

**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI
VE
GEÇERLİLİK KOŞULLARI**

Yüksek Lisans Tezi

YELİZ GÜN

İSTANBUL, 2012

T.C

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI
VE
GEÇERLİLİK KOŞULLARI**

Yüksek Lisans Tezi

YELİZ GÜN

Tez Danışmanı: PROF. DR. AZİZ CAN TUNCAY

İSTANBUL, 2012

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Tezin Adı: İş Sözleşmesinin Kurulması ve Geçerlilik Koşulları
Öğrencinin Adı Soyadı: Yeliz Gün
Tez Savunma Tarihi: 28.06.2012

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Enstitümüz tarafından onaylanmıştır.

Enstitü Müdürü
Burak KÜNTAY
İmza

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Program Koordinatörü
Yrd. Doç. Dr. Aslı Makaracı
İmza

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

İmzalar

Pof. Dr. Aziz Can Tuncay

Doç. Dr. Emin Zeytinoğlu

Doç. Dr. Talat Canbolat

ÖZET

İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Yeliz, Gün

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY

Haziran, 2012, 178 sayfa

Çalışmanın amacı, iş sözleşmelerinin kurulması için geçerlilik koşullarının neler olduğunu ve koşulların sağlanmaması halinde sözleşmenin devamında ne tür sonuçlar doğacağını değerlendirmektir. Tez konumuz çeşitli mevcut kanunlar, yönetmelikler, mahkeme kararları, uluslararası sözleşmeler, tavsiye kararları ve doktrin göz önünde bulundurularak incelenecektir. Çalışmada da göreceğimiz gibi sözleşme özgürlüğü esas olan hukukumuzda, bir iş sözleşmesinin kurulması aşamasında kanun koyucu tarafından getirilmiş pek çok sınırlamalar mevcuttur. Bu sınırlamalar, sözleşmenin sağlıklı bir şekilde doğup, devam etmesi açısından özellik göstermektedir. Ancak kanun koyucu tarafından öngörülen kuralların uygulanmasındaki eksiklikler, sağlıklı iş sözleşmelerinin doğmasına ve devam etmesine yol açmaktadır. Bu bakımdan özellikle uluslararası ve ulusal mevzuat uygulamadaki sorunlarla karşılaştırma yapılarak incelenecektir.

Çalışma, temel olarak üç bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde, iş sözleşmesi kavramına ve unsurlarına değinilecektir. Konuyla bağlantılı olması amacıyla iş sözleşmesinin farklı türleri özellikle geçerlilik koşulları çerçevesinde yer alacaktır. İkinci bölüm, iş sözleşmesinin kuruluşundan önceki aşamalar ve kurulmasına ayrılmıştır. Bu amaçla iş ilanı, aday işçi ve işverenin tanışmaya ilişkin yükümlülükleri, işverenin işçi hakkında karar vermesini sağlayan araçlar, tarafların iş sözleşmesi yapma ehliyeti, iş sözleşmesinde şekil kuralları, iş sözleşmesi yapma yasakları ve yükümlülükleri değerlendirilecektir. İş sözleşmesinin butlanı ve iptali konusu ise son bölümün konusunu oluşturmaktadır. Bu bölümde, iş sözleşmesinin butlan ve iptal nedenleri ve sonuçları sizlere sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İş Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, Şekil Kuralları, İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti, Sözleşme Özgürlüğü, İşverenin Yükümlülükleri, İş Sözleşmesinin Butlanı, İş Sözleşmesinin İptali.

ABSTRACT

THE FOUNDATION OF EMPLOYMENT CONTRACT AND THE VALIDITY CONDITIONS

Yeliz, Gün

Private Law Masters Degree Programme

Supervisor: Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY

June, 2012, 178 pages

The purpose of this study is to evaluate what the validity conditions are and what the results will be in the case of the conditions not being provided. Our thesis subject is going to be examined carefully by looking at a variety of existing laws, regulations, court decisions, international contracts, advice decisions and principals. As you are going to see in the study our law which is based on a contract has many limits existing which is brought by the lawmaker. On the other hand, lacking of rules envisioned by the lawmaker while carrying out , causes the birth and continuity of unhealthy contracts. For that reason, especially international and national subjects will be examined by means of comparison while carrying out.

The study is mainly concerned with three chapters. In the first chapter the word "employment contract" and its elements will be mentioned with the purpose of being related to the subject ,different kinds of employment contract especially under the subject of validity conditions will take place. The second part is divided into steps which is before the establishment and establishment of the employment contract. With this purpose, work add worker candidate and the obligations related to knowing the employer the tools to ensure the employer to make a decision about the employee the licience of the sides to sign a contract , the prohibitions of signing a contract and the obligations will be evaluated. The invalidity of the employment contract and the cancellation are the subjects of the last chapter. In this chapter the invalidity of the employment contract and the reasons will be presented to you.

Key Words: The Validity Conditions Of Employment Contract Obligations, The Licience Of The Sides Signing Freedom Of Contract, The Licience Of Employee, Employment Contract Invalidity, Cancellation Of Employment Contract.

İÇİNDEKİLER

1. GİRİŞ.....	iv
2. İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE TÜRLERİ.....	4
2.1 İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE UNSURLARI.....	4
2.2 İŞ SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ.....	7
2.2.1 Belirli/Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi.....	8
2.2.2 Kısmi Süreli İş Sözleşmesi.....	10
2.2.3 Evde Çalışma.....	14
2.2.4 Tele Çalışma.....	15
2.2.5 Geçici (Ödünç) İş İlişkisi.....	17
3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI.....	20
3.1. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINDAN ÖNCEKİ AŞAMALAR.....	21
3.1.1 İş İlanı ve Başvuru.....	21
3.1.2 İşverenin Yükümlülükleri.....	22
3.1.2.1 Tanışma giderleri.....	23
3.1.2.2 Bağlılık (sadaikat) yükümü.....	24
3.1.2.3 Belgeleri koruma ve saklama yükümü.....	25
3.1.3 Adayın Yükümlülükleri.....	26
3.1.3.1 Bilgi verme yükümü.....	26
3.1.3.2 Gerçeği açıklama yükümü.....	27
3.1.4 İşverenin İşçi Hakkında Karar Vermesini Sağlayan Yöntemler.....	28
3.1.4.1 Soru türleri ve sair belgeler.....	29
3.1.4.1.1 Adayın kişisel durumuna ilişkin sorular.....	29
3.1.4.1.2 Adayın sağlık durumuna ilişkin sorular.....	32
3.1.4.1.3 Adayın hamileliğine ilişkin sorular.....	35
3.1.4.1.4 Adayın eski hükümlülüğüne ilişkin sorular.....	37
3.1.4.1.5 Adayın dini inanç, parti, sendika üyeliğine yönelik sorular.....	38
3.1.4.1.6 Psikolojik uygunluk testleri ve grafolojik raporlar İstenmesi.....	40
3.1.4.2 Üçüncü kişilerden (dolaylı) bilgi edinme.....	42
3.1.4.2.1 Eski işverenden bilgi alma.....	42
3.1.4.2.2 Referans ve çalışma belgesi.....	43
3.2 İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA EHLİYETİ.....	45
3.2.1 Genel Kurallar.....	45
3.2.2 Özel Kurallar.....	50

3.2.2.1 Küçüklere ilişkin kurallar.....	51
3.2.2.2 Cinsiyete ilişkin kurallar.....	59
3.2.2.3 Yabancılara ilişkin kurallar.....	62
3.3 İRADE BEYANLARININ UYUŞMASI.....	75
3.3.1 Genel Olarak.....	75
3.3.2 İrade Beyanlarına İlişkin Özellikler.....	75
3.3.2.1 İradenin şahsen beyan edilmesi.....	75
3.3.2.2 İrade beyanlarının karşılıklı olması.....	76
3.4 İŞ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL.....	79
3.4.1 Kural: Şekil Serbestisi.....	79
3.4.2 İstisna: Yazılı Şekil.....	81
3.4.2.1 Yazılı şekle bağlı iş sözleşmeleri.....	82
3.4.2.1.1 <i>Belirli süreli iş sözleşmeleri</i>	82
3.4.2.1.2 <i>Takım sözleşmeleri</i>	84
3.4.2.1.3 <i>Çağrı üzerine çalışmayı konu edinen iş sözleşmeleri</i>	84
3.4.2.2 Diğer iş kanunlarında yer alan yazılı şekle bağlı iş sözleşmeleri	85
3.4.2.3 Yazılı sözleşmede yer alacak hususlar.....	86
3.5 İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA ÖZGÜRLÜĞÜ.....	87
3.5.1 Genel Olarak.....	87
3.5.2 İş Sözleşmesinde Deneme Süresi Kararlaştırılması.....	90
3.5.3 İş Sözleşmesi Yapma Yasakları.....	95
3.5.4 İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülükleri.....	96
3.5.4.1 Yeniden işe alma yükümlülüğü.....	96
3.5.4.1.1 <i>İşyerinden malulen ayrılanlar</i>	97
3.5.4.1.2 <i>Askerlik ve yasal ödev nedeniyle işten ayrılanlar</i>	101
3.5.4.1.3 <i>Toplu işten çıkarılanlar</i>	104
3.5.4.1.4 <i>Hastalık nedeniyle işten çıkarılan gazeteciler</i>	107
3.5.4.1.5 <i>İşçi sendika ve konfederasyonlarında yöneticilik görevi nedeniyle işten ayrılanlar</i>	109
3.5.4.2 Özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma yükümlülüğü.....	116
3.5.4.2.1 <i>Özürlü çalıştırma yükümlülüğü</i>	117
3.5.4.2.2 <i>Eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü</i>	122
3.5.4.2.3 <i>Terör mağduru çalıştırma yükümlülüğü</i>	128

4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN BUTLANI VE İPTALİ.....	131
4.1 İŞ SÖZLEŞMESİNİN BUTLANI.....	131
4.1.1 İş Sözleşmesinin Butlan Sebepleri.....	132
4.1.1.1 Ehliyetsizlik.....	132
4.1.1.2 Şekil kurallarına aykırılık.....	133
4.1.1.3 Hukuka aykırılık.....	135
4.1.1.4 Ahlaka aykırılık.....	136
4.1.1.5 İmkansızlık.....	137
4.1.1.6 Muvazaa.....	138
4.1.2 Butlanın Sonuçları.....	141
4.2 İŞ SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ.....	144
4.2.1 İş Sözleşmesinin İptal Edilebilirlik Sebepleri.....	145
4.2.1.1 Hata.....	145
4.2.1.2 Hile.....	148
4.2.1.3 İkra (tehdit/korkutma).....	151
4.2.1.4 Gabin (aşırı yararlanma/sömürme).....	152
4.2.2 İptalin Sonuçları.....	153
5. SONUÇ.....	156
KAYNAKÇA.....	164

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
ILO	: International Labour Organization
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KKEHİAUH	: Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yön.
M.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SSBC	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
UHK	: Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
Vb.	: Ve benzeri
Vd.	: Ve devamı
WHO	: World Health Organization
YÇİHK	: Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİYHH	: Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yön.
Yön.	: Yönetmelik
yy.	: Yüzyıl

1. GİRİŞ

Bir tarafın (işçinin) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmiş olduğu sözleşmeye, iş sözleşmesi denir. Genel kurallar çerçevesinde sözleşmenin meydana gelebilmesi için tarafların iradelerinin karşılıklı olarak uyuşmasının gerektiği görülmektedir. Ancak taraflar arasında sürekli bir ilişki kuran iş sözleşmelerinin kuruluşunda bazı sebepler, sözleşmenin kurulabilmesi ve devamı açısından pek çok özellik göstermektedir.

İş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin hükümler mevzuatımızda İş Kanunlarımız ve Borçlar Kanunumuzda ele alındığı gibi, birçok özel kanun ve yönetmelikle de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak çalışmamızda da görülecektir ki işbu düzenlemeler, gerek yeni çalışma şekillerini yakalayamaması gerekse bazı ihtilaf durumlarını aydınlatamayacak boşlukları haiz olması bakımından yeterli olmadığı gibi aynı zamanda birbirleriyle de tam bir uyum içerisinde değillerdir. Özellikle iş sözleşmelerinin türlerindeki değişikliklerin, sözleşmelerin kurulmaları açısından farklı koşulları gerektirmesi, kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş olması nedeniyle belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir. Nitekim çalışmamızda da genel hatlarıyla iş yaşamında kendini göstermekte olan esnek çalışma türlerine kısaca değinilecektir. Doktrinde özellikle sözleşmenin kurulmasından önceki aşama olan, iş ilanı, iş görüşmeleri, iş görüşmelerinde tarafların yükümlülüklerinin neler olması gerektiği ve adaylara yöneltilecek sorular ve bunların yaptırımları hususların çok fazla incelenmemiş ve yüksek mahkeme kararları da yetersiz kalmıştır. Oysaki bu konunun sağlıklı bir iş ilişkisinin devamı için ne derece önemli bir etken olduğu şüphesizdir.

Kanımızca iş sözleşmelerinin kuruluşunda özellik gösteren en önemli etken ise, sözleşmenin taraflarının ehliyetleri ve buna bağlı olarak sahip oldukları bazı özel durumlardır. Genel ehliyet kuralları ışığında tarafların tam, sınırlı ehliyetli veya tam ehliyetsiz olması durumunda iş sözleşmesinin kurulup kurulamayacağı sorusu önem arz etmektedir. Bunun dışında özel kurallar çerçevesinde kanun koyucu küçüklerin, kadınların ve yabancıların işçi olması durumunda hangi koşullarda bir iş sözleşmesinin tarafı olabileceklerini belirlemiştir. Küçüklerin iş yaşamına atılmalarının ve kötü şartlar altında çalıştırılmalarının engellenmesi, kadınların iş ilişkilerindeki eşitlik mücadelesi ve yine fizyolojik yapıları nedeniyle ağır iş şartlarında koruyucu hükümlere tabi olmaları, yabancıların ise ülkenin vatandaşı olmamaları nedeniyle sözleşmenin tarafı olabilmeleri için ayrıntılı prosedürlere tabi tutulmaları, bize iş sözleşmelerinde ehliyet konusunun önemini göstermektedir. Özellikle doktrinde ayrıntılı olarak ele alınmış bu konular, tarafların ehliyetlerinin sınırlandırılması mı yoksa çalışma yasağı mı sorularını da beraberinde getirmektedir.

Kanun koyucu tarafından getirilmiş şekil kuralları ise iş sözleşmelerinin türlerine göre farklılıklar göstermektedir. Özellikle belirli süreli iş sözleşmeleri, takım sözleşmeleri ve çağrı üzerine sözleşmelerin yazılı olarak yapılması öngörülmüş olsa da, sözleşme şeklinin kurucu mu yoksa ispat şartını olduğu konusunda farklı yorumlar mevcuttur. Çalışmamızda kanun hükümlerinin yorumu yapılarak, bu önemli farkın tespiti ile şekle ilişkin hususlar ve sonuçları belirtilecektir.

Sözleşme yapma özgürlüğünün esas alındığı iş sözleşmelerinde, sözleşmenin kurulmasında sınırlayıcı başka hususlar ise, yine işçinin üzerinde toplanmakta ve işverene bu nedenle aday işçi ile sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmektedir. Bir işçinin işyerinden maluliyet, askerlik veya yasal bir ödev nedeniyle ayrılması, toplu işten çıkarılmalardan biri olması, işçi sendika veya konfederasyonlarında yöneticilik yapması nedeniyle işten çıkması gibi durumlarda mevzuatta yer alan diğer koşulların da uyması halinde işverenler işbu kişilerle tekrar iş sözleşmesi yapmak mecburiyetindedir. Buna ek olarak kanun koyucu işverenlere işyerlerinde özür, eski hükümlü veya terör mağduru çalıştırma yükümlülüğünü de getirmiştir. Çalışmamızda inceleyeceğimiz bu hususlarda özellikle sorunun, işverenlere getirilen yükümlülüklerin ve yaptırımların yetersizliği olduğu görülecektir. Ayrıca özür, eski hükümlü ve terör mağdurlarının çalıştırılma oranları ile özel ve kamu sektörü ayrımının yapılması bir diğer tartışma konusudur.

Bir iş sözleşmesinin kuruluşunda tarafların ehliyetleri kanunun öngördüğü koşullara uygun değilse, yine bir iş sözleşmesi ispat veya geçerlilik şartına uygun yapılmamışsa, sözleşmede hukuka, ahlaka aykırılığın yanı sıra imkansızlık veya muvazaa durumlarından biri söz konusuysa, butlan hükümleri mi uygulanacaktır? Bunun dışında sözleşmenin başında taraflar arasında meydana gelen hata, hile, ikrah ve gabin hallerinde sözleşmenin iptal edilebilirliği ne şekilde gündeme gelecektir? İşte bu noktada butlan ve iptalin iş sözleşmesinin yapısı gereği ortaya çıkardığı farklı sonuçları irdeleneceğiz. Aynı zamanda uygulamada iş sözleşmelerinin feshine olan eğilim nedeniyle çok fazla başvurulmayan iş sözleşmesinin butlanı ve iptali hallerini de fesih kurumuyla kıyaslama imkanı bulacağız.

2. İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE TÜRLERİ

2.1 İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE UNSURLARI

İş sözleşmesinin tanımına 4857 sayılı İş Kanunu¹ madde 8/1'de ve aynı zamanda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu² m. 393/1'de (818 sayılı Borçlar Kanunu³ m. 313) yer verilmiştir. İş Kanunu m. 8 hükmü uyarınca iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir⁴. Bu tanımdan görüldüğü gibi iş sözleşmesi üç ana unsurdan oluşmaktadır: iş görme, bağımlılık ve ücret unsurları. Teknolojik ve ekonomik gelişmeler, ulusal ve uluslararası rekabetin artması, ekonomik kriz ve işsizlik gibi nedenlerden ötürü, çeşitli iş sözleşmesi türü ortaya çıkmış ve pek çok iş sözleşmesinin koşulları esnek hale gelmiştir. Dolayısıyla İş Kanunundaki düzenlemede iş sözleşmesinin tanımında “zaman unsuruna” yer verilmemesi tercih edilmiştir⁵. Nitekim iş sözleşmesinde esneklik anlayışı sürelerin belirli ve belirsiz olmasının yanı sıra farklı taleplere farklı çözümler sunabilecek iş sözleşmesi türlerini de beraberinde getirmektedir.

İş Kanununda iş sözleşmesi tanımı yapılmadan önce, Türk mevzuatında Borçlar Kanunundaki “hizmet akdi” tanımından yararlanılmaktaydı. TBK m. 393/1 (BK m. 313) uyarınca iş sözleşmesi hizmet sözleşmesi adı altında düzenlenmiştir. İşbu hükme göre işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirsiz süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana göre yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme hizmet sözleşmesidir. İş Kanunu ve Borçlar Kanununda yer alan iki farklı “iş sözleşmesi” tanımına baktığımız zaman, düzenlemeler paralellik göstermekle birlikte bazı farklılıklar da mevcuttur. Zira Borçlar Kanunundaki düzenlemede “bağımlılık” unsuruna yer verilmemiş, ancak “zaman” unsuru düzenlemeye alınmıştır. İki kanun arasındaki mevcut farklılık ise doktrinde⁶ bir çelişki olarak görülmemekte, tam tersine iki düzenlemenin birbirini tamamladığı düşünülmektedir.

İş sözleşmesindeki ilk unsur, **iş görme unsurudur**. Dolayısıyla sözleşmenin varlığı için iş görme ediminin bir işçi tarafından üstlenilmiş olması gerekmektedir. İş Kanunu m. 2 uyarınca

¹ RG. 10.06.2003, S. 25134

² RG. 04.02.2011, S. 27836.

³ RG. 29.04.1926, S. 359.

⁴ 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce, 1475 sayılı eski İş Kanununda iş sözleşmesinin tanımı yapılmamış; sadece “bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiye (...) işçi denir” tabirine yer verilerek işçinin tanımı yapılmıştır.

⁵ YAVUZ, A. , “Çalışma Hayatında Esneklik ve Türkiye İçin Öneriler”, Prof, Dr. Nusret Ekin'e Armağan, Ankara 2000, s.619 vd.; ULUCAN, D. , “Çalışma Hayatında Esneklik”, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, s. 525 vd.

⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, H./ ASTARLI, M., İş Hukuku, 4. Bası, Ankara 2011, s. 290.

işçi, işverene iş görmekle yükümlü gerçek kişidir. Nitekim iş sözleşmesinde kişi, bir anlamda emeğini kiralar⁷.

İş sözleşmelerinde yer alan diğer bir unsur ise **ücrettir**. İşçi yaptığı iş karşılığında ücret alır. İş sözleşmesi karşılıklı borç oluşturan bir sözleşme olduğuna göre işçinin edimi olan işin görülmesi borcunun karşısında işverenin ücret ödeme borcu yer alır⁸. Ücret para veya parasal bir değer ise de, ücretin çekirdek (temel) kısmının para olması esastır (İş Kanunu m. 32/1).

Bağımlılık unsuru ise iş sözleşmelerinin diğer bir unsurunu oluşturur. Bağımlılık unsurunun iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olduğu Anayasa Mahkemesinin bir kararında da belirtilmiştir⁹. İşbu karara göre bağımlılık unsuru, iş görmeye ilişkin diğer sözleşmelerden iş sözleşmelerini ayırmaktadır. Nitekim iş sözleşmelerinde işçi az veya çok işverene/işverenlere bağlıdır. Başka bir ifadeyle işçi çalışmasını işverenin gözetimi ve denetimi altında yapar. Yargıtay da yerleşik kararlarında bağımlılık unsurunun iş sözleşmesinin zorunlu unsuru olduğunu vurgulamaktadır¹⁰. Bağımlılık unsurunun kanıtlanmasında işin işverene ait işyerinde yapılması yeterli değildir. Zira bağımlılık ilişkisinde önemli olan nokta, işin, işverenin buyruk ve yönergelerine uygun bir biçimde ve onun denetimi altında görülmesidir. Sürekli değişime uğramakta olan iş ilişkileri nedeniyle kanun koyucunun iş sözleşmeleri için “zaman” unsurunu İş Kanununda belirtmemiş olduğunu söylemiştik. Kanımıza “zaman” unsurunun “bağımlılık” unsuru ile ayrı düşünülmemesi gerekmektedir. Nitekim doktrinde de belli bir işin zaman içinde yapılması bağımlılığın belirlenmesinde yardımcı bir ölçüt olarak ele alınmıştır¹¹.

İş Kanununda “iş sözleşmesi” kavramına yer verilmişken, Borçlar Kanununda “hizmet sözleşmesi” kavramının tercih edilmesi karşısında akla şu soru gelmektedir: İş sözleşmesi ile hizmet sözleşmesinin nitelikleri farklı mıdır? Yoksa sadece terim farklılığı mı söz konusudur? Bu hususa ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre¹² İş Kanununa tabi olan sözleşmeler “iş sözleşmesi”, Borçlar Kanununa tabi olan sözleşmeler ise “hizmet sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır. Bu görüş hizmet sözleşmesine taraf olacaklar için herhangi bir nitelik aranmadığını; ancak iş sözleşmesinin tarafı olabilmek için kanun tarafından işçi ve işveren sıfatını haiz olmak gerektiğini

⁷ OLGAC, S. , Hizmet Akdi, Ankara 1977, s.4;BAYRAM, Selahattin, “ İş Sözleşmesinin Tanımı, Kurulması, Sözleşme Serbestliği ile Sınırları, Şekli ve butlanı”, www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/20100516882.htm# , S:209, Mayıs 2010.

⁸ ESENER, T. , İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 127.

⁹ AYM, 26-27.09.1967 tarihli, 1967/336 Esas ve 1967/29 sayılı Kararı, RG 19.10.1968, S. 13031.

¹⁰ Yarg. 9. HD'nin 08.11.1984 tarihli 1984/8455 Esas ve 1984/9548 sayılı kararı (SÜZEK, S. , İş Hukuku, İstanbul 2008, s. 213); YHGK'nin 24.03.1976 tarihli 1975/9-955 Esas ve 1976/1165 sayılı kararı (OLGAÇ, s. 7).

¹¹ SÜZEK, s. 219.

¹² TOLGA, M. , İş Hukuku, İstanbul 1952, s. 108.

savunmaktadır. Ayrıca hizmet sözleşmelerinin konusu serbestçe tayin edilebilecekken, iş sözleşmelerinin kurulmasında pek çok yasaklar ve sınırlamalar öngörülmüştür. İkinci bir görüş¹³, işçi ve işveren arasındaki bağımlılık unsurunun sıkı ise iş, gevşek ise hizmet sözleşmesi olduğunu savunmaktadır. Bu görüşte, iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi arasında nitelik farkı olmadığı; fakat İş Kanunu hükümleri uyarınca bağımlılık unsurunun işçi ve işveren arasında daha sıkı olması gerektiğinin öngörüldüğü belirtilmektedir.

Son ve bizim de katıldığımız görüş ise¹⁴ iş sözleşmesinin, hizmet sözleşmesinin başka bir terimle ifadesi olduğu görüşüdür. Yani mevzuatımızda iki farklı terim olsa da, her ikisi de aynı anlamı haizdir. Çünkü Türk mevzuatında kanun koyucu, iş ve hizmet sözleşmelerinin nitelikleri açısından farklılıklar taşıdığı düşüncesiyle hareket edecek düzenlemelere yer vermemiştir. Nitekim Danıştay'ın eski tarihli bir kararında¹⁵ “ Borçlar Kanunundaki hizmet akdi ile İş Kanunundaki iş akdi arasındaki terim farkının hükümde ayrıldığı müntehi ve bu bakımdan ihtirazi bir mahiyeti olmayıp İş Kanununun muahhar bir tesis olması sebebiyle hizmet yerine Türkçe karşılığı olan “iş” sözünün tercih ve intihap edilmiş bulunmasından ibaret olduğu aşikardır.” açıklaması yer almaktadır. İşbu karar söz konusu olmasaydı bile önceki görüşleri destekleyecek kanunda yer alan hiçbir hüküm bulunmamakta, diğer görüşlerin Alman Hukuku'nun etkisi altında kaldıkları görülmektedir. Gerçekten Alman Hukukunda iş sözleşmesi, Alman Medeni Kanununda yer alan hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlenmiştir¹⁶. Türk Hukukunda ise İş Kanunu, Basın¹⁷ ve Deniz İş Kanunlarındaki¹⁸ boşlukların olması durumunda bu boşlukları, Borçlar Kanununda yer alan hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler dolduracaktır¹⁹.

2.2 İŞ SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

Kanun koyucu tarafından sözleşme serbestisi ilkesine bağlı kalınarak, 4857 sayılı İş Kanunu m. 9'da sözleşme türlerine ilişkin düzenleme getirilmiş, tarafların ihtiyaçları doğrultusunda çeşitli tiplerde, kanunlarda düzenlenmiş olmasına gerek olmadan, iş sözleşmesi yapmaları hüküm altına alınmıştır. İşbu hükümde “Taraflar iş sözleşmesini, kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler” ibaresi yer almaktadır. Görüldüğü gibi iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında tarafların türünü seçmeleri bakımından özgür iradeleri esas alınmıştır.

¹³ SAYMEN, F. , Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 404-405.

¹⁴ OĞUZMAN, K. , İş Akdi- Hizmet Akdi, s. 14; EKONOMİ, M. , İş Hukuku, C.1, 3. Bası, İstanbul 1987,s. 75-76; TUNÇOMAĞ, K. / CENTEL, T. , İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, s. 67-68.

¹⁵ Danıştay'ın 01.12.1949 tarihli, 1949/202 Esas ve 1949/273 sayılı Kararı, RG. 01.02.1950, S.7421.

¹⁶ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 68.

¹⁷ RG. 20.06.1952, S. 8140

¹⁸ RG. 29.04.1967, S. 12586

¹⁹ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 76.

4857 sayılı İş Kanununda tipik (klasik/standart) iş sözleşmesi türlerinin yanı sıra, yeni atipik iş sözleşmelerine de yer verilmiştir. Atipik iş sözleşmelerine örnek teşkil edecek, çalışmamızda da kısaca değineceğimiz kısmi süreli iş sözleşmesi, evde çalışma, tele çalışma ve ödünç iş ilişkisini konu alan sözleşmeler ekonomik/teknolojik nedenlerden ötürü tipik iş ilişkisinden kaçışı ifade etmekte, personel yönünden esneklik sağlanmasını amaçlamaktadır²⁰. Esasen çalışma yaşamıyla ortaya çıkmış ancak sosyal korunma yönünden eksiklikleri haiz işbu sözleşme türleri İş Kanununa getirilen düzenlemeler ile işçi ve işverenlerin hak ve menfaatlerini koruyacak şekilde uygulamaya konu olmaktadır. Ancak bazı atipik sözleşme türleri uygulamada yer aldığı halde, kanunda düzenlenmemiştir.

2.2.1 Belirli/Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi

İş Kanunu m. 11 uyarınca, “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. **Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir**”. İşbu hüküm ile ilk kez belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri yasal bir tanıma kavuşmuş; belirsiz süreli sözleşmeler kural, belirli süreli sözleşmeler ise istisna olarak düzenlenmiş; belirli süreli sözleşmelerin kurulabilmesi için objektif nedenler öngörülmüştür²¹.

Kanun koyucu belirli süreli iş sözleşmelerini, Avrupa Birliğinin Belirli Süreli Çalışmada Ayrımcılığın ve İstismarın Önlenmesine İlişkin 99/70 sayılı Yönergesi ve aynı zamanda Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı ILO Sözleşmesini göz önünde tutularak düzenleme altına almıştır. Nitekim İş Kanunu m. 11’in gerekçesinde de düzenlemenin sözleşme ve yönergeye uygun olarak yapıldığı açıkça belirtilmiştir²². 99/70 sayılı yönergede işçilerin zincirleme belirli süreli sözleşmeler yoluyla istismarının önlenmesi, bu sözleşmelerin objektif esaslara dayandırılması, ayrıca belirli süreli işlerle belirsiz süreli çalışan işçiler arasında ayırım yapılmaması esastır²³.

²⁰ AKYİĞİT, E., İş Hukuku, 7. Bası, Ankara 2008, s. 130.

²¹ TUNCAY, C. , İş Sözleşmesinin Türleri Ve Yeni İstihdam Biçimleri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, s. 128; EYRENCİ, Ö. , “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi,C.1,S.1, 2004, s. 26.

²² CANBOLAT, T. , “Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007/4, s. 192.

²³ Bir görüşe göre Avrupa Birliğinin 99/70 sayılı yönergesinde bir kere yapılan belirli süreli iş sözleşmesi için objektif nedene bağlılık aranmamaktadır. Nitekim işbu yönerge ile zincirleme olarak belirli süreli sözleşmelerin yapılması halinde işçinin istismara uğramasını engellemek amacıyla objektif nedenin varlığı şart koşulmuştur. (TAŞKENT, S. , “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku

Belirli süreli bir iş sözleşmesinin objektif nedenleri birbirine yakın olup, bazen birbirlerinden ayrılması mümkün değildir. Objektif nedenler “belirli süreli iş”, “belirli işin tamamlanması”, “belirli bir olgunun ortaya çıkması” şeklinde gruplandırılabilir²⁴. Daha somut olarak, belirli bir mevsim veya kampanya dönemi, belirli bir fuar, kongre, sergi veya sportif bir organizasyonu kapsayan işler belirli süreli iş olarak kabul edilir²⁵. Belirli bir işin tamamlanması ve belirli bir olgunun ortaya çıkmasında ise ön planda olması gereken ifa edilecek işin “geçici” olması gerektiğidir. Görüldüğü gibi objektif koşullar sınırlı sayıda değildir.

Belirli sürenin öngörülebilir veya ne zaman gerçekleşeceği aşağı yukarı tahmin edilebilir olmalıdır²⁶. Taraflar genel olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapmak istediklerinde sürenin belirliliğini, bir takvim birimini dikkate alarak yapmaktadırlar. Ayrıca tespit edilen sürenin belirlenmesi objektif esaslara dayanmalı, bu konuda işverene belirleme yetkisi verilmemelidir²⁷. Esasen taraflar arasında bir takvim birimi belirtilmemiş olsa bile İş Kanunu m. 11/1’de belirtilen objektif koşullarda iş sözleşmesinin ne zaman sona ereceği öngörülebildiğinden bu tür sözleşmelerin de belirli süreli kabul edilmesi gerekir²⁸.

Belirli süreli iş sözleşmelerini yapmanın bir diğer koşulu ise “yazılılık şartıdır”. İş Kanunu m. 11/1’de belirli süreli iş sözleşmelerinin açıkça yazılı olması gerektiği belirtilmiştir. Madde 8’de ise süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur düzenlemesi getirilmiş ve doktrinde farklı görüşlerin çıkmasına neden olunmuştur. Belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekil koşulu bir geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mıdır? İşbu hususa çalışmamızın ilerleyen kısımlarında değinilecektir²⁹.

Dergisi, 2007/4, s. 36); AYAN, S. , “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 54, S: 4, 2005, s.435.

²⁴ SÜZEK, s. 225 vd.

²⁵ Ayrıca belirli bir araştırma projesinin tamamlanması, fabrikaya belirli bir makinanın montajı, binanın elektrik, su, bilgisayar ağı tesisinin tamamlanması gibi işler de belirli süreli iş için objektif neden olarak kabul edilir. (CANBOLAT, s. 195-196). ÇELİK, N. , İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, s. 87 vd; ALPAGUT, G. , Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, s. 80-81.

²⁶ Yarg. HGK.’nın 07.10.1998 tarihli, 1998/9-647 Esas ve 1998/687 sayılı Kararına göre, mühendisin bir barajın bitimi tarihine kadar çalışacağını öngören bir iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesi sayılmayacağı, bunun belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı belirtilmiştir. Nitekim baraj inşaatı uzun sürecek olan bir iş olduğundan bu süre öngörülebilir olarak nitelendirilmemiştir (TUNCAY, İş Sözleşmesinin Türleri Ve Yeni İstihdam Biçimleri, s. 130).

²⁷ GÜLER, M. , Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:2, 2005, s. 31; ARSLAN, A. , “Yargıtay’ın Belirli/Belirsiz Süreli Hizmet Sözleşmesi Nitelendirmesine İlişkin Bir Kararı Üzerine”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C:2, İstanbul 2001, s. 1052; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 81.

²⁸ SÜZEK, s. 223; BAŞTERZİ, S. , “Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, İstanbul 2006, s. 130-131; EKONOMİ, M. , “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu - Kavram Süre ve Yenilenme”, Legal İHD, 2006/3, 26-27; ALPAGUT, s. 74.

²⁹ Bkz: Çalışmamızın 2.4.2.1.1 numaralı konusu vd.

2.2.2 Kısmi Süreli İş Sözleşmesi

Uygulamada iş sözleşmeleri genellikle tam süreli olarak yapılmaktadır. Ancak bazı durumlarda iş sözleşmelerinin kısmi süreli (part-time) olarak da yapıldığı görülmektedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi atipik çalışma biçimlerinin en karakteristik örneği ve yaygın kullanılanıdır. Kötüye kullanım olmadığı takdirde kısmi süreli iş sözleşmeleri işsizlikle mücadelede ve istihdamı sağlamada etkin bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰. Kısmi süreli iş sözleşmelerinde, işçinin aleyhine uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla uygulamada tam süreli ve kısmi süreli iş sözleşmeleri açısından farklı işlem yapma yasağı bulunmaktadır³¹. Ancak tam süreli çalışan ile kısmi süreli çalışan işçinin tüm çalışma şartlarından aynı şekilde yararlanması halinde eşitsizlik meydana gelecektir. Bundan dolayıdır ki her iki türde sözleşmelerle çalışanlar arasında farklılıklar olması doğal karşılanmalıdır³².

Kısmi süreli iş sözleşmesi Türk mevzuatında ilk defa 4857 sayılı İş Kanunu m. 13'te düzenlenmiştir. Mevzuatımızdaki düzenlemeler Kısmi Zamanlı Çalışma Hakkında 175 sayılı ILO sözleşmesine ve 97/81 sayılı Direktife ek Kısmi Zamanlı Çalışma Çerçeve Anlaşmasına paralellik taşımaktadır. Maddenin birinci fıkrasına göre “işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir”.

İş Kanununa göre haftalık çalışma süresi en çok kırk beş saattir (m. 63/1). Ancak kısmi süreli iş sözleşmelerinde göz önünde tutulması gereken azami süre kırk beş saat değil, o işyerindeki tam gün çalışma süresidir³³. İş Kanunu m. 13'ün gerekçesinde, sözleşmenin kısmi süreli olarak kabul edilebilmesi için çalışmanın tam süreli çalışmaya nazaran 2/3 ünden daha az süreli olması gerektiği ifade edilmiştir³⁴. Süre unsuru, geçerli bir kısmi süreli sözleşmenin kurulmasında önem arz eden ayırt edici bir unsurdur. Bir işçinin birden çok kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışması mümkündür. Bu tip bir durumda işçinin haftada toplam olarak çalıştığı süre normal iş süresine ulaşsa ve hatta bu süreyi aşsa bile, her bir işveren karşısında işçinin sözleşmeleri kısmi süreli olma özelliğini koruyacaktır³⁵. Ancak toplam çalışma süresi

³⁰ SARIBAY, G., “Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Devrim ULUCAN’a Armağan, İstanbul 2008, s. 267-268.

³¹ İş Kanunu m. 5/2 uyarınca; İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. Ayrıca İş Kanunu m. 13/2'ye göre de kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz.

³² GÜNAY, C. , İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2. Bası, Ankara 2008, s.81

³³ SARIBAY, s. 276.

³⁴ TUNCAY, İş Sözleşmesinin Türleri Ve Yeni İstihdam Biçimleri, s. 134. (TUNCAY'a göre İş Kanunu m. 13'te yer alan işbu ifadenin, tereddütleri ve farklı yorumları önlemesi bakımından kanun metnine de alınması uygun olurdu).

³⁵ EYRENCİ, Ö. , Uygulama Ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989,s. 23-24.

işçinin sağlığının korunması amacıyla yasal azami iş süresini aşamaz³⁶. Eğer işçi yasal azami süreyle bir işyerinde çalışıyor ise, başka bir işyerinde kısmi süreli bir iş ilişkisine girerse, işbu sözleşme geçersiz sayılır³⁷.

Kısmi süreli bir iş sözleşmesinin geçerli olması için uyulması gereken süre unsurunun yanında, sözleşmenin düzenli olarak devam etmesi de şarttır³⁸. Daha açık bir ifadeyle kısmi süreli çalışma geçici olmayıp iş ilişkisinin devamı boyunca geçerli olmak üzere, işyerinde aynı veya benzer işte çalışan tam süreli işçinin çalışma süresinden kısa olmalıdır³⁹. Nitekim kısmi çalışma geçici bir çalışma süreci değil, belirli süreklilikte devam eden bir iş ilişkisidir⁴⁰. Son olarak kısmi süreli bir iş sözleşmesinin kurulabilmesi için işçi ve işverenin serbest iradeleriyle çalışmanın kısmi süreli olmasını kararlaştırmaları gerekmektedir⁴¹. Tam süreli bir çalışma için iş sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen işveren kısmi çalışma öneriyorsa, işçi bu teklifi reddedebilir. Bu ret cevabı sözleşmesel bir kusur olarak kabul edilemeyeceği gibi, aynı zamanda sözleşmenin feshi içinde geçerli bir sebep değildir⁴².

Kısmi süreli iş sözleşmeleri için kanun herhangi bir geçerlilik şartı öngörmemiştir. Aynı şekilde Avrupa Birliği direktiflerinde de kısmi süreli sözleşmelerin ne şekilde yapılması gerektiği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak genel kurallar çerçevesinde, bir iş sözleşmesinin sözlü olarak yapılabildiği hallerde de ispat kolaylığı açısından yazılı yapılmasının tercih edilmesi yerinde bir karar olacaktır. Özellikle ülkemizde kaçak işçi çalıştırma oranının korkutucu boyutlarda olduğu düşünülecek olursa kanun koyucu tarafından suiistimali oldukça kolay olabilecek kısmi süreli iş sözleşmelerinde yazılılık koşulunun öngörülmemiş olmasına anlam verilememektedir⁴³.

Kısmi süreli iş sözleşmesinin ise özel şekli olarak “çağrı üzerine çalışma” ve “job-sharing” örnek olarak gösterilebilir. Çağrı üzerine çalışma uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçlar nedeniyle mevzuatta yerini almıştır. İş Kanunu m. 14’te düzenlenmiştir. İşçinin yapmayı

³⁶ EYRENCİ, Ö. / TAŞKENT, S. / ULUCAN, D. , Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 77; SÜZEK, s. 245; TUNCAY, İş Sözleşmesinin Türleri Ve Yeni İstihdam Biçimleri, s. 134.

³⁷ EKONOMİ, İş Hukuku, 278; EYRENCİ, Uygulama Ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 37-39.

³⁸ Kısmi süreli çalışmayı, kısa süreli çalışmadan ayıran kıstas da sürekli olarak azami süreden az olarak çalışmaktır. Gerçekten de kısmi süreli çalışmada taraflar iş sözleşmesi sırasında sürekli kısaltılmış bir çalışma konusunda anlaşmışlardır; halbuki kısa süreli çalışmada, çalışma sürelerinde geçici bir indirim söz konusudur. (AKYİĞİT, E. , “ Kısa Çalışma”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:19, S: 1-2, Ağustos- Kasım 2004, s.3; EYRENCİ, Uygulama Ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 25).

³⁹ CENTEL, T. , Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, s. 29; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.388.

⁴⁰ EYRENCİ, Uygulama Ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 24.

⁴¹ CENTEL, Kısmi Çalışma, s. 30.

⁴² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, İş Hukuku, s. 389..

⁴³ ÖZDEMİR, E. , “ Sözleşmenin Yapılması, Muhtevası ve İfasına İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2007, s. 99 ve 110.

üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir (m. 14/1). Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır (m. 14/2). İşçiden iş görme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır (m. 14/3).

4857 sayılı İş Kanunu her ne kadar kısmi süreli sözleşmenin bir türü olarak “çağrı üzerine çalışma” müessesini düzenlemişse de, “job-sharing” uygulamasına yer vermemiştir. Ülkemizde çok fazla uygulama alanı bulmamış olan “job-sharing” tam olarak nedir? İlk olarak Amerika’da ortaya çıkan ve akabinde Batı Avrupa ülkelerinde de görülen job-sharing’in Türkçe karşılığı işin çalışma yerinin paylaşılması anlamına gelmektedir. Job-sharingin amacı bir tam gün çalışma yerinin avantajları ile kısmi süreli çalışmanın yararlarını birleştirmektir. Bu hallerde çalışma yeri zaman açısından paylaşımı işçilere bırakılmaktadır; daha açık bir ifadeyle kimin ne zaman çalışacağını işçiler kendileri karar vermektedir. İşverenin bu konuda yönetim hakkı yoktur⁴⁴. Kanımızca job-sharing türünde bir iş sözleşmesinin mevzuatımıza alınması ve işbu sözleşmelerin iş ilişkilerinde yaygın hale getirilmesi, Avrupa Birliği düzenlemelerine uyum sürecindeki bir ülke için yerinde bir atılım olur. Nitekim işçilerin lehine düzenlemeler taşıyan bu sözleşmelerin ülkemizde henüz yeterince uygulanmıyor oluşu mevzuata alınmaması için yeterli bir sebep değildir⁴⁵.

2.2.3 Evde Çalışma

Evde çalışma, bir işveren veya aracı için işçinin seçtiği bir yerde, genellikle evinde, herhangi bir denetim veya yönetim olmaksızın bir anlaşma uyarınca bir malın üretilmesi veya bir hizmetin sunulmasıdır⁴⁶. Yapılan işin türünün ne olduğu önemli değildir. Önemli olan işçinin evinde yapacağı işi, işverenden bağımsız bir şekilde ifa edecek olmasıdır (Bu yönüyle evde

⁴⁴ EYRENCİ, Uygulama Ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 28.

⁴⁵ TUNCAY, İş Sözleşmesinin Türleri Ve Yeni İstihdam Biçimleri, s. 139.

⁴⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 410; KARAKOYUN, Y., “ Esnek Çalışma Yoluyla Kadınların İşgücüne Katılım Oranının Ve İstihdamının Artırılması; İŞKUR’un Rolü”, T.C. Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, Ankara 2007, s.16.

çalışma, tele çalışmadan farklılık göstermektedir)⁴⁷. Ancak aynı zamanda işçinin işveren yararına hizmet organizasyonu içinde faaliyette bulunduğu sabit olmalı; evde çalışan bağımsız bir girişimci gibi karar verme serbestisine sahip olmamalıdır. Evde çalışmada zaman değil genelde parça başına iş esas alınır. İşlenecek madde ve malzemenin hatta makine ve tezgahın işveren tarafından temin edilmesi gerektiği de vurgulanmaktadır⁴⁸. ILO'nun 1996 yılında kabul ettiği evde çalışma ile İlgili 177 sayılı sözleşmesinde; kendi evinde veya işyeri dışında olmak kaydıyla, kendi seçtiği diğer yerlerde gerekli olan özerkliğe sahip olanların bu sözleşmenin kapsamına girmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin evde bağımlı çalışanları kapsadığı kabul edilmektedir⁴⁹.

İş Kanununda düzenlenmemiş olan evde çalışma müessesesi ilk defa 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan TBK m. 461 ile hüküm altına alınmıştır. Böyle bir düzenleme ile özellikle birçok aile için ek gelir kaynağı olan söz konusu evde yapılan çalışmaların bir hizmet sözleşmesi haline dönüştürülmesi halinde ortaya çıkacak yükler nedeniyle bir avantajı kalmayacağı savunulan görüşlerden biridir⁵⁰.

Türk Borçlar Kanununda evde çalışma sözleşmelerinin kurulması için bir şekil şartı öngörülmemiştir. Hatta şöyle ki, TBK m. 394/2'den çıkan sonuca göre açık veya örtülü bir irade açıklaması beklenmeksizin, iş ilişkisinin fiili olarak başlamasıyla, hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır⁵¹. Ancak her ne kadar şekil şartı öngörülmemiş olsa da, TBK m. 461/1 işverene, işin görüşmesi sırasında kullanılacak malzeme işçi tarafından sağlanacaksa, sağlanması için işçiye ödenecek bedel ile iş için ödenecek ücreti yazılı olarak bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Yazılı bildirim yükümlülüğü, emredici değildir. Nitekim yazılı bildirimde bulunulmaması ve işçinin buna rağmen sözlü olarak kararlaştırdıkları şekilde işini görmesi halinde TBK m. 462/2 uyarınca bu işlerde uygulanan alışılmış bedel ve ücret ödenir.

4857 sayılı İş Kanunu m.4/d ve 4/e uyarınca, bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dâhil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde, el sanatlarının yapıldığı işlerde ve ev hizmetlerinde İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Evde çalışanların işverenle ilişkisi iş sözleşmesine dayansa bile İş Kanunu m.4 kapsamına girdikleri takdirde İş

⁴⁷ AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 137; Ayrıca Yarg. 21. HD'nin 08.06.2000 tarihli 2000/4584 Esas ve 2000/4611 sayılı kararında, dava konusu olayda davacının konfeksiyon işyerinin zorunlu elemanı olarak satılan parçaların düzeltim işinde istihdam edildiğinin açıkça anlaşıldığı ve düzeltim işinin işyeri ve davacının evinde yapılması giderek parça başına ücret ödemesi işin hizmet akdi niteliğini etkilemeyeceği belirtilmiştir. (SÜZEK, s. 252).

⁴⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 410.

⁴⁹ TUNCAY, C. , “Hizmet Akdinin Türleri Ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi Ağustos 2001, s.29.

⁵⁰ TİSK'in Türk Borçlar Hukuku Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş ve Önerileri, <http://www.tisk.org.tr/hukuk/guncel.asp?id=10> .

⁵¹ KARAKIŞLAK, S. , “Yeni Borçlar Kanunu Kapsamında Evde Çalışma”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C: 8 S: 89-90, İstanbul 2012, s. 231.

Kanunun uygulama alanı dışında kalırlar⁵². İşbu müesseseler Borçlar Kanunu hükümlerine göre düzenleme altında olacaktır. Bunun dışında bir işverene bağlı olarak evde çalışmanın söz konusu olduğu iş sözleşmesi türü ise İş Kanunumuzda düzenlenmemiştir.

Mevzuatımızda evde çalışanların nasıl denetleneceği ile ilgili bir düzenleme yoktur. Kaldı ki denetim olsa bile söz konusu konutta fiili denetimin zorluğu, eve iş verme sistemi içinde çalışanların kayıt dışı çalışmalarına da neden olabilmektedir. Belirtilen nedenlerle, evde çalışanların çalışma koşullarının çalışma mevzuatı açısından denetimi için özel düzenleme yapılması yerinde olacaktır⁵³.

2.2.4 Tele Çalışma

Endüstri toplumundan bilgi toplumuna geçişte göze çarpan en büyük ilerleme bilgisayar, internet ve diğer iletişim araçlarının gelişerek hayatımızda yer edinmesidir. Tele çalışma, özellikle teknolojik gelişmeler ile birlikte ortaya çıkmış atipik çalışma şekillerinden biridir⁵⁴. ILO tele çalışmayı, “işyeri merkezinden uzak bir mekanda, işyerindeki işçilerden ayrı yapılan ve yeni teknolojilerin bu ayrılmayı iletişim olanakları sağlayarak temin ettiği bir çalışma şekli” olarak tanımlamıştır⁵⁵. Görüldüğü gibi, tele çalışmada, klasik anlamdaki işyerinin dışına çıkılmakta, geniş anlamda işyeri (elektronik bağlantıların olduğu bir yer) esas alınmaktadır⁵⁶.

Tele çalışmanın karakteristik özellikleri: işin işyeri dışında ayrı bir yerde görülmesi, bu yer ile esas işyeri arasında elektronik iletişim araçları ile kurulmuş bir bağın olması, işin programlanabilir bir araç vasıtası ile ifa edilmesidir⁵⁷. Günümüzde internet ağına (networke) bağlı bilgisayarlar sayesinde tele çalışma yaygınlaşmıştır. Ayrıca elektronik mesajlaşma sistemleri, mail ile iletişim sayesinde işyeri dışında yapılan çalışmalar, aynı zamanda işyerine de transfer edilebilmektedir⁵⁸. Bu tür çalışmalar daha çok büro hizmetleri alanında metin hazırlama, tercüme, programlama, muhasebe ve vergi işleri, reklamcılık, dokümantasyon alanında kendini göstermektedir.

Tele çalışmanın değişik görünüşleri mevcuttur. Evde büro şeklinde tele çalışmada iş edimini görmekle yükümlü olan kişi üstlendiği işi evindeki elektronik iletişim ağı ile yerine

⁵² ÖZDEMİR, B. , “ Ev Çalışması”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, s. 146-148.

⁵³ KARADENİZ, O. , “Türkiye’de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik”, Çalışma Ve Toplum S:29, 2011, s. 109.

⁵⁴ EYRENCİ, Ö. , Tele-Çalışma ve İş Hukuku, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1991, s.209.

⁵⁵ İş Kanunu Tasarısı ve AB Uygulamaları, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2003, s.47.

⁵⁶ KANDEMİR, M. , İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, İstanbul 2011, s. 99.

⁵⁷ ZENGİNGÖNÜL, O. , “ Sosyal Politika Esnek Çalışma Biçimleri Paradoksunda Avrupa Birliği Örneği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:5, S:4, 2003, s.9.

⁵⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 415.

getirmektedir⁵⁹. Uydu bürolar ise işletmenin merkezinden uzak, fakat bilgisayar sistemiyle işletmeye bağlı bulunan çalışma yerleridir. Bu merkezler çalışanların evleri değil, evlerine yakın merkezlerdir⁶⁰. Tele çalışmanın başka bir biçimi olan komşu büro ise birkaç işletme tarafından kurulmakta, aynı sektörde faaliyet göstermekte olan işletmelere elektronik iletişim araçları yoluyla hizmet sunmaktadır⁶¹. Gezici büroda ise bir şirket ya da işyeri temsilcisinin iş ile ilgili diğer bölgelere yaptığı yolculuklarda video tekst gibi elektronik iletişim araçlarını kullanarak merkezle bağlantı kurması mümkün olmaktadır.

Tele çalışma türlerine bakıldığı zaman ortaya şöyle bir sonuç çıkmaktadır: İşin işyerinde görülmemesi nedeniyle tele çalışma daha çok evde çalışmaya benzerlikler taşımaktadır. Ancak tele çalışanlar evde çalışanlara nazaran, işverenle daha sıkı bağımlılık ilişkisi içindedir. Özellikle merkezi işyeri dışındaki bürolarda ya da evlerde çalışanlara işverenlerce talimatlar verilmesi ve bunların denetimi ön plandadır⁶². Tele çalışmaların genellikle iş sözleşmesine dayalı bir iş ilişkisi ve işçi niteliğini haiz olduğunu kabul etmek yanlış olmayacaktır.

Türk Hukukunda tele çalışmaya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanununda iş sözleşmelerine ilişkin mevcut düzenlemelerin ise tele çalışma ilişkilerinde ortaya çıkabilecek ihtilaflarda uygulanması yeterli olmayacaktır. Nitekim mevzuatımız tam süreli işyerinde çalışma esasına dayalı olarak düzenlenmiştir⁶³. Tele çalışmanın İş Kanununda düzenlenmemiş olması ise, işbu sözleşme türünün kurulamayacağı ve yasak olduğu anlamına gelmemelidir⁶⁴.

2.2.5 Geçici (Ödünç) İş İlişkisi

Esnek çalışma şekillerinden biri de geçici iş ilişkisidir⁶⁵. Bu ilişkide bir işveren kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisini onun rızasını alarak belirli ve geçici bir süre için bu işçiyle

⁵⁹ ÖZMEN, Z. , “ 4857 Sayılı Yeni İş Kanununda Esnek Çalışma İlişkilerinin Hukuki Durumu”, T.C. Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Yrd. Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI), Kocaeli 2006, s. 27.

⁶⁰ TOZLU, E. , “Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri ve Tele Çalışma ve Sıkıştırılmış İş Haftasının Karşılaştırılması, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, C:3, S:4, 2011, s.109.

⁶¹ ÇAKIR, Ö. , “Yeni Çalışma Biçimleri ve İşe İlişkin Tutumlar”, <http://www.isgucdergi.org/?p=article&id=95&cilt=3&sayi=1&yil=2001>.

⁶² SÜZEK, s. 254; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 416.

⁶³ SÜZEK, s. 254; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 416.

⁶⁴ ÇIRAK, C. , “ Türk İş Hukukunda ve Avrupa Birliği Hukukunda Geçici İş İlişkisi”, T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN), Ankara 2006, s. 16.

⁶⁵ Geçici iş ilişkisi iki türlü şekilde karşımıza çıkmaktadır. “Meslek edinilmemiş şekilde (Gerçek anlamda) geçici iş ilişkisi” ve “ meslek edinilmiş şekilde (gerçek olmayan) geçici iş ilişkisi”. Meslek edinilmiş şekilde geçici iş ilişkisi, iş aracılığına benzer mesleki bir faaliyettir. Çünkü işçi bir başka işveren yanında çalıştırılmak üzere işe alınmaktadır. Meslek edinilmemiş şekilde geçici iş ilişkisinde ise işçinin işi bittiğinde ödünç veren işverenin yanına çalışmak üzere geri dönmektedir (SERİN, İ. , “ 4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:2, 2005, s. 1061 vd).

de bağıını koparmadan bir başka işverenin emrine vermektedir⁶⁶. Altında ekonomik nedenler yatan geçici iş ilişkisinde üçlü bir ilişki söz konusudur. Ödünç veren işveren, ödünç alan işveren ve işçi arasında hak ve borçlar doğuran hukuki bir ilişki meydana gelmektedir⁶⁷.

4857 sayılı İş Kanunu m. 7/1 uyarınca, “İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür”. İşbu maddenin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla iptali istenmiş, ancak Anayasa Mahkemesince talep reddedilmiştir⁶⁸.

Geçici iş ilişkisi, kurulma aşamasında önemli özellikler göstermektedir. Öncelikle böyle bir üçlü ilişkinin kurulabilmesi için işçinin **yazılı onayının** alınması zorunlu bir unsurdur. İşçinin yazılı rızası devir esnasında aranmakta olması sebebiyle, daha önceden alınmış olan rızanın bağlayıcılığının bulunmadığını söylemek yanlış olmayacaktır⁶⁹. Devir ile birlikte işçi ile ödünç veren işveren arasındaki ilişki devam edecektir. Nitekim işçinin ücretini de esas işveren öder. Ancak işçiye esas işverenin ücretini ödememesi durumunda, ödenmeyen ücret, sigorta primi borçlarından her iki işveren de birlikte sorumlu tutulur⁷⁰

İşçi ile ödünç alan işveren arasında geçici bir iş ilişkisi kurulmuş sayılır⁷¹. Esasen bu ilişkide işçi ve ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesi değil, iş sözleşmesi benzeri bir işlem olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Zira asıl iş ilişkisi ödünç veren işveren ile işçi arasında zaten devam etmektedir. İş ilişkisinin geçiciliği kanunla sabit olduğu üzere belirli bir süre ile de sınırlandırılmıştır. İş Kanunu m. 7/2’ye baktığımızda, geçici iş ilişkisinin altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılacağı, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebileceği düzenlenmiştir. Geçici iş ilişkisinin süre ile sınırlandırılması, işçi aleyhine doğabilecek uygulamaların önüne geçilmesi açısından oldukça yerinde bir tutum olmuştur. Kanun koyucu

⁶⁶ TUNCAY, İş Sözleşmesinin Türleri Ve Yeni İstihdam Biçimleri, s. 139; GÜNAY, M. , İş Hukuku’nda Ödünç İş İlişkisi, Ankara 2007, s. 31.

⁶⁷ EKONOMİ, M. , “ Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç İş İlişkisi”, Prof. Dr. Devrim ULUCAN’a Armağan, İstanbul 2008, s. 233.

⁶⁸ AYM. 19.10.2005 tarihli, 2003/66 Esas ve 2005/72 sayılı Kararı, RG, 24.11.2007, S: 26710 (SÜZEK, s. 255).

⁶⁹ ÇIRAK, s. 27.

⁷⁰ Yarg. 9. HD’nin 07.05.2001 tarihli, 2001/7837 Esas ve 2001/7889 sayılı kararı (TUNCAY, İş Sözleşmesinin Türleri Ve Yeni İstihdam Biçimleri, s. 143)

⁷¹ Nitekim işçi ve ödünç alan işveren arasında bir iş sözleşmesi mevcut değildir. Şayet böyle bir ilişki söz konusu olsaydı ödünç iş ilişkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. (GÜLER, Ş. , “ 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Ödünç İş İlişkisi”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:21, S:2-3, Kasım 2007/ Şubat 2008, s. 103).

tarafından öngörülen en fazla 18 aylık sürenin geçmesiyle birlikte işçinin geçici işverenle çalışması devamlılık kazanmış ise, artık iş ilişkisi geçici işverene devrolmuş sayılmalıdır⁷². Ayrıca belirtmek gerekir ki geçici iş ilişkisi için getirilmiş olan süre sınırlaması, sadece bir geçici işveren için geçerlidir. O geçici işverenin yanında geçirilen süre dolduktan sonra; işçi geçici iş ilişkisiyle bir başka işverenin yanında yeniden çalışmaya başlayabilir⁷³.

Geçici iş ilişkisinin kurulmasına engel oluşturacak olan bir neden ise İş Kanunu m. 7/6'da düzenlenmiştir. İşbu hüküm uyarınca, işçiyi geçici olarak devralan işveren grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığının tarafı ise, işçi grev ve lokavtın uygulanması sırasında çalıştırılmaz. Ancak, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun⁷⁴ 39 uncu maddesi hükümleri saklıdır. İşveren, işçisini grev ve lokavt süresince kendi işyerinde çalıştırmak zorundadır. Ayrıca toplu işçi çıkarılan işyerlerinde de altı ay geçmeden geçici iş ilişkisi kurulması, kanuna karşı hile mahiyetindeki işe alımların önüne geçilmek amacıyla yasaklanmıştır (İş Kanunu m. 7/6).

⁷² Ancak ödünç alan işveren, gerçek işveren sıfatını kazansa da ödünç veren işverenle birlikte müteselsil sorumluluğu devam edecektir (DEMİR, F. , Sorularla Bireysel İş Hukuku, C:1, Ankara 2006, s. 110).

⁷³ EKMEKÇİ, Ö. , “ 4857 sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, Legal İHSGHD, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s. 372.

⁷⁴ RG. 07.05.1983, S: 18040.

3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

3.1 İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINDAN ÖNCEKİ AŞAMALAR

3.1.1 İş ilanı ve Başvuru

İş sözleşmesinin kuruluşunda ilk adım, işverenin çalıştıracığı işçilerin taşınması gereken özellikleri, işin mahiyetini, ücretini ilan suretiyle belirtmesi ve kamuya duyurmasıyla atılır. Zira iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında işverenin iradesi işçinin iradesine nazaran daha ön planda yer almaktadır. İş sözleşmesinin kurulma aşamasında ilk adım genellikle işverenin iş ilanı vermesi ile başlar. İş ilanı ile ilgili Türk mevzuatında her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Günümüzde iş ilanları internet, gazete veya bir yere asılmak suretiyle duyuru şeklinde yapılmaktadır. Bu ilanlar bir iş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin hazırlık hareketlerini dahi oluşturmamaktadır.

İşçi alımlarının ilan yolu ile duyurulması, icap değil icaba davettir⁷⁵. İcaba davette bulunan işveren muhatabı veya belirli olmayan kimseleri, kendisine karşı icapta bulunmaya teşvik eder; yoksa kendisi bir icapta bulunmuş olmaz⁷⁶. TBK m. 8/1'e (BK m.7) göre de, icabı yapan kimse açıkça teklifi ile bağlı olmadığını beyanında belirtirse veya bağlı olmama niyeti durumun veya işin özelliğinden anlaşılırsa icap bağlayıcı olmamakla birlikte; aslında bu beyan icaba davet niteliğini haizdir⁷⁷. İşverenin ilan suretiyle işçi ile görüşmesinde de işverenin kesin suretle bir iş sözleşmesi yapma iradesi bulunmamaktadır. Nitekim işveren iş ilanı yapıp yapmamakta, hangi şekilde yapacağı hususunda ve kimlere yönelik olacağına tamamen serbesttir. İlanda belirtilmiş olan koşulların aslında, işyerinde boş olan yerle uyuşup uyuşmadığının da bu aşamada bir önemi bulunmamaktadır⁷⁸.

Her ne kadar iş ilanlarının iş sözleşmelerinin kuruluşunda her hangi bir bağlayıcılığı olmadığını belirtmişsek de, işçinin işyerine alınma konusundaki ilk adımı olan başvurusu için, büyük bir etkiye sahiptir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız, iş sözleşmesinin kurulması için gerekli olan işveren ve işçi iradelerinin buluşması ve karşılıklı olarak uyuşması aşamasının temelini, işverenin yayınlamış olduğu iş ilanı ve bunun akabinde işçinin işyerine yapacağı iş başvurusu oluşturacaktır. Burada belirtmek gerekir ki, işveren tarafça her hangi

⁷⁵ İş ve işçi ilanları karşı tarafa yenilik doğurucu bir hak tanımaz. İcaba davet niteliğinde olan iş ilanlarının karşı tarafa yenilik doğuran bir hak tanıdığı düşünülmesi yanlış bir sonuçtur. (BAYCIK, Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s. 80).

⁷⁶ TEKİNAY, S. / AKMAN, S. / BURCUOĞLU, H. / ALTOP, A. , Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988, s. 108.

⁷⁷ OĞUZMAN, K. / ÖZ, T. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 52.

⁷⁸ ERTÜRK, Ş. , İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s. 61.

bir talep olmadan, işçi tarafından tek yanlı olarak belgelerin işverene verilmesi ve iş başvurusunda bulunulması ile iş sözleşmesi başlamış sayılmaz.

3.1.2 İşverenin Yükümlülükleri

İş sözleşmesi kurulmadan önce dahi, sözleşme görüşmelerinde tarafların uymakla yükümlü oldukları kurallar mevcuttur. “Genel davranış yükümlülükleri”⁷⁹ olarak adlandırılan bu yükümlülüklerin temelini ise Türk Medeni Kanunu⁸⁰ m. 2 oluşturmaktadır. Nitekim herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. İş sözleşmesinin kuruluşunda esas olan güven ilkesidir. Güven ilişkisi tarafların sosyal teması ile birlikte ortaya çıkmaktadır ve sosyal temas sadece sözleşme esnasında ve sonrasında değil, sözleşme öncesinde de bulunmaktadır. Dolayısıyla sözleşme kurulmadan önce tarafların görüşmeleri esnasında, gerek işverenin gerekse işçinin karşısındaki kişinin kişi ve malvarlığını zarara uğratmaması hususunda yükümlülükleri olduğunun kabulü TMK m. 2 çerçevesinde kabul edilmelidir⁸¹.

3.1.2.1 Tanışma giderleri

Kural olarak bir iş sözleşmesinin kurulmasından önce tanışma evresinden geçilmektedir. Esasen bu hususa ilişkin İsviçre mevzuatında yer alan açık düzenlemeye karşın Türk mevzuatında her hangi bir düzenleme yer almamaktadır. İsviçre Borçlar Kanundaki düzenlemeye göre işverenin işçiyi iş görüşmesine çağırması ve görüşmeye zorlamış olması halinde, işçinin yapmış olduğu harcamaları giderme zorunluluğu bulunmaktadır.

Türk doktrininde kural olarak tanışma giderlerinin başvuruda bulunan kişi tarafından karşılanması gerektiği görüşü⁸² hakimdir. Mantık çerçevesinde iş ilanı üzerine işyerine kendi hür iradesiyle başvuruda bulunmuş olan işçinin yapmış olduğu masrafların işveren tarafından karşılanmasını beklemek, hakkaniyete uygun düşmeyecektir⁸³.

⁷⁹ SEROZAN, R. , “ Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2, Sayı 3, 1968, s. 117.

⁸⁰ RG. 08.12.2001, S: 24607.

⁸¹ AYDINLI, İ. , İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi (Danışman: Prof. Dr. Mehmet Ünsal), Ankara 2003, s. 78.

⁸² EYRENCİ, Ö. , “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 242.

⁸³ Buna karşın 04.10.2000 tarihli 617 sayılı KHK madde 40 ile ilga edilmeden önce “İş ve İşçi Bulma Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun” madde 5’e göre ilgili işçi tarafından kabul edilmedikçe, işverenlerin Kurumdan isteyecekleri işçiler için yol parası ile her türlü genel giderlerini karşılamak üzere, Kuruma gereken miktarda avans vermeleri şart idi. Kurum bu avansları işverenlerden alıp işçilere vermek konusunda aracılık etmekteydi.

Eğer işveren işçi adayını tanışmaya zorlar, daha yerinde bir anlatımla tanışma görüşmesine davet eder ise, işçinin tanışma için yapmış olduğu giderleri ödemelidir. Hatta görüşmeden sonra iş sözleşmesinin kurulmuş olup olmaması dahi, tanışma giderlerinin işverence ödenmemesi için bir gerekçe değildir⁸⁴. Ancak işveren davette belirtmek koşulu ile tanışma giderlerini ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir. Bir görüşe göre⁸⁵ tanışma isteği aday işçiden gelmiş ise ve işveren bu iş görüşmesinden bir yarar sağlamayacağını uygun bir şekilde belirtmişse, yine tanışma giderlerini ödeme yükümlülüğü altında olmamalıdır. Zira başvuran aday da bir yarar sağlayacağını umuyorsa iş görüşmesine gelecektir ve işveren ise adayın kendisini tanıttığından o an için herhangi bir yarar elde etmeyecektir.

İşverenin ödemekle yükümlü olduğu tanışma giderleri, yolculuk, konaklama ve beslenme giderlerini kapsar. Giderlerle ilgili ihtilaflarda memurlara uygulanan Harcırah Kanunu⁸⁶ kıyasen uygulanmalıdır. Bir görüşe göre⁸⁷ eğer aday kendi arabasıyla veya uçakla gelecekse, bu yolculuk giderlerinin işverence ödenebilmesi için adayın bu araçları kullanacağını bilmesi veya bilebilir olması ve buna rağmen onu davet etmesinin gerektiği yönündedir. İşbu görüşe katılmakla beraber, sadece işverenin tüm tanışma giderlerini üstlenmiş olması halinde, işçi adayının iş görüşmesine hangi vasıtayla gelmiş olmasının bir önemi olmayacağını düşünüyoruz. Son olarak belirtmek gerekir ki, işverenin ödemekle yükümlü olduğu giderler doğrudan doğruya tanışma masrafları ile sınırlı olmalıdır⁸⁸.

3.1.2.2 Bağlılık (sadaikat) yükümü

İşveren davranış yükümlerini ihlal etmesi nedeniyle sözleşmenin kurulmamasına sebep olmuş ise o halde işçinin sözleşme akdedilecek inancıyla yaptığı tüm masrafları işveren Culpa in Conrehendo'ya göre tazmin etmek zorundadır⁸⁹. Aday işçinin işverene güvenerek yaptığı masraflara örnek olarak tanışma giderlerinin yanı sıra, konut değiştirme masrafları, eski işin kaybedilmesi, uğranılan ücret kayıpları gösterilebilir. Gerçekten de iş sözleşmesinde görüşme aşamalarından sonra sözleşmeye imza atılması sadece formaliteden ibaret ise ve buna karşın işveren başvuruda bulunan işçiyi işe almamışsa, giderleri ödemekle yükümlü olacaktır. Böyle bir durumda ortaya çıkan zararlar menfî zarardır. Menfî zarar, sözleşmenin kurulacağı düşüncesiyle yapılan bütün harcamaları ve uğranılan malvarlığı zararlarını kapsar. Daha açık

⁸⁴ REHBINDER, M. , İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar, Çeviren: Ömer Teoman, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmeczua/article/viewFile/4285/3882> , s. 749.

⁸⁵ REHBINDER, s. 749; EYRENCİ, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", s. 243.

⁸⁶ RG. 18.02.1954, S: 8637.

⁸⁷ EYRENCİ, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", s. 243.

⁸⁸ REHBINDER, s. 750.

⁸⁹ AKYOL, Ş. , Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 65; REHBINDER, s. 749; EYRENCİ, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", s. 243, AYDINLI, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, s. 123.

bir ifadeyle zarara uğrayan taraf, özen borcunu yerine getirmeyen tarafın borçlarını yerine getirseydi, hangi durumda olacak ise, o duruma sokulur⁹⁰.

3.1.2.3 Belgeleri koruma ve saklama yükümü

İşverenin iş ilişkisi görüşmelerinden dolayı meydana gelen üçüncü önemli yükümlülüğü ise, personelle ilgili bilgi ve belgelerin saklanmasıdır. İşçi işverene kendisiyle ilgili bilgi ve belgeleri göndermekle işverenden bu şahsi bilgilerin korunmasını isteyecek düzeyde bir güven ilişkisine girmiş olmaktadır⁹¹. Bu nedenle işveren iş görüşmeleri esnasında olması gereken güven ilişkisi gereği ilgili bilgi ve belgeleri özenle saklamalı ve haksız kullanımlara karşı saklamalıdır. Ayrıca işveren elinde bulunan soru formları, tıbbi muayene raporları, yetenek testleri ve grafolojik raporları da muhafaza altına almalı ve üçüncü kişilerin eline geçmemesini sağlamalıdır⁹². İşveren sadece elinde mevcut olan belgeleri değil, iş görüşmesi esnasında işçiye dair edinmiş olduğu bilgileri ve sırları da saklama yükümü altındadır.

Görüşmeler sonunda hizmet sözleşmesinin kurulmaması durumunda, işveren işçinin başvuru formu dışında vermiş olduğu kendi şahsına ilişkin tüm belgeleri geri vermekle yükümlüdür. Görüşmeler nedeniyle işverenin mülkiyetinde olan belgeleri işçinin geri isteme hakkı bulunmamaktadır. Buna rağmen yine de işçi kişilik haklarına haksızlığın gündeme geleceği veya geldiğinden bahisle TMK m. 24/1'e dayanarak işbu belgelerin yok edilmesini isteyebilir.

1457 sayılı eski İş Kanununun aksine 4857 sayılı yeni İş Kanununda ise işçilerin özlük dosyalarındaki bilgilerin işveren tarafından dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması konusunda düzenleme getirilmiştir. Ayrıca işveren, işçinin gizli kalmasında menfaati bulunan hallerde özlük dosyasında yer alan bilgileri açıklamamakla yükümlü tutulmuştur (m. 75).

3.1.3 Adayın Yükümlülükleri

Sözleşme görüşmelerinde işveren tarafa yükletilmiş olan yükümlülüklerin yanı sıra işçi tarafa da uyması gereken yükümlülükler getirilmiştir. Nitekim sözleşmenin işveren tarafı olduğu gibi, işçi tarafı da bulunmaktadır ve her iki tarafın karşılıklı iradeleriyle iş sözleşmesi kurulacaktır. Bir iş sözleşmesi kurulmadan önce yapılan iş görüşmelerinde işveren taraf işçinin sahip olduğu nitelikleri elinden geldiğince öğrenmek ve kendisine verilen bilgiler doğrultusunda kısa bir sürede aday işçiyi analiz edebilmek zorundadır. Bu nedenle işçinin

⁹⁰ EYRENCİ, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", s. 247.

⁹¹ AYDINLI, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, s. 123.

⁹² REHBINDER, s. 751.

işveren tarafından yöneltilen soruları yanıtlamak veya kendiliğinden işverene belirli hususlarda bilgi vermek, vermekte olduğu bilgileri de gerçeğe uygun bir şekilde işverene aktarmak yükümlülüğü gündeme gelmektedir.

3.1.3.1 Bilgi verme yükümü

İş görüşmelerinde başvuran aday işçinin işverenin sorduğu sorulara karşılık bilgi verme yükümü bulunmaktadır. Ancak bilgi verme yükümlülüğü kesin olmamakla birlikte, yükümlülüğün sınırları mevcuttur. Nitekim bu sınırlar çerçevesinde başvuru sahibi işverenin tüm sorularına cevap vermekle yükümlü değildir⁹³. Başvuru esnasında sorulan sorular işçinin kişilik haklarıyla çatışabilir. Bu noktada işveren tarafça sorulabilecek olan soruların sınırı, işverenin sözleşme özgürlüğü ve adayın kişilik hakkı çatışmasında en uygun dengenin sağlandığı yerdedir⁹⁴.

Aday işçinin kendisine herhangi bir soru sorulmadan, hakkında bilgi verme yükümü olduğu hususunda kesin bir kaniya sahip olmak mümkün değildir. Doktrindeki görüşe göre⁹⁵ başvuran işçi söz konusu işe girmesi halinde kendisinde mevcut olan bazı özel durumlar nedeniyle işi gereği gibi yapamayacağını biliyorsa, işte bu durumda işverene bu konuda kendisine soru sorulmadan bilgi vermelidir. Örneğin işçinin kronik veya bulaşıcı bir hastalığa sahip olması nedeniyle iş için elverişsiz olduğunu bilmesi halinde bu durumu kendiliğinden açıklamakla yükümlüdür. Aslında somut olayın da özelliklerine bakılması gerekir. Şöyle ki, dansözlük, mankenlik, tiyatro oyunculuğu, beden eğitimi öğretmenliği gibi hamilelik durumunda yapılamayacak iş başvurularında, aday işçinin hamile olduğunu bildirmesi gerekmektedir. Ayrıca rekabet yasalarını da aday kendiliğinden bildirmelidir⁹⁶.

3.1.3.2 Gerçeği açıklama yükümü

Sözleşme görüşmelerinde ister işverence sorulmuş olan sorulara verilen cevaplarda, isterse işçinin kendiliğinden beyan ettiği bilgilerde, işçinin doğruyu söyleme (gerçeği açıklama) yükümlülüğü bulunmaktadır. Gerçeği açıklama yükümlülüğüne “eksik bilgi vermek” de ihlal oluşturur. İşçi kendini işe alan işverene karşı sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan aydınlatma veya bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmediği için Culpa in Contrahendo⁹⁷ gereğince sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu olur.

⁹³ Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar “İşverenin İşçi Hakkında Karar Vermesini Sağlayan Araçlar” başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁹⁴ EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 245.

⁹⁵ REHBINDER, s. 756.

⁹⁶ EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 246; REHBINDER, s. 756.

⁹⁷ Sözleşme öncesi aşamalarda getirilen sorumlulukların culpa in contrahendo kurumu aracılığı ile giderilmesi hukuksal bakımdan bir boşluğun doldurulmasını ifade ederken, hukuksal işleme veya ortak bir çıkara yönelik bir

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, işverenin sorusunun geçersiz sayılması durumunda adayın bilgi verme zorunluluğu bulunmadığı gibi, doğruyu söyleme mecburiyeti de yoktur. İşçinin geçersiz sorular karşısında doğru bilgi vermemesi halinde işveren sözleşmeyi derhal feshedemez ve tazminat hakkına da sahip olmaz.

3.1.4 İşverenin İşçi Hakkında Karar Vermesini Sağlayan Yöntemler

İş sözleşmesinin kuruluş aşamasında işveren işçinin işe elverişli olup olmadığını tespit edebilmek için bir takım yöntemlerden yararlanır. Daha açık bir ifadeyle işverenin işçiyi tanımak için kullandığı araçlar, işçiye doğrudan soru sorması veya dolaylı bir şekilde üçüncü kişilerden bilgi alması ve yapacağı yazılı/uygulamalı testlerdir.

İş sözleşmesi görüşmelerinde dürüstlük kuralı, asli kurallardan biridir. Görüşmeler sırasında tarafların birbirlerine neler sorabilecekleri (soru sorma hakkı) ve bunlardan hangilerine doğru yanıt verebilecekleri gibi, hangi hususları kendiliklerinden açıklamaları gerektiği dürüstlük kuralı ve ayrıca kişilik hakları çerçevesinde belirlenmelidir⁹⁸. İşte bu noktada belirtmeliyiz ki, dürüstlük kuralı ve kişilik hakları işverenin işçi hakkında bilgi edinme araçlarına sınır getirmektedir. Avrupa Birliği Kişisel Bilgilerin Korunması Hakkında 95/46 Sayılı Yönerge görüşmelerde bilgi edinme yöntemlerine getirilen sınırları düzenlemektedir. Ayrıca 95/46 sayılı yönerge her ülkede kişisel bilgilerin hukuka uygun olarak elde edildiğini ve işlendiğini kontrol etmek amacıyla yetkili bir mercii oluşturulmasını da öngörmektedir.

Esasen işverenin işçi adayına sorabileceği sorular ancak yapılacak iş ve açık olan kadro hakkında kendisine yarayacak bilgileri edinmekle sınırlı olmalıdır. Bu noktada sorulması meşru olan ve olmayan sorular arasındaki sınırı somut işin özellikleri belirleyecektir⁹⁹. Yapılacak işle bağlantısı olmayan bir soru, işçi adayının özel hayatına müdahale niteliğini haizdir. İşverenin görüşmeler esnasında soru sorma hakkının sınırlanması, işçinin özel alanının garanti alınması ve aynı zamanda anayasal haklarının güvence altına alınması anlamını da taşımaktadır¹⁰⁰. İşverenin soru sorma sınırını aşması durumunda davranış yükümü ihlal edilmiş sayılır ve sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) meydana

bağlantı ile kurulan ilişkiler nedeniyle zarara uğrayan kişinin iç huzuruna kavuşması bakımından da değer ifade eder (ULUSAN, İlhan, “Culpa In Contrahendo Üstüne”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 298.)

⁹⁸ AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 107.

⁹⁹ ERTÜRK, s. 64.

¹⁰⁰ Batı Avrupa’da istisnai olarak, işverenin her türlü soruyu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçiye yöneltmesi gerektiği savunularak, bu nedenle işçinin de her soruya doğru cevap verme zorunluluğu vurgulanmaktadır (EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 249).

gelir. Aşağıda daha ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere, sözleşme öncesi sorumluluk nedeniyle işçi tazminat talep edebilir.

3.1.4.1 Soru türleri ve sair belgeler

3.1.4.1.1 Adayın kişisel durumuna ilişkin sorular

İşçi adayına sorulacak kişisel sorular kategorisine adayın kişisel kimliği, okul ve mesleki eğitimi, medeni hali, bugüne kadar alınan ücret ve maaşların tutarı, rekabet yasağı teşkil eden bir durumun olup olmadığı, mal varlığı ve ekonomik durumu girmektedir¹⁰¹. Adayın kimliğine ilişkin sorular, isim, soyad, doğum tarihi, doğum yeri, ikametgah adresi, telefon numarasından ibarettir ve tüm bu bilgilerin işveren tarafından sorulması hukuka uygundur. Adayın okul ve mesleki eğitimi hakkında da özellikle adayın okuldaki başarısı, mesleki açıdan yeterliliğini gösterecek olan almış olduğu eğitimler hakkında işverence bilgi edinilmesi ihtilafa yer bırakmayacak şekilde mümkündür¹⁰². Bunlara ek olarak erkek adaylar için askerlik durumuna yönelik sorular da sorulabilir. Kanunen adaya sorulması caiz olan sorulara, işçinin doğru yanıt verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hatta işçinin işbu sorular sorulmasa bile kendiliğinden işvereni bilgilendirme yükümlülüğü söz konusudur¹⁰³.

İşçinin daha önceden rakip işletmelerde bir yakınının çalışıp çalışmadığına ilişkin sorularda ince bir çizgi bulunmaktadır. Zira aday işçinin başvuruda bulunduğu pozisyonun işletmenin önemli sırlarını öğrenmesi ve rakiplere sızdırmasına olanak vermesi durumu söz konusuysa, böyle bir soru hukuka uygun kabul edilebilir. Ancak kanımızca rakip firmanın sırrını öğrenme olanağı olmayan bir işçinin, sırf yakını rakip firmada çalışıyor diye işe alınmama durumu gündeme gelirse tazminat hakkı mevcut tutulmalı, bu tip bir soruya cevap verme yükümlülüğü de bulunmamalıdır.

Aday işçinin medeni haline yönelik sorular özellikle sınırlandırılmalıdır. Nitekim bir adayın cinsel yaşamı, karşı cinsle olan ilişkileri, evlenmeyi hatta kürtaj yaptırmayı düşünüp düşünmediğine ilişkin sorular kişilik haklarına açık bir saldırı niteliği taşımaktadır¹⁰⁴. Buna karşın medeni hale ilişkin olarak özellikle adayın bekar olup olmadığı ya da evliliği düşünüp düşünmediğine ilişkin sorular, işin somut özelliklerine göre caiz olabilir. Örneğin işveren sürekli seyahat gerektiren bir iş için haklı olarak bekar bir kişiyi işe almayı tercih edebilir.

¹⁰¹ REHBINDER, s. 752 vd.

¹⁰² SEVİMLİ, A. , İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Ankara 2006, s. 152; ERTÜRK, s. 66; EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 250.

¹⁰³ KAPLAN (TUNCAY), E. , “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C: 52, S:1, 1997, s. 377.

¹⁰⁴ AYDIN, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002, s. 197; ODAMAN, Serkan, “İşçinin İşe Başvurma Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/iscininisvereniyaniiltmasi.doc, s. 42.

Buna karşın işin somut özelliği ne olursa olsun bir işverenin, aday işçinin kız veya erkek arkadaşı olup olmadığını ya da metreslik ilişkisinin var olup olmadığını, boşanmış olup olmadığını sorması geçersiz kabul edilir ve işçinin de bu tip sorulara doğru bir şekilde cevaplaması gerekmez¹⁰⁵. Yine bir kişinin iş görüşmesinde aile bireylerini tanımasına yönelik sorular (örneğin hangi meslekte oldukları) da kanımızca kabul edilmemelidir. Nitekim böyle bir sorunun işçinin yeteneği ve işe uygunluğu ile bağlantısı oldukça zayıftır.

Aday işçinin daha önce almakta olduğu ücrete ilişkin soruların geçerliliği ise doktrinde tartışmalı bir konudur. Yine diğer sorularda olduğu gibi işin özellikleri arasında objektif bakımdan bağlantı kurulabiliyorsa, eski işyerinde verilen ücrete ilişkin ücretin sorulabileceği kabul edilmelidir¹⁰⁶. Bu soruya gerçeğe uygun cevap verilmemesinin haklı fesih nedeni olabilmesi için; ancak adayın eski ücretini yeni kurulacak iş sözleşmesi bakımından en alt ücret düzeyi olarak şart koşmuş olması gerekir¹⁰⁷. Buna karşın aday işçinin yeni işyerinde ücretini daha fazla alabilmek amacıyla, eski işyerinde aldığı maaşı yüksek göstermesi bir pazarlık aracı olarak görülmeli ve sözleşmenin esaslı noktasının bir yanıltma olarak algılanmamalıdır¹⁰⁸.

İşçinin ekonomik durumuna ilişkin sorular ise genellikle geçersiz sayılmaktaysa da, yapılacak işin parayla doğrudan alakalı olması ve zimmete geçirme veya görevin kötüye kullanılmasından korkulması gibi durumların mevcudiyetinde bu tip soruların sorulabileceği görüşü mevcuttur¹⁰⁹. Aday işçinin ekonomik durumuna ilişkin sorular, bazen aday işçinin maaşına haciz konulması durumunda işyerlerinin muhasebelerindeki işleyişi aksaklığa uğratabileceği düşüncesiyle de sorulabilmektedir. Kanımızca bu tip bir kaygı ile aday işçiye borçlarının olup olmadığını sorulması hukuken korunmamalıdır. Nitekim bir işçinin maaşına haciz konulması durumunun işverene verebileceği zarar oldukça sınırlıdır ve bununla doğru orantılı olarak işçinin ekonomik durumuna ilişkin sorular özel hayata müdahale niteliği taşıyacaktır.

Bir diğer önemli husus ise, aday işçiye önceki iş sözleşmesinin neden ve nasıl sona erdiğine ilişkin soruların yöneltilip, yöneltilemeyeceği noktasında birleşmektedir. Bazı ülkelerde “kara liste” uygulamasının önüne geçilmek amacıyla, işçinin önceki işinden ne suretle ayrıldığına ilişkin soruların sorulması yasaktır¹¹⁰. 4857 sayılı İş Kanunu m. 23’e baktığımızda

¹⁰⁵ REHBINDER, s. 753.

¹⁰⁶ SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, s. 153.

¹⁰⁷ EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 251-252; ODAMAN, s.5-6; KAPLAN (TUNCAY), s. 378.

¹⁰⁸ ERTÜRK, s. 67; Karşı görüş: KAPLAN (TUNCAY), s. 378 (Yazara göre, aday pazarlık amacıyla eski işyerinden aldığı ücrete ilişkin doğru beyanda bulunmazsa, işveren sırf bu beyana dayanarak iş sözleşmesinin kurulmasını isteyebilir).

¹⁰⁹ SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, s. 154.

¹¹⁰ AYDIN, s. 200.

süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse, sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işverene de sorumluluk yüklenen haller düzenlenmiştir. Yeni işverenin sorumluluğunun doğması için, işçinin bu davranışına sebep olması; işçinin bu davranışını bildiği halde işçiyi işe alması veya işçinin bu davranışını sonradan öğrenmesine rağmen işyerinde çalıştırmaya devam etmesi gerekir. İşbu hükümden çıkaracağımız sonuç, kanun koyucunun yeni işverene getirdiği sorumluluklar çerçevesinde sınırlı kalmak koşuluyla işverenin aday işçiye önceki iş sözleşmesini kendisinin feshedip etmediği; eğer feshetmişse bildirim sürelerine uyup uymadığı, uyulmamış ise nedeninin sorulabileceğidir. Eğer aday işçi önceki iş sözleşmesini kendisinin sona erdirmediyini beyan edecek olursa, bu durumda işveren bu hususa ilişkin daha çok soru sormamalıdır¹¹¹.

3.1.4.1.2 Adayın sağlık durumuna ilişkin sorular

İşverenin aday işçiye sağlığı ile ilgili sorular yöneltebilmesi, işçinin sağlık durumunun işini yapmasına engel olup olmayacağı noktasında mümkündür. Daha açık bir ifadeyle işveren, aday işçinin sağlık durumuna ilişkin soruları, işyerindeki diğer işçiler, işyeri ve işin niteliği için önem arz etmesi durumunda sorabilir¹¹². Dolayısıyla işverenin: “*Son senelerde, çalışmanız öngörülen işin görülmesini engelleyecek nitelikte ağır veya kronik bir hastalık nedeniyle çalışamayacak hale geldiniz mi?*” şeklinde bir soru sorması kişilik haklarını zedelememektedir. Ya da görüşmelerde daha genel bir şekilde, “*Başvuruda bulunduğunuz işi yapmaya engel bir hastalığınız var mı? Varsa hastalığınızın türü nedir?*” diye bir sorunun da adaya yöneltilmesi mümkündür.

Türk Medeni Kanunu m. 2 çerçevesinde sözleşme öncesi sorumluluk kurallarına göre, aday işçinin çalışacağı işi etkileyecek bir hastalığı olmasa da, diğer işçilere bulaşması muhtemel bir bulaşıcı hastalığı varsa, kendisine soru sorulmadan bu durumu bildirmesi gerekir. Buna ek olarak aday işçinin, iş sözleşmesinin kurulmasından sonra geçirmesi gereken muhtemel bir ameliyat durumu varsa ya da kaplıca tedavisi görmesi gerekiyorsa, işçinin özen borcu gereği yine işverene kendiliğinden bu durumu açıklaması gerekir¹¹³. Zira görüşmelerde işverenden gizlenecek bu hususun sonradan ortaya çıkması halinde, işverenin haklı sebeple fesih hakkı doğar. Aday işçinin, işverene işgücünü etkilemeyecek ve bulaşıcı olmayan sağlık sorunlarını bildirme zorunluluğu olmadığı gibi; işverenin de bu hususlara ilişkin soru sorması caiz

¹¹¹ SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, s. 154.

¹¹² KAPLAN (TUNCAY), s. 378; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 109; SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, s. 154; EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 252.

¹¹³ REHBINDER, s. 756; EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 253.

değildir. Dolayısıyla işin niteliği ile bağlantısı bulunmayan şikayetler veya ileride yeniden ortaya çıkma kuşkusu bulunmayan bulaşıcı eski hastalıklar sorulamaz.

Hangi hastalıkların hangi işler için, çalışma gücünü olumsuz etkileyeceği konusunda ise kesin bir ölçüt vermek mümkün değildir. Her somut olayda bu durum ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin AIDS olması nedeniyle ki - AIDS'e yönelik uluslararası ve ulusal mevzuatta birlik sağlanamamıştır - hemşire olarak istihdam edilecek bir kişinin işe alınmamasının haklı sebep oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak HIV virüsü nedeniyle vücudun bağışıklık sisteminin düşerek zayıflaması sonucu meydana gelen AIDS hastalığı¹¹⁴ toplumda önyargı ile bakılan bulaşıcı hastalıkların başında gelmektedir. Dolayısıyla bir çok işveren işin niteliği gereği bulaşma riski söz konusu olmasa bile, AIDS hastası olan bir kişiyi işe almamayı tercih etmektedir. Bu nedenle iş sözleşmesinin kuruluşunda meydana gelen ayrımcılık başta ILO olmak üzere pek çok uluslararası kuruluşu harekete geçirmiştir¹¹⁵.

Gerek iş sözleşmesinin kuruluşunda gerekse devamı sürecinde işçilere HIV testlerinin uygulanmasına veya bu konuda soru sorulmasına yönelik olarak ILO'nun hazırlamış olduğu HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamı başlıklı Kod uyarınca yasaklamalar getirilmiştir. İşbu metne göre; HIV testi yapılması durumunda özellikle test sonuçlarının açık edilebilme veya kötüye kullanılma tehlikesinden ötürü işçilerin insan haklarını ve saygınlıklarını zedeleyeceği vurgulanmaktadır. Buna ek olarak bu tip testlerin her zaman işçilerin özgür iradelerinin sonucu olmayabileceği de göz önünde tutulmalıdır. İşin somut özelliklerine göre eğer işçiye HIV testi yapılması gerekseyse, işçilerin açık bir şekilde rızalarının olması koşulu ile tam gizlilik şartları çerçevesinde özel sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. ILO metninin en çarpıcı kısmı ise, çalışanlar için, işe girişte ya da iş sözleşmesi devamında HIV testi bir ön koşul olarak kullanılmamalıdır. Çalışanlar için işe girişte ya da iş sözleşmesi devamında düzenli aralıklarla yapılan işe uygunluğu belirlemeye yönelik sağlık testlerinde ise zorunlu HIV testine yer verilmemelidir.

Türk Hukukunda AIDS konusuna ilişkin çıkabilecek ihtilaflara yönelik her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu m. 5'te genel olarak eşit davranma yükümlülüğü getirilerek, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Kanımızca işbu hükme dayanarak yine AIDS hastası olan kişilerin iş ilişkisinde bu nedenle ayrımcılığa

¹¹⁴ HIV, başta kan, meni, vajinal salgılar ve anne sütü olmak üzere vücut akışkanları yolu ile insandan insana geçer. Yani HIV, sıradan fiziksel temaslarla örneğin el sıkışmak, öksürmek, aksırmak, öpüşmek, tuvalet ve çamaşırhanelerin ortak kullanımı, HIV taşıyan bir kişinin dokunduğu mutfak malzemelerinin kullanılması, sivrisinek veya başka bir böceğin ısırığı yolu ile bulaşmaz.

¹¹⁵ ILO tarafından hazırlanan HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamı başlıklı Uygulama Kodu, AB Avrupa Konseyi ve Üye Devletlerin Sağlık Bakanlarının AIDS ve İşyeri konulu toplantısından çıkan Karar, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince kabul edilen tavsiye kararları, çalışma yaşamında HIV/AIDS nedeniyle meydana gelen ayrımcılığa tepki olarak çıkmıştır. (SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, s. 175).

uğramalarının önüne geçilebilecektir. Yukarıda da izah ettiğimiz gibi, işin somut niteliği gereği, özellikle kamu yararının ön planda olduğu hallerde işçilere HIV testi yapılması zorunluluk taşıyabilir. Bu tip durumlarda işçinin ya da adayın testi reddetmesi, işe alımda adayın tercih edilmemesi; halen çalışmakta olan işçi bakımından ise iş sözleşmesinin feshi için gerekçe oluşturabilir. Buna rağmen kimse zorla test yapmaya zorlanamaz.

İşverenlerin iş görüşmelerinde özellikle önem verdiği bir diğer husus ise, işçilerin çalışma performanslarını etkileyen veya etkilemesi muhtemel alkol ve uyuşturucu kullanımına ilişkin problemlerdir. Özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde sıkça uygulanan alkol ve uyuşturucu testleri kamu sağlığı meselesi olarak görülmekte ve testler desteklenmektedir. Ancak göz ardı edilmemelidir ki, alkol ve uyuşturucu testlerinin yapılabilmesi için, kişilerden örnek alınması gerekmektedir. Bu durumda alkol ve uyuşturucu testlerinin özel yaşama müdahale niteliğinde olduğunu göstermektedir. Yine işin somut olayına göre işverenin adaya alkol ve uyuşturucu kullanıp kullanmadığını sorabileceği belirlenebilir. Örneğin taşımacılık, madencilik, enerji gibi sektörlerde çalışan, ya da yaptıkları iş güvenlik açısından yüksek risk oluşturan işçilere alkol ve uyuşturucu testi yapılması hukuka uygun kabul edilir¹¹⁶.

Aşağıda daha ayrıntılı olarak incelediğimiz işçi adayının sağlık durumuna ilişkin olarak belirtmekte yarar gördüğümüz bir diğer husus ise, 18 yaşından küçük çocuklara işin niteliği ne olursa olsun, sağlık durumuna ilişkin soru yöneltilebileceğidir. Buna ek olarak ağır ve tehlikeli işlerde, aday işçinin yaşına bakılmaksızın sağlık probleminin olup olmadığının tespiti için sağlık muayenesine tabi tutulup, işe uygunluk raporunun alınması esastır.

3.1.4.1.3 Adayın hamileliğine ilişkin sorular

İş sözleşmesi görüşmelerinde kadın adaylara hamile olup olmadığının sorulmasının hukuka uygunluğu tartışmalı bir husustur¹¹⁷. Başlarda Alman Federal İş Mahkemesi işin niteliği ne olursa olsun kadın adaylara hamileliğe ilişkin soruların yöneltilebileceğini kabul etmekteydi¹¹⁸. Bunun altında yatan neden ise, hamileliğin işverene ekonomik açıdan külfet olarak nitelendirilmesiydi¹¹⁹. Ancak 1992 senesinde Almanya Federal İş Mahkemesi görüşünü değiştirerek, hamileliğe ilişkin sorunun işin yapısı gereği sorulmasında haklı bir

¹¹⁶ SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, s. 167.

¹¹⁷ Hamilelik ve doğum sadece kadınları etkileyen olaylar olduklarından, anılan nedenlere dayalı olarak kadınların işe alınmaması cinsiyete dayalı ayrımcılık kategorisine girer (YILDIZ (SERATLI), G. , Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, İstanbul 2008; YENİSEY DOĞAN, K., “ İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:11, Nisan 2006, S. 71).

¹¹⁸ İsviçre hukukunda da hamileliğe ilişkin soruların hukuka uygun olduğu savunulmaktadır. (EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 253).

¹¹⁹ ERTÜRK, s. 69 (Sadece ekonomik külfete yol açma ihtimali nedeniyle kadın adayın hamile olması yüzünden işe alınmaması, kadın erkek eşitliğine düşen bir gölgedir).

neden varsa sorulabileceğini, bunun dışında tüm adaylar kadın olsa bile böyle bir sorunun sorulamayacağını belirtmiştir¹²⁰.

Türk Hukukunda da bir kadının hamileliğine ilişkin soru sorulmasının geçerliliği tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre¹²¹, yapılacak iş ile bağlantısının olması durumunda (işin ifası için önemli ise) kadın adaya böyle bir soru sorulabileceğidir. Ve buna istinaden kadın adayın da bu soruya doğru cevap verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin yukarıda da bahsi geçmiş olduğu gibi, adayın dansçı, manken veya maratonda koşucu atlet olarak çalıştırılacak olması durumunda hamile olup olmadığı büyük önem taşır¹²². Aday işçinin ya da doğacak çocuğunun sağlığının bozulmasına sebebiyet verecek bir işte de (örneğin mikrobiyoloji ya da salgın hastalık uzmanı bir doktor yanında yardımcı olarak çalışılacak bir iş) yine işveren tarafından hamileliğe ilişkin soru yöneltilmesi caiz kabul edilmelidir¹²³.

İş ilişkisinin niteliği gereği adayın hamileliği işin ifasında her hangi bir engel arz etmiyorsa, işverenin hamileliğe ilişkin sorusu, Anayasa m. 20’de düzenlenmiş olan “özel hayatın gizliliği” hükmüne aykırılığa neden olur. Bu görüşü destekleyen diğer bir argüman ise, Türkiye’nin 11.06.1985 tarih ve 3232 sayılı Kanunla¹²⁴ onaylanarak taraf olunan “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesidir”. İşbu uluslararası sözleşme hükümleri uyarınca da çalışma yeri ve işin niteliği gerektirmiyorsa, kadın işçiye hamilelik ile ilgili soru sorulması cinsiyet ayrımcılığına yol açacak ve bu nedenle sorular geçersiz sayılacaktır¹²⁵. Karşıt görüş ise¹²⁶ işin niteliği gerektirsin ya da gerektirmesin işverenin işçinin hamileliği nedeni ile zorunlu bir külfetin altına gireceği düşüncesi ile işverenin aday işçiye her zaman hamileliğe ilişkin soru sorabileceğini kabul etmektedir.

Adaydan kendisine cinsel yaşamı ya da erkeklerle ilişkileri ile ilgili, doğum kontrol araçlarına başvurup başvurmadığı yahut son regl tarihi, hamile kalmayı düşünüp düşünmediği¹²⁷ gibi soruların sorulması mümkün değildir. Buna ek olarak kadın adaylara hamilelik testi raporu

¹²⁰ 1992 senesinde değişen karara rağmen, boş işyerine sadece kadınların başvurması halinde hamileliğe ilişkin sorunun yöneltilmesi durumunun cinsiyet ayrımcılığı olarak nitelendirilemeyeceği savunulmaktadır. (AYDINLI, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, s. 107).

¹²¹ TAŞKENT, S. , “İş Sözleşmelerinin İptali Nedenleri”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, C:2, İstanbul 1982, s. 179-180.

¹²² KAPLAN (TUNCAY), s. 379.

¹²³ AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 112.

¹²⁴ R.G.4.10.1985; S: 18898.

¹²⁵ EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 254-255.

¹²⁶ SÖZER, A. , “Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları”, Adalet Dergisi, 1982, C.73, s.1051; AKYİĞİT, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, s. 44.

¹²⁷ ODAMAN, s. 7-8 (ODAMAN’a göre işverenin aday işçiye yakın zamanda hamile kalmayı düşünüp düşünmediğine ilişkin soru sorma hakkı vardır. Çünkü o anda hamile olmayan ve bunu doğru bir şekilde işverene beyan eden adayın, sözleşmenin kurulmasının hemen akabinde hamile kalması ihtimal dahilindedir ve bu durum adayı işyerine kabul eden işvereni zor durumda bırakarak, yine işin niteliğine göre sorumluluğuna yol açan durumlara sevk edebilecektir).

getirmesi de talep edilemez. Ancak belirtmek gerekir ki özellikle büyük işyerlerinde işçinin işe uygunluğunu belirlemek amacıyla işyerinin doktoru tarafından muayeneler yapılmaktadır. Uygulamada ise işçi adayı işe alınmama kaygısı nedeniyle bu tip muayenelere genelde rıza göstermektedir.

Esasen kanun koyucu tarafından muayene zorunluluğu öngörülmemiş durumlarda kadın adayların hamilelik testine rıza gösterme zorunlulukları bulunmamaktadır. İşyeri hekiminin yaptığı muayene sonucunda aday işçinin hamileliğini öğrenirse, yine elde ettiği sonucu adayın rızası ile işverene bildirebilecektir. İşçinin rızasının olduğu durumlarda dahi işyeri hekimi elde ettiği bulguyu ayrıntılı olarak değil, sadece işçinin sağlık durumunun genel olarak başvuru işi yapmaya uygun olup olmadığını bildirmekten ibarettir. Aksi takdirde hekim hakkında hukuki ve cezai sorumluluk söz konusudur¹²⁸.

3.1.4.1.4 Adayın eski hükümlülüğe ilişkin sorular

İş görüşmelerinde adayın eskiden hükümlü olup olmadığına, sabıkasına ilişkin sorular ifa edilecek işin niteliğine göre hukuka uygunluk taşır. Nitekim işin mahiyetine uygun olmayan sorular geçerli kabul edilmemelidir. Örneğin bankaya veznedar olarak alınacak bir kişinin zimmet suçundan, şoför olarak işe alınacak kişinin trafik suçlarından hüküm giymiş olması halinde durum böyledir¹²⁹. Nitekim Yargıtay'ın da bir kararında¹³⁰ işçinin, güvenlik görevlisi olarak işe girerken sabıkasını gizlemek suretiyle yalan beyanda bulunmasının işverene hizmet sözleşmesini haklı sebeple fesih yetkisi vereceği ifade edilmiştir. Bir iş görüşmesinde aday işçiden sabıka kaydının istenmesi ise kabul edilemez. Nitekim sabıka kaydında işin niteliği ile ilgili olsun olmasın, işçiye ait tüm sabıkalar gözükecektir. Bu durum yine özel hayata müdahale oluşturacak mahiyette kabul edilir¹³¹. Ancak uygulamada işyerleri tarafından işe giriş için istenen belgelerde adli sicil kaydına ilişkin belge istenmektedir.

Adaya sabıkası ile ilgili soru sorulabilmesi için sadece işin niteliği ile bağdaşması önem taşımaz. Aynı zamanda sabıkanın adli sicilden silinmemiş olması da şarttır. Nitekim sabıka kaydı silinmiş olan kimseye eskiden işlemiş olduğu suçlara ilişkin soru sorulamaz ve aday işçi kendisini sabıkasız olarak tanıtabilir¹³². Tüm hukuka uygunluk şartlarının var olması halinde, işveren işçiyi eskiden sabıkalı olduğu için işe almaz ise, sorumluluk meydana gelmez. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız kanun koyucu tarafından öngörülmüş olan “Eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu” altında ele alındığında aday işçiye sabıkası ile ilgili soru

¹²⁸ ERTÜRK, s. 70.

¹²⁹ AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 113; AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 45.

¹³⁰ Yargıtay 9.HD'nin 22.01.1998 tarihli 97/19393 E. , 98/432 sayılı kararı (ODAMAN, s. 8).

¹³¹ EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 255; KAPLAN (TUNCAY), s. 380.

¹³² REHBINDER, s. 755.

sorulması özellik göstermektedir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu m. 30 kapsamında adayın eski hükümlü olması halinde eski hükümlü olmak bir işe alınmama nedeni olamaz. Aksine işveren aday işçiyi işe almakla yükümlü olduğu gibi adayı işe almama durumunda da İş Kanunu m.101 uyarınca da yaptırımlara maruz kalacaktır.

3.1.4.1.5 Adayın dini inanç, parti, sendika üyeliğine yönelik sorular

İşverenin, işe başvuruda bulunmuş olan adaya; dini inancının ne yönde olduğu, siyasi düşüncesinin içeriği konusunda soru sorması mümkün değildir. 111 sayılı ILO sözleşmesi ile iş sözleşmelerinde ayrımcılık yasağı getirilerek, kişilerin dini inançlarına, politik görüşlerine ve diğer düşünce ve kanaat özgürlükleri nedeniyle ayrımcılığa uğramalarının engellenmesi amaçlanmıştır¹³³. Türk hukukunda öncelikle Anayasa m. 24 uyarınca herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Ayrıca m. 25 hükmü ile de düşünce ve kanaat hürriyeti güvence altına alınarak korunmaktadır. Yine Anayasa m. 68 ile vatandaşlara parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma hususlarında özgürlükler tanınarak; m. 15 ile de kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı vurgulanmıştır. Nitekim din, vicdan, düşünce ve kanaatler anayasal güvence altına alınmış sert çekirdek haklardandır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işe alımda dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerden dolayı ayırım yapılması Türk Ceza Kanunu m. 122 hükmü uyarınca cezai yaptırımlara yol açar. Bu nedenle iş görüşmesinde aday işçiye bu tip sorular sadece ifa edilmesi beklenen işin dini bir kurumda veya siyasi partide olması durumunda yöneltilebilecektir¹³⁴.

İşverenin göreve alma sırasında aday işçinin bağlı olduğu sendikaya ilişkin soru sorması da yine Anayasa m. 51 ile korunmakta olan sendikal hak ve özgürlüklerin zedelenmesine neden olur. Anayasa'ya paralellik gösteren Sendikalar Kanunu¹³⁵ m. 31'e göre de, işçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri/girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri/sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz. Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz. Dolayısıyla işverenin aday işçiye sendika üyeliğine ilişkin soruları geçersizdir. Mesleki birlik özgürlüğüne aykırı yazılı taahhütler, yani işverene karşı hiçbir sendikaya üye olunmadığına ilişkin ya da ileride girilmeyeceğine ilişkin borç altına girici açıklamalar batıldır¹³⁶. Ayrıca tüm bu bilgiler ışığında sendikal nedenle işe girişte ayrımcılık yapılması durumunda sorumluluğun sadece işverenler için değil, aynı zamanda işveren ile sözleşme yapan işçi

¹³³ Avrupa Birliği'nin 2007/78/EC ve 2000/43/EC sayılı yönergeleri de bu konularda ayrımcılığı yasaklamıştır.

¹³⁴ REHBINDER, s. 753.

¹³⁵ RG. 07.05.1983, S: 18040.

¹³⁶ EYRENCİ, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", s. 257.

sendikalarıdır¹³⁷. Sendikalar Kanunu m. 31 hükmünde işe girişte sendikal nedenle ayrımcılık yapılması durumunda işveren için hukuki yaptırım öngörülmeyp, sadece idari para cezası düzenlenmiştir¹³⁸.

3.1.4.1.6 Psikolojik uygunluk testleri ve grafolojik raporlar istenmesi

İşveren, işe alacağı aday işçinin becerisi, öğrenmeye yeteneği, konsantrasyonu, strese dayanıklılığı, sosyal ilişkilerdeki başarısı, dürüstlüğü, kişiliği hakkında bilgi edinmek için adayı çeşitli testlere tabi tutar. İşbu testler genel itibariyle psikolojik testler adı altında bilinmektedir ve dünyada işe alımlarda oldukça yaygındır¹³⁹. Çoğunlukla kişilik ve dürüstlük testleri olarak kendini gösteren psikolojik testlerde adayın, yazılı şekilde veya yüz yüze yapılacak görüşmelerde sözlü olarak kendisine yöneltilen soruları cevaplaması gerekmektedir. Bu açıdan yukarıda bahsetmiş olduğumuz işverence sorulan soruların sınırları, psikolojik testler için de geçerli olmalıdır.

Psikolojik testlerin geçerlilikleri konusunda kesin bir kanıya varmak mümkün değildir. Öncelikle psikolojik teste girecek aday işçinin rızasının alınması; buna ek olarak yapılacak olan testin amacı ve kapsamı konusunda adayın bilgilendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁰. Nitekim böyle bir test için sadece işçinin rızasını aramak, uygulamada işe kabul edilme kaygısı yaşayan adayların, bilinçsiz bir şekilde kendisine uygulanacak psikolojik testleri bilinçsizce kabul etmesine ve dolayısıyla özel hayatlarına müdahale edilmesine neden olacaktır¹⁴¹.

ILO'nun insan kaynaklarının gelişimi hakkında 150 sayılı tavsiye kararında da yeterlilik ve doğal yeteneklerin ölçümü için özel durumların gerekli kılması halinde, psikolojik testlerin kullanılabilceğini; testin ancak ilgili kişinin rızasıyla yapılabileceğini, kişisel özelliklerin değerlendirilmesinde bu testlere diğer yöntemlerin de eşlik etmesi gerektiğini hükme bağlamıştır¹⁴². Yine ILO'nun İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkındaki Uygulama Kodu ile aday işçilerin kendilerine uygulanacak psikolojik testi reddedebilecekleri güvence

¹³⁷ TUNCAY, C. , Toplu İş Hukuku, İstanbul 2010, s. 86.

¹³⁸ TUNCAY, C. , "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2007 (TUNCAY'a göre işçinin sırf sendika üyesi olması ya da sendikadan ayrılmadığı için işe alınmaması durumunda işverene tazminat talep edilemeyeceği belirtilmektedir. Bunun nedeni olarak, henüz bir iş sözleşmesinin kurulmamış olması ve ortada tazminatın hesaplanmasında göz önünde tutulacak bir ücretin mevcut olmaması vurgulanmaktadır).

¹³⁹ SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, s. 189.

¹⁴⁰ REHBINDER, s. 748; EYRENCİ, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", s. 257; ERTÜRK, s. 72-73.

¹⁴¹ ABD Kaliforniya temyiz mahkemesi, Soroka-Dayton Hudson Corporation davasında verdiği kararda, sadece doğru ve yanlış şeklinde yanıtlanması gereken testte bulunan, "Eminim ki sadece bir tek gerçek din vardır; günahlarının affedilmez olduğuna inanıyorum; kendi cinsiyetimden kişiler beni inanılmaz derecede cezbediyor gibi soruları işle ilgili olmayan hukuka aykırı sorular olarak nitelemiştir. (SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, s. 191).

¹⁴² <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>

altına alınmıştır. Uygulanacak testler ulusal ve uluslararası düzenlemeler ışığında ölçülülük ilkesi ile sınırlı ve amaca uygun olarak yapılmalıdır. Tüm bunlara ek olarak psikolojik testler bir uzmanlık işi olması nedeniyle, uzman kişiler tarafından uygulanmalı ve değerlendirilmelidir¹⁴³.

El yazısı ile kişilik arasında bağlantı kurulmasını sağlayan grafoloji bilimi¹⁴⁴, özellikle Avrupa ülkelerinde üst düzey yöneticilerin işe alınmalarında uygulanan bir yöntemdir¹⁴⁵. Aday işçinin karakterinin grafoloji yöntemi ile keşfedilmesi, özel hayata müdahale niteliğini haiz olması sebebiyle, rıza alınarak bu yönetime başvurulabilecektir. Aday işçiden hayat hikayesinin el yazısı ile gönderilmesinin istenmesi ve bunun aday işçi tarafından kabul edilmesi halinde grafolojik inceleme için örtülü olarak izin verilmiş sayılacağı kabul edilmektedir¹⁴⁶. Ancak kanımızca aday işçinin rızasından söz edebilmek için, işveren tarafça anlaşılır şekilde bir ön bilgilendirme yapılması gerekmektedir.

Gerek psikolojik test sonuçları gerekse grafolojik raporlar, işverenin mülkiyetindedir. İş görüşmeleri sonucunda başvurunun reddedilmesi halinde işverenin tüm bu belgeleri başvurana geri iade yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak işçi talep ederse işbu raporlar yok edilmek zorundadır. Nitekim işveren mutlak bir sır saklama yükümlülüğü altındadır ve işverenin yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda aday işçinin culpa in contrahendo uyarınca maddi ve manevi tazminat hakkı saklıdır¹⁴⁷.

3.1.4.2 Üçüncü kişilerden (dolaylı) bilgi edinme

3.1.4.2.1 Eski işverenden bilgi alma

İşverenin aday işçi ile ilgili, menfaatlerini zedelememek kaydıyla üçüncü kişilerden de bilgi edinebilir. Nitekim işverenin aday işçiye yöneltebileceği soruların sınırı, yine eski işverene sorabileceği soruların da sınırını oluşturmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki eski işverenin, işçi hakkında bilgi verme gibi bir yükümlülüğü yoktur. Her şeyden önce, eski işverenden bilgi

¹⁴³ EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 257.

¹⁴⁴ Grafoloji tekniğinin ruh bilimciler tarafından bilimsel nitelik taşımadığı ve bu nedenle de kullanılmaması gerektiği dile getirilmektedir. Ancak grafolojinin astroloji gibi diğer bilimsel olmayan yöntemlerle karşılaştırıldığında dünyada kabul edilen ve kullanılan bir yöntem olduğu açıkça görülmektedir (SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, s. 192).

¹⁴⁵ REHBINDER, s. 748.

¹⁴⁶ ERTÜRK, s. 73; REHBINDER, s. 748; EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 257. Karşı görüş için bkz: SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, s. 192-193.

¹⁴⁷ EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 258.

alınabilmesinin ön şartı olarak aday işçinin eski işyerinde çalışmasının sürüp sürmediğine ilişkin bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir.

İşçinin iş sözleşmesi devam ediyorsa, kendisinin rızası olmadıkça işvereninden bilgi alınmamalıdır¹⁴⁸. Nitekim işini değiştirmek amacı ile yeni bir işyerine başvurmuş olan işçinin hali hazırdaki işvereninden bilgi alınmak istenmesi, işçinin aleyhine sonuçlar doğuracaktır. İşçinin iş başvurusunda halen çalıştığını bildirmesi veya açıkça başvurunun saklı tutulmasının istendiği durumlarda, eski işverenden bilgi alınmaz. Meğerki aday işçi, yanında çalıştığı işvereni referans olarak göstermiş olsun¹⁴⁹. Yukarıdaki bilgilere kıyasen işçinin izni olmaksızın işverenden bilgi alınması durumunda, başvuruda bulunan işverene culpa in contrahendo uyarınca tazminat talebinde bulunulabilecektir. Aday işçinin işvereninden bilgi alınmasına rızası olur ise, işveren gözetme borcu yükümlülükleri nedeniyle işçi hakkında doğru bilgi vermekle yükümlüdür. Ayrıca yapılacak işle ilgisi olmayan bilgiler ve işçinin dini inanç, politik görüş ve sendika üyeliği hakkında özel hayata müdahale niteliğinde olan hususlar hakkında bilgi verilmesinden kaçınılmalıdır¹⁵⁰. İşverenin bilgi vermesi durumunda, işçinin hangi bilgilerin verildiğini, itiraz hakkını kullanabilmesi için işvereninden öğrenme hakkı bulunmaktadır¹⁵¹. Hakkında yanlış bilgilerin verilmesi halinde işçinin TMK m. 24 çerçevesinde men davası ve ayrıca maddi ve manevi tazminat davası açma hakkı gündeme gelecektir¹⁵².

İş ilişkisi sona ermiş ise, işveren kural olarak her zaman eski işverene başvurarak eski işverenden bilgi isteyebilir. Yine böyle bir durumda da eski işveren, işçi hakkında işin niteliği ile bağdaşan bilgiler vermeli; işçinin özel hayatına müdahale niteliğindeki bilgileri işveren ile paylaşmamalıdır. Aksi takdirde eski işveren işçinin uğradığı zararı haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin etmekle yükümlü olacak, sözleşme sonrası gözetme borcuna aykırılık nedeniyle müspet zararın giderilmesine yönelik eski işverene de talepte bulunabilecektir¹⁵³. Ancak işçinin talepte bulunabilmesi için, işe alınmamasında eski işverence verilen yanlış bilgilerin rol oynadığını ispat etmesi zorunludur¹⁵⁴.

3.1.4.2.2 Referans ve çalışma belgesi

¹⁴⁸ ILO'nun İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkındaki Uygulama Kodu uyarınca, ayırım yapmaksızın adaydan/işçiden başka bir kaynaktan, örneğin eski işverenden, bilgi toplama yoluna gidilmek istendiğinde, diğer hukuka uygunluk nedenlerine değil, işçinin açık rızasına dayanılması gerekmektedir. http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_engl.pdf (13.04.2012).

¹⁴⁹ EYRENCİ, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", s. 259.

¹⁵⁰ REHBINDER, s. 747.

¹⁵¹ ERTÜRK, s. 75-76.

¹⁵² Eğer adayın işverenine yöneltilen soru kişilik hakkını zedeleme olasılığını haiz ise, işverenin doğru cevap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. (SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, s. 160).

¹⁵³ EYRENCİ, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", s. 260; ERTÜRK, s. 76.

¹⁵⁴ Eski işverenlerce genellikle telefon vasıtasıyla bilgi verilmesi nedeniyle, yanlış bilgi verildiğinin ispat edilmesi neredeyse imkansız olmaktadır. (EYRENCİ, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", s. 260).

Günümüzde iş başvurularında aday işçiler, ifa edilecek iş için en uygun aday olduklarını göstermek amacıyla özgeçmişlerini sunmaktadırlar. Ayrıca işverenlerce özgeçmişin yanı sıra bir veya birden fazla işveren tarafından hazırlanmış referans mektubu da istenmektedir. İşe alınacak olan aday hakkında objektif bilgi edinmenin en kolay yollarından birisi talep edilen referanslardır.

Aday işçi hakkında bilgi edinmek adına referanstan farklı olarak “çalışma belgesi” de eski işverenden istenebilir. Çalışma belgesine ilişkin düzenlemeler İş Kanunu m. 28 ve TBK m. 426’da¹⁵⁵ (BK m. 335) yer almaktadır.

İşveren, işçinin isteği üzerine her zaman¹⁵⁶, işin türünü ve süresini içeren bir çalışma belgesi vermekle yükümlüdür (TBK m. 426/1). İşçinin açıkça istemde bulunması halinde, çalışma belgesinde işçinin iş görmedeki becerisi ile tutum ve davranışları da belirtilir (TBK m. 426/2). İş Kanunu m. 28’deki düzenleme uyarınca ise çalışma belgesinde işin çeşidi ve süresi hakkında bilgilerin yer aldığı belirtilmektedir. Esasen uygulamada işverenin talep üzerine vermekle yükümlü olduğu çalışma belgesinde, çalışılan işin türü, süresi, işçinin çalışma durumu, nitelikleri, davranışları ve işten ayrılma sebebi yer almalıdır¹⁵⁷.

İşverenin talep üzerine çalışma belgesi verme yükümlülüğünün doğması için, sözleşmenin sona erme nedeninin her hangi bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim sözleşme haklı veya haksız sona ermiş olsa bile İş Kanunu m. 28/1’de yer alan “işten ayrılan işçiye” tabiri ile ayrılma nedeni öneme alınmayarak, çalışma belgesinin verilmesi yükümlülük haline getirilmiştir¹⁵⁸. Çalışma belgesi verme yükümlülüğü emredici bir hüküm olup taraflar bunu sözleşme ile kaldıramaz ve değiştiremezler. Böylece kanun koyucu işçiyi bu anlamda ekonomik ve hukuki koruma altına almıştır¹⁵⁹.

Düzenlenecek çalışma belgesindeki tabirler keyfi olmamalı, işin niteliği ile ilgisiz olacak şekilde işçinin her özelliği yazılmamalıdır. Meğerki söz konusu davranışlar işçinin işe uygun oluşunu veya kişi olarak güvenilirliğini ciddi bir biçimde etkileyecek bir niteliği haiz olsun¹⁶⁰. Ancak önemle belirtilmelidir ki kişinin dini inanç, siyasi görüş ve sendika üyeliği hakkında bilgiler çalışma belgesinde belirtilemez.

¹⁵⁵ TBK m. 426’de hizmet belgesi olarak düzenlenmiş olan çalışma belgesine ilişkin düzenlemeler, BK m. 335’te şahadetname adı altında düzenlemeye konu olmuştur.

¹⁵⁶ Kanun koyucu tarafından konulmuş olan çalışma belgesinin “her zaman” verilebileceğine ilişkin düzenlemeden kasıt, işbu belgenin iş sözleşmesinin devamında veya sona ermesinde verilebileceği hususuna yöneliktir.

¹⁵⁷ EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, s. 261.

¹⁵⁸ AYDINLI, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, s. 116.

¹⁵⁹ ESENER, s. 260.

¹⁶⁰ ULUSAN, İ. , Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul 1990, s. 261.

Çalışma belgesinin zamanında verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veya işçiyi işe alan yeni işveren, eski işverenden tazminat isteyebilir (İş Kanunu m. 28/2, TBK m. 426/3). Ancak işçinin zarar tazmini talebinde bulunabilmesi için, yanlış bilgi yüzünden işe alınmadığını ispat etmesi zorunluluğu bulunmaktadır¹⁶¹.

3.2 İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA EHLİYETİ

3.2.1 Genel Kurallar

İş sözleşmesinin hukuka uygun bir şekilde kurulabilmesi için ilk şart, sözleşme taraflarının ehliyetlerinin olmasıdır. İş sözleşmesi ehliyeti işçi ile işverenin iş sözleşmesi yapma gücünü ifade etmektedir¹⁶². İş sözleşmesinde tarafların ehliyetleri, genel hükümler çerçevesinde incelenmelidir. Nitekim İş Kanunlarında düzenlenmeyen hususların yanı sıra, sözleşmeye taraf olacakların ehliyet durumları ve sözleşmenin kurulmasına ilişkin diğer hususlar da genel hükümlere tabidir¹⁶³.

Her insan hak ehliyetine sahiptir. Yani haklara ve borçlara sahip olmak bakımından bütün insanlar birbirine eşittir. Fakat herkes, sahip olduğu bu hakları bizzat kullanamadığı gibi borçlarını da bizzat kendisi yerine getiremez. Dolayısıyla bunları yapabilmek için hak ehliyetinin yanı sıra fiil ehliyetine de sahip olmak gerekir. Tam ehliyetli – ergin (onsekiz yaşını doldurmuş olmak TMK.m.11) ve sezgin (fiil ehliyetine sahip) - olan kişiler tartışmaya gerek olmaksızın, geçerli bir iş sözleşmesi yapabilirler. Türk Medeni Kanunu'na göre de, ayırt etme gücünü haiz ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti bulunmaktadır (TMK. m. 10). Kanun koyucu ayırt etme gücünün hangi hallerde bulunmadığını hususi olarak belirtmiştir. Buna göre; yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, ayırt etme gücüne sahiptir (TMK. m. 13). Buradan çıkaracağımız sonuç, iş sözleşmesi ehliyetinin, genel itibariyle hukuki işlem ehliyetinden her hangi bir farkının bulunmadığı yönünde olmalıdır¹⁶⁴.

¹⁶¹ Yarg. 9. HD'nin 05.07.1988 tarihli 1988/5681 Esas, 1988/5684 sayılı kararı.

¹⁶² TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 79.

¹⁶³ NARMANLIOĞLU, Ü. , İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 3. Bası, İzmir 1998, s. 147.

¹⁶⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 422; BAKIRCI, K. , Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2004, s. 156 vd.

İş sözleşmesi yapan taraflardan işverenin tüzelkişi olması halinde ise iş sözleşmesi, tüzel kişinin yetkili organı tarafından yapılır (TMK. m. 50)¹⁶⁵. Organ olarak hareket eden kimse, tüzel kişiliğin taraf olacağı bir iş sözleşmesi yapabilecektir. Belirtilmelidir ki, işveren tüzel veya gerçek kişi olsun, iş sözleşmesi yapma yetkisi kendisine verilmiş işveren vekili de işvereni temsilen iş sözleşmesi yapabilir. İşveren vekilinin yetkisi, yönetim konusunda kendisine verilen görev ve yetki ile sınırlıdır. Dolayısıyla bu kişinin, işçi ile iş sözleşmesi yapabilmesi için, bu yönde bir yetkiye sahip olması gerekir¹⁶⁶. Ancak işveren vekilinin görev ve yetki sınırları dışında bir iş sözleşmesi yapması halinde, işveren icazet verir ise, bu durumda her hangi bir engel olmadan sözleşme kurulmuş sayılacaktır (TBK. m. 46-BK m. 38).

Tam ehliyetli kişilerin yanı sıra, ayırt etme gücünü haiz küçük veya kısıtlı kişilerin iş sözleşmesi kurulabilmesi için, yasal temsilcilerinin (veli veya vasi) rızasıyla (izin veya icazet) bizzat kendilerince ya da onlar adına yasal temsilcileri tarafından yapılması şarttır. Genel kurallar çerçevesinde (TMK m. 359), çocuğun anne ve babasının veya vesayet organının açık ya da örtülü izni ile bir meslek ve sanatla uğraşması halinde, bunların ayrıca izin veya icazetine gerek kalmaksızın geçerli bir iş sözleşmesi yapabilir¹⁶⁷. Bunun yanı sıra, anne ve babanın çocuğun çıkarlarını zedelememek ve çocuğun ergin olmasına kadar ki süreçle sınırlı kalmak kaydıyla, çocuk adına iş sözleşmesi yapmaları mümkün olabilecektir. TUNÇOMAĞ, ülkemizde göz ardı edilmemesi gereken bir hususa da parmak basarak, “beslemelik ilişkisi” adı altında, anne ve babaların küçük çocuklarını yeme-içme ve barınmaları karşılığında, şehirdeki ailelerin yanlarına hizmetçilik etmeleri ve bazı meslekleri öğrenmeleri için göndermelerini örnek olarak sunmuştur¹⁶⁸.

Genel hükümlere göre, ayırt etme gücü olmayan kişilere değinecek olursak, bu kişiler yasal temsilcilerinin rızası dahi olsa, kendi başlarına iş sözleşmesi yapamazlar. Nitekim kanuni temsilcinin rızası ayırt etme gücünün eksikliğini giderecek mahiyete sahip değildir. Bu noktada sorulması gereken husus şudur: İş sözleşmesinde hangi tarafın ayırt etme gücünden yoksun olup olmadığının her hangi bir önemi olmadan yasal temsilcinin rızası geçerlilik kazanmayacak mıdır? Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesi işçi açısından kişisellik özelliği arz etmesinden ötürü ehliyete ilişkin genel kurallar özellikle işçi açısından önem taşımaktadır¹⁶⁹. Nitekim işçi ile işveren tarafları bir iş sözleşmesinin kuruluşu ve devamında aynı

¹⁶⁵ Tüzel kişilerin iradesinin açıklayacak organların belirlenmesi aşamasında kesin ve peşin bir ölçü vermek, organ kavramını sınırlamak genel olarak mümkün olmayabilmektedir. Nitekim tüzel kişinin amacının gerçekleşmesi için çeşitli kademelerde farklı görevleri icra etmek üzere farklı organlara ihtiyaç duyulabilir. Ayrıca unutmamak gerekir ki, bir organın görevinin başka bir organa devretmesi de olası ve mümkün bir durumdur.(NARMANLIOĞLU, s. 149.)

¹⁶⁶ SÜZEK, s. 269; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 422.

¹⁶⁷ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 90-91; NARMANLIOĞLU, s. 148.

¹⁶⁸ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.80.

¹⁶⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 423.

muamelelere tabi tutulamazlar. Eğer işçi ayırt etme gücünü haiz değilse, işçinin yasal temsilcisi de onun adına iş sözleşmesi yapamaz.

Diğer yandan işverenin ayırt etme gücünün olmaması durumunda, işverenin yasal temsilcisinin iş sözleşmesi yapma hakkı olacağı şüphesizdir¹⁷⁰. Örnek olarak; işyerinin/işletmenin miras yoluyla maliki olan işverenin, ayırt etme gücünden yoksun bir küçük veya akıl hastalığının olması ya da bitkisel hayata girmesi nedeniyle ayırt etme gücünü kaybetmesi durumlarında, işverenin yasal temsilcisinin iş sözleşmesi yapabilmesini gösterebiliriz¹⁷¹. Buradan çıkaracağımız sonuç, yukarıda da bahsi geçtiği üzere, bir iş sözleşmesinde işverenden ziyade, işçinin kişiliğinin önemli olduğu ve işin işçi tarafından bizzat ifasının gerektiğidir¹⁷².

Ehliyete ilişkin genel kurallar çerçevesinde değinilmesi gereken bir diğer husus ise kadınlara yönelik düzenlemelerdir. Şüphesiz ki, özellikle son on-on iki sene içerisinde gerek yasal düzenlemelerde gerekse uygulamada, kadın-erkek eşitliği konusunda ülkemizde büyük adımlar atılmıştır. Bu gelişmeler, kadına yönelik adaletsiz uygulamaları iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerde de bertaraf etmektedir. Yukarıda bahsi geçen tüm ehliyete ilişkin genel kurallar hiçbir ayırım gözetmeksizin kadınlara da uygulanmaktadır. Bir kadın, medeni durumu ne olursa olsun, ergin ve ayırt etme gücünü haiz olması durumunda iş sözleşmesi yapmaya tam ehildir.

1982 Anayasası m. 48'e göre; herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Buna ek olarak madde 49'a baktığımızda "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır." hükmü ile çalışma özgürlüğüne ilişkin hiçbir cinsiyetçi ayrımcılığın olmadan, herkese tanınmış olduğu görülmektedir. Nitekim Anayasa m. 10'da da; herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu hükme bağlanmış, 2004 senesinde yine bu hükme eklenen fıkra ile de; kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu; devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu vurgulanmıştır.

¹⁷⁰ AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 115.

¹⁷¹ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 13.

¹⁷² İZVEREN, A. / AKI, E. , İş Hukuku 1, İzmir 1999, s. 162.

Türk Medeni Kanunu'nda sadece kadınlara değil, erkekleri de kapsayacak şekilde eşlerden her birinin diğerinden izin almasına gerek olmaksızın (işçi veya işveren olarak) her hangi bir meslek veya işle uğraşmak için sözleşme yapabilecekleri belirtilmiştir. Ancak böyle bir şeyin aile içinde olumsuzluğa yol açmaması için her bir eş iş ve meslek seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararının da gözetilmesi gerektiği şartına yer verilmiştir (TMK m. 192). Buna ek olarak, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi de yapabilir (TMK m. 193).

Oysaki eski Medeni Kanun m. 159 hükmü yürürlükteyken, evli kadınların eşlerinin izni olmaksızın bir iş veya sanatla iştigal edemeyecekleri hükme bağlanmıştı. Yine bu hükme göre kocanın izni olmaması halinde kadın, bir iş veya sanatla uğraşmasının birliğin veya bütün ailenin çıkarına olduğunu ispat ederse izin hakim tarafından verilebilirdi¹⁷³. Bu hüküm Anayasaya aykırı bulunarak, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir¹⁷⁴. Anayasa Mahkemesinin kararına göre; bu hüküm anayasanın güvence altına almış olduğu temel hak ve özgürlüklere, özellikle çalışma özgürlüğüne aykırılık taşıdığı, evli kadınların da bu özgürlüklerden yararlanması gerektiği sebeplerine dayanılarak iptal edilmiştir. Eski Medeni Kanun'un iptal edilen 159. Maddesi yürürlükteyken, doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşler ve uygulamalar söz konusuydu.

Baskın görüşe göre¹⁷⁵, bu maddenin evli kadının iş sözleşmesi ehliyetini sınırlayıcı nitelikte olmadığı, bu maddenin amacının daha çok mal birliği veya ortaklığı uygulanan hallerde kocanın mali çıkarlarını korumak, genel olarak da kadının evlilik birliğine karşı görevlerini boşlamasını önleyerek birliğin devamını sağlamak olduğu; evli kadın ile iş sözleşmesi yapılmasını yasaklayan bir hükme kanunların yer vermediği; izni olmaksızın çalışmasını sürdüren kadın için de bir yaptırım öngörülmediği vurgulanmaktaydı. Diğer görüş¹⁷⁶ ise, madde 159'un, evli kadının ehliyetini sınırlayıcı bir özellikte olduğunu savunmaktaydı. Dünden bu güne, gerek Anayasa Mahkemesi'nce kaldırılmış olan bu hüküm, gerekse yeni Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre, artık evli kadının ehliyeti her hangi bir özellik arz etmeyip, diğer kişilerde olduğu gibidir. Sonuç olarak iş hukukunda da eşler eşit haklara sahiptirler.

¹⁷³ Bu hüküm yürürlükte bulunduğu sırada da, kocanın eşinin çalışmasına izin vermemesi halinde, keyfiyet noter kanalı ile ilan edilmedikçe, kadının işçi veya işveren sıfatıyla yaptığı iş sözleşmesi iyiniyetli kimseler bakımından geçerli sayılıyordu. (NARMANLIOĞLU, s. 150).

¹⁷⁴ Anayasa Mahkemesi 29.11.1990 E. 30 K.31 (*Resmi Gazete*, Temmuz 1992 S.21272).

¹⁷⁵ TUNÇOMAĞ, K. , İş Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1989, s.93; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 116; MOLLAMAHMUTOĞLU, H. , Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995, s. 50; Aynı yönde karar için bkz: Yarg. 4. HD. 26.11.1975 E.5781 K. 6442 (TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Genel Esasları, s.93).

¹⁷⁶ SAYMEN, F. / ELBİR, H. , Türk Medeni Hukuku, C:3, Aile Hukuku, İstanbul, 1957, s. 134.

3.2.2 Özel Kurallar

Sanayi Devrimi ile birlikte kadın ve çocuk işgücüne olan talebin artmış olmasıyla birlikte, devletler sanayileşmenin ilk dönemlerinde çalışma yaşamına müdahale etmemişlerdir. Bu dönemde, işçi-işveren ilişkilerinin ferdi ilişkilerle çözülmeye çalışılması¹⁷⁷, aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, en çok toplumun zayıf halkası haline getirilmiş olan çocukların ve kadınların mağduriyetiyle sonuçlanmıştır.

İş sözleşmesinde tarafların ehliyetlerine yönelik bahsi geçmiş olan genel kuralların yanı sıra, iş hukukunda özellikle, iş sözleşmesi yapma hakkından yararlanılabilmesi için tarafların ehliyetlerine önemli bazı özel hükümler getirilerek, ehliyetlerin sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. İş Sözleşmesi ehliyetine getirilmiş olan özel kurallar İş Kanunuyla sınırlı olmamakla birlikte, farklı düzenlemelerle ele alınmıştır.

Özel kurallar ile medeni haklardan yararlanma ehliyeti sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlandırma, söz konusu özel kuralların ceza yaptırımlarıyla donatılmış kamu düzenine ilişkin yasaklar öngörmesi sonucu meydana gelmektedir¹⁷⁸. Gerek Anayasa, gerekse medeni kanundaki hükümlerden açıkça, her insanın hak ehliyetini haiz olduğu ve buna göre bütün insanların hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşit oldukları vurgulanmaktadır. Ancak özellikle İş hukukunda bazı hallerde eşitlik ilkesinin farklı bir açıdan ele alınması gerekir. Şöyle ki, eşitlik ilkesinin en geniş şekliyle ele alınıp, mutlak bir şekilde uygulanması iş ilişkilerinde eşitsizliklere neden olacaktır.

İş Hukukunda hak ehliyetine getirilen sınırlamalar işte bu noktada pozitif (olumlu) ayrımcılıkla aynı amaca hizmet etmektedir. Nitekim pozitif ayrımcılık; belli alanlarda az temsil edilen gruplara fırsat eşitliği sağlamak amacıyla bazı ayrımcılıklar yapılmasını sağlayan program veya politikalar¹⁷⁹. Dezavantajlı gruplar herkesin rahatça kullanabildiği bazı hakları çeşitli sebeplerden dolayı kullanamayabileceği için; onlar ancak bazı özel bir takım haklara sahip olurlarsa çoğunlukla gerçekten eşit olma şansını yakalayabilecekleri düşüncesiyle yapılır. Kanun koyucunun olumlu mahiyette, kimi sükeleri koruma amacıyla hak ehliyetine sınırlamalar getirmesi de yine zayıf tarafın korunmasına hizmet etmektedir.

¹⁷⁷ GÜNDÜZ, S. , “ Türkiye’de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 22, S: 1-2-3, Şubat/Mayıs/Ağustos 2009, s. 2.

¹⁷⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 424.

¹⁷⁹ YILDIZ (SERATLI), İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.83.

3.2.2.1 Küçüklere ilişkin kurallar

Çocuklara ilişkin iş hukuku kuralları-ki bizim özellikle ehliyet açısından ele alacağımız kurallar- çocukların korunmasında, iş güçlerinin sömürülmesinin engellenmesinde başrolde yer almaktadır. Çocukların işçi olarak çalıştırılmaları her zaman onların ucuza çalıştırılmaları ve eğitimden yoksun bırakılmaları risklerini taşımaktadır. Bu nedenle çalışan çocukların korunmasında belirli yaştaki küçük çocukların çalıştırılmasının yasaklanması en önemli araçtır. Tarihsel sürece de bakıldığında çocukların işgücünün sömürülmesi, tepkilere yol açmış ve ilk işçi hareketine kaynaklık etmiştir. İşçi haklarının ve iş hukukunun gelişiminde başlangıç noktası, çocukların iş güçlerinin acımasızca sömürülmesinden dolayı on dokuzuncu yüzyılda doğan sosyal tepki olmuştur¹⁸⁰.

Çocukların korunmasına yönelik hükümlere geçmeden önce, çocuk tanımının ve buna ilişkin kriterlerin aydınlatılmasında fayda görüyoruz. Çocuk tanımı, tarihte toplumların yapılarına, kültürlerine, inançlarına, ekonomilerine göre değişen bir kavramdır. Bu nedenle evrensel bir çocuk tanımı yapılamamaktadır. Genel olarak çocukluk dönemini gençlik döneminden ayırmakta yaş faktörü kullanılmaktadır¹⁸¹. Uluslararası sözleşmeler ile ülke mevzuatlarının içerdiği ve kabul ettiği belirli yaş sınırları bulunmaktadır.

Çocuklarla ilgili genel bir düzenleme olan ve Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)¹⁸² ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim bu sözleşme sadece çocuklara yönelik genel düzenlemelere değil, aynı zamanda çalışan çocuklara yönelik hükümlere de yer vermiştir. İşbu sözleşmede "...çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır" denilerek, çocuğun tanımı yapılmıştır.

Bu tanım, esasen iş hukukunki çocuk, yani çalışan çocuk kavramıyla farklılıklar göstermektedir. Nitekim aşağıda daha ayrıntılı olarak bahsedeceğimiz üzere; iş hukukunda asgari çalışma yaşından küçükler, çocuk; çalıştırılmasına izin verilmekle birlikte on sekiz yaşından küçükler ise, genç olarak adlandırılır. Bunun yanı sıra, kanunlar tarafından çalıştırılmasına izin verilmemesine karşın, uygulamada fiilen çalıştırılmış olanlar da, fiili bir iş ilişkisinin doğumu nedeniyle işçilik haklarından yararlandıkları için günlük yaşamda çocuk işçi olarak nitelendirilmektedirler¹⁸³.

¹⁸⁰ SEROZAN, R. , Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 304.

¹⁸¹ DİNÇ, M. , "Çocuk ve Genç İşçilerin İş Güvenliği Yönünden Korunması", T.C. Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Osman SARI), Sakarya 2008, s. 4.

¹⁸² Türkiye bu sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 11.12.1994 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 4058 sayılı kanunla onaylanmıştır.

¹⁸³ CENTEL, T., "Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye" Kamu-İş Dergisi, C: 4, S: 2, s. 182.

Çocuk ve yetişkini ayırt etmede göz ardı edilmemesi gereken bir diğer kıstas ise, iş yasalarının içerdikleri sınırların eğitim ile ilgili yasal düzenlemeler ile paralellik göstermesi gerektiğidir. Mecburi eğitim ile ilgili bir düzenleme aynı zamanda iş yasasındaki minimum çalışma yaşını da ortaya koymaktadır¹⁸⁴. Böylelikle zorunlu eğitim yaşı ile en az çalışma yaşı arasında sağlanan paralellik sayesinde çocuk ve gençler iş ortamının beraberinde getirdiği risklere karşı belli bir yaşa kadar korunmakla kalmayacak, aynı zamanda çalışma yaşına gelene kadar alacakları eğitim ile de geleceklerine yön verebileceklerdir.

Türk mevzuatındaki küçüklere ilişkin ehliyeti sınırlayan kurallar ; 24 Nisan 1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu¹⁸⁵ m. 173/1, m. 176; 4857 sayılı İş Kanunu m. 71/1, m.72, m.85 (1457 sayılı eski İş Kanununda m. 67/1,2, m.68, m.78) olarak gösterilebilir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (UHK) m. 173/1'e göre; on iki yaşından aşağı çocukların fabrika, imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde işçi ve çırak olarak çalıştırılmaları yasaktır. Bu hüküm ile güdülen amaç düşünüldüğünde, sanayi ve maden işleri dışında da on iki yaşından küçüklerin çalıştırılmaması gerektiği sonucu çıkarılmalıdır¹⁸⁶. Ancak, maden işlerine ilişkin asgari bir sınır getirmiş olan bu hüküm, eski İş Kanunu m. 67'nin işçilere yönelik asgari yaş sınırını getirmiş olmasıyla birlikte, çalışma yaşını düzenleyici etkisini de kaybetmiştir¹⁸⁷. Ayrıca 4857 sayılı yeni İş Kanunu m. 71'in de eski İş Kanunu m. 67'ye kısmen de olsa paralellik gösterdiği ve asgari yaş sınırını düzenlediği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, İş kanunu kapsamı dışında olan ve özel düzenlemelere de bağlı olmayan işlerde uygulama alanı bulan UHK açısından 16 yaşından küçük işçiler çocuk işçi sayılmakta, 16 yaşından büyük olanlar yetişkin işçi kabul edilmektedir.

UHK. m.176'da ise, on sekiz yaşından küçüklerin bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda çalıştırılmasının mahalli belediyelerce yasaklanacağı belirtilmiştir. Her ne kadar bu maddede sınırlı sayıda yer belirtilmişse de, maddenin genel olarak eğlence iş yerlerini kapması gerektiği düşüncesindeyiz. Daha sonra yürürlüğe girmiş olan 4 Temmuz 1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu¹⁸⁸ m. 12/2'ye göre bu gibi işyerlerinde yirmi bir yaşından küçük kadın ve erkeklerin çalıştırılmayacağı hükmü getirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre; on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmaları yasaktır. Ancak kanun koyucu bu hükme istisna getirerek on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi

¹⁸⁴ BAŞTAYMAZ, T. ; 6-5 Yaş Bursa'da Çalışan Çocuklar Üzerine Bir Araştırma, İstanbul 1990, s.11.

¹⁸⁵ RG. 06.05.1930, S:1489.

¹⁸⁶ CENTEL, T. , Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul, 1982, s. 137.

¹⁸⁷ CENTEL, “ Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye”, s. 188.

¹⁸⁸ RG. 14.07.1934, S:2751.

tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak *hafif işlerde*, bu maddede belirtilen sürelerle çalıştırılmalarını mümkün kılmıştır(m. 71)¹⁸⁹. İş Kanunu m. 71/1 ile getirilmiş olan genel asgari çalışma yaşı yanında kanun koyucunun kimi işler için belirli bir yaşın doldurulmuş olması koşulunu aradığı görülmektedir. Nitekim 72. Maddeye göre maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltında veya sualtında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkeklerin çalıştırılmaları yasaktır. Yine sanayiye ait işlerde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmaları yasaklanmıştır (İş Kanunu m. 73/2).

Ayrıca İş Kanunu m. 85'e göre de, ağır ve tehlikeli işlerde ancak on altı yaşını doldurmuş genç işçiler ve çocuk işçilerin çalıştırılabilecektir. 85. Maddenin 2. fıkrasında ise, hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla on altı yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir denmiştir. İşbu yönetmelik 16/06/2004 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği olup, 4. maddesine göre, yönetmeliğe ekli çizelgede karşısında (Gİ) harfleri bulunmayan işlerde 16 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış genç işçilerin çalıştırılmaları yasaktır (Yönetmelik m.4). Yine aynı madde hükmüne göre, karşısında (Gİ) harflerinin bulunduğu işlerde genç işçilerin çalıştırılması halinde, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınır.

İş Kanunu hükümlerine bakıldığında, “genç işçi” tabirinin on beş yaşını tamamlamış, on sekiz yaşını bitirmemişler, “çocuk” tabirinin ise on beş yaşından küçükler için kullanıldığını söyleyebiliriz¹⁹⁰. İş Kanunu m.71'e göre çıkarılmış olan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG. 06/04/2004, No.25425) m. 4'e göre de, genç işçi 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış kişi; çocuk işçi ise, 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi olarak tanımlanmıştır. Çocuk işçilerin çalıştırılabilecekleri hafif işler Yönetmelik Ek-1'de¹⁹¹; genç işçilerin

¹⁸⁹ 1457 sayılı İş Kanunu m. 67/2, 4857 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak; çocukların sağlık ve gelişmelerine, okul veya mesleki eğitim ve mesleğe yönelme programlarına yahut öğrenimden yararlanma yeteneklerine zarar vermeyecek nitelikteki hafif işlerde 13 yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılabileceğini kabul ediyordu.

¹⁹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 426.

¹⁹¹ EK-1.Düşme ve yaralanma tehlikesi olabilecek şekilde çalışmayı gerektirecek olanlar hariç meyve, sebze, çiçek toplama işleri, Kümes hayvanları besiciliğinde yardımcı işler ve ipek böcekçiliği işleri, Esnaf ve sanatkarların yanında satış işleri, Büro hizmetlerine yardımcı işler,Gazete, dergi ya da yazılı matbuatın dağıtımı ve satımı işleri (yük taşıma ve istifleme hariç),Fırın, pastane, manav, büfe ve içkisiz lokantalarda komi ve satış elemanı olarak yapılan işler,Satış eşyalarına etiket yapıştırma ve elle paketleme işleri,Kütüphane, fuar, panayır ve sergi yerlerinde yardımcı işler (yük taşıma ve istifleme hariç),Spor tesislerinde yardımcı işler, Çiçek satışı, düzenlenmesi işleri.

çalıştırılabilecekleri işler Ek-2'de¹⁹²; her iki grubun çalıştırılmayacakları işler ise Ek-3'de¹⁹³ sayılmaktadır. Görülmektedir ki on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin de, İş Kanunu'nun yukarıda belirtilen hükümlerinde yer alan yaş sınırlamalarına ve Kanunun öngördüğü diğer sınırlamalara uymak şartıyla, iş sözleşmesinin tarafı olmaları mümkündür¹⁹⁴.

Kanun koyucu, yasal temsilcilerinin onayı olsa dahi, on dört yaşından on sekiz yaşına kadar (on sekiz yaş da dahil olmak üzere) çocuk ve genç işçilerin işe alınmalarından önce sağlık denetiminden geçmelerini, işin niteliği ve şartlarına göre vücut yapılarının dayanıklı olduğunun bir raporla belirtilmesini zorunlu kılmıştır. Ayrıca, bunların on sekiz yaşını dolduruncaya kadar altı ayda bir defa aynı şekilde doktor muayenesinden geçirilerek bu işte çalışmayı sürdürmelerine bir sakınca olup olmadığının kontrol ettirilmesi gerekmektedir. Hazırlanan bütün raporlar işyerinde saklanacak ve yetkili memurların denetiminde istendiğinde kendilerine verilecektir (İş Kanunu m. 87).

Çocuk işçiliği, oldukça hassas ve önemli bir konudur. Dolayısıyla ülkelerin; mevzuatlarında yaptıkları çalışmaların yanı sıra, uluslararası alanda da kendilerini göstermeleri gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nin imzalamış olduğu uluslararası sözleşmelere değinmemiz gerekirse; ilk olarak çocuk işçilerin ehliyetlerine yönelik sözleşmelerden yukarıda da bahsi geçmiş olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi¹⁹⁵

¹⁹² EK-2. Meyve ve sebze konserveçiliği, sirke, turşu, salça, reçel, marmelat, meyve ve sebze suları imalatı, meyve ve sebze kurutmacılığı ve işlenmesi işleri, helva bulama, ağda, pekmez imalatı işleri, Kasaplarda yardımcı işler, Çay işleme işleri, Çeşitli kuru yemişlerin hazırlanması işleri, Küçükbaş hayvan besiciliğinde yardımcı işler, Süpürge ve fırça imalatı işleri, Elle yapılan ağaç oymacılığı, kemik, boynuz, kehribar, lüle taşı, Erzurum taşı ve diğer maddelerden süs eşyası, düğme, tarak, resim, ayna, çerçeve, cam ve emsali eşya imalatı işleri, Toptan ve perakende satış mağaza ve dükkanlarında satış, etiketleme ve paketleme işleri, Büro işyerlerinde büro işleri ve yardımcı işler, İlaçlama ve gübreleme hariç çiçek yetiştirme işleri, İçkili yerler ve aşçılık hizmetleri hariç olmak üzere hizmet sektöründeki işler, Diğer giyim eşyası, baston ve şemsiye imalatı işleri, Yiyecek maddelerinin imalatı ve çeşitli muamelelere tabi tutulması işleri, Yorgancılık, çadır, çuval, yelken ve benzeri eşyaların imalatı ve dokuma yapmaksızın diğer hazır eşya imalatı işleri.. vb.

¹⁹³ EK-3. 4857 sayılı İş Kanununun 69 uncu maddesinde belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işler, Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işler, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde 18 yaşını doldurmamış kişilerin çalışmasının yasaklandığı işler, Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği kapsamındaki işler, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşlerkında Yönetmelik kapsamında yer alan işler, Alkol, sigara ve bağımlılığa yol açan maddelerin üretimi ve toptan satış işleri, Parlayıcı, patlayıcı, zararlı ve tehlikeli maddelerin toptan ve perakende satış işleri ile bu gibi maddelerin imali, işlenmesi, depolanması işleri ve bu maddelere maruz kalma ihtimali bulunan her türlü işler,Gürültü ve/veya vibrasyonun yüksek olduğu ortamlarda yapılan işler, Aşırı sıcak ve soğuk ortamda çalışma gerektiren işler ile sağlığa zararlı ve meslek hastalığına yol açan maddeler ile yapılan işler, Radyoaktif maddelere ve zararlı ışınlarla maruz kalınması ihtimali olan işler,Müteharrik makineler kullanılarak yapılan işler, Fazla dikkat isteyen ve aralıksız ayakta durmayı gerektiren işler, Parça başı ve prim sistemi ile ücret ödenen işler, Para taşıma ve tahsilat işleri, İş bitiminde evine veya ailesinin yanına dönmeye olanak sağlamayan işler (eğitim amaçlı işler hariç)...vb.

¹⁹⁴ ÖĞÜZ, T. , “Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar”, Sicil Dergisi, Mart 2008/9, s. 23; On sekiz yaşından küçük çocukların ise çıraklık sözleşmesi adı altında çalıştırılmaları söz konusu olabilmektedir. Çıraklık ve Mesleki Eğitimi Kanunu m. 10'a göre çıraklığa başlama yaşı açısından on üç yaşın tamamlanmış, fakat on dokuz yaşın doldurulmamış olması şartını aramıştır. Çıraklık ilişkisine dayanılarak, küçüklerin ucuz ve nitelikli işgücü olarak kullanılmaları eleştirilen bir durumdur. Nitekim çıraklık sözleşmesi iş ilişkisi mahiyetinde sayılmamakta ve dolayısıyla çırak olan küçüklerin iş sözleşmesinin getirdiği koruma hükümlerine tabi olmaması çocukların mağduriyetine yol açmaktadır. (SEROZAN, s. 306; Daha ayrıntılı bir çalışma için bkz: UŞAN, F., Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994).

¹⁹⁵ Türkiye bu sözleşmeyi 17.09.1990 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 11.12.1994 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 4058 sayılı kanunla onaylanmıştır.

gösterilmelidir. Bu sözleşmenin 32. maddesinde uluslararası belgelere yollamada bulunulmuş, taraf devletlerin işe kabul için bir ya da birden fazla asgari yaş tespit edeceklerini öngörülmüştür.

Bunun yanı sıra, yine Türkiye'nin onaylamış olduğu ILO Anayasası çocuk işçilere yönelik önemli bir adımdır. Çocukların işçiliğiyle ilgili ILO'nun yaklaşık 30 civarında sözleşme ve tavsiye kararı bulunmaktadır. Türkiye bu sözleşmelerden bazılarını onaylamıştır. Türkiye'nin onayladığı sözleşmeler ve onay tarihleri aşağıda belirtilmiştir.

Bu sözleşmeler: 15 Sayılı Trimci ve Ateşçi Sıfatıyla Gemilerde İşe Alınacakların Asgari Yaşının Tespitine Dair ILO sözleşmesi¹⁹⁶ (Bu sözleşmeye göre on sekiz yaşından aşağı kimselerin ateşçi ve trimci olarak gemilerde çalıştırılmayacağı hükme bağlanmıştır.); 45 Sayılı Her Nevi Maden Ocaklarında Yeraltı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkındaki ILO Sözleşmesi¹⁹⁷; 58 Sayılı Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkındaki ILO Sözleşmesi¹⁹⁸ (Bu sözleşmeye göre on beş yaşından küçük çocukların gemilerdeki işlerde çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir.); 59 Sayılı Sanayi İşyerlerine Alınacak Çocukların Asgari Yaş Sınırını Belirleyen ILO Sözleşmesi¹⁹⁹ (Bu sözleşmede on beş yaşın altındaki çocukların kamu ve özel sektör sanayi işletmelerinde çalıştırılmayacakları düzenlenmiştir); 77 Sayılı Çocukların ve Gençlerin İşe Elverişlilikleri Yönünden Sağlık Muayenesine Tabi Tutulmaları Hakkındaki ILO Sözleşmesi²⁰⁰; 115 Sayılı İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkındaki ILO Sözleşmesi²⁰¹ ; 123 Sayılı Yeraltı Madenlerinde İşe Alınmada Asgari Yaş Hakkındaki ILO Sözleşmesi²⁰² (Bu sözleşmenin hükümlerine göre asgari yaş hiçbir şekilde on altı yaştan aşağı olamaz.); 127 Sayılı Tek İşçinin Taşıyabileceği Yükün Azami Ağırlığı Hakkındaki ILO Sözleşmesi²⁰³; 138 Sayılı İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşme²⁰⁴ (Bu Sözleşmeye göre; her üye ülkenin asgari yaş sınırını belirleyeceği fakat asgari yaş sınırının zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında ve her halükarda on beş yaşın altında olamayacağı; gelişmemiş ülkelerin

¹⁹⁶ Türkiye bu sözleşmeyi 25.05.1959 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 02.06.1959 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 7292 sayılı kanunla onaylanmıştır.

¹⁹⁷ Türkiye bu sözleşmeyi 09.06.1937 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 23.06.1937 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 3229 sayılı kanunla onaylanmıştır.

¹⁹⁸ Türkiye bu sözleşmeyi 25.05.1959 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 02.06.1959 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 7293 sayılı kanunla onaylanmıştır.

¹⁹⁹ Türkiye bu sözleşmeyi 26.11.1992 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 12.12.1992 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 3849 sayılı kanunla onaylanmıştır.

²⁰⁰ Türkiye bu sözleşmeyi 16.08.1983 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 18.08.1983 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 2878 sayılı kanunla onaylanmıştır.

²⁰¹ Türkiye bu sözleşmeyi 07.03.1968 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 23.03.1968 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 1033 sayılı kanunla onaylanmıştır.

²⁰² Türkiye bu sözleşmeyi 08.05.1991 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 21.05.1991 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 3729 sayılı kanunla onaylanmıştır.

²⁰³ Türkiye bu sözleşmeyi 30.11.1972 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 07.12.1972 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 1635 sayılı kanunla onaylanmıştır.

²⁰⁴ Türkiye bu sözleşmeyi 23.01.1998 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 27.01.1998 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 4334 sayılı kanunla onaylanmıştır. 138 Sayılı Sözleşmenin kabulünü takiben, 59 ve 123 sayılı Sözleşmeler yürürlükten kalkmıştır.

başlangıçta asgari yaşı on dört olarak belirleyebilecekleri (m.2); doğası veya yapıldığı koşullar bakımından genç kişilerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü istihdam veya çalışmaya kabul için asgari yaşı on sekiz yaşın altında olamayacağı; belirli koşullarda on altı yaşından itibaren istihdamlarına ve çalışmalarına izin verilebileceği (m.3/1); ulusal mevzuatla 13-15 yaşlarındaki kişilerin sağlıklarına veya gelişmelerine zarar verme ihtimali bulunmayan, okula devamlarını, mesleğe yöneltme veya mesleki eğitim programlarına katılmalarını veya derslerden yararlanmalarını engellemek koşuluyla hafif işlerde istihdam ve çalışmalarına izin verilebileceği (m. 7/1) düzenlenmiştir.); ve son olarak 182 Sayılı Çok Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesidir²⁰⁵.

Sonuç olarak, Türkiye Cumhuriyeti'nin onaylamış olduğu uluslararası sözleşmeler ile mevzuatındaki hükümlerin uyumlu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²⁰⁶. Ancak bu duruma istisna oluşturacak uyum sağlamayan düzenlemelerin varlığı da mevcuttur. Bu düzenlemeler; UHK m. 173/1 ile Gemi Adamlarının Yeterliliği ile Sayısı Hakkında Tüzük m. 20/bent A,1,2 (Tüzüğün işbu hükümleri, 15 sayılı ILO Sözleşmesinin getirmiş olduğu 18 yaş sınırına aykırı olarak 16 yaşını dolduranların da ateşçi olabileceğini öngörmüştür.) hükümleridir. Yine UHK düzenlemeleri tüm işler bakımından en az çalışma yaşını onbeş olarak belirlemiş olan 138 sayılı ILO sözleşmesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bundan dolayı 1930'dan beri yürürlükte olan UHK'nun bu hükmünün değiştirilmesi gerekmektedir²⁰⁷. Ancak belirtmek gerekir ki; İş Kanunu m. 71'in gerekçesinde çocuk ve genç işçilerin çalışma yaşı ve çalışma esaslarının Avrupa Birliği'nin 2 Haziran 1994 tarihli ve 94/33 sayılı Yönergesine göre çalışma yaşı ve çalışma esasları getirildiği belirtilmiştir. Böylece 4857 sayılı İş Kanunu'nda küçüklerin ehliyetine ilişkin düzenlemelerin uluslararası düzenlemelere paralelliği vurgulanmıştır.

İş Sözleşmesinin kuruluşunda gerek mevzuatta gerekse uluslararası metinlerde küçüklerin yaşlarına ilişkin getirilmiş sınırlamalar farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bir görüşe göre²⁰⁸; düzenlemeler ile getirilmiş yaş sınırı bir ehliyet kuralı değil, çalışma yasağıdır. Buna dayanak olarak, zaten Türk Medeni Kanunu ile getirilmiş olan genel ehliyet kurallarının bu hususu düzenlemiş olduğunu ve yaşa ilişkin getirilmiş olan özel düzenlemelerin ise iş düzenini etkilediği belirtilmiştir. Diğer görüş ise²⁰⁹; yaş sınırının bir çalışma yasağı olarak değil, ehliyetin sınırlandırılması olduğunu öne sürmektedir. Nitekim bizim de katıldığımız bu

²⁰⁵ Türkiye bu sözleşmeyi 25.01.2001 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 27.06.2001 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 4623 sayılı kanunla onaylanmıştır.

²⁰⁶ CENTEL, “Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye”, s. 189.

²⁰⁷ AKYÜZ, E. , Çocuk Hukuku, Ankara 2010, s. 342.

²⁰⁸ AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 117; ELBİR, H. , İş Hukuku, İstanbul 1987; s. 66; DEMİRCİOĞLU, M. / CENTEL, T. , İş Hukuku – Bireysel İş Hukuku Toplu İş Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2009, s. 90 vd.

²⁰⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 429; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, s. 52; ÇELİK, s. 116 vd.

ikinci görüŖe göre, düzenlemelerle getirilmiŖ olan yaŖa iliŖkin sınırlamalar nedeniyle asgari yaŖın altındaki küçükler iŖ sözleşmesi yapma hakkını haiz olmayacak; asgari yaŖ sınırında veya üstünde olan küçükler ise kanunen yasak olmaması koŖuluyla iŖ sözleşmesinin tarafı olabilecektir. Dolayısıyla kanun koyucu, gerek çalıŖma gerekse sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişilere tanınmıŖ olan iŖ sözleşmesinin tarafı olma hakkından küçükleri yoksun bırakarak, onların hak ehliyetini sınırlandırmaktadır.

3.2.2.2 Cinsiyete iliŖkin kurallar

Uluslararası hukukun standartlarına uygun olarak, yasal düzenlemelerle kadın iŖçinin çalıŖma yaşamında korunmasına iliŖkin özel koruyucu hükümler getirilmiŖtir. Yukarıda küçüklere iliŖkin özel düzenlemelerde bahsi geçen 4857 sayılı İŖ Kanunu m. 72 ve m. 85 hükümleri kapsamına kadınlar da girmektedir.

İŖ Kanunu m. 72 hükmünde kadınların yer ve su altında çalıŖtırılmamaları öngörülerek; maden ocakları ile kablo döŖemesi, kanalizasyon ve tünel inŖaatı gibi yer altında veya su altında çalıŖılacak iŖlerde her yaŖtaki kadınların çalıŖtırılmaları yasaklanmıŖtır. Kadınların yer ve su altında çalıŖtırılmasını yasaklayan bu hükmün yerinde olduğu açıktır²¹⁰. Zira yeraltı iŖlerine özgü yan iŖlerin birçoğunda, basınçlı ve titreŖimli aletler kullanılmakta ve bunların kadınların genetik organlarına oldukça zararlı oldukları kanıtlanmıŖtır. Ayrıca kadınların erkeklere göre daha dar kapasiteli bir solunum sistemine sahip olmaları nedeniyle de yüksek ısılı iŖlerde çalıŖtırılmalarına sınırlamalar getirilmiŖtir²¹¹.

İŖ Kanunu m. 73'ün dayanağı Anayasa m. 50 hükmüdür. Ayrıca bu düzenlemeye paralel olarak kimsenin yaŖına, gücüne ve cinsiyetine uygun olmayan bir iŖte çalıŖtırılmayacağı ve kadınların, çalıŖma Ŗartları bakımından özel olarak korunacağına iliŖkin olan ülkemiz tarafından da onaylanan 45 sayılı "Maden Ocaklarında, Yer altı iŖlerinde Kadınların ÇalıŖtırılması Hakkındaki" ILO sözleşmesinde kadınları koruyucu hükümler yer almaktadır.

Bir diğer önemli husus ise, kadın iŖçilerin gece çalıŖtırılmalarına yönelik düzenlemelerdir. Gece çalıŖmaları gündüz çalıŖmalarına nazaran daha yorucu ve yıpratıcıdır. Aynı zamanda aile iliŖkileri açısından da bazı yönden önem taşıyabilmektedir. Bundan dolayıdır ki, İŖ Kanunu gece çalıŖmalarına yönelik hükümleri daha farklı bir açıdan ele almıŖ, kadın iŖçilere

²¹⁰ ALTAN, Ö. , "Kadın İŖçiler ve Türkiye'de Kadın İŖçilerin 1475 Sayılı İŖ Kanununa göre Korunması", EskiŖehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, No.:224-147, EskiŖehir 1980, s. 145; FETTAH, M. , "İŖ ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İŖçilerin Korunması", T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (DanıŖman: Prof. Dr. Tankut CENTEL), İstanbul 2006, s. 62.

²¹¹ YÜKSEL (ONARAN), M., KarŖılaŖtırılmalı Hukuk IŖığında Türk İŖ Hukukunda Kadın-Erkek EŖitliđi, İstanbul 2000, s. 172).

ilişkin sınırlamalara yer vermiştir²¹². Bu konuya ilişkin olarak düzenlenmiş olan 4857 sayılı İş Kanunu m. 73, 1457 sayılı Kanun m. 69/1'in aksine sadece on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılmasının yasak olduğunu düzenlemiş; kadınların gece çalıştırılmaları hususunda mutlak bir sınırlama getirmemiştir. Bunun yanı sıra, m.73/2'de ise on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılabilmelerine olanak tanınmıştır. Sonuç olarak görmekteyiz ki; 1475 sayılı Kanun m. 69 ile her yaştaki kadınlar için getirilen sınırlama, kadın-erkek eşitliği dikkate alınarak kaldırılmış, gece çalıştırma yasağı sadece çocuk ve genç işçiler için kabul edilmiştir. Kanımızca bu değişiklik yerinde bir düzenleme olmuştur.

Nitekim eskiden kadınlara yönelik daha sıkı sınırlamaları olan İş Kanunu kadınları korumak amacıyla düzenlenmiş olsa da; bu sınırlamalar kadınların erkeklerle eşit fırsatlarda iş bulma imkanlarından yararlanmalarını engellemekte ve mesleki seçim haklarını kullanmalarını zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla kadınları korumak amacıyla getirilmiş olan katı kuralların esnekleştirilmesi işin niteliğine göre yerinde bir tutum olacaktır. ILO'nun 1944 tarihli Philadelphia Bildirgesinde, kadınların fizyolojik ve biyolojik yapıları gereği özel olarak korunmasının temelinde, bu farklılıkları sebebiyle mağdur edilmesinin engellenmesinin yattığı; ancak kadınların biyolojik işlevlerini tehlikeye sokacak işlerde çalışmasının yasaklanması konusunda koruyucu düzenlemelerin bilimsel ve teknolojik ilerlemeler ışığında her zaman yenilenmesinin gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Aynı şekilde ILO'nun 1975 tarihli Çalışma Konferansında kabul ettiği, Çalışan Kadınların Eşit Hak ve Fırsatlara Sahip Olmasının Teşvik Edilmesi Konusundaki Olumlu Eylem Programında, her iki cinsin de eşit çalışma korumasına sahip olması gerektiği belirtilmiş, kadın işçilere yönelik özel koruyucu düzenlemelerin bilimsel veriler ve yeni teknolojik gelişmeler doğrultusunda denetlenmesini, ulusal şartların da göz önünde bulundurularak, söz konusu hükümlerin değiştirilmesini, genişletilmesini ve daraltılmasını ve giderek her iki cinsi de içine alarak düzenlenmesini öngörmüştür.

Dolayısıyla Kadının psikolojik, fizyolojik ve biyolojik farklılıkları düşünülerek getirilmiş, tıbbi açıdan zorunluluğu kanıtlanmış, kadınların ve neslin sağlığını koruyan ve iş güvenliğini sağlayan düzenlemeler ise kadınların çalışma yaşamında fırsat eşitliğini zedeleyen düzenlemeler olarak görülmemelidir²¹³. Bu hususa ilişkin en iyi dayanak ise, 4857 sayılı Kanun m. 85/2'dir. İşbu hükme göre; hangi işlerin ağır ve tehlikeli sayılacağı, kadınların

²¹² KANDEMİR, M. , “4857 Sayılı İş Kanununun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri”, A. Can Tuncay'a Armağan, 2005, s. 425.

²¹³ YÜKSEL, s. 174; TUNÇOMAĞ, K. , “Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadının Durumu”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, 101 vd.

hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na hazırlanacak bir yönetmelikte²¹⁴ gösterileceği belirtilmektedir.

Ayrıca 4857 sayılı Kanun m. 86/1'e göre "Ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak işçilerin iş girişinde veya işin devamı süresince en az yılda bir, bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı oldukları işyeri hekimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırası ile en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı, hükümet veya belediye hekimleri tarafından verilmiş muayene raporları olmadıkça, bu gibilerin işe alınmaları veya işte çalıştırılmaları yasaktır. Sosyal Sigortalar Kurumu işe ilk giriş muayenesini yapmaktan kaçınmaz." Bu hüküm ile kadın ve erkek arasında her hangi bir ayırım yapılmamış ve hükümden tüm işçilerin yararlanması öngörülmüştür. Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde²¹⁵ hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağına liste halinde tespit edildiğini belirtmiştik. Buna göre "Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği"ne ekli çizelgede gösterilen işlerden kadın çalıştırılabilecek işler için, işin karşısına (K) harfi konularak belirtilmiştir (Yön. m. 9). Çizelgede karşısında (K) harfi bulunmayan işlerde kadın çalıştırılması yasaktır (Yön. m. 4).

3.2.2.3 Yabancılara ilişkin kurallar

1960lı yılların başında yurtdışına –özellikle Avrupa ülkelerine- işçi ihraç eden Türkiye, son yıllarda ve özellikle 1991-1992 yıllarından itibaren, yurtdışından işgücü ithal etmeye başlamıştır. Yabancı işçi ithal nedenleri, genellikle teknik eleman eksikliğinden ve çevre ülkelerin vatandaşlarına uygulamakta olduğu siyasi ve ekonomik uygulamaların (Özellikle SSCB ve doğu bloku ülkelerinin dağılması vb.) yansımalarından kaynaklanmaktaydı²¹⁶.

Türkiye'de yasal yollarla çalışan yabancıların yanı sıra, kaçak işçi sorunu da dikkat çekmektedir. Örneğin sadece 2000 yılında 95.000 kaçak göçmen Avrupa ülkelerine geçiş yapmak amacıyla Türkiye'ye kanundışı yollarla giriş yapmıştır²¹⁷. Özellikle Türkiye Doğu ve zengin Batı arasında bir geçiş noktası olmakta, dolayısıyla insan tüccarlarının AB'ye yönelik uluslararası insan ticaretinde bir köprü vazifesi görmektedir²¹⁸. Bu gerekçenin yanı sıra kaçak göçmenlerin Türkiye'de çalışma istekleri de yadsınamaz bir gerçektir. Bu durumun en önemli nedeni Türkiye'nin içinde bulunduğu ekonomik ve siyasi sıkıntılara rağmen özellikle

²¹⁴ Bu yönetmelik 4857 sayılı İş Kanunu m. 119 uyarınca, Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde çıkarılacağı öngörüldüğü halde, 16 Haziran 2004 tarihinde 2549 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir.

²¹⁵ 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı Kanundan farklı olarak, ağır ve tehlikeli işler ile ilgili tüzük değil, yönetmelik çıkartılmasını öngörmektedir. 4857 sayılı Kanun geçici m. 2, 1475 sayılı Kanuna göre yürürlükteki tüzük ve yönetmeliklerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin yeni yönetmelik çıkarılıncaya kadar yürürlükte kalacağını belirtmektedir.

²¹⁶ CENGİZ (Urhanoglu), İ. , "Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti", Çalışma ve Toplum, S: 19, 2008/4, s. 187.

²¹⁷ IOM, International Organization for Migrants, IOM Report on Irregular Migration in Turkey, Geneva.

²¹⁸ EKİN, N. , " Küreselleşmenin İki Yüzü: İstenmeyen Kaçak Göçmenler- Davetli Bilgi İşçileri", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:17, S:2, Kasım 2001, s. 12.

de Türkiye'ye sınırı olan devletlerin vatandaşları için istikrarlı demokrasisi ve büyümeye devam eden ekonomisiyle komşularına oranla çekiciliğini korumaya devam etmesidir²¹⁹. Tüm bu gelişmeler ışığında ve özellikle Türkiye'nin Avrupa Birliğine uyum sürecinde görülmektedir ki kanun koyucunun yabancı işçilerin çalışma izinleri konusunda yenilik yapma ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Günümüzde devlet sınırlarının yabancılara açık olması nedeniyle, yabancıların vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları ülke dışındaki bir ülkeye girerken veya girdikten sonra kendilerine uygulanacak hukuki rejim önem kazanmaktadır²²⁰. Nitekim yabancıların, bir ülkenin vatandaşları gibi aynı hukuki rejime tabi tutulmaları düşünülemez. Bunun nedeni, vatandaşların sahip oldukları hak ve özgürlüklerin yanı sıra, vatandaşlık görevlerinin de mevcudiyetidir. Devlet işte bu yüzden yabancıların temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaları konusunda sınırlamalar getirmiştir²²¹. Nitekim belirtmek gerekir ki; Yabancıların Türkiye'de bazı iş veya mesleklerde çalışması kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve ekonomik açıdan vatandaşları koruma düşüncesiyle kanunlarla sınırlandırılmıştır. Örneğin; Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun²²² ile yabancıların Türkiye'de doktorluk, dişçilik, ebelik, hastabakıcılık yapması; Avukatlık Kanunu²²³ ile avukatlık yapması; Kabotaj Kanunu²²⁴ ile de, dalgıçlık, kaptanlık, tayfalık gibi işlerde çalışması yasaklanmıştır²²⁵. Zira Türkiye'de Avrupa ülkelerine nazaran gerek kamusal alanda gerekse kamu yararına yönelik kısıtlamaların daha geniş bir yelpazede düzenlendiği görülmektedir²²⁶.

Yabancıların çalışma izinleri konusunda köklü değişiklikler yapılmıştır²²⁷. 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun²²⁸ (YÇİHK) ile bu alanda tamamen yeni bir sisteme geçilmiştir. Ancak 4817 sayılı Kanunun yetmiş yıl sonra yürürlükten kaldırmış

²¹⁹ KESER, H. , “ Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancı Kaçak İşçilik”, Kamu-İş (Prof. Dr. Kamil TURAN'a Armağan) C:7, S:2, 2003, s. 361-365; HUYSAL, B. , “4817 Sayılı Kanun Kapsamında Türkiye'de Yabancıların Çalışma İzinleri”, Prof. Dr. Ayferi Göze'ye Armağan. İstanbul 2004/1-2, s. 442.

²²⁰ ÖKÇÜN, G. , “Yabancıların Çalışma Hürriyeti”, 2. Bası, Ankara 1998, s. 3.

²²¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 430.

²²² RG. 14.4.1928 S:863.

²²³ RG. 7.4.1969 S:13168.

²²⁴ RG. 28.4.1926 S:358.

²²⁵ Eczacılık, gözlükçülük, veterinerlik, amelelik, iskele ve rıhtım hamallığı, gazete ve dergilerin sorumlu yazı işleri müdürlüğü, gümrük komisyonculuğu da yabancılar tarafından Türkiye sınırlarında yapılması engellenen mesleklerdir (ERGİN, H. , “Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007/4, s. 1373; OKUR, Z. : "Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakları", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999 s. 329-332).

²²⁶ LÖSCHNIGG, G. / HEKİMLER, A. , Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukununun Temel Esasları, Ankara 2011, s.66.

²²⁷ ALP, M. , “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 53, S:2, Ankara 2004, s.33.

²²⁸ RG. 06.03.2003, S:25040.

olduğu 1932 tarihli ve 2007 sayılı Türkiye’de Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanunu²²⁹ kısaca incelemekte de fayda vardır.

2007 sayılı Kanun’da yabancıların Türk vatandaşlarına tahsis edilmiş olan işlerde çalışmaları yasaklanmıştı (m. 1). Bakanlar Kurulu kararı ile izin verilmedikçe çalışamayacakları işler sayılmış (m. 2); Türk vatandaşlarına tahsis edilmemiş işlerde yabancıların çalışmasının, gerektiğinde Bakanlar Kurulu kararı ile yasaklanabileceği düzenlenmişti (m. 3). Yasağa rağmen çalışan yabancı, mahallin en büyük mülki amiri tarafından çalışmaktan alıkonduğu gibi sulh mahkemesince para cezasına da mahkum ediliyordu (m. 6).

Yürürlükte bulunduğu dönemde 2007 sayılı kanunun uygulanmasında gözle görülür şekilde eksiklikler mevcuttu. Yabancıların Türkiye’de çalışmasına getirilen sınırlamalar ilk olarak 1950’lerde yapılan bazı düzenlemeler ile yumuşatılmıştır. 1980’lerden itibaren ise yabancıların çalışma esaslarına ilişkin 2007 sayılı Kanuna istisnalar getirilmiş ve sınırlamalar büyük ölçüde kaldırılmıştır. Bu alanda önce Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ile bu Kanun gereğince kurulan teşebbüslerin etüt, kurulma ve işletme devrelerinde 2007 sayılı kanundaki yasakların üst düzey ve teknik personel açısından uygulanmayacağı öngörülmüştür (m 7). Ayrıca yabancı yatırımların teşviki kapsamında yabancı personel çalıştırılabilmesi yolu da açılmıştır. Daha sonra çıkan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararnamesi ve bu kararname hakkındaki Tebliğ²³⁰ ile Türkiye’de özel sektörde istihdam edilecek yabancı uyruklu idari ve teknik personele, yeterli bilgiye sahip olmaları kaydı ile çalışma izni verileceği belirtilmiştir. Serbest Bölgeler Kanununa²³¹ göre de, serbest bölgelerde faaliyet gösteren işyerlerinde, Serbest Bölgeler Genel Müdürlüğünden izin alınarak yabancı uyruklu yönetici ve vasıflı personel çalıştırılabilmesi mümkündür (m 10). 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda²³² ise, gerekli belgeyi alan kuruluşlarda nitelikli uzman personel ve sanatkar statüsündeki yabancıların, belirli bir oranı aşmamak kaydı ile 2007 sayılı Kanundan istisna edilerek istihdam edilebilecekleri açıkça belirtilmiştir.

2007 sayılı Kanun döneminde geçerli sisteme yöneltilecek önemli bir eleştiri de mevzuatın eskiliği ve dağılımı yüzünden, yabancı kaçak işçiliğin ülkemizde önlenememesi olmuştur. Gerçekten de bu dönemde yabancıların çalışma hakkıyla ilgili doğrudan ya da dolaylı düzenlemelerin 71 yasaya dağıldığı ve 13 farklı makamın izin vermekte yetkili olduğu, yasalarda açıkça yasaklanmayan işlerde ise çalışma izninin kolayca verildiği belirtilmektedir²³³.

²²⁹ RG. 16.06.1932, S:2126.

²³⁰ RG. 15.06.1985, S:18785.

²³¹ RG. 06.05.1930, S:1489.

²³² RG. 16.03.1982, S:17635.

²³³ ALP, s. 36.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, pek çok eleştiriye konu olmuş 2007 sayılı kanunu yürürlükten kaldıran 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunda Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe yabancıların Türkiye'de bağımlı ya da bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin almaları gerektiği hükme bağlanmıştır (m. 4). Bu hükmün devamında 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 izninin işe başladıktan sonra da verilebileceği belirtilmiştir (m. 4/2).

Görüldüğü üzere Kanun; çalışanları bağımlı ve bağımsız çalışanlar olmak üzere ikiye ayırmakta ayrıca “bir işveren yanında meslek eğitimi gören yabancıları” ve “yabancı çalıştıran gerçek ve tüzel kişileri” muhatap almaktadır (m. 2). Kanun koyucu özellikle yapmış olduğu bağımlı ve bağımsız çalışan hususlarını açıklama gereği duymuş ve kanunda bağımlı çalışanı, gerçek veya tüzel kişiliği haiz bir veya birden fazla işveren emrinde ücret, aylık, komisyon ve benzeri karşılığı çalışan yabancı olarak; bağımsız çalışanı²³⁴ ise, başka şahısları istihdam etsin veya etmesin kendi ad ve hesabına çalışan yabancı olarak tanımlamıştır (m. 3)²³⁵.

4817 sayılı Kanun m. 2'de belirtmiş olduğu bağımlı ve bağımsız çalışanlar kategorisine giren yabancıların tamamını kapsamamakta, bazı yabancıları bu kanunun uygulaması dışında tutmaktadır. Bu nedenden ötürü bu kanunun kapsamı dışında bırakılmış yabancılar, kendi özel hükümleri çerçevesinde işlem göreceklendir²³⁶. Hükümde belirtilmiş olan özel hükümlere tabi tutulacak yabancılar: Doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da Bakanlar Kurulu (Şuan İçişleri Bakanlığı) Kararı ile çıkma izni almak suretiyle vatandaşlıktan çıkanlar; Basın Kanununa göre çalıştırılacak muhabirler ile yabancı basın-yayın organları mensupları; Bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşlarınca kanunla verilen yetkiye dayanarak çalışma izni verilen veya istihdam edilenler; karşılıklılık ilkesi, uluslararası hukuk ve Avrupa Birliği hukuku esasları dikkate alınmak suretiyle çalışma izninden muaf tutulanlardır.

Kanun bir taraftan bazı kamu kurum ve kuruluşlarının sahip olduğu çalışma izni verme ve yabancı istihdam etme yetkisini uygulama kapsamı dışında tutarken, diğer taraftan bazı

²³⁴ 4817 sayılı Kanun madde 7 hükmü gereğince; bağımsız çalışacak yabancılarla, Türkiye'de en az beş yıl kanuni ve kesintisiz olarak ikamet etmiş olmaları koşuluyla Bakanlıkça bağımsız çalışma izni verilebilir.

²³⁵ 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, Türk Vatandaşlığı Kanununda düzenlenmiş olan “yabancı” tanımını tekrarlamıştır. Buna göre göre yabancı: vatansızları da içine alacak şekilde, Türk olmayan kişilerdir (m.3/2). Bunun dışında Türk Hukukunda “yabancı” kavramı ne Anayasada ne diğer mevzuatta tanımlanmıştır. Yabancı kavramının anlamı ve içeriği vatandaş kavramından hareketle bulunmaktadır. Devletler Hukuku Enstitüsünün 1892 Cenevre Toplantısında ise yabancı kavramı, “bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimse” olarak tanımlanmıştır. (ÇELİKEL, A. / GELGEL, G. ,Yabancılar Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2010, s. 17; AYBAY,R. Yabancılar Hukuku, İstanbul 2007, s.11-13; TEKİNALP, G. , Türk Yabancılar Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 6).

²³⁶ 4817 sayılı Kanun kapsamı dışında bırakılmış yabancıların tabi olduğu özel hükümlere yönelik ayrıntılı çalışma için bkz: KIRAL, H. , Yabancıların Türkiye'de Çalışma Esasları, Ankara 2006, s. 31 vd.

alanlarda çalışma izinlerini verme yetkisini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına devretmiştir. Bu bağlamda, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanununun 34. ve 35. maddeleri değiştirilmek suretiyle, bu kanun kapsamında düzenlenen çalışma izinleri verme yetkisi, Bayındırlık ve İskan Bakanlığından alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına devredilmiştir (YÇİHK, m. 26-27). Ayrıca Petrol Kanununun m. 119 değiştirilmek suretiyle bu kanun kapsamında düzenlenen çalışma izinlerini verme yetkisi Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığından alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına devredilmiştir (YÇİHK m. 28). Yine Özel Öğretim Kurumları Kanunu m. 21'e yeni bir fıkra eklenerek bu kanun kapsamında çalışma izinlerini verme yetkisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına verilmiştir (YÇİHK, m. 29). Son olarak Turizmi Teşvik Kanunu m. 18 ve 26 hükümleri değiştirilmek suretiyle bu kanun kapsamında düzenlenen çalışma izinlerini verme yetkisi Turizm Bakanlığından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına devredilmiştir (YÇİHK, m. 31-32). Görüldüğü üzere, tüm bu düzenlemelerden çıkarmamız gereken sonuç; 4817 sayılı Kanun ile yabancıların çalışma izinleri rejimi, yabancılara çalışma izinleri verme yetkisini büyük ölçüde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına vermekle birlikte, bazı durumlarda, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının mevcut yetkilerini muhafaza ettiğidir.

Yukarıda belirttiğimiz hususlar doğrultusunda Türkiye'de çalışmak isteyen yabancıların yetkili bakanlıktan izin alma şartları olduğu açıktır. Ancak kanun koyucu sadece izin şartını yeterli görmeyerek, çalışma iznini süreli ve süresiz olarak ayrıma tabi tutmuştur. Bu düzenlemeye göre; süreli çalışma izni 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 ve belirli bir meslekte çalışmak üzere en çok bir yıl geçerli olmak üzere verilir. Ayrıca bu bir yıllık izin süresi aynı işyeri veya işletme ve aynı meslekte çalışmak üzere üç yıla kadar; üç yıllık kanuni çalışma süresinin sonunda ise aynı meslekte ve dilediği işverenin yanında çalışmak üzere, çalışma izninin süresi altı yıla kadar uzatılabilir. Türkiye'ye çalışmak üzere gelen bir yabancıların beraberinde veya daha sonra getirmiş olduğu eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına da, yabancıların kendisi ile birlikte en az beş yıl kanuni ve kesintisiz ikamet etmiş olmaları kaydıyla süreli çalışma izninin verilmesi mümkün olur (YÇİHK , m. 5). Süresiz çalışma izni ise; Türkiye'de en az sekiz yıl kanuni ve kesintisiz ikamet eden veya toplam altı yıllık kanuni çalışması olan yabancılarla, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler dikkate alınmaksızın ve belirli bir işletme, meslek, mülki veya coğrafi alanla sınırlandırılmaksızın verilebilir (YÇİHK m. 6).

Acaba çalışma izni sürelerini öne sürerek bir işveren iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılmasını sağlayabilir mi? Gerek 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunda, gerekse 4857 sayılı İş Kanununda iş sözleşmesi yapılmak istenen kişinin sırf

“yabancı” olması nedeniyle sözleşmenin belirli süreli olmalı gerektiğine ilişkin açık hüküm yoktur. Dolayısıyla yabancılarla da, Türk vatandaşlarında olduğu gibi ancak objektif nedenlerin varlığı halinde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecek, aksi takdirde sözleşme belirsiz süreli sayılacaktır²³⁷.

Süreli veya süresiz çalışma iznine ilişkin düzenlemelere kanun koyucu bazı istisnalar getirmiştir. Bu düzenlemeye göre kanunda öngörülen sürelerle gerek olmaksızın çalışma izni verilebilecektir. Bu kişiler; bir Türk vatandaşı ile evli olan ve eşiyle Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan veya evlilik birliği en az üç yıl sürdükten sonra sona ermiş olmakla birlikte Türkiye’de yerleşmiş olan yabancılar²³⁸ ile bunların Türk vatandaşı eşinden olan çocukları, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun²³⁹ 19, 27 ve 28 inci maddeleri çerçevesinde Türk Vatandaşlığını kaybedenler ve bunların füruu, Türkiye’de doğan veya kendi millî kanununa, vatansız ise Türk mevzuatına göre rüşt yaşını doldurmadan Türkiye’ye gelen ve Türkiye’de meslek okulu, yüksekokul veya üniversiteden mezun olan yabancılar, 2510 sayılı İskân Kanununa göre muhacir, mülteci veya göçebe olarak kabul edilen yabancılar²⁴⁰, Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşları ile bunların Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşı olmayan eş ve çocuklarına²⁴¹, yabancı devletlerin Türkiye’deki büyükelçilikleri ile konsolosluklarında ve uluslararası kuruluşların temsilciliklerinde görevli diplomat, idarî ve teknik personelin hizmetinde çalışanlar ile karşılıklılık ilkesi çerçevesinde olmak ve görev süresiyle sınırlı kalmak üzere Türkiye’de bulunan büyükelçilikler, konsolosluklar ve uluslararası kuruluşların temsilciliklerinde görevlendirilen diplomatların ve idarî ve teknik personelin eş ve çocukları²⁴², bilimsel ve kültürel faaliyetler amacıyla bir ayı aşan ve sportif faaliyetler amacıyla dört ayı aşan süre ile geçici olarak Türkiye’ye gelecek yabancılar, kanunla yetki

²³⁷ CANBOLAT, s. 216.

²³⁸ 4817 sayılı Kanun ve Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde bahsedilen “yerleşmiş yabancı” kavramı, gerek pasaport Kanunu gerekse Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunda yer almayan yeni bir kavramdır. Ülkemiz yabancılar hukukunda, uzun süreli ikamet eden yabancılar için diğer ülke hukuklarında rastlanılan “ daimi oturma hakkı”, “ daimi yerleşim hakkı” gibi kavramlar yer almamaktadır. Zira ülkemiz yabancılar hukuku ikamet izinleri açısından bir yabancıyı Türkiye’deki ikamet süresi ne kadar uzun olursa olsun geçici bir konumda kabul etmektedir (KIRAL, s. 44; ÇİÇEKLİ, B. , Yabancıların Çalışma İzinleri, Ankara 2004, s. 48).

²³⁹ RG. 12.06.2009, S:27256.

²⁴⁰ Kanun hükmünde anılan muhacir, mülteci veya göçebeler, göçmen vizesi alarak ülkeye giriş yaptıktan sonra kendilerine göçmen işlemi yapılarak göçmen belgesi verilen, ancak henüz vatandaşlık işlemleri tamamlanmamış olan kişilerdir. Bu kapsamda yapılan çalışma izni talepleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından İçişleri Bakanlığınca aktarılarak, alınacak görüş doğrultusunda sonuçlandırılır.

²⁴¹ 4817 sayılı Kanun ve Kanunun Uygulama Yönetmeliği madde 50/2’ye göre “Avrupa Ekonomik Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyinin 1/80 sayılı kararının, bu yabancıların iş piyasasına girmeleri ile ilgili daha lehte olan 6ıncı ve 7inci maddelerinin hükümleri, söz konusu Kararın 11. Maddesiyle bağlantılı olarak saklıdır” düzenlemesiyle AB vatandaşlarına çalışma izni verilmesinde 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının lehte olan hükümlerine öncelik uygulanacağı belirtilmiştir. (AB vatandaşlarına tanınan imtiyazların yönetmelik yerine 4817 sayılı kanunda düzenlenmesi gerektiği yönünde eleştiriler mevcuttur. ALP, s. 51-52). Türkiye AET arasında imzalanan Ankara Antlaşması, Katma Protokol ve Ortaklık Konseyi kararlarından doğan belgelerin sağladığı hak ve kolaylıklar prensipte karşılıklılık esasına göre tanınmıştır. Dolayısıyla bu belgeler sadece AB’deki Türkler için değil, Türkiye’deki AB vatandaşları için çalışma hak ve özgürlüğü açısından kolaylıklar sağlamaktadır. (ÖZKAN, I. , Yabancıların Çalışma Hürriyetleri ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı,1997, s. 113-122; ERGİN, s.1366).

²⁴² Bu kapsamdaki yabancıların izin başvuruları Dışişleri Bakanlığı kanalıyla yapılır.

verilen bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarınca sözleşme veya ihale usulleriyle mal ve hizmet alımı, bir işin yaptırılması veya bir tesisin işletilmesi işlerinde çalıştırılacak kilit personel niteliğindeki yabancılardır (YÇİHK , m. 8). Çalışma izninden muaf tutulan yabancılara, istekleri halinde Bakanlıkça çalışma izni muafiyet teyit belgesi verilir (YÇİHK , m. 10).

Türkiye dışında ikamet eden yabancılar ise, çalışma izni başvurularını buldukları ülkelerdeki Türkiye Cumhuriyeti temsilciliklerine yaparlar. Temsilcilikler bu başvuruları doğrudan Bakanlığa iletirler. Bunun akabinde, Bakanlık ilgili mercilerin görüşlerini alarak başvuruları değerlendirir (bu değerlendirmeyi aynı kanunun 5. maddesinde düzenlenmiş olan hususlar çerçevesinde gerçekleştirir.); durumu uygun görülen yabancılara çalışma izni verir. Bu izin ancak gerekli çalışma vizesi ile ikamet izninin alınması halinde geçerlidir. Çalışma izin belgesini alan yabancıların, bu belgeyi aldıkları tarihten itibaren en geç doksan gün içinde ülkeye giriş vizesi talebinde bulunmaları, ülkeye giriş yaptıkları tarihten itibaren en geç otuz gün içinde İçişleri Bakanlığına ikamet tezkeresi almak için başvurmaları zorunludur (YÇİHK, m. 12/1). Ayrıca Türkiye’de geçerli ikamet izni olan yabancılar veya bunların işverenleri başvurularını doğrudan Bakanlığa yapabilirler (YÇİHK , m. 12/2). Çalışma izinleri, ikamet sahibi yabancılar veya bunların işverenlerinin Bakanlığa yazılı talebi üzerine, bu Kanun ve bu Kanuna göre çıkarılan yönetmelik hükümlerine göre verilir ve uzatılır (YÇİHK, m. 12/3). Başvurular Bakanlık tarafından en geç doksan gün içinde cevaplandırılır (YÇİHK, m. 12/son).

Çalışma izinlerinin Bakanlıkça sınırlandırılabilmesi de mümkündür. Nitekim iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür koşullarının gerekli kıldığı hallerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, işkolu veya mülkî ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilmesi hükme bağlanmıştır (YÇİHK, m. 11). Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bu sınırlandırmayı gelişmelere ve taleplere bağlı olarak re’sen yapabilmektedir²⁴³.

Çalışma izni talebi YÇİHK m. 14 ve 4817 sayılı Kanun ve Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 21’de sayılan durumların mevcut olması halinde reddedilir. Bu haller; iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ve istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişikliklerinin çalışma izni verilmesine elverişli olmaması, başvuru için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunması, yabancıların geçerli bir ikamet tezkeresinin bulunmaması, bir işyeri, işletme veya meslek için izin talebi reddedilen yabancıların aynı işyeri, işletme veya aynı meslek için izin talebinin reddedildiği tarihten itibaren bir yıl geçmeden yeniden izin talebinde bulunması, yabancıların

²⁴³ 4817 sayılı Kanun ve Kanunun Uygulama Yönetmeliği m.20

çalışmasının millî güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlâk ve genel sağlık için tehdit oluşturması şeklinde sayılmıştır. Bunların dışında, yabancıların çalışamayacakları iş ve mesleklere dair hükümler çerçevesinde ve ilgili ulusal ve uluslararası mevzuata aykırı hareket edildiğinin tespiti halinde, çalışma izni veya çalışma izni uzatma başvuruları reddedilir. Ayrıca çalışma izninin iptalini gerektiren durumların varlığı halinde de, çalışma izni başvuru ve uzatma talepleri reddedilecektir²⁴⁴.

Çalışma izni taleplerinin reddinin yanı sıra; 4817 sayılı YÇİHK m. 15 ve 16 ile 4817 sayılı Kanun ve Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 22, 23 ve 24 hükümleri çalışma izinlerinin iptali ve çalışma izinlerinin hangi hallerde geçerliliğini kaybedeceğine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Bu hükümlere göre; yabancı, YÇİHK m. 11’de düzenlenen süre, sektör, meslek, işkolu, mülki veya coğrafi alan sınırlamalarına aykırı olarak çalışması; Kanunun 13. maddesi gereğince, yabancıların çalışmalarına izin verilmeyen meslek, sanat veya işlerle ilgili yasaklamaları ihlal ederek çalışmış olması; 14. maddesinde düzenlenmiş olan çalışma izninin reddini gerektiren nedenlerin varlığı; yabancı, ya da işverenin çalışma izni talep dilekçesinde eksik veya yanlış bilgi verdiğinin sonradan tespit edilmesi; yabancı, ulusal mevzuata ve ilgili mercilerin mevzuat ve düzenlemelerine aykırı şekilde çalışması, iptal nedenlerindedir (YÇİHK m. 15).

Bu nedenlere ek olarak; Yabancı, ikamet tezkeresinin herhangi bir nedenle geçersiz hale gelmesi ya da geçerlilik süresinin uzatılmaması, yabancı, pasaportunun veya pasaport yerine geçen belgesinin geçerlilik süresinin uzatılmaması (İçişleri veya Dışişleri Bakanlıklarının uygun görüşlerinin bulunması hali hariç), yabancı, mücbir sebepler dışında aralıksız olarak altı aydan fazla yurt dışında kalması da çalışma izinlerinin geçerliliğini kaybetmektedir (YÇİHK m. 16). Bakanlık çalışma izni verilmesi ya da uzatılması talebinin reddedilmesi, çalışma izninin iptal edilmesi ya da çalışma izninin geçerliliğinin kaybedilmesine ilişkin kararını, yabancıya veya varsa işverenine tebliğ eder . Bakanlıkça verilecek işbu kararlara karşı ilgililer tarafından tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde itiraz edilebilir. İtirazın Bakanlıkça reddedilmesi hallerinde idarî yargı yoluna başvurulabilir (YÇİHK m.17).

Yabancılar çalışma izni verme yetkisi bulunan veya yabancı istihdam eden bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarına, bağımsız çalışan yabancılar ve yabancı çalıştıran işverenlere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir (

²⁴⁴ 4817 sayılı Kanun ve Kanunun Uygulama Yönetmeliği m.21’e göre; “Mesleki hizmetler kapsamında çalışacak yabancıların, ulusal uluslararası örgütlerden meslekten men cezası almadıklarını, üye olduklarını, mesleklerini icra ettiklerini ve mesleki yeterliliklerini gösterir son altı ay içerisinde almış oldukları belgeleri başvuruları sırasında vermeleri gerekmektedir. Meslekten men cezası almış olan ve akademik yeterliliği bulunmayan yabancıların başvuruda bulunmaları mümkündür.”

YÇİHK m. 18-19). Bu yükümlülüğe göre; bağımsız çalışan yabancılar, çalışmaya başladıkları tarihten ve çalışmanın bitiminden itibaren; yabancı çalıştıran işverenler yabancıya çalışmaya başladığı tarihten, çalışma izninin verildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde çalışmaya başlamaması halinde bu sürenin bitiminden itibaren ve herhangi bir nedenle hizmet akdinin sona erdiği tarihten itibaren en geç on beş gün içerisinde durumu Bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler (YÇİHK m. 18).

Diğer taraftan, Kanunun kapsam dışında tuttuğu diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca verilecek çalışma izinlerinde de; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bilgi verilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede; yabancılara çalışma izni verme yetkisi bulunan bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları, çalışma iznini verdikleri, çalışma izin süresini uzattıkları ve çalışma iznini iptal ettikleri tarihten; yabancı istihdam eden bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları ise çalıştırmaya başladıkları tarihten itibaren en geç otuz gün içinde yabancı ile ilgili tüm bilgileri Bakanlığa bildirirler (YÇİHK m. 19). Bildirim yükümlülüğünün getirilmesinin amacı, çalışacak yabancılarla ilgili söz konusu Bakanlık tarafından oluşturulacak veri bankası için gerekli bilgilerin sağlanması olarak ifade edilmiştir²⁴⁵.

Çalışma izni olmadan çalışan bağımlı çalışan yabancı ile onu çalıştıran işveren veya işveren vekilleri için, kanun idari para cezası öngörmektedir. İşveren veya işveren vekili, yabancıya ve varsa eş ve çocuklarının konaklama, ülkelerine dönme ve sağlık giderlerini karşılamak zorundadır (YÇİHK m. 21).

Bir diğer önemli husus ise Türk soylu yabancıların ehliyetlerine ilişkin sınırlamalardır. Türkiye’de buldukları ülke rejimlerinden kaçıp, göç etmiş veya vatandaşı oldukları ülke yönetimince vatandaşlıktan çıkarılmış çok sayıda Türk soylu yabancı bulunmaktadır. Türkiye sınırları içinde ikamet eden bu şahısların çalışma veya çalıştırılabilme koşulları 25.9.1981 tarihinde kabul edilen 2527 sayılı Kanun²⁴⁶ ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren yönetmelikle²⁴⁷ düzenlenmiş bulunmaktadır.

2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmeleri, Kamu Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanunla²⁴⁸ Türk hukukunda yabancıların çalışmaları hakkında getirilmiş olan kısıtlamalar işbu kanundan yararlanacak olan şahıslar için kaldırılmıştır. Şüphesiz ki sözü geçen kanundan

²⁴⁵ 4817 sayılı Kanun madde 18 ve 19 gerekçeleri için bkz: Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı, Esas No. 1/948, 15.01.2002, Esas Komisyon Sıra Sayısı: 845.

²⁴⁶ RG. 29.9.1981 S:17473.

²⁴⁷ RG. 14.1.1983 S:17928.

²⁴⁸ RG. 29.09.1981, S:17473.

ancak Türk soylu olduğunu ispat eden yabancılar yararlanabilecektir²⁴⁹. Ancak Türk soylu yabancı şahsın bu kanundaki haklardan yararlanabilmesi için Türkiye’de ikamet ediyor olma ve çalışma/çalıştırabilme iznini almış olma koşullarının yerine getirilmesi gerekmektedir. Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunda²⁵⁰ yer alan hükme göre “Türkiye’de iş tutmak isteyen yabancılar geldikleri tarihten itibaren bir ay zarfında ve her halde çalışmaya başlamadan evvel ikamet tezkeresi almış bulunmalıdırlar.” (m. 3/2). Dolayısıyla 2527 sayılı Kanundan yararlanmak isteyen Türk soylu yabancılarında da bu izni almış olması halinde, Türkiye’de ikamet ettiği kabul edilebilecektir. İkametin yanı sıra çalışma veya çalıştırabilme izni için ise; Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine ilişkin Kanun m. 3 değiştirilmek suretiyle bu kanun kapsamında çalışma izinlerini verme yetkisi, İçişleri Bakanlığında alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına devredilmiştir (YÇİHK, m.30).

2527 sayılı ilgili Kanunun 1. maddesinden çıkan sonuca göre Türk soylu yabancı; yetiştiği veya eğitimi gördüğü bir mesleği veya sanatı serbestçe yapabilecek, kamu kuruluş veya işyerleri ile özel kuruluş veya işyerlerinde çalışabilecektir. Ancak Türk soylu yabancı, kanunun aradığı bütün şartlara sahip olsa bile Silahlı Kuvvetler Teşkilatı ve Güvenlik Kuvvetleri Teşkilatında çalışamayacak veya çalıştırılmayacaktır. Öyleyse Türk soylu yabancı özel güvenlik personeli olarak çalışabilecek midir sorusu akla gelmektedir. Kanımızca özel güvenlik personeli olmanın, ülkenin iç ve dış emniyeti ve asayışı ile doğrudan bağlantılı olmaması nedeniyle, her hangi bir sınırlamaya gerek olmadan, yabancı soylu Türkler tarafından da meslek edinilebilmesinde sakınca görünmemektedir. Nitekim kanun hükümlerinde de bu konuda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır²⁵¹. Kanımızca yukarıda belirtmiş olduğumuz mevzuat hükümleri bakımından görülmektedir ki; çalışma izin belgesi bulunmayan veya bundan muaf tutulmayan yabancıların, iş sözleşmesi ehliyetine sahip olmadıkları görülmektedir²⁵².

²⁴⁹ ÖZDEN, B. , “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Çalıştırılabilmesi”, http://ozdenhukuk.com/index.php?view=article&catid=48%3Amakaleler&id=134%3Atuerk-soylu-yabancilar-tuerkiyede-calmas-veya-caltrlabilmesi&format=pdf&option=com_content&Itemid=120&lang=en.

²⁵⁰ RG.24.7.1950 S:7564.

²⁵¹ Kanun koyucunun Türk soylu yabancıların çalışma statülerini geniş tutmasında iki önemli gerekçe bulunmaktadır. Bunlardan ilki tarihten gelen köklü bir miras, soydaşlık bağının yüklediği sorumluluk duygusu; ikincisi ise, kendi yaşadıkları ülkelerde baskıya uğradıklarından dolayı adeta Türkiye’ye mecburiyetten sığınan yabancıların bir taraftan buldukları ülkelerde hukuki varlıklarını koruyup devam ettirmek, diğer taraftan Türkiye’de yaşamlarını kolaylaştırmak ve geçim kaynaklarını sıkıntıya girmeden sağlamaktır (SADULEŞRAFİ, H. , “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hakları”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul 1999, s. 302-303).

²⁵² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.434; ELBİR, İş Hukuku, s. 67; Karşı görüş: Doktrinde bazı yazarlar yabancıların çalışmasına ilişkin yasakların iş sözleşmesi yapma ehliyeti ile ilgili olmadığı, bu yasaklar ile iş sözleşmesi yapma serbestisinin sınırlandırıldığı yönündedir. (EKONOMİ, İş Hukuku, s. 96; ÇENBERCİ, 122; CİN, M. , “ Yabancıların Kendilerine Yasak İşlerde Veya İzin Almadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu-İş, C:8, S:1, 2005, s. 2).

3.3 İRADE BEYANLARININ UYUŞMASI

3.3.1 Genel Olarak

İş sözleşmesi, rızai bir sözleşmedir. Dolayla tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile her hangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın kurulmuş sayılır (BK m. 1). İradelerin beyan edilmesi ile sözleşmenin zorunlu unsurları ortaya konulmaktadır²⁵³. İradelerin birleşmesi ise, sözleşmenin doğrudan bağlayıcılığının hukuki temelini oluşturmaktadır.

İş sözleşmelerine baktığımız zaman, işçinin işveren karşısında tam anlamıyla bir serbest iradeye sahip olmadığını görürüz. Nitekim iş sözleşmelerinin önceden belirlenmiş olan çalışma koşullarını ihtiva ettiği; işyeri yönetmelikleri, toplu iş sözleşmeleri, işyeri uygulamaları gibi irade beyanlarının tek yanlı olduğu (işveren) durumlarda, işçinin iradesinin arka planı atıldığı görülmektedir. Ancak her ne kadar durum böyle olsa da; işçinin iş sözleşmesi yapması için her hangi bir hukuki zorlama yoktur ve işçi tüm bu şartları öngörerek yine kendi iradesiyle şartları kabul edip, sözleşmeyi tamamlamış olur²⁵⁴.

3.3.2 İrade Beyanlarına İlişkin Özellikler

3.3.2.1 İradenin şahsen beyan edilmesi

Bir iş sözleşmesinin kurulabilmesi için her şeyden önce iki tarafın bulunması gerekmektedir. Bir sözleşmeyi yapmaya katılan ve dolayısıyla sözleşmenin hukuki sonuçlarını kendi hakimiyet alanlarında gerçekleştirip bundan etkilenen kişilere “taraf”, “sözleşmenin tarafları” denir²⁵⁵. Sözleşmenin tarafı olan işçi ve işverenin yukarıda bahsetmiş olduğumuz ehliyet kuralları çerçevesinde, iradelerini hukuken beyan etme yeteneklerinin bulunması kaydıyla şahsen irade açıklamalarıyla iş sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Taraflar yetkili vekilleri ile de iş sözleşmesi kurabilir. Doğrudan doğruya vekilin beyanı, taraf beyanı hükmünde olup, temsil ettiği tarafı bağlar.

3.3.2.2 İrade beyanlarının karşılıklı olması ve uyuşması

²⁵³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 44; KARAHASAN, R. , Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: 1, 2003, s. 112.

²⁵⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 436.

²⁵⁵ EREN, F. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009, s.203; AKYOL, Ş. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, İstanbul 1995, s. 65.

İş sözleşmesinin kurulabilmesi için, iradenin şahsen beyan edilmesinin yanı sıra irade beyanlarının karşılıklı olması ve birbirlerine uyması da gerekmektedir. Söz konusu karşılıklı iki tarafın ayrı ayrı yapacakları açıklamalardan meydana gelecektir. Başka bir deyişle, karşılıklılığın gerçekleşmesi için iki tarafın birbirinden bağımsız açıklamalarda bulunması zorunludur ve taraflardan birinin beyan sahibi, diğer tarafın ise beyanın muhatabı olması gerekmektedir²⁵⁶. İşbu irade beyanları yapıldıkları zamana ve taraflara göre icap ve kabul adını almakta ve kural olarak zaman yönünden de birbirlerini takip etmektedirler. Nitekim ilk yapılan irade beyanı icap, ikincisi ise kabul olacaktır²⁵⁷.

İcap, tek taraflı kesin ve bağlayıcı nitelik taşıyan, sözleşmenin yapılmasına ilişkin teklifi ifade eden, dolayısıyla zaman yönünden daha önce yapılan irade açıklamasına denir²⁵⁸. Bir teklifin icap sayılabilmesi, hedef tutulan sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmenin asıl unsurlarını içermek zorundadır. Buna göre iş sözleşmesinde icap, işin niteliği ve ücreti hususunda tam ve kesin içeriğe sahip olmalıdır²⁵⁹.

İcaba dayanarak, sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade beyanına ise kabul denir. Daha açık bir ifadeyle kabul, muhatapça yapılan ve sözleşmenin icaba uygun olarak kurulmasına muvafakati kapsayan varması gerekli tek taraflı irade açıklamasıdır²⁶⁰. Kabul icabın tüm içeriğine tamamen uygunluk göstermelidir.

Bir iş sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli olan irade açık olabileceği gibi, kimi zaman örtülü de olabilir (TBK m. 1/2-BK m.1/2). Örneğin bir işçi geçerli bir icap karşısında kabul beyanında bulunmaz; ancak icapta bulunan işverenin işyerinde çalışmaya başlar ise, taraflar arasında iş sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Nitekim bu durumda işçinin örtülü bir kabul beyanı olduğunu kabul etmek için işçinin hareketlerinin dürüstlük kuralına ve güven ilkesine uygun düşmesi şarttır. Ayrıca işveren, iyiniyetle ve bütün hal ve şartları göz önünde tutarak susan işçinin icabı kabul iradesine sahip bulunduğunu ve eğer bu iradeye sahip olmasaydı ret cevabı vermeyi ihmal etmeyecek olduğunu öngörerek hareket etmelidir²⁶¹. Bir diğer ihtimal ise, ortada işveren tarafından her hangi bir icap olmadığı halde işçinin iş yerinde çalışmaya başlaması ve bu duruma işverenin sessiz kalmasıdır. Yine bu durumda da TBK m. 6 (BK m.6) gereğince örtülü kabul sonucuna varmak gerekir²⁶². Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi iş

²⁵⁶ KILIÇOĞLU, A. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 36.

²⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 45 vd.

²⁵⁸ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 108.

²⁵⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 437.

²⁶⁰ İNAN, A. N. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1979, s. 115.

²⁶¹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 108.

²⁶² Yarg. 9. HD'nin 02.11.1989 tarihli E. 1989/6222, K. 1989/9389 sayılı kararına göre; "Hizmet sözleşmesinin sözlü olarak kurulması şart değildir. Fiilen çalışmış olmak ve bunun karşı tarafça kabul edilmiş olması yeterli" görülmektedir. (MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 438).

sözleşmelerinin kuruluşunda genel olarak işverenin ilan vermek suretiyle işçi alımını başlattığı süreçte, ilan icaba davet niteliğindedir. İşçi alımlarında ilan, ilk adımdır.

Bir işveren özel sektörde her hangi bir sınırlamaya tabi olmadan işçi seçimini gerçekleştiriyor olsa da; kamu işverenleri için aynı durum söz konusu değildir. 18 Mayıs 1983 tarihli ve 83/6750 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Daimi Kadrolarına İlk Defa İşçi Olarak Alınacaklar Hakkında Uygulanacak Sınav Yönetmeliği²⁶³ hükümlerine göre oluşturulacak sınav kurulu tarafından adayla sınava tabi tutulacaktır. Ayrıca Türkiye İş Kurumu tarafından gönderilmemiş olanlar sınava katılamayacaklardır.

İşveren ve işçi iradeleri; özellikle genel iş koşulları şeklinde nitelenen önceden belirlenmiş çalışma koşullarına dayalı iş sözleşmelerinde özellik göstermektedir. Aslında yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi, özellikle iş sözleşmelerinin işverenin inisiyatifi ile kurulması ve işveren iradesinin baskın olması bu hususta da karşımıza çıkmaktadır. Genel iş koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Genel iş koşulları olarak adlandırdığımız bu düzenlemelerin; tam olmasa da TBK m. 20/1'de düzenlenmiş olan genel işlem şartlarıyla benzerlik gösterdiğini görmekteyiz.

İş sözleşmesinin karşı karşıya bulunan –hazır olan- şahıslar arasında yapılması durumunda; sözleşmenin tamamlanması ve hüküm ifade etmesi bakımından her hangi bir problem meydana gelmeyecektir. İşçinin kabul beyanıyla birlikte sözleşme tamamlanacak ve aynı anda hüküm ifade edecektir. Diğer yandan karşı karşıya bulunmayan bir işçi ve işverenin arasında farklı yollarla (elektronik posta, mektup, telgraf) yapılan sözleşmelerin akıbetinin ne olacağı ayrıca incelenmelidir. Karşı karşıya olmayan şahıslar arasında yapılan bir sözleşmenin ne zaman tamamlanacağı sorunu Borçlar Kanununda kesin bir çözüme bağlanmamıştır. Genel hükümlerden, sözleşmenin kabul haberinin ulaştığı anda tamamlanacağı; ancak bu tamamlanmanın kabul beyanının öğrenilmesiyle kesinleşeceği sonucu çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki; icap gibi kabul de, karşı taraf öğreninceye kadar geri alınabilir.

Kanun koyucu sözleşmenin hüküm ifade etmesi yönünden farklı bir çözüm getirmiştir. Buna göre, karşı karşıya olmayan taraflar arasında yapılan bir kabul beyanının ulaşmasıyla tamamlanan sözleşme, kabul haberinin gönderildiği anda hüküm ifade eder (TBK m. 11/1). Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda ise, sözleşmenin hükümleri icabın ulaşması ile başlar (TBK m. 11/2).

²⁶³ RG: 20.07.1983 tarih, No: 18110.

Sonuç olarak; bir sözleşmeyi meydana getirecek karşılıklı ve uygun irade açıklamalarının belirli bir hukuksal sonuca yönelmiş olması şarttır. Bu hukuksal sonuç taraflar arasında meydana gelmesi amaçlanan borç ilişkisinin içeriğidir. Bu içerikte edim en önemli yeri işgal eder. Edim de dahil olmak üzere sözleşmeyle meydana gelen ilişkinin tümü, **sözleşmenin konusu** olarak adlandırılır²⁶⁴. İş sözleşmesinin ise konusu ücret karşılığında bir işin yapılmasından ibarettir. Bunun yanı sıra, bir iş sözleşmesinde, diğer iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi **sebeup unsurunun** da olduğu göz ardı edilmemelidir. İş sözleşmesinin sebebi hukuken alacak sebebidir. Gerek iş sözleşmesinin sebebinin gerekse konusunun imkansız veya hukuka veya ahlaka aykırı olması halinde sözleşme geçersiz olacaktır.

3.4 İŞ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL

3.4.1 Kural: Şekil Serbestisi

Sözleşmelerin esasını teşkil eden irade beyanı değişik biçimlerde ve çeşitli araçlarla açıklanabilmekte; irade beyanının açıklanmasına yarayan araçlara ise “şekil” denilmektedir²⁶⁵. Diğer bir ifadeyle şekil, kanun hükmü ile belirlenen veya taraf iradeleri ile kararlaştırılan iradeyi açıklama aracıdır.

Bir hukuki işlemin hüküm ve sonuç getirebilmesi için bazı şekil kuralları öngörülüyorsa şekilcilik sistemi; böyle bir zorunluluk yoksa şekil serbestisi sistemi söz konusu olacaktır²⁶⁶. TBK m. 12/1 hükmüne göre, sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir. Görülmektedir ki; Türk Hukukunda sözleşmeler için şekil serbestisi benimsenmiştir. Kanunda bir sözleşmenin belli bir biçimde yapılması lüzumuna dair herhangi bir hüküm yoksa taraflar sözleşmeyi istedikleri şekilde yapabilir. Şekil serbestisi esas olarak şekilsizliği değil; şekil seçimindeki serbestiyi ifade etmektedir. Taraflar, sözlü yada yazılı şekilden birini tercih suretiyle seçim haklarını kullanırlar ve bu durum iradi şekil adını alır²⁶⁷.

Şekil serbestisinin öngörülmediği durumlar çeşitli yararlar sağlayabildiği gibi; beraberinde dezavantajları da getirebilmektedir. Şekil kuralının olması, tarafların bir sözleşmeyi imzalamadan önce düşünmelerini ve tedbirli hareket etmelerini sağlamakta; irade beyanlarına açıklık ve kesinlik getirmekte; ayrıca hukuki işlemlerin varlığını ispat bakımından kolaylıklar

²⁶⁴ AYBAY, A. , Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul 1995, s. 24.

²⁶⁵ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 91.

²⁶⁶ ÇELİKBAŞ, D. , “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, Prof. Dr. Kudret Ayiter’e Armağan, Ankara 1987, s. 595.

²⁶⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 458.

sağlamaktadır. Bunun yanı sıra üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması dolayısıyla hukuksal işlem güvenliğinin korunması sağlanarak kamunun yararı da korunmuş olur²⁶⁸. Ayrıca sözleşmede şekil zorunluluğu sözleşmenin yerine getirilmesini güçleştireceği gibi; ekonomik açıdan da sakıncalara neden olacaktır. Şekil şartının en büyük sakıncası ise sözleşmeyi samimi olarak yapmak isteyen kişilerin sırf şekil kuralına uymaması nedeniyle sözleşmenin geçersizliği ile karşı karşıya gelmeleridir²⁶⁹. Sonuç olarak sözleşmede şekil şartı, iş hayatında sözleşmelerin kurulmasında, hüküm ifade etmesinde ve ayrıca buna ilişkin çıkarların ediniminde hızı kesen bir etken teşkil etmektedir²⁷⁰. Bundan dolayıdır ki, kanun koyucu şekil serbestisini asıl saymakta; şekle bağlılığı ise belli işlem ve sözleşmeler için emretmektedir.

İş sözleşmesi, rızai sözleşmelerdendir. Yukarıda şekle ilişkin belirtmiş olduğumuz hususlar çerçevesinde kural olarak iş sözleşmeleri hiçbir özel şart öngörülmezsizin, salt karşılıklı irade beyanları ile kurulmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu m. 8/1'e göre, " İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir"²⁷¹. Ayrıca İş Kanununa paralellik gösteren TBK m. 394/1 (BK m. 314/1) hükmü uyarınca da; aksi belirtilmedikçe iş sözleşmesinin özel bir şekle bağlı değildir. Görülmektedir ki borçlar kanunu iş sözleşmeleri için özel bir şekil öngörmemiştir.

4857 sayılı Kanun m. 8/1'de kabul edilmiş olan şekil serbestisi esasına karşılık, yazılı sözleşme yapılmayan hallerde, işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur. İşverenin yükümlü bulunduğu bu tür bir belge sözleşme niteliğinde değildir. Çünkü söz konusu belgede sadece işverenin imzası bulunmakla beraber; karşı taraf olan işçinin irade açıklamasına lüzum bulunmamaktadır²⁷². Son olarak belirtmek gerekir ki işbu düzenlemenin Avrupa Birliği'nin 91/533 sayılı Yönergesi dikkate alınarak düzenlenmiş olduğu kanun gerekçesinde belirtilmektedir. Nitekim her ne kadar Avrupa Birliği

²⁶⁸ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 130; İNAN, s. 130; EREN, s. 237.

²⁶⁹ EREN, s. 237; ŞENYÜZ, D. , Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Bursa 2006, s. 24.

²⁷⁰ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 131.

²⁷¹ Yarg. 9. HD'nin 29/03/2004 tarihli 17188/6465 sayılı kararına göre de; "... İş sözleşmesinin kurulması veya feshedilmesi belirli bir şekle bağlı değildir. Bir başka anlatımla yazılı şekil şartı değildir" (AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 119).

²⁷² TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.82.

mevzuatında işçinin bilgilendirilmesi geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş ise de; Türkiye’de bu husus 4857 sayılı Kanun ile dar kapsamlı olarak ele alınmıştır²⁷³.

3.4.2 İstisna: Yazılı Şekil

İş sözleşmesi her hangi bir şekle bağlı değilse de; kanun hükmü ya da toplu iş sözleşmesi hükümleri ile istisnai olarak iş sözleşmesinin yazılı biçimde yapılması öngörülebilir. 4857 sayılı Kanunun yazılı şekli zorunlu gördüğü iş sözleşmeleri bakımından şekli bir geçerlilik koşulu olduğu²⁷⁴; “zorunludur” veya “ gerekir” ifadesini kullanmadan yazılı şekilden bahsettiği iş sözleşmelerinde ise ispat şartı olarak düzenlendiği varsayımını²⁷⁵ yerinde buluyoruz.

Yapılmak istenen sözleşmenin hüküm doğurabilmesi için kanun belirli bir şekle uyulması mecburiyetini getirmişse buna “geçerlilik şekli” denir. Sözleşme belirtilen şekle uygun yapılmadıkça geçerli kabul edilemez. Ayrıca şekil, bir iş sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak öngörülmüşse, bu, sözleşmenin hem objektif hem de subjektif esaslı noktalarını kapsamalıdır²⁷⁶. TBK m. 12/2’ye (BK m.11/2) göre de kanunda öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şartıdır.

İspat şartı olan şekil ise, kanundan doğabileceği gibi taraf iradeleri ile de doğabilir. İspat şekli, geçerlilik şekli ve şartı değildir. Zira ispat bakımından şekil Borçlar Kanununda düzenlenmiş bir husus da değildir. İspat şeklini bu açıdan geçerlilik şeklinden ayıran çizgi, ispat şekline uyulmaması durumunda sözleşmenin geçerli olarak kalacak olması; sadece söz konusu hakkın ispat edilemeyeceğidir²⁷⁷.

3.4.2.1 Yazılı şekle bağlı iş sözleşmeleri

3.4.2.1.1 Belirli süreli iş sözleşmeleri

4857 sayılı İş Kanunu m. 8/2 uyarınca; süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Dolayısıyla belirsiz süreli iş sözleşmeleri için kanun koyucunun şekil serbestisini esas aldığı açıkça görülmektedir. Nitekim çalışma hayatında belirsiz süreli iş sözleşmeleri genellikle sözlü şekilde yapılmaktadır²⁷⁸.

²⁷³ EKONOMİ, M. , “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007/4, s. 894.

²⁷⁴ 4857 sayılı Kanunun gerekçesinde her ne kadar şekil konusunun 1457 sayılı Eski İş Kanunu ile paralellik gösterdiği belirtilmişse de; iki kanun arasındaki farklılıklar açıkça görülmektedir. Zira 1457 sayılı Kanunda “yazılı yapılan tabiri” kullanılmamış; yazılı yapılması gereken sözleşmeler gösterilmiştir.

²⁷⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 459.

²⁷⁶ EREN, s. 243.

²⁷⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 131 vd. ; ŞENYÜZ, s. 25.

²⁷⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 460; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 91.

4857 sayılı Kanun m. 11/1'de belirli süreli iş sözleşmelerinin, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmeleri olduğunu belirtmiştir. Ancak anılan Kanunda m. 8/2'de özellikle süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı olması gerektiği şart koşulmuşken; m. 11/1'de her hangi bir ayrıma gidilmeden tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılacağı öngörülmüştür. Bu durumda iki kanun hükmünde de belirtilmiş olan yazılılık koşulu geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı olarak mı kabul edilmelidir?

Bir görüşe²⁷⁹ göre gerek m. 8/2 gerekse m. 11'de düzenlenmiş olan belirli süreli iş sözleşmelerindeki yazılılık şartı ispat şartı olarak ele alınmaktadır. Nitekim bu görüş, istisnai olarak yapılmakta olan belirli süreli sözleşmelerde şeklin yazılı olması ile tarafların sözleşme türünü seçerken daha çok düşünme imkanına sahip olduğunu ve işçi olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştıkları iddiası ile haklarından mahrum kalmalarının önlendiğini savunmaktadır. Bir diğer görüş²⁸⁰ ise söz konusu sözleşmeler için öngörülen yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olduğudur. Bu görüş dayanağını TBK m. 12/2'den almaktadır. Nitekim bu madde uyarınca, kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şartıdır.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüş²⁸¹ ise, 4857 sayılı Kanun m. 8/2'de belirtilen yazılılık koşulunun bir geçerlilik şartı olduğu; ancak m. 11/1'in bir yıldan az süreli iş sözleşmeleri bakımından ispat şartı olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Zira bir yıldan az süreli iş sözleşmelerinin yazılılık koşulunun geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi halinde; m. 8/2 hükmünün her hangi bir anlamı kalmamış sayılacaktır²⁸². Ayrıca belirtmek gerekir ki iş sözleşmelerine ilişkin şekil şartının salt geçerlilik veya ispat şartı olduğu görüşleri kabul edilemez. Şöyle ki, yazılılık koşulunun işverene yüklenen bir tür yükümlülük ve işçinin durumunu açıklığa kavuşturmak amacıyla alınmış bir önlem olduğu düşüncesi ağır basmaktadır²⁸³. Tüm bu tartışmalar ışığında yazılılık koşuluna uyulmaması sonucunda iş sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı ilerleyen kısımlarda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

²⁷⁹ ALPAGUT, s. 22; KUTAL, M. , “ Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtay’ın 1985 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, İstanbul 1987, s. 8-9. Ayrıca Yargıtay’a göre de iş sözleşmelerinde yazılılık koşulu bir ispat şartıdır. Bu doğrultuda karar olarak bkz: Yarg. 9.HD. 18.10.1999 T., 1999/13238 E., 1999/15919 K. (SEVİMLİ, Ahmet, “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, Çimento İşveren Dergisi, C: 17, S: 2, Mart 2003, s. 15).

²⁸⁰ ELBİR, İş Hukuku, s. 70; NARMANLIOĞLU, s. 153 vd.; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 82; AKYİĞİT, Hükümsüzlük, s. 87; ÇELİK, s. 126; SÜZEK, s. 270; GÜLER, Mikdat, s. 55.

²⁸¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 460.

²⁸² Bu görüş, iş sözleşmelerinin uzunluğuna göre şekil şartının geçerlilik veya ispat şartı olarak nitelendirilmesi açısından eleştirilmektedir. Nitekim bu görüş İş Kanunu m. 11'deki hiçbir ayırım yapılmadan belirli süreli iş sözleşmelerinin objektif neden dayalı meydana getirilebileceğinin ve yazılı şekle tabi tutulacağıın ön görülmesi karşısında isabetli olmayacaktır. (EKONOMİ, “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu”, s. 902).

²⁸³ TUNÇAY, C. , Hukuki Yönden Basında İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul 1989, s. 44.

3.4.2.1.2 Takım sözleşmeleri

Birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi denir²⁸⁴. Takım sözleşmesinin, oluşturulacak iş sözleşmeleri için hangi süre kararlaştırılmış olursa olsun, yazılı yapılması gerekmektedir (4857 sayılı İş Kanunu m. 16/1-2). Takım sözleşmelerinde yazılılık şartının hukuki niteliği konusunda baskın görüş²⁸⁵, işbu kanun hükmüyle getirilen şekil şartının geçerlilik şartı olduğudur. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da bu görüşü destekleyici kararını görmekteyiz²⁸⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki; takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin işe başlamasıyla, işçi ile işveren arasında doğrudan doğruya yapılmış sayılan bağımsız sözleşmeler için ayrıca iş sözleşmesinin yazılı yapılma koşulu aranmamaktadır²⁸⁷.

3.4.2.1.3 Çağrı üzerine çalışmayı konu edinen iş sözleşmeleri

İş Kanununa göre işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir (m. 14/1). İşbu hükme göre çağrı üzerine çalışma sözleşmeleri yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Kanun koyucu emredici bir ifade kullanmamış ve bu sözleşmelerin yazılı olarak yapılabileceğini belirtmiştir. Ancak sözleşmenin bir yıl veya daha fazla süreli bir belirli iş sözleşmesi olması halinde İş Kanunu m. 8/2'ye paralellik göstermesi açısından yazılı şekilde kurulmasının zorunlu olduğu sonucuna varmamız doğru olacaktır²⁸⁸.

3.4.2.2 Diğer iş kanunlarında yer alan yazılı şekle bağlı iş sözleşmeleri

4857 sayılı İş Kanunu'nda yazılılık koşulu sınırlı bir şekilde düzenlenerek; tüm iş sözleşmeleri türleri için öngörülmüş değildir. Ancak Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu hükümlerine baktığımızda, işbu kanunların kapsamına giren tüm iş sözleşmesi türlerinde yazılılık koşulunun getirilmiş olduğunu görmekteyiz. Basın İş Kanunu m. 4 gereğince, gazeteci ile kendisini çalıştıran işveren arasındaki iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının mecburi olduğu vurgulanarak; sözleşmede bulunması gereken hususlar sayılmıştır. Deniz İş

²⁸⁴ İşbu hükümde “takım” kavramından kasıt, takımı oluşturan işçilerdir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. , “Takım Sözleşmesinin ve Takım Kılavuzunun Hukuki Mahiyetleri”, Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:30, İstanbul 1964, s.931).

²⁸⁵ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 82; EKONOMİ, s. 72; ÇELİK, s. 126.

²⁸⁶ Yarg.HGK. 9.2.2000 T., 2000/13-77 E., 2000/63 K. Kararı (ÇELİK, s. 126).

²⁸⁷ SEVİMLİ, İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı, s. 18.

²⁸⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 461.

Kanunu m. 5'te de işveren ile işçi (gemiadamı) arasında iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağını; ayrıca bu sözleşmelerin iki suret şeklinde hazırlanıp taraflardan her birine birer nüsha verileceğini belirtmiştir.

Gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nda gerekse anılan diğer iş kanunlarında, yazılı biçimde yapılması zorunlu olan iş sözleşmeleri için basit yazılı biçim yeterlidir²⁸⁹. Basit yazılı biçimde kurulacak iş sözleşmeleri, yasa uyarınca damga vergisi ve her çeşit resim ile harçtan bağıstır (m. 8/2).

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış olan 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununda Özel öğretim kurumlarında çalışan müdür, diğer yönetici ve öğretmenler ile kurumların kurucuları veya kurucular temsilcisi arasında iş sözleşmesi en az bir yıl süreli olmak üzere yazılı olacak yapılır (m. 32/1, c.2) hükmü yer almaktaydı. 5580 sayılı Kanun m. 9 ile paralel bir hüküm getirilerek, kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesinin yine en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak yapılacağı düzenlenmiştir. Açıkça görülmektedir ki işbu kanun ile öngörülen yazılı şekil şartı, yukarıda bahsetmiş olduğumuz iş sözleşmeleri için getirilmiş olan şekil şartından farklı bir özellik göstermektedir. Zira özel öğretim kurumlarında iş sözleşmelerinin yazılılık koşulu basit değil, resmi şekil şartıdır.

3.4.2.3 Yazılı sözleşmede yer alacak hususlar

4857 sayılı İş Kanunu'nda yazılı olarak yapılan bir iş sözleşmesinde hangi hususların yer alacağı düzenlenmemiştir. Oysa ki 1475 sayılı eski İş Kanunu'nda yazılı olarak yapılacak iş sözleşmelerinde şu hususların yer almasının gerekli bulunduğu belirtilmiştir: İşverenin ve işçinin (takım sözleşmesinde her işçinin ayrı ayrı) ad ve kimlikleri, işyerinin adresi, yapılacak iş, sözleşmenin süresi, ücret (takım sözleşmesinde her işçi için ayrı ayrı), ücretin ödenme şekli ve zamanı, varsa tarafların ileri sürdükleri özel şartlar, akdin yapıldığı gün, tarafların imzası (m. 11). Belirtmek gerekir ki benzer hükümlere Deniz ve Basın İş Kanunlarında da rastlanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu m.8/son hükmünde yazılı olarak yapılmayan sözleşmelerde işverene işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren

²⁸⁹ DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 97.

yazılı bir belge verilmesi yükümlülüğü getirilmiştir²⁹⁰. Bu hüküm ile de sözleşmede yer alacak hususlar konusunda ayrıntılı bir düzenlemenin getirilmiş olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak iş sözleşmesinin yazılı olarak gerçekleştirildiği durumlarda sözleşmenin esaslı unsurları olan yapılacak iş ile ücretin belirlenebilir şekilde gösterilmiş ve tarafların iradelerini gösterecek olan taraf imzalarının atılmış olması yoluyla iş sözleşmesi kurulmuş olacaktır²⁹¹.

3.5 İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA ÖZGÜRLÜĞÜ

3.5.1 Genel Olarak

Sözleşme özgürlüğü, kişilerin özel hukuk çerçevesindeki ilişkilerine sözleşmeler vasıtasıyla istek ve arzuları doğrultusunda biçim verme serbestisini içerir²⁹². Daha ayrıntılı olarak sözleşme özgürlüğü, tarafların bir sözleşme yapmak zorunda bulunmamaları; yapacakları sözleşmenin içeriğini serbestçe tayin edebilmeleri ve değiştirebilmeleri; kendisiyle sözleşme yapacak kişileri serbestçe seçebilmeleri; sözleşmeyi karşılıklı anlaşmak suretiyle ortadan kaldıracabilmeleri; sözleşmeyi diledikleri şekilde yapabilmeleri hususlarında sahip oldukları irade özgürlüğüdür²⁹³.

Türk hukuku sözleşme hürriyetini temel bir ilke olarak kabul etmiştir²⁹⁴. 1982 Anayasası m. 48'e göre, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Bu hükme paralellik gösteren 1961 Anayasası da sözleşme yapma özgürlüğünü düzenlemiş olup; sözleşme özgürlüğünü temel haklar ve özgürlükler mahiyetinde ele almıştır²⁹⁵.

TBK m. 26 (BK m. 19) 'da da tarafların sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği belirtilmiş olmakla birlikte; devam hükmü olan m. 27'de ise

²⁹⁰ 91/533 sayılı AB yönergesinde bir iş sözleşmesinin içermesi gereken hususlar maddeler halinde sayılmıştır. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu m. 8/son hükmü işbu yönergeye nazaran tüm hususları düzenlememiştir. Nitekim İş Kanunumuzda son derece temel bir husus olan işçi ve işverenin kimlik bilgilerine ilişkin düzenleme dahi yer almamaktadır. Ayrıca maddede yer alan "özel ve genel çalışma koşulları" şeklinde bir düzenleme de belirsiz ve yetersiz bir ifadedir (GÜZEL, A. / UGAN, D. / ERTAN, E. , " Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü", Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir 2007, s. 65).

²⁹¹ NARMANLIOĞLU, s. 155; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 463.

²⁹² TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 83.

²⁹³ EREN, s. 267; AYBAY, s. 36; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 483; KARAHASAN, s. 266; REİSOĞLU, S. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, İstanbul 2010; s. 127; TANDOĞAN, H. , Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:1, İstanbul 2008, s. 9 vd.

²⁹⁴ EREN, s. 267; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 483; KARAHASAN, s. 266.

²⁹⁵ Farklı bir eleştiri için bkz: ERTÜRK, s. 61-62. " ERTÜRK'e göre sözleşme yapma özgürlüğü tek başına Anayasal düzenlemeler ışığında temel hak olarak ele alınmamıştır. Şöyle ki, yazara göre çalışma özgürlüğü temel haklardan (sosyal hak) olmakla birlikte, sözleşme özgürlüğü temel hak olmayıp; temel hak güvencelerinden yoksun kılınmış anayasal bir haktır. Ancak yine de bu hakkın da Anayasa m. 17'de düzenlenmiş olan kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı ile doğrudan ilişkili olması nedeniyle temel hak kapsamında değerlendirilmesi ve temel hakların sahip olduğu güvencelere kavuşturulması kabul edilmelidir."

sözleşme özgürlüğünün sınırlarına yer verilerek; bir sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkansız olması halinde kesin olarak hükümsüz olacağı hükme bağlanmıştır.

Bir görüşe göre²⁹⁶ Türk Borçlar Kanunu bu hükümleri ile göstermektedir ki, Türk Hukukunda sözleşme özgürlüğü liberalizmin²⁹⁷ ve bireyciliğin savunduğu irade özerkliği fikrine dayanmaktadır. 17. ve 18. yüzyıllarda bireyin özgürlüğünü ilan eden akımlar ortaya çıkmıştır²⁹⁸. 1789 Fransız devrimi ile birlikte etkisini göstermeye başlayan bu akımlar; 18. yy.'da başlayan ve 19. yy. da ivme kazanan endüstri devrimi ile sözleşme özgürlüğünün iş ilişkilerine olan etkisini artırmıştır. Nitekim 19. yy. “sözleşme yılları” olarak kabul edilmiş olmakla birlikte; işbu yüzyılda çağdaş hukuk düzeninin temelleri şekillenmeye başlamış, hukuk düzenleri taraflara sözleşme şartlarını genel olarak serbest iradeleriyle kararlaştırabilecekleri bir alan yaratarak sözleşme özgürlüğü (freedom of contract) ilkesini kabul etmiştir. Tarafların iradelerini ön planda tutan söz konusu süreç en fazla bir yüz yıl kadar devam etmiştir²⁹⁹.

İş sözleşmesi yapma özgürlüğü de dayanağını yukarıda anılan tarihsel süreç, Anayasa ve Borçlar Kanunu hükümlerinden almaktadır. İş sözleşmesi özgürlüğü tüm bu hükümler çerçevesinde, işçi ve işverenlerin iş sözleşmesi yapıp yapmama; diledikleri ile yapma; içeriğini belirleme; yaptıkları sözleşmeden cayma özgürlük ve seçeneklerini kapsamaktadır³⁰⁰.

Belirtmek gerekir ki iş sözleşmelerinde (ve diğer sözleşme tiplerinde) sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde irade özgürlüğü asla mutlak bir serbestiye ulaşamamıştır. Zira ahlaki kuralların yanı sıra serbest piyasa sisteminin pratik ihtiyaçlara da dayanması; sözleşme kurumunun işlerliğinin artması ve kendisinden beklenen faydaları gösterebilmesi açısından ülkelerin ekonomik ve siyasi görüşleri doğrultusunda sözleşme özgürlüğüne getirdiği sınırlamalar söz konusu olmuştur³⁰¹. Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler özellikle bireyci yaklaşımın tersine

²⁹⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 485.

²⁹⁷ Liberalizm sosyal, siyasal, ekonomik alanda bireyi ve bireyin özgürlüklerini temel alan bir felsefi düşünce biçimidir (ŞAHİN, İ. , “Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları”, T.C Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Prof. Dr. H. Cumhur ÖZAKMAN), İstanbul 2008, s. 5.

²⁹⁸ Bu akımlar, hümanizm, aydınlanma, doğal hukuk felsefesi, fizyokratların ekonomik öğretileri şeklinde sıralanabilir.

²⁹⁹ KÜÇÜKYALÇIN, A. , “ Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 53, S: 4, 2004, s. 114.

³⁰⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 468-469.

³⁰¹ İPEK, M. , “ Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları”, T.C Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Prof. Dr. Erden KUNTALP), İstanbul 2002, s. 14.

toplumcu görüşlerin gittikçe kuvvetlenmesi ile gündeme gelmiştir. Devletin ve diğer kamu kuruluşlarının müdahaleci tutumu rağbet görmektedir³⁰².

İş sözleşmesi yapma özgürlüğündeki sınırlamalar ise genel olarak işverene yönelik sınırlamalardan meydana gelmektedir. Bu durum aslında iş hukuku düzenlemelerinin genel olarak işçi ve işveren ilişkisine yönelik tutumuna uygunluk göstermektedir. Nitekim iş kanunlarının temel ilkelerinden birisi de işçinin işveren karşısında mağdur durumda olmasını önlemek ve işçiyi korumaktır. Bundan dolayıdır ki yapılan iş sözleşmelerinde işverenin sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ilkesine dayanarak işçi aleyhine sonuçlar doğurabilecek hükümleri (örneğin taraflar iş sözleşmesinde kanunda öngörülenin daha altında fesih ihbar süresi kararlaştıramayacakları gibi fazla çalışma halinde de fazla çalışma ücretinin belirlenmesinde kanunda gösterilen oranın altına inemezler) sözleşmeye dâhil etmesine kanun izin vermemektedir. Sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme özgürlüğü ancak kanunun gösterdiği sınırlamalara uyulması kaydıyla geçerlidir³⁰³. Bununla birlikte sosyal kamu düzeni hükmü olarak nitelendirilebilecek bu hükümler, işçiyi koruma amacıyla getirilmiş ve işçi lehine asgari şartları belirlemiştir. İşbu nedenle işçi yararına getirilmiş olan bu hükümlerden vazgeçilmesi mümkün değildir.

Esasen sözleşme özgürlüğü ilkesini, sosyal devlet düşüncesi ile belirlenen sosyal öncelikler biçimlendirmektedir. Daha açık bir ifadeyle sözleşme özgürlüğü ve sosyal devlet ilkeleri bir kural ve istisna ilişkisinden ziyade, karşılıklı etkileri bulunan bir bütünü ifade etmektedir. Dolayısıyla aşağıda açıklayacağımız iş sözleşmesi yapma özgürlüğüne ilişkin sınırlayıcı hükümler ile sosyal devlet anlayışı ile uyumlu modern bir özel hukuk düzeninde belirli müesseselerin sağlanması yanında, bu müesseseleri koruyacak önlemlerin de alınmasının zorunlu olduğu görülecektir³⁰⁴

³⁰² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 485.

³⁰³ ...Akit serbestisi, hukukun başta gelen prensiplerinden biri olmakla beraber, akitlerle tesis ve kabul olunan münasebet ve taahhütlerin, kanunların âmir hükümlerine aykırı olmaması, yine hukukun kabul ettiği en esaslı prensiplerden birinin icabıdır. İş Kanunu ise, sosyal hayatın en mühim şubelerinden biri olan iş hayatını tanzim eden bir amme kanunu olmak itibarıyla bütün hükümleri âmir ve riayeti mecburi hükümlerdendir. Bu gibi hükümlere aykırı mukaveleler batıldır". Yüksek Hakem Kurulu'nun 12.3.1952 tarih ve 136 sayılı kararı, RG. No: 8081. (AKAR, E. , İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı İnsan Kaynakları Programı Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Serkan), İzmir 2007, s. 41); Aynı hususta paralel bir başka çalışma için bkz: SÜMER, N. , " İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN), Konya 1992, s. 24 vd.

³⁰⁴ SOYER, P. , " Hizmet Akitlerinde İçerik Denetimi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 266-267.

3.5.2 İş Sözleşmesinde Deneme Süresi Kararlaştırılması

İş sözleşmeleri nitelikleri gereği sürekli ve kişisel ilişkiler kuran sözleşmelerdir ve bu açıdan tarafların birbirlerini daha yakından tanımaları iki taraf için de pek çok yarar sağlayacaktır³⁰⁵. 4857 sayılı İş Kanunu m. 9/2’de “İş sözleşmelerinin belirli veya belirsiz süreli yapılacağı, çalışma biçimleri bakımından da tam süreli veya kısmi süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabileceği” belirtilerek deneme süreli iş sözleşmeleri hüküm altına alınmıştır. Güvene dayalı bir borç ilişkisi kuran iş sözleşmesinde işveren, sözleşmeye konulacak bir deneme süresi çerçevesinde, işçiyi ehliyet ve becerisi, meslekî bilgi ve deneyimi, çalışma tarzı, genel davranışları, işyerine uyumu gibi konularda yakından tanıma ve beklentilerinin karşılanmaması halinde, iş ilişkisinden daha kolay bir biçimde kurtulma olanağına sahip olur³⁰⁶. Bunun yanı sıra işçi de işi, işvereni ve işyerindeki işçileri tanıyıp yeni çalışma koşullarına alışmak ve alışmaması halinde işi bırakmak isteyebilir³⁰⁷. Nitekim deneme süresinin işçi açısından işlerliği, işçinin işi bırakmak istemesi durumunda kolaylıklar sağlamasıdır. Özetle deneme süreli iş sözleşmesi, işçi ile işverenin iş sözleşmesini sürdürüp sürdürmeme hakkını saklı tuttıkları başlangıç süreli iş sözleşmesidir³⁰⁸.

4857 sayılı İş Kanunu’nda iş sözleşmelerinde deneme süresine ilişkin hükümler getirilmiş; ancak tarafların uyması gerekli sınırlamalara da yer verilmiştir. Kanuna göre, işe alınan ve sürekli bir işte belirli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesiyle işe başlayan işçi ve bunu çalıştıran işveren için “taraflarca kararlaştırılan” bir “deneme süresi” öngörülmektedir. İşbu kanun hükmü m. 15’e göre iş sözleşmesinin taraflarına kanunen deneme süresi kararlaştırma konusunda bir yüküm getirilmemiştir. Ancak, taraflar iş sözleşmesine bir deneme süresi koymuşlarsa, bunun uzunluğu en çok iki ay olabilir. Bunun yanı sıra, toplu iş sözleşmesinde konulacak özel bir hükümle, deneme süresi dört aya kadar uzatılabilir (m. 15)³⁰⁹. Eski kanunda bir ay ile sınırlı tutulmuş olan deneme süresinin, yeni düzenlemeler ile iki aya çıkartılmış olmasını yerinde bulmuyoruz. Nitekim deneme süresi, işveren tarafça kolay bir şekilde işçi aleyhine kullanılacak bir husus olmakla birlikte; işverenin çalışanını genel hatlarıyla tanıyabilmesi açısından da iki ay oldukça uzun bir süredir³¹⁰. Kanun koyucu tarafından getirilmiş olan iki (veya dört) aylık deneme süresi daha uzun bir süre olarak kararlaştırılmışsa, bu durumda iş sözleşmesinin tamamı yerine sadece iki (veya dört) ayı aşan

³⁰⁵ EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 60; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 138.

³⁰⁶ SOYER, P. , “ Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri”, Çalışma ve Toplum, 2008/1, s. 27; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 84-85.

³⁰⁷ ÇELİK, s. 101.

³⁰⁸ DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 86.

³⁰⁹ TBK m. 433 (BK m. 342), Deniz İş Kanunu m. 10 ve Basın İş Kanunu m. 10/1 hükümleri de deneme süreli iş sözleşmelerinin yer aldığı diğer düzenlemelerdir.

³¹⁰ Karşı görüş için bkz: TUNCAY, İş Sözleşmesinin Türleri Ve Yeni İstihdam Biçimleri, s. 127 (TUNCAY’a göre deneme süresinin iki aya çıkarılmış olması iş ilişkilerinde ihtiyaçlara uygun ve yerinde bir değişikliktir).

hükmü geçersiz sayıp, sözleşmeyi yasal deneme süresi üzerinden yapılmış gibi kabul etmek doğru bir yaklaşım olacaktır.

Her ne kadar kanun koyucu tarafından deneme süresine azami bir süre öngörülmüş olsa da, kanımızca asgari açıdan da deneme süresinin kısılalığının makul olması gerekmektedir. Zira deneme süresinin amacı iş sözleşmesini oluşturan tarafların birbirlerini daha iyi tanımaları, özellikle işçinin vasıfları ve yapacağı işin uygunluğunun görülebilmesi ise, deneme süresinin de tüm bu amaçlara hizmet edebilecek uzunlukta olması uygun olacaktır.

Kararlaştırılan deneme süresi işçinin fiilen çalışmaya başladığı ya da fiilen çalışmasa bile çalışmış sayıldığı andan itibaren işlemeye başlayacağı birçok eserde belirtilse de, kanımızca bu görüşe tam anlamıyla katılmak mümkün gözükmemektedir. Nitekim iki tarafın da birbirini deneyebilmesi ancak fiili iş ilişkisinin kurulmasıyla mümkündür. Deneme süresinin işçinin çalışmış sayıldığı andan itibaren başlayabileceğinin düşünülmesi tam anlamıyla deneme süresinin mantığına aykırıdır. Deneme süresi işçinin çalışmaya başlamasıyla mümkün olacaktır. Her ne kadar tarafların deneme süresini kararlaştırmaları sözleşmenin derhal kurulması açısından ayrı bir durum sergilese de, işçinin işe başladığı günden itibaren Türk iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukundan doğan bütün hakları işlemeye başlar. Taraflar bir iş sözleşmesinin kurulması ile akdi konumları, hak ve borçları bakımından nelere sahipler ise, deneme süreli iş sözleşmelerinin kurulmasında da aynı düzenlemelere tabidirler. Nitekim deneme süresi kıdeme de dahildir³¹¹. İşçi, deneme süresi içinde de sigortalı sayılır, sendikaya üye olabilir, grev hakkını kullanabilir ve kapsam dışında bırakılmadığı takdirde toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir³¹².

Deneme süresi başladıktan sonra ise işçinin hastalanması veya çalışmaması, işyerinde grev ve lokavt uygulamasının başlanması, kural olarak deneme süresini kesmez. Buna karşın bu ve buna benzer sebeplerle deneme süresinin amacına ulaşamadığı, tarafların birbirlerini iyice tanımadığı düşünülüyorsa; tamamlayıcı nitelikte bir deneme süreli iş sözleşmesi yapılabilir³¹³. Ancak bu hususta farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe³¹⁴ göre ikinci deneme süresi kararlaştırılırken ilk deneme süresi dikkate alınmalı ve iki deneme süresinin de toplamda kanundaki azami deneme süresini geçmemesi gerekmektedir. Bu görüşe katılacak olunması durumunda görülecektir ki ikinci bir deneme süreli sözleşmenin yapılabilmesi imkansız olacaktır. Bu durumda en iyi çözüm bizim de katıldığımız görüşe göre deneme süreli ikinci iş

³¹¹ ÇELİK, s. 101 vd.

³¹² SOYER, “Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri”, s. 31; SÜZEK, s. 237.

³¹³ DEMİR, F., Sorularla Bireysel İş Hukuku, s. 102.

³¹⁴ EYRENCİ, Öner: Hukuka Uygun Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Türleri: Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul, 1979 s. 64.

sözleşmesinin kurulması aşamasında, birinci sözleşmedeki deneme süresinin göz ardı edilmesi ile sağlanmasıdır³¹⁵.

Deneme süreli iş sözleşmelerinin kurulmasında bir diğer önemli husus ise daha önce aynı işyerinde çalışmış ve aynı işi yapmış işçilerin tekrar işe alınmaları halinde, artık deneme süreli iş sözleşmesinden bahsetmenin mümkün olmayacağıdır. Hatta işveren ve işçi aralarında anlaşmalar dahi ikinci defa deneme süresi geçerli olmayacaktır³¹⁶. Nitekim önceden denenmiş bir işçinin tekrar tekrar denenmesi açıkça dürüstlük kuralına aykırıdır. Buna karşın işçinin ikinci defa işe alınışında daha önceki işinden farklı bir işte çalıştırılması söz konusu ise ya da işveren işyerinin donanımında veya üretim yönteminde bir yenilik yapmış ise yeni bir deneme süresi geçerli olacaktır³¹⁷.

Bir diğer husus ise işverenin sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlarıyla ilgilidir. İşverenler yasa gereği bazı durumlarda işçilerle yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluğu altına girmektedirler. Aşağıda detaylı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere, işyerinin işçisi iken sakatlanan özürlü, eski hükümlü ya da terör mağduru işçinin, öncelik tanınarak işe alınması; askerlik ve kanuni ödev nedeniyle işten ayrılan işçinin veya hastalanan ve bir yıl içinde iyileşen gazetecinin tekrar işe alınması; sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile ayrılan işçilerin bu görevlerinin son bulması halinde işyerine tekrar alınmaları üzerine, iş sözleşmesine deneme kaydı konulur ise, işbu kayıt geçersiz olacaktır³¹⁸.

Deneme süresinin kararlaştırılmış olması, taraflara iş sözleşmesinden deneme süresi içinde her an cayma hakkını vermektedir. Nitekim taraflardan her biri deneme süresi içinde iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilirler. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır (4857 sayılı İş Kanunu m. 15/2). İş sözleşmesini bu süre içinde fesheden işçi veya işverenin herhangi bir gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur. Deneme süresi içinde feshin en önemli sonucu, fesheden tarafın ihbar tazminatı ödememesidir.

Tüm bu düzenlemelere rağmen deneme süresi içinde fesih hakkının bu derece sınırsız kullanılması mümkün müdür? Bu konuda Yargıtay'ın her ne kadar kanuna sıkı sıkıya bağlı

³¹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 441.

³¹⁶ Yarg. 9. HD'nin 25.11.2008 tarihli 2008/6168 Esas, 2008/32048 Karar sayılı kararına göre, "İşyerinde geçici iş ilişkisi kapsamında olsa dahi çalışmakta olan bir işçi ile fiilen ifa ettiği görevde çalışması için deneme süreli iş sözleşmesi yapılmasında hukuki bir menfaat bulunmamaktadır. Davacı işçi deneme süresini içeren sözleşmenin yapıldığı sırada, yaklaşık 5 ay süreyle işyerinde genel servisler müdürü olarak çalışmaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesinde yazılı olan deneme kaydı geçersizdir". (www.kazanci.com)

³¹⁷ DEMİR, Sorularla Bireysel İş Hukuku, s. 103.

³¹⁸ KAR, B. , "Deneme Süreli İş Sözleşmesi", <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC2.pdf>, s. 16

olduğu katı kararları³¹⁹ olsa da; doktrinde deneme süresi içinde her hangi bir sınırlamaya tabi olmadan fesih hakkının kullanılmasının engellenebileceği görüşü³²⁰ mevcuttur. Bizimde katıldığımız işbu görüşe göre, her ne kadar deneme süreli sözleşmenin feshinde bir neden gösterilmesi zorunluluk arz etmese de³²¹, neden gösterildiği takdirde bunun Medeni Kanun m. 2'ye aykırı olmaması gerektiği şüphe götürmez bir gerçektir. Örnek verecek olursak, bir işverenin deneme süresi içinde sürekli övdüğü ve başarılarını dile getirdiği bir işçi ile arasındaki iş sözleşmesini tazminatsız feshetmesi, dürüstlük kurallarına uymadığını gösterir.

Sonuç olarak deneme süresinin sona ermesiyle birlikte, eğer işçi ve/veya işveren sözleşmeyi fesih yetkilerini kullanmazlarsa, iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri doğrultusunda devam eder. Tarafların, deneme süresinin bitmesinden sonra iş sözleşmesinin devam edeceğini bildirme gibi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Deneme süresine bağlı tutulan iş ilişkisinde, deneme süresine tekabül eden iş sözleşmesi ayrı bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilemez. Başka bir deyişle iş sözleşmesi deneme süresinin sonunda yeniden kurulmuş olmaz³²². İş sözleşmesinin süresi işçinin fiilen işe başladığı tarihten itibaren hesaplanmalıdır.

3.5.3 İş Sözleşmesi Yapma Yasakları

4857 sayılı İş Kanunu m. 71 ve devamındaki hükümler, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 173/1, m. 176, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 12 hükümleri yukarıda ayrıntılı olarak bahsetmiş olduğumuz gibi küçüklerin ve kadınların iş sözleşmesinin tarafı olmaları bakımından ehliyetlerini sınırlamaktadır. İşbu hükümlerde kanun koyucu çocuk ve kadınlar nedeniyle işverenlere ilişkin olarak “çalıştırılmaz” veya “çalıştırılması yasaktır” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.

Kanımızca küçükler ve kadınlarla “iş sözleşmesi yapma yasakları” işçilere değil, işverenlere getirilmiş olan yasaklardır. Nitekim işverenin iş sözleşmesi yasaklarına uymaması durumunda müeyyideler altında kalacağı kanunen düzenlemelere konu olmuştur. Diğer bir yandan küçükler ve kadınlar açısından işbu düzenlemeler sadece işçinin ehliyetini sınırlandırmakla kalmakta ve yasak mahiyetini taşımamaktadır. 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ise ayrı bir durum göstermekte ve yabancı işçilerle yapılmakta olan iş

³¹⁹ Yarg. 9. HD'nin 17.1.2005 tarihli 2004/21240 E, 2005/ 2941K. sayılı kararına göre; “Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir. Ücret ve diğer haklar saklıdır. 4857 sayılı yasanın 15. maddesi bunu açıkça düzenlemiştir. Sendikal tazminat istenemez denilerek yerel mahkeme kararı onanmıştır.”

³²⁰ ÇENBERCİ, M. , İş Kanunu Şerhi. Seçkin Kitabevi, 6.Bası. Ankara 1986, s. 275; NARMANLIOĞLU, s. 187;

³²¹ Deneme süreli iş sözleşmelerinde fesih hakkını kullanan tarafların sebep gösterme zorunluluğu olmadığını savunan yazarlar: DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 86; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.80; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 91; NARMANLIOĞLU, s. 187.

³²² Yarg. 10. HD'nin 11.04.1975 tarihli 1975/597 E., 1975/1780 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr 27.05.2012).

sözleşmelerinde yasak kapsamındaki muhatabın işveren değil; işçi olduğu görülmektedir³²³. Zira kanunen getirilmiş olan yasaklara uymayan yabancıların sorumlulukları doğmakta ve 4817 sayılı Kanun m. 21 uyarınca para cezası ödemeleri gerekmektedir.

3.5.4 İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülükleri

Anayasal düzenlemede herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olmakla birlikte, kanun koyucu bu hürriyetleri ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir. İş Hukukunda işveren bazı durumlarda belli koşullardaki işçiyi işe almaya veya işe almada diğer istekilere tercih etmeye zorlanmaktadır. Sosyal devlet anlayışı ile getirilmiş olan bu hükümler, iş sözleşmesi yapma zorunluluğu doğuran düzenlemelere temel oluşturmaktadır³²⁴.

Belirtmek gerekir ki iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getiren hükümler işçiler açısından düşünülemez. Bu hususta herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Zira hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Ancak sözleşme yapmak zorunluluğu işveren için mi yoksa işyeri için mi söz konusu olacaktır sorusunu sorduğumuzda bu husus başka bir boyutta incelemeye konu olur. Düzenlemelerde bu hususa ilişkin her hangi bir kayda rastlanmamakla beraber, çalıştırma zorunluluğunun yine bu kıyaslamada da işverene yükümlülükler getirdiği görüşü mevcuttur³²⁵. Şimdi bu görüşler çerçevesinde, işverenin hangi durumlarda ve kimlerle iş sözleşmesi yapma zorunluluğu bulunduğunu ve düzenlemelere uymaması durumunda sorumlulukların neler olacağını inceleyeceğiz.

3.5.4.1 Yeniden işe alma yükümlülüğü

İş hukuku mevzuatında ve uygulamada kural olarak işverenin daha önce çalıştırmış olduğu işçisi veya işçileriyle sözleşme yapmak, onları yeniden işe almak zorunluluğu yoktur. Ancak İş Kanunumuzda belirli durumlar nedeniyle işten çıkmış veya çıkarılmış olan işçilerin tekrar işe alınmaları hükme bağlanmıştır.

1475 sayılı eski İş Kanunu'nda "İşten Çıkarmanın Sonucu" başlığı altında 24. maddede işverenin yeniden işe alma yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin büyük bir kısmı düzenlenmişti³²⁶. 4773 sayılı kanun ile bu madde değiştirilmiş, "toplu işçi çıkarma" başlığı altında işçilere tanınan iş güvencesi düzenlenerek yeni bir metin oluşturulmuştur. Bundan

³²³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 470.

³²⁴ İŞIKLI, A. , İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2005, s. 70;

³²⁵ NARMANLIOĞLU, s. 148.

³²⁶ Gerek 1457 sayılı İş Kanununda gerekse yeni düzenlemelerde işverenin işçiyi belli durumlarda yeniden işe alma yükümlülüğünün asıl amacı, işçinin zorunlu haller nedeniyle işten çıkmak durumunda kaldığı işyerine gerektiğinde bir zorlukla karşılaşmadan dönebileceğine inanmasını sağlamaktır. İşçinin bu inancı işverene karşı iyi duygular beslemesine yol açacak ve neticede sosyal barışa bir adım atılacaktır.

dolayı olacak ki yeni düzenlemede işverenlerin yeniden işe alma zorunluluğuna ilişkin hükme yer verilmemiştir.

Buna karşın 4857 sayılı İş Kanunu m. 29/6'da **toplu işçi çıkarma kapsamında işten çıkarılan işçilerin**; m. 30/8'de işyerinin işçisi iken **malulen işten ayrılan işçilerin**; m. 31/son hükmü ile **askerlik veya kanundan doğan bir ödev nedeniyle işten ayrılan işçilerin** yeniden işe alınmalarına ilişkin düzenlemeleri kapsamaktadır. Ayrıca özel olarak 5953 sayılı Basın İş Kanunu m. 12/2 ile **hastalığı nedeniyle işten çıkarılan gazeteciler** ve Sendikalar Kanunu m. 29 ile de **işçi sendika ve konfederasyonlarında yöneticilik görevi nedeniyle işten ayrılan işçilerin** yeniden işe alınmaları düzenlenmiştir.

3.5.4.1.1 İşyerinden malulen ayrılanlar

4857 sayılı İş Kanunu m. 30/5'e göre "Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, 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. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmese, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat öder." İşbu hükümden de anlaşılacağı gibi işverenin yükümlülüğü için işçinin işyerinden malulen ayrılmış olması, maluliyetin kalkması ve işyerinde boş yerin bulunması şarttır.

Öncelikle değinmemiz gereken husus maluliyet kavramının kapsamıdır. Nitekim bu hükmün uygulanabilmesi için işçiyi işyerinden ayrılmak zorunda bırakan maluliyeti, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 25 anlamında malullük sigortası için esas tutulan maluliyet (çalışma gücünün ve meslekte kazanma gücünün en az %60'ının yitirilmesi) olarak anlamamak gerekir³²⁷. Sosyal düşüncelerle bir işyerinden malulen ayrılanlara bu hallerin düzelmesi durumunda eski işlerine geri dönebilmeleri, daha rahat iş bulabilmeleri ve eski gelir seviyelerine kavuşabilmeleri amacıyla düzenlenmiş olan m. 30/5'in koşullarının, SSGSSK hükümleri ile sınırlandırılarak anlaşılması hükmün amacına uymayacaktır. Maluliyet iş kazası, meslek hastalığı, hastalık³²⁸, trafik kazası veya herhangi bir kaza nedeniyle ortaya çıkmış olabilir. Dolayısıyla İş Hukukunda önemli olan kişinin beden ve ruh sağlığındaki normalden sapmanın, çalışma yeteneğini etkilemesi, onu ortadan kaldırmasıdır. Yoksa maluliyetin mutlaka iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanması şart değildir. İşten ayrılmayı zorunlu kılan her hangi bir maluliyet olabilir.

³²⁷ SÜZEK, s. 279.

³²⁸ İş Hukuku açısından hastalık işçinin iş görme borcunu yerine getiremediği andan itibaren önem kazanır. İşçi esas itibarıyla hasta olmasına rağmen iş görme edimini yerine getirebiliyorsa, İş Hukuku anlamında bir hastalık yoktur. (CANIKLIOĞLU, N. , Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002, s. 9).

Bir işverenin maluliyet nedeniyle işten ayrılmış olan işçiyi geri alma yükümlülüğünün diğer bir şartı ise, maluliyetin ortadan kalkmış olmasıdır. Bu durumda maluliyet tamamen mi yoksa kısmen mi kalkmış olmalıdır? Bu hususta farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe³²⁹ göre maluliyetin tamamen ortadan kalkmış olması, bu suretle işçinin çalışma gücünü tamamen kazanmış olması gerekmektedir. Diğer görüş³³⁰ ise maluliyetin tamamen ortadan kalkmasının şart olmadığını, işçinin kısmen iyileşmiş olması nedeniyle maluliyetinin işten ayrılmayı zorunlu kılan niteliğini kaybetmiş olmasının yeterli sayılması gerektiğini savunmaktadır. Eğer ki işçi kısmen de olsa maluliyetini kaybetmemiş ise, maluliyet nedeniyle işinden ayrılmış olan işçinin 4857 sayılı İş Kanunu m. 30'un diğer hükümleri kapsamına girip, o işyerine özürlü kontenjanından girmek için başvurduğunu kabul etmek gerekir³³¹.

Kanımızca maluliyet nedeniyle işten çıkmak zorunda kalan işçinin korunması açısından yine işçinin lehine bir yorum yapmak ve maluliyetin tamamen geçmiş olmasını beklememek gerekir. Nitekim Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre özürlü sayılmayan ve bu nedenle de özürlü çalıştırma hükümlerinden (İş K. md.30) yararlanamayan; ancak maluliyeti de tamamen ortadan kalkmamış bulunan işçilerin eski işyerlerinde çalışmaları mümkün olabilecektir³³².

İş Kanununun m. 30/5'e göre maluliyeti ortadan kalkan işçilerin eski işyerlerinde çalışabilmeleri için, başvuruda bulunmaları gerekmektedir. Burada önemli olan husus işçinin ne kadar süre içinde eski işyerine başvuruda bulunması gerektiğidir. Başvuru süresinin dürüstlük kuralı çerçevesinde "makul bir süre" olması gerekir. Eğer ki işçinin başvurusu makul bir süre içinde olmazsa, işverenin talebi reddetmekte haklı bir nedeninin olduğu var sayılacaktır³³³.

Maluliyeti kısmen veya tamamen ortadan kalkmış olan işçinin makul bir süre içinde eski işyerine başvuruda bulunması da, işe başlaması için yeterli olmayacaktır. Nitekim işçinin yeniden işe alınabilmesi için yapılacak değerlendirmede "o andaki şartlar" göz önünde tutulmalıdır. Esasen getirilmiş olan böyle bir koşul, işçinin lehine olan m. 30/5 düzenlemesi ile işyerindeki zorunlulukları da görmezden gelmeyecek taraflar arasındaki dengeyi sağlamaktadır. Nitekim "işyerinde o andaki şartlar" tabirinden anlaşılması gereken, işçinin

³²⁹ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 104; NARMANLIOĞLU, s. 164.

³³⁰ SÜZEK, s. 279; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 473; UŞAN, F. , İş Hukuku'nda Sakat İstihdamı, Ankara 1999, s. 274; ÇENBERCİ, s. 454.

³³¹ ELİBOL, M. , "Hizmet Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu", T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı Yönetim ve Çalışma Psikolojisi Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR), İstanbul 2010, s. 34.

³³² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 473 (1475 sayılı eski İş Kanununda yer alan m. 25/4'te "maluliyeti ortadan kalkan sakat işçiler" ibaresi yer alıyordu. Yeni düzenlemede ise sakat kelimesine yer verilmeyip, "maluliyeti ortadan kalkan işçiler" ifadesi yer almaktadır. İşbu yeni düzenleme ile maluliyeti ortadan kalkmış olan işçinin yeniden işe girebilmesi için sakat olmasının gerektiğine yönelik yanlış düşünceler de ortadan kalkmıştır.

³³³ ÇENBERCİ, s. 454.

işten ayrıldığı sırada uygulanmakta olan koşullara göre değil; vuku bulan yeni iş sözleşmesinin kurulması anındaki işyeri koşullarına göre işçinin işe alınabileceğidir.

Maluliyeti ortadan kalkmış olan işçiler, eski işyerine alınmak istedikleri takdirde, işveren her şeyden önce işçiyi boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe diğer isteklilere tercih ederek alacaktır. Yine söz konusu işçiler işyerindeki her hangi bir işte değil, “eski işleri” veya “benzeri işlerde” çalışabileceklerdir. Oysaki 1475 sayılı eski İş Kanunu’nda “eski işleri veya benzeri işlerde” tabiri yer almamaktaydı. Bu nedenle öğretide bir görüş³³⁴ maluliyeti nedeniyle işten ayrılmak zorunda kalan işçinin yeniden işe girmek için başvurması halinde, eskiden çalıştığı işten farklı niteliği haiz işlerde de çalışabileceği yönündeydi. Yeni düzenleme ile görüldüğü gibi artık böyle bir tartışma ortadan kalkmıştır. Yine de maluliyeti nedeniyle işten ayrılmak zorunda kalan işçinin tedavi görmesi sonucunda iş yerindeki başka bir işi yapma yeteneğine sahip olması durumu da işçi lehine yorumlanarak; işverene işçiyi işe alma yükümlülüğü getirilmesi iş hukukunun amacına uygun olacaktır kanısındayız. Tüm bunlara ek olarak maluliyeti nedeniyle işten çıkmış ya da çıkarılmış işçilerin yaptıkları iş için işçi almak istendiğinde işverence durumun eski işçiye bildirilmesi gerektiğini öncelikle kabul etmek gerekir ³³⁵.Bu süreçte işyerinde boş yer olmaması durumunda işçinin beklediği süre içinde ücret talep etmesi mümkün değildir. İşyerinin devri durumlarında da yeni işverenin maluliyeti ortadan kalkmış olan işçiyi işe alma yükümlülüğü mevcuttur. Yeter ki yeni işyerinde faaliyet tamamen veya esaslı bir tarzda değişmemiş olsun.

Maluliyeti ortadan kalkan işçiyi yeniden işe almayan işveren için 4857 sayılı Kanun m. 30/5’te hukuki yaptırımlar öngörülmüştür. Anılan düzenlemeye göre “ Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmese, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat öder”. Bu hükme karşın özürlü ve hükümlü çalıştırma hükümlerine uymayan işverenler için İş Kanunu m. 101’de hükme alınmış olan idari para cezası, görüldüğü gibi maluliyete ilişkin düzenlemelerde yer almamaktadır. Kanımızca idari para cezasına ilişkin hüküm, hiçbir ayrıma gidilmeden, maluliyet hükümlerinde de yer almalıdır.

3.5.4.1.2 Askerlik ve yasal ödev nedeniyle işten ayrılanlar

Vatandaşların topluma karşı ödevlerinden biri olan askerlik ve kişilere kamu yararı nedeniyle yüklenmiş olan ödevler nedeniyle sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturan düzenlemeler getirilmiştir. Şöyle ki askeri veya kanuni ödevini bitiren işçiyi çalıştırma yükümlülüğüyle

³³⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, s. 92; UŞAN, İş Hukuku’nda Sakat İstihdamı, s.275. Aksi görüş: EKONOMİ, İş Hukuku, s. 105.

³³⁵ CANIKLIOĞLU, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 32-33.

ilgili olarak kanun koyucu, bu hususta bazı tedbirlerin alınmasını gerekli görmüş ve işçilerin kanuni ödevler sonucu işyerlerindeki menfaatlerinin bozulmaması için bir takım hükümler getirmiştir³³⁶. Çünkü askerlik nedeniyle işinden ayrılmak zorunda kalan işçiye, yeniden eski işine girebilmesi için güvence sağlama amacı güdülmüştür.

4857 sayılı İş K. m. 31/1'e göre, muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silahaltına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi, işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır. Dolayısıyla, maddede belirtilen nedenlerden dolayı işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi iki ay süreyle askıda kalacaktır³³⁷. Geçici askerlik görevini askıda kalma süresi içinde bitirerek iş yerine dönen işçi ile işverenin yeni bir iş sözleşmesi yapması gerekmeyip; esasen mevcut olan iş sözleşmesi işçinin işine dönmesiyle hükümlerini icra etmeye devam edecektir³³⁸.

İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması şarttır³³⁹. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca iki gün eklenir. Şu kadar ki bu sürenin tamamı doksan günü geçemez (m. 31/2). Bir yıldan az çalışmış olan işçilerin görevinin askerlik (mesela dört gün için askeri tatbikata iştirak) veya başka bir askeri zorunluluk nedeniyle imkansızlaşması halinde sözleşme hemen feshedilemeyecektir. İşçinin bir yıldan az çalışmış olması ancak iki aylık süreden işçinin istifade etmesi imkanına engel teşkil eder³⁴⁰.

İş Kanunu m. 31/son hükmüne göre de; her hangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde 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. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmeyse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder.

Görüldüğü gibi İş Kanunu m. 31/1'de muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silahaltına alınmış işçinin iş sözleşmesinin, işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra feshedilmiş sayılacağı ifadesiyle muvazzaf askerlik nedeniyle işten çıkmış olan işçiler düzenlemenin dışında bırakılmış; buna rağmen m. 31/son'da böyle bir ayrıma gidilmeyerek, muvazzaf olsun veya olmasın tüm işçilerin yeniden işe alınmaları

³³⁶ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 100.

³³⁷ BAYBORA, D. ., "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar", Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 4, Temmuz, 1998, s.7.

³³⁸ YELEKÇİ, M. / YELEKÇİ, İ. , İş Kanunu Şerhi, Ankara 1998, s. 357.

³³⁹ Bir yıl çalışma koşulu, hakkın doğumu için ön koşuldur.

³⁴⁰ YÜREKLİ, S. , "İşverenin Askerden Dönen İşçiyi İşe Alma Yükümlülüğü", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1323.

öngörülmüştür. Ancak iş sözleşmesi belirli süreli yapılmış ise askıda kalma sözleşme süresinin işlemesine engel olmaz. Bu nedenle de sözleşme süresi askı süresi içinde doluyorsa, sürenin sona erdiği tarihte sözleşme de sona erer. Bu durumda ise, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve süresi askerlik yükümlülüğünü yerine getirirken sona eren işçilerin tekrar işe alınma zorunluluğu yoktur³⁴¹.

Yasada açıkça “her hangi bir askerlik” görevinden söz edilmektedir. Dolayısıyla işçinin sadece muvazzaf askerlik değil, her türlü askerlik ödevi nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işe alınma hakkını haiz olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır (İş Kanunu m. 31/1-2). Bizimde katıldığımız görüşe³⁴² göre sadece askerlik değil, başka bir yasal ödev (sivil savunma hizmeti gibi³⁴³) nedeniyle işinden ayrılmak zorunda kalan işçiler de bu hükme tabidir. Ayrıca iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması da, tekrar işe alınmaya ilişkin anılan hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez.

Askerlik veya yasal ödevlerin sona ermesinden itibaren iki aylık sürede işçinin iş alınması için, işverene başvurması gerekmektedir. Kanunda bahsi geçen iki aylık süre hak düşürücü süredir. Bu başvuru sözlü veya yazılı olabilir. Eğer işçi iki aylık hak düşürücü sürede başvuruda bulunmazsa, yeniden işe alınma hakkını kaybeder. Bu durum karşısında işverenin de yeniden işe alma gibi bir kanuni yükümlülüğü olmayacaktır³⁴⁴.

Askerlik veya kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılmak zorunda kalan işçilerin, yeniden işe alınmalarını zorunlu kılan madde 31 de, yukarıda bahsi geçmiş olan maluliyet nedeniyle işinden ayrılmış olan işçilere ilişkin hükümlerle paralellik göstermektedir. Nitekim m. 31/son’a göre işveren iş için başvuran işçiyi eski işinde veya benzeri işte boş yer varsa derhal, yoksa boşaldığında işe almak zorundadır. Dolayısıyla işverenin, tüm bu koşullar sağlanamazsa, askerlik veya kanuni ödev nedeniyle işinden ayrılan işçiyi yeniden işe alma yükümlülüğü de olmayacaktır³⁴⁵. İşverenin işçiyi işe alma yükümlülüğü eski işyeri ile sınırlıdır. Meğerki işverenin, eski işyerini içine alan birkaç işyerinden oluşmuş bir işletmesi olmasın. Zira birden fazla işyerini içine alan bir işletme var ise, işveren bu işyerlerinden birinde işçiyi işe alma yükümlülüğü altında olacaktır³⁴⁶.

³⁴¹ AKAR, s. 73.

³⁴² SÜZEK, s. 281. Yarg. 9. HD’nin 11.12.2000 tarihli 13314/18557 sayılı kararına göre “ Belediye başkanı seçilen işçinin işyerinden ayrılmasının yasadan doğan bir ödev olmadığı” hükme bağlanmıştır.

³⁴³ Örnekleri çoğaltacak olursak, olağanüstü haller, sıkı yönetim halleri, savaş, seferberlik hallerini sayabiliriz.

³⁴⁴ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 101; SÜZEK, s. 281; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 475.

³⁴⁵ 1475 sayılı eski İş Kanunu’nda “eski işler veya benzeri işlerde tabirine yer verilmeksizin işçinin boş yerlere öncelikle” işe alınacağı belirtilmişti. Yeni düzenlemenin önceki düzenlemeye nazaran isabetli olduğu açıktır. Nitekim işyeri/ işletme gerekleri bu yolla göz ardı edilmeyecektir. (MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 475).

³⁴⁶ İZVEREN/AKI, s. 170.

Yargıtay'ın yerleşik kararlarında³⁴⁷ askeri görevi sona erdikten sonra işe alınmak isteyen işçinin, işe alınması üzerine, başvuru tarihi ile işe alındığı tarih arasında geçen süre için iş verenden ücret isteyemeyeceği görüşü hakimdir. Nitekim başvuru tarihi ile işe alınma tarihi arasında henüz bir iş sözleşmesi kurulmuş sayılmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun amacı askerden sonra gelen işçinin tekrar işe alınması ile çalışma şartlarının aynı durumda olanlara nazaran kötüleşmemesini sağlamaktır. Bundan dolayı tekrar işe alınan işçinin ücretinin tespitinde eski ücret seviyesi esas alındıktan başka, bu işçinin işyerinden ayrı kaldığı süre içerisinde işyerinde bütün veya aynı durumdaki işçilere yapılan zam tutarının da buna eklenmesi gerekecektir³⁴⁸.

İşverenin, askeri veya kanuni ödevi sona eren eski işçileri ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğunu yerine getirmemesi halinde, kanun koyucu idari para cezası yerine tazminat yaptırımını öngörmüştür. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, tazminat yükümlülüğü işçinin üç aylık ücreti tutarıyla sınırlandırılmıştır. Tazminat yükümlülüğünün dışında işveren dava edilerek iş sözleşmesinin mahkemenin vereceği hükümlerle kurulamayacağını savunan bir görüş³⁴⁹ mevcuttur. Zira bu görüşe göre böyle bir olanak toplu iş sözleşmeleriyle de öngörülemez. Kanımızca işbu görüşe katılmak, askerden dönen işçinin haklarını koruma amacı taşıyan iş kanunu hükümleri ile bağdaşmayacaktır. Nitekim işçinin açacağı eda davası ile işverenden sözleşme yapma borcunun aynen ifasını talep edebilmesi ile kanun koyucu tarafından güdülen amaç gerçek anlamda işlevsellik kazanacaktır.

3.5.4.1.3 Toplu işten çıkarılanlar

Toplu işten çıkarma, işverenin ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmesi yoluyla olmaktadır (İş Kanunu m. 29/1). Yapılacak olan bu bildirimde, işçi çıkarmalarının sebepleri, çıkarılacak işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin ne kadarlık bir zaman diliminde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin de bulunması gerekmektedir. Buna karşılık, işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde, işveren sadece durumu en az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirerek işyerinde ilan edecektir (md.29/6). Bu durumlarda işverenin sendika temsilcileriyle görüşmesi gerekmemektedir.

³⁴⁷ Yarg. 9. HD'nin 22.11.1973 tarihli 11342/33375 sayılı kararı (SÜZEK, s. 281).

³⁴⁸ YÜREKLİ, s. 1329.

³⁴⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 476; SÜZEK, s. 286 (SÜZEK'e göre Yasada bir hukuki yaptırım getirilmişse, bu hükme rağmen başka bir hukuki yaptırımın uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle maluliyetin kalkması veya askerlik ve kanuni ödevlerin yerine getirilmesinin akabinde işveren tarafça işe alınmayan işçinin tazminat yerine aynen ifa davası açması mümkün değildir.)

İşverence yapılan bildirimden sonra işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konuları ele alınır. Görüşmelerin sonunda, toplantının yapıldığını gösteren bir belge düzenlenir (m. 29/5). Ancak toplu işçi çıkarmada işyeri, görüşmelerin sonucu ne olursa olsun, görüşmelere bağlı kalmak zorunda değildir. Nitekim işbu görüşmeler danışma niteliğindedir.

Kanun koyucu hangi hallerde toplu çıkarma koşullarının oluştuğuna ilişkin, çıkarılan işçi sayısı bazında sınırlamalar getirmiştir. İşyerinde çalışan işçi sayısı: 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin; 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin; 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin işine İş Kanunu m. 17 (ihbar koşullarına uygun olunarak ve ihbar tazminatı ödenerek) uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır. İş Kanunu m. 17 uyarınca belirlenecek bildirim sürelerinin sözü geçen otuz günlük sürenin sonundan itibaren başlayacağı veya bu tarih itibariyle bildirim süresine ait ücretin peşin olarak ödenmesi yoluyla sözleşmenin sona ereceği anlaşılmalıdır³⁵⁰.

İşçi sayısına ilişkin getirilmiş olan bu düzenlemeye göre sadece “işyerinde çalışan işçiler” göz önüne alınmalıdır. Bunun dışında bir işverenin aynı işkolunda çalışan işyerleri tek bir işyeri gibi ele alınamaz. Ayrıca mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işten çıkarılmaları hakkında, işten çıkarma bu işlerin niteliğine bağlı olarak yapılıyorsa, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz (m. 29/8). Buna rağmen mevsim ve kampanya dönemi içinde yapılan toplu işçi çıkarmalarında bu hükümlerin uygulanacağı şüphesizdir³⁵¹. Kanımızca deneme süresi içinde olan işçilerin de toplu işçi çıkarma kapsamında sayılmaması gerekir.

İş Kanunu m. 29/1’de yapılacak olan bildirimde işçi çıkarmanın sebepleri, bundan etkilenecek işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin hangi zaman diliminde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin bulunması zorunludur. İşçi çıkarmanın sebepleri işyeri dışında meydana gelen gelişmeler olabileceği gibi, işyeri içinde ortaya çıkan sebepler de olabilir. Bunlara örnek verecek olursak, işyeri dışında meydana gelen gelişmeler; sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı ve ham madde sıkıntısı olabilir. Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin kapatılması ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi nedenler de işyeri içinde toplu işçi çıkarmaya sebep olabilecek gelişmelerdir³⁵².

³⁵⁰ ELİBOL, s. 50.

³⁵¹ ŞEN, M. , “Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılık”, Tühis, Mayıs, 2005, s.48.

³⁵² ŞEN, s. 45.

Tüm bu düzenlemeler ışığında madde 29/6'a göre; işveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları işe çağırır. İşbu bu hükme göre yeniden işe alınma, münhasıran toplu işçi çıkarma kapsamında işten çıkarılan işçiler için öngörülmüştür³⁵³. Eğer işveren farklı nitelikte bir iş için işyerine işçi alacaksa, bu durumda toplu olarak çıkarmış olduğu işçilerden birini almak zorunda değildir. Madde 29/6'da her ne kadar çıkarılan işçilerin yeniden alınmasına ilişkin hüküm düzenlenmiş olsa da, işbu işçilerin işyerine çağırılmasının usulü, çağrı halinde başvuru süresi düzenlenmemiştir³⁵⁴. Ancak şüphesiz ki çağırının uygun vasıtalarla, çıkarılan işçinin adresine yapılması ve işçinin de çağrı üzerine makul bir süre içinde eski işvereniye başvuruda bulunması gerekir. İş Kanunu m. 109'de yer alan , “Kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir” hükmü düzenlenerek, bir nebze de olsa çağrı usulüne ilişkin düzenleme eksikliği giderilmiştir.

İşveren toplu işçi çıkarılmasına ilişkin hükümleri 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla kullanamaz; aksi halde işçi bu maddelere göre dava açabilir (m. 29/ Son). İşveren m. 29/6'da düzenlenmiş olan toplu olarak işten çıkarılan işçileri yeniden işe alma yükümlülüğüne aykırı davranırsa; daha açık bir ifadeyle toplu işten çıkarmadan itibaren altı aylık süre içinde işten çıkarılan nitelikleri uygun işçi veya işçileri tercihen işe almazsa, bu durumda her hangi bir hukuki yaptırımla karşılaşmayacaktır. 4857 sayılı İş Kanunu m. 100'de sadece işverenin anılan madde 29'da yer alan düzenlemelere aykırı olarak çıkardığı işçiler nedeniyle idari para cezası alacağı düzenlenmiştir ki; bu hüküm de işverenin yeniden işe alma yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda öngörülmüş olan bir yaptırım değildir. Sonuç olarak işveren için hukuki yaptırım öngörülmediği gibi idari veya cezai bir hüküm de söz konusu değildir. Dolayısıyla işverenin yeniden işe alma yükümlülüğü sadece kanunda bulunan ancak işlevselliği bulunmayan bir düzenlemeden ibarettir³⁵⁵.

3.5.4.1.4 Hastalık nedeniyle işten çıkarılan gazeteciler

Kanun koyucu işverenlerin sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlayan bir hükme daha yer vererek özel kanunla hastalık nedeniyle işten çıkarılan gazetecilerin tekrardan işe alınmalarını düzenlemiştir. İşbu düzenleme 13.6.1952 tarih ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanununun 4.1.1961 tarih ve 212 sayılı kanunla değişik 12. maddesidir.

³⁵³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 471.

³⁵⁴ 1475 sayılı eski İş Kanunu m. 24'te çağrı ve başvuru usulleri düzenlenmişti.

³⁵⁵ AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 124.

Anılan madde 12/1'e göre; gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilemez. Ancak bu hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilmek suretiyle akdin feshi yoluna gidilebilir. Görüldüğü gibi, düzenlemenin birinci fıkrasında hastalık nedeniyle işinden ayrılmak zorunda kalan gazetecinin korunması amaçlanarak ilk altı aylık süre diliminde işverene iş sözleşmesini feshetme yasağı konulmuş, daha sonraki aşamada ise işverene işçi ile sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir³⁵⁶. Söz konusu altı aylık sürede iş sözleşmesi askıda kalmaktadır ki, askıda geçen bu süre işçinin çalışmıyor olmasını meşrulaştırmaya yönelik modern zamana ait bir araçtır³⁵⁷. Eğer işveren altı aylık süre zarfında iş sözleşmesini feshederse, işten ayrılan gazeteci işe iade davası açabilecektir. Ayrıca eklemek gerekir ki, gazetecinin hastalığının işyerinden kaynaklanmamış olması, hatta gazetecinin kendi kusuru ile bu hastalığa maruz kalması, yasanın sağladığı bu korumayı etkilememektedir³⁵⁸. Hastalık, gazetecinin görevini yapamayacak duruma gelmesine neden olacak boyutta olmalıdır³⁵⁹. Hastalık deyiminin kazayı da içerdiği kabul edilmelidir³⁶⁰ Gazeteci, hastalık dışında bir nedenle iş sözleşmesini feshederse, işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü altına girmez.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında da, birinci fıkrada yazılı haller dolayısıyla çalışamayacak duruma gelip de işveren tarafından işinden çıkarılan gazetecinin, azami bir yıl içinde iyileştiği takdirde tekrar eski işine tercihen alınacağı düzenlenmesine yer verilmiştir. Bu fıkrada yer verilirse de, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında işçinin yeniden işe alınabilmesi için sadece iyileşmesinin yeterli olmadığı, ayrıca işverene başvurması gerektiği açıktır.

Basın İş Kanununda hastalık nedeniyle işinden ayrılmak zorunda kalan gazetecinin yeniden işe alınabilmesi için eski işinin boş olması koşulu düzenlenmemiştir. Oysaki kanun koyucu malulen işinden ayrılan, askeri veya kanuni herhangi bir ödevden dönen işçiler için bu koşulu getirmiş bulunmaktadır. Kanun koyucu tarafından böyle bir koşulun öngörülmemiş olması nedeniyle, hastalık nedeniyle işinden ayrılmış işçilerin yeniden işyerine alınmaları için boş yer olmasının gerekmediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak bu durum her ne kadar işçinin lehine bir uygulama olarak gözüксе de, işyerinin gereklerine uygun olmayabilir ve

³⁵⁶ KOCAOĞLU, M. , “Hukukumuzda İşverenin Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğunun İşçiye İş Güvencesi Sağlamadaki Etkisi”, Tühis, Cilt:11, Sayı:5, Mayıs, 1998, s. 18.

³⁵⁷ SÜZEK, S. , İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara, 1989, s. 1.

³⁵⁸ ÇİL, Ş. , “Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 yılı Mayıs Toplantısı, Legal Yayınları, s. 163.

³⁵⁹ ŞAKAR, M. , “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, <http://www.calismatoplum.org/sayil7/sakar.pdf>, s. 17.

³⁶⁰ TUNCAY, Hukuki Yönden Basında İşçi İşveren İlişkileri, s. 64.

işvereni zor durumda bırakabilir³⁶¹. Kanımızca kanunda her ne kadar sessiz kalınmış olursa da, gazetecinin işyerine yeniden alınabilmesi için işyerinde boş yerin olması gerekir.

Basın İş Kanunu m. 12/2’de işinden çıkarılan gazetecinin iyileşme süresi olarak belirtilmiş olan bir yıllık süre, hak düşürücü süredir. Hak düşürücü sürenin başlangıcı iş sözleşmesinin feshedildiği tarih olarak kabul edilmelidir³⁶². Bu süre içinde gazetecinin iyileşmemesi durumunda işverenin gazeteci ile yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak gazeteci işçi bir yıl içinde iyileşirse, işveren eski işçisini diğer isteklilere göre öncelikli olarak işe almalıdır. Aynı zamanda iş sözleşmesinin yeniden kurulabilmesi için gazetecinin eski işiyle alakalı bir işin olması da gerekmektedir. Gazetecinin bir yıl içinde iyileştiği ve çalışabilir hale geldiği konusunda ihtilaf çıkması halinde ispat külfeti ise gazeteciye aittir³⁶³.

Sonuç olarak Basın İş Kanunu m. 12’ye baktığımızda, her ne kadar işverene yükümlülükler getirilmişse de, herhangi bir –hukuki veya cezai- yaptırımın söz konusu olmaması ile işçinin yeniden işe alınması işverenin inisiyatifine bırakılmıştır.

3.5.4.1.5 İşçi sendika ve konfederasyonlarında yöneticilik görevi nedeniyle işten ayrılanlar

Sendikalar sayesinde, bireysel iş sözleşmesi ile iş ilişkisi içine giren işçiler, kolektif bir düzeyde yapılacak toplu iş sözleşmeleri ile çalışma koşullarını kendi iradeleriyle yönlendirme, daha iyi koşullara sahip olma olanağına sahip olurlar. Bir işçi sadece sendikaya üyeliği ile sınırlı kalmayarak sendika işyeri temsilcisi, sendika şube yöneticisi veya merkez yönetim kurulu üyesi olabilir. İşçilerin bu görevlere gelebilmeleri için ise işyerlerinden ayrılmaları kanun koyucu tarafından zorunluluk haline getirilmiştir. Dolayısıyla eğer sendika yöneticiliğinde olan bir işçi, görevi sona erdikten sonra eski işyerinde yeniden çalışabilme güvencesine sahip olmazsa, bu durumda anayasal haklardan olan sendika hak ve özgürlüğünden yararlanma hakkı da sağlanamamış, zedelenmiş olacaktır.

Sendikal hakları düzenleme altına alan pek çok ülke gibi Türkiye Cumhuriyeti de sendikal hak ve özgürlükleri güvence altına alan düzenlemelere sahiptir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 29 ile işyerinden sendikaya yöneticiliği için ayrılan işçilerin, daha sonradan işsizlik sorunu çekmemeleri ve özgürce sendikal haklarını kullanabilmeleri için işçilere “teminat” sağlanmıştır. Nitekim sendika yönetiminde görev almış olan kişilerin yeniden iş

³⁶¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 477; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 107 (EKONOMİ’ye göre, kanun hükmünde yer alan “eski işine tercihen” tabirini geniş yorumlayarak, işyerinde boş yer olması gerektiğini de bu tabirin içinde varsaymak gerekmektedir).

³⁶² EKONOMİ, İş Hukuku, s. 107.

³⁶³ KOCAOĞLU, s.18.

bulmalarının diğer işçilere göre nispeten zor olacağı göz önünde tutulmuştur. Esasen Sendikalar Kanunu ile getirilmiş olan teminatın amacı, işçileri profesyonel sendikacılığa teşvik etmektir. Çünkü sendikaların toplum içindeki işlevlerini artırabilmek için sendikaları başarı ile yönetebilmek, üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini koruyabilmek gerekir. Bu da günümüzde tüm çalışmasını sendikaya harcayan profesyonel yöneticiler sayesinde gerçekleşebilecektir³⁶⁴.

Sendikalar Kanunu m. 29 hükmü sendikal hak ve özgürlüklerin korunması bakımından ne kadar etkilidir? İşbu Kanun hükmü ne derece uygulanmaktadır? Kanunda her ne kadar işverenin bu kişileri işe almak zorunda olduğu belirtilse de, Yargıtay kararlarında işverenin bu kişileri işe almaması durumunda işe iadenin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Kanunda getirilmeye çalışılan güvence gerçek anlamda bir iş güvencesi olmaktan çok, bir anlamda işçinin işverenin insafına bırakılmasıdır³⁶⁵. Sendikalar Kanunu m. 29'a göre; “ Sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçiler, bu görevlerinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son bulması halinde, ayrıldıkları işyerinde işe yeniden alınmalarını istedikleri takdirde, işveren talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde bu işçileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorundadır. Bu takdirde, işçinin eski kıdem hakları ve ücreti saklıdır. Bu hak, sendika veya konfederasyonlardaki yöneticilik görevinin sona ermesinden başlayarak üç ay içinde kullanılabilir”. Kanun tarafından öngörülmuş olan üç aylık süre hak düşürücü süredir ve işçinin bu süre içinde hakkını kullanmaması durumunda, işverenin yeniden işe alma yükümlülüğü kalmayacaktır³⁶⁶.

Görüldüğü gibi anılan madde hükmüne göre işyerinden ayrılan işçinin yeniden eski işyerine girebilmesi için gerekli olan ilk koşul, işçinin sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev almak için işyerlerinden kendi istekleriyle ayrılmalarıdır. Burada yöneticilikten kasıt tam olarak nedir? Belirtmek gerekir ki her sendika ya da konfederasyon yöneticisi bu hükmün kapsamına girmez. İşverenin işe almakla yükümlü olduğu kişiler sadece işçi sendikası ve konfederasyonlarının yönetim kurulu üyeleri ve başkanları ile işçi sendika şubelerinin yönetim kurulu üyeleri ve başkanlarıdır³⁶⁷. Bu hükme de eleştiri getirilerek aslında işbu kanun hükmünün sadece işçi sendika şubelerinin yönetim kurulu üyeleri ve başkanları için uygulandığı; buna karşın sendika ve konfederasyon yönetim kurulu üyeleri ve başkanları için herhangi bir işlevselliğinin bulunmadığı söylenir. Nitekim

³⁶⁴ BAYBORA, D. , “Türk İş Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Sendika Yöneticiliği”, Kamu-İş yayını, Ankara, 2001, s.121.

³⁶⁵ DEMİR, F. , Sendikalar Hukuku, Fakülteler Kitabevi, 4. baskı, İzmir, 1999, s.155-156.

³⁶⁶ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 106; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 478; NARMANLIOĞLU, s.170.

³⁶⁷ Sendikaların şube yönetim kurulu üyeleri ve başkanlarının da eski işlerine geri alınmalarını sağlayan hüküm Sendikalar Kanunu m. 29/4 hükmü ile korunmuştur.

sendikanın en üst kademesinde görev yapmış kişiler zaten belli bir standardın altında yeniden çalışmayı kabul etmeyecekleri için eski işyerlerine genel olarak başvuruda dahi bulunmamaktadırlar³⁶⁸.

Kanunda açıkça belirtilmiş olan işverenin işe almakla yükümlü olduğu kişilerin dışında acaba sendikaların disiplin ya da denetim kurulunda görev alan kişiler de işe geri alınma hakkına sahipler midir? Doktrinde bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Bizim de katıldığımız görüşe³⁶⁹ göre kanunun açıkça belirtmiş olduğu kişiler dışında, sendika yöneticilerinin sendika güvencesinden yararlanması mümkün değildir. Her ne kadar Sendikalar Kanununda yönetim kurulu üyeleri yanında denetim kurulu üyeleri de yönetici sıfatını taşımaktaysa da (2128 sayılı Kanun m. 9/7), madde 29'da genel olarak tüm yöneticiler tabiri kullanılmayıp, spesifik olarak yönetim kurullarında veya başkanlığında görev alanların teminattan yararlanabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla disiplin kurulunda veya denetleme kurulunda yönetimde görev alıp işlerinden ayrılanlar bu kanuni teminattan yararlanamazlar³⁷⁰.

Madde 29/1'e göre tanınan teminatın ikinci koşulu ise yeniden işe alınmakla yükümlü tutulan yöneticilerin, seçime girmemesi, girip de yeniden seçilmemesi veya kendi istekleriyle yöneticilikten çekilmeleri suretiyle işten ayrılmalarıdır. Hükümde sayılan durumlar dışında yönetici eski işçinin kusuru ve katkısı bulunmaksızın görevinin sona erdiği hallerde de m. 29'un uygulanacağı şüphesizdir³⁷¹. Örneğin bir işçi sendikasının başka sendikaya katılması veya bir şubesinin feshi sonucu göreve sona eren yöneticinin de yeniden eski işyerine girebilme teminatından yararlanabilmesi sağlanmalı ve kanunun amacına uyulmalıdır³⁷². Bunun yanı sıra yönetim kurulundaki ve başkanlıktaki görevleri ile ilgili fiillerinden dolayı hüküm giymiş olanlar bu haktan yararlanamazlar (m. 29/2). Ayrıca bu güvenceden yararlanamayacaklar arasında yöneticilikten atılan (ihraç/azil) yahut yöneticiliği mal bildiriminde bulunmak nedeniyle sona eren kişiler de belirtilmelidir³⁷³.

İşverenin sendika yöneticiliğinin sona ermesi nedeniyle eski işçisini yeniden alma yükümlülüğü kapsamında, üç ay içinde başvuruda bulunan işçiyi “ o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir işe” almak zorundadır. İşveren başvuru tarihinden itibaren bir ay

³⁶⁸ EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 94-95.

³⁶⁹ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 105; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 478; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, s. 94-95; NARMANLIOĞLU, s. 169; ÇELİK, s. 418; SÜZEK, Akdin Askıya Alınması, s. 59; Aksi görüş: TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Genel Esasları, s. 100; BAYBORA, Sendika, s. 102; SUBAŞI, İbrahim., “İşçi Kurulu Yöneticiliği ve Güvencesi”, Prof. Dr. Turhal Esener'e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2000, s.536 (Aksi görüşte olan yazarlara göre, 2128 sayılı Kanun m. 9/7'ye atıfta yapılarak, yönetici kapsamına giren herkesin sendikal iş güvencesinden yararlanma hakkının tanınması gerektiği savunulmaktadır).

³⁷⁰ TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 62; ŞAHLANAN, F. , Sendikalar Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1995, s. 121.

³⁷¹ NARMANLIOĞLU, s. 170.

³⁷² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 478.

³⁷³ AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 436.

içinde eski işçiyi işe almakla yükümlüdür. Başvuru anında boş yer yoksa dahi bu süre içinde gerekli ortamı hazırlaması gerekir³⁷⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, burada anlatmak istediğimiz “boş yer” tabiri İş Kanunu m. 30/8 ve m. 31/son hükümlerine paralellik göstermelidir.

İşçi yeniden eski işyerine kabul edilmesi durumunda eski kıdem hakları ve ücreti saklıdır (m. 29/1). Buradan çıkarmamız gereken sonuç; eski yöneticinin işe alınırken kıdem süre ve yaptığı iş belirlenerek başvurma tarihinde emsal kıdemdeki ve görevdeki işçiye ödenmesi gereken ücretin baz alınması gerektiğidir³⁷⁵. Daha açık bir ifadeyle sendika yöneticiliğinden ayrılan işçi, işyerinden ayrılmadan çalışmasını sürdürse idi hangi ücrete tabi olacak idiye o ücretin ödenmesi gerektiği anlaşılmalıdır³⁷⁶.

Sözleşme özgürlüğünü sınırlayan hükümlere yer veren ancak bu sınırlamalara işlevsellik kazandıracak yaptırımlar öngörmeyen kanun koyucu, işçi sendikalarının yöneticiliğinde bulunan kişilere sağladığı iş teminatı hükümlerinde de bu duruşunu değiştirmemiştir. Nitekim işine dönmek isteyen eski yöneticinin işe alınmaması halinde sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin hukuki yaptırım konusunda kanunda açık bir hüküm yoktur. Kanunda sadece Sendikalar Kanunu m. 59/2 ile cezai yaptırım öngörülerek idari para cezası düzenlenmesine yer verilmiştir. İşverene sadece idari para cezasının öngörülmesi kanunun amacına uygun yeterli bir yaptırım olarak görülemez³⁷⁷.

Doktrinde³⁷⁸, sözleşme yapma yükümlülüğünün bir sonucu olarak burada da işçinin işe girmek için yapacağı başvuru üzerine işverenin yasadan doğan bir kabul zorunluluğu ve yapma borcu olduğu, ise alınmayan işçinin “aynen ifa” için dava açabileceği ve kesinleşecek mahkeme hükmünün işverenin kabul beyanı yerine geçeceği ileri sürülmektedir.

Yargıtay uzun bir sürecin ardından³⁷⁹ Hukuk Genel Kurulu tarafından 1998 senesinde vermiş olduğu bir kararda³⁸⁰ doktrindeki görüş ile uygunluk sağlamıştır. İşbu kararda işçilerin

³⁷⁴ Karşı görüş: Yargıtay 9. HD'nin 73370 Esas, 10691 Karar sayılı ve 22.09.1981 tarihli kararı işverenin bu durumlarda işçiyi işe alma yükümlülüğünü oldukça sınırlı bir hale getirmektedir. Şöyle ki, eğer işyerinde işçinin eski işi ya da eski işine uygun bir iş yoksa başka bir deyişle tüm kadrolar doluyorsa işverenin işe alma mecburiyetinden söz edilemeyeceğine karar vermiştir. (www.kazanci.com 12 Şubat 2012).

³⁷⁵ Yarg. 9. HD'nin 1996/22609 Esas 1997/5569 Karar sayılı ve 20.03.1997 tarihli kararı (ŞAHLANAN, F. , “Karar İncelemesi”, 1997 Almanak- Endüstri İlişkileri, s. 338-342); TUNCAY, Toplu İş İlişkileri, s. 63; SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 3. Bası, Ankara 2009, s. 62-63.

³⁷⁶ Karşı yönde Yargıtay kararı içi bkz: Yarg. 9. HD'nin 1983/7377 Esas, 1983/414 Karar sayılı ve 31.01.1983 tarihli kararı):

³⁷⁷ TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 63.

³⁷⁸ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 109; SUBAŞI, s. 545; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 53; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, s. 419.

³⁷⁹ Yargıtay'ın 1986 yılında vermiş olduğu kararlara göre; sendika yöneticiliğindeki görevi sona eren işçinin işe alınması zorunluluğu ceza yaptırımına veya feshin hukuki sonuçlarıyla ilgili haklara yer verecek nitelik gösterir, bunun dışında işe iade anlamına gelecek bir yaptırımı öngörmez (Yarg. 9. HD'nin 10.02.1986 tarihli 1986/1343 Esas ve 1986/1346 sayılı kararı; Yarg. 9. HD'nin 01.05.1986 tarihli 1986/3411 Esas ve 1986/4486 sayılı kararı)(

sendika yöneticiliğine serbestçe seçilmelerinde ve seçilmeyi istemelerinde kamu yararı vardır. Bu yarar koruyucu tedbirleri kanun koyucu tarafından alınmaması giderek kamu düzenini etkileyici sonuçlar doğurabilir. İşte bu sebeptir ki, işverenin 2821 sayılı Kanun m.29'a aykırı hareketi ceza yaptırımına bağlamıştır. Ne var ki salt bu yaptırım kanun koyucunun amaçladığı teminatın uygulamada işlemlerini sağlayacak nitelikte sonuçlar yaratmayabilir. Gerçekten de işveren cezai yaptırıma razı olarak işçiyi işyerine almayabilir. Bu durumda Kanunun amaçladığı teminatın tam işlerliği için cezai yaptırımın yanında hukuki yaptırımın da öngörüldüğünün kabulü zorunluluğu doğmaktadır. Nitekim kanun koyucunun güttüğü amaca uygun düşen bu yorum tarzı madde metnine ilave edilen “zorundadır” sözcüğüne de tamamıyla uygun düşmektedir. Bu durum karşısında 2821 sayılı Kanun m. 29'a aykırı hareket halinde davacı işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağını kabulünde duraksamaya yer olmamalıdır. Bu sebeple yerel mahkemenin bu yöndeki kararında direnmesi yerinde görülmüş ve kararın onanması gerekmiştir. Ancak işbu kararda bu sonuca varılırken, öğretilerdeki, işçinin başvurusunun kabul edilmemesi durumunda hizmet sözleşmesinin mahkeme kararıyla doğmuş sayılacağı görüşüne yer verilmemiş olması uygun olmamıştır. Nitekim iş sözleşmesinin doğmuş sayılacağı görüşüne yer verilmemesi durumunda sanki iş sözleşmesi doğmuş ve işverence feshedilmiş gibi kararda feshin sonuçlarına hükmedilmiş gibi gözükmektedir.

Kanımızca hukuki yaptırıma ilişkin boşluk en iyi şekilde hakimince vereceği karar ile doldurulabilir. Nitekim yöneticilik görevi sona eren kişinin görevinin sona erdiği tarihten itibaren üç ay içinde başvuru tarihini izleyen ayın aynı günündeki emsal kıdemdeki işçilerin ücret düzeyi göz önünde bulundurularak hesaplanacak ihbar ve kıdem tazminatı kadar bir tazminattan işverenin sorumlu tutulması usul ekonomisi açısından faydalı olacaktır³⁸¹.

Ayrıntılı bilgi için bkz: Yargıtay'ın 1986 Yılı İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 1988, s.75-76.)

1986 senesinde verilmiş olan Yargıtay kararına yerel mahkemenin direnmesi üzerine 1987 senesinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından kanun koyucu tarafından getirilen cezai yaptırımın yanında hukuki yaptırımın da olması gerektiği; ancak mahkemeye işe iadeye karar verilemeyeceği kararı verilmiştir. Yine de işe iade kararı verilemese dahi “hukuksal yaptırımın parasal gereklerine” hükmedilebileceği kabul edilmiştir. Bu kararın akabinde de özel idare kanun koyucunun sadece cezai yaptırımı öngörmesi nedeniyle, hukuki yaptırıma ve işe iade kararına yer verilemeyeceğine vurguda bulunmuş; ayrıca bu olayda iş sözleşmesi de yapılmadığından Borçlar Kanunu m. 325 hükmüncü ne ücret talebinde ne de haksız fiile dayanılarak tazminat isteminde bulunulamayacağı savunulmuştur (Yarg. 9. HD'nin 07.12.1987 tarihli 1987/10483 Esas ve 1987/10477 sayılı kararı) (Ayrıntılı bilgi için bkz: Yargıtay'ın 1987 Yılı İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 1989, s.150-151).

³⁸⁰ Yarg. HGK'nun 1998/9-46 Esas, 1998/11 Karar sayılı ve 04.02.1998 tarihli kararı(EKONOMİ, M. , “Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi”, Kamu-İş Yayını, 2000, s.103-104).

³⁸¹ ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, s. 419; Ayrıca bkz: Yarg. HGK'nın 30.09.1998 tarihli 1998/9-636 Esas ve 1998/631 sayılı kararına göre de; işverence Sendikalar Kanunu m. 29'a aykırı davranılması durumunda işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağına duraksamaya yer olmamalıdır.

Son olarak Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı madde 23'ten³⁸² bahsetmekte yarar vardır. İşbu madde hükmü, Sendikalar Kanunu m. 29'daki düzenlemeye nazaran işçi lehine düzenlemeler getirmiştir. Sendikalar Kanununda sözleşmenin askıda kaldığına ilişkin bir hüküm yokken, tasarıda bu hususa açıklık getirilerek, sendikada yönetim kurulunda görev aldığı için işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin askıda kalacağı belirtilmiştir. Bir başka değişiklik ise yöneticilik görevi sona eren sendika üyesinin iş yerine başvuru süresinin üç aydan bir aya indirilmiş olmasıdır. Kanımızca en önemli değişiklik ise tasarıda İş kanundaki iş güvencesi, işe iade hükümlerinden de yararlanabilmeleri için iş kanunlarından doğan hakları saklıdır denilmek suretiyle sendika yöneticiliğinden ayrılmış işçilerin işe iadelerinin mümkün kılınmasıdır.

3.5.4.2 Özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma yükümlülüğü

İş Kanununun amacı sosyal devletin gereklerini yerine getirmektir. Dolayısıyla iş bulmakta güçlükle karşılaşan özürlülerin, eski hükümlülerin ve terör mağdurlarının kanun koyucu tarafından çalıştırılmalarına ilişkin zorunluluk getirilmiştir. Bu sayede özürlülerin ve terör mağdurlarının sahip oldukları işgücü değerlendirilecek; eski hükümlülerin ise topluma kazandırılıp, yeniden suç işleme oranları en düşük seviyeye getirilecektir³⁸³. Özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru olanların istihdam edilerek korunmasının, hem bu kişilere hem de bu kişilerin aile üyeleri ile çevresinde bulunan bireylere ekonomik, psikolojik ve sosyal nitelikte yararları bulunmaktadır³⁸⁴.

Anayasal güvence altında olan özürlü, eski hükümlü ve terör mağdurlarının çalıştırılma yükümlülüğü, 4857 sayılı İş Kanunu m. 30 ile hüküm altına alınmıştır. İş Kanunu m. 30/1'e göre işverenleri elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde, her yılın Ocak ayı başından itibaren yürürlüğe girecek şekilde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek oranlarda

³⁸² Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı m.23 uyarınca "İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır. Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır.

Yönetici, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır. İş sözleşmesi askıya alınan yönetici; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin sona ermesi hâlinde, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilir. İşveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır.

Yukarıda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisine ise başvuruları hâlinde işveren tarafından kıdem tazminatı ödenir. Ödenecek tazminatın hesabında, işyerinde çalışılmış süreler göz önünde bulundurulur ve fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınır. İşçinin iş kanunlarından doğan hakları saklıdır.

³⁸³ SÜZEK, İş Hukuku, s. 276.

³⁸⁴ MANAV, E. , "İşverenin Özürlü, Eski Hükümlü Ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:2, 2006, s. 140.

özürlü ve eski hükümlü ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun ek 1. Maddesinin B fıkrası uyarınca istihdamı zorunlu olan terör mağduru işçiyi meslek, beden ve ruhsal durumlarına uygun ilerde çalıştırmakla yükümlüdürler.

4857 sayılı İş Kanununda, 1475 sayılı eski İş Kanunundan³⁸⁵ farklı olarak 2008 senesinde 5763 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile terör mağdurlarına ilişkin işe alma yükümlülüğü hükümleri madde 30/1'de düzenlenmemiştir.

3.5.4.2.1 Özürlü çalışma yükümlülüğü

İş Kanununun bir amacı da iş bulmakta güçlük çeken özürsümlülerin topluma kazandırılmalarını sağlamaktır. Nitekim özürsümlülerin çalışma hayatı içinde korunma sebepleri çeşitli şekillerde gözükebilmektedir. İlk olarak unutulmamalıdır ki her insan nasıl ki yaşama hakkına sahip ise, aynı şekilde insan onuruna yaraşan bir yaşam düzeyine sahip olma ve çalışarak hayatını kazanma hakkına da sahip olmalıdır³⁸⁶. Nitekim özürsümlü bir bireyi başkalarına bağımlı ve topluma yük olma sıkıntısından kurtaracak yegane yol, bireyin istihdam edilmesidir. İkinci olarak özürsümlü bir bireye çalışma imkanı tanınması, milli ekonominin bölüşümünde etkili olacak ve ülke ekonomisini refaha kavuşturacak bir yöntemdir³⁸⁷.

Uluslararası platformda özürsümlülere ilişkin düzenlemeler Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından kaleme alınmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 159 sayılı "Sakatların Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı Hakkında Sözleşmesi" tam katılım ve eşitlik koşullarında özürsümlüler için uygun bir istihdam ve sosyal bütünleşme ortamının gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır. Söz konusu sözleşmeye göre, her kategoride özürsümlüler için uygun meslekî rehabilitasyon tedbirleri sağlamak ve açık işgücü piyasasında sakatlar için istihdam olanaklarını artırmak temel amaçtır. Bu amaç gerçekleştirilirken, özürsümlü işçilerle özürsümlü olmayan işçiler arasında fırsat ve muamele eşitliği göz önünde tutulur³⁸⁸.

³⁸⁵ Sakat ve eski hükümlü çalıştırmak yükümü ilk defa 931 sayılı İş Kanunu ile mevzuatımızda yerini almıştır. 931 sayılı Kanunun Hükümet gerekçesinde; "...memleketimizde işgücünü her türlü verimli kılmak ve tam çalıştırmayı sağlamak ve diğer taraftan çalışmaya istekli sakat insanları bu günkü haysiyet kırıcı durumlarından sıyırmak ve memlekete ve başkalarına bir yük olmaktan kurtarmak, onları da kartlı ve verimli bir insan haline getirmek topluluğun ödevleri arasında kabul edilmelidir. (...) Eski hükümlüler için de, işyerlerimizde tepki mevcuttur. Halbuki tesadüfen bir suç işlemiş, hatta bazı ahvalde bu duruma düşmüş yurttaşlardan da çalışma dileği olanlara da bu imkanı sağlamak yine toplumun ödevleri arasında sayılabileceği gibi, aynı zamanda toplumun menfaat ve huzuru icabıdır. Diğer taraftan her ne şekilde olursa olsun suç işlemiş ve mahkum olmuş bulunanların bu mahkumiyetlerini çektikten sonra kefaretlarını ödemiş ve suçluluk hallerinin kalmamış olduğunu ve kendilerine çalışma imkanı verilerek topluma yararlı bir insan haline gelmeleri şansının tanınmasının faydalı olacağını kabul etmek icabeder." (NARMANLIOĞLU, s. 161).

³⁸⁶ KUTAL, M. , "Engelli ve Hükümlülerin Sosyal Hukuk Alanında Korunmaları, İktisat ve Maliye, C: 25, S: 1, Ekim 1978, s. 321.

³⁸⁷ UŞAN, İş Hukuku'nda Sakat İstihdamı, s. 60.

³⁸⁸ MANAV, s. 140.

Mevzuatımızda ise 4857 sayılı İş Kanunu m. 30'da çalıştırma zorunluluğu kapsamında çalıştırılacak olan işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, işyerlerinde genel hükümler dışında tabi olacakları özel çalışma ile mesleğe yönetilmeleri, mesleki bakımdan işveren tarafından işe nasıl alınacakları hususu Adalet Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının birlikte çıkaracakları bir yönetmeliğe bırakılmıştır (m. 30/6). Her ne kadar İş Kanunu m.30'da "özürlü" kavramı yer alsada, 30.05.1997 tarihli ve 572 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklikten önce eski İş Kanunu m. 25'te "sakat" tabiri yer almaktaydı.

4857 sayılı İş Kanununda özürlülüğe ilişkin her hangi bir tanıma yer verilmemiştir. Buna karşın Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik³⁸⁹ m. 3'te özürlü tanımı yapılmıştır³⁹⁰. Bu hükme göre özürlü; bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yeteneklerindeki engelleri nedeniyle çalışma gücünün en az yüzde 40'ından yoksun olduğu sağlık kurulu raporuyla belgelenenleri ifade eder. Görüldüğü gibi özürlülük, çalışma gücünün esas alınarak belirlendiği bir kavram olarak yer almaktadır³⁹¹.

Yine aynı yönetmelik m. 10 uyarınca Özürlü olduğunu öne sürerek bu Yönetmelik hükümlerine göre Kurumdan işe yerleştirilmesini isteyenler, bu durumlarını, "Özörlölere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik"³⁹²te belirtilen yetkili sağlık kuruluşlarından alınmış sağlık kurulu raporu ile belgelemek zorundadır. Aksi takdir de iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünün koşulları gerçekleşmemiş olacaktır.

Kanun koyucu özörlü çalıştırma zorunluluğunu en az elli çalışana sahip işyerleri için öngörmüştür. İş Kanunu m. 30/1'e göre, işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde, kamu işyerlerinde kanunda belirtilmiş oranlar doğrultusunda özörlü çalıştırmakla yükümlüdürler. Dolayısıyla elliden az işçi çalıştıran bir işverenin, özörlü çalıştırma zorunluluğu bulunmayacaktır³⁹³. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır. Ayrıca işverenin özörlü çalıştırma yükümlülüğünün kapsamına girmesi için öncelikle İş Kanunu anlamında işçi olanları çalıştırması gerekmektedir³⁹⁴. Anılan Yönetmelik m. 4/7'de toplu işçi sayısı hesabında, özörlü çalıştırılması özel kanunla yasaklanmış işyerlerinde çalıştırılan işçiler, toplam işçi sayısının hesabında dikkate alınmaz.

³⁸⁹ 24.03.2004 tarihli 25412 sayılı Resmi Gazete.

³⁹⁰ Dünya Sağlık Örgütü (WHO) açısından baktığımızda ise özörlülük, "Sağlık alanında, bir noksanlığın sonucunda meydana gelen ve normal olarak kabul edilebilecek bir kişi ile kıyaslandığında bir işi yapabileme performansının kaybedildiği, kısıtlandığı veya sınırlandırıldığı durumu ifade eder" denilmektedir.

³⁹¹ UŞAN, İş Hukuku'nda Sakat İstihdamı, s. 37.

³⁹² RG. 18/3/1998 , S: 23290

³⁹³ CANİKLİOĞLU, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 60.

³⁹⁴ ÇENBERCİ, s. 214. (İşyerinde çalışan işveren vekilleri de iş sözleşmesiyle çalışmaları nedeniyle, işyerinde çalışan toplam işçi sayısına dahil edilirler).

Buna ek olarak m. 30/2 uyarınca çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. Oranın hesaplanmasında yarıma kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülür. Kısmi süreli çalışanlar çalışma sürelerine göre tekabül ettikleri tam süreli işçi sayısı kadar toplam işçi sayısında hesaba katılırlar³⁹⁵. Daha açık bir ifadeyle yarım gün çalışan iki kısmi süreli işçi bir işçi olarak dikkate alınır. İşyerinde çalışan işçi tespitinde alt işveren işçileri, geçici iş ilişkisine göre çalıştırılan işçiler, çıraklar, stajyerler göz önünde tutulamaz. Kanımızca işçi sayısının tespitinde saymış olduğumuz alt işveren işçilerinin, geçici iş ilişkisine göre çalıştırılan işçilerin, ya da iş sözleşmesine bağlı olmadan çalıştırılan işçilerin de göz önünde bulundurulması, hem işverenlerin özürülü işçi çalıştırma yükümlülüğünden kaçınmalarını engeller, hem de daha az sayıda özürülü çalıştırmalarının önüne geçilmiş olur.

Ayrıca İş Kanunu m. 30/4 uyarınca yer altı ve su altı işlerinde özürülü işçi çalıştırılmaz ve işyerlerindeki işçi sayısının saptanmasında bu işlerde çalışanlar hesaba katılmaz. Yine 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetleri Kanunu uyarınca çıkarılan Yönetmeliğin, sadece sakat sayısının belirlenmesine ilişkin hükmüne göre, bu belirlemede özel güvenlik görevlileri hesaba katılmazlar (m. 47). Yargıtay'a göre³⁹⁶, elli ya da daha fazla işçi çalıştıran işverenler kadro yokluğu nedeniyle özürülülerle iş sözleşmesi yapma yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınamazlar.

İş Kanunu zorunlu olarak çalıştırılacak işçilerin oranını belirlemiştir. İş Kanunu m. 30/1'e göre İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürülü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürülü çalıştırmakla yükümlü tutulmuşlardır. Türk mevzuatında öngörülmüş olan bu oranlar ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Örneğin Almanya'da işverenler her on altı işçi için bir özürülü çalıştırma yükümlülüğü altındayken, bu oran Fransa'da en az yirmi işçi çalıştıran işyerleri için yüzde beş oranıdır³⁹⁷.

Kanımızca özürülü olan kişilerin işe alınırken bedensel ve psikolojik özellikleri de dikkate alınarak, bu kişilere uygun olan işlerde görev verilmelidir. Nitekim 01.07.2005 tarihli 5378 sayılı Özürülüler Hakkında Kanun³⁹⁸ m. 14/3 uyarınca; çalışan veya iş başvurusunda bulunan

³⁹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 482.

³⁹⁶ Yarg. 9. CD'nin 1993/1297 Esas, 1993/2168 Karar sayılı 05.05.1993 tarihli kararı (... Elli veya daha fazla işçi çalıştıran işverenler kadrolarını oluştururken, kanunun emredici hükümlerini nazara almak zorundadırlar. Kadro açıkları mevcut bulunmadığından yasal zorunluluğa uymayan ... bankası genel müdürlüğüne uygulanan para cezasını kaldıran mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.) (SÜZEK, İş Hukuku, s. 276).

³⁹⁷ CANIKLIOĞLU, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 80.

³⁹⁸ 5378 sayılı Kanun m. 1'de belirtildiği gibi kanunun amacı; özürülüğün önlenmesi, özürülülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ile her bakımdan gelişmelerini

özürlülerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur. Özürlülük durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürlülerin istihdamı, öncelikle korumalı işyerleri aracılığıyla sağlanır.

İşverenler çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlarlar. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olacakları özel çalışma ile mesleğe yönlentilmeleri, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacakları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle³⁹⁹ düzenlenir (İş Kanunu m. 31/3).

İşverenin özürlü çalıştırma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, kanun koyucu yine yeterli yaptırımlara yer vermeyerek, sadece İş Kanunu m. 101 uyarınca idari para cezasının işverence ödenmesi gerekeceğini belirtmekle yetinmiştir. Anılan madde uyarınca tahsil edilecek cezalar, özürlülerin ve eski hükümlülerin kendi işini kurmaları, özürünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri, özürünün işe yerleştirilmesi, işe ve işyerine uyumunun sağlanması ve bu gibi projelerde kullanılır.

Tahsil edilen cezaların kullanımına ilişkin hususlar, Türkiye İş Kurumunun koordinatörlüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü ile İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Özürlü ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşların ve en çok özürünü temsil eden üst kuruluşun birer temsilcisinden oluşan komisyon tarafından karara bağlanır. Komisyonun çalışma usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir (m. 30/7)⁴⁰⁰.

3.5.4.2.2 Eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü

4857 sayılı İş Kanununda eski hükümlü tanımına yer verilmemiştir. Buna istinaden eski hükümlülerin çalıştırılmalarına yönelik çıkartılmış yönetmeliklerde de eski hükümlünün ne demek olduğu konusunda açıklık bulunmamaktadır. Ancak doktrinde bazı tanımlar

ve önlerindeki engelleri kaldırmayı sağlayacak tedbirleri olarak topluma katılımlarını sağlamak ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmaktır.

³⁹⁹ Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, RG: 25.04.2009, No: 27210.

⁴⁰⁰ 4857 sayılı İş Kanunu m. 30/7, 665 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m. 28 ile 11.10.2011 tarihinde değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklik ile anılan maddenin yedinci fıkrasında göze çarpan en büyük farklılık oluşturulacak komisyonda yer alması öngörülen kuruluşlara Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Özürlü ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün eklenmiş olmasıdır.

yapılmıştır. En kapsamlı anlatımla; ceza hukukunun temel kavramlarından olan hükümlü, işlemiş olduğu herhangi bir suçtan dolayı, suçu sabit görülen ve mahkumiyet kararı kesinleşerek ceza infaz kurumlarında söz konusu cezası infaz edilen kimsedir⁴⁰¹.

Eski hükümlü ise, bir suçtan dolayı hakkında mahkumiyet kararı verilen ve bu suçun cezasını çekmiş veya cezası tecil edilmiş veyahut şartlı salıverme yoluyla tahliyesine karar verilmiş olan kimseye denmektedir⁴⁰². Yasal düzenlemelerden Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik m. 3'te eski hükümlü tanımı adı altında, aslında eski hükümlü olarak kimlerin kabul edilebileceği sayılmıştır. İşbu maddeye göre eski hükümlü, altı aydan daha uzun süreli hürriyeti bağlayıcı bir suçtan veya ceza süresine bakılmaksızın devlet memuru olmaya engel bir suçtan hüküm giymiş ve cezalarını infaz kurumlarında tamamlamış veya cezası tecil edilmiş yahut şartlı salıverme yoluyla tahliye edilmiş olanlar ile özel kanunlarında belirtilen şartlardan dolayı istihdam edilmeleri olanağı bulunmayanlar veya ömür boyu kamu hizmetinden yasaklı bulunanlardır.

İşsizlik oranının sürekli artmakta olduğu günümüzde, normal çalışma gücüne ve imkanlarına sahip olan insanların dahi iş bulmaları zorken; eskiden hükümlü olan ve çeşitli sebeplerle tahliye edilmiş kişilerin bir işe kabul edilmesi çok küçük bir ihtimaldir. Bunun en önemli nedeni ise toplumda ve dolayısıyla işverenlerde eski hükümlülere karşı sahip olunan önyargılardır⁴⁰³. Eski hükümlüler tahliye edildikten sonra hukuken suçtan arınmış olmaları gerekirken, taşıdıkları sıfatları nedeniyle toplum içinde özellikle çalışma hayatında çeşitli zorluklarla karşılaşmakta, yalnız bırakılmaktadırlar⁴⁰⁴

Toplumda zayıf konumda olan kişilere bazı ekstra haklar tanınarak, onların zayıflıklarının telafisini amaçlayan düzenlemeler, devlete Anayasa tarafından yüklenmiş olan ödevlerden biridir. Nitekim pozitif ayrımcılık kategorisine giren, işverenlere iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü getiren eski hükümlülerin işe alınma zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler de toplum düzenini korumaya yöneliktir. Buna ek olarak eski hükümlülerin topluma kazandırılması ve yeniden suç işleme oranlarının kısmen de olsa azaltılması en önemli amaçlardan biridir.

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz işverenlere özürlüleri çalıştırma yükümlülüğü getiren İş Kanunu m. 30, aynı zamanda eski hükümlülerin de çalıştırılmalarına yönelik koşulların

⁴⁰¹ UŞAN, F. , “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tutuklu ve Hükümlü Çalışması”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C:2, s. 1436.

⁴⁰² BEDÜK, M. , “Türk İş Hukuku'nda Eski Hükümlü İstihdamı”, Çimento İşveren Dergisi, C.16, S.1, Ocak 2002.

⁴⁰³ ARICI, K. , “Türk Hukukunda Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu ve Uygulaması”, Adalet Dergisi, S: 1, Ocak-Şubat 1982, s.93.

⁴⁰⁴ KILKIŞ, İ. , “Çalışma Mevzuatındaki Son Düzenlemeler Işığında İşverenlerin Çalıştırma Zorunluluğu ve Yaptırımları”, Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan, Ankara 2000, s. 857.

mevcudiyetini öngörmektedir. İşbu koşullara değinmeden önce, anılan madde hükmünün amacını daha iyi yansıtacağını düşünmemiz nedeniyle, İş Kanunu m. 30'un Anayasa Mahkemesi'nde vuku bulmuş iptal davasından bahsetmeyi uygun görmekteyiz.

Olayımızda bir işveren özürlü ve eski hükümlü çalıştırmamaktan dolayı verilen idari para cezasının iptali istemiyle dava açmıştır. Açılmış olan davada işverenin itirazı üzerine yerel mahkeme İş Kanunu m. 30 ve m. 101'de yer alan kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak, itiraz konusu kuralların iptali için re'sen Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Yerel mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurma gerekçesinde, İş Kanunu m. 30 ve m. 101'de öngörölmüş olan işverenin özürlü ve eski hükümlüler ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğunun, anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğüne müdahalesi olduğu vurgulanmıştır. Nitekim kimse istemediği bir kişiyle çalışma zorunluluğunda olamaz. Buna ek olarak işverenin yine bu kişiye maaş vermekle yükümlü tutulması da sözleşme serbestisine engel olarak, işverenin özgürlüğünü elinden almaktır.

Buna karşın Anayasa mahkemesi, özetle, Anayasa'da Devlete verilen yükümlölüklerle birlikte değerlendirildiğinde, özel ve kamu ayırımı yapılmaksızın özürlü ve eski hükümlü çalıştırılma zorunluluğu öngörölen kuralın, sosyal amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu, ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçüsüzlükten de söz edilemeyeceği, Anayasa'ya uygun olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğunu öngören Kanunun 30. maddesinin işlerliğini sağlamak için buna aykırı davranışa idari para cezası öngörölmesinin Kanun koyucunun takdir hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle, 4857 sayılı İş Kanunu m. 30 ve 101 hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine oybirliğiyle karar vermiştir⁴⁰⁵.

4857 sayılı İş Kanunu m. 30 bahsi geçmiş olduğu üzere, 15/5/2008 tarihli ve 5763 sayılı Kanun m. 2 ile önemli değişikliklere uğramıştır. Daha önce özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu başlığını taşıyan işbu madde, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, yapılan yeni düzenleme ile "özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu" olarak değiştirilmiştir. Ancak, yeni madde hükmünde 50 veya daha fazla işçi çalıştıran özel sektöre ait iş yerlerinde eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırılma zorunluluğu tamamen kaldırılmıştır. Buna karşılık Kamu işyerlerinde yüzde iki oranında eski hükümlü işçi zorunluluğu tamamen kamu kurum ve kuruluşlarının yükümlölüğüne bırakılmıştır. Kanunda belirtilmiş olan yüzde ikilik oran işçi lehine artırılabilir⁴⁰⁶. Kanımızca özel sektörde eski hükümlü çalıştırma yükümlölüğünün kaldırılmış olması yerinde bir tutum olmuştur. Kanun

⁴⁰⁵ AYM. 19.6.2008 tarihli, E: 2006/101, K: 2008/126 sayılı kararı (19.11.2008 Tarih ve 27059 Sayılı RG.) (www.anayasa.gov.tr).

⁴⁰⁶ BEDÜK, M. , "Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Eski Hükümlü İşçi Çalıştırılması", Kamu- İş Dergisi, C:11, S: 2, 2010, s. 58.

koyucu işçiler için koruyucu hükümler getirirken, aynı zamanda işverenin menfaatlerini de gözeterek işçi ve işveren arasındaki menfaatleri dengelemelidir. Zira eski hükümlü bir kimsenin özel sektörde çalışması karşısında ortaya çıkması muhtemel sorun ve huzursuzluklar oldukça olasıdır.⁴⁰⁷

19/10/2009 tarihli “Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”(KKEHİAUH. Yön.) ve 25/04/2009 tarihli “Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik” (YİYHH. Yön.), eski hükümlülerin hangi kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılacağını ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. Kanuna göre, her kamu kurum ve kuruluşun eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu yoktur. Bu kanun kapsamındaki kamu kurum veya kuruluşunda en az elli işçi çalıştırılıyor olması gerekir⁴⁰⁸. İşverenin işyeri bünyesinde çalışan işçi sayısının tespitinde geçerli olan kurallar, yukarıda özörlöülerin çalıştırılmasına ilişkin esaslar ile aynıdır. İş Kanunu m. 30/1’de aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısının, toplam işçi sayısına göre hesaplanacağı belirtilmiştir.

Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu m. 30/2 ve 30/3 hükümleri herhangi bir değişiklik göstermeyerek, eski hükümlerin çalıştırılma esaslarında da geçerliliğini korumaktadır. Nitekim m. 30/3 uyarınca, işverenler çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlarlar. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olacakları özel çalışma ile mesleğe yönlentilmeleri, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacakları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. İşte bu noktada yönetmelikte yer alan düzenlemeler ışığında eski hükümlülerin işe alınmaları için uygulanan yöntemlere bakacağız.

YİYHH Yönetmeliği m. 4’e göre Türkiye İş Kurumu hizmetlerinden yararlanmak isteyen iş arayan ve işverenlerin Kurum’a internet sayfasından üye olarak veya şahsen Kurum ünitelerine başvurarak kaydolmaları zorunludur. Kaydolan iş arayanlardan özörlü, eski hükümlü statüsünde veya öncelik hakkına sahip olduğunu beyan edenler, durumlarını Kurum ünitesine belgeleyene kadar bu statüde değerlendirilmezler. Kayıt sırasında alınacak bilgiler ve kayıt ile ilgili diğer hususlar Kurum tarafından belirlenir. İş arayanların kayıtlarının

⁴⁰⁷ DEMİRCİOĞLU, M. , Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 82 (Demircioğlu’na göre, her ne kadar kanunda özel sektör ve kamu sektörü farkı yaratılsa da kanun koyucu eski hükümlülerin yeniden suç işlemelerinin önüne geçilerek topluma kazandırılmalarını amaç edinmiştir ve bu amacı devam ettirmektedir).

⁴⁰⁸ Tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde ise, bu sayı en az 51 olmalıdır (YİYHH.Yön. m.10). O bakımdan Kanun ve Yönetmelikte belirtilen asgari sayının altında işçi çalıştıran kamu işverenlerinin böyle bir yükümlüğü bulunmamaktadır.

geçerlilik süresi, bir yıldan az olmamak kaydıyla Kurumca belirlenir (YİYHH Yönetmeliği m. 6).

KKEHİAUH. Yönetmeliği m. 5'e göre eski hükümlünün Kamu kurum ve kuruluşlarında işçi olabilmesi için koşullar: Türk vatandaşı olmak, 18 yaşını tamamlamış olmak, kamu kurum ve kuruluşlarının özel kanunlarında yer alan özel şartları taşımak, eski hükümlü olmak ve Ortaöğretim ve üstü eğitim düzeyindeki işçi talepleri için KPSS sınavına girmiş olmaktır.

Kamu kurum ve kuruluşları işçi ihtiyaçlarını, iş kolu, meslek pozisyonu, öğrenim, iş tecrübesi, ücret, sosyal yardımlar gibi ayrıntılarla yazılı veya elektronik ortamda işçinin çalıştırılacağı işyerinin bulunduğu yerdeki Kurum il veya şube müdürlüğünden talep etmek ve Kurum il veya şube müdürlüğü tarafından gönderilenler arasından karşılamak zorundadır (KKEHİAUH. Yön. m. 6/1). Eski hükümlülerin taleplerinin kamu kurum ve kuruluşu tarafından karşılanmasına ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı olarak Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin takip eden hükümlerinde yer almaktadır.

YİYHH Yön. m. 14/1 uyarınca kamu işverenleri çalıştırmakla yükümlü buldukları eski hükümlü olan işçileri, yükümlülüğün doğmasından itibaren beş iş günü içinde niteliklerini de belirterek Kurumdan talep eder. Ancak taleplerde, **işyerinde yapılan işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların üstünde istihdamı zorlaştırıcı şartlar öne sürülemez** (m. 14/2). Anılan maddenin devam fıkralarında ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler dikkat çekmektedir. Nitekim m. 14'ün dördüncü fıkrasına göre; eski hükümlü statüsündeki işçi taleplerinde, eski hükümlüler arasında suç tasnifine göre ayırım yapılamaz. Yine KKEHİAUH Yön. m. 7'de de ayrımcılık yasağı konularak, eski hükümlülerin kamu kurum ve kuruluşu tarafından seçilmesi esnasında cinsiyet ayırımına yer verilemeyeceği vurgulanmıştır.

Kanun koyucu tarafından öngörülmüş olan işverenlerin eski hükümlüleri işe alma zorunluluklarına aykırı davranışları durumunda, yine özürsüzler için öngörülmüş olan 4857 sayılı İş Kanunu m. 30/3 hükmü doğrultusunda idari para cezası ödeme yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. İşbu hükme göre maddeye aykırılık hallerinde İş Kanunu m. 101'e göre çalıştırılmayan her eski hükümlü ve her ay için aylık belirlenen idari para cezası ödenmek zorundadır. İş Kanunu m. 30/3 ile öngörülen idari para cezaları önceden de özürsüzlere iş verme yükümlülüğünde belirtmiş olduğumuz gibi, eski hükümlülerin kendi işini kurmaları, iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri, işe yerleştirilmesi, işe ve işyerine uyumunun sağlanması ve bu gibi projelerde kullanılır. Tahsil edilen cezaların kullanımına ilişkin hususlar, Türkiye İş Kurumunun koordinatörlüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü ile İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Aile ve Sosyal

Politikalar Bakanlığı Özürlü ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşların ve en çok özürünü temsil eden üst kuruluşun birer temsilcisinden oluşan komisyon tarafından karara bağlanır. Komisyonun çalışma usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

Eski hükümlülerin artık sadece kamu işverenlerince çalıştırılmasının zorunlu olduğunu belirtmiştik. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu m. 30'daki yeni düzenlemeye hali hazırda yönetmelikler henüz uygunluk taşımamaktadır. Nitekim aykırılık durumunda idari para cezasını öngören İş Kanunu m. 101'de ayrıca eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğüne aykırı davranan kamu kurum ve kuruluşlarının da hiçbir şekilde idari para cezasından muaf tutulmayacakları belirtilmiştir. Oysaki yaptırıma aykırılık halini düzenleyen KEHİAUH. Yön. m.14'te sadece kurum tarafından en az açık iş sayısı kadar aday bildirilmesine rağmen, kamu kurum ve kuruluşlarınca yerleştirme yapılmayarak iptal edilen talepler için, aynı şartlarda ve aynı yıl içinde yeniden Kurumdan işçi talebinde bulunulamayacağı belirtilmiştir. Kanun hükmünde herhangi bir hukuki yaptırım öngörülmemişken, yönetmelikte hukuki yaptırıma yer verilmesi normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil eder. Buna ek olarak yönetmelikte belirtilmiş olan kamu kurum ve kuruluşlarının işçi talebinde bulunamayacaklarına ilişkin yaptırım, uygulamada bazı sıkıntılara yol açacağı gibi, ayrıca idareyi mali yük altına sokacaktır⁴⁰⁹.

3.5.4.2.3 Terör mağduru çalıştırma yükümlülüğü

Sosyal devletin gereklerinden biri de sosyal güvenliktir. Sosyal güvenlik kavramının dayandığı ilkeler gereği, toplumda yoksul ve muhtaç insanlara, Devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlanması ve böylece sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortam yaratılması gerekir⁴¹⁰. Bu amaçla kanun koyucu tarafından 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na 4131 sayılı Kanun ile eklenen ek madde 1 ile terör olaylarından etkilenenleri çalıştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Her ne kadar 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu m. 30'da da özürsüzler ve eski hükümlülerle birlikte terör mağdurlarının da çalıştırılması yükümlülüğü işverenlere öngörülmüşse de, işbu kanunda yapılan 15.05.2008 tarihli ve 5763 sayılı Kanunu m. 2 ile terör mağdurlarına yönelik iş verme yükümlülüğü İş Kanunundan kaldırılmıştır. Terör mağdurlarını çalıştırma zorunluluğu, kanımızca yerinde olmayan bir düzenleme ile sadece kamuya bırakılmıştır.

⁴⁰⁹ BEDÜK, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Eski Hükümlü İşçi Çalıştırılması", s. 81.

⁴¹⁰ KANDEMİR, M. , "Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu", Çimento İşveren Dergisi, C:19, S:3, 2005, s. 2,3.

Terörle Mücadele Kanunu ek m. 1' göre⁴¹¹; genel, katma ve özel bütçeli kurum ve kuruluşlarla mahalli idareler ve sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan her nevi teşebbüs veya bağlı ortaklıklar Devlet Memurları Kanununa tabi memur kadroları ile sözleşmeli personel ve sürekli işçi kadrolarının yüzde birini terör mağdurlarının istihdamı için ayırmak ve bu madde çerçevesinde belirlenecek kişileri işe almak ve atamak zorundadır. Terörle Mücadele Kanunu'na göre işe alınmakla yükümlü kişiler: şehit olan veya çalışamayacak derecede malul olan kamu görevlileri ile er ve erbaşların varsa eşleri, yoksa çocuklarından birisi, çocuklar da yoksa kardeşlerinden birisi veya malul olup da çalışabilir durumda olanlardır. Anılan Kanunda çalıştırılması zorunlu gösterilen kişilerin korumadan yararlanabilmeleri için terör eylemleri nedeniyle sakat olmaları zorunludur. Aksi takdirde terör eylemi dışında sakatlanmış olan kişiler yine maluliyetleri nedeniyle özürülere ilişkin hükümlerden yararlanabileceklerdir⁴¹². İşveren, çalıştırmak zorunda olduğu bu kişileri İş ve İşçi Bulma Kurumu aracılığı ile sağlar. Nitekim işverenin bizzat emek piyasasından terör mağduru işçi bulma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴¹³

29.03.1996 tarihli Terör Eylemleri Nedeniyle Şehit Ve Malul Olanların Yakınlarının Ve Çalışabilecek Durumdaki Malullerin Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında İstihdamı Hakkında Yönetmelik ile de terör mağdurlarının işe alınmalarına ilişkin yükümlülük esasları düzenlenmiştir. Anılan yönetmelik m. 5'e göre istihdam edilecekler; illerde Valinin veya görevlendireceği Vali Yardımcısının başkanlığında, İl Jandarma Komutanı, İl Emniyet Müdürü veya temsilcileri ile varsa ilgili kamu kurum ve kuruluşunun ildeki en üst amirinden; İlçelerde Kaymakamın Başkanlığında İlçe Jandarma Komutanı, İlçe Emniyet Müdürü veya Emniyet Amiri ile varsa ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının ilçedeki en üst amirinden oluşan komisyonca tespit edilir. Kamu kesiminde istihdam edilmek isteyen hak sahipleri, iş başvurusunu, başvuru formlarıyla ikamet ettikleri veya şehitlik ya da malullük olayının meydana geldiği yerin Valilik veya Kaymakamlığına yapabileceği gibi (m.7/1), kamu kurum ve kuruluş yetkileri de konuyla ilgili talepte bulunabilirler (m. 5/2). Malul olup da çalışabilir durumda olanlar, çalışma güçlerini hangi oranda yitirdiklerine ve ne tür işlerde çalışabileceklerine ilişkin Sağlık Kurulu Raporunu başvuru talebi ile birlikte vermekle yükümlüdürler (m.14/2).

⁴¹¹ “ Terörle Mücadele Kanununa ek maddeyle getirilen çalıştırma zorunluluğu, özellikle devletin bütünlüğünü koruma uğruna şehit olmuş veya sakatlanan kamu görevlileri ile er ve erbaşların veya yakınlarının korunmasını sağlaması açısından oldukça anlamlıdır. Özellikle işsizliğin yoğun olduğu ülkemizde, bu kişilere en azından istihdam şansının sağlanması, yaiamlarının devamı ve devletin güvencesini hissetmeleri açısından önemlidir.” (KILKIŞ, s. 880).

⁴¹² UŞAN, İş Hukuku'nda Sakat İstihdamı, s. 281; CANIKLIOĞLU, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, s. 79.

⁴¹³ KANDEMİR, “Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu”, s. 11.

İş başvurusunda bulunacak terör mağdurlarının arasında öncelik sırası bulunmaktadır. Yönetmelik m. 6 uyarınca şehidin eşi, eşinin olmaması veya talepte bulunmaması halinde, çocuklarından biri; çocukları da yoksa veya yaşları itibariyle çalışamayacak durumda iseler kanuni vasilerinin onlar adına iş hakkından feragat etmesi üzerine şehit kardeşlerinden biri, çalışabilir durumdaki malulün kendisi; çalışamayacak durumdaki malulün eş, çocuk veya kardeşlerinden birinin talebi esas alınır. Herhangi bir kamu kurum veya kuruluşunda memur, sözleşmeli personel veya sürekli işçi kadrolarında çalışan hak sahiplerinin iş talepleri kabul edilmez. İş hakkını kimin kullanacağı hususunda aile arasında anlaşmazlık halinin ortaya çıkması durumunda; şehit veya malul ailesinin ikamet ettiği il veya ilçedeki Hak Sahibi Tespit Komisyonunca; Kanunda belirtilen öncelik sırası dikkate alınarak, ihtiyaç durumu, diğer aile fertlerini geçindirebilme, aileye katkı ve ahlaki durum gibi faktörlere göre maddede belirtilen aile fertlerinden birisinin talebi kabul edilir. Bu durumda diğer aile fertlerinin feragat ettiklerine dair beyanları aranmaz (Yön. m. 6/son).

Şehit veya malul ailesinden sadece bir kişi bu haktan yararlanabilir. Ancak, bu Yönetmelik hükümlerine göre ataması yapıp da sakatlık derecesinin artması nedeniyle, atandığı görevde çalışamayacak duruma gelen malullerin sağlık raporu ile durumlarını belgelendirmeleri ve talep etmeleri halinde hak sahiplerinden birine kullandırılır. Subay, astsubay, er ve erbaş malullerin sağlık raporları askeri hastaneler tarafından verilir. Çalıştıkları süre on yılı aşan maluller yönetmelik m. 6 hükmünden yararlanamazlar (Yön. m. 6/4). Terör Eylemleri Nedeniyle Şehit Ve Malul Olanların Yakınlarının Ve Çalışabilecek Durumdaki Malullerin Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında İstihdamı Hakkında Yönetmelik hükümlerinden yararlanabilmek için, şehitlik olayının meydana geldiği tarihten, maluller ise malul maaşı bağlandığı tarihten itibaren 15 yıl içinde başvuruda bulunma zorunluluğu bulunmaktadır (m. 8)⁴¹⁴.

Kamu kurum ve kuruluşlarının terör mağdurlarını çalıştırma yükümlülüğüne uymamaları halinde öngörülmüş olan yaptırım idari para cezasıdır. Terörle Mücadele Kanunu ek madde 1'e göre ilgili idarelerce, bu fıkra hükümlerine aykırı hareket eden işveren veya vekilleri hakkında, çalıştırmadığı kişi başına ve çalıştırmadığı her aya tekabül edecek şekilde o yıl için tespit edilen asgari ücretin on katı para cezası verilir.

⁴¹⁴ 22/08/2007 tarihli 26621 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan değişiklikten önce, bu düzenlemede başvuru süresi on sene olarak belirtilmişti.

4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN BUTLANI VE İPTALİ

4.1 İŞ SÖZLEŞMESİNİN BUTLANI

Bir borç sözleşmesinin kurulmuş, meydana gelmiş olmasıyla birlikte, hukuk düzeninin, tarafların böyle bir sözleşmeyle gerçekleşmesini istedikleri hukuki sonucun doğmasını engellediği durumlarda sözleşmenin butlanı söz konusu olur⁴¹⁵. Daha açık bir ifadeyle hukuki işlem muhtevasına uygun sonuçlarını meydana getirmeye elverişsiz ise batıldır⁴¹⁶. Hukuki işlemin geçersizliği sonucunu doğuran haller, kamu düzenini ilgilendirecek niteliği haiz olmalıdır. Bir sözleşmede butlan, tam ve kısmi olarak kendini gösterebilir. Tam butlan halinde sözleşmenin hiçbir kısmı geçerli değilken, kısmi butlanda sözleşmenin tamamı değil, sadece bir kısmı geçersiz olur ve geçersiz kısım dışında geriye kalan kısım geçerliliğini devam ettirir.

İş sözleşmesi de bir sözleşme olması nedeniyle borçlar hukuku hükümleri doğrultusunda genel geçerlik şartlarına tabidir. Ancak aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı gibi, iş sözleşmesi diğer sözleşmelere göre farklılık gösterecek niteliklere sahiptir. İşbu nedenlerle, Borçlar Hukukunun genel kurallarının uygulanması koşulsuz şartsız iş sözleşmelerinde mümkün değildir. Bir iş sözleşmesinde butlan sebepleri, ehliyetsizlik, şekil kurallarına aykırılık, iş sözleşmesinin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya imkansız olması ve muvazaadır.

4.1.1 İş Sözleşmesinde Butlan Sebepleri

4.1.1.1 Ehliyetsizlik

Bir iş sözleşmesinin taraflarını oluşturan işveren ve işçinin fiil ehliyetlerinin olmaması durumları ayrı özellikler göstermektedir. İşçinin tam ehliyetsiz olması durumunda iş sözleşmesi mutlak butlanla batıl olur. Tam ehliyetsiz bir işçi ile iş sözleşmesi yapan işverenin iyiniyetli olması, yani işçinin ehliyetsizlik durumunu bilmemesi veya bilemeyecek olması durumunda işbu sözleşme tamamen geçersiz olur. Özellikle Yargıtay'ın 1941 tarihli içtihadı birleştirme kararı ve akabinde alınan diğer kararlara bakıldığında, dürüstlük kuralı ön koşul

⁴¹⁵ EREN, s. 298; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 136.

⁴¹⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 108. (Doktrinde “sözleşmenin butlanı” teriminin yanı sıra “bozukluk, mutlak butlan, çürüklük, kesin geçersizlik” isimleri de kullanılmakla birlikte, biz çalışmamızda butlan terimini kullanacağız).

kabul edilmiş ve sadece işverenin iyiniyetinin söz konusu olduğu durumlarda, işçinin ayırt etme gücünün olmaması halinde sözleşmenin batıl olacağı vurgulanmıştır⁴¹⁷. İşverenin de tam ehliyetsiz olması durumunda yine iş sözleşmesi mutlak butlanla batıl olur. Yukarıda iş sözleşmesinin kuruluşunda ayrıntılı olarak incelemiş olduğumuz ehliyet kuralları uyarınca işveren adına kanuni temsilci veya yetkili işveren vekilinin hizmet akdi yapabilmesi mümkün olup, yapılan sözleşme geçerlidir.

İş sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için diğer sınırlamalar ise, yine yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız cinsiyet, çocukluk ve yabancılik unsurlarıdır. Doktrinde bir işçinin kadın, çocuk veya yabancı olması durumunda işverenlere iş sözleşmesi yapma yasağı getirilmiş olduğunu, işbu yasakların, ehliyeti sınırlandıran durumlar olmadığını savunan görüşler⁴¹⁸ mevcuttur. İşbu görüşe göre iş sözleşmesi, kanun koyucunun öngörmüş olduğu yasaklar nedeniyle geçersiz sayılacaktır. Kanımızca kanun koyucu, toplumda daha zayıf konumda olan kadınların ve çocukların korunmasını amaçlayarak ehliyetlerini sınırlamakta ve bu kişilerle yapılacak sözleşmeleri doğrudan batıl saymayarak, bazı koşulların olmaması durumunda iş sözleşmesinin batıl olacağını

öngörmektedir⁴¹⁹. Ayrıca yabancıların iş sözleşmesi yapma hususunda tabi oldukları sınırlamalar ise, kamu yararı gözetilerek yine kanun koyucu tarafından getirilmiştir. Esasen ister kanun koyucunun kadınlara, çocuklara ve yabancılar yasak getirmiş olduğu, isterse bu kişilerin ehliyetlerinin sınırlandırıldığı kabul edilmiş olsun, sonuç olarak kanunen korunması amaçlanan bu kişilerle, kanunun öngördüğü şartlara uymayarak iş sözleşmesi yapılması durumunda, **işbu sözleşme batıl sayılacaktır**. Kanımızca önemli olan husus, batıl sayılan sözleşme nedeniyle zaten korunmak amacıyla ehliyetleri sınırlandırılmış olan bu kişilerin görebilecekleri zararların hakkaniyete uygun olarak ne şekilde telafi edilebileceğidir. Bu hususa ileride “Butlanın Sonuçları” konusunda değinilecektir.

4.1.1.2 Şekil kurallarına aykırılık

Şekil kurallarına aykırılık nedeniyle bir sözleşmenin geçerli olup olmayacağı, kanun koyucu tarafından şekle atfedilmiş olan hukuki niteliğe göre değişir. Doktrindeki baskın görüşe

⁴¹⁷ Yarg. İBK. 11.06.1941 tarihli ve 1941/4 Esas, 1941/21 sayılı kararı; Yarg. İBK. 09.03.1955 tarihli ve 1955/22 Esas, 1955/2 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr 17.04.2012).

⁴¹⁸ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 16-17, AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 117; ELBİR, s. 66; DEMİRCİOĞLU/ CENTEL, s. 90.

⁴¹⁹ Aynı görüş için bkz: MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, s. 52; ÇELİK, s. 116 vd.; Yarg. 10. HD'nin 20.05.1997 tarihli 1997/3965 Esas ve 1997/3791 sayılı kararına göre “ Bir kadın işçinin ağır ve tehlikeli işler tüzüğüne aykırı olarak bir işyerinde çalıştırılması durumunda sözleşmenin geçersizliği nedeniyle hak kazanmış olduğu sigortalılık günlerinin ve primlerinin iptali kanunun amacına ve hukuka aykırıdır.” (AYDINLI, İ., “İş Hukukunda Butlan (Geçersizlik)’in Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi”, Çimento İşveren Dergisi C: 12 S: 2, s. 22).

göre⁴²⁰ yazılı şekil şartı, kanunun emredici hükümlerinden ise geçerlilik şartıdır ve geçerlilik şartına aykırılık da sözleşmenin butlanına neden olacaktır. İş sözleşmeleri önceden de belirtildiği gibi farklı bir niteliği haizdir. Nitekim sürekli ve kişisel bir ilişki meydana getiren sözleşmelerde butlanın sonuçları klasik anlamda butlanın sonuçlarından farklıdır⁴²¹. İş sözleşmesi niteliği itibarıyla sürekli ve kişisel ilişkiler meydana getirmektedir. Dolayısıyla şekle aykırılık durumunda işçinin korunması amacıyla iş sözleşmesi geriye değil; ileriye dönük geçersiz sayılır⁴²². Azınlık görüşüne göre⁴²³ ise, iş sözleşmelerinin yazılı şekle aykırı olması halinde yazılılık koşulu geçerlilik şartı olarak kabul edilemez. Nitekim geçerlilik koşulunun kabul edilmesi durumunda, butlanın ileriye dönük olarak değil genel kurallar çerçevesinde geçmişe yönelik olarak etki doğuracağı neden olarak gösterilmektedir.

Kanımızca istisnalar (örneğin süresi bir yıldan az olan belirli süreli iş sözleşmeleri), saklı kalmak kaydıyla iş sözleşmelerinde şekil kurallarını hükme bağlamış olan 4857 sayılı İş Kanunu m. 8/2'ye göre yazılılık koşulu, geçerlilik şartıdır. Nitekim İş Kanunu m. 8/2'nin yazılılık şartının geçerlilik şartı olduğuna ilişkin düzenlemeden başka bir sonuç da çıkmamaktadır. Buna rağmen bir iş sözleşmesi kurulursa, sözleşmenin varlığı mevcut ancak yaptırımını geçersiz olacaktır. Her ne kadar bu görüşe karşı çıkanlar, işçinin menfaati nedenini vurguluyor olsa da, esasen şekil kurallarının emredici nitelikte olduğuna ilişkin düzenleme işçiyi korumak içindir⁴²⁴.

Kanuni şekle tabi olmayan iş sözleşmelerinde taraflar belli bir şekle uyulmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda da kararlaştırılan şekil kuralları geçerlilik şartı niteliğini haizdir ve şekle aykırılık durumunda sözleşme butlanla batıl olacaktır. Meğerki taraflar getirdikleri şekil şartına rağmen ifade bulunmasınlar ve ifa edilen edimleri kabul etmesinler. Ayrıca toplu iş sözleşmesiyle getirilen şekil kuralları da iş sözleşmelerinin geçerliliği açısından bir şart niteliğindedir ve aksi takdirde sözleşme yine geçersiz sayılacaktır.

Kanun tarafından öngörülmüş olan şekil kurallarına tümüyle uyulmaması sonucunda iş sözleşmesinin tamamen batıl sayılmasına karşın, acaba sadece sözleşmenin bir unsuruna ilişkin yazılılık koşuluna uyulmaması (örneğin işçinin ücretinin sözleşmede belirtilmemesi) da mı sözleşmenin diğer hükümlerini batıl hale getirecektir? Kanımızca sadece eksikliğe ilişkin düzenlemelerin geçersizliği kabul edilerek kısmi butlandan söz edilmelidir⁴²⁵.

⁴²⁰ SAYMEN, s.474; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 82; ELBİR, s. 70; SÜZEK, s. 272; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 92; ESENER, s. 150; NARMANLIOĞLU, s. 154-155; TUĞ, A. , Türk Özel Hukukunda Şekil, 1994, s. 20.

⁴²¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 143.

⁴²² SÜZEK, s.272.

⁴²³ ALPAGUT, s. 22-23; AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s.19; ÇENBERCİ, s. 209.

⁴²⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 466.

⁴²⁵ Karşı görüş için bkz: AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s.20 (AKYİĞİT'e göre tüm şekil kurallarına aykırılık dahi sözleşmenin geçersizliğine yol

4.1.1.3 Hukuka aykırılık

Sözleşmenin konusunun hangi durumlarda hukuka aykırı olacağına ilişkin TBK m. 27'de (BK m. 20) de bir tanım bulunmamaktadır. Ancak doktrinde baskın görüşe göre⁴²⁶ hukuka aykırılığın kapsamını, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık oluşturmaktadır. Emredici hukuk kuralları nispi ve mutlak olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

İş Hukukunda nispi emredici hükümlerin varlığı halinde, işçinin lehine olması koşuluyla, nispi emredici hükümlere aykırı sözleşme yapmak mümkünken, işçinin aleyhine bir koşul kabul edilmez⁴²⁷. Mutlak emredici hükümlerde işçi lehine sözleşme yapılsa dahi, hükümlere aykırılık halinde sözleşme butlanla batıl olur⁴²⁸. Örneğin iş güvencesi nedeniyle hükmedilen tazminat işçi lehine olsa bile yasal tavanı aşacak şekilde artırma söz konusu olamaz. Kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık oluşturacak bir sözleşme de yine mutlak emredici hukuk kurallarına aykırı olması nedeniyle geçersiz olacaktır.

Buna ek olarak “maddi anlamda kanun” olarak adlandırılan toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerine aykırılık taşınması halinde sözleşmenin geçerliliği ayrıca değerlendirilmelidir. Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. İş sözleşmesinin düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır (Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 6/1). Bu hükümden çıkarmamız gereken sonuç, yarışan hükümler kapsamında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükümlerinin önüne geçecek olmasıdır. Zira toplu iş sözleşmesi hükümlerinin doğrudan iş sözleşmesinin hükümlerini geçersiz kılacağı sonucuna varırsak, bu durumda toplu iş sözleşmesinin ortadan kalkması durumunda iş sözleşmesinin de ortadan kalkacağı sonucunu tatmin edici bulmuyoruz. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması halinde iş sözleşmesinin işçi lehine olan hükümleri geçerlidir (TSGLK m. 6/2).

4.1.1.4 Ahlaka aykırılık

Bir sözleşmenin konusu ahlaka aykırı olursa, o sözleşme butlanla batıl olur (TBK m. 27-BK m.20). Sözleşmenin içeriğinin ahlaka aykırı olduğunun tespiti için kanun koyucu tarafından

açmayacakken, sadece bir hususun şekle aykırı olmasında kısmi geçersizlikten bahsedilemez. Eksik unsur sadece iş hukuku mevzuatında düzenlenmesi şartı ile para cezasına neden olabilir).

⁴²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.72 vd. ; KARAHASAN, s. 267 vd. ; AKYOL, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 140 vd.

⁴²⁷ ESENER, s. 34.

⁴²⁸ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s.21; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 141.

bir kriter konulmamıştır. Nitekim ahlak anlayışı müşterek inançlarda aranmaktadır ve inançlar ise zamanla değişebileceğinden bu konuda kesinlik söz konusu olamaz⁴²⁹. Göreceli bir kavram olan ahlak anlayışını, bir toplumda belirli bir dönemde orta zekalı, dürüst ve akli başında kişilerin düşünce ve görüş yöntemleri ortaya koyar⁴³⁰. İhtilaf durumlarında ahlaka aykırılık hakim tarafından takdir edilir. Hakimin takdir ederken göz önünde bulundurması gereken kıstas, subjektif ölçütlerle değil; sözleşmenin yapıldığı andaki objektif ölçülere göre belirlenmelidir⁴³¹. Eğer ahlak anlayışı bir kanun hükmünde düzenlenmişse, bu durumda ahlaki esasa dayanan bir emredici hukuk kuralı söz konusu olur ve bu halde sözleşmenin bu ahlaki esasa aykırılığı, emredici hukuk kuralına aykırılık mahiyetinde olur⁴³². Tüm açıklamış olduğumuz genel kurallar iş sözleşmeleri için de geçerlidir. İş sözleşmelerinin konusunun yukarıda açıklamış olduğumuz hususlar çerçevesinde “ahlaka aykırı” olması durumunda sözleşme geçersiz olur.

Kanun koyucu bazı durumlarda, toplum tarafından uygun bulunmayan konuları düzenleme altına almakta ve her ne kadar ahlaka aykırılık taşıdığı düşünülse de, işbu hususlara konu sözleşmeleri geçerli kılmaktadır. Örnek verecek olursak, devletin genelev açılmasına ve orada kadın çalıştırılmasına imkan tanınması nedeni ile çalıştırılacak kadın işçi ile yapılan iş sözleşmesi geçerli olacaktır⁴³³. Ancak devlet izni ile açılmış resmi genelev yerine, fuhuş amacıyla açılmış bir randevuevinde çalıştırılmak üzere kadın alınması amacıyla yapılan iş sözleşmesi ahlaka aykırılık nedeniyle butlanla batıl olur.

Bir işverenin başkasının yanında çalışan işçiye vaatlerde bulunarak kendi işyerine alması da esasen toplumda ahlaka aykırılık olarak nitelendirilebilir. Ancak böyle bir davranışa dayanarak kurulmuş olan iş sözleşmesi geçersiz olmaz. Nitekim işbu sözleşmenin kurulmasının yaptırımını kanun koyucu tarafından geçersizlik olarak değil, koşulların oluşması durumunda tazminat şeklinde düzenlenmiştir (İş Kanunu m. 23)⁴³⁴.

4.1.1.5 İmkansızlık

İş sözleşmesinin konusunun imkansız olması durumunda işbu sözleşme mutlak butlanla batıl olur. Sözleşmenin geçersizliğine yol açan imkansızlığın “objektif imkansızlık” olması ve

⁴²⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 535.

⁴³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 74.

⁴³¹ KARAHASAN, s. 275.

⁴³² HATEMİ, H. , Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s.83 vd.

⁴³³ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 30 vd. Ek olarak: Yarg. İBK. 14.01.1948 tarihli 1948/30 Esas ve 1948/2 sayılı kararında hükümetin izni ile genelev açanlara gayrimenkul kiralanmasını da geçerli saymaktadır (OĞUZMAN/ÖZ, s. 75).

⁴³⁴ Karşı görüş: Yarg. 4. HD'nin 23.06.1958 tarihli 1958/5662 Esas ve 1958/4358 sayılı kararı (AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 142).

sözleşmenin kurulduğu anda var olması gerekmektedir⁴³⁵. Objektif imkansızlıktan kasıt, imkansızlığın sadece ifa borçlusu açısından değil, herkes için imkansız olmasıdır. Örneğin bir iş sözleşmesinin konusu gökyüzünden yıldız yakalamak ise, işbu sözleşme objektif olarak imkansız sayılacaktır. Vermiş olduğumuz örnekteki imkansızlık hali maddi/fiili bir imkansızlıkken, bazı durumlarda hukuki imkansızlık da söz konusu olabilmektedir. Hukuki imkansızlık hallerine örnek verecek olursak, bir işverenin işyerinin kontenjanının dolu olmasına rağmen yeni bir işçi ile sözleşme yapmış olmasını söyleyebiliriz.

Doktrinde⁴³⁶ subjektif imkansızlığın da kimi zaman sözleşmeyi geçersiz kılacağı savunulmaktadır. Buna örnek olarak, çalışacak olan işçinin sözleşmenin kuruluşu sırasında ifanın gerçekleşmesini engelleyecek nitelikte hasta olması gösterilebilir. Ancak bir işverenin içinde bulunduğu ekonomik güçsüzlük sözleşmenin geçersizliğine neden olacak bir imkansızlık değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki sonradan meydana gelen imkansızlık sözleşmenin butlanla batıl olmasına neden olmaz, sadece borcu sona erdirir⁴³⁷.

4.1.1.6 Muvazaa

Bir sözleşmede tarafların belli bir sözleşmeyi yapmış görünmekle birlikte ya hiç sözleşme yapmamak ya da başka bir sözleşme yapmak hususunda anlaşmaları söz konusudur. Bu şekilde kurulmuş olan sözleşmelere muvazaalı sözleşmeler denir ve işbu müessese TBK m. 19 (BK m.18)'da düzenlenmiştir. Muvazaalı sözleşmeler hukuken korunmayarak, butlanla batıl sayılırlar. Doktrinde⁴³⁸ tarafların üçüncü kişilerden gerçek durumu gizleyerek, onları aldatmak maksadıyla kendi gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir hususta anlaşmalarına “muvazaa”⁴³⁹ ve bu şekilde yapılan muamelelere de “muvazaalı sözleşmeler” denir. Muvazaadan söz edilebilmesi için, sözleşmeyi oluşturan tarafların üçüncü kişileri kandırma kastı taşımaları gerekmektedir⁴⁴⁰.

Muvazaa mutlak ve nispi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak (basit) muvazaada taraflar aralarında hiçbir sözleşme yapmadıkları halde dışarıya karşı sözleşme yapmış gibi göstermekte ve aralarında bu sözleşmenin tarafları bağlamayacağı konusunda

⁴³⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 76; EREN, s. 399; ŞENYÜZ, s. 23; KARAHASAN, s. 283; AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 32-33.

⁴³⁶ AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 143.

⁴³⁷ ŞENYÜZ, s. 23; Farklı bir görüş için bkz: SEROZAN, R. , “Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkansızlığa Bağlı Butlanın Aşılması”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C:2, İstanbul 2007 (SEROZAN’a göre hiçbir tartışmaya yer bırakmayacak şekilde sözleşme sırasında var olan imkansızlığın sözleşmeyi butlanla batıl kılacağı ancak sonradan meydana gelen imkansızlığın ise sözleşmeyi geçersiz yapmayacağı görüşü tutarlı değildir. Hatta sözleşmenin yapılması sırasında mevcut imkansızlığın yaptırımının butlan olması tutarlı ve yerinde de görülmemektedir.

⁴³⁸ EREN, s. 315; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 548; İNAN, s. 178; OĞUZMAN/ÖZ, s. 108; ŞENYÜZ, s. 31; KARAHASAN, s. 203.

⁴³⁹ Muvazaanın sözlük anlamı; danışıklık, sahte tavrı takinmek, başkasını iğfal etmektir.

⁴⁴⁰ İNAN, s. 179.

anlaşmaktadırlar. Örneğin tarafların aslında aralarında hiç iş sözleşmesi yapmak istemedikleri halde görünüşte bir iş sözleşmesi yapmaları mutlak (basit) muvazaaya örnektir. Ya da iş sözleşmesinin süresi veya ücreti konusunda taraflar arasında muvazaa olması halinde de yine mutlak muvazaa gündeme gelecektir⁴⁴¹. Görüldüğü gibi mutlak muvazaa da tek bir sözleşme vardır ve bu sözleşmede de taraflarda sözleşme yapma iradesi bulunmamaktadır. Bundan dolayıdır ki kurulmuş olarak gözükten iş sözleşmesi geçersiz olacaktır.

Tarafların aralarında yaptıkları ve iradelerine uygun bir hukuki işlemi kendi arzu etmedikleri, sırf üçüncü kişilere gösterdikleri sözleşmenin arkasında gizlemek için anlaşmaları halinde nispi muvazaa meydana gelir⁴⁴². Dolayısıyla nispi muvazaada biri görünürde, diğeri gizli olmak üzere iki sözleşme vardır. Bir iş ilişkisinde nispi muvazaalı sözleşmeye örnek teşkil edecek durumlar neler olabilir? Örneğin tarafların bir iş sözleşmesinin iki yıl süreli olmasında anlaşıp bunu gizliyor olması ve dışarıya sanki belirsiz iş sözleşmesi yapıyormuş gibi göstermesi nispi muvazaa durumunu meydana getirir. Nispi muvazaa durumunda, tarafların gizlemek istedikleri ve gerçek iradelerini yansıtan gizli iş sözleşmesi geçerliliğini koruyacak; ancak dışarıdan gözükten üçüncü kişileri kandırma kastını haiz sözleşme ise butlanla batıl olacaktır.

Bazı durumlarda ise muvazaa kısmi olabilir ve bu durumlarda sözleşmenin sadece muvazaalı kısmı geçersiz olur. Örneğin işçiye gerçekte yüksek bir ücret ödendiği halde, genel olarak vergi ve prim kaçırma niyetiyle daha düşük bir ücret ödeniyormuş gibi gösterilebilir. Ya da tam tersi olarak aslında işçiye asgari ücretin altında bir ücret ödendiği halde, sanki asgari ücret ödeniyormuş gibi de gösterilebilir. Böyle bir durumda görünen sözleşme tarafların iradelerini yansıtmadığı için geçersiz olacaktır. Ancak gizlenen sözleşmede kanunen asgari ücret altındaki ücretlerin geçersiz sayılması gerektiğinden yine bu sözleşme de geçersiz olmalıdır. Bu duruma çözüm olarak ücretin asgari ücret olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü bizce de uygundur⁴⁴³.

Bazı durumlarda iş sözleşmesinin tarafında da muvazaa söz konusu olabilir. Örneğin, bazı işverenler çalıştırmak için kendileri işçileri seçtiği, bu işçilere emir ve talimat verdiği, ücretlerini ödediği halde başka bir kişiyi işverenmiş gibi gösterebilmektedirler. Bunun başlıca nedeni kanun koyucu tarafından işverene yüklenmiş olan yükümlülüklerden ve grev

⁴⁴¹ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 33-34.

⁴⁴² İNAN, s. 180.

⁴⁴³ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 34.

rizikosundan korunmaktır⁴⁴⁴. Böyle bir durumda iş sözleşmesi, gerçek duruma uygun olarak asıl işverenle ilgili işçiler arasında kurulmuş sayılır.

Sonuç olarak doktrindeki baskın görüşe göre⁴⁴⁵ muvazaalı bir sözleşmede, tarafların gerçek iradelerine itibar edileceğinden, görünürdeki sözleşme butlanla batıl olacaktır. Ancak gizlenen hukuki işlemin geçerliliği de yine işbu işlemin geçerlilik koşullarını haiz olmasına bağlıdır⁴⁴⁶. Doktrindeki yeni bir görüş⁴⁴⁷ ise muvazaalı sözleşmenin “yok” hükmünde olduğudur. Bu görüşe göre borçlar kanununda düzenlenmiş olan muvazaa hükmünde hukuki yaptırım olarak butlan öngörülmemiştir ve ayrıca muvazaalı sözleşme tarafların iradeleri yokluğunda kurulmaktadır.

4.1.2 Butlanın Sonuçları

Tarafların ehliyeti, şekil noksanlığı, hukuka ve ahlaka aykırılık, imkansızlık, muvazaanın söz konusu olduğu iş sözleşmeleri butlanla batıldır. İşbu butlan nedenleri herkesçe ileri sürülebildiği gibi ayrıca hakim tarafından da resen göz önünde tutulur. Bir iş sözleşmesinin geçersizliği her ne kadar borçlar kanununda düzenlenmiş olan butlan hükümleri doğrultusunda değerlendirilse de, iş hukuku alanında klasik anlamda butlan sonuçlarını doğuramaz. 818 sayılı Borçlar Kanununa göre geçersizlik kuralı olarak geçmişse etkili (ex tunc) olarak hüküm doğurur. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 394/4 hükmüne bakıldığında bu kurala iş sözleşmeleri açısından istisna getirilerek, yerinde bir düzenleme yapılmıştır. İşbu hükme göre, öğreti ve uygulamada benimsendiği gibi, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesinin, iş ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçları doğar. İşçi, geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir sözleşme gereğince işveren için bir iş gördüğü takdirde; sözleşmenin her iki tarafı da, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hizmet ilişkisine son verinceye kadar, geçerli bir sözleşme varmışçasına, iş İlişkisinden doğan borçlarını ifa etmekle yükümlüdür.

Nitekim Yargıtay’ın bir içtihadı birleştirme kararına göre de⁴⁴⁸, yaş küçüklüğü veya kadın olması nedeniyle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçi, yasağa karşı çalıştırılırsa

⁴⁴⁴ Yarg. 9. HD’nin 07.05.1997 tarihli 1997/6850 Esas ve 1997/6317 sayılı kararına göre; “ (...) Uzun süreden beri aynı işyerinde çalışan işçiler müteahhitler değiştiği halde çalışmalarına devam ediyorlarsa, işçilerin işe alınmaları, sözleşmelerinin feshi, ücretlerinin tespiti gibi konularda yetkiler işyerinin sahibi durumunda olan kişi ya da şirkette toplanıyorsa; işin bir bölümü bir başkasına verilmiş olsa dahi muvazaa söz konusu olacağından, işyerinin sahibi gerçek işveren kabul edilmektedir (AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 144).

⁴⁴⁵ ; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 548 vd.; İNAN, s. 178 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 110; ŞENYÜZ, s. 31 vd. ; KARAHASAN, s. 203 vd.

⁴⁴⁶ AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 145.

⁴⁴⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 495.

⁴⁴⁸ Yarg. İBK. 18.06.1958 tarihli 1958/20 Esas, 1958/9 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr 22.04.2012). “ SÜZEK’e göre Yargıtay bu kararıyla yasadaki örtülü boşluğu “ amaca uygun sınırlama” yöntemi ile doldürmüştür. Yani geçersizliğin baştan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı genel kuralına, yargı organı işçi-

buna rağmen işçi sayılır ve işçi sigortaları kanunlarının tanıdığı haklardan yararlanır. Aksi takdirde iş sözleşmesi bu nedenlerden ötürü hükümsüz sayılırsa, kanunun güçsüz olan işçiyi koruma amacına aykırılık meydana gelir⁴⁴⁹. Ayrıca Türkiye Büyük Millet Meclisinin 255 sayılı tefsir kararında da, “ batıl olan iş sözleşmesinin taraflardan biri bunu ileri sürünceye kadar geçerli bir sözleşme gibi işçi yararına hukuki sonuçlar doğuracağı” belirtilmiştir⁴⁵⁰.

Buradan çıkacak sonuç doğrultusunda gerek Türk Borçlar Kanunu m. 394’e ve Yargıtay’a, gerekse doktrindeki baskın görüşe göre⁴⁵¹, yürürlüğe girmiş ve taraflar arasında uygulanmış bir iş sözleşmesindeki hükümsüzlük geçmişe değil, geleceğe yönelik (ex nunc) etki doğurur. Bundan dolayı da iş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne karşın, iş ilişkisinden o ana kadar doğan haklar geçerli kabul edilecektir. Zira sürekli ve kişisel ilişkiler kuran bir sözleşmenin, özellikle iş hukukunda işçiyi koruma amacı da düşünülürse, butlanın sözleşmeyi geçmişe etkili olarak geçersiz kılması kanun koyucunun amacına da aykırı düşer. Belirtmek gerekir ki doktrinde bu görüşe katılanlar⁴⁵² “sözleşme teorisini” benimsemektedirler. Sözleşme teorisine göre, ortada her hangi bir iş sözleşmesi olmadan işçi ve işveren arasında hizmet ilişkisinin kurulduğu kabul edilemez. 4857 sayılı İş Kanunu m.1/1’e baktığımızda bir kimsenin işçi sayılabilmesi için ortada geçerlilik koşullarını haiz bir “iş sözleşmesinin” varlığı şarttır.

Bir iş ilişkisinin kurulması için iş sözleşmesinin gerek olmadığını belirten görüş neyi savunmaktadır? İşbu görüşe “katılma görüşü” denmektedir. Doktrinde bu görüşe katılanlar⁴⁵³, işçinin fiilen işyerinde başlamasını iş ilişkisinin kurulmasında kıstas olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre, iş ilişkisi işçinin işverenin işyerindeki faaliyetine katılması ile meydana gelir. Dolayısıyla iş ilişkisinin hukuki sonuç doğurması için iş sözleşmesinin kurulmuş olması şart değildir. Katılma görüşü kabul edilirse, butlana ilişkin hükümler (ifasına başlanmış olsun olmasın) iş sözleşmesinin uygulanması açısından bir önem taşımayacaktır. Nitekim sözleşmesinin icrasına başlanmamışsa problem yoktur. İcraya geçilmişse artık fiili hizmet

işveren ilişkilerine özgü amaca uygun bir istisna getirmek suretiyle geçersizliğin ileriye dönük olacağını kararlaştırabilir.” (SÜZEK, s. 288).

⁴⁴⁹ Karşı görüşte olan Yarg. HGK. 03.04.1991, 1991/9-107 Esas ve 1991/168 sayılı Kararı’na göre; “ 15 yaşından küçük çocuklarla iş sözleşmesi kurulamaz. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersiz ve görülen hizmetin İş Kanunu kapsamı dışında kalması kaçınılmaz olup, olayda davacının 1975 yılında 13 yaşını doldurduğu 1979 yılına kadarki çalışmasının kıdem tazminatı hesabında göz önünde tutulması mümkün değildir.” (İşbu karar doktrinde eleştirilmekte ve İş hukukunun gereklerine uymayan bir çözüm olarak görülmektedir) (ÇELİK, s. 129; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.494).

⁴⁵⁰ ÇELİK, s. 128.

⁴⁵¹ SÜZEK, s. 267 vd.; ÇENBERCİ, s.62; ÇELİK, s. 128; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 89-90; REİSOĞLU, Seza, Hizmet Akdi, Ankara 1968, s. 134 vd.; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 96-97; NARMANLIOĞLU, s. 191; DEMİR, Fevzi, Sorularla Bireysel İş Hukuku, s. 98-99; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 494; AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 37 vd.

⁴⁵² Bkz: Dn. 355.

⁴⁵³ TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Genel Esasları, s. 168; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 98; ESENER, s. 141.

ilişkisi doğmuş olması nedeniyle kanun ve varsa toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanır. İş sözleşmesi ifa olunmuşsa bu görüşe göre zaten butlan hükümleri uygulanmaz⁴⁵⁴.

Kanımızca iş sözleşmesine gerek olmadığının kabulü, hukuk mantığına aykırılık oluşturarak yazılı mevcut olan bir sözleşmenin değil de, fiili bir normun kabulü anlamına gelecektir. Sözleşme teorisine göre sözleşme butlanla batıl olsa dahi söz konusu iş sözleşmesinin hükümlerinin sözleşmenin ifa edilen kısmı için uygulanması gerektiği açıkça görülmektedir. Zira bir sözleşmenin ifa edilen edimlerinin talep edilebilmesi ve bu kısmın iadesi sözleşme teorisinin getirdiği çözüm dışında neredeyse imkansızdır. Şöyle bir düşünelim; eğer iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü geçmişe etkili olsaydı ve sözleşme baştan itibaren hükümsüz olsaydı, işçi ifa ettiği hükümleri nasıl iktisap edecekti? Bu duruma çözüm olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılabileceği öne sürülse de, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulamada güçlükler doğuracağı açıktır. Zira sebepsiz zenginleşme hükümleri ile işçinin emeği ne derece karşılanabilir? Sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebi, somut ve birincil olarak elde edilen menfaatin iadesine yöneliktir. Bazı menfaatlerin - işçinin ifa ettiği edimlerin - ise aynen iadesi mümkün değildir⁴⁵⁵. Kaldı ki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 394 ile artık her hangi bir yoruma gerek kalmadan sözleşmenin geçersizliğinin geleceğe yönelik etki göstereceği kabul edilmelidir.

Tüm bunlara karşılık ahlaka aykırılığın ağır olduğu; kamu düzeni bakımından kesinlikle kabul edilemez bir aykırılığın söz konusu olduğu hallerde butlanın geleceğe yönelik etkide bulunacağı tezi kesinlikle kabul edilemez. Örneğin iş sözleşmesinin konusunun fuhuş, kaçakçılık, kalpazanlık olması halinde hükümsüzlük geçmişe etkili olur⁴⁵⁶.

4.2 İŞ SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ

Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan “irade bozukluğu” hallerinin iş sözleşmelerine uygulanması Türk Hukukunda gerek doktrinde gerekse uygulamada rastlanmamaktadır. Bunun başlıca nedeni ise, işçi veya işverenlerin bağlı kalmak istemedikleri bir iş sözleşmesi karşısında, kanun koyucu tarafından bildirim süreleri dışında başkaca sınırlamalara tabi tutulmamış olan “fesih” yolunu tercih ediyor olmalarıdır⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 34; TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Genel Esasları, s. 167-169.

⁴⁵⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 493.

⁴⁵⁶ NARMANLIOĞLU, s. 191-192; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 89; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 493; AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 39; SÜZEK, s. 288-289; REİSOĞLU, Seza, s. 139.

⁴⁵⁷ TAŞKENT, “İş Sözleşmelerinin İptali Nedenleri”, s. 169.

Bir iş sözleşmesinin kurulabilmesi için, daha önceden de belirttiğimiz gibi, sözleşmeyi oluşturan taraflar arasında iradelerin uyuşması şarttır. Ancak sözleşme kurulurken iradeler arasındaki dengeyi bozabilecek irade sakatlıkları doğabilmektedir⁴⁵⁸. Bu sebepler iş sözleşmesinin butlanını değil ancak iptalini mümkün kılar. Çünkü bu nedenler, kamu düzenini, kamunun ortak çıkarlarını değil, özel çıkarları ihlal edici nitelik taşımaktadır. Bundan dolayı da sözleşmenin kuruluşunda bu nedenlerin varlığına rağmen iş sözleşmesi hükümlerini doğurur ve iptal edilmediği takdirde geçerli bir sözleşme olarak hükümlerini doğurmaya devam eder⁴⁵⁹.

İradeyi fesada uğratan haller olan hata, hile ve ikrah ile gabin genel hükümler çerçevesinde sözleşmelerin iptalini mümkün kıldığı gibi, iş sözleşmelerinin de iptalini gündeme getirmektedir. Ancak iptalin sonuçları bakımından diğer sözleşmelerden farklı olarak, iş sözleşmesindeki farklı özellikler kendini göstermektedir.

4.2.1 İş Sözleşmesinin İptal Edilebilirlik Sebepleri

4.2.1.1 Hata

Hata kavramının Türk mevzuatında tanımı bulunmamakla birlikte, doktrinde bazı tanımlara yer verilmiştir. Baskın görüşe göre⁴⁶⁰ hata, gerçek hakkında farkında olmadan, doğru bir düşünce sahibi olmama durumu ile gerçeğe yönelik bilgisizlik halidir. Daha açık bir ifadeyle irade ile beyan arasında bilmeden ve istenmeden yaratılan uygunsuzluk hali olan hatada, taraflardan birisinin iradesi gerçek duruma uygun değildir.

TBK m. 30 (BK m. 24) hata müessesini yanılma başlığı altında düzenlemiştir. İşbu hükme göre hata, esaslı olup olmadığına göre ayrıma tabi tutulmuştur. Esaslı hata kapsamına, sözleşmenin niteliğinde, konusu olan şeyde, kişide, miktarda ve zorunlu unsurlarında yapılan hatalar girmektedir. Ayrıca koşullarının uyması halinde saik hatası da esaslı hata olarak kabul edilmektedir⁴⁶¹. Belirtmeliyiz ki, hata objektif ya da sübjektif olsun, eğer ki sözleşmenin yapılmasında haklı bir sebep teşkil etmezse, iptal nedeni olarak görülemez⁴⁶². Hataya ilişkin

⁴⁵⁸ CİVELEK, G. , “İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Erme Halleri”, T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Prof. Dr. Kadir ARICI), Ankara 2007, s. 56.

⁴⁵⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 497.

⁴⁶⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. , Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s. 30; EREN, s. 340; İNAN, s. 199; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 575; ESENER, s. 121; OĞUZMAN/ÖZ, s. 80.

⁴⁶¹ TBK m. 32 uyarınca; Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde hata esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir.

⁴⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, s. 159.

vermiş olduğumuz genel bilgiler ışığında iş sözleşmesinde meydana gelebilecek esaslı hata türlerinin neler olabileceğini inceleyeceğiz.

Bir iş sözleşmesinde özellik gösteren hata hallerinden biri, TBK m. 32 (BK m. 24/1,b.4)⁴⁶³ hükmünde düzenlenmiştir. İşbu düzenlemeye göre işveren hata yaptığını bilseydi sözleşmeyi yapmayacaksa (sübjektif unsur) ve ayrıca iş hayatındaki dürüstlük kuralınca da o hususta hataya düşülmesi, iş sözleşmesinin iptaline imkan verir nitelikte ise (objektif unsur) ortada bir temel hatası vardır⁴⁶⁴. Belirtmek gerekir ki, üzerinde hataya düşülen noktanın iş sözleşmesinin temelini oluşturup oluşturmadığı incelenirken, işçinin ifayla yükümlü olduğu işin niteliği ve işyerinin özellikleri göz önünde tutulmalıdır⁴⁶⁵.

Örneğin bir televizyon kanalına spiker olarak alınacak bir kişinin kekeme olduğu halde hata ile işe alınması durumunda iptal nedeni meydana gelir. Oysaki kekeme olan kimsenin konuşmasının önemli bir rol oynamayacağı bir iş için (örneğin muhasebe) sözleşme yapılması durumunda sözleşmenin iptal edilmesi gerekmeyecektir. Bu örnek dışında işe alınacak kişinin hamilelik durumu, zihinsel ve bedensel sakatlığı ya da eskiden hükümlü olması, mensup olduğu din, politik görüşü, bağlı olduğu sendika nedeniyle işverenin hataya düştüğünü iddia ederek iş sözleşmesinin iptali yoluna gidebilmesi ise yukarıdaki açıklamalarımızla paralellik göstermektedir⁴⁶⁶. Zira önceden yapmış olduğumuz açıklamalarda işçinin niteliğine ilişkin işverenin sorabileceği ve işçinin de doğru cevap vermekle yükümlü olduğu sorularda temel bir kriter bulunmalıdır. İşçinin hamilelikten sendika üyeliğine kadar özel hayatına ilişkin niteliklerin ifa edeceği edim, işyeri ve tarafların sosyal çevreleri açısından zorunluluk taşıması gerekmektedir.

Bir başka hata türü ise, yapılacak olan sözleşmenin türünde meydana gelebilir. Örneğin sözleşmenin taraflarından biri eser sözleşmesi yapıldığını düşünürken, aslında bir iş sözleşmesi yapıyorsa, burada sözleşmenin niteliğinde hata meydana gelmiş demektir. Kanımızca irdelememiz gereken asıl husus, bir iş sözleşmesinin belirli süreli veya deneme süreli olması istendiği halde belirsiz süreli yapılması durumunda sözleşmenin niteliğinde hatanın meydana gelip gelmediğidir. Kanımızca iş sözleşmesinin deneme süreli ya da belirsiz süreli olmasına ilişkin özellik sözleşmenin niteliğine ilişkindir ve bu hususta bir hata da sözleşmenin niteliğinde hata olarak kabul edilmelidir⁴⁶⁷.

⁴⁶³ 818 sayılı Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendi, saikte esaslı yanılmaya (mevsuf saik hatasına) ilişkin olduğu için, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise yeni bir madde numarası verilerek, madde 32'de ayrıca düzenlenmiştir.

⁴⁶⁴ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 42; TAŞKENT, "İş Sözleşmelerinin İptali Nedenleri", s. 172-173.

⁴⁶⁵ TAŞKENT, "İş Sözleşmelerinin İptali Nedenleri", s. 173.

⁴⁶⁶ Bkz: Çalışmamızın 2.1.4.1 numaralı konusu vd.

⁴⁶⁷ Aynı görüş için bkz: TAŞKENT, "İş Sözleşmelerinin İptali Nedenleri", s. 171; Ayrıca AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 41 (AKYİĞİT hatanın

Kanun koyucu kişide yanılmayı da esaslı hata olarak düzenlemiştir. Nitekim bir işverenin (A) kişisi ile iş sözleşmesini kurmak istediği halde, hatalı olarak bu iradesini (B) kişisine yöneltmesi durumunda sözleşme esaslı hata nedeniyle iptal edilebilecektir. Ancak kişide hata durumu sadece kişinin kimliği ile ilgilidir. Yoksa kişinin sahip olduğu niteliklere ilişkin hataya düşülmesi temelde hata olarak kabul edilir⁴⁶⁸.

Kanunen “miktarda hata” da esaslı hatadır (TBK. m. 31/1,b.5). Miktarda hatanın esaslı hata olarak kabul edilmesi için, hata yapan kimsenin gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamış olması gerekmektedir. Örneğin bir iş sözleşmesinde işçinin alacağı ücret miktarının olması gerekenin yarısı kadar olarak belirlenmiş ve işçi tarafından hatalı olarak kabul edilmişse, sözleşmedeki hata esaslıdır⁴⁶⁹.

İş sözleşmesinde taraflardan biri kendi kusuru ile hataya düşerse, sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle diğer tarafın maruz kaldığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez. Hakim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir (TBK m. 35-BK m. 26). Son olarak belirtmek gerekir ki, bir işçi adayının iş sözleşmesini okumadan imzalaması durumunda hataya düştüğünü iddia ederek sözleşmenin iptali yoluna gitmesi mümkün değildir.

4.2.1.2 Hile

İradeyi sakatlayan sebeplerden biri olan hile, bir kimsenin davranışı ile diğer şahsı irade beyanında bulunmaya sevk etmek için o şahsın hatalı bir fikrin doğumuna veya teyidine ya da devamına kasti olarak neden olmasıdır⁴⁷⁰. Daha açık bir ifadeyle hilenin şartları, hileye maruz kalana karşı aldatma fiilinin bulunması, hileli davranışı yapanın aldatma kastı içinde olması, hileli davranışın sözleşmenin yapılmasına sebep olacak ağırlık taşımasıdır⁴⁷¹.

sözleşmenin niteliğinde olabileceği gibi temel hata olarak da kabul edilebileceğini belirtmiştir. Böyle bir ayrımın önemi ise ispat külfeti bakımından önem kazanacaktır. Nitekim kanun koyucu beyan hatasını esaslı hata olarak kabul etmektedir).

⁴⁶⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.498; EREN, s. 347; AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 41.

⁴⁶⁹ EREN, s. 347; İNAN, s. 203; OĞUZMAN/ÖZ, s. 83; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 585.

⁴⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 93 (Yazara göre hile bir bakımdan kasten bir kişinin saik hatasına düşürülmesi olarak da nitelendirilebilir).

⁴⁷¹ YILDIRIM, M. , Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, s. 59 vd.; ŞENYÜZ, s. 36.

Hile, TBK m. 36 (BK m. 28)'de düzenlenmiştir⁴⁷². İşbu hükme göre taraflardan biri, diğerinin hilesi (aldatması) sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Görüldüğü gibi “hile” müessesesinin “hatadan” farkı öncelikli olarak sözleşmenin iptal edilebilirliği açısından “esaslı” olma özelliğinin aranmasıdır. Bu durumun başlıca nedeni hile nedeniyle zarara uğrayacak karşı tarafı korumak endişesidir. Çünkü hile ile bir kimseyi hatalı beyanda bulunmaya sevk eden kimse hukuki bir himayeye layık değildir⁴⁷³. Üçüncü bir kişinin hileli davranışı sonucu bir sözleşme yapan taraf ise, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir (TBK. m. 36/2-BK. m. 28/2). Hile olmasaydı sözleşme hiç yapılmayacak idiyse “asli”, fakat söz konusu hile sözleşmenin yapılmasına engel değil ise “feri” niteliktedir. Söz konusu ayırım sözleşmenin iptal edilebilirliği hususunda özellik gösterir. Doktrinde bir görüş⁴⁷⁴, feri hile durumunda sözleşmenin kısmi olarak iptalini uygun görürken; bir diğer görüş⁴⁷⁵ ise bu düşüncüyü tamamen reddetmektedir.

Belirtmek gerekir ki, hile fiili, hileyi yapan tarafından olumlu bir davranışla, açık bir sözleşme gerçekleştirilebileceği gibi, açıklama ve bilgi verme yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda bir yapmama fiili, kaçınma veya susma ile de gerçekleştirilebilir. Nitekim hilenin her hangi bir davranış, söz veya yazı ile yapılmış olması arasında bir fark yoktur. Burada önemli olan bir davranışın gerçekleşmiş ve bu davranışın karşı tarafı aldatıcı bir nitelik taşımasıdır⁴⁷⁶. Dolayısıyla karşı tarafı aldatmaya yönelmiş her hangi bir davranış olmadan açıklanmış irade beyanı, yanılğı içeren bir beyan olsa bile, hile meydana gelmiş olmaz⁴⁷⁷.

İş Hukukunda hile daha çok işçi yönünden özellik göstermektedir. Çünkü iş sözleşmesi kurulurken işveren işçinin niteliklerine, işçi ise işyerindeki çalışma koşullarına dikkat eder. Uygulamada genellikle işyeri kuralları önceden belli olan somut kurallardır. Oysaki işçinin nitelikleri hakkında genellikle işçinin kendi beyanından veya üçüncü bir kişiden (işçinin eski işvereni gibi) alınan bilgiler doğrultusunda sınırlı bir şekilde bilgi edinilebilmektedir. İşbu nedenlerden ötürü, iş sözleşmesinde taraflar arasındaki güven ilişkisi de işçi tarafı üzerinde yoğunlaşmaktadır⁴⁷⁸.

İş sözleşmesi yapma görüşmelerinin işçi veya işveren tarafından başlatılmasının bir önemi olmadan, dürüstlük kuralı (TMK. m.2) tüm görüşme sürecinde egemen olan ilkedir.

⁴⁷² 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 36 ile 818 sayılı Borçlar Kanunu arasında hileye ilişkin düzenlemelerde değişiklik bulunmamakta; ancak “hile” kavramı yeni kanunda “aldatma” başlığı altında incelenmektedir.

⁴⁷³ İNAN, s. 211.

⁴⁷⁴ EREN, s.361; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 604.

⁴⁷⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 96.

⁴⁷⁶ KURŞAT, Z. , Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003, s. 12.

⁴⁷⁷ Yarg. 4.HD'nin 22.03.1968 tarihli 1968/4668 Esas ve 1968/2754 sayılı Kararı (KARAHASAN, s. 334 vd).

⁴⁷⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 498.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde⁴⁷⁹ ayrıntılı bir şekilde incelediğimiz üzere bir iş sözleşmesi kurulurken işçilere kişisel ve mesleki durumlarına ve niteliklerine ilişkin sorular yöneltilmekte; bu sorulara cevap verilmesi beklenmektedir. İş görüşmelerinde taraflara yüklenilmiş olan açıklama yükümü iki şekilde görünebilir. Bunlar, kişinin kendisine soru yöneltilmesi halinde bu soruya ilişkin açıklama yükümü ve kendiliğinden açıklama yükümüdür.

Kendiliğinden açıklama yükümünde genellikle işverenin işçiye yönelttiği sorulara işçinin kişilik haklarına tecavüz niteliğinde olmadığı müddetçe işçinin doğru cevap verme yükümlülüğü vardır. Kendiliğinden açıklama yükümü halinde, böyle bir yükümlülük taşıyan kişi, gerekli hususları kendisine soru yöneltilmese dahi açıklamak zorundadır. Aksi halde işçinin sessiz kalması durumunda pasif yolla hile meydana gelir. Bir başka hile eylemi ise, on sekiz yaşından küçük bir çocuğun işe girebilmek için kendisini büyük göstermek amacıyla nüfus cüzdanını bilgilerini saklaması, nüfus cüzdanını tahrif etmesidir. Nitekim sahte bir nüfus cüzdanı ibraz eden küçüğün davranışı hile olarak kabul edilir. Hile, iş hukukunda giderek önemini yitirmektedir. Zira bir çok konuda işçiye susma hakkı, hatta sorulduğunda gerçeğe aykırı cevap verme hakkı tanındığı için hilenin uygulama alanı da oldukça daralmıştır. Bu konuya daha önce değinmiş olmamız nedeniyle daha fazla ayrıntıya girmiyor, genel açıklamalarla yetiniyoruz.

Son olarak değinmemiz gereken husus hile fiilinin meydana gelmesi ile kurulan bir iş sözleşmesinin iptali yoluna mı yoksa feshi yoluna mı gidilmesi gerektiği hususudur. İş Kanunu m.24/2a ve m. 25/2a uyarınca düzenlenmiş olan işçinin ve işverenin derhal fesih hakkına ilişkin hükümlere göre, işçi ve/veya işverenin sözleşmenin yapılması sırasında ve sözleşmenin esaslı noktalarında karşısındaki kişiyi yanıltması ile derhal fesih hakkı doğacağı hüküm altına alınmıştır. Hile nedeniyle kanunen iş sözleşmesinin iptali de mümkün olacağından, fesih ve iptal müesseselerinin aynı anda gündeme gelmesi söz konusu olacaktır. Bir görüşe göre⁴⁸⁰ iş sözleşmesinin sadece feshinin mümkün olabileceği savunulmaktadır. Nitekim daha ayrıntılı inceleneceği üzere, iptalin geçmişe etkili olmayacağına kabulü nedeniyle fesihle iptal arasında fark kalmaz. Tek fark işverenin hilesine dayanarak işçinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, kıdem tazminatı alma imkanı olur. Oysa iptal halinde işçi bu imkandan mahrum kalır⁴⁸¹. Bir diğer görüş ise iptal ve derhal fesih haklarının yarışacağını savunur⁴⁸². Bu görüşte ise İş Kanunu hükümleri Borçlar Kanununda yer alan genel hükümlerin uygulanmasını engelleyemez.

⁴⁷⁹ Bkz: Çalışmamızın 2.1.4 numaralı konusu vd.

⁴⁸⁰ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 198.

⁴⁸¹ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s.41.

⁴⁸² OĞUZMAN, Kemal, Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 56.

4.2.1.3 İkraha (tehdit/korkutma)

İkraha, bir kimsenin yapmak istemediği bir hukuki işlemi zarar verileceği tehdidi nedeniyle yapmaya rıza göstermesi halidir⁴⁸³. TBK m. 37/1 (BK m. 29/1) uyarınca taraflardan biri, diğersinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağılı değildir. Kanun koyucu, üçüncü bir kişi tarafından ikraha durumunda karşı tarafın ikraha bilmemesi veya bilecek durumda olmaması halinde sözleşmeyle bağılı kalmak istemeyen korkutulana, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğers tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür. Görüldüğü gibi ikraha müessesesinde hileden farklı olarak üçüncü kişinin yaptığı tehdidi bundan yararlanan taraf bilmeseyse bile işlemin hükümsüzlüğü ileri sürülebilecektir⁴⁸⁴.

Korkutma, buna maruz kalan tarafta, kendisine veya yakınlarına yönelik ağır ve derhal vuku bulacak bir tehlikeyle karşı karşıya bulunduğuy kanısını uyandırabilecek nitelikte olmalıdır (TBK. m.38/1-BK. m. 30/1). Ayrıca ikrahanın hukuka aykırı olması gerekmektedir. Nitekim bir hakkın veya kanuni yetkinin isteneceği veya kullanılacağı tehdidi korkutma sayılmaz⁴⁸⁵. Ancak bu şekilde yapılan sözleşme tehdit eden için aşırı menfaat sağlıyorsa, ikraha ilişkin kurallar uygulanır (TBK. m.38/2-BK. m. 30/2). Buna örnek olarak, kendisine sarkıntılık yapan bir işadaminı şikayet edeceğini söyleyerek çok yüksek bir ücret üzerinden iş sözleşmesi yaptırtan kadın karşısında iş adaminın ikrar nedeniyle iptal hükümlerine dayanabileceği gösterilebilir.

Esasen ikraha, çalışma yaşamında sık rastlanan bir durum olmasa da, işçi veya işveren ikraha ile karşı karşıya kalabilir. İkrahta, tarafların gerçek kişi olmasında herhangi bir sorun yoktur. Fakat taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda ikraha uğraması mümkün müdür? Bir tüzel kişinin karar organını oluşturan kişi veya kişilerin tehdit edilmesinin, bizzat tüzel kişinin tehdit edilmesi olarak algılanması gerekmektedir⁴⁸⁶. Tabi bu durumda da tüzel kişi organı olan kişinin tehdit edilmesi ile iş sözleşmesinin yapılması arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Son olarak belirtmeliyiz ki, ikraha sözleşme yapmak zorunda bırakılan tüzel kişi “yakın” kavramına da girmektedir⁴⁸⁷.

⁴⁸³ ŞENYÜZ, s.37.

⁴⁸⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 97.

⁴⁸⁵ Örneğin borcunu ödemeyen borçluya, icra takibi açılacağıнын söylenmesi ikraha sayılmaz (İNAN, s. 217).

⁴⁸⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 606; AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 46.

⁴⁸⁷ EREN, s. 365. “Yakın” kavramı TBK m. 38/1’de düzenlenmiş olup, korkutulan kişinin sadece kendisine yönelik tehlikelerde değil, aynı zamanda yakınlarına yönelik de kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır”.

4.2.1.4 Gabin (aşırı yararlanma/sömürme)

Gabin, sözleşmenin taraflarının darda kalma, düşüncesizlik veya deneyimsizlikten dolayı edimleri arasında meydana gelen açık orantısızlık bulunması halidir (TBK. m.28- BK. m. 21)⁴⁸⁸. Gabinin söz konusu olduğu bir sözleşmenin de yine yasal süresi içinde iptalini istemek mümkündür. Nitekim Türk Hukukunda, İsviçre Hukukunda olduğu gibi sözleşmenin geçersizliği sömürülen yanın tutumuna bağlı tutulmuştur⁴⁸⁹.

Doktrinde bir iş sözleşmesinde çok yüksek veya çok aşağı bir ücretin, koşulların varlığı halinde gabin oluşturacağı kabul edilmektedir⁴⁹⁰. Nitekim gabin genelde sadece işçi bakımından mümkünmüş gibi gözükse de işveren açısından da mümkün olabilir. Örneğin niteliği olmayan birisiyle işverenin zorda kalması nedeniyle çok fazla ücret ödeme taahhüdü ile iş sözleşmesi yapması, işverenin gabine uğraması sonucunu doğurur⁴⁹¹. Aynı şekilde bir işçinin kendisinin veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerin geçimini sağlama zorunluluğu nedeniyle oldukça düşük bir ücretle çalışmayı kabul etmesi gabine imkan verir⁴⁹². Ancak vasıfsız bir işçinin asgari ücret alması durumunda gabin iddiasında bulunulması hakkın kötüye kullanılmasıdır⁴⁹³.

4.2.2 İptalin Sonuçları

Esaslı hataya düşen, aldatılan veya korkutulan taraf sözleşme ile bağlı değildir. Bu tarz hükümsüzlük hallerinde bir yandan sözleşmenin geçerliliğini etkileyen sakatlığı gidererek sözleşme ilişkisini geçerli hale getirmek, diğer yandan sakatlık yüzünden sözleşmeyi kesin olarak hükümsüz hale getirmek imkanı vardır⁴⁹⁴. İptal hakkının kullanılması tek taraflı bir hukuki işlemidir. İptal müessesesi butlandan farklı olarak kamuya yönelik değil, sözleşmenin taraflarından birini korumaya yönelik bir özelliği haizdir. Nitekim yenilik doğurucu bir hukuki nitelik taşıyan iptal edebilme hakkının kullanılması halinde, hukuki sonuç bu hakkın yöneltildiği kişiye ulaşması sonucu doğacaktır⁴⁹⁵. İptal hakkını, sözleşmenin taraflarından iptal sebebinin meydana geldiği kişi kullanabilir. Sözleşmenin diğer tarafının iptal hakkını

⁴⁸⁸ Türk Hukukunda edimler arasındaki açık orantısızlık hali tarafların darda kalma düşüncesizlik veya deneyimsizliğine dayandırılırken, Alman Hukukunda başka bir neden aramadan, edimler arasındaki açık orantısızlık hali gabin için yeterli görülmektedir (KARAKURT AKKAYA, T. , “ Uygulamada Gabin”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Prof. Dr. Lale SİRMEN), Ankara 2007, s.4).

⁴⁸⁹ TAŞKENT, “İş Sözleşmelerinin İptali Nedenleri”, s. 180.

⁴⁹⁰ KALKAN, B. , “ Türk Hukukunda Gabin”, İstanbul 2004.

⁴⁹¹ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 46

⁴⁹² MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, s. 315; AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 46.

⁴⁹³ TAŞKENT, “İş Sözleşmelerinin İptali Nedenleri”, s. 180.

⁴⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 139.

⁴⁹⁵ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 611

kullanma imkanı bulunmamaktadır. İptal hakkının, iş ilişkilerinde işyerinin devri nedeniyle başka bir kişiye geçme durumu gündeme gelebilir. Nitekim işyeri devrinin bir sonucu olarak iptal hakkının devredilebileceği de mümkün kabul edilmelidir⁴⁹⁶.

İptal edebilme hakkının kullanılması ise kanun koyucu tarafından bir sene ile sınırlanmıştır. Ancak işbu sürenin başlama süresi her iptal nedenine göre değişiklik göstermektedir. Bir yıllık süre, hata ve hilenin öğrenildiği; tehditte ise tehdidin yarattığı korkunun kalktığı tarihtir. Gabinde ise sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren bir yıl içinde iptali gerekir. Tüm süre boyunca sessiz kalınırsa veya süresi içinde açıkça/örtülü biçimde iptal hakkından vazgeçilirse iptal hakkı düşer. İptal hakkının kullanılmasıyla ise sözleşme kesin hükümsüz hale gelir. Tarafların bir yıllık hak düşürücü süreyi anlaşılmaya vararak kısaltmaları mümkündür⁴⁹⁷. Nitekim sözleşmeyi iptal etmekten vazgeçme imkanına sahip bir kişinin, kanunen kendisine tanınan iptal edebilme süresini de sınırlamaya hakkı vardır.

Borçlar kanununda iptal hakkının kullanılması herhangi bir şekil kuralına tabi tutulmamıştır. Sözleşmenin iptalini isteyen irade beyanı dava dışı taraflar arasında, ihtilaf halinde ise yargı mercilerinde, mevcut bir davada ise def'i olarak ileri sürülebilir⁴⁹⁸. Ancak iptale ilişkin iradenin bazı koşulların varlığı halinde ileri sürülmesi sınırlandırılmaktadır. Şöyle ki bir iş sözleşmesinin icrasına hiç başlanmamışsa, her hangi bir sınırlamaya tabi olmadan sözleşmenin iptali yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak ifasına başlanmış bir iş sözleşmesinde, iptal sebebi artık ortadan kalkmışsa, iptalin mümkün olacağını savunmak iş ilişkilerinin temelinde yer alması gereken hakkaniyet ilkesine uygun düşmez.

Borçlar hukukundaki genel hükümlere göre iptalin söz konusu olduğu durumlarda sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Butlanla batıl bir iş sözleşmesinde olduğu gibi, iptal nedenleri gündeme geldiğinde eğer ki bir iş sözleşmesinin icrasına başlanmamışsa iptalin geçmişe etkili olarak etki edip etmemesi fark yaratmayacaktır. İfa edilmiş olan iş sözleşmelerinin de ise, butlanla batıl bir iş sözleşmesinde olduğu gibi iptale ilişkin hükümlerin aynen uygulanmaması gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim sözleşme teorisini benimseyen görüş⁴⁹⁹ iptal için de aynı özellikleri göstermektedir. İşbu görüşe göre iptal iradesi açıklanana kadar sözleşmenin hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Son olarak iptale neden olan tarafın kusurunun ispatlanabilmesi

⁴⁹⁶ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 48.

⁴⁹⁷ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 48.

⁴⁹⁸ EREN, s. 366; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 611.

⁴⁹⁹ ÇELİK, s. 129; NARMANLIOĞLU, s. 179; REİSOĞLU, Seza, s. 134; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 162. Bkz karşı görüş: Önceden belirttiğimiz gibi "katılma" görüşünde iş sözleşmesi geriye etkili olarak ortadan kalkar ancak işçinin işyerine katılması nedeniyle temelinde sözleşmeden yoksun bir fiili iş ilişkisi devam eder (TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Genel Esasları, s. 168; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 98; ESENER, s. 141).

durumunda, sözleşme görüşmelerinde dürüst davranmama nedeniyle tazminat talep edilebileceği unutulmamalıdır⁵⁰⁰.

⁵⁰⁰ AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 48.

5. SONUÇ

İş sözleşmelerini oluşturan taraflar, tarafların sahip oldukları nitelikler ve sözleşme için yeterliliğe sahip olup olmadıkları, sözleşme yapma iradeleri ve bu amaçla gösterdikleri farklı davranış biçimleri, iş sözleşmelerinin farklı nitelikte olmaları nedeniyle sözleşme kurulurken haiz olmaları gereken koşullar ve bu koşulların tarafların ilişkisine olan etkileri pek çok ihtilafa yol açabilmektedir. Dolayısıyla bir iş sözleşmesinin devamı ve feshine ilişkin hususların yanı sıra, sağlıklı bir iş ilişkisinin meydana gelmesi ve devamı açısından da iş ilişkilerinin ilk adımı olan kurulma aşamasının ayrıca incelenmesi önem arz etmektedir.

Günümüzde özellikle Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün farklı iş ilişkilerini düzenlemeye alarak, sözleşmenin zayıf tarafı olan işçilerin istismarını önlemeye çalışması, Türk mevzuatında da uyum sürecini hızlandırmıştır. Nitekim uluslararası rekabet, teknolojik gelişmeler, insanların daha modern ve rahat bir yaşam sürme arzuları esnek çalışma koşullarını beraberinde getirmiş ve çeşitli iş sözleşmesi tiplerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Çalışmamızda incelemiş olduğumuz sözleşme tiplerine baktığımızda sürelerine göre farklılık gösteren belirli/belirsiz süreli, kısmi süreli ve geçici iş sözleşmeleri dikkatimizi çekmektedir. Bunun yanı sıra 4857 sayılı İş Kanunumuzda düzenlenmemiş olan evde çalışma ve tele çalışma iş sözleşmeleri ise ayrı bir özellik göstermektedir.

Belirli süreli sözleşmelerin kuruluşunda kanun koyucu esneklik anlayışından uzak bir şekilde, İş Kanununda ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir. Esasen böyle bir anlayışı, uygulamada işverenlerin kendilerini korumak ve işçilerin çıkarlarını göz ardı etmek amacıyla belirli süreli iş sözleşmelerini tercih etmeleri nedeniyle yerinde buluyoruz. Nitekim belirli süreli bir iş sözleşmesinin kurulabilmesi açısından özellikle işin niteliğinin süre bakımından sınırlı olmayı gerektirecek mahiyette olması gerekmektedir. Kanun koyucu "objektif nedenlerin" olmaması durumunda belirli süreli bir iş sözleşmesinin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceğini hükme bağlamıştır. Ancak bu hükmün uygulamada ne derece yer aldığı tartışılır. Gerçekten de uygulamada belirli süreli iş sözleşmeleri sık bir şekilde işveren ve işçi arasında meydana gelmekte ancak bahsi geçen objektif koşulların varlığına ilişkin de herhangi bir denetimin söz konusu olmadığı görülmektedir.

Kanun koyucunun bir diğer kısıtlayıcı düzenlemesi olan belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılılık koşulu ise, İş Kanunu m. 8 ve 11/1'de farklı anlamlar çıkacak şekilde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı olması gerektiği konusunda bir karışıklık yoktur. Ancak anılan kanun m. 11/1'de hiçbir sınırlama getirilmeden belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı olması gerektiği düzenlenmişken, m. 8'de sadece süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiğinin zorunlu olduğunun belirtilmesi

farklı yorumlara neden olmuştur. Kanımızca bir yıl veya daha fazla olan iş sözleşmelerinde yazılılık koşulu geçerlilik şartı; bir yıldan az süreli olan belirli süreli iş sözleşmelerinde ise yazılılık ispat şartı olarak kabul edilmelidir. Kanun koyucunun belirli süreli iş sözleşmelerindeki düzenlemelerde gösterdiği sınırlayıcı tavır, kısmi süreli iş sözleşmelerinde görülmektedir. İş Kanununun gerekçesinde kısmi süreli iş sözleşmesinin kurulabilmesi için tam çalışma süreninin 2/3'ünden daha az süreli olmasının öngörülmesi dışında, şekle ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Oysaki uygulamada kısmi süreli (part-time) sözleşmelerde yazılılık koşulunun getirilmemiş olması işçinin çalışma süreleri ve hak talep etmesi bakımından istismara uğramasına neden olacaktır. Ancak bu durumu telafi edebilecek bir düzenleme olarak kısmi süreli iş sözleşmesi şekli olan çağrı üzerine çalıştırılmayı konu alan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılabileceğinin öngörülmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Özellikle Amerika ve Avrupa'da job-sharing uygulamasının gündeme geldiği bir başka kısmi süreli iş sözleşmesi türü ise mevzuatımızda düzenlenmeyerek, yeniliklere uyum sağlayacak bir duruş sergilenmemektedir.

İş Kanunumuzda düzenlenmemiş olan ancak uygulamada sıkça görülen iş sözleşmesi türleri ise evde çalışma ve tele çalışmadır. Kanımızca bu tür sözleşme tiplerinin kanunlarda düzenlenmemiş olması da, işbu sözleşmelerin kurulamayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak özellikle sözleşmenin kuruluşu bakımından sözleşmelerin hangi şartları haiz olması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması yararlı olacaktır. Özellikle evde ve tele çalışma türlerinde denetim mekanizmasının düzenlenmemiş olması ise, bu sefer işverenler açısından da istismara ve zararlara yol açacak sonuçlar doğurabilir. Geçici süreli iş ilişkilerine baktığımız zaman ise yine kuruluşu bakımından farklı özellikler dikkatimizi çekmektedir. Nitekim ödünç veren işveren-ödünç alan işveren ve işçi tarafları ile üç tarafın söz konusu olduğu bir iş ilişkisinde, işçinin yazılı onayının alınması şartı ile işçi ve ödünç alan işveren arasında geçici bir iş ilişkisi kurulmuş olacaktır.

Kanun koyucu iş sözleşmelerinin kuruluşuna ilişkin düzenlemelere yer vermişken, kuruluşundan önceki ilişkilere yönelik düzenlemelere değinmemiştir. Oysaki iş ilişkisinin kurulmasından önceki evrenin sağlıklı olması, devamı için önem arz etmektedir. Özellikle sözleşme öncesi aşamada işverenin aday işçiye birebir sorduğu sorular ile işçinin niteliklerini öğrenmesi, işçiyi tanımda en olağan yoldur. Çalışmamızda detaylıca incelemiş olduğumuz, aday işçiye yöneltilebilecek soruların sınırı ve bu sorulara hangi durumlarda doğru cevap verilmekle yükümlü olunduğu, aslında doktrinle sınırlı olarak sadece yazıda kalmaktadır. Gerçekten de, bir iş sözleşmesinin kurulması aşamasında karşımıza çıkan en büyük sıkıntı aday işçinin işe alınma kaygısı ile işverenin tüm sorularına cevap vermesidir. Nitekim yöneltilen sorular her ne kadar özel hayata müdahale niteliğini haiz olsa da aday bu duruma genellikle itiraz etmemektedir.

Fikrimizce bir diğ er sorun ise, sözleşme öncesinde işverenlerin yükümlülüklerinden olan sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında kabul edilen bir davranış yükümü olarak tanışma giderlerinin ödenme zorunluluğudur. Şöyle ki, doktrinde genel olarak işverenin aday işçiyi iş görüşmesi için kendisinin davet ettiği durumlarda seyahat, konaklama ve beslenme giderlerini karşılaması gerektiği vurgulanmaktadır. Oysa işsizliğin son derece yaygın olduğu ülkemizde bir işverenin aday işçinin görüşme için yapmış olduğu ulaşım ücretlerini dahi karşılamasının neredeyse imkansız olduğu aşıkardır. Yine de genellikle büyük şirketlerin uygulamada, aday işçiyi ikinci bir görüşme için davet ettikleri takdirde yapılan ulaşım masraflarını karşıladıkları görülebilmektedir. Yine sözleşme öncesi elde edilmiş olan aday hakkındaki belgelerin korunması ve saklanmasına ilişkin düzenlemeler de İş Kanununda yer almamaktadır. Sonuç olarak bir iş sözleşmesinin kurulmasından önceki evreye ilişkin İş Kanununda düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle, çıkabilecek ihtilaflarda genel hükümlere dayanılacaktır. Özellikle bu evreye hakim olacak temel prensip sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında TMK m. 2 olmalıdır.

İş sözleşmelerinde esas olan sözleşme yapma özgürlüğüdür. İş sözleşmeleri rızai sözleşmeler olmaları nedeniyle, görüşmeler sonunda işveren ve işçinin iradelerinin karşılıklı olarak uyuşması durumunda kanunen öngörölmüş olan şartlar saklı kalmak kaydıyla kurulmuş olur. İşverenin bir iş sözleşmesindeki güçlü konumuna istinaden, kanun koyucu genel olarak sözleşme yapma özgürlüğüne sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamaları iki farklı şekilde görebiliriz. Öncelikle toplumda zayıf halka olarak görölen ve fiziksel olarak ayrıca korunmaları gereken çocuklar ve kadınlara yönelik düzenlenmiş olan koruyucu hükümler ile ülke vatandaşı olmamaları nedeniyle yabancıların çalışmaları hususunda getirilmiş olan yasaklamalar, işbu kişilerle sözleşme yapılmasını engelleyici niteliktedirler. Bu tip sınırlamalar sadece İş Kanunu'nda değil, aynı zamanda özel kanunlarda da düzenlenmiştir. Çocuklar toplumda en çok korunmaya muhtaç olan kişilerdir ve kanunlar tarafından korunması hedeflenen kitlelerin en başında gelmesi gerekir. Çalışma yaşamına itilen çocuklar nedeniyle günümüzde özellikle uluslararası bir sözleşme olan Çocuk Hakları Sözleşmesi en önemli koruyucu adım olmuştur. Ülkemizce mevzuata baktığımız zaman düzenlemelerin gerek anılan sözleşme gerekse ILO sözleşmelerine küçük bazı farklılıklar dışında paralellik gösterdiği görölmektedir. Ancak çalışmamızda da belirtmiş olduğumuz tüm bu düzenlemelerin bir amaç doğrultusunda uygulanması gerekmektedir. Kanımızca bu amaç çocukların iş yaşamından uzak tutulması olmalıdır. Bu ise uygun politik adımlar, eğitim, sosyal güvencelerin artırılması, yoksulluğun önüne geçilmesi ile mümkündür.

Kadınlara yönelik düzenlemelere baktığımız zaman ise farklı amaçlar doğrultusunda Türk mevzuatında pek çok değişiklik yapıldığı görölmektedir. Nitekim kadınları koruyan kanun

maddelerinden ziyade dikkatimizi çeken değişiklikler, kadını erkeğin yanında tam olarak eşit konuma getiren düzenlemelerdir. Şöyle ki kadın ve erkek ayrımcılığının hayatımızın her aşamasında olduğu düşünülecek olursa, gelişen dünyada eğitilmiş kadın sayısının artması sonucunda haklarını bilen ve koruyan kadınların oranı artmış; gelişmelere paralel olarak da ulusal ve uluslararası mevzuat eşitlik ve insan hakları çerçevesinde biçimlenmiştir. Sonuç olarak kadınların fizyolojik açıdan erkeklere oranla korunmaya muhtaç olması nedeniyle İş Kanununda yer alan sınırlamaları yerinde buluyoruz. Ancak bunun dışında bir kadının sadece kadın olmasından ötürü, hiçbir neden olmadan sınırlamalar getirilmesi kanımızca kabul edilemez. Dolayısıyla 1457 sayılı İş Kanunundaki katı kurallara 4857 sayılı İş Kanununda yer verilmemiş olması doğru bir tutum olmuştur.

Çocukların ve kadınların çalıştırılmasındaki yasaklar işverenlere yönelik iken, yabancılarda çalışma yasağının muhatabı işveren değil, işçidir. Globalleşen ve artık ülke sınırlarının ekonomik ilişkiler bakımından kalktığı Dünya düzeninde, Türk mevzuatında yabancılardan çalıştırılmasına yönelik düzenlemelere de diğer hükümlerde olduğu gibi esneklikler getirilmiştir. Yabancılardan çalıştırılmasına ilişkin belli bir düzene sahip olmayan birçok düzenlemenin söz konusu olduğu mevzuatımızda, 4817 sayılı YÇİHK ile düzen elde edilmeye çalışılmıştır. Ancak kanımızca anılan kanunun da yeterli olduğu söylenemez. Nitekim işbu kanunda kaçak işçi çalıştıran bir işverene sadece para cezası öngörülmüştür. Bazı Avrupa ülkelerine (Almanya) baktığımızda yerinde bir uygulamayla, sadece işverene değil aynı zamanda caydırıcılığın artırılması bakımından kaçak işçiye de para cezası verilmektedir. Hatta bazı durumlarda işverenin hapis cezasına mahkum edildiği dahi görülmektedir.

Sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırların bir diğer şekli ise, işverenin bazı koşulların sağlanması halinde aday işçileri işe alma veya eski işçisini yeniden işe alma zorunluluğudur. Bir işveren, işyerinden maluliyet, askerlik ve yasal ödev nedeniyle işten ayrılanları, toplu işten çıkarılanları, hastalık nedeniyle işten çıkarılan gazetecileri, işçi sendika ve konfederasyonlarında yöneticilik görevi nedeniyle işten ayrılanları yeniden işe almakla yükümlüdür. Bu konuda gerek İş Kanununda gerekse özel kanunlarda ayrıntılı olarak düzenlemeler yer almaktadır. Ancak saymış olduğumuz kategoriye giren işçilerin yeniden işe alınmaması durumunda dikkatimizi çeken en büyük sorun, maddeler arasındaki tutarsızlıklardır.

Daha açık bir ifadeyle anlatacak olursak: Malulen işyerinden ayrılmış olan işçinin başvurusu üzerine işe alınmaması durumunda kanun koyucu işverene işçinin altı aylık; askerlik ve yasal ödevler nedeniyle işinden ayrılan işçinin işverenince işe kabul edilmemesi durumunda ise üç aylık ücret tutarında tazminat öngörmektedir. Toplu işten çıkarılan bir işçinin ise işe geri alınmaması karşısında hukuki yaptırım öngörülmediği gibi, idari ve cezai bir yaptırım da söz

konusu değildir. Sadece göstermelik olarak kanun koyucu, toplu işten çıkarılmanın yasal koşulları taşınamaması durumunda İş Kanunu m. 100'e dayanarak idari para cezası öngörmüştür ki, bu hüküm de işverenin eski işçisini işe almaması nedeniyle düzenlenmiş değildir. Hastalık nedeniyle işten çıkarılan bir gazetecinin yeniden işe alınmaması durumunda ise Basın İş Kanunu m. 12'de ne hukuki ne de cezai yaptırımlara yer verilmeyerek işçinin işe alınması işverenin inisiyatifine bırakılmıştır. İşçi sendika ve konfederasyonlarında yöneticilik görevi nedeniyle işten ayrılan kişileri yeniden işe almayan işveren idari para cezası ile sorumlu tutulmaktadır. Kanun koyucu tüm bu istikrarsız hükümleri yeniden düzenlemelidir. Son olarak anılan nedenlerden dolayı işten ayrılmak zorunda kalan bu kişilerin haklarının sadece işverenlere yükletilecek olan para cezaları ile sağlanamayacağı görüşünderiz. Nitekim kanunun amacının sağlanabilmesi için işbu kişilerin işe iadelerini sağlayacak davalar sonucunda verilecek olan mahkeme kararlarının işverenin kabul beyanı yerine geçmesi gerektiği kanısındayız.

Sosyal devlet anlayışını temel alarak düzenlemiş olan İş Kanunu m. 30 hükmü ile iş bulmakta güçlük çeken özürsüzler ve eski hükümlülerin iş güçlerinin değerlendirilmesi amacıyla işverene sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenlemede işverenlerin sorumluluklarını meydana getirecek şekilde özürsüz veya eski hükümlüleri işe almamaları sonucunda paralel bir düzenleme getirilerek İş Kanunu m. 101 uyarınca idari para cezası hükmedilmiştir. Kanımızca işbu yaptırım, anılan kişilerin uygulamada yaşadığı zorluklar karşısında yetersiz kalmaktadır. Buna ek olarak 4857 sayılı İş Kanunu m. 30'da radikal bir değişiklik yapılarak, özel sektörde eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu tamamen kaldırılmış, yüzde iki oranında eski hükümlünün kamu sektöründe çalıştırılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Biz kanun koyucunun bu tutumunu doğru bulmuyor; özel sektöre ilişkin iş ilişkilerinde sadece işçinin lehine olan uygulamaları doğru bulmuyor; işçi-işveren menfaatlerinin dengelenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

1475 sayılı eski İş Kanun'undan farklı olarak terör mağdurlarına ilişkin işe alma yükümlülüğü ise 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almayarak; sadece daha detaylı bir şekilde düzenlenmiş olan 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda düzenlenmiştir. Yine bu düzenlemelerde de eski hükümlülerde olduğu gibi, terör mağdurlarının işe alınma zorunluluğu sadece kamu sektörüne bırakılmış ve işverenin sorumluluğunda idari para cezası yeterli görülmüştür. Kanımızca özürsüz, eski hükümlü ve terör mağdurlarının topluma kazandırılması amacının lafta kalmaması açısından hukuki yaptırımların da öngörülmesi gerekmektedir.

Anlattığımız tüm bu hususlar çerçevesinde, bir iş sözleşmesinin kuruluşunda butlan veya iptal edilebilirlik nedenlerinin olması durumunda sözleşme geçersiz olabilecek; ancak genel hükümlere göre nispeten farklılıklar arz edecektir. Öncelikle bir iş sözleşmesinin butlanına

yol açan nedenler (ehliyetsizlik, şekil kurallarına aykırılık, hukuka aykırılık... vb.) tek bir husus dışında diğer hukuki işlemlerde olduğundan farklı değildir. Nitekim iş sözleşmeleri maddi anlamda kanun olarak adlandırılan toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerine aykırılık taşıdığı takdirde butlanla batıl olacağı belirtilmektedir. Daha açık bir ifadeyle iş sözleşmesinde toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırılık taşıyan hükümler yerine toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanacak, dolayısıyla iş sözleşmesi geçersiz sayılacaktır görüşü de mevcuttur. Ancak biz, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin doğrudan iş sözleşmesinin hükümlerini geçersiz kılacağı sonucuna varırsak, bu durumda toplu iş sözleşmesinin ortadan kalkması durumunda iş sözleşmesinin de ortadan kalkacağı sonucunu tatmin edici bulmuyoruz.

Aynı şekilde iptal nedenleri bakımından da iş sözleşmelerinin diğer hukuki işlemlerden farkı bulunmamaktadır. Ancak "hile" yoluyla bir iş sözleşmesinin kurulması karşısında ortaya farklı bir durum çıkmaktadır. Şöyle ki İş Kanununda haklı sebeple fesih nedenleri arasında "hileli davranışlar" da gösterilmektedir. Kanımızca bu durumda iptal yolu yerine fesih yolunun seçilmesi yerinde bir hareket olur. Nitekim haklı fesih ile birlikte tazminat talep edebilme hakları korunabilecekken, iş sözleşmesinin iptalinde işçi böyle bir imkandan yararlanamayacaktır.

Sürekli ilişkiler kuran iş sözleşmelerinde butlanın ve iptalin sonuçları da, diğer hukuki işlemlerde olduğundan farklıdır. Eğer bir iş sözleşmesinin icrasına başlanmamış ise geçersizlik geçmişe yönelik etki gösterebilecektir. Ancak sözleşmenin icrasına başlanmış olması durumunda artık geçersizliğin geleceğe yönelik etki doğuracak olması kabul edilmelidir. Böylelikle iş sözleşmesinde o ana kadar doğmuş olan haklar geçerliliğini koruyacaktır.

Sonuç olarak iş sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin mevcut olan tüm düzenlemelere rağmen, pek çok konuda farklı görüşleri doğurmakta olan eksiklikler söz konusudur. Kanımızca bir iş ilişkisinin zayıf tarafı olan işçilerin korunması açısından, henüz işveren ile aralarında bir ilişki kurulmadan önce birçok tedbirin alınması, sağlıklı adımların atılması gerekmektedir. Ayrıca kanun koyucu ne kadar katı kurallar getirirse getirsin, işbu kurallar uygulamada yer almadığı ve yargı mercileri kanun hükümlerini doğru yorumlayamadığı müddetçe, anlatmış olduğumuz tüm hususlar sadece yazıdan ibaret olacaktır. Kanun hükümlerinin uygulamaya doğru bir şekilde aktarılabilmesi için işçilere de görev düşmektedir. Kanımızca sendikalaşmaya katkıda bulunarak ve çoğunluğu sağlayarak işverenlerin tüm uygulamalarına işte kalabilme kaygısıyla tamam demeyerek, işverenlerle sıkı pazarlıklara girmek ve iş sözleşmelerinin kuruluşuna ilişkin toplu iş sözleşmelerinin imzalanmasını sağlamak bu yolda önemli bir adım olacaktır. Nitekim bir iş sözleşmesinin daha ilk başında meydana gelecek hukuk dışı

uygulamalar, sözleşmenin devamında da yanlış yolda ilerlenmesine neden olacak, sağlıksız ilişkilerin ve mağduriyetlerin artması ile sonuçlanacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A. ve Tekinay, S.; 1988. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Akyiğit, E., 2008. *İş Hukuku*. 7. Bası. Ankara: Seçkin Yayın Evi.
- Akyiğit, E., 1990. *Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Akyol, Ş., 1995. *Borçlar Hukuku Genel Hükümle, C:1*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Akyol, Ş., 1995. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Akyüz, E., 2010. *Çocuk Hukuku*. Ankara: Pegem Akademi.
- Alpagut, G., 1998. *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*. Ankara: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını.
- Altan, Ö. Z., 1980. *Kadın İşçiler ve Türkiye’de Kadın İşçilerin 1475 Sayılı İş Kanununa göre Korunması*. Eskişehir: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları.
- Arslan, A., 2001. Yargıtay’ın Belirli/Belirsiz Süreli Hizmet Sözleşmesi Nitelendirmesine İlişkin Bir Kararı Üzerine. *Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan 2*. İstanbul: Beta Yayınları, ss. 1046-1058.
- Aybay, A., 1995. *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Aybay, R., 2007. *Yabancılar Hukuku*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Aydın, U., 2002. *İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- Bakırcı, K., 2004. *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Başterzi, S., 2006. Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı*. Ankara: Komite, ss. 119-191.
- Baştaymaz, T.; 1990. *6-5 Yaş Bursa’da Çalışan Çocuklar Üzerine Bir Araştırma*. İstanbul: Friedrich Ebert Vakfı Yayınları.
- Baybora, D., 2001. *Türk İş Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Sendika Yöneticiliği*. Ankara: Kamu-İş Yayını. (Sendika)
- Baycık, G., 2011. *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Caniklioğlu, N., 2002. *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Centel, T., 1992. *Kısmi Çalışma*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Centel, T., 1982. *Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

- Çelik, N., 2010. *İş Hukuku Dersleri*. 23. Bası. İstanbul: Beta Yayınları.
- Çelikel, A. ve GELGEL, G., 2010. *Yabancılar Hukuku*. 16. Bası. İstanbul: Beta Yayınları.
- Çelikbaş, D., 1988. Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı. *Prof. Dr. Kudret Ayiter'e Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 593- 683.
- Çenberci, M., 1986. *İş Kanunu Şerhi*. 6.Bası. Ankara: Seçkin Kitabevi.
- Çil, Ş.; 2005. Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması, *Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 yılı Mayıs Toplantısı*. İstanbul: Legal Yayınları.
- Çiçekli, B., 2004. *Yabancıların Çalışma İzinleri*. Ankara: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonları Yayınları.
- Demir, F., 2006. *Sorularla Bireysel İş Hukuku C:1*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- Demir, F., 1999. *Sendikalar Hukuku*. 4. Bası. İzmir: Fakülteler Kitabevi.
- Demircioğlu, M., 2009. *Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası*. 2. Bası. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları.
- Demircioğlu, M. ve CENTEL, T., 2009. *İş Hukuku – Bireysel İş Hukuku Toplu İş Hukuku*. 13. Bası. İstanbul: Beta Yayınları.
- Ekonomi, M., 2008. Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç İş İlişkisi. *Prof. Dr. Devrim ULUCAN'a Armağan*. İstanbul: Legal, ss. 231- 267.
- Ekonomi, M., 2000. *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi*. Ankara: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası..
- Ekonomi, M., 1987. *İş Hukuku 1*. 3. Bası. İstanbul: İTÜ Yayınları.
- Elbir, H. K., 1987. *İş Hukuku*. 9. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Eren, F., 2009. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 11. Bası. İstanbul: Beta Yayınları.
- Ertürk, Ş., 2002. *İş İlişkisinde Temel Haklar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Esener, T., 1978. *İş Hukuku*. 3. Bası. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Eyrenci, Ö., 1991. İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı*. İstanbul: Bayrak Matbaacılık, ss. 239-263.
- Eyrenci, Ö., 1989. *Uygulama Ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar*. İstanbul: Mozaik Basım ve Yayıncılık.
- Eyrenci, Ö., TAŞKENT, S. ve ULUCAN, D., 2006. *Bireysel İş Hukuku*. 3. Bası. İstanbul: Legal Yayınları.
- Eyrenci, Ö., 1979. *Türk İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Sorunları*. İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları.
- Günay, C. İ., 2008. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. 2. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Günay, M., 2007. *İş Hukuku'nda Ödünç İş İlişkisi*. Ankara: Adalet Yayınları.

- Güzel, A., UGAN, D. Ve ERTAN, E., 2007. Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü. *Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 43-74.
- Hatemi, H., 1976. *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Huysal, B., 2004. 4817 Sayılı Kanun Kapsamında Türkiye'de Yabancıların Çalışma İzinleri. *Prof. Dr. Ayferi Göze'ye Armağan*. İstanbul: Maltepe Üniversitesi, ss. 439- 467.
- Işıklı, A., 2005. *İş Hukuku*. 6. Bası. Ankara: İmaj Yayıncılık.
- İnan, A. İ., 1979. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- İzveren, A. ve AKI, E., 1999. *İş Hukuku 1*, İzmir: Barış Yayınevi.
- Kalkan, B., 2004. *Türk Hukukunda Gabin*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kandemir, M., 2011. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Kandemir, M., 2005. 4857 Sayılı İş Kanununun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri. *A. Can Tuncay'a Armağan*. İstanbul: Legal, ss. 415-445.
- Karahasan, R., 2003. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, A., 2006. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılış, İ., 2000. Çalışma Mevzuatındaki Son Düzenlemeler Işığında İşverenlerin Çalıştırma Zorunluluğu ve Yaptırımları. *Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan*. Ankara: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, ss. 851-890.
- Kıral, H., 2006. *Yabancıların Türkiye'de Çalışma Esasları*. Ankara: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayını.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., 1968. *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Kurşat, Z., 2003. *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Kutal, M., 1987. Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtay'ın 1985 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi. *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri*. İstanbul: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayınları.
- Löschnigg, G. ve hekimler, A., 2011. *Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları*. Ankara: Efil Yayıncılık.
- Mollamahmutoğlu, H., 1995. *Hizmet Sözleşmesi*. Ankara: Bilgisayar Yayıncılık.
- Mollamahmutoğlu, H. Ve Astarlı, M. 2011. *İş Hukuku*. 4. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Narmanlıoğlu, Ü., 1998. *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri*. 3. Bası. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Oğuzman, K., 1955. *Hizmet (İş) Akdinin Feshi*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.

- Oğuzman, K., *İş Akdi- Hizmet Akdi*.
- Oğuzman, K. ve ÖZ, T., 2009. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Okur, Z., 1999. Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakları. *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*. İstanbul: Beta Yayınları, ss. 923- 969.
- Olgaç, S., 1977. *Hizmet Akdi*. Ankara: Olgaç Matbaa.
- Ökçün, A. G., 1998. *Yabancıların Çalışma Hürriyeti*. 2. Bası. Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları.
- Özdemir, E.; 2007. Sözleşmenin Yapılması, Muhtevası ve İfasına İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 91-156.
- Özdemir, B., 1997. Ev Çalışması. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*. Ankara: İş Hukuku ve Türk Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi, ss. 127-150.
- Özkan, I., 1997. *Yabancıların Çalışma Hürriyetleri ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Reisoğlu, S., 2010. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 20. Bası. İstanbul: Beta Yayınları.
- Reisoğlu, S., 1968. *Hizmet Akdi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Saduleşrafı, H. A., 1999. Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakları. *Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 295-311.
- Sarıbay, G., 2008. Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri. *Prof. Dr. Devrim ULUCAN'a Armağan*. İstanbul: Legal, ss. 267-327.
- Saymen, F. Ve elbir, H., 1957. *Türk Medeni Hukuk 3 Aile Hukuku*. İstanbul: Hak Kitabevi.
- Saymen, F. H., 1954. *Türk İş Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Serozan, R.,2007. Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkansızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması. *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan 2*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, ss. 2029-2037.
- Serozan, R., 2005. *Çocuk Hukuku*. 2. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Sevimli, A., 2006. *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*. Ankara: Legal Yayıncılık.
- Soyer, P., Hizmet Akitlerinde İçerik Denetimi. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı*. İstanbul: Türk Kamu-Sen Türkiye Maden, Enerji ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, ss. 263-269.
- Subaşı, İ., 2000. İşçi Kurulu Yöneticiliği ve Güvencesi. *Prof. Dr. Turhal Esener'e Armağan*. Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, ss. 525-563.
- Sur, M., 2009. *İş Hukuku Toplu İlişkiler*. 3. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Süzek, S., 1989. *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi*, Ankara: Savaş Yayınları (Akdin Askıya Alınması).
- Süzek, S., 2008. *İş Hukuku*. 4. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık.

- Şahlanan, F., 1995. *Sendikalar Hukuku*. 2. Bası. İstanbul: Banksis Yayınları.
- Şahlanan, F., 1997. Karar İncelemesi. *Almanak- Endüstri İlişkileri*. İstanbul: Mess, ss.338-342.
- Şenyüz, D., 2006. *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*. Bursa: Ekin Yayıncılık.
- Tandoğan, H., 2008. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 1*. İstanbul: Vedat Yayıncılık.
- Taşkent, S., 1982. İş Sözleşmelerinin İptali Nedenleri. *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan 2*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, ss. 169-197.
- Tekinalp, G., 2003. *Türk Yabancılar Hukuku*. 8. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Tolga, M. V., 1952. *İş Hukuku*. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı İstanbul Yüksek Ekonomi ve Ticaret Okulu Yayınları.
- Tuğ, A., 1994. *Türk Özel Hukukunda Şekil*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Tuncay, C., 2007. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 21-39.
- Tuncay, C., 2003. İş Sözleşmesinin Türleri Ve Yeni İstihdam Biçimleri. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı Yeni İş Yasası Sempozyumu*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 125-145.
- Tuncay, C., 1989. *Hukuki Yönden Basında İşçi İşveren İlişkileri*. İstanbul: Evrim Yayınları.
- Tuncay, C., 2010. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Tunçomağ, K., 1982. Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadının Durumu. *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, ss. 101-133.
- Tunçomağ, K. ve CENTEL, T., 2008. *İş Hukukunun Esasları*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Tunçomağ, K., 1989. *İş Hukukunun Genel Esasları*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Ulucan, D., 1998. Çalışma Hayatında Esneklik. *Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan*. Ankara: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, ss. 525-548.
- Ulusan, İ., 1990. *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Ulusan, İ., 1982. Culpa In Contrahendo Üstüne. *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, ss. 275-321.
- Uşan, F., 2001. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tutuklu ve Hükümlü Çalışması. *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan 2*. İstanbul: Beta Yayınları, ss. 1436-1474.
- Uşan, F., 1994. *Çıraklık Sözleşmesi*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Uşan, F., 1999. *İş Hukuku'nda Sakat İstihdamı*, Ankara: Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayınları.

- Yavuz, A., 2000. Çalışma Hayatında Esneklik ve Türkiye İçin Öneriler. *Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan*. Ankara: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, ss. 617-624.
- Yelekçi, M. ve YELEKÇİ, İ., 1998. *İş Kanunu Şerhi*. Ankara.
- Yıldırım, M. F., 2002. *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, Ankara: Nobel Yayıncılık.
- Yıldız (seratlı), G. B., 2008. *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*. İstanbul: Yetkin Yayınları.
- Yüksel (onaran), M., 2000. *Karşılaştırılmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Yürekli, S., 2000. İşverenin Askerden Dönen İşçiyi İşe Alma Yükümlülüğü. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*. İstanbul: Beta Yayınları, ss. 1317 vd.

Sürelî Yayınlar

- Akyiğit, E., 2004. Kısa Çalışma. *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*. **19** (1-2), ss. 1-35.
- Alp, M., 2004. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. **53** (2), ss. 33-59.
- Arıcı, K., 1982. Türk Hukukunda Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu ve Uygulanması. *Adalet Dergisi*. **73** (1), ss. 70-92.
- Ayan, S., 2005. Belirli Sürelî İş Sözleşmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, **54** (4), ss. 431-487.
- Aydınlı, İ., 1998. İş Hukukunda Butlan (Geçersizlik)'in Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi. *Çimento İşveren Dergisi*. **12** (2), ss. 18-26.
- Baybora, D., 1998. İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar. *Çimento İşveren Dergisi*. **12** (4), ss. 4-22.
- Bedük, M. N., 2002. Türk İş Hukuku'nda Eski Hükümlü İstihdamı. *Çimento İşveren Dergisi*. **16** (1), ss.13-36.
- Bedük, M. N., 2010. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Eski Hükümlü İşçi Çalıştırılması. *Kamu- İş Dergisi*. **11**(2), ss.47-87.
- Canbolat, T., 2007. Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Sürelî İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. **4** (13), ss.187-219.
- Cengiz (urhanoğlu), İ., 2008. Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti. *Çalışma ve Toplum Dergisi*. **4** (19), ss.187-211.
- Centel, T., 1997. Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye. *Kamu-İş Dergisi*. **4** (2), ss. 181-192.
- Cin, M., 2005. Yabancıların Kendilerine Yasak İşlerde Veya İzin Almadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi. *Kamu-İş Dergisi*, **8** (1).
- Ekin, N., 2001. Küreselleşmenin İki Yüzü: İstenmeyen Kaçak Göçmenler- Davetli Bilgi İşçileri. *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*. **17** (2), ss.12-21.
- Ekmekçi, Ö., 2004. 4857 sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* **1** (2) ss. 367-382.
- Ekonomi, M., 2007/4. 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Sürelî İş Sözleşmelerinin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. ss. 893-906.
- Ekonomi, M., 2006/3. 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Sürelî İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu - Kavram Süre ve Yenilenme. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. ss. 16-32.

- Ergin, H., 2007. Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. **4** (16), ss. 1357-1402.
- Eyrenci, Ö., 2004. 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi*. **1** (1), ss.15-37.
- Eyrenci, Ö., 1991. Tele-Çalışma ve İş Hukuku. *İş Hukuku Dergisi*. ss. 199-209.
- Güler, M., 2005. Belirli Süreli İş Sözleşmesi, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. **2** (5), ss.27-60.
- Güler, Ş., 2008. 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Ödünç İş İlişkisi. *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, **21** (2-3), ss. 90-103.
- Gündüz, S., 2009. Türkiye'de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu. *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*. **22** (1-2-3), ss.1-27.
- Kandemir, M., 2005. Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu. *Çimento İşveren Dergisi*. **19** (3), ss. 1-13.
- Kaplan (tuncay), E., 1997. İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, **52** (1), ss. 367-386.
- Karadeniz, O., 2011. Türkiye'de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik. *Çalışma Ve Toplum Dergisi*. (**29**), ss. 83-127.
- Karakışlak, S., 2012. Yeni Borçlar Kanunu Kapsamında Evde Çalışma. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, **8** (89-90), ss. 214-248.
- Keser, H., 2003. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancı Kaçak İşçilik. *Kamu-İş (Prof. Dr. Kamil TURAN'a Armağan) Dergisi*. **7** (2), ss. 323-371.
- Kocaoğlu, M., 1998. Hukukumuzda İşverenin Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğunun İşçiye İş Güvencesi Sağlamadaki Etkisi. *TÜHİS*. **11** (5), ss.18 vd.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., 1964. Takım Sözleşmesinin ve Takım Kılavuzunun Hukuki Mahiyetleri. *Hukuk Fakültesi Mecmuası*. **3** (3-4), ss. 921-931.
- Kutal, M., 1978. Engelli ve Hükümlülerin Sosyal Hukuk Alanında Korunmaları. *İktisat ve Maliye Dergisi*. **25** (7), ss. 321-326.
- Küçükyağcı, A.; 2004. Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, **53** (4), ss. 101-124.
- Manav, E., 2006. İşverenin Özürsüz, Eski Hükümlü Ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. **11** (2), ss. 137-169.
- Öğüz, T.; 2008. Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürsüzlerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar. *Sicil Dergisi*. (9), ss. 23-26
- Serin, İ., 2005. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. (2), ss.1056-1090.
- Serozan, R., 1968. Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi. *İstanbul Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*. **2** (3), ss. 108-120.

- Sevimli, A., 2003. İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı. *Çimento İşveren Dergisi*. **17** (2) ss.11-26.
- Soyer, P., 2008. Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri. *Çalışma ve Toplum Dergisi*. (1), ss. 27-38.
- Sözer, A. N., 1982. Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları. *Adalet Dergisi*. **73** (6), ss. 1049-1072.
- Şen, M., 2005. Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılık. *TÜHİS*. ss. 45-72.
- Taşkent, S., 2007. Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. (4), ss.34-39.
- Tuncay, C., 2001. Hizmet Akdinin Türleri Ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar. *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*. **17** (1), ss.13-36
- Yenisey doğan, K., 2006. İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı. *Çalışma ve Toplum Dergisi*. (11), ss.63-81.
- Zengingönül, O., 2003. Sosyal Politika Esnek Çalışma Biçimleri Paradoksunda Avrupa Birliği Örneği. *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. **5** (4), ss. 157-171.

Diğer Yayınlar

- Akar, E., (2007). İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması. *Yüksek Lisans Projesi*. Dokuz Eylül Üniversitesi SBE.
- Aydınlı, İ., (2003). İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları. *Yüksek Lisans Projesi*. Ankara Üniversitesi SBE.
- Civelek, G., (2007). İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Erme Halleri. *Yüksek Lisans Projesi*. Gazi Üniversitesi SBE.
- Çakır, Ö., 2001. Yeni Çalışma Biçimleri ve İşe İlişkin Tutumlar. Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi. <http://www.isgucdergi.org/?p=article&id=95&cilt=3&sayi=1&yil=2001> [12.06.2012]
- Çırak, C. A., (2006). Türk İş Hukukunda ve Avrupa Birliği Hukukunda Geçici İş İlişkisi. *Yüksek Lisans Projesi*. Gazi Üniversitesi SBE.
- Dinç, M., (2008). Çocuk ve Genç İşçilerin İş Güvenliği Yönünden Korunması. *Yüksek Lisans Projesi*. Sakarya Üniversitesi SBE.
- Elibol, M., (2010). Hizmet Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu. *Yüksek Lisans Projesi*. Marmara Üniversitesi SBE.
- Fettah, M., (2006). İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması. *Yüksek Lisans Projesi*. İstanbul Üniversitesi SBE.
- İpek, M., (2002). Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları. *Yüksek Lisans Projesi*. Galatasaray Üniversitesi SBE.
- İş Kanunu Tasarısı ve AB Uygulamaları. 2003. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu. Ankara.
- Kar, B., Deneme Süreli İş Sözleşmesi. <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC2.pdf> [06.05.2012]
- Karakoyun, Y.; (2007). Esnek Çalışma Yoluyla Kadınların İşgücüne Katılım Oranının Ve İstihdamının Artırılması; İŞKUR'un Rolü. *Uzmanlık Tezi*. T.C. Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü.
- Karakurt akkaya, T., (2007). Uygulamada Gabin. *Yüksek Lisans Projesi*, Ankara Üniversitesi SBE.
- Odaman, S., 2002. İşçinin İşe Başvurma Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları. web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/iscininisvereniyaniltmasi.doc . [02.02.2012].
- Özmen, Z., (2006). 4857 Sayılı Yeni İş Kanununda Esnek Çalışma İlişkilerinin Hukuki Durumu. *Yüksek Lisans Projesi*. Kocaeli Üniversitesi SBE.
- Rehbinder, M., İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar. <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmeczua/article/viewFile/4285/3882> [02.01.2012].

- Sümer, N. B., (1992). İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları. *Yüksek Lisans Projesi*. Selçuk Üniversitesi SBE.
- Şahin, İ., (2008). Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları. *Yüksek Lisans Projesi*. Bahçeşehir Üniversitesi SBE.
- Şakar, M., 2008 Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı. <http://www.calismatoplum.org/sayi17/sakar.pdf> [12.06.2012].
- TİSK'in Türk Borçlar Hukuku Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş ve Önerileri, <http://www.tisk.org.tr/hukuk/guncel.asp?id=10> [23.02.2012].
- Tozlu, E., 2001. Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri ve Tele Çalışma ve Sıkıştırılmış İş Haftasının Karşılaştırılması. <http://edergi.sdu.edu.tr/index.php/sduvd/article/view/2301>. [05.02.2012].
- www.kazanci.com.tr
- <http://www.ilo.org/>