklara Borçlar Kanununun genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanacaktır (BK m.393/f.3).

Sporcular hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanmaz (İşK m.4/f.1g). Burada söz konusu sporcular tüm sporcular değil, yalnızca iş sözleşmesiyle çalışan "profesyonel sporcular"dır.³⁶ Amatör olarak spor yapanlar ise iş sözleşmesiyle çalışan olmadıklarından dolayı zaten işçi sayılmayacak, doğal olarak İş Kanunundan yararlanmaları da mümkün olmayacaktır. Amatör sporcular, sporu bir karşılık gözetmeksizin, zevkli bir uğraşı olarak yapan kişilerdir.

³⁵ Yarg. 9.HD., 09.10.2008, E.2007/27814, K.2008/25988, Avcı, Cihan: İş Kanununun Kapsamı Açısından Ev Hizmetleri, <http://www.dunya.com/print.php?type=2&id=50049> (Giriş: 01.09.2012).

³⁶ Yarg.9.HD., 09.02.1995, E.1995/1619, K.1995/3137.

Örnek Karar:

“İş Yasasının ... maddesi ile yalnızca sporcular bu kanunun kapsamı dışında bırakılmış olup, antrenörler hizmet akdi ile çalışmaktadırlar İşverenle antrenör arasında çıkan uyuşmazlıkta görevli mahkeme iş mahkemesidir” (Yarg.9.HD., 08.12.2003, E.2003/19877, K.2003/20178).

“Antrenör de sporcu kapsamında değerlendirilecek olup, ücret, transfer bedeli ve prim gibi taleplere yönelik davasını, İş Mahkemesi yerine, Asliye Hukuk Mahkemesinde açması gerekir” (Yarg. 9.HD., 30.03.2004, E.2003/14073, K.2004/6561).

Profesyonel sporcular bir ücret karşılığı bir spor kulübüne bağlı olarak faaliyette bulunurlar. Örneğin futbolcular, basketbolcular, güreşçilerin kulüpleriyle yaptığı sözleşme bir iş sözleşmesidir. İş Kanununda kapsam dışı tutulanlar sadece profesyonel sporcularla sınırlandırıldığı için, spor kulübünde diğer işlerde iş sözleşmesiyle çalışanlara İş Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Örneğin antrenörler, antrenör yardımcıları, malzemeciler ve amigolar İş Kanunu hükümlerinden yararlanacaklardır.

İş Kanunu kapsamı dışında tutulan “profesyonel sporculara” kural olarak Borçlar Kanunu’nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır. Profesyonel sporculardan bazıları için ise mevzuatta özel düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin; 17.06.1992 tarihli ve 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanuna (m.30) dayanılarak çıkarılan Profesyonel Futbol Talimatı. Söz konusu Talimat, profesyonel futbolcu ile spor kulübü arasındaki iş ilişkilerini düzenleyen özel hükümler getirmektedir.

Hasta ve özürlü kişiler, bir yandan tıbbi bakımla sağlıklarına kavuşurken, diğer yandan da gerek rehabilitasyon merkezlerinde gerekse bu merkezlerin dışında tekrar çalışma güçlerini kullanabilir duruma getirme amaçlı faaliyetler gösterebilirler. Bu çalışmanın ön planında ücret kazanma amacı yatmamaktadır. Rehabilitasyon edilenler hakkında 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanmaz (İşK m.4/f.1h).

507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2.maddesinin tanımına uyan 3 kişinin çalıştığı işyerlerinde çalışan 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanmaz (İşK m.4/f.1ı). 507 sayılı Kanun, 5362 sayılı “Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu”³⁷ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Kanunun 76.maddesine göre; “17.7.1964 tarihli ve 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer kanunlarda, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununa yapılmış olan atıflar” yeni Kanuna yapılmış sayılır. Eski kanunun yerini alan 5362 sayılı Kanunun 3.maddesinde “esnaf ve küçük sanatkar”: “İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkar meslek kollarına

³⁷ RG., 25852, 21.06.2005.

dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler” şeklinde tanımlanmıştır. Bir işyerinde en fazla 3 çalışan var ise, Kanundaki bu tanıma uygun çalışan işçiler 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalacaktır. Örneğin bir işyerinde 2 işçi, 3 çırak ve işyeri sahibi esnaf işveren olmak üzere toplam 6 çalışan varsa, işçi sayısı 2 dahi olsa, çalışan sayısı 3’ü aştığından işçilerin İş Kanunu hükümlerinden yararlanması mümkün olacaktır. Öğretide bazı yazarlar, 4.madde 1.fıkrasının (1) bendindeki “3 kişinin çalıştığı işyerinde” ibaresini “3 işçinin çalıştığı işyeri” olarak değerlendirmektedirler.³⁸ Böylece, çalışan sayısı 3’ü aşırsa dahi, işçi sayısı 3’den fazla değilse, işyerindeki işçilerin bu yorum kapsamında İş Kanunu düzenlemelerinden yararlanması mümkün olmayacaktır. Bu görüş sahibi yazarların temel dayanak noktası, sözkonusu istisna düzenlemesinin esnaf ve küçük sanatkârların korunma amacı olduğudur. Oysaki İş Kanununun temel amacı “işçinin korunması”dır ve istisna hükmünün amacının İş Kanununun amacının üzerinde değerlendirilmesi mümkün olmasa gerekir. Ayrıca yapılan bu yorum Kanun maddesinin lafzına (metnine) da uygun düşmeyecektir.

İş Kanununun 113.maddesine göre; Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanununun 3.maddesi tanımına uyan 3 kişinin çalıştığı işyerlerinde çalışan işçiler 4857 sayılı İş Kanununun uygulama alanı dışında bırakılmış olsalar dahi, Kanunun 32, 35, 37 ve 38.maddeleri hükümleri kendilerine uygulanacaktır. Bu maddelere aykırılık halinde ilgililer hakkında ceza hükümleri tatbik olunur (İlgili maddeler; m.32: Ücret ve ücretin ödenmesi, m.35: Ücretin saklı kısmı, m.37: Ücret hesap pusulası, m.38: Ücret kesme cezası).

Kanunların kapsama alanına girmeleri açısından işçilerin gruplandırılması			
Basın İş Kanunu kapsamında ki işçiler	Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçiler	4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler	Borçlar Kanunu kapsamında ki işçiler

³⁸ Süzek, 3.Bası, s.182; Mollamahmutoğlu, Ankara 2004, s.182-183.

Basın işçileridir.	Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya veya karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işlerinde çalışanlar hariç deniz taşıma işlerinde çalışan gemi adamlarıdır.	Kural olarak Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında bulunmayan, iş sözleşmesiyle çalışan bütün çalışanlar İş Kanununun uygulama alanındadır.	İş Kanununun kapsamı dışında kalan, başkaca özel bir kanunun kapsamında da bulunmayan işçilerdir.
--------------------	---	---	---

§ 7. İŞYERİNİ BİLDİRME

İşveren, İş Kanununun kapsamına giren nitelikte bir işyerini kurduğunda; işyerini devraldığında; çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştirdiğinde veya herhangi bir sebeple işyerinin faaliyetine son verdiğinde ve işyerini kapadığında aşağıdaki bilgileri 1 ay içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne bildirmek zorundadır (İşK m.3/f.1). İşyerlerinin bu şekilde kayıt altına alınması; sonradan devletçe denetlenmesi, kayıt, planlama ve istatistiksel veri oluşturmaları açısından önem taşır.

İşyerini bildirme yükümlülüğüne aykırı davranılması durumunda işveren veya işveren vekili idari para cezası ödemekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, alt işveren veya alt işverenin işveren vekili için de geçerlidir (İşK m.2/f.1). İdari para cezasının kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde, takip eden her ay için aynı miktar ceza uygulanır (İşK m.98/f.2).

İşyeri Bildirim Yükümlülüğü			
Bildirmekle yükümlü kişiler	Bildirime tabi bilgiler	Bildirim yapılacak kurum	Bildirim süresi
1- İş Kanunu kapsamına giren bir işyerini a) kuran b) devralan c) çalışma konusunu kısmen veya tamamen devralan d) herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve kapatan işverenler 2- İş Kanununun 2.maddesinin 6.fıkrasına göre iş alan alt işverenler³⁹	a) işyerinin ünvanı b) işyerinin adresi c) çalıştırılan işçi sayısı d) çalışma konusu e) işin başlama ve bitme günü f) işverenin adı ve soyadı, yahut ünvanı g) işverenin adresi h) varsa işveren vekili veya vekillerin adı, soyadı ve adresi	Bölge Çalışma Müdürlüğü	1 ay içinde

İşveren sıfatına sahip şirketlerin tescil kayıtları ise, ticaret sicili memurluklarının gönderdiği belgeler üzerinden yapılır (f.3). Bu belgeler ilgili ticaret sicili memurluğunca 1 ay içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile konuyla ilgili bölge müdürlüklerine gönderilir (İşK m.3/f.3).

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre, sigortalı çalıştırmaya başlayan işveren, en geç sigortalı

³⁹ Bkz: Alt işveren konusunda yapılan açıklamalar.

çalıştırmaya başladığı tarihte, işyerini, işyeri bildirgesi ile Sosyal Sigortalar Kurumu'nun ilgili ünitesine bildirmek ve tescil ettirmek zorundadır. Şirket kuruluşu aşamasında sigortalı çalıştırmaya başlayacağı tarihi ve çalıştırılacak sigortalı sayısını beyan eden şirketlerin ticaret sicil memurluklarına yaptıkları bu bildirimler, ticaret sicil memurluklarınca 10 gün içinde ilgili Sosyal Güvenlik Kurumu birimine gönderilir ve bu bildirim, işverence Kuruma yapılmış sayılır.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Ek 1.maddesine göre; işverenler tarafından aynı Kanunun 8., 9. ve 11.maddelerine göre Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan sigortalı ve işyerlerine ilişkin bildirimler, İş Kanununun 3.maddesi hükümleri uyarınca ilgili Bölge müdürlüğüne yapılması gereken bildirimlerin yerine geçer (SSGSSK Ek m.1). Böylece işveren, aynı bildirim farklı devlet kurumlarına ayrı ayrı yapmaktan kurtarılmıştır.

İş Kanununun 2.maddesinin 6.fıkrasına göre iş alan alt işverenler de, kendi işyerlerinin tescili için asıl işverenden aldıkları yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, İş Kanununun 3.maddesinin 1.fıkrasında belirtilen bilgileri bölge çalışma müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdürler (İşK m.3/f.2). Asıl işverenler gibi alt işverenlere de ayrıntılı bir bildirim yükümlülüğü getirilmiş olması, ayrıca alt işverenlik sözleşmesi ve diğer gerekli belgelerin teslimi, yapılan asıl işveren-alt işveren sözleşmesinin hukuka uygun yapıp yapılmadığının sonradan kontrole tabi tutulabilmesi açısından önemlidir. Bölge müdürlüğüne tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. Yapılan inceleme sonucunda bir muvazaalı işlem tespit edilirse, bu tespiti ilişkin gerekçeli iş müfettişi raporu asıl işverene ve alt işverene tebliğ edilir. Söz konusu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren 6 işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine iş mahkemesinin verdiği kararlar kesindir. Müfettiş raporuna süresinde itiraz edilmemiş veya itiraz üzerine Mahkeme işlemin muvazaalı olduğunu tespit eden bir karar vermişse, alt işverenin tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.⁴⁰ İş Kanununun 3.maddesinin 2.fıkrasındaki, işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı idari para cezası verilir (İşK m.98/f.1, son cümle).

⁴⁰ Bu konuda bkz: Alt İşverenlik Yönetmeliği, RG. 27.09.2008, sayı: 27010.

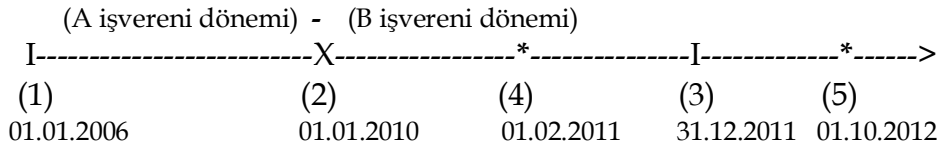
§ 8. İŞYERİNİN VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

I. İşyerinin Devri

İşyeri veya işyerinin bir bölümünün devrine ilişkin hukuki işlem iki işveren arasında gerçekleşir. İşyerinin veya bir bölümünün başka bir işverene geçmesi hak ve yükümlülükler açısından iş sözleşmesini de etkilemektedir. Hukukumuzda işyerinin tamamı veya bir bölümünün devri için işçinin rızası aranmamaktadır. İşçiye yakından ilgilendiren devir hususunda İş Kanununun 6.maddesinde özel bir düzenleme yer almaktadır.

Maddeye göre; “işyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer” (f.1). Yani, işçi devir anından itibaren devralan işverenin işçisidir ve iş hukukundan doğan karşılıklı bütün hak ve borçlar yeni işverenle devam edecektir.

“Devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır” (f.3).



(A) İşyerini devreden işveren

(B) İşyerini devralan işveren

(1) İşçinin işe giriş tarihi

(2) İşyerinin A işvereninden B işverenine devredildiği tarih

(3) İşyerinin devrinden sonra 2 yılın sona erdiği tarih.

A'nın döneminde doğmuş olan ve işyerinin devir tarihi itibarıyla halen geçerliliği devam eden işçi borçlarından, A ve B birlikte sorumludur. B yeni işveren sıfatıyla bu borçlardan sorumludur. Yani B, yeni işveren sıfatıyla hem A'nın dönemindeki borçlardan hem de devirden sonraki yeni dönemde doğacak borçlardan sorumlu olacaktır. A'nın ise, ticari hayatın ve işçinin haklarının güvencesi gerekçeleriyle, işyerini devrederek hemen sorumluluktan kurtulması engellenmiştir. Yasaya göre; işyeri devredildiği tarihten sonraki 2 yıl içinde A'nın kendi dönemindeki işçi borçlarından sorumluluğu devam edecektir. Yasanın, eski işverenin kendi döneminden olan sorumluluğunu ancak belli bir süre ile (devirden sonraki 2 yıla kadar) sınırlamış olması doğal karşılanmalıdır. Netice itibarıyla işyerini devretmiştir ve belli bir süre sonra da olsa işyeri ve borçlarıyla bağlantısının kesilmesi gerekir.

Dikkat: A'nın sorumluluğu, devir tarihine kadar olan sadece kendi döneminde doğan işçi borçlarıyla sınırlıdır. Borçların doğduğu dönem ile, sorumlu olduğu dönemin birbirine karıştırılmaması

gerekir.

Devir tarihinden itibaren doğacak işçi borçlarından ise, işyerini devralan B tek başına sorumludur.

Örnek:

İşçi 01.01.2006 tarihinde işveren A'nın yanında işe başlamıştır (1). A, işyerini 01.01.2010 tarihinde işveren B'ye devretmiştir (2). İşçiye işe girdiğinden bu yana bayram ve genel tatil günlerinde çalıştırılmış, ancak ücreti ödenmemiştir.

Bayram ve genel tatil ücreti alacak haklarından sorumluluk bakımından, işçinin iş sözleşmesinin 01.02.2011 tarihinde sona erdirilmesi (4) ile 01.10.2012 tarihinde sona erdirilmesi (5) arasındaki farkı açıklayınız.

İşçinin ödenmeyen bayram ve genel tatil ücreti alacaklarını talep etme hakkı mevcuttur (bkz: İşK m.47/f.1).

İşçi, devir tarihi olan 01.01.2010 tarihine kadar birikmiş olan ücret alacaklarını, devir tarihinden sonraki 2 yıllık sürenin son günü olan 31.12.2011 tarihi mesai saati bitimine kadar A'dan ya da B'den veyahut her ikisinden birlikte talep edebilir. 01.01.2010-01.02.2011 tarihi arasında doğan ücret alacakları ise ancak B'den talep edilebilir. Eğer iş sözleşmesi 01.10.2012 tarihinde sona erdirilmiş ise, işçi gerek işyerinin devir tarihine kadar gerekse devirden sonraki dönemde biriken ücret alacaklarını sadece B'den talep edebilecektir. Çünkü A sorumluluk tarihi devir tarihinden 2 yıl sonra 31.12.2011 tarihinde sona ermiştir.

Örnek Karar:

"Devralan işveren ihbar tazminatı ile kullandırılmayan yıllık izin ücretinden tek başına sorumludur...

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden... devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır (Yarg.9.HD., 11.03.2010, E.21713, K.6562).

"Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz" (İşK m.6/f.4).

Yargıtay, ihale dönemi sonunda alt işverenlerin değişmesini işyeri devri olarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda, yeni alt işverenin yanında çalıştırılmaya devam eden işçi, feshe bağlı haklar olan kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi hakları talep edemez.⁴¹

⁴¹ Yarg.9.HD., 08.10.2009, E.9391, K.26150.

“Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür” (İşK m.6/f.2).

“Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır” (İşK m.6/f.5).

Örnek Karar:

“İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı zamanda işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkanı vermez. İşyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşaması olup, işyeri devri çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmez. Dairemizin kökleşmiş kararlarına göre işyeri devri işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanımaz. İşyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı belirlenmelidir” (Yarg.9.HD., 22.06.2010, E.28637, K.19980).

İş Kanununun 6.maddesindeki hükümler, “iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz” (İşK m.6/f.6).

II. İş Sözleşmesinin Devri

İş sözleşmesinin devrine ilişkin olarak İş Kanununda hüküm bulunmamaktadır. Borçlar Kanununda sözleşmenin devrine ilişkin iki madde yer almaktadır. İlk olarak, Borçlar Kanununun 205.maddesi sözleşmenin devri müessesesine ilişkin genel hükümleri vermektedir. “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır” (BK m.205/f.1). “Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır” (BK m.205/f.3). İkinci olarak ise, Kanunun 429.maddesi iş sözleşmesinin devrini özel olarak düzenlemiştir. Bu hükme göre; “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir” (BK m.429/f.1). “Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır” (BK m.429/f.2).

§ 9. İŞ SÖZLEŞMESİNİN OLUŞTURULMASI

I. İş Sözleşmesinin Tanımı

İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, belirli bir sonuca yönelik tek bir fiil değil, işverenle işçi arasında sürekli bir ilişki yaratır. İş sözleşmesinin en önemli unsuru, konusu işgörme olan diğer sözleşmelerden ayıran “bağımlılık” unsurudur.

Türk hukukunda “hizmet sözleşmesi” ve “iş sözleşmesi” deyimleri hukuki bakımdan farklı bir anlam taşımazlar. İş Kanunu, “iş sözleşmesi” deyimini kullanırken, Borçlar Kanununda “hizmet sözleşmesi” deyimine yer verilmiştir.

Sözleşme taraflarının ehliyeti: İş ilişkisinin kurulabilmesi için kural olarak tarafların bir iş sözleşmesi yapmaları gerekmektedir. İş Kanununun 1.maddesi "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir" düzenlemesini getirerek bu ilkeyi benimsemiştir. Böyle bir iş ilişkisinin kurulabilmesi için tarafların ergin (onsekiz yaşını doldurmuş) ve sezgin (fiil ehliyetine) sahip olmaları gerekir. Türk Medeni Kanunu'na göre, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır (MK m.10). Ayırt etme gücünün hangi hallerde bulunmadığını yasa belirlemiştir. Buna göre "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, ayırt etme gücüne sahiptir" (MK m.13). Fiil ehliyetine sahip olan kişi ise kendi fiilleri ile hak edinebilir ve borç altına girebilir (MK m.9), hukuki işlemler ve bu çerçevede iş sözleşmeleri yapabilir.

İşveren gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. İşverenin tüzel kişi olması halinde iş sözleşmesi tüzel kişinin yetkili organı tarafından yapılır. Tüzel kişinin yetkili organı bu konuda bir işveren vekiline yetki verebilir. İşverenin vekilinin yetki alanı genellikle önceden belirlenir. Ancak bu konuda açık bir yetki verilmemişse, işveren vekilinin yaptığı iş sözleşmesi sonradan yetkili organca verilen onayla geçerlilik kazanabilir. Diğer yandan İş Kanunu, tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları da iş sözleşmesiyle işçi çalıştırmaları halinde işveren olarak kabul etmektedir.

II. Unsurları

Yasal tanımı dikkate alındığında iş sözleşmesinin; iş görme, ücret ve bağımlılık olmak üzere üç unsurdan oluştuğunu söylemek mümkündür.

1. İş görme

İş sözleşmesinin varlığı için her şeyden önce bir iş görme ediminin taahhüt edilmiş olması gereklidir. İş görme edimi (çalışma)

denilince, bir işçinin ekonomik bakımdan iş olarak değerlendirilebilen hertürlü çalışması anlaşılır. Çalışmanın fiziki veya fikri bir nitelik taşıması işçi sıfatının kazanılması açısından fark oluşturmaz. Yani çalışma kavramı iş hukukunda fiziksel değil, ekonomik anlamda ele alınır. Bu nedenle, ekonomik değer taşımayan bir faaliyet iş olarak nitelendirilmez.

Bir faaliyetin hukuken iş olarak kabul edilmesi için hukuk düzeninin emredici hükümlerine aykırı nitelik taşımaması zorunludur. Hukuka ve ahlaka aykırı nitelik taşıyan işler, hukukun meşruiyet tanıdığı işlerden değildir. Örneğin, adam öldürmek veya kaçakçılık yapmak ya da fuhuş, hukuken geçerli işlerden değildir.

İş hukuku anlamında çalışmaktan anlaşılan, fiilen çalışıyor olmak değil, işverenin emrinde çalışmaya hazır bir biçimde bekliyor olmaktır. Sözkonusu çalışma, kişinin tek işi olabileceği gibi, ek (yan) işi de olabilir. Sözkonusu faaliyetin çalışma olarak nitelendirilmesi bu anlamda bir farklılık doğurmaz.

İş sözleşmesinde iş görme edimi işçi için temel borçtur ve prensip olarak ücretten önce ifa edilir. Yani; önce çalışılır, sonra ücret alınır.

İş görme ediminden sözedebilmek için, bu edimin işverene ait işyerinde ifası şart değildir. Örneğin, ürün tanıtımcısı, gazete dağıtıcısı işyerinde çalışmıyor görünmelerine rağmen, edimlerini yerine getirmiş olurlar.

Bundan başka, işçinin edimini bizzat işverene sunması da zorunlu değildir. Örneğin, ödünç (geçici) iş ilişkisinde iş görme ediminin ifası kendi işverene değil, üçüncü bir işverene sunulmaktadır. Ödünç iş ilişkisinde işçi, ödünç süresince başkasına ait bir işyerinde edimini ifa ile meşgul olmaktadır.

Ayrıca iş görme edimi ani değil, belirli veya belirsiz bir süreye yayılarak yerine getirilmektedir. Yani, iş sözleşmesindeki zaman ögesinin anlamı, ifanın bir defalık (ani) yerine getirilmesiyle değil, belirli veya belirsiz bir süre devamlı şekilde yerine getirilmesiyle gerçekleşir. Dolayısıyla işçi işverene karşı belirli bir sonucu meydana getirmeyi değil, sürekli bir biçimde çalışmayı üstlenmektedir.

2. Ücret

İş sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için iş görmenin karşılığında bir ücret ödenmesi gerekir. Bu nedenledir ki, hatır için veya ahlaki bir amaçla ücretsiz yapılan çalışmalar iş sözleşmesinin oluşmasına neden olmaz. Ücret, iş sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmasına rağmen, yapılan iş sözleşmesinde ücret açıkça belli edilmemiş olabilir. Yapılan iş için bir ücret ödenmesinin gerekli ve olağan görüldüğü hallerde, kural olarak taraflar arasında ücretin kararlaştırıldığı kabul edilir. Çünkü hayatın olağan akışı, yapılan bir işin belirli bir çıkar karşılığında yapılmasını gerektirir.

3. Bağımlılık

İşçinin çalışması, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak, işverene bağlı biçimde gerçekleşir. İşçi, işini yaparken işverenin talimatlarıyla bağlı olacak, bu süreçte işverence denetlenebilecektir. Öyleyse işin görülmesi süreci içinde işçi, işverenin otoritesi altında bulunmaktadır. Gerçekten de iş ilişkisi işverenin az veya çok emir verdiği, işçinin ise buna uymak zorunda olduğu bir hukuki ilişkidir. İş sözleşmesinin özünde diğer iş görme sözleşmelerinden (örneğin, eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesinden) farklı olarak bir tarafın diğerinin emir ve talimatlarıyla bağlı olmasını ifade eden “otorite ilişkisi” vardır. Bunun sonucu olarak da işveren başka sözleşmelerde bulunmayan şekilde, işçinin kişiliği üzerinde bazı hak ve yetkilere sahiptir.

İşçi, iş görme borcunu işverenin yönetim, gözetim ve denetimi altında yerine getirir. Kişisel bağımlılığın derecesi, işin görülmesi esnasındaki “işçinin faaliyetlerini, çalışma şeklini, işin yerini ve zamanını ve işçinin davranışlarını düzenleyen talimatlardan” anlaşılır. Diğer iş görme sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek faaliyetler genellikle sadece edim sonucuna yöneliktir. İş sözleşmesinde ise işverenin vereceği talimatlar iş ediminin yerine getirilmesi faaliyetlerini organize etmek amaçlıdır.

Her işçinin yaptığı işin niteliğine, işyerindeki hiyerarşik konumuna ve mesleki durumuna göre bağımlılık ilişkisi farklı derecelerde, sıkı veya gevşek olabilir. Örneğin, müdür, mühendis, avukat gibi işyerindeki, üst düzey yöneticiler daha sınırlı bir bağımlılık ilişkisi içindeyken, vasıfsız veya vasıfları düşük işçilerin işverene bağımlılığı daha fazla olabilmektedir.

III. Özellikleri

1. Kişisel İlişki Kurması

İş sözleşmesi özellikle işçinin kişiliğini ön plana çıkaran ve işçiyle işveren arasında kişisel ilişkiler kuran bir sözleşmedir. Kişisel ilişki kuran sözleşmeler, güven ilişkisi de yaratır. İş sözleşmesinin bu özelliği iş görme ve ücret borçları dışında işçi açısından sadakat ve itaat, işveren açısından ise gözetme ve eşit davranma gibi yan borçları ortaya çıkarır. Özellikle iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda iş sözleşmesinin kişisel ilişki kurma niteliği ön plana çıkar.

2. Karşılıklı Borç Doğurması

İş Sözleşmesi, başta iş görme ve ücret ödeme olmak üzere, işçi ve işverene karşılıklı borçlar yüklediğinden, karşılıklı borç doğuran sözleşmeler (synalagmatik sözleşmeler) arasında yer alır.

3. Sürekli Bir Sözleşme Olması

İş sözleşmesinin doğurduğu borç ilişkisi süreklilik taşır. İşçi işgörme borcunu, işveren ise işgörmenin karşılığı olan ücret ödeme borcunu sürekli olarak ifa ederler. Ortaya çıkan yan borçların

devamlılığı da asıldır. İş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi yaratan niteliği, aynen kişisel ilişki kurmasında olduğu gibi taraflar arasında bozulmaması gereken bir güvenlik ilişkisi yaratır. Çünkü sözleşmenin tarafı sadece o andaki değil, ilerde de sürecek edimlerin ifa edileceğine güvenerek bir borç ilişkisi kurmaktadır.

IV. Şekli

İş sözleşmelerinin bağitlanmasında sözleşme yapma özgürlüğü gereği şekil serbestisi esası geçerlidir. İş Kanununun 8.maddesi bu kurala uygun olarak birinci fıkrasında; "Kanunda aksi belirtilmedikçe iş sözleşmesi özel bir şekle tabi değildir" düzenlemesini getirmiştir. Yani şekil serbestisi kuraldır; ancak, yasanın belirttiği istisnai hallerde iş sözleşmesinin belirtilen şekilde yapılması gerekir. Örneğin, belirli süreli sözleşmelerin yapılmasında yazılı şekil koşulu aranmaktadır (İşK m.11). Bu tür sözleşmelerin yapılmasında yazılı şekil koşuluna uyulmaması sözleşmeyi geçersiz kılmaz, sadece sözleşme içerisindeki "belirli süreli olma koşulu" geçerli olmaz. Sözleşme ise belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak geçerliliğini devam ettirir (BK m.430/f.2). Bundan çıkan sonuç; iş sözleşmesinin değil, sözleşmenin içerisindeki belirli süre koşulunun yazılı şekilde yapılması gereğidir. Belirli süre koşulunun geçerliliği için yazılı şekil şartı, hukuki işlemin "geçerlilik" şartıdır. Eğer yazılı yapılmamışsa, sözleşme "belirli süre kaydı bulunmaksızın" geçerliliği devam ettirecektir.

Bundan başka; takım sözleşmesi (İşK m.16), çağrı üzerine çalışma (İşK m.14/f.1) ve geçici iş ilişkisinin de (İşK m.7/f.2) yazılı şekilde kurulması öngörülmüştür. Ayrıca, gemi adamları (DenişK m.5), gazeteciler (BasİşK m.4/f.1) ve özel okul yönetici ve öğretmenleriyle (ÖÖKK m.9/f.1c) de sözleşme yazılı şekilde yapılır.

Sözleşmenin matbu ya da taraflarca yazılmış olması önem taşımaz. Önemli olan iş sözleşmesinin esaslı unsurlarını içeren belgenin taraflarca imzalanmasıdır. Basit yazılı biçimde hazırlanmış iş sözleşmeleri, damga vergisi ve her çeşit harçtan muaftır (İşK m.8/f.2c).

İş Kanununun 8.maddesinin ikinci fıkrasında, işçiye korumak ve iş koşullarının açıkça bilinmesini sağlamak amacı ile yazılı sözleşme yapılmayan hallerde geçerli olmak üzere, işçinin işe başlamasından itibaren en geç 2 ay içinde, işveren tarafından iş koşullarını bildiren bir belgenin hazırlanıp işçiye verilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu belgede genel ve özel çalışma koşulları, günlük ya da haftalık çalışma süreleri, temel ücret ve varsa ücret ekleri, ücret ödeme dönemi, süresi belirli ise sözleşmenin süresi, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümler yer alacaktır. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde işverenin iş koşullarını bildiren yazılı belge verme yükümlülüğü yoktur. Ancak, iş sözleşmesi 2 aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sözleşmenin sona ermesi tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur.

Görüldüğü gibi yasa, iş sözleşmesinin yapılmasında şekil serbestisini getirmiş olmasına karşın, iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmadığı durumlarda geçerli olmak üzere işe başlamasından sonra

işçinin iş koşullarının önemli unsurlarını öğrenmesi için kendisine yazılı bir belge verilmesini zorunlu kılmıştır.

Uygulamada kanıtlama kolaylığı sağladığı için iş sözleşmelerinin özellikle büyük işletmelerde yazılı olarak yapıldığı ve ayrıntılı iş koşullarının işyeri iç yönetmeliklerinde düzenlendiği görülmektedir. Ancak küçük işletmelerde her zaman yazılı bir sözleşme yapılmadığı gibi, yazılı sözleşmenin yapılmadığı durumlarda sonradan iş koşullarını bildiren yazılı bir belge de verilmemektedir. Uygulamada, bu durumlarda işçinin çalışma koşullarının belirlenmesi işverenin tek taraflı ve değişken yorumuna bağlı olmaktadır. Bu ise işyerinde ortaya çıkacak birçok uyuşmazlığa zemin hazırlamaktadır.

İş Kanununda, yazılı sözleşmesi bulunmayan işçiye işe girmesinden kısa bir süre sonra bu konuda yazılı bir belge talep etme hakkı verildiği için, işverenin bu yazılı belgeyi vermediği durumlarda, işçi İş Kanununun 99.maddesinde düzenlenen para cezasına hükmedilmesini talep edebilecektir. Ancak, 110,00 TL gibi düşük bir rakamın işveren nezdinde caydırıcı bir etkisi olamayacağı da açıktır. 30 işçinin altında işçi çalıştıran işyerlerinde, işçilerin iş güvencesi bulunmadığından, getirilen bu düzenlemenin pek bir anlamı kalmamaktadır. İş güvencesi bulunmayan bir işçi, tarafına yazılı bir belge verilmesi konusunda ne işverene başvurma ne de verilmemesi durumunda yetkili mercilere şikayet etme konusunda cesaretli olabilecektir.

Kanaatimizce, iş sözleşmesinin sona ermesi sonrası İş Kanununun 8.maddesinde sayılan iş koşullarından biri hakkında çıkacak uyuşmazlıklarda, işverenin yasal yükümlülüğünde bulunan iş koşullarını gösteren yazılı belgeyi vermemesi nedeniyle, işverenin değil, işçinin beyanatlarına öncelik verilmesi isabetli olacaktır.

V. İşe Alım Süreci

1. İşletmede Eleman Unsurunun Önemi

Bir işletmenin kurulum, gelişim ve devamlılığında belki de en önemli unsur eleman unsurudur. İnsan kaynakları yönetim biliminin gelişimine paralel olarak, eleman seçimi ve işe alım sürecine günümüzde çok daha fazla önem verilmektedir. Konunun önemini anlayan işletmeler bu konuda daha titiz davranmakta, basit eleman seçimi metotlarından uzaklaşmakta ve çok daha detaylı ve masraflı seçim metotlarını ya kendi işletmelerinde istihdam ettikleri uzmanlarla ya da bu konularda faaliyet gösteren uzman danışmanlık şirketlerinden hizmet alarak sağlamaktadırlar.

İşletmelerin eleman seçim sürecinde hangi personel seçim sistemini, işe alma tekniklerini kullandıkları işletme biliminin konusudur. İş hukukunun konuya ilgisi ise personel alım sürecinde ortaya çıkan hukuki sorunların incelenmesiyle sınırlı kalmaktadır.

Çalışma yaşamında işveren ve çalışanların çıkarları genellikle çatışmakta, her iki tarafın haklarının ve yükümlülüklerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, iş hukukunda çalışma şartlarına ilişkin

düzenlemelerin yanı sıra, iş ilişkisinin kurulması aşamasıyla ilgili kurallar da mevcuttur.

2. Sözleşme Yapma Özgürlüğü

Mal ve hizmet üretiminde gereksinim duyduğu işçiyi işe alıp bir iş ilişkisi kurmak isteyen işveren, işe uygun gördüğü kişiyi seçme hakkına sahiptir. Aynı şekilde çalışarak geçimini sağlama durumunda olan işçinin de sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işverenini seçme hakkı vardır. İşveren bu seçimi yaparken kendince en uygun gördüğü zamanda ve ücretle, en fazla verimi alacağı kişiyi seçme eğiliminde olacaktır. İşçi de kendince en uygun gördüğü ücret ve iş koşullarında çalışma olanağını arayacaktır.

Bu durum ister istemez taraflar arasında bir çıkar çatışmasına yol açmaktadır. Özellikle emek arzının fazla olduğu ülkelerde arz ve talep dengesinin bozukluğu bu çelişkinin boyutlarını daha da artırmakta ve zorunlu olarak devletin yasa yolu ile zayıftan yana tavır almasını gerektirmektedir.

Böylesi bir girişim doğal olarak sözleşme özgürlüğünün sosyal amaçlarla sınırlanmasına neden olmaktadır. Sınırlamanın kapsamı zaman içinde değişebilmekte; ekonomik koşullar, ülkenin gelişmişlik düzeyi, emek piyasasındaki arz ve talep dengesi sınırlamanın kapsamını genişletmekte veya daraltmaktadır.

Ancak hangi koşullar geçerli olursa olsun, sözleşme özgürlüğü varlığını korumakla birlikte işçinin korunma gereksinimi olduğu sürece iş hukukunda iş sözleşmesinin mutlak bir serbesti içinde bağitlanması mümkün olamamaktadır.

3. İş İlanları

İşveren ile personel adayının ilişkiye geçmesi işletmenin boş olan iş pozisyonu için ilan vermesi ile başlar. Özel sektörde iş ilanlarının içeriği konusunda spesifik hukuki bir düzenleme bulunmamaktadır. İş ilanları hem işletmeye hem de adaya yardımcı olma özelliği taşırlar. Hukuken bağlayıcı bir nitelikleri yoktur; kural olarak yalnızca icaba davet (öneriye çağrı) olarak görülürler. Bu anlamda, borçlar hukukunun icaba davete ilişkin genel ilkeleri burada da geçerlidir. Karşı tarafı yanıltmaya müsait, hatalı ve hileli iş ilanları nedeniyle zarara uğrayacak personel aday, tazminat davası açarak zararının giderilmesini isteyebilecektir.

İş ilanları hakkında özel bir hukuki düzenleme olmaması nedeniyle ilanların içeriği ve şekli konusunda da bir biçim yoktur. Yani işletmeler iş ilanlarının şekli ve içeriği konusunda denetimsizdirler. İlanda belirtilen “aday özelliklerine” gerçekten gerek olup olmadığı veya işletme ile ilgili belirtilen koşulların varlığı ilanı veren işletmenin inisiyatifine bırakılmıştır.

Uygulamada sıklıkla, iş ilanlarının düzenlenmesi aşamasında genel içerik ve düzenleme hatalarının yanı sıra, kadın ve erkek adaylar arasında bilinçli veya bilinçsiz olarak ayrımcılığa gidildiği de görülmektedir. İş ilanlarının, işin niteliğinin istisnaları haklı kılması

haricinde, cinsiyet ayırımına göre düzenlenmemesi gerekir. Bazı iş ilanlarında yalnızca erkeklerin tercih edileceği açık veya zımni (örtülü) bir şekilde belirtilebilmektedir. Bazı işler gerçekten de erkekler için daha uygun olabilir, fakat günümüzde genel olarak erkek işi-kadın işi ayırımı pek kalmamıştır. İşin niteliği gerektirmediği sürece iş ilanlarının yalnızca tek bir cinsiyete yönelik hazırlanmaması gerekir.

İş ilanlarında cinsiyet ayrımcılığını önlemeye yönelik yasal düzenlemeler gelişmiş batı ülkelerinde mevcuttur. Maalesef ülkemizde bu konuyla ilgili özel bir düzenleme yoktur. İşveren, ilanı belirli bir cinsiyete yönelik hazırlarsa ne gibi bir yaptırım uygulanacağı belirsizdir. Bu tür ayrımcılıklar genel olarak kişilik haklarına tecavüze girer. Özellikle olarak kadınlara yönelik ayrımcılıklar ile ilgili olarak dayanak noktası ülkemiz tarafından 1985 yılında onaylanarak iç hukuka dâhil edilen “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkındaki Uluslararası Sözleşme”dir. Bu sözleşmede yer alan hükümlere göre, kadınlara karşı cinsiyet ayırımı güden iş duyuruları, kadınların çalışma fırsatlarını engelleyen nitelik taşıdığından hukuka aykırıdır ve aksi davranışlarda bulunanlar hakkında gerekli yasal ve idari düzenlemeler yapılmalıdır. Uygulamada ayrımcılık unsuru taşıyan bir ilan veren işletmeye dava açılması halinde, işverenin böyle bir amaç taşımadığını ispat etmesi gerekir. Ama edemezse ne gibi bir yaptırım uygulanacağı konusunda iç hukukta özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

İş ilişkisinin kurulması aşamasında çatışan haklar söz konusudur. İşverenin Anayasa’ya dayanan “sözleşme özgürlüğü hakkı” ile adayların temel bir sosyal hak olan “çalışma hakkı” çatışmaktadır. Taraflar “sözleşme özgürlüğü” ilkesi çerçevesinde, sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçme hakkına sahiptirler. Sözleşme özgürlüğü genel niteliklidir ve burada işe alım sürecinde sözleşme özgürlüğü ilkesinin iş hukukuna yansımından bahsedilir. Adayların karşı tarafı seçmeleri genellikle işe başvuru aşamasında olur, yani başvuracakları işletmeleri seçerler. İşveren ise başvuran adaylar arasından uygun buldukları adayları seçer. Yani işveren dilediği kişiyi işe almakta serbesttir. Sözleşme özgürlüğünün sınırı ise adayın kişilik haklarının zedelenmeye başladığı yerde biter. Genel olarak sözleşmelerin tarafı seçilirken “ırk, cinsiyet, din, ulusal kimlik” gibi nedenlerin etkili olması sözleşme özgürlüğü sınırının aşılmasına sebep olur.

4. Personel Seçim Süreci

Sözleşme görüşmelerinde (yani personel seçim sürecinde) de taraflar arasında bir hukuki ilişki vardır. Bu ilişki hukuki işlem benzeri bir nitelik taşır. Taraflar arasındaki sözkonusu ilişki görüşmelerle başlar, nihayetinde işe alımla başka bir hukuki ilişkiye dönüşür ya da ret kararıyla son bulur.

İlişkinin başlangıcı adayın iş başvurusu için gerekli belgeleri işletmeye vermesi veya göndermesi ile olur. Ancak ilişkinin başlayabilmesi için, adayın belgeleri işletmenin talebi üzerine iletmesi gerekir. Yani adayların işletmelere, işletmelerin iş ihtiyacını

duyurmalarından bağımsız olarak başvurmaları ve evrakları göndermeleri durumunda görüşmeler ve dolayısıyla taraflar arası bir ilişki başlamış sayılamaz.

Görüşme sürecinin sonucu her ne olursa olsun tarafların karşılıklı bazı yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülükler “genel davranış yükümleri” adı verilir. Medeni Kanundaki *güven ilkesinden* kaynaklanan davranış yükümleri daha çok kişilik hakları açısından önemlidirler.

Personel seçim sürecinde her zaman zayıf durumda olduğu kabul edilen adayın korunması düşüncesinden hareketle adayların işletmelere seçim sürecinde verdikleri bilgilerin gizli tutulması gereklidir. Personel seçim sürecinde çok çeşitli aşamalardan geçen aday hakkındaki bilgi (mülakatlarda elde edilenler gibi) ve belgeler (test sonuçları, sağlık raporları gibi) işletme tarafından saklanıp korunur. Bu belgeler, adayın kişilik haklarını ilgilendiren bilgileri içeren nitelikte evraklar olduğundan, yetkili olmayan kişilerin eline geçmesinin engellenmesi işletmenin sorumluluğu altındadır.

Aslında sözkonusu belgeler adaya aittir; fakat görüşme sürecinde mülkiyetleri işletmeye geçmiştir. Adayın işe alınmaması durumunda bu belgelerin işletmede devamlı olarak bulunmasının kişilik haklarına bir tecavüz olarak değerlendirmesi olasıdır. Aday, belgeleri geri isteyemez, fakat yok edilmelerini isteyebilmelidir. Adayın işe alınması veya alınmaması durumunda da belgelerin özenle saklanmaması sonucu yetkisiz kişilerin eline geçmesi gibi bir sonuç ortaya çıkarsa işletmeler dava edilip tazminat ödemek zorunda bırakılabilir.

Başvuru belgelerinin (sabıka kaydı, ikametgâh belgesi, resim, vb.) temin edilmesi birçok aday için yüklü bir malî külfet oluşturur. Adayların genellikle çok sayıda işletmeye başvurmak zorunda oldukları da göz önünde bulundurulursa başvuru belgelerinin hazırlanması için katlanılan maliyetin ne derece artacağı açıktır. Başvuru belgelerinin hazırlanması aşamasında para kaybının ortaya çıkmasının yanı sıra bu belgelerin hazırlanması süreci önemli ölçüde zaman kayıplarına da sebep olmaktadır. Bu nedenle, işe kabul edilmeyen bir adayın başvuru belgelerinin iade edilmesi aday açısından önem taşımaktadır. Yani, başvuru belgelerinin kendisine iade edilmesindeki yararı, sadece kişilik haklarıyla sınırlı olmayıp, aynı zamanda adayın ekonomik çıkarları da işin içersine girmektedir. Talep halinde, işletme tarafından sözkonusu başvuru belgelerinin personel adayına verilmesi hakkaniyete uygun düşer. Uygulamada ise çoğu zaman başvuru belgelerinin iade edilmediği görülmektedir.

Görüşme aşamasında ortaya çıkabilecek ihtilaflı durumlardan biri de iş başvurusu için yapılacak seyahat masraflarının kim tarafından karşılanacağı sorunudur. Eğer aday genele yapılmış bir iş ilanı üzerine veya herhangi bir ilan üzere olmaksızın bir işe başvurmak için yolculuk, konaklama ve beslenme gibi masrafları yaparsa, bunları kendisi karşılamalıdır. Fakat iş görüşmesi talebi işletmeden gelmişse, bu masrafları karşılamak kural olarak işletmenin borcudur. Uygulamanın bunun tersi olması hukuki durumu değiştirmez.

İşletmenin karşılamakla yükümlü olduğu tanışma giderleri yalnızca yolculuk, konaklama ve beslenmeyi kapsamaktadır. Yani doğrudan iş görüşmesiyle ilgili masrafları kapsar. Adayın daha sonra işe alınıp alınmaması bu giderleri işletmenin karşılaması gerekliliğini değiştirmez. İşveren bu sorumluluğundan kurtulmak istiyorsa adaylara yaptığı davette tanışma giderlerini karşılamayacağını açık bir şekilde belirtmelidir. Mantık olarak bu gibi tanışma gideri ödemelerinin ancak aday ve işletmenin farklı şehir ve/veya ülkede olması durumunda ortaya çıkması olasıdır. Aynı şehirdeki taraflar arasında böyle bir masraftan bahsetmek çoğu zaman anlamlı gözükmemektedir.

İşverenin borçlarından biri olan davranış yükümü de görüşme aşamalarında ortaya çıkar. İşveren adayda işe alınacağı gibi bir intiba bırakmış ve bu sebeple adayın bazı harcamalar yapmasına neden olmuş ve nihayetinde sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmiş ise adayın giderlerini tazmin etmekle yükümlüdür. Başka bir işte çalışan bir adayla yapılan görüşmeler sonucu anlaşma sağlanmış fakat henüz sözleşme akdedilmemişse, adayın hâlihazırda çalıştığı işten ayrılması sonucu uğradığı zarardan, işletmenin başka bir şehirde olması dolayısıyla adayın ev değiştirmesi gibi masraflardan işveren özen yükümünü yerine getirirken kusurlu davranması halinde sorumlu olacaktır.

Görüşmeler sırasında işverenin olduğu gibi, adayların da bir takım borçları vardır. Adaylar personel seçim sürecinde kendilerine yöneltilen soruları -sorunun hukuken geçersiz olması durumu hariç- yanıtlamakla yükümlüdürler. Görüşmeler esnasında kimi bilgilerin de aday tarafından istenilmeden verilmesi gerekir. Kural olarak, sözleşme görüşmeleri esnasında, hangi konuların sözleşmenin akdedilmesinde açıklığa kavuşturulabilmesinin gerekli olduğunu her bir taraf kendisi belirlemelidir. Yani taraflar kendiliğinden bazı olgulara işaret etme ve karşı tarafı uyarmakla yükümlü değildirler. Bu kuralın istisnası ise, aday başvurduğu işle ve işin görülmesiyle ilgili olduğunu düşündüğü bilgileri kendisine herhangi bir soru yöneltilmemiş olsa dahi açıklamakla yükümlüdür. Örneğin adayın rekabet yasağı bulunması halinde bunu kendiliğinden açıklaması gerekir. Çünkü bu durumda adayın, bazı sektör veya işletmelerde çalışması belirli sürelerle engellenmiştir. Dolayısıyla adayın bir rekabet yasağının bulunması işletmelerin işe alım kararlarını doğrudan etkiler; bu yüzden, sorulmasa dahi böyle bir durum aday tarafından kendiliğinden açıklanmalıdır. Adayların, gerek kendilerine yöneltilen soruları yanıtlarken, gerekse kendileri açıklamada bulunurken verdikleri bilgiler doğru olmalıdır. Burada talep edilen bilgilerin adayın kişilik haklarına tecavüz niteliği taşıması ve seçim süreciyle alâkalı olmaması durumunda ise aday, yalan beyanda bulunabilecektir. Söz konusu yalan beyan, adayın gerçeği açıklama yükümünün sınırları aşılmış olduğundan işverene sözleşmeyi feshetme ve tazminat talep etme hakkı vermeyecektir. Çünkü adayı yalan söylemeye zorlayan işverenin haksız bilgi talebidir.

Taraflar arasında her konuda anlaşma sağlanmış, yalnız sözleşme henüz akdedilmemişse, anlaşmadan vazgeçen taraf kusurlu kabul edilir. Kusurlu taraf zarara uğrayan tarafın zararını karşılamakla

yükümlüdür. Bu aşamadan sonra sözleşmenin akdedilmemesinden işletme tarafının değil aday tarafının menfi bir zarara uğraması daha olasıdır. Sözleşmenin yapılacağı düşüncesiyle aday eski işinden ayrılmış, ikamet değiştirmiş, dolayısıyla maddi ve hatta manevi zarara uğramış olabilir. Zararın tazmininden anlaşılan, mağdur tarafın eski durumuna sokulmasıdır. Sözleşme görüşmelerinin herhangi bir nedenle kesilmesi ise tazminatı gerektiren bir sonuç doğurmayacaktır.

Görüşmeler sırasında taraflardan biri davranış borçlarını yerine getirmez, işin niteliği veya sözleşmenin yapılabilmesi açısından gerekli bir bilgiyi vermez veya yanlış bilgi verir ve bu hal üzere sözleşme kurulursa, sözleşmenin iptali veya feshi gündeme gelebilir.

5. Çalışma Yasakları

İşe alımda, özellikleri uygun olsa bile yasalarca belirlenmiş bazı kişilere ve işlere özel çalışma yasakları getirilmiştir. Personel adayları değerlendirilirken çalışma yasaklarının var olup olmadığı da değerlendirilmeli, işe alım kararı buna göre verilmelidir. İşverenler, çalışma yasaklarına uymamaları halinde çeşitli hukuki yaptırımlarla karşılaşır. Bu yasakların genel amacı, korunmaya ihtiyacı olabilecek kesimleri korumaktır. Çalışma yasakları özellikle çocuklar ve kadınlarla ilgilidir. 4857 sayılı İş Kanununa göre, 15 yaşından küçük çocukların kural olarak çalıştırılması yasaktır. Aynı şekilde, 16 yaşından küçüklerin ağır ve tehlikeli işlerde çalışmaları da yasaktır. İstisnai durumlar hariç kadın işçiler için de geçerli olan yer altı ve su altında çalışmaya ilişkin yasak 18 yaş altı gençler için de geçerlidir. Yine kadınlar açısından, istisnaları bulunmakla birlikte, 18 yaşından küçüklerin sanayi işlerinin gece vardiyalarında çalıştırılmaları yasaktır.

Kadınlar için çalıştırılma yasağı olan dönemler vardır. Hangi iş olursa olsun kadınlar hamile olmaları durumunda doğumdan önceki ve sonraki 8 hafta olmak üzere toplam 16 hafta çalıştırılmazlar. Çoğul gebelik durumunda (örneğin; ikiz veya üçüz) doğumdan önceki dönem 10 haftaya uzatılır. Burada amaç annenin ve bebeğin sağlığını korumaktır.

18 yaşından küçüklerde olduğu gibi kadınların da yer altı ve su altında yapılan işlerle ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaları yasaktır. Yetişkin kadınların çalıştırılabileceği/çalışabileceği ağır ve tehlikeli işler tüzükle belirlenmiştir. Fakat konularında mesleki veya yüksek öğrenimi olan kadın işçilerin tüzükte belirtilmemiş olan tehlikeli ve ağır işlerde çalışmaları da mümkündür.

6. Yabancılık

Yabancıların çalışması, yasal bakımdan birçok sınırlandırmaya tabidir. İlgili makamlardan çalışma izni alınmadığı sürece yabancıların çalışması kanunen yasaktır.

Birçok devlet, ülkesindeki işsizliği önlemek, ulusal çıkarlarını ve kamu düzenlerini korumak amacı ile yabancı işçi çalıştırılmasını yasaklamakta veya çok sınırlı olarak izin vermektedir. Oysa günümüzde küreselleşme, kaçınılmaz bir biçimde sermayenin yanı sıra

emeğin de sınırlar ötesi göçünü hızlandırmaktadır. Bunun sonucunda ise, yabancıların yaptıkları iş sözleşmelerinin geçerliliği yahut tabi olacakları sözleşmelerinin geçerliliği veya tabi olacakları hukuk tartışma konusu olmaktadır. Bu sorunu çözüme kavuşturmak için yabancıların çalışmaları ile ilgili yasa düzenlemeleri getirilmiştir.

Ülkemizde de, 27.02.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4817 sayılı "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun" ile yabancıların çalışmaları yeni bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Bu Kanunun 4.maddesi; "Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, yabancıların Türkiye'de bağımlı veya bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin atmaları gerekir" ilkesini kabul etmiş ve aynı maddenin 2.fıkrası ise; "Ülke menfaatlerinin gerekli kıldığı hallerde veya mücbir nedenlere bağlı olarak, çalışmaya başlamadan önce ilgili makama bilgi vermek koşuluyla, çalışma süresi bir ayı geçmemek ve Bakanlık onayı alınmak suretiyle çalışma izni işe başladıktan sonra da verilebilir" düzenlemesini getirmiştir.

Yasa, çalışma iznini bağımlı ve bağımsız çalışacak yabancı kişiler için zorunlu gördüğünden, bağımlı olarak çalışacak yabancılar, işçi niteliğinde olacaklarından bunların da iş sözleşmesi yapmadan önce ilgili makamdan çalışma izni almaları gerekecektir.

Getirilen düzenlemeye göre çalışma izni, kural olarak belirli süreliidir. Söz konusu izin, iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişiklikleri dikkate alınarak, yabancıların ikamet izninin süresi ile hizmet akdinin veya işin süresine göre, belirli bir işyeri veya işletmede çalışmak üzere en çok 1 yıl verilir; Bu süre aynı işyeri veya işletmede çalışmak üzere 3 yıla kadar uzatılabilir. Üç yıllık yasal çalışma süresinin sonunda ise dilediği işverenin yanında çalışmak üzere, çalışma izninin süresi 6 yıla kadar uzatılabilir. Türkiye'de en az 8 yıl bu şekilde yasal olarak kesintisiz ikamet eden ve toplam 6 yıl yasal çalışmış olan yabancılar başka bir koşul aranmaksızın süresiz çalışma izni verilir (YÇİHK m.5-6).

Görüldüğü gibi, Türk vatandaşı olmayan yabancılar yukarıda belirtilen koşullarda, ancak izin almaları halinde bir iş sözleşmesine dayanarak çalışma olanağına sahiptirler. Usulüne uygun olarak izin almaksızın çalıştırılan yabancılar ile iş sözleşmesi yapan işverenler, Yasanın 21.maddesine göre çeşitli idari para cezalarına çarptırılırlar.

7. İşçi Kuruluşları Yönetiminde Görev Alanlar

Bireysel olarak bir iş sözleşmesi ile iş ilişkisi içine giren işçiler, iş koşullarını kendi çabaları ile kendi yararlarına yenileyebilecekleri gibi, bir sendikaya üye olarak kolektif düzeyde yapılan bir toplu iş sözleşmesinden yararlanarak daha iyi çalışma koşullarına sahip olabilirler. Bazen de sendika üyeliğinden öteye sendika işyeri temsilcisi, sendika şube yöneticisi veya merkez yönetim kurulu üyesi olabilirler. Bu son iki durumda, görevlerini yapabilmek için işten ayrılmalari zorunludur. Oysa yöneticiliği bir süre sonra sona erdiğinde, işçi eski

işine dönemezse, işsiz kalma tehlikesi ile karşılaşır ve bu durum işçilerin Anayasa ile güvence altına alınmış olan sendika hak ve özgürlüğünden yararlanmalarını engeller. Bu nedenle, Sendikalar Kanununun 29.maddesinin 1.fıkrasında eski işlerine dönmelerini sağlamak amacı ile sendika yöneticilerine kesin olmasa da bir güvence sağlanmaya çalışılmıştır.

Buna göre, sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldıkları için kendi istekleri ile çalıştıkları işlerinden ayrılan işçiler, bu görevlerinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleri ile çekilmek suretiyle son bulması halinde, ayrıldıkları işyerlerine yeniden alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bu işçileri, talep -tarihinden itibaren en geç bir ay içinde, o andaki koşullarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorundadır.

Uygulamada, işverenlerin genellikle eski bir sendika yöneticisini işe tekrar almak istemedikleri ve eski yöneticilerin de tekrar eski işlerine dönmek istemedikleri gözlenmektedir. Bu nedenle çoğu zaman her iki tarafın anlaşması ile işçi işe alınıp çıkarılmış gibi yapılarak işverenin ödeyeceği kıdem ve ihbar tazminatı karşılığı sorun çözümlenmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun verdiği bir kararda da sendika yöneticisinin seçilmemek suretiyle sendika yönetim kurulundaki görevi sona erdikten sonra Sendikalar Kanunun 29.maddesi uyarınca eski işine dönmek için başvurusu kabul edilmezse iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılarak ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacağı sonucuna varılmıştır.

8. İşverenin Sözleşme Yapmak veya Öncelikle İşe Almak Zorunda Olduğu Kişiler

a) Genel olarak

Sözleşme yapma özgürlüğüne İş Kanunu ile bazı kısıtlamalar getirilmiş ve belirli nitelik ve özelliklere sahip çalışanlar bakımından iş sözleşmesi yapma zorunluluğu öngörülmüştür. Yasa bu konuda iki grup çalışan belirlemiştir. Bunlar "özürlü, eski hükümlü ve terör mağdurları" ile "askeri ve kanundan doğan nedenlerle" işverenin sözleşme yapmak veya öncelikle işe almak zorunda olduğu kişilerdir.

b) Özürlü, eski hükümlü ve terör mağdurları

İş Kanununun 30.maddesine göre; 50 veya daha fazla işçi çalıştıran özel sektör işyerleri %3 özürlü, kamu işyerleri %4 özürlü + %2 eski hükümlü işçiyi "meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde" çalıştırmakla yükümlüdürler.

İlk olarak, özel sektörde "terör mağduru" çalıştırma zorunluluğu 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanunun 2.maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştı. Kamu işyerlerinde ise toplam personel sayısının %1'i terör mağdurlarının istihdamı için ayrılmaktaydı. Sonradan ise 6353 sayılı ve 04.07.2012 tarihli Kanunun 79.maddesi ile Askerli Kanunu veya Yedek Subaylar ve Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken terör olaylarının sebep

ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları da madde uygulamasına eklemiştir. Ancak, madde metni içerisinde özel sektör işyerlerinin de 30.madde kontenjanlarını terör mağdurları ile doldurup dolduramayacağı, yoksa bu yükümlülüğün sadece kamu işverenlerine mi getirildiği ve bu işverenlerin 30.madde yükümlülüğünden doğan kontenjanların bütünü terör mağdurlarıyla doldurup dolduramayacağı açık şekilde ifade edilmemiştir.

50 işçi koşulu belirlenirken işverenin aynı il sınırları içindeki toplam işçi sayısı esas alınır. Sorumlu işyerleri “kadro yokluğu” gerekçesiyle bu yükümlülükten kaçınmazlar.

Yukarıdaki yüzdelik oran belirlenirken “yarıya kadar kesirler” dikkate alınmaz; yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülür. Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle tam zamanlı olarak çalışanlar hesaplamada tam esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar ise çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. Örneğin, yarı zamanlı çalışan iki işçi, hesaplamada bir işçi olarak kabul edilecektir.

Alt işveren işçileri, geçici (ödünç) iş ilişkisine göre çalıştırılanlar, cıraklar, stajyerler hesaplamada dikkate alınmayacaktır. Yer altında ve su altı işlerinde özürlü çalıştırılmaz ve bu işyerlerindeki çalışanlar toplam işçi sayısının saptanmasında hesaba katılmaz. İşverenler, çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığıyla sağlamak durumundadırlar. Ancak, işyerinin işçisi iken sakatlananlara özürlü istihdam edilirken öncelik verilir.

Özürlü ve eski hükümlüler, alelade bir işte değil; meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırılmalıdır.

Özürlü ve eski hükümlü işçilerin temini Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlanır. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin

- a) nitelikleri,
- b) hangi işlerde çalıştırılabilecekleri,
- c) işyerinde bağlı olacakları özel çalışma ve mesleğe yönelmeleri,
- d) mesleki yönden işverence işe nasıl alınacakları, Yurt İçinde İşe

Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik ile belirlenir.⁴²

İşçi, işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalmış, ancak sonradan iyileşerek maluliyeti ortadan kalkmış olabilir. İş Kanununun 30.maddesinin 5.fıkrasına göre; bu işçiler eski işyerlerinde tekrar işe girmek isterlerse, işveren bunları “eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe” başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır.

Bu hükmün uygulanması için, maluliyetin, işçinin çalışmasına engel oluşturmayacak kadar kalkması yeterlidir. Maluliyeti ortadan kalkan işçinin tekrar çalışma talebi üzerine işveren işe almazsa, eski işçiye 6 aylık ücret tutarında tazminat öder. Kurala uymama durumunda bir idari para cezası mevcut değildir.

Soru: Eski işçi, maluliyeti kalktıktan sonra ilk olarak başka bir işverenin yanında çalışsa ve sonradan eski işverenin yanında çalışmak

⁴² RG. 27210, 25.04.2009.

üzere başvuruda bulunsa, yine de İş Kanununun 30.maddesinin 5.fıkrasındaki işe alma yükümlülüğü devam edecek midir?

Yasa koyucu 30.madde ile işverene bir sözleşme yapma yükümlülüğü getirmiştir. Bu hükme uymamanın cezası, idari para cezası olarak belirlenmiş olup, çalıştırılmayan her özür, eski hükümlü ve terör mağduru için 2011 yılı itibarıyla çalıştırılmadıkları her ay için 1700 TL'dir (İŞK m.101). Bu ceza doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından verilir.

"Korumalı işyerleri" kavramı: 01.07.2005 tarih ve 5378 sayılı Özür, Hakkında Kanunun 14.maddesinin 3.fıkrasına göre, özür, durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özür,lerin istihdamı, öncelikle **korumalı işyerleri** aracılığıyla yapılır. Bu işyerleri istihdam ve rehabilitasyon açısından devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenmekte ve çalışma ortamı özel olarak düzenlenmektedir.

İşçi sayısı, Büyükşehir belediyesi sınırları içinde en az 30, Büyükşehir belediyesi dışında en az 15 olan ve işçilerinin %75'ini mevzuatta belirlenen nitelikte özür,lerin oluşturduğu işyerlerinin işverenleri, korumalı işyeri statüsü kazanılması için Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne başvurabilirler. Usule uygun kontrol ve onay sürecinden geçen işyerleri "korumalı işyeri statüsü belgesi" almaya hak kazanırlar.

Özür, çalışanlara ilişkin teşvik hükmü: Özel sektörde çalışan özür, sigortalıların + korumalı işyerlerinde çalıştırılan özür,lerin "prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sosyal güvenlik primine ait işveren hissesinin **tamamı**";

Kontenjan fazlası özür, çalışan + yükümlü bulunmadığı halde özür, çalışan işverenlerin çalıştırdıkları özür,lerin "prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin ise %50'si" Hazine tarafından karşılanır.

c) Sözleşme yapma yükümlülüğünün sonuçları

Yasanın öngördüğü iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünün işverene getirdiği bazı görevler vardır. Bu yükümlülükler sosyal düşünce ile getirildiklerine göre, işverenlerin bir yaptırımla karşılaşma kaygısı ile değil, bir sosyal gereklilik olarak bu konuda üzerlerine düşeni yapmak ve koşulların elverdiği ölçüde söz konusu işçileri işe almak, onlarla sözleşme yapmak durumundadırlar.

İş sözleşmesi yapma yükümlülüğünün kabul edildiği durumlarda iş sözleşmesinin içeriği de yasa ile belirlenmiştir. İşverenin günün koşullarına göre işçinin eski işine uygun bir işe alma yükümlülüğünün anlamı, yeniden iş sözleşmesi yapıldığı anda emsal kıdemde ve görevdeki ve işçiye ödenmesi gereken ücret ve çalışma koşullarının iş sözleşmesinin içeriğini oluşturması ve bunun uygulanmasıdır.

İş sözleşmesi yapma yükümlülüğünden farklı olarak, "tekrar işe alınma" değil, "yeni işe alınma" hakkından yararlanan özür, eski hükümlü ve terör mağdurlarına ise iş mevzuatı hükümleri diğer işçilere

olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak bunlara, bu konuda düzenleme getiren tüzüklerde düzenlendiği şekilde, diğer işçilere göre daha düşük ücret ödenemez, tüm sosyal yardımlardan yararlanırlar. Toplu iş sözleşmelerine bu kişiler aleyhine hükümler konulamaz.

İşverenin işçinin başvurusuna karşın iş sözleşmesi yapmaktan kaçınması halinde parasal yaptırımların dışında, yargı kararı ile bir iş sözleşmesinin bağitlanmış sayılacağını -öğreti görüşleri dışında- Yüksek Mahkeme kabul etmemektedir. Bunun yerine, bir sözleşme olmamasına rağmen sanki iş sözleşmesi işverence feshedilmiş gibi işçiye kıdem ve ihbar tazminatı verileceği sonucuna varılmaktadır.

Gerçi özörlü, eski hükümlü ve terör mağdurları için işverene sanki iş sözleşmesi yapmış gibi "işe almak zorunda olup da, işe almadığı her özörlü ve eski hükümlü için" her ay 1.671 TL para cezası ödemesi öngörülmekteyse de, bu paradan işe alınmayan işçi doğrudan yararlanamamaktadır. Ödenen para bir hesaba yatırılmakta ve bu şekilde ancak mali açıdan işveren üzerinde bir caydırıcılık yaratmaktadır. Dolaylı şekilde söz konusu işçiler ile sözleşme yapmaya zorlanmaktadır. Yasanın 30.maddesi ile, toplanan paralar, özörlü ve eski hükümlülerin mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurma vb. işlerde kullanılmak üzere Türkiye İş Kurumu'na verilmektedir.

d) Askerlik ve kanundan doğan çalışma

Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silahaltına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden (sivil savunma hizmeti) işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak 2 ay sonra işverence feshedilmiş sayılır (İşK m.31/f.1).

İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması şarttır. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca 2 gün eklenir. Ancak bu sürenin tamamı 90 günü geçemez (İşK m.31/f.2).

İş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez. Ancak özel kanunların bu husustaki hükümleri saklıdır. Bu süre içinde iş sözleşmesinin Kanundan doğan başka bir sebebe dayanılarak işveren veya işçi tarafından feshedildiği öteki tarafa bildirilmiş olsa bile, fesih için Kanunun gösterdiği süre bu sürenin bitiminden sonra işlemeye başlar. Ancak iş sözleşmesi belirli süreli olarak yapılmış ve sözleşme yukarıda yazılı süre içinde kendiliğinden sona eriyorsa, 31.madde hükümleri uygulanmaz (İşK m.31/f.3).

İş Kanununun 31.maddesinin 4.fıkrasına göre; "Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işlerine veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır". 2 aylık süre, hak düşürücü süredir. İşçi bu süreyi kaçırırsa, başvuru hakkını kaybeder. Burada işveren kendi işinden askerlik görevi veya yasal bir ödev dolayısı ile ayrılmış bir işçiyi, eski işine veya

benzer bir işe ancak boş yer olması halinde işe almakla yükümlü kılınmaktadır. Bunun gibi, uygun bir boş yerin açılması halinde de aynı yükümlülük söz konusu olmaktadır. İşveren bu yükümlülüğünü koşulların oluşmasına rağmen yerine getirmezse, işe alınmak isteyen eski işçisine 3 aylık ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır. Bu yaptırım işverenin boş işyeri olmadığını kanıtlaması halinde uygulama alanı bulmayacak, işçi bunun aksini kanıtlaması halinde ise işveren söz konusu tazminatı ödemek durumunda kalacaktır. Eski yasadan farklı olarak getirilen 3 aylık ücret tutarındaki yaptırım yasal bir görev dolayısı ile işten çıkma zorunda bırakılan işçiye, yeniden işe dönme bakımından bir kolaylık sağlamakta; diğer taraftan yasa, yasal görev dolayısı ile işten ayrılan işçi yerine zorunlu olarak işçi alan ve bu yoldan işin sürekliliğini sağlama durumunda olan işverene de boş iş olmadığını kanıtlama koşulu ile bir tazminat ödeme zorunda bırakmamaktadır.

Eski işçinin başvurusu, otomatik olarak iş sözleşmesini yeniden kurmaz. Bu nedenle, işverenin işçiye tekrar işe başlatmaması halinde işçinin işe iade davası açma hakkı mevcut değildir. Çünkü, iş sözleşmesi daha önceden askerlik nedeni ile işçi tarafından sona erdirilmiştir.⁴³

İşçinin işe alınması ile, istek tarihi arasında geçen süre için – henüz iş sözleşmesi kurulmadığından- işverenden ücret talep edilemez. Madde içerisinde, işçinin başvuru tarihi belirlense de, işverenin azami ne kadar süre içinde işe alması gerektiği belli değildir. Kriterler belli olsa da, ispatı zor olduğundan, bu hüküm kötüye kullanmalara açıktır.

Soru: Eski iş sözleşmesinin belirli süreli olması, tekrar işe alınmaya ilişkin 31.madde hükmünün uygulanmasına engel oluşturur mu?

⁴³ Yarg.9.HD., 04.12.2006, E.23768, K.31653.

10. İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE İPTALİ

I. İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü

İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde genel yasa olarak Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümlerine gidilir. Aynı şekilde tarafların fiil ehliyeti (medeni hakları kullanma ehliyeti) bakımından da genel yasa olarak Türk Medeni Kanunu hükümleri geçerlilik kazanır.

Türk Medeni Kanununa göre; taraflardan biri fiil ehliyetine sahip değilse, yapılan iş sözleşmesi geçersiz olacaktır (MK m.9 ve 15). Aynı şekilde Borçlar Kanununun 27.maddesine aykırı olarak yapılan ve konusu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı düşüyorsa, yahut konusu imkansızsa sözleşme kesin olarak hükümsüzdür.

İş sözleşmesinin bir hükmünün geçersiz olması, kural olarak sözleşmenin bütününe geçersiz kılmaz; sadece söz konusu hükmün geçersiz olduğu sonucuna varılır (kısmi geçersizlik) (BK m.27/f.2, c.1). Geçersiz sayılan sözleşme hükmü veya hükümleri olmaksızın iş sözleşmesi yapılmayacağı kabul edilen durumlarda ise, sözleşmenin tümü geçersiz sayılır (BK m.27/f.2, c.2).

Örneğin; işçinin yıllık ücretli izne çıkmayacağı ve bu konuda bir talebi olmayacağına dair bir madde iş sözleşmesinde yer almışsa, bu kararlaştırma geçersizdir. Ancak bu geçersizlik sözleşmenin bütününe etkilemez. Buna karşın, küçük bir işletmenin işvereni lehine “ücret ödemesinde bir aksama olmayacağına dair” işçiye karşı kefil olan bir kişinin, fiil ehliyetine sahip olmadığı anlaşılırsa, kefalet sözleşmesinin bir anlamı kalmayacağından, bu güvence olmaksızın iş sözleşmesini imzalamayacak olan işçi bakımından sözleşme bütünü ile geçersizdir.

Geçersizlik, borçlar hukuku açısından kural olarak sözleşmenin yapıldığı andan itibaren ve geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur. Bu bakımdan geçersiz sözleşme, yapıldığı andan itibaren hiç yapılmamış sayılır. Böyle olunca taraflar o güne kadar ifa ettikleri edimleri karşılıklı olarak sebepsiz zenginleşme kurallarına göre (BK m.77 vd.) iadeye mecburdurlar.

Sürekli bir iş ilişkisi kuran iş sözleşmelerinde ise bu kuralı aynen uygulamak adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Bütünü ile geçersiz olan bir sözleşme ile işe giren işçi, geçersizlik ortaya çıkıncaya kadar iş görme edimini yerine getirmişse, sözleşmenin geçersizliği nedeni ile işçinin geriye dönük olarak iş görme edimini geri alması mümkün değildir. Bu nedenle işçiye çalıştığı süre boyunca ücret ödeyen ve onun emeğinden yararlanan işverenin de ödemiş olduğu ücretleri geri istemesi mümkün değildir.

İş hukukunda geçersizliğin geriye doğru değil, ileriye doğru hüküm ve sonuç doğurduğu kabul edilir. Henüz 1958 yılında Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında bu sonuca ulaşmıştır. Karara göre; yaş küçüklüğü, işin ağır ve tehlikeli işlerden olması gibi iş akdi yapma yasaklarına rağmen taraflar arasında bir sözleşme kurulmuşsa, iş ve sosyal sigorta yasalarının işçiye koruma amacına uygun olarak ve işçiye

koruyucu bir kuralın korunmak istenen kimsenin aleyhine sonuçlar verecek şekilde yorumlanamayacağı için sözleşmenin geçersizliği geriye yürütülemeyecektir.⁴⁴

İş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne ilişkin İş Kanununda özel bir düzenleme yoktur. Borçlar Kanununun 394.maddesi ise, konuya ilişkin İş Kanunu kapsamındaki işçiler için de uygulanacak ilkeler belirlemiştir. Buna göre; “geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur” (BK m.394/f.3). Madde metni, geçersizliğin ileriye dönük etki yaratması için geçersizliğin sonradan anlaşılmasını şart koşturmaktadır. Madde gerekçesi de bunu teyit etmektedir; “Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır”.

Soru: Eğer işçi başından itibaren sözleşmenin geçersiz olduğunu biliyorsa ve Borçlar Kanununun 394.maddesinin 3.fıkrası hükmünden yararlanamıyorsa, bunun hukuki sonucu ne olur? Tarafların bu geçersiz işlem nedeniyle ifa ettikleri edimleri baştan itibaren iadeleri mi gerekir? İşçinin yerine getirdiği işgörme edimi nasıl iade edilecektir? Soruna “sebepsiz zenginleşme hükümleri” çerçevesinde bir çözüm bulunamaz mı?

Hizmet sözleşmesinin işveren açısından geçersizliğine ilişkin olarak ise madde gerekçesinde; “...hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır” ifadeleri yer almaktadır. Bu hükümle, işverenin kendi kastına dayanarak yaptığı bir işlemten dolayı sonradan işçiye mağdur duruma düşürmesi ve bundan çıkar sağlamasının önüne geçilmek amaçlanmıştır. Öyleyse, bilerek geçersiz hizmet sözleşmesi kuran işveren artık bu geçersizliği ileri süremeyecektir. Hukuk düzenince hiçbir şekilde caiz görülemeyecek bir sözleşmenin ise işverenin haberi olsa dahi sonradan geçersizliğini ileri sürmek mümkün olmalıdır. Somut olay ayrıca değerlendirilmeli, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz prensibi doğrultusunda, işçinin geçersizliği bilmesi gerektiği durumlar da dikkate alınmalıdır.

Öyle sözleşmeler vardır ki bunları ileriye doğru geçerli kılmak sözkonusu olamaz. Ancak, bazı durumlarda iş sözleşmesinin geçersizliğini genel kurala uygun olarak geriye doğru yürütmek kaçınılmazdır. Bu bağlamda, konusu kamu düzenine, ahlaka aykırı ve hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı olan bir iş sözleşmesi, bir süre uygulama alanı bulmuş olsa dahi, burada koruma ilkesine yer

⁴⁴ Yarg.İBK., 18.06.1958, E.1957/20, K.1958/9.

verilemeyeceği için, geçersizliğin geriye doğru etki doğurduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin; konusu kaçakçılık gibi “suç oluşturan” iş sözleşmeleri ile fuhuş gibi “ahlaka aykırı” iş sözleşmeleri baştan itibaren geçersizdir; hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz.

II. İş Sözleşmesinin İptali

Diğer yandan, sözleşmenin yapılması sırasında hata, hile, tehdit veya gabin gibi iradeyi sakatlayan bir nedenin ortaya çıkması halinde, hata yapan, hile ile karşılaşan, tehdit altında kalan veya zor durumda olan bir kimsenin yapmış olduğu sözleşmeyi bu nedenlerle hükümsüz kılması da mümkündür (BK m.30). Ancak bu durumda, yukarıda sözü edilen geçersizlik hallerinden farklı olarak, iş sözleşmesi iptal edildiğinde geçersizlik geçmişe etkili olmayacak, ileriye doğru sonuç doğuracaktır. Borçlar Kanunu bir sözleşmenin hata, hile veya tehdit nedeni ile hükümsüz kılınmasının sonuçlarını genel olarak düzenlemiştir. İş sözleşmelerinin hükümsüz kılınması halinde ise, bu konuda özel yasa olan İş Kanununun haklı nedenle fesih hallerini düzenleyen 24/II ve 25/II.maddeleri uygulama alanı bulacaktır.

§ 11. İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZA KOŞULU KARARLAŞTIRILMASI

Ceza koşulu, eski adıyla cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, borçlunun alacaklıya karşı sözleşmeyle yerine getirmeyi yüklediği bir edimdir. Borçlar hukukunun genel hükümlerine göre; bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için taraflar böyle bir ceza kararlaştırmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir (BK m.179/f.1).

Sözleşmeye ceza koşulu yerleştirilmesinin temel amacı; borçluyu ifaya zorlamak, böylece borcun ifasını teminat altına almak ve borcun ifa edilmemesinde doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir.

Sözleşmedeki ceza koşuluna ilişkin borcun geçerli olması için, asıl borcun da geçerli olması gerekir. Bu açıdan ceza koşulu, asıl borcun bir fer'idir. Bundan başka, aksi kararlaştırılmadıkça, sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple asıl borcun ifası imkânsız hâle gelmiş ise, yine ceza koşuluna ilişkin borç doğmayacak ve kararlaştırılan cezanın ifası istenemeyecektir (BK m.182/f.2, c.1).

Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan cezaya konu ifanın imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez (BK m.182/f.2, c.2).

Ceza koşuluna ilişkin edim, alacaklıya çoğunlukla bir miktar paranın ödenmesi koşulunu içeren bir taahhüt niteliğindedir. Ancak taraflar ceza koşulunu bir miktar para olarak (Türk parası veya yabancı para) kararlaştırabilecekleri gibi, para dışında başka bir şey olarak da kararlaştırabilirler. Ancak para dışında kararlaştırılan bu edimin "parasal bir değere" sahip olması gereklidir.

Sözleşme taraflarının, iş görme borcu veya ücret ödeme borcunun ifasının yeri ve zamanına riayet konusunda ceza kararlaştırmaları da mümkündür. Borçlar Kanununun 179.maddesinin 2.fıkrasına göre; ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir. Bu hüküm doğrultusunda, iş sözleşmesine aykırı davranan taraftan hem sözleşmenin ifası hem de sözleşmede kararlaştırılan ceza istenebilecektir.

Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir (BK m.180/f.1). Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa; alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez (BK m.180/f.2).

Ceza koşulunun iş hukukundaki en yaygın uygulaması; gerek işçinin işgörme edimini, gerekse işverenin sağladığı istihdam etme borcunu teminat altına almak amaçlı, belirli süreli sözleşmelerde sözleşmenin bitim süresinden önce feshedilmesi hali için öngörülmesidir.

Sözleşme tarafları, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler (BK m.182/f.1). Ancak hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir (BK m.182/f.3). İş sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir (BK m.420/f.1). Yargıtay'a göre de; iş sözleşmelerinde kararlaştırılan cezanın taraflar için kural olarak eşit miktarda düzenlenmiş olması gerekir.⁴⁵ Cezanın işçi ve işveren açısından karşılıklı olarak değil de, salt işçi için öngörülmüş olması halinde, bunun tek yanlı olarak işçi aleyhine yapılan bir düzenleme niteliğinde olduğu gerekçesiyle işçiye bağlamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁶ Ancak, işçi lehine belirlenen ceza miktarı, işveren lehine belirlenen miktardan yüksek ise, bu sözleşme geçerli kabul edilmektedir. İşveren lehine öngörülen ceza miktarı daha fazla ise, işçi düşük olan miktarla sorumludur.⁴⁷ Örneğin; sözleşmede işçi lehine 50.000 TL, işveren lehine 25.000 TL ceza koşulu öngörülmüş ise, bu hükümler aynen geçerlidir. Ancak tam tersi halde işçi, daha düşük miktar olan 25.000 TL ile sorumlu tutulabilecektir.

Eski Borçlar Kanunu döneminde Yargıtay, iş sözleşmesinde işçi aleyhine tek taraflı cezai şart düzenlenmesinin geçersizliğine ilişkin içtihadına, cezai şartın konusunun "işçiye yapılmış eğitim masrafı" olması durumunda istisna getirmişti.⁴⁸ Uygulamada, iş sözleşmesiyle, işçiye "eğitim olanağı" karşılığında, işyerinde belli bir süre çalışması zorunluluğu" getirilebilmektedir. Bu sözleşmeye işçi tarafının uymaması halinde, "eğitim karşılığı cezai şart" olarak işçiden, sözleşmeyle belirlenmiş miktar kadar bir paranın tazmini istenir. Yargıtay, bugüne kadarki içtihatlarında, sözleşmedeki, işçiye eğitim masrafları karşılığı cezai şart öngörülmesine ilişkin anlaşmalara geçerlilik tanımaktadır.

Borçlar Kanununun 420.maddesinin 1.fıkrasındaki, "iş sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olduğuna" ilişkin hükmü karşısında, eğitim masrafları için sözleşmede işçi aleyhine kararlaştırılan tek taraflı cezaların geçerliliği konusundaki içtihadını sürdürüp sürdürmeyeceği henüz belli değildir.

İşverenin eğitim harcamaları yapması işçinin işyerinde uzunca bir süre çalışacağı beklentisine dayanmaktadır."Eğitim karşılığı cezai şart"ın sözleşmede kararlaştırılmasındaki amaç, işçinin kendi isteğiyle işten ayrılması veya bu işyerinde edindiği birikimini sonradan başka bir işyeri için kullanması halinde işverenin işçiye yaptığı eğitim giderlerinin karşılıksız kalmasını önlemektir. Haklı bir neden olmaksızın iş sözleşmesini fesheden işçinin aleyhine, tek taraflı olarak cezai şart getirilmesi çıkarlar dengesine uygun düşmektedir. Ancak belirtelim ki, iş sözleşmesinin içerisinde eğitim masraflarının ödeneceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamışsa, yapılan eğitim masrafları da işçiden istenemez.

⁴⁵ Yarg.9.HD., 27.12.1999, E.17469, K.1999/20361.

⁴⁶ Yarg.9.HD., 25.09.2007, E.2007/20016, K.2007/28104.

⁴⁷ Yarg. 9.HD., 27.12.1999, E.17469, K.1999/20361.

⁴⁸ Yarg. 9.HD., 10.03.2004, E.2003/14720, K.2004/4609.

Öğretide, Borçlar Kanununun 420.maddesinin 1.fıkrasında öngörülen tek taraflı cezai şart kararlaştırılamayacağına ilişkin yasağın iki istisnası olduğu savunulmaktadır.⁴⁹ Buna göre; eğitim karşılığı kararlaştırılan cezai şart kanun kapsamında değildir. İkinci olarak ise; Borçlar Kanununun 446.maddesinin 2.fıkrasında rekabet yasağı sözleşmesinde tek taraflı cezai şart öngörülebilmesi imkanı getirilmiştir.

Kanaatimizce, eğitim masrafları karşılığı olarak kararlaştırılan ceza şartı, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, borçlunun alacaklıya karşı sözleşmeyle yerine getirmeyi yüklediği cezadan farklı nitelik taşır. Eğitim karşılığı öngörülen bir ceza koşulu, niteliği itibariyle zaten tek taraflı değildir. İşveren en başta yaptığı eğitim masraflarının karşılığını bu şekilde talep etmektedir. Burada, işverenin eğitim masraflarını ödediği bellidir, ancak işçinin bu masrafların karşılığında etmesi gereken ifayı yerine getirip getirmediği belli değildir. Öyleyse belirlenen ceza, işverenin ödemiş olduğu masrafların karşılığıdır. Bu bağlamda, işçi aleyhine tek taraflı belirlenen ceza koşulunun geçerli olabilmesi için, işverenin sağladığı eğitim sonucunda işçinin mesleki nitelikleri ile kazanımlarının gerçek anlamda artmış olması gerekir. Kısa süreli hizmet içi eğitim bu kapsamda değerlendirilemez.

Eğitim karşılığı olarak belirlenen ceza koşulu;

- a) işçiye verilen eğitimin niteliği,
- b) işçinin kariyerine sağladığı katkı,
- c) eğitim masrafları,
- d) eğitim süresi,

e) eğitimin yurt içinde mi, yoksa yurt dışında mı yapıldığı gibi değişkenlerle orantılı olmalıdır. Aksi takdirde hakim, fahiş (aşırı) cezayı indirebilir.

Örneğin; ekonomik değeri gerçekte 1.000,00 TL olan bir eğitim süreci için, eğitim karşılığı ceza koşulu olarak 50.000,00 TL'nin öngörülmesi orantılı kabul edilmemelidir.

İş sözleşmelerinde, eğitim karşılığı ceza koşulunun mevcudiyeti halinde, sadece işveren tarafından belgelenen eğitim masrafları işçiden talep edilebilmelidir. Bu durumda eğitim masraflarının ekonomik değerinin ispatlanması yükü işverene aittir.

Deneme süresi içerisinde iş sözleşmesinin taraflarca feshedebilmesi için haklı bir nedenin varlığına gerek bulunmamaktadır. Bu bağlamda, eğer taraflar deneme süresi kararlaştırmışsa ve bu süre içerisinde taraflardan biri sözleşmeyi feshederse cezanın ödenmesi de gerekmez.

Yargıtay'a göre, ceza koşulunun iş hukukundaki hesaplanma biçimi diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden farklılık arzeder. Çalışılmış günler için taahhüt yerine getirildiğinden o kısım için ceza ödenmez; sadece geri kalan kısım için ödenir. Örneğin; sözleşmede 50.000,00 TL ceza ve 2 yıllık bir hizmet süresi kararlaştırılması halinde,

⁴⁹ Alpagut, s.163.

işçi 1 yıl sonra haklı bir neden olmaksızın işten ayrılmış ise ödemekle yükümlü olacağı ceza miktarı 25.000 TL'dir.

İşçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir (BK m.444/f.1). Borçlar Kanununun 446.maddesinin 1.fıkrasında genel bir düzenleme ile rekabet yasağına aykırı davranan işçinin, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Yani işçi, sözleşme ile rekabet etmemeyi üstlenmişse, ancak sözleşme içerisinde bu ayrılığın yaptırımına ilişkin başkaca bir hüküm yoksa işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. İkinci fıkrada ise bunun istisnası olarak; rekabet yasağına aykırı davranışın bir ceza koşuluna bağlanması halinde ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçinin öngörülen ceza miktarını ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabileceği düzenlenmiştir. Ama hemen arkasından fıkranın son bölümünde işçinin ceza koşulu miktarını aşan zararı da gidermek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Ceza koşulu dışında, doğabilecek ek zararların dahi ödenmesi eğer mümkünse, 1.fıkra düzenlemesi varken 2.fıkra pek uygulanabilir görülmemektedir. Çünkü 1.fıkra, 2.fıkra düzenlemesini kapsar niteliktedir.

Kaynaklar

- Aktay/Arıcı/Kaplan**, İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2009.
- Akyiğit**, İş Hukuku, Ankara 2008, 2010.
- Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006.
- Alpagut**, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, İstanbul, Eylül 2011.
- Arslan Ertürk**, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010.
- Avcı**, İş Kanununun Kapsamı Açısından Ev Hizmetleri, www.dunya.com/print.php?type=2&id=50049 (Giriş:01.09.2012).
- Caniklioğlu**, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, İstanbul, Eylül 2011.
- Çelik**, İş Hukuku I, İstanbul 1971.
- Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 19 ve 24.Bası, İstanbul 2006, 2011.
- Çenberci**, İş Kanunu Şerhi, 5.Bası, Ankara 1984.
- Çil**, İş Kanunu Şerhi, 1.Cilt, Ankara 2007,
- Çukur**, Yeni İş Arama İzni, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog, Ekim 2004.
- Demir**, İş Hukuku Uygulaması, 4.Bası, İzmir 2005.
- Demircioğlu/Centel**, İş Hukuku, 13.Bası, İstanbul 2008.
- Ekonomi**, İş Hukuku I, 3.Bası, İstanbul 1984.
- Esener**, İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 1978.
- Eşmelioğlu**, Gerekçeli, Açıklamalı, İçtihatlı İş Kanunları ve Mevzuatı, Ankara 1986.
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, Bireysel İş Hukuku, 4.Bası, Kasım 2010.
- Gökçe**, Gazetecilerin Hakları ve Meslek Sorunları, Ankara 2010.
- Hönsch/Natzel**, Arbeitsrecht, Luchterland 1989.
- Hromadka**, Arbeitsrecht, Handbuch für Führungskräfte, Heidelberg 2000.
- Hueck/Nipperdey**, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Auflage, Erster Band, Berlin 1959.
- İnce**, Peşin Ödeme İle Hizmet Akdinin Bozulmasının Hukuksal Sonuçları, İHU 1975, İşK 13 (No.1).
- İnciroğlu**, Yeni İş Hukuku Uygulaması, 3.Bası, İstanbul 2005.
- İren**, Yeni İş Arama İzni Verilmesi, Sicil Dergisi, Mart 2009, s.126-133.
- Kar**, Deneme Süreli İş Sözleşmesi, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s.15-32.
- Keser**, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2010.
- Koç**, Yeni İş Arama İzni, Yaklaşım Dergisi, Nisan 2007, s.172.
- Oğuzman**, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri I, 4.Bası, İstanbul 1987.
- Maties**, Arbeitsrecht, 2.Bası, 2010.
- Memento Personalrecht für die Praxis**, 9.Auflage, Freiburg 2007.

Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara 2004.
Narmanlıoğlu, İş Hukuku I, 2.Bası, İstanbul 1994.
Preis, Arbeitsrecht, 3.Auflage, Köln 2009.
Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
Schaub, Arbeitsrecht von A-Z, 16.Auflage, München 2001.
Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, München 2005.
Selçuki, İlmi ve Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, 3.Bası, İstanbul 1973.
Soyer, Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri, Çalışma ve Toplum, 2008/1, s.27-38.
Süzek, İş Hukuku, 3. ve 4.Bası, İstanbul 2008, 2010.
Şahlanan, İş Arama İzni Verilmemesinin Hukuki Sonucu, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2005, s.37-39.
Şakar, İş Hukuku Uygulaması, 9.Bası, İstanbul 2011.
Şakar, Gazetecilerin Çalışma İlişkisi, İstanbul 2002.
Şen, Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesihle Yeni İş Arama İzni, Tühis, Ağustos 2006, s.30-63.
Şimşek, Türk Hukukunda Deneme Süreli İş İlişkileri, TİSK Akademi, 2009/1, s.7-35.
Topçu, Yeni İş Arama İzni, Yaklaşım Dergisi, Eylül 2010.
Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005.
Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994.
Yamakoğlu, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, İstanbul 2011.