

**GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI VE SINIRLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Makbule Aymelek ERDEMİR

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Murat ENGİN

KASIM 2014

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tez konusu olarak seçtiğim “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları” İş Hukuku’nun ötesinde Anayasa Hukuku, Borçlar Hukuku ve çok geniş bir perspektiften bakıldığı zaman sosyoloji ve yönetim bilimi ile de bağlantıları olan bir konu olması sebebiyle çok uzun ve yorucu araştırmaları gerektiren bir çalışmayı gerekli kıldı.

Türk ve yabancı kaynakların toparlanması ve konu başlıklarına göre tasnifinin yapılmasında sonra, çalışmanın planının yapılması ve kaleme alınması neredeyse bir 1,5 seneyi aşkın bir süreyi buldu.

Ancak konunun çok derin ve özverili bir çalışma gerektiren yanı bir tarafa, işverenin yönetim hakkı bağlamında, ülke genelinde çalışma barışının tesisine ilişkin önemli ipuçlarını sergilemesi yönünden de bir o kadar da zevkli ve anlamlıydı.

Bu fazlasıyla gönül bağı, göz nuru ve araştırma içeren çalışmamda, danışman Hocam Prof.Dr. Murat Engin’e bir yandan kaynaklarından seçiminden ve çalışmanın üslubuna kadar sınırsız bilimsel özgürlük tanırken bir yandan da eleştiri ve yönlendirmeleri ile çalışmaya vizyon veren ve çok önemli ülkesel sorunlara değinmemi sağlayan değerli katkılarından dolayı sonsuz teşekkürü borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

I. Sunuş.....	1
II. Çalışmanın Amacı.....	1
III. İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması	3

BİRİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM HAKKI KAVRAMI

§1. Yönetim ve İşveren Kavramlarına Genel Bir Bakış	5
I. Yönetim Bilimi ve Örgüt Sosyolojisi	5
II. İşverenin Hukuki Niteliği	12
a. Soyut İşveren/Somut İşveren Ayrımı	14
b. İşveren Vekilliği.....	16
§2. Yönetim Hakkının Tarihsel Gelişimi	18
a. İşverene Mutlak Yönetim Hakkının Tanındığı Dönem ve Örgütlenme Teorisi	19
b. İşverenin Yönetim Hakkının Sınırlandırılması ve Sözleşme Teorisi.....	20
c. İşverenin Yönetim Hakkını İşçi İle Paylaşması(İşçinin Yönetime Katılımı “Endüstriyel Demokrasi”)	23
§3. Yönetim Hakkının Kaynakları.....	26
I. Girişim Özgürlüğü ve Yönetim Hakkı.....	26
II. İş Sözleşmesi ve Yönetim Hakkı	35
§4. İşverenin Yönetim Hakkının Görünüm Biçimleri	36
I. İşverenin Geniş Anlamda Yönetim Hakkı (İşverenin İşletmesel Düzeyde Yönetim Hakkı)	36
II. İşverenin Dar Anlamda Yönetim Hakkı (İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Yönetim Hakkı)	42
1. İş Sözleşmesi ve Bağımlılık Unsuru	42
2. İşverenin İş Görme Edimine ve İşçilerin İşyerindeki Davranışlarına İlişkin Talimat Verme Yetkisi	46
§5. Türk İş Hukukunda İşverenin Disiplin Yetkisi Sorunsalı.....	51
I. Disiplin Yetkisinin Hukuki Niteliği	51
II. Disiplin Yetkisinin Yönetim Hakkı ile İlişkisi	53

III. Disiplin Yaptırımlarının Uygulanma Koşulları	57
IV. Disiplin Yaptırımlarına Karşı İşçilerin Yasal Başvuru Hakları	61

İKİNCİ BÖLÜM

ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİ VE YÖNETİM HAKKI

§1. İş Hukukunda İstihdam Biçimlerinde Esnekleşme Gereksinimi ve Üçlü İş İlişkilerinin Ortaya Çıkışı.....	64
§2. Geçici İş İlişkisi ve Alt İşverenlik	65
I. Geçici İş İlişkisi (Ödünç İş İlişkisi).....	66
a. Sürekli İşveren (Ödünç Veren) ve Geçici İşverenin (Ödünç Alan) Yönetim Hakkı.....	67
b. Geçici İşveren (Ödünç Alan) İşverenin Yönetim Hakkının Sınırları	72
II. Alt İşverenlik	75
a. Asıl İşverenin Yönetim Hakkı	78
b. Alt İşverenin Yönetim Hakkı.....	87

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞVERENİN YÖNETİM HAKKININ SINIRLARI

§1. İşverenin Yönetim Hakkını Sınırlayan Genel İlkeler	89
I. Eşit Davranma Yükümlülüğü ve Ayrımcılık Yasakları.....	89
II. Ölçülülük İlkesi.....	97
III. Bilgilendirme Yükümlülüğü.....	101
§2. İş Kanunu'nun Emredici Hükümleri.....	103
I. Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Esaslı Değişiklik Yapılamaması.....	104
a. Ücret Değişikliği	112
b. İşin Niteliğinde Değişiklik	114
c. İşyeri Değişikliği.....	118
d. Çalışma Sürelerinde Değişiklik	120
II. İşin Düzenlenmesi.....	121
a. Çalışma Süreleri.....	121
b. Dinlenme Süreleri	126
aa. Ara Dinlenmesi.....	126
bb. Hafta Tatili.....	127
cc. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti	128
c. Yıllık Ücretli İzin Hakkı.....	128

§3. Türk Borçlar Kanunun Genel İşlem Şartlarının İş İlişkilerine Uyarlanması (Genel İş Koşulları).....	131
---	------------

§4. Toplu İş Sözleşmesi ve Bireysel İş Sözleşmesinde Değişikliği Saklı Tutma Kayıtları ve Genişletilmiş Yönetim Hakkı	135
--	------------

I. Ücrete İlişkin Değişiklik Kayıtları	142
II. İşyeri, İş türü ve Çalışma Süresine İlişkin Değişiklik Kayıtları	145

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ KARŞISINDA İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI

§ 1.İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yönetim Hakkı	151
--	------------

I. İşçinin Yaşam Hakkının, Bedensel Bütünlüğünün ve Sağlığının Korunması	155
1. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yönetim Hakkının Emredici Hükümlerle Sınırlandırılması	157
a. İşyeri Organizasyonu ve Donanımı.....	157
b. Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerinin Korunması	159
c. İş Ekipmanlarının Kullanılması	161
d. Acil Durumlar	161
e. Çalışanların Denetlenmesi	159
2. İş Sağlığı ve Güvenliğinin Korunması ve İyileştirilmesinde Sosyal Diyalog Modeli (Çalışanların Yönetime Katılımı)	162
II. İşçinin Onur ve Saygınlığının Korunması.....	165
1. Psikolojik Taciz	166
2.Cinsel Taciz	169

§ 2. İşverenin İş Yeri Düzenine İlişkin Düzenleyici İşlemlerde Bulunma ve Talimat Verme Yetkisi	171
--	------------

I. İşçinin Özel Yaşam Alanının Korunması	172
a. İzleme ve Gözetleme	174
b. İşçinin Üstünün ve Özel Eşyalarının Aranması.....	183
c. İşyerinde Haberleşme Araçlarının İzlenmesi.....	185
d. İşçinin Dış Görünümü ve Kıyafeti.....	194
II. İşçinin İşyeri Dışındaki Özel Yaşam Alanına Saygı	196
III. Düşünce ve İfade Özgürlüğü	200
IV. Din ve Vicdan Özgürlüğü	205
V. Yerleşme (konut seçme) Özgürlüğü.....	211

SONUÇ.....	214
-------------------	------------

KAYNAKLAR.....	217
-----------------------	------------

ÖZGEÇMİŞ.....	227
----------------------	------------

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
b.	: Bent
E.	: Esas
f.	: Fıkra
İK	: İş Kanunu
İSG	: İş Sağlığı ve Güvenliği
İSGK	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MESS	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
MK	: Medeni Kanun
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
SSK	: Sosyal Sigortalar Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Y.	: Yargıtay
Y.HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y.İBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
Vd.	: Ve devamı

ÖZET

İşverenin iş organizasyonunda hizmet ve/veya ürün üretimi için işçi çalıştırması ve işçinin ve/veya işçilerin bu organizasyon içinde iş görme edimlerini işverenin yararına ve menfaatine olarak yerine getirmek üzere bağitlanmaları; bir yandan işçinin kendi özgür iradesiyle işverenin yönetimi ve gözetimi altına girmesi sonucunu doğururken, bir yandan da, işçinin işverenin yönetimi altına girmesiyle hiyerarşik bir yapılanma meydana getirerek sözleşme özgürlüğü ve tarafların eşitliği kriterleri ile hiç de bağdaşmayan bir hukuksal durum ortaya çıkarmaktadır. Sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde akdedilen diğer sözleşmelerde hiç rastlanmayan bu hiyerarşik ilişki, yalnızca iş sözleşmelerine özgü karakteristiğı de gündeme getirmektedir. Bu hiyerarşik yapılanmada, işçi, işverenin yönetim ve denetiminde çalışmayı kendi iradesiyle kabul etmekte ancak buna karşı işveren de, yine iş sözleşmesi hükümlerinde belirlenen çalışma koşullarıyla işçinin kendisine tanıdığı yönetim hakkını sınırlamaktadır Bu bakımdan iş sözleşmesi, yönetim hakkının doğumunda ve sınırlarının belirlenmesinde kurucu niteliktedir.

Bu bağlamda, işin görölmesi ile dolaylı da olsa hiçbir ilişkisi bulunmayan işyerinde belli bir düzenin veya güvenliğın sağlanması amacıyla işçilerin davranışlarına ilişkin talimatlar da, işyeri ve işletme risk ve sorumluluğunu üstlenen işverenin girişim özgürlüğü kapsamında verdiği talimatlar olup, işverenin geniş anlamda yönetim hakkı kapsamında değeriendirilmesi gerekir. İşçi, kişisel ve hukuki anlamda işverene bağımlı olduğundan bu bağımlılık ilişkisi gereğı, işyeri ve işletmenin yönetim risk ve sorumluluğunu üzerine alan işverenin bu tür talimatlarına da uymakla yükümlüdür. İşverenin işyeri düzenine ilişkin olan talimatlarına da işçinin “dürüstlük kuralının gerektirdiğı ölçüde” uyma yükümlülüğü TBK m.399 hükmünde de emredici hukuk kuralı olarak düzenlenmiştir.

İşçinin iş görme borcunun somutlaştırılmasına ve işyeri düzeninin sağlanmasına ilişkin işverenin talimat verme yetkisini içeren yönetim hakkı karşısında işçinin talimata uyma borcu bulunduğundan işçinin talimata uyma borcuna uymamasının yaptırımı olan işverenin disiplin yaptırımı uygulama

yetkisini de yönetim hakkının bir parçası ve bütünleyici unsuru olduğunu kabul etmek gerekecektir.

İşverenin geniş anlamda yönetim hakkı olarak adlandırdığımız işletmesel kararlar, hukuksal dayanağını piyasa ekonomisini benimseyen Anayasa'nın "Girişim Özgürlüğü"nden almaktadır. Ancak, işverenin girişim özgürlüğünden kaynaklanan yönetim hakkı, işverene iş sözleşmesi ile bağtlanan işçilerin haklarını ve sözleşmesel çıkarlarını ve bunun ötesinde Anayasa ile teminat altına alınan işçilerin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendirdiği ölçüde yargıç müdahalesine konu olacak ve işveren kararının hukuka uygunluğu, emredici yasa hükümleri, dürüstlük kuralı ve ölçülülük kriterleri esas alınarak yargısal denetime tabi olacaktır.

Bu sebeple, işverenin yönetim hakkı, bir yandan, işçiyi ve dolayısıyla insanı ilgilendirmesi sebebiyle, insanın insan olması sebebiyle sahip olduğu temel hak ve özgürlükler, diğer yandan, işletme rizikosunu üstlenen işvereni ilgilendirmesi sonucu, anayasada benimsenen sosyal devlet modelinde girişim özgürlüğüne bağlanan hak ve yükümlülükler ve nihayet iş ilişkisi ve istihdamı ilgilendiren yönü ile de, küresel, ulusal ve bölgesel düzeydeki ekonomik gelişmeler, ve artan rekabet koşullarının gündeme getirdiği sorunlara hukuksal çözüm arayışları, işverenin yönetim hakkının içeriğinde ve sınırlayan hukuksal normlarda sürekli değişim ihtiyacını gündeme getirmektedir.

Avrupa Birliği normlarına uyum sürecinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşmelerin imzalanarak Anayasada öngörülen usule uyularak iç hukuk kuralı haline getirilmesi ve AB ikincil mevzuatı kapsamında düzenlenen Yönergelerin kayda değer bir kısmının kanun hükmü haline dönüştürülmesi süreci ile birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Adalet Divanı kararları çerçevesinde gelişen ulusal yargı kararları, iş ilişkisinde, işçinin kişilik haklarının korunmasına büyük önem atfetmiş ve işçinin kişilik hakları karşısında işverene tanınan yönetim hakkının sınırlarını da bir hayli daraltmıştır.

Bu ilkelerden özellikle ölçülülük ilkesinin iş ilişkilerine uyarlanması sonucu, işveren tarafından yapılan işlem veya uygulamanın meşru bir amaca hizmet edip

etmediği, işverence yapılan uygulamanın işyerinin veya işletmenin gerçek bir ihtiyacını karşılamak için zorunlu olup olmadığı, bu amaca ulaşmak için seçilen araçların uygun olup olmadığı ve nihayet işverene sağlanan yarar ile işçinin mağduriyeti arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığı gerek Adalet Divanı kararlarında ve gerekse Ulusal Mahkemelerin Yargı organlarında incelenmektedir. Söz konusu mahkeme kararlarında, işveren tarafından eşit davranma ilkesine ve ayrımcılık yasaklarına uyulup uyulmadığının tespitinde, işçilerin özel yaşam alanı kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerine yapılan işveren müdahalelerin sınırlarının tespitinde, işverenin elektronik gözetleme uygulamalarında işçilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesi olarak ölçülülük ilkesinden yararlanılmaktadır.

Nihayet, AB mevzuatı ve uygulamasında önemli bir ivme kazanan “sosyal diyalog modeli” temelinde işçinin yönetime katılımı sonucu, işçi ve işveren arasında sosyal uzlaşının sağlanarak çalışanların temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve nihayetinde katılımcı ve demokratik bir çalışma ortamı yaratılmak suretiyle çalışma barışının tesis edilmesi, işverenin yönetim hakkını şekillendiren ve bu hakkın sınırlarının yeniden tanımlanmasına yol açacak nitelikteki oluşumlardır.

Diğer tarafından, işverenin yönetim hakkını sınırlayan İş Kanunu normlarına bakacak olursak; bunların içinde hiç kuşkusuz en önemlisi 4857 sayılı İş Kanunu ile yeni bir içeriğe kavuşan ve sözleşmeye bağlılık ilkesinin iş hukukundaki yansımaları olan, m.22’deki “işverenin çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapamaması”dır. Söz konusu hüküm, mutlak emredici bir hükümdür.

Türk Borçlar Kanunun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin, iş ilişkilerinin karakterine uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanmasının bir boşluğu gidereceği ve iç yönetmeliklerin yargısal denetiminde bir kriter olacağı görüşündeyiz.

Çağdaş iş hukuku içinde önemli bir disiplin olan iş sağlığı ve güvenliğinin amacı, işçiler için güvenli ve sağlıklı bir iş ortamı yaratmak suretiyle iş kazalarının da önlenmesini sağlayarak işçilerin yaşam ve sağlık hakkının

korunmasıdır. İşveren, işletme risklerini üstlenmesi sebebiyle kamu hukuku kaynaklı ve iş sözleşmesi sebebiyle de, özel hukuktan doğan işçiyi gözetme borcu kapsamında, tüm çalışanların yaşam haklarını, sağlıklarını ve bedensel bütünlüklerini koruma yükümlülüğünü yönetim hakkını kullanmak suretiyle yerine getirir. Bir başka deyişle, işyerindeki tüm çalışanların yaşam hakkını ve sağlığını koruma yükümlülüğünü bir yandan kamu düzenine ilişkin emredici düzenlemeler ve diğer yandan iş sözleşmesindeki işçiyi koruma borcu kapsamında üstlenen işveren için, yönetim hakkı en önemli araçtır. İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin korunması ve iyileştirilmesi işlevini, yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlar ve bu talimatlara uyulup uyulmadığını denetlemek suretiyle yerine getirecektir

İç hukukta ise, ilk defa olarak TBK m.417/f.1’de, işverenin yükümlülükleri arasında, işçinin kişiliği korumak ve saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamak, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların da daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almak da sayılmıştır.

İşçinin kişilik haklarından olan, işçinin düşünce ve ifade özgürlüğünün doğuşu, gelişmesi ve büyümesi endüstriyel demokrasi kavramını da beraberinde getirmiştir. İlk başta işçilerin işyeri, çalışma koşulları ve ücret hakkındaki şikayetlerini, işyeri temsilcileri, işveren vekilleri veya işveren nezdinde dile getirmesi ve yerine göre, işyerindeki çalışma koşullarından yakınma ve eleştirme şeklinde başlayan süreç, zamanla işçinin insan kaynakları politikasının belirlenmesinden, çalışma koşullarının saptanmasında söz hakkı tanınmasına kadar varan bir yönetime katılma süreci başlatmıştır. İşverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatları ile, işçinin düşünce ve ifade özgürlüğü önündeki engelleri kaldırması işyerinde iş kazalarının önlenmesinde etkili olacağını düşünmekteyiz.

İşçinin bir diğer kişilik hakkı olan, işçinin din ve vicdan özgürlüğü, işverene ayrımcılık yasakları kapsamında, çalışanların dini inanışlarını göz önünde bulundurmasından vazgeçmesini gerektiren bir tarafsızlık yükümlüğü ortaya koyarken; diğer taraftan, din ve inanç özgürlüğünün korunması, işverenin çalışma

koşullarını işçilerin dini inanışlarına göre uyarlaması sonucunu doğurabilecek bir hoşgörü ilkesini zorunlu hale getirmektedir.

İşçinin yerleşim yerinin seçimi konusunda, işverenin yönetim hakkı iki durumda söz konusu olur; birincisi, işverenin işçinin yerleşim yerinin seçimine ve kullanımına doğrudan müdahalesi, ikincisi ise, işçinin yerleşim yerini de etkileyecek şekilde iş yeri iç yönetmelikleri, bireysel ve toplu iş sözleşmelerine koyulan işyeri değişikliğine ilişkin saklı tutma kayıtlarına dayanılarak işçinin görev yerinin değiştirilmesidir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan, işyeri değişiklik kayıtlarının, Türkiye'nin her yerinde çalışmayı kabul eder" şeklinde son derece genel, soyut şekilde düzenlenmesi sebebiyle, TBK m.27 hükmünde öngörülen işçinin kişilik haklarına açık bir müdahale taşıyıp taşımadığı yönünden yargısal denetimin yapılması düşüncesindeyiz.

Montsequeiu' nün "Yasaların Ruhı" adlı eserinde belirttiği ve çağdaş Anayasalarda benimsendiği şekliyle, siyasi iktidarın keyfiliğinin önlenmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle sağlanırken, yönetim hakkını elinde bulunduran işverenin keyfiliği de, bu yetkinin sınırlarının Anayasa, emredici kanun hükümleri, toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, işyeri uygulamaları ile çizilmesi ve işçinin yönetime katılımı suretiyle önlenebilecektir.

RÉSUMÉ

L'emploi par l'employeur de travailleurs pour la production de produits et/ou services, donc l'obligation des travailleurs de remplir leurs responsabilités de production pour les intérêts et avantages de l'employeur implique d'une part l'acceptation en toute liberté de conscience par le travailleur d'être sous la gestion et le contrôle de l'employeur et donne lieu d'autre part à une hiérarchie où le travailleur se soumet à la gestion de l'employeur et crée ainsi une situation contradictoire à la liberté contractuelle et à l'égalité des parties sur le plan juridique. Cette relation hiérarchique non existante dans d'autres types de contrats signés dans le cadre de la liberté contractuelle est propre aux contrats de travail. Dans ce type d'organisation hiérarchique le travailleur accepte librement de travailler sous la gestion et le contrôle de l'employeur et l'employeur en contrepartie est limité dans son droit de gestion selon les principes de travail définis dans le contrat. Sur ce plan, le contrat de travail fait naître des droits de gestion mais fixe aussi les limites de ces droits.

Dans ce cadre, les ordres n'ayant pas directement de lien avec la réalisation des travaux mais portant sur le comportement des travailleurs dans le but de faire respecter une certaine organisation et une sécurité sur le lieu de travail, donnés par l'employeur qui a la responsabilité du lieu de travail et des risques de gestion sont émis dans le cadre de sa liberté d'entreprendre et doivent par conséquent être évalués dans un cadre juridique de droit de gestion au sens large. Le travailleur est alors dépendant sur les plans personnel et juridique de son employeur et a l'obligation du fait de cette relation de dépendance de respecter les ordres de l'employeur qui est responsable du lieu de travail et de la gestion des risques. L'obligation par le travailleur de respecter les ordres de l'employeur concernant l'organisation sur le lieu de travail "dans la mesure de la règle d'honnêteté" est définie en tant que règle juridique à caractère obligatoire dans l'Ordre n° 399 du TBK

Le travailleur est obligé de respecter les ordres de l'employeur vis à vis de son droit de gestion qui confère à ce dernier le droit de donner des ordres en relation avec l'obligation du travailleur de remplir ses responsabilités et de

respecter l'organisation sur le lieu de travail, l'employeur a également le droit dans le cadre de ses droits de gestion de mettre en place des obligations disciplinaires en cas de non respect de ces ordres par le travailleur.

Ce qui est désigné par décisions gestionnaires prises par l'employeur au sens générale sont basées juridiquement sur le principe de "Liberté d'entreprendre" de la Constitution qui adopte l'économie de marché. En revanche, le droit de gestion accordé par cette liberté d'entreprendre est soumise au contrôle juridique sur les aspects d'adéquation à la loi, le respect des obligations juridiques, les règles d'honnêteté et critères de modération dans le but de protéger les droits et libertés fondamentales et droits contractuels des travailleurs liés par contrat dans le cadre de la constitution.

Vu que le droit de gestion de l'employeur concerne le travailleur donc l'humain et par conséquent les droits et libertés fondamentales de l'homme d'une part, l'employeur responsable des risques de l'entreprise et ses droits et obligations liés à la liberté d'entreprendre du modèle d'Etat social adopté par la Constitution d'autre part, vu qu'il concerne également la relation de travail et l'emploi, vu également les changements économiques au niveau mondial, national et régional et la recherche de nouvelles solutions juridiques aux problèmes engendrés par des conditions de concurrence grandissante, il naît un besoin d'adaptation des normes juridiques limitatives du droit de gestion de l'employeur.

En effet, l'harmonisation avec les normes de l'Union Européenne, l'adoption par la signature de contrats internationaux en tant que loi nationale selon les principes de la Constitution sur les droits et libertés fondamentales et la transformation en obligation légale de plusieurs parties des directives de la législation secondaire de l'UE, les décisions juridiques nationales du Tribunal des Droits de l'Homme Européen et du Conseil de Justice accordant beaucoup d'importance aux droits des travailleurs ont limité largement les droits de gestion de l'employeur.

L'adaptation en particulier du principe de modération dans les relations de travail amène un contrôle par les organes de décisions soit Conseil de Justice soit Tribunaux Nationaux pour s'assurer que les travaux et applications demandés par l'employeur servent un objectif légitime, qu'ils sont nécessaires aux besoins de l'entreprise ou du lieu de travail, que les outils de réalisation choisis sont adaptés et enfin qu'il existe un équilibre entre l'avantage tiré par l'employeur et le désavantage causé au travailleur. Les décisions des Tribunaux cités seront basées sur le principe de modération pour sécuriser les droits et libertés fondamentaux des travailleurs, pour définir si l'employeur a respecté le principe d'égalité et de non discrimination dans la prise de ses décisions, pour définir les limites d'intervention de l'employeur dans l'espace privée et le respect des droits et libertés fondamentales dans le cadre du contrôle de l'espace électronique.

Le "modèle de dialogue social" accéléré dans la réglementation et l'application européenne intégrant le travailleur à la gestion de l'entreprise et installant ainsi une entente entre l'employeur et le travailleur engendre la protection des droits et libertés fondamentales des travailleurs et par conséquent une paix du travail à condition d'avoir un espace de travail démocratique et participatif, tout cela permet de redéfinir les limites du droit de gestion de l'employeur.

De l'autre côté, si l'on se penche sur les normes du Droit du Travail qui limitent le droit de gestion de l'employeur, le changement le plus important est observé à l'art. 22 du Code du Travail n° 4857, basé sur le principe de dépendance : "l'employeur seul ne peut faire de changement dans les conditions de travail". Il s'agit d'une disposition impérative.

Nous pensons que l'application mutatis mutandis des dispositions générales de la Loi Turque des Dettes avec le Code du travail dans la mesure de leur adéquation aux caractères des relations de travail pourrait combler un flou dans le contrôle juridique des directives internes.

Le but de la santé et sécurité des travailleurs étant une discipline importante du droit du travail moderne, est de créer un environnement sur et sain pour les

travailleurs en empêchant les accidents du travail pour protéger le droit de vie et santé des travailleurs. Etant donné que l'employeur a la responsabilité des risques de l'entreprise et l'obligation par le contrat de travail de droit privé de contrôler le travailleur, il a alors l'obligation de protéger les droits de vie, de santé et l'intégrité corporelle des travailleurs via son droit de gestion. En d'autres mots, le droit de gestion est l'outil principal de l'employeur dans le cadre de son obligation de protection des droits de vie et de santé du travailleur lié par contrat de travail et directives impératives publiques. L'employeur réalise sa tâche de protection de la santé et sécurité sur le lieu de travail au travers de ses ordres dans le cadre de son droit de gestion et en contrôlant le respect de ces ordres.

En droit interne, il s'agit de la première fois que le TBK cite parmi les obligations de l'employeur à l'art. 417/1 la protection et le respect de la personne du travailleur, la mise en place d'une organisation honnête, la mise en place de mesures pour que les travailleurs ne subissent pas de harcèlement psychologique, sexuel et si tel est déjà le cas pour ne pas qu'ils subissent plus longtemps.

Le droit de gestion de l'employeur porte sur la réalisation du travail sur le lieu de travail et la mise en place de la confiance et de l'organisation sur le lieu de travail, en dehors du lieu de travail l'employeur n'a pas de droit de gestion sur le comportement du travailleur.

La naissance, le développement et la croissance de la liberté de pensée et d'expression du travailleur qui sont des libertés humaines fondamentales ont fait naître la notion de démocratie industrielle. Au départ cette liberté s'est traduite par l'expression du mécontentement par rapport au lieu de travail, conditions de travail, salaire, responsables, représentants de l'employeur ou l'employeur lui-même, sous forme de critiques et plaintes puis a débouché sur le temps sur une participation du travailleur à la politique de ressources humaines et la définition des conditions de travail. Nous pensons que si l'employeur soulevait les barrières qui s'opposent à la liberté de pensée et d'expression du travailleur via ses ordres de droit de gestion cela pourrait éviter des accidents du travail.

Un autre droit humain du travailleur est la liberté de conscience et de religion, parfois les interdictions de discrimination que doit respecter l'employeur amènent à une impartialité ne tenant compte des croyances du travailleur et d'un autre côté la protection de la liberté de religion donne lieu à un principe de tolérance qui peut adapter les conditions de travail aux croyances religieuses.

Concernant le choix par le travailleur du lieu de travail, le droit de gestion de l'employeur s'applique dans deux cas : premièrement une intervention directe concernant le choix et l'utilisation du lieu de travail, deuxièmement la modification du lieu de travail basé sur la confidentialité du lieu de travail dans les règlements internes de l'entreprise, contrat personnel ou collectif de travail. Il est très souvent rencontré la mention "le travailleur accepte de travailler dans toute la Turquie", une mention générale et floue qui devrait être revue juridiquement sur la base de l'article 27 du TBK concernant l'intervention directe sur les droits personnels du travailleur..

Comme le précise Montesquieu dans son œuvre "L'esprit des lois" et comme l'entendent les constitutions modernes, pour empêcher l'arbitrage du pouvoir politique une division des pouvoirs est nécessaire, de même pour limiter l'arbitrage personnel de l'employeur sur les limites constitutionnelles, les lois obligantes, les contrats de travail collectif ou personnels, le travailleur devrait participer à la gestion.

ABSTRACT

The employer employing workers in their business organization for production of services and/or products and the worker and/or workers being contracted to perform their acts of transacting business within this organization, while on the one hand giving rise to the outcome that the worker, with their own free will, come under the management and supervision of the employer, on the other hand, it gives rise to a legal situation which does not at all agree with the criteria of freedom of contract and equality of parties by creating a hierarchical construct with the worker going under the employer's management. This hierarchical relationship which is not at all encountered in other contracts made within the framework of the principle of freedom of contract also brings forward the characteristic which is unique to only employment contracts. In this hierarchical structure, the worker agrees, at their own volition, to work under the management and control of the employer however, against this, the employer in turn, limits, with the work condition set down again by the provisions of the employment contract, this right to manage which the worker has granted. In this respect the employment contract is of a founding nature in the rise of the right to manage and the establishment of its limits.

In this sense, instructions pertaining to the behaviors of the workers, which do not have any relation, even indirectly, to the conducting of the work, for ensuring a certain order or security at the workplace, are instructions which the employer, undertaking the workplace and business risk and responsibility, gives within the scope of freedom of enterprise and should be appraised within the scope of the employer's right to manage in the wider sense. Because the worker is dependent on the employer in the personal and legal sense, by virtue of this dependency relationship, they are also obliged to follow such instructions from the employer who takes on the management risk and responsibility of the workplace and the business. The obligation of the worker to obey “to the extent required by the rules of good faith” such instructions of the employer which pertain to the workplace order is also regulated as compulsory legal rule in the provision of TBK ar.399.

As the worker has a debt to obey instruction against the right to management which comprises the power of the employer to give instructions for the concretization of the worker's performance debt and the provision of workplace order, it shall also be required to accept that the employer's authority to apply disciplinary sanction, which is the sanction for the worker not honoring their debt of obeying instruction, is also a part and an integrals element of the right to manage.

Business decisions which we call in the wider sense as the employer's right to manage, take their legal basis from the "Freedom of Enterprise" of the Constitution which adopts market economy. However, the employer's right to manage which arises from their freedom of enterprise shall be the subject to adjudicator intervention to the extent they pertain to the rights and contractual interests of the workers contracted to the employer with the employment contract and beyond that, the basic rights and freedoms of the workers assured by the Constitution, and the compliance of the employer's decision with the laws shall be subject to judicial supervision on the basis of the provisions of the mandatory law, rule of goodwill and criteria of proportionality.

For this reason, the employer's right to manage, on one hand for reason of pertaining to the worker and therefore, the human (the basic rights and freedoms person has simply because he or she is a human being) on the other hand as the result of pertaining to the employer who assumes the business risk, in terms of the rights and obligations tied to the freedom of enterprise in the social state model adopted in the constitution and finally in its aspect pertaining to business relationship and employment, pursuits of legal solutions to problems brought about by the economic developments at the global, national and regional level and the increasing condition of competition, brings about the need of continuous change in the content of the employer's right to manage and the limiting legal norms.

In the process of harmonization to European Union norms, the signing of the international treaties relating to basic rights and freedoms and, by following the procedure foreseen in the Constitution, making them into internal law codes and

with the process of conversion of a noteworthy portion of the Regulations regulated within the scope of the EU secondary legislation into provision of law, the national judicial decisions developing within the frame of the European Court of Human Rights and the Court of Justice have given great importance to the protection of the worker's personal rights in the business relationship and have greatly narrowed down the limits of the right to manage conferred upon the employer in the face of the personal rights of the worker.

As the result of the adaptation of especially the principle of proportionality among these principles to business relationships it is examined in both the Court of Justice decision and in the Judicial bodies of National Courts whether the process and practice conducted by the employer serve a legitimate purpose, whether the practice conducted by the employer is requisite in meeting a real need of the workplace or the enterprise, whether the tools chosen to reach this purpose are appropriate and finally, whether there is a reasonable balance between the benefit provided to the employer and the injury to the worker. In the said court decisions, in the determination of whether the principle of equipment treatment and the bans on discrimination are being observed by the employer, in the determination of the limits of employer interventions made to the basic rights and freedoms of the workers within the scope of private living sphere, in the employer's electronic surveillance practices, the principle of proportionality is made use of as the assurance of the basic rights and freedoms of the workers.

Finally, as the result of the worker participation in the management on the basis of “social dialogue model” which has gained a significant acceleration in the EU legislation and practice, the protection of the basic rights and freedoms of the employees by ensuring social consensus between the worker and the employer and in the end the establishment of work peace by creating a participative and democratic work environment, are developments of a nature that shape the employer's right to manage and give rise to a re-definition form the limits of that right.

On the other side, regarding the Labor Act norms which limit the employer's right to manage; the most important among these without doubt is the “the

employer not making unilateral changes to the working conditions” in art.22, which has attained a new content with the Labor Act number 4857 and which is the reflection of the principle of binding by contract in labor law. The said provision is an absolute mandatory provision.

We are of the opinion that, to the extent the provisions of the Turkish Code of Obligations pertaining to the general transaction conditions are applicable to the character of business relations; its implementation by analogy will eliminate a gap and be a criterion in the judicial control of internal regulations.

The purpose of occupational health and safety which is an important discipline within contemporary labor law is the protection of the workers' rights to life and health by also ensuring the prevention of work accidents by creating a safe and healthy work environment for workers. The employer, within the scope of its debt to protect the worker arising from public law for reason of assuming business risks and arising from private law for reason of the employment contract, fulfils its obligation to protect the rights to live, health and bodily integrity of all workers by exercising its right to manage. In other words, for the employer who undertakes the obligation of protecting the right to live and health of all workers at the workplace within the scope of, mandatory regulations pertaining to public order on one side, and the debt to protect the worker in the employment contract on the other side, the right to manage is the most important tool. The employer shall fulfill the function of protection and improvement of occupational health and safety at the workplace through the instructions it shall give within the scope of right to manage and by supervising whether such instructions are being obeyed.

In internal law, on the other hand, for the first time in art.417/f.1 of TBK the protecting and respecting the worker's personality, providing an order at the workplace which is conformant with goodwill principles, and taking necessary measures to avoid especially psychological and sexual harassment of the workers and to avoid further harm to those who have suffered such harassment are listed among the employer's obligations.

The employer's right to manage relates to the conducting of business at the workplace and the provision of trust and order at the workplace and apart from this the employer has no right to manage on the behavior of the worker outside of the workplace.

As among the worker's personal rights, the rise, developments and growth of the worker's freedom of thought and expression has also brought along the notion of industrial democracy. The process which initially started as the workers expressing their complaints about the workplace, working condition and wages before the employer's representatives or the employer and, as the case may be, as complaining or criticizing the working condition at the workplace, has in time started a process of the worker participating in management which extended to the determination of the human resources policy and giving a right to speak in the establishing of working conditions. We believe that the employer shall be effective in the prevention of work accidents at the workplace by eliminating the obstacles before the worker's freedom of thought and expression with the instructions that it shall give within the scope of its right to manage.

As another personal right of the workers, the worker's freedom of thought and faith, while revealing an obligation of impartiality requiring the abandonment of keeping in view the religious beliefs of the employees within the scope of bans of discrimination to the employer, on the other side, the protection of freedom of thought and faith makes necessary a principle of tolerance which can give rise to the result that the employer adapts the working conditions according to the workers' religious beliefs.

Regarding the selection of the worker's place of settlement, the employer's right to manage becomes in question in two cases; the first, is the employer's direct intervention on the sell and utilization of the worker's place of settlement and the second is the changing of the worker's place of duty on the basis of the workplace internal regulations to also impact the worker's place of settlement, the records of reservation regarding the workplace change brought in individual and collective labor agreements. Because of the very general, abstract regulation in the form of “agrees to work every in Turkey of the workplace changing records

which is frequently encountered in practice, we are of the opinion that judicial control is performed in the sense of whether an explicit intervention is made to the worker's personal rights foreseen in the provision of TBK art.27.

As Montsequieu states in his work titled “the Spirit of Laws” and as adopted in contemporary Constitutions, while the prevention of arbitrariness of political power is ensured by the principle of separation of powers, the arbitrariness of the employer who holds the right to manage shall be possible to prevent with drawing the limits of this power with the Constitution, mandatory law provisions, collective labor agreements, employment contracts and workplace practices and the participation of the worker in the management.

GİRİŞ

I.Sunuş

İşverenin yönetim hakkı, tarihsel açıdan bakıldığında, sosyolojik, ekonomik ve siyasal gelişmelerden fazlasıyla etkilenmiş ve uluslararası hukukta tanımlanan temel hak ve özgürlükler, ulusal anayasalarda kabul edilen siyasi yönetim şekilleri ve benimsenen devlet modelleri, bu hakkın sürekli bir değişim ve gelişim süreci yaşamasına sebebiyet vermiştir.

İşverenin yönetim hakkı, en yalın anlatımıyla, iş ilişkisinin bağımlılık karakterinden kaynaklanan ve bu sebeple işin yürütümü, işyeri düzeni ve iş güvenliğinin sağlanması amacıyla normlar hiyerarşisine aykırı olmamak koşuluyla işverene tanınan bir yetki olarak tanımlanmaktadır. Bu sebeple; bir yandan işçiyi ve dolayısıyla insanı ilgilendirmesi sebebiyle, insanın insan olması sebebiyle sahip olduğu temel hak ve özgürlükler, diğer yandan, işletme rizikosunu üstlenen işvereni ilgilendirmesi sonucu, anayasada benimsenen devlet modeli ve siyasi yönetim şekline göre girişim özgürlüğüne bağlanan hak ve yükümlülükler ve nihayet iş ilişkisi ve istihdamı ilgilendiren yönü ile de, küresel, ulusal ve bölgesel düzeydeki ekonomik gelişmeler ve artan rekabet koşullarının gündeme getirdiği sorunlara hukuksal çözüm arayışları, işverenin yönetim hakkının içeriğinde ve sınırlayan hukuksal normlarda sürekli değişim ihtiyacını gündeme getirmektedir. Denilebilir ki, iş ilişkilerinde çok önemli bir yer tutan işverenin yönetim hakkı, İş Hukukunun da en dinamik konusudur.

II. Çalışmanın Amacı

Avrupa Birliği normlarına uyum sürecinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşmelerin imzalanarak Anayasada öngörülen usule uyularak iç hukuk kuralı haline getirilmesi ve AB ikincil mevzuatı kapsamında düzenlenen

Yönergelerin kayda değer bir kısmının kanun hükmü haline dönüştürülmesi süreci ile birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Adalet Divanı kararları çerçevesinde gelişen ulusal yargı kararları, iş ilişkisinde, işçinin kişilik haklarının korunmasına büyük önem atfetmiş ve işçinin kişilik hakları karşısında işverene tanınan yönetim hakkının sınırlarını da bir hayli daraltmıştır.

Bu sebeple, iç hukuka aktarılan normlar ve bu normların yargı alanına yansması ile yeni bir görünüm alan, işverenin girişim özgürlüğü karşısında çoğu zaman birbiriyle çatışan ve uzlaşması zor bir alan olarak görülen işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bu çalışmanın önemli noktalarında birini oluşturmaktadır.

İşverenin yönetim hakkını bütünleyen ve tamamlayan bir yetki olarak tanımlanan işverenin denetim ve gözetleme yetkisinin kullanılmasında, teknolojik gelişmelerin sunduğu olanaklardan yararlanılması sonucu, işçinin özel yaşam alanının gizliliğinin korunması kaygısını ve beraberinde getirdiği hukuksal çözüm arayışlarını doğurmuştur. İşverenin yönetim hakkı, bu yönüyle de hukukumuzda önemle incelenmesi gereken bir konudur.

Küreselleşme, kırılgan ve oynak ekonomik yapılar ve artan rekabet koşulları ile birlikte müşteri memnuniyetinin işletmeler için çok büyük önem kazanması, hızlı, kaliteli ve seri üretim kaygısının işletmeleri yeni istihdam biçimleri ve istihdamda esneklemeye yöneltmesi, İş Kanununda atipik istihdam biçimlerinin düzenlemesine yol açmıştır. Bu düzenlemeler karşısında, çalışanların başta “yaşam ve sağlık hakkı” olmak üzere “çalışma hakkı” ve “sendika hak ve özgürlüğü” gibi sosyal haklar kategorisinde yer alan diğer hak ve özgürlüklerinin korunması, ortadan kaldırılması veya kötüye kullanımının önlenmesi amacı, yasa koyucuyu, işverenin yönetim hakkına önemli sınırlamalar getiren ve korumalı esneklik olarak nitelendirilen emredici kanun hükümleri koymaya yöneltmiştir. Bu bağlamda, işverenin işletme gerekleriyle aldığı kararlar da iş ilişkini ilgilendirmesi halinde, yargı ayağında “ölçülülük” denetimine tabi tutularak işverenin yönetim hakkının keyfi ve kötüye kullanımının önüne geçilmek istenmiştir.

Nihayet, AB mevzuatı ve uygulamasında önemli bir ivme kazanan “sosyal diyalog modeli” temelinde işçinin yönetime katılımı sonucu, işçi ve işveren arasında

sosyal uzlaşının sağlanarak çalışanların temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve nihayetinde katılımcı ve demokratik bir çalışma ortamı yaratılmak suretiyle çalışma barışının tesis edilmesi, işverenin yönetim hakkını şekillendiren ve bu hakkın sınırlarının yeniden tanımlanmasına yol açacak nitelikteki oluşumlardır.

İşverenin yönetim hakkı ile ilgili monografik eserin 1981 yılında yayımlanmış olduğu göz önüne alınacak olursa, bu konuyu, AB mevzuatına uyum sürecinde iç hukuka aktarılan son düzenlemeler ve bu düzenlemelere bağlı olarak gelişen yargı kararları eşliğinde şekillenen haliyle incelemek için böyle bir çalışma yapmış bulunuyoruz.

III. İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması

Çalışmamız dört bölümden oluşmakta olup, birinci bölümde, yönetim ve işveren kavramlarına değindikten sonra, işverenin yönetim hakkının tarihsel gelişimi, hukuki kaynakları ve girişim özgürlüğünden kaynaklanan işletme düzeyindeki geniş anlamda yönetim hakkı ve iş sözleşmesine dayanan dar anlamdaki yönetim hakkı işverene tanınan hak ve yükümlülükler kapsamında incelenmiştir.

İkinci bölümde, esnek istihdam biçimlerinden biri olan ve üçlü iş ilişkileri olarak anılan “geçici iş ilişkisi” ve “alt işverenlik” kurumlarında işverenin yönetim hakkı ve sınırları, sırasıyla, ödünç alan ve ödünç veren ve alt işveren ve asıl işveren boyutunda incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, işverenin yönetim hakkını sınırlandıran üç temel ilke olarak kabul edilen, “Eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasakları”, “ölçülülük ilkesi” ve “işverenin bilgilendirme yükümlülüğü” ele alınmıştır. İş Kanununda yönetim hakkını sınırlandıran çok önemli bir düzenleme olan, çalışma koşullarında tek taraflı esaslı değişiklik yapılamaması, ücret, işyeri, iş türü ve çalışma sürelerine ilişkin alt başlıklarda ele alınmıştır Türk Borçlar Kanunu ile yürürlüğe giren genel işlem koşullarının tip sözleşme şeklinde düzenlenen bireysel iş sözleşmeleri ile işyeri iç yönetmeliklerine etkisi tartışılmıştır. Ayrıca, uygulama ve Yargıtay Kararlarında çok önemli bir yer tutan ve genişletilmiş yönetim hakkı olarak değerlendirilen, bireysel ve toplu iş sözleşmelerindeki değişikliği saklı tutma kayıtları, ücret değişikliği ve

işyeri, iş türü ve çalışma süreleri ayırımında ve Türk Borçlar Kanunundaki son düzenlemeler ışığında irdelenmiştir.

Son bölümde ise, işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile işyeri düzeninin sağlanmasına ilişkin yönetim hakkı, başta işçinin yaşam ve sağlık hakkı olmak üzere, özel yaşamın gizliliğine saygı hakkı ve nihayet işçinin düşünce ve ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ve yerleşme özgürlüğü kapsamında incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM HAKKI KAVRAMI

§1. Yönetim ve İşveren Kavramlarına Genel Bir Bakış

I- Yönetim Bilimi ve Örgüt Sosyolojisi

Yönetim kavramı, yöneten ve yönetilen ikilemi açısından bakıldığında insanlık tarihi kadar eski olmasına rağmen, işletme yönetimi bağlamında ortaya çıkışı “endüstri devrimi” ne dayanmaktadır¹. Her ne kadar endüstri devrimi İngiltere’de başlamışsa da, Amerika’da çok daha hızlı bir gelişim kaydettiği için bilimsel yönetim teorisini ortaya atan düşünürler de ABD’de ortaya çıkmıştır. Bu düşünürler arasında “bilimsel yönetim hareketinin” babası olarak kabul edilen ve bilimsel yönetime “Taylor Yaklaşımı” olarak adını veren Amerikalı düşünür, Frederick Winslow Taylor’ın çok önemli bir yeri vardır. Taylor’ın bilimsel yöntemlerin işe uyarlanarak çalışmanın sistematik/koordineli hale getirilmesi ve büyük verimlilik artışının sağlanmasında büyük etkisi olmuştur². Taylor, “Atölye Yönetimi ve Bilimsel Yönetimin İlkeleri” adlı eserinde³ bilimsel yönetimin ilkelerini şu başlıklar altında belirlemiştir⁴:

- Gerçek bir yönetim bilimin geliştirilmesiyle her işin en iyi nasıl yapılacağının belirlenmesi,
- İşçilerin bilimsel yolla seçilmesi ve sonuçta hangi işçinin hangi işi daha iyi yapacağını belirlenmesi,
- Çalışanların bilimsel eğitimi ve geliştirilmesi,
- Sınırlı üretim değil, maksimum üretim,

¹ Ertürk Mümin, Yönetim ve Organizasyon, İstanbul 2009, s.2 vd.

² Zencirkıran Mehmet, Örgüt Sosyolojisi, Bursa, 2012, s.14

³ “Bir mühendis olan Taylor (1856-1915), fabrikalarda çok uzun süre gerçekleştirdiği çalışma ve gözlemlerini sistematik hale getirmiş ve 1911 yılında “Bilimsel Yönetimin İlkeleri” isimli çalışmasını yayınlamıştır. Taylor söz konusu çalışmasında, disipline olmamış çalışma ilişkileri ve eşgüdüm(koordinasyon) sağlanmamış iş süreçleri yerine bilimsel yöntemleri koyarak örgütlerde (işyeri ve işletmelerde) nasıl önemli değişimler gerçekleştirilebileceğini çok sayıda örnekle anlatmıştır. Böylelikle, yönetim anlayışında köklü bir devrime yol açmıştır.” Zencirkıran, Örgüt, 14

⁴ Ertürk, Yönetim, 5, Zencirkıran, Örgüt, 15

- Her işçinin en üst verimlilik ve refah düzeyine eriştirilmesi,
- Yönetimle çalışanlar arasında dostça işbirliğinin kurulması.

Yukarıdaki ilkelerin birlikte değerlendirilmesinden ve temel karakterinden de anlaşılacağı üzere, Talyor'un bilimsel yönetim kuramının temel amacı, **“işletmelerdeki verimlilik kaybının ortadan kaldırılması”** ve **“maksimum üretimin”** sağlanmasıdır⁵. İşletmelerde verimliliğin artırılması konusunda, Taylor'un üzerinde durduğu en önemli konulardan birisi, işe uygun işçinin seçilmesidir. Diğer yandan işçinin seçimi kadar, çalışanların işin nitelikleri doğrultusunda eğitilmesi de bir o kadar önemlidir. Böylelikle, bilimsel yönetim yaklaşımında iş, insani duygulardan ve kişisel ilişkilerden arındırılmış ve akılcılaştırılmıştır. Taylor'un yaklaşımda belirleyici olan ise, **“yönetim”**dir. Bu durum iki unsuru beraberinde getirir: Birincisi, işçilerden yönetim tarafından belirlenmiş ve kendilerine iletilmiş görevleri sorgulamadan yerine getirmesi istenir. Bu yönüyle bilimsel yönetim anlayışı, yönetimin işçiler üzerindeki mutlak hakimiyetini içerir. İkincisi, çalışma koşulları ağırlaşsa da, çalışanların motivasyonunu sağlamada ve belirlenen hedeflere ulaşmada maddi ödüllendirme büyük yer tutar. Bir başka anlatımla, bilimsel yönetim anlayışı, çalışanların ağır çalışma koşullarında çalışmalarının maddi ödüllendirmeler ile sağlanacağını öngörmektedir⁶.

Taylor'un bilimsel yönetim yaklaşımı, örgütlerde (işletmelerde) verimliliğinin artırılmasına önemli bir ivme kazandırmasına rağmen, çalışma koşullarını ağırlaştırması, çalışanı yönetimin söylediğini yapan ve koşulsuz itaat eden bir konuma indirgemesi ve sonuç olarak iş ilişkilerinde insan boyutunu ihmal etmesi ve işçiyi makinenin bir uzantısı haline getirmesi bakımından ağır eleştirilere sahne olmuş ve işçi sendikaları tarafından tepkiyle karşılanmıştır⁷.

İşletme yönetiminde insan unsuruna bakış açısı bakımından Taylorist yönetim kuramına benzer bir yaklaşım Henri Fayol⁸ tarafından “Genel ve Endüstriyel

⁵ Zencirkıran, Örgüt, 15

⁶ Zencirkıran, Örgüt, 17

⁷ Zencirkıran, Örgüt, 17-18

⁸ Henri Fayol (1841-1925) maden mühendisidir. “Genel ve Endüstriyel Yönetim” isimli çalışmasında sanayi işlerinin gerektirdiği işlemleri sınıflandırmış ve yönetim işlerinin ayrıntılı planlamasını yapmıştır. Fayol'un detaylı olarak ele aldığı yönetimin unsurları sanayi toplumlarındaki örgütlerde

Yönetim” isimli çalışmayla ortaya atılmış ve bu yaklaşımda yönetim süreçleri ayrıntılı olarak düzenlenerek süreçlerin işlevleri kesin çizgilerle tanımlanmıştır. Fayol, yönetimin en önemli aşamalarını şöyle sıralamıştır⁹:

- **Planlama:** Örgütte (işletmede) iş palanlarının ayrıntılı olarak yapılması,
- **Örgütlenme:** Örgütün sosyal organizasyonunun ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesini içerir. Örgütün idari görevlerinin ve sosyal yapısının organizasyonunu kapsamaktadır,
- **Yönetme :** Her yönetici için kendi bölümündeki çalışanların tümünden örgüt çıkarları için azami faydayı sağlamak,
- **Koordinasyon:** Örgütün işlemlerini kolaylaştıracak, başarılı olmasını sağlayacak şekilde tüm çalışanların uyumlu hale getirilmesi,
- **Denetim:** Örgütte her şeyin yapılan plana, verilen talimatlara ve örgüt prensiplerine ve kurallarına uygun olarak yürüyüp yürümediğini denetlemeyi kapsamaktadır.

Fayol, yönetim süreçlerini oldukça detaylı bir şekilde açıklayıp sınıflandırarak sistematik bir hale getirmiş ve Taylor’un yönetim yaklaşımında daha genel olarak değinilmiş yönetimin fonksiyonlarını zenginleştirmiştir. Ancak Fayol yaklaşımında da, Taylor’un bilimsel yönetim kuramında olduğu gibi, işçi, **pasif** ve **edilgen** bir varlık olarak görülmüş ve **denetim** ve **cezalandırılma** yoluyla kontrol edilmeye çalışılmıştır. Klasik yönetim kuramlarının genel çerçevesine bakıldığında, işbölümü, hiyerarşik yapılanma, belirli kurallar ve denetimin bu kuramın temel noktaları olduğunu rahatlıkla görebiliriz. **Klasik yönetim yaklaşımlarının** tümünde, işletmelerde (örgütte) **mutlak rasyonellik** hedeflenir, kararlar en yüksek faydayı sağlayacak şekilde alınır ve kararların alınmasında başlıca ölçüt, **ekonomik etkinlik** ve **verimlilik**dir. Bu anlayışın doğal bir sonucu olarak, insan unsuru dikkate alınmamakta ve **insan bir üretim aracı** olarak görülmektedir.

Klasik yönetim kuramlarının sosyo-psikolojik sorunlara hiç eğilmemesi, insanı yalnızca ekonomik güdülerinin etkisi altında kalan, işletme ve kendi maddi çıkarları için çalışan bir varlık olarak görmesi, yoğun eleştirileri de beraberinde getirmiş ve

genel kabul görmüştür. Fayol’un çalışmasında yönetimin dayanması gereken genel ilkeler arasında, iş bölümü, otorite, disiplin ve gözetimi ilk sıralarda saymıştır.

⁹ Zencirkıran, Örgüt, 19-22;

yönetim biliminde teknik ve ekonomik boyutlar yanında sosyal ilişkilere ve insan unsuruna da önem veren neo-klasik ekolün doğmasına sebebiyet vermiştir¹⁰. Neo-klasik ekolün oluşmasında Elton Mayo'nun Hawthorne fabrikasında¹¹ yaptığı araştırmaların önemli katkıları olmuştur. Hawthorne araştırmaları, bir örgüt içinde yer alan insan ve onun oluşturduğu sosyal ilişkilerin önemini vurgulamıştır. Bu araştırmalar, iş faaliyetlerinin teknik ve ekonomik boyutların yanı sıra insan doğasından da etkilendiğini ve yönetim kuramcılarının örgütlenmenin insani yönüyle ve insan unsuru ile de yakından ilgilenmeleri gerektiğini açıkça ortaya koymuştur¹². İş ilişkilerinde insanın önemini vurgulaması ile klasik yönetim kuramlara darbe vuran neo-klasik kuramcılara göre, **sıkı denetim, ceza, korkutma** gibi baskıcı araçların ve ekonomik ödüllerin yerini **anamlı iletişim** ve **insana insanca muamele** almalıdır. Bu yaklaşımın sonucu olarak, işletmelerde ve örgütlerde üretim süreçlerinde, örgüt içi ödüllendirmelerde **çalışanların istek ve eğilimlerinin** dikkate alınması gündeme gelmiştir¹³.

Endüstri sosyolojisinde, **neo-klasik teori** bir başka adıyla **“insan ilişkileri yaklaşımı”** 1930'lar ve sonrasında, insanın davranışlarını anlamaya çalışan ve sosyal ilişkilere odaklanan çalışmaların ve araştırmaların yaygınlaşmasını sağlamıştır. Bu bağlamda, Chris Argyris, Frederick Herzberg ve Douglas Mc Gregor gibi sosyal psikologlar, işçilerin çalışmaya katılımları sağlanarak ve kendilerine mümkün olduğu kadar çok yetki ve sorumluluk vermek suretiyle işlerini anlamlı kılarak, çalışanların kendilerini daha yararlı ve önemli hissetmelerini sağlama düşüncesine önem vermişlerdir. Böylelikle, **“insan ilişkileri yaklaşımı”** nın işletmelerde, insan boyutunu esas alarak iş ilişkilerinde; **katılımcı, demokratik** ve işçi merkezli liderlik tarzı anlayışı, klasik teorinin otoriter, **katı denetim** ve **cezalandırmaya** dayalı insani olmayan çalışma düzeninin alternatifi olarak kabul edilmiştir.

¹⁰ Zencirkıran, Örgüt, 22

¹¹ “Western Electric Şirketi'nin Hawthorne Fabrikalarında, 1924 yılında başlayan Hawthorne araştırmaları aralıklı olarak yapılan çalışmalarla sekiz yıl sürmüş ve 1932 yılında sonuçlandırılmıştır. Hawthorne araştırmaları sonucunda, , teknik ve fiziksel koşulların kontrol edildiği, bunlarda değişiklik olmadığı ortamlarda dahi verimlilik artışının devamlı olmasının nedenleri olarak grup oluşturma, grupta arkadaşlık ve sevgi bağlarının güçlü olması, işletme sahip ve yöneticilerinin davranışlarındaki olumlu yönlerde değişimlerin işçiler üzerinde işletmeyi ve üstlerini benimseme duygusu yaratması öne çıkmış, bu unsurlar çalışma ortamının beşeri havasını değiştirmiş, sürekli verimlilik artışlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur.” Zencirkıran, Örgüt, 23

¹² Zencirkıran, Örgüt, 23

¹³ Zencirkıran, Örgüt, 24

Postmodern toplum, sanayi sonrası toplum veya bilgi toplumu olarak adlandırılan 1970’ler ve sonrasında ise, siyasal ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak hızla gelişen teknoloji ve küreselleşmenin etkisiyle, postmodern işletmeler ve örgütlenmeler doğmuş ve buna paralel olarak yönetim biliminde de yeni akımlar ve iş ilişkilerinde de yeni sorunların ve konu başlıkları gündemdeki yerini almıştır¹⁴. Bu çerçevede, postmodern toplum veya bilgi toplumu sürecinde yönetim yaklaşımlarında;

- Daha katılımcı ve demokratik yönetim anlayışının geliştiği,
- Çalışan ve müşterilerin önerilerine daha fazla önem verildiği,
- Kariyer basamaklarının kısaldığı,
- Çalışan-yönetim arasındaki iletişim tarzlarında alt-üst ilişkisine dayalı dikey yapılanmanın kırıldığı, iletişim hızının arttığı,
- İnsan unsurunun işletmelerde (örgütte) önem kazandığı ve merkeze yerleştiği, gözlenmiştir¹⁵.

Tüm bu gelişmelerle birlikte, küreselleşme sürecinde toplumsal yapıda her türlü heterojenliğin artması, kültürel farkların önemli bir zenginlik olarak ortaya çıkması ve toplumsal alanda meşruluk kazanması ve kadınların çalışma yaşamına aktif ve yoğun olarak katılması; **cinsiyet, dinsel ve mezhepsel farklılıklar, cinsel tercih ve etnisite** gibi kavramların sıklıkla tartışılmasını ve bunun sonucunda “**ayrımcılık yasakları**” ve **eşit davranma yükümlülüğü**” gibi normları da beraberinde getirmiştir¹⁶.

Diğer taraftan, küreselleşme, teknolojik gelişmeler, artan rekabet koşulları ve ekonomik pazarlardaki kırılgan yapı ve değişkenlik, postmodern işletmelerde (örgütlerde), **esnek yapılanma** başlığı altında toplanan, **çalışma mekanlarında esneklik, sayısal esneklik** (çalışma süreleri ve işgücü sayılarında esneklik), **sözleşme esnekliği** (atipik sözleşmeler), **ücret ve kazançta esneklik** (esnek ödeme ve ödüllendirme sistemleri), **görev ve iş tanımında esneklik** (farklı işler arasında iş

¹⁴ Zencirkıran, Örgüt, 29

¹⁵ Zencirkıran, Örgüt, 32

¹⁶ Zencirkıran, Örgüt, 31

sınırlarını azaltma) gibi talepleri, oluşumları ve beraberinde getirdiği hukuksal sorunları gündeme taşımıştır¹⁷.

Ayrıca, **bilgi ve teknoloji çağının** olanaklarının, **gözetim ve denetim** süreçleriyle birleşmesi sonucu, postmodern işletmelerde (örgütlerde) **çalışanların ve müşterilerin** her adımının izlenmesi olgusunu, **endişesini** ve **şüphesini** ortaya çıkarması da yasa koyucuları ve mahkemeleri önümüzdeki yıllarda da bir hayli meşgul edecek gibi görünmektedir.

Bu gün gelinen noktada ise, genel anlamda yönetim; “değişen çevrede sınırlı kaynakları etkili bir şekilde kullanarak örgüt amaçlarına etken bir şekilde ulaşmak için başkalarıyla ve birlikte çalışmaktır¹⁸” şeklinde veya “istenen bir amacı gerçekleştirmek için insan kaynaklarının ve maddi kaynakların örgütlendirilerek yönlendirilmesi¹⁹ olarak tanımlanmaktadır.

Bu tanımlamalardan da anlaşılacağı gibi, yönetimin beş boyutunun olduğu hususunda da fikir birliği vardır:

a)Başkalarıyla birlikte çalışma: Yönetim en azından, iki kişi arasındaki bir olguya işaret eder. Ama, günümüzde yönetim, genellikle çok sayıda insanın katıldığı bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır. Küçük bir fırından orta ölçekli bir markete, bir sağlık ünitesinden bir spor kompleksine kadar gündelik faaliyetlerimizde karşımıza çıkan yönetim, bir grup insanla başarılmakta ve bu gruptaki insanların başarıları veya başarısızları yönetiminin başarısını da önemli ölçüde etkilemektedir. Yöneticilerin görevleri arasında yönetim faaliyetine katılan grubun işe alınması, işte yükselmesi veya terfi ettirilmesi, işyerindeki oryantasyonu ve işle ilişkisinin kesilmesi önemli bir yer tutmaktadır.

b)Örgüt amaçlarının gerçekleştirilmesi: Örgütleri kuran, gerçek veya tüzel kişilerin ortak amacı, örgütün kuruluş amacının gerçekleştirilmesidir.

c)Etkinlik ve verimlilik arasında denge kurma: Etkinlik, amaçlara ulaşma derecesini, verimlilik ise girdi-çıkı arasındaki oranı ifade etmektedir.

¹⁷ Zencirkıran, Örgüt, 40-42

¹⁸ Şahin Yusuf, Yönetim Bilimi ve Türk Kamu Yönetimi, Aksaray 2013, s.7

¹⁹ Emre Cahit, Yönetim Bilimi Yazıları, Ankara 2003, s.355

d)*Sınırlı kaynaklardan en yüksek düzeyde yararlanma:* Yöneticiler örgütün elindeki olanaklarla örgütün amaç ve hedefleri arasında bir denge kurmanın yollarını aramak durumundadırlar.

e)*Değişen çevre koşullarını dikkate alma:* Örgütler, günümüzde bölgesel ve ulusal pazarlarda olduğu kadar küresel pazarlarda da faaliyet göstermektedirler. Bu sebeple, yöneticiler ulusal ve küresel boyuttaki siyasi ve sosyo-ekonomik gelişimleri izlemek bu değişimlerin örgüt üzerindeki olumsuz etkilerini bertaraf etmenin ve hiç olmazsa asgariye indirmenin yöntemlerini aramak ve örgüt stratejilerini değişen koşullara uyarlamak durumundadırlar.

Yönetim, bir çırpıda olup biten bir olgu olmayıp, iç içe geçmiş çeşitli aşamalardan oluşan bir süreçtir²⁰. Yönetim bilimciler yönetim sürecinin öğelerini evrensel olarak saptamış ve altı ana başlık altında toplamıştır. Bunları sırasıyla sayacak olursak; **“Planlama”**, **“Organizasyon”**, **“Personel Alma”**, **“Yönetme”**, **“Koordinasyon”** ve **“Denetim”** şeklinde özetlemek mümkündür²¹.

Yönetim sürecinin bu altı boyutundan biri olan “yönetim” ve “yönetme” fonksiyonlarının işletmelerde “İş Hukuku” bağlamında, haklar ve yükümlülükler boyutunda irdelenmesi, bu çalışmanın da odaklanma noktalarından olacaktır. Bu bağlamda, yönetim sürecinde görev alan bireyler, “Yönetim Biliminde” “yöneten” ve “yönetilen” kavramları ile anılırken; işletme ve işyeri yönetiminde, işveren veya işveren vekilinin talimat verme hakkı ve sorumlulukları ile çalışanların hakları ile yükümlükleri arasındaki hukuksal ilişkileri düzenleyen ve inceleyen İş Hukuku disiplini, “işveren” ve “işçi” olarak adlandırılmakta ve bu hukuk sùjelerine kimi zaman birbiriyle yarışan, kimi zaman iç içe geçmiş ve kimi zaman da uzlaşması oldukça zor birbiriyle çatışan hak ve yükümlülükler tanınmaktadır.

Bu bağlamda, sosyolojik, siyasi ve ekonomik gelişmelere paralel olarak, 19.yy liberal devlet modeline tepki olarak ortaya çıkan, siyasi düşünceler tarihinde genel kabul gördüğü şekliyle siyasi ve ekonomik liberalizmin evrimi ve gelişimi olarak kabul edilen ve işçi temel hak ve özgürlüklerinin korunması alanında yeni bir

²⁰ Emre, 356

²¹ Emre, 357

çıgır açan “**Sosyal Devlet**”²² modelinde işverenin yönetim hakkının yeniden tanımlanması ve sınırlandırılması çağdaş İş Hukuku’nun önemli bir konusunu, “İşverenin Yönetim Hakkını ve Sınırlarını” oluşturmaktadır.

II. İşverenin Hukuksal Niteliği

İşverenin yönetim hakkının irdelenmesi için öncelikle “işveren”i tanımlamakta fayda vardır. İşveren kavramının tanımlanması ise, bir gerçek veya tüzel kişiye veya tüzel kişiliği olmayan hukuk süjelerine işveren sıfatını kazandıran hukuksal özelliklerin belirlenmesiyle mümkün kılınabilir²³. Bunu saptamak için de, çalışma hayatına ilişkin yasaların işveren tanımlarını barındıran hükümlerini irdelemekte fayda vardır.

İşveren, İş Kanunu ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigorta Kanunun ilgili hükümlerinde tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu m.2’de işveren;

*“Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara **işveren**, işçi ile işveren arasındaki kurulan ilişkiye iş ilişkisi”* denir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, İş Kanunu yönünden işveren kavramı işçi kavramı ile yakından ilgilidir²⁴. İşveren bir gerçek kişi olabileceği gibi, bir tüzel kişi de olabilmekte, yani bir sermaye şirketi, dernek, belediye, vakıf, kooperatif, sendika, üniversite ve hatta 4857 sayılı Kanun’da yapılan bir yenilik ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar da adi ortaklıklar, bakanlıklar, kamu kurumları örneklerinde olduğu gibi işveren olabilmektedir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 12. maddesinde ise, “işveren”;

²² Tanör/Yüzbaşıoğlu sosyal devleti, “*Kişilere yalnız klasik özgürlükleri sağlamakla yetinmeyip, aynı zamanda onların insan gibi yaşamaları için zorunlu olan maddi ihtiyaçlarını da karşılamayı kendisine görev bilen devlet*” olarak tanımlamaktadır. Tanör Bülent/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, 13.Bası, İstanbul 2012, s.102-103

²³ Engin Murat, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara 1993, s.32

²⁴ Engin, İşveren, 32

“Kanunun, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a)²⁵ ve (c)²⁶ bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” dır.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’unda ise, m.2/f.3 hükmü ile, işveren kavramı bakımından 4857 sayılı kanuna atıfta bulunmuştur.

Fransız yargı içtihatları ise, işveren kavramının tanımında 1968 tarihli Brüksel Antlaşmasını temel alarak, işvereni, *“işçinin kendisine ödenecek ücret karşılığında menfaatine ve hesabına olarak ve onun idaresi altında belli bir süre boyunca edimlerini ifa ettiği kişi”* olarak tanımlamıştır²⁷.

Türk Borçlar Kanununda ise, işveren tanımına açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, “Hizmet Sözleşmelerinin” düzenlendiği bölümde yer alan m.393 ve m.399 hükümlerinde, işveren kavramının temel öğeleri ile işverenin hak ve yetkileri hakkında genel bir çıkarımda bulunmak mümkündür. Türk Borçlar Kanunu m.393’de hizmet sözleşmesi;

“İşçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirsiz süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödendiği sözleşme” olarak tanımlamaktadır. Diğer taraftan Türk Borçlar Kanunu m.399’da ise;

“İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir” ifadeleri ile işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan yetkileri ana hatlarıyla belirtilmiştir.

Söz konusu kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; işveren olmanın dört temel unsuru ortaya çıkmaktadır; bu unsurlardan birincisi, işverenin işçi çalıştırmasının yasal ve sözleşmesel dayanağının **iş sözleşmesi** olması, ikinci unsur, **işçinin işverene bağımlı** olması, bir başka ifade ile işçinin kendi adına değil işveren

²⁵ 5510 sayılı Kanun m.4/f.1(a) Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar

²⁶ 5510 sayılı Kanun m.4/f.1(c)Kamu idarelerinde çalışanlardan

1) (a) bendine tâbi olmayanlardan, kadro ve pozisyonlarda sürekli olarak çalışıp, ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar,

2) (a) ve (b) bentlerine tâbi olmayanlardan, sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86 . maddesi uyarınca açıktan vekil atananlar,

²⁷ Lahalle Thibault, L’employeur et le droit du travail , Paris 2012, s.15

nam ve hesabına çalışması, üçüncü unsur, işçinin **iş görmeyi** üstlenmesinin karşılığında işverenin de işçiye bir **ücret ödemesi**, dördüncü unsur, işverenin işçiye **işin görülmesi** ve **işçinin davranışlarıyla** ilgili düzenlemeler yapabilmesi ve **talimatlar** verebilmesi ve nihayet, işverenin **gerçek kişi, tüzel kişi** veya **tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlar** olabilmesidir.

Bu unsurların tümünden yola çıkılarak, “**işveren**, bir iş sözleşmesine dayanarak ücret karşılığı işçi çalıştıran ve işin görülmesini isteme hakkı ile en yüksek düzeyde talimat verme yetkisine sahip olan gerçek veya tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluştur.” şeklinde tanımlanabilir²⁸.

a. Somut İşveren/Soyut İşveren Ayrımı

İşveren tanımından da anlaşılacağı gibi işveren kural olarak hem işin görülmesini isteme hakkına ve hem de en yüksek düzeyde talimat verme yetkisine sahiptir²⁹. Ancak bazı durumlarda işin görülmesini isteme hakkı ile en yüksek düzeyde talimat verme yetkisinin farklı kişilerde toplanması somut işveren/soyut işveren ayrımını ortaya çıkarmıştır.

İş sözleşmesinin karakteristik yapısını oluşturan “işin görülmesini istemek hakkı” ile “talimat verme yetkisinin” değişik kişilerde bulunması, hukuki imkansızlık durumundan kaynaklanacağı gibi, büyüyen ekonomilerin gereği olarak kurumsallaşan şirket yapılanmalarından veya küreselleşen piyasalar gibi ekonomik ve ticari gerekliliklerden de kaynaklanabilir. Hukuki imkansızlık durumlarına örnek olarak sayılabilecek; yaş küçüklüğü sebebiyle işletme sahibinin hukuki işlem ehliyetinin bulunmaması ve bu yetkinin yasal temsilci tarafından kullanılması, iflas eden işverenin işletmesi üzerindeki tasarruf ve yönetim yetkisinin bulunmaması sebebiyle bu yetkinin iflas idaresi tarafından kullanılması veya muris işverenin ölümü ile mirasçılar yerine vasiyeti tenfiz memuru olarak kullanılması hallerinde, sırasıyla, yasal temsilci, iflas idaresi ve vasiyeti tenfiz memuru somut işveren; küçük, müflis işveren ve mirasçılar ise soyut işverendir. Ayrıca tüzel kişiler de MK m.48-49

²⁸ Tunçomağ Kenan, İş Hukuku, 4.Baskı, İstanbul 1986, s.108-110; Ekonomi Münir, Ferdi İş Hukuku Cilt:I, 3.Bası, İstanbul 1987, s.50-52;

Engin, İşveren, 40

²⁹ Tunçomağ Kenan, 110; Ekonomi, 52; Engin, İşveren, 116

hükümleri gereği, kurulduğu andan itibaren hak ehliyetine sahip olmakla birlikte fiil ehliyetlerini, İş Hukuku terminolojisindeki adıyla yönetim yetkilerini ancak organları aracılığıyla kullanabilecektir. Bu bağlamda anonim şirketlerde TTK m.365 ve devamı hükümleri gereği yönetim yetkisini yönetim kurulu kullanacak olup, limited şirketlerde TTK m.623 gereği, şirket ana sözleşmesinde kararlaştırıldığı gibi, müdür sıfatını taşıyan bir veya birkaç ortak veya tüm ortaklar ya da üçüncü şahıslar tarafından kullanılabilir.

Diğer yandan organ niteliğinin saptanması işveren-işveren vekili ayrımının yapılabilmesi bakımından da önemlidir. Organ niteliğine sahip kişi, tüzel kişi işverenin bir parçası olduğundan, işveren vekili sıfatını taşımayacaktır³⁰.

Ancak günümüzde hukuki zorunlulukların ötesinde, somut işveren/soyut işveren ikilemi rekabetin artması ve küreselleşmeyle birlikte, gelişen kurumsal ve profesyonel şirket yapılanmalarında giderek artan oranda görülmektedir. Bu gibi durumlarda tüzel kişiliğin veya tüzel kişiliği bulunmayan kurum veya kuruluşun kendisi soyut işveren ancak en yüksek düzeyde talimat verme yetkisinin devredildiği organ, gerçek kişi veya kişiler somut işverendir. Somut işveren niteliğine haiz olabilmek için ise, iki unsurun bulunması gerekir; bunlardan birincisi işletmenin yönetimini sağlamak ve ikincisi karar vermektir. Yönetimi sağlamak işletmenin genel politikasını oluşturan faaliyetlerin tümünü ifade eder, karar verme ise, somut işveren kavramının belirleyici özelliğini oluşturur ve somut işveren işletmenin yönetimine ilişkin faaliyetlerine karar verir ve kimseden emir ve talimat almaz³¹.

İşveren vekili ise, işverenden aldığı yönetim ve temsil yetkisini uygulayarak işyerini veya işletmeyi yönetir. Bu yönüyle de, somut işveren, işveren vekilinden ayrılmaktadır. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de, 2001 tarihli bir kararında³² bu hususu; *“Genel müdür birçok hak ve yetkiye sahip ise de, işveren vekili sıfatıyla işverenin işin sevk ve yönetimi konusundaki isteklerini de dikkate almak zorundadır.”* ifadeleri ile vurgulamıştır. Bu husus 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Şirketler ana başlığı altında, anonim şirketlerin yönetim ve karar organı olan, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerinin tahdidi olarak

³⁰ Engin, İşveren, 139

³¹ Engin, İşveren, 121

³² Y.9HD, 20.02.2001, E. 2000/19061, K.2001/2919, www.kazanci.com

sayıldığı m.375/f.(a)'da “*Şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi*” ifadeleri ile açıkça belirtilmiştir. Yani anonim şirketlerde en üst düzeyde yönetim ve talimat verme yetkisi, somut işveren olan yönetim kurulunda bulunmakta, işveren vekili ise, ancak somut işveren olan yönetim kurulundan aldığı temsil ve talimat yetkisini yerine getirecektir ki, çoğu zaman bu kişi, şirket genel müdürü olmaktadır.

Hemen söylemek gerekir ki, hukuken işveren sıfatına sahip olan, işçi veya işçilerle iş sözleşmesini akdeden soyut işverendir. Somut işveren gerçek anlamda işveren olmayıp işverene özgü bir yetkiyi kullanması sebebiyle sosyolojik bir bakış açısıyla işveren olarak tanımlanmaktadır. Fransız İş Hukukunda da, somut işvereni asıl işverenden tam anlamıyla ayırt etmek için “le chef d’entreprise” kavramı kullanılmaktadır³³.

b. İşveren Vekilliği

İşletmenin, işyerinin ve işin yönetilmesi ile ilgili bir başka karakteristik kavram ise “işveren vekilliği” dir³⁴.

Günümüzde işletmelerin ve iş hacminin genişlemesi genellikle işverenin tek başına işi yönetmesini, iş yasalarından ve sözleşmelerinden doğan yükümlülükleri yerine getirmesini olanaksız kılmaktadır. Yine işverenin tüzel kişi olması halinde, belirli zaman periyotlarında toplanıp, yönetime ilişkin kararlar veren tüzel kişinin organının sürekli olarak işin başında bulunup işi bizzat yönetmesi ve izlemesi mümkün değildir. Diğer taraftan, işletmelerde uzmanlaşma gereği de işverenlerin işyerindeki birçok işi bizzat yönetmeleri zorlaşmakta ve hatta olanaksız hale gelmektedir. Son olarak, rekabet koşulları ve küreselleşen piyasalar yönetimde de kurumsallaşmayı ve profesyonelleşmeyi beraberinde getirmiştir. Tüm bu gelişimler karşısında işletmelerde ve işyerlerinde yönetime yardımcı olacak kişilerin çalıştırılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır³⁵.

³³ Engin, İşveren, 117-118

³⁴ Yılmaz Halil, Türk İş Hukukunda Bireysel İş İlişkileri Açısından İşveren Vekilliği, Ankara 2012, s.43

³⁵ Süzek Sarper, İş Hukuku, 10.Baskı, İstanbul 2014, s.167

İş Kanunu sistematığı içinde işveren vekilliği kurumuna baktığımızda, İş Kanunu, işveren vekilini iş sözleşmesi ile çalışan kişi yani işçi olarak görmüş ve aynı zamanda yönetim ve temsil yetkisine sahip olmasını öngörmüştür. İş Kanunu m.2/f.4’de aynen;

“İşveren adına hareket eden ve işin işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir” hükmüne yer verdikten sonra, aynı maddenin bir sonraki fıkrasında (m.2/f.3);

“İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz” denmektedir.

İş güvencesine ilişkin hükümlerin yer aldığı m.18/f.son hükmünde de, işveren vekillerinin İş Kanuna göre işçi olarak kabul edilmesine rağmen, iş güvencesinden yararlanamayacağını belirtilirken bir kez daha işveren vekili sıfatının ayırt edici unsurlarına yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, *“işletmenin bütününi sevk ve idare edenler”* işveren vekili kabul edildiği gibi, *“işyerinin bütününi sevk ve idare eden ve işçiyi alma ve işçiyi çıkarma yetkisi bulunanlar”* da işveren vekili kabul edilmiştir.

Tüm bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden işveren vekili olmanın ilk şartı işveren adına hareket etmek bir başka deyişle hukuken işvereni temsil etmektedir. Hemen söylemek gerekir ki, bu temsil yetkisi iş sözleşmesi ile işveren vekiline tanınacağı gibi nadiren bir vekalet sözleşmesi de olabilir. Ancak her halükarda işveren vekili olabilmek için işveren adına hareket etmek tek başına yeterli değildir, işveren vekili olmanın ikinci şartı ise, işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev almaktır. Bu yönüyle işveren vekili işi yapan değil yöneten oluşu ile işçiden ve yönetmeyi ise kendi adına değil işveren adına yapması bakımından da işverenden ayrılır³⁶. Kanun koyucu ayrıca, iş güvencesine ilişkin hükümlerin düzenlendiği bölümde, işletme³⁷ ve işyeri³⁸ bazında işveren vekili olmanın önemli

³⁶ Çenberci, Mustafa, Ankara 1978, s.180; Yılmaz, İşveren Vekilliği, 45

³⁷ *“İşletme kavramı, İş Hukuku’ndan çok Ticaret Hukuku alanında kendini gösteren bir kavramdır. Ancak gelişen ve yenilenen İş Hukuku işletme kavramına yer vermeye başlamıştır. Genel anlamda işletme, “iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için işverene ait bir veya daha fazla işyerinin bağlı olduğu organize edilmiş bir bütün” olarak tanımlanmaktadır.”* Kar Bektaş, İşletme, işyeri ve İşin Gerekerlerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı:2008/2, İstanbul 2008, s.103; *“İşletme, üretim fonksiyonlarının (emek, sermaye, doğa) işveren tarafından planlı, tutarlı ve sistemli bir biçimde bir araya getirilerek mal ya da hizmet*

bir ayrıntısına yer vermiş ve işletmenin bütünü sevk ve idare edenler için işveren vekili sıfatını yeterli saymışken; işyerinin bütünü sevk ve idare edenler için işveren vekili kabul edilebilmek için ayrıca işçiye işe alma ve işten çıkarma yetkisi aranmıştır³⁹. İşveren vekilinin tanımının yapıldığı başlangıç bölümünde de işveren adına hareket etmek ön koşulu arandığı göz önünde tutulacak olursa, işyeri yönetiminde işveren vekili olabilmenin tamamlayıcı şartı olarak, işçiye işe alma ve işten çıkarmanın yer alması kanun sistematığı açısından da uyumludur. Aksinin kabulü, işyerinde çalışan ve görev tanımına bağlı olarak kısmi yönetim yetkisi verilen ama yönetirken aynı zamanda işin ifasında astları ile birlikte görev alan müdür, şef, ustabaşı gibi işçileri işveren vekili kabul etmek gerekir ki⁴⁰, böylesi bir durum yasanın işveren vekilliği için aradığı ilk şart olan işveren adına hareket etmek sıfatını bir kenara bırakmak anlamına geldiği gibi, işveren vekilliği alanını çok fazla genişleterek, bir çok kişinin işverenle aynı düzeyde cezai ve idari sorumluluklarının doğmasına sebebiyet verebilir.

Esasen böylesine bir yaklaşım yani işveren vekilliği kavramının mümkün olduğu kadar sınırlarının çizilmesi ve dar bir çerçeveye oturtulması çalışmamızın başında ele aldığımız işverenin yönetim hakkı kavramı ile işletme yönetimine attığımız anlam ile de uyumlu olacaktır.

§2. Yönetim Hakkının Tarihsel Gelişimi

İşverenin yönetim hakkı, tarihsel süreç içinde sosyolojik ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak siyasi yönetim şekilleri ve benimsenen devlet modelleri temelinde çeşitli aşamalardan geçmiş ve sürekli bir değişim ve evrimleşme süreci

üretimine veya mübadelesine yönelen ve amaçlarına ulaşmak için rasyonel ekonomik kararlara dayanan ekonomik birimdir.” Aydınlı İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkilerinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, s.151; “*İş Hukuku işletme ile o işletmede işçilerin çalışması sebebiyle ilgilenir*” “*İşyeri teknik, işletme ise ekonomik nitelik taşır. İşyeri en yakın teknik üretim ve hizmet amacı ile ilgilendiği halde, işletme, iktisadi amaçlara odaklanır. İşletme hukuki ve mali yönden bağımsız olduğu halde, işyerinin bağımsızlığı yoktur.*” Esener Turhan, İş Hukuku, Ankara 1975, s.85

³⁸“*İş Hukukunun yer itibarıyla uygulama alanını işyeri oluşturur. İş yasalarında yer alan işyeri ve işletme kavramlarının farkının ortaya konulması gerekir. İşyerinin yasanın gerekçesinde de belirtildiği gibi, mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amacı olduğu halde işletme kural olarak iktisadi ve mali (kar sağlama) bir amaç güder. Teknik bir üretim amacına yönelik işyerinin işletmeden farklı olarak piyasa ile kar veya zararlar doğrudan ilgisi yoktur.*” Süzek, İş Hukuku, 179-180

³⁹ Tunçoğlu, İş Hukuku, 66; Demircioğlu Murat/Centel Tankut, İş Hukuku, 14.Bası, İstanbul 2010, s.55

⁴⁰ Aksi görüşte, Süzek, 168; Narmanlıoğlu Ünal İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, İstanbul 2012, s.116

yaşamıştır. Şöyle ki, siyasi ve ekonomik liberalizmin hakim olduğu endüstri devriminin ilk yıllarından başlayıp 20.yy ortalarına kadar olan süreçte işverene nerdeyse mutlak bir yönetim hakkı tanınırken, “sosyal devlet modeli” ne koşturarak gelişen işçi temel hak ve özgürlüklerinin iş ilişkilerine de uyarlanması ile, işverenin yönetim hakkı yeni bir içerik kazanmıştır. Bu yeni siyasi ve ekonomik süreçte, işverenin yönetim hakkı ile işçilerin temel hak ve özgürlükleri arasında bir denge kurulurken, kimi zaman da işverenin yönetim hakkı karşısında işçi temel hak ve özgürlükleri korunarak işçinin onur ve saygınlığına öncelik ve üstünlük tanınmıştır.

Bu perspektif içinde işverenin yönetim hakkını;

- İşverene mutlak yönetim hakkı tanındığı dönem ve düşünsel temelleri,
- İşverenin yönetim hakkının sosyal devlet modelinin benimsendiği anayasalar doğrultusunda gelişen çağdaş iş hukuku normları ile sınırlandırıldığı dönem ve temelinde yatan kuram,
- Ve nihayet işçinin yönetime katılımının bir başka deyişle işyerinde ve işletmede sosyal diyalogun amaçlandığı dönem olarak;

üç aşamada incelemek mümkündür.

a. İşverene Mutlak Yönetim Hakkı Tanındığı Dönem ve Örgütlenme Teorisi

Örgütlenme teorisi (la théorie de l'institution), işverenin yönetim yetkisini, kamu gücünün yetkisi ile özdeşleştirerek, iş akdinin dışına yerleştirmeye ve İş Hukukuna uyarlanan bir kamu gücü düşüncesinin varlığına dayanır⁴¹. Bu teoriye göre, işletme yöneticisinin ekonomik örgüt içindeki konumu bu yetkinin olgusal kaynağıdır. Madem ki, işletmeyi işveren yönetmektedir, o zaman işverenin ekonomik güç vasıtalarına sahip olması ve “işletme” adını verdiğimiz ekonomik örgütlenmede üstün bir durumda olmasını gerektirir. Esasen kapitalist düzende işletme yöneticisine tanınan bu hakimiyet, işçinin yapılan faaliyette üstlendiği hiçbir ekonomik risk almamasının karşılığı olmaktadır⁴². Bir başka deyişle, bu görüşün temsilcilerinden Hauriou'ya⁴³ göre, örgütlenmenin başındaki kişinin yetkisi (işverenin yetkisi) hukuki dayanağını örgütlenmenin varlığından alan bir yetkidir ve bu sebeple de

⁴¹ Péliissier Jean./Auzero Gilles/Dockès Emmanuel, 27.édition, Paris 2013, s.608

⁴² Camerlynck G.H. /Lyon Caen Gérard, Droit du travail, 10.édition, Paris 1980, s.473

⁴³ Maurice Hauriou, “La théorie de l'institution”

örgütlenmenin nihai amacının gözetilmesi dışında hiçbir sınıra tabi olmayacaktır. İş Hukuku'na uyarlanan bu teori işletmeyi bir örgütlenme olarak tanımlamaktadır. Hal böyle olunca, bireysel iş sözleşmesi işçinin örgütlenmeye katılması işlemini gerçekleştiren bir işlevden başka bir şey değildir. Dolayısıyla iş akdi, ne işverenin yetkisinin kaynağı ve ne de sınırır. Bu bağlamda, işletmenin yetkisini frenleyen, sınırlandıran tek şey “işletme menfaati”dir. Yine bu yaklaşımın öncülerinden Paul Durand’a göre, iş ilişkisi iş akdinden ayrıştırılmalıdır. Fransız yargı içtihatlarında işverene yönetimle ilgili tercihlerinde tam bir bağımsızlık olanağı verildiği dönemler olan 1945⁴⁴-1956 yıllarında verilen kararlarda Durand’ın örgütlenme teorisinin çok büyük etkisi olmuştur. Bu bağlamda, 31 Mayıs 1956 tarihli **“Brinon”** Kararında, Fransız Yargıtay’ı (la Cour de cassation), örgütlenme teorisini işverenin yönetim yetkisinde tam anlamıyla kabul ederek, **“işveren tek başına karar verir”** ilkesini benimsemiş;

“İşveren çalışanın kendisine verilen görevleri tam bir şekilde ifa edip etmediği konusunda tek karar verici olduğu gibi, aynı zamanda işletmenin düzgün işleyişi menfaatine olarak teknik düzen ve iş düzeni konusunda değişiklik yapmak konusunda da tek karar sahibidir.” ifadelerine yer vermiştir.

Örgütlenme teorisini benimseyen 1945’lerdeki Fransız Yargıtay’ına göre, işveren, işletmenin nihai menfaatlerini gerçekleştirebilmek için özel imtiyazlarla donatılmış olup, bu imtiyazların kullanılması sonucu şekillenen işverenin yönetim yetkisi, atipik sözleşmelerin, tek taraflı tasarrufi işlemlerin ve iç yönetmeliğin düzenlenmesiyle somutlaşan özerk bir norm üretme biçimini oluşturur⁴⁵.

b. İşverenin Yönetim Hakkının Sınırlandırılması ve Sözleşme Teorisi

İş Hukukunda işçinin temel hak ve özgürlükleri bağlamında insan hakları sorununun daha çok ön plana çıkması ve buna bağlı olarak bireyin daha çok hesaba katılmasıyla kolektif bir olgu olan işletme, işçinin hakimiyet altına girmesini meşru kılmak ya da hukukileştirmek için çok yetersiz kalmıştır⁴⁶. İşte bireye gösterilen bu

⁴⁴ 1945 tarihli Paule ve Chausson Kararında, *“işverenin işçiler üzerindeki disiplin yetkisi işverenin niteliğinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmiştir.”* Lahalle, 12; Pélissier/Auzero/Dockès, 610

⁴⁵ Lahalle, 13

⁴⁶ Pélissier/Auzero/Dockès, 610

büyük saygı, bir hakkın veya hukuki bir yetkinin varlığını rıza üzerinde temellendirmeyi zorunlu kılmıştır. Böylece, işçinin rıza gösterdiği için ve rıza gösterdiği oranda hakimiyet altına girdiği düşünülmüştür ki, bu da bizi, bireysel iş sözleşmesini işverenin hukuki yetkisinin kaynağı ve ilk sınırı olarak kabul etmeye yönelterek “sözleşme teorisi” nin “la théorie contractuelle du pouvoir” doğmasını sağlamıştır. İşçi bakımından “hukuki bağımlılık” olarak adlandırılan bu hukuki yetki, yargı içtihatları tarafından bütün iş sözleşmelerinin içeriğine dahil edilen bir sözleşme kaydı olarak düşünülmektedir⁴⁷.

Çağdaş İş Hukuku’nu besleyen ve geliştiren “sözleşme teorisi” işverenin keyfi uygulamalarına son vererek, bir birey olan işçinin çalışma hakkı ile temel hak ve özgürlüklerinin korunması adına işverenin yönetim hakkının, Anayasa, emredici yasa hükümleri, bireysel ve toplu iş sözleşmeleri ile sınırlandırılmasını sağlamıştır.

Bu bağlamda Türk İş Hukukunda da işverenin yönetim hakkı, Türkiye’nin Anayasa m.90/f.son hükmü uyarınca imzalayarak iç hukuk kuralı haline getirdiği uluslar arası antlaşmalar ve Avrupa Birliği yönergeleri esas alınarak düzenlenen 4857 sayılı İş Kanununda, mülga 1475 sayılı İş Kanunu’na göre nazaran önemli ölçüde sınırlandırılmıştır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2008 tarihli kararında⁴⁸, 4857 sayılı İş Kanunu m.22’ de yapılan değişikliğe atıfta bulunarak, işçinin statüsünün değiştirilmesinden önceki unvanın iadesi ile ücret farkının ödenmesi taleplerine ilişkin davada;

*“Davacının talep ettiği dönemin 1475 sayılı İş Kanunun uygulandığı zamana denk gelmesi ve bu dönemde 4857 sayılı İş Kanunu’nun 22.maddesine benzer bir hükmün bulunmaması sebebiyle yapılan değişikliğin **işverenin yönetim hakkı kapsamında mütalaa edilmesi gerektiğini**”* belirtmiştir.

Fransız Yargı İctihatlarında da, sözleşme teorisi tedrici olarak kabul edilmiş olup, bu gelişimde üç ilkesel kararın hatırı sayılır bir rolü olmuştur. Bu kararlar sırasıyla, 8

⁴⁷ Péliissier/Auzero/Dockès, 610-611

⁴⁸ Y.HGK, 8.10.2008, E.2008/9-615, K.2008/606, www.kazanci.com

Ekim 1987 tarihli “Raquin Kararı” (l’arrêt Raquin du 8 octobre 1987)⁴⁹, 10 Temmuz 1996 tarihli “le Bere Kararı”(l’arrêt Le Berre du 10 juillet 1996)⁵⁰ ve nihayet 16 Haziran 1998 tarihli “Hôtel de Berry” (l’arrêt Hôtel le Berry du 16 juin 1998)⁵¹ kararlarıdır⁵².

Fransız Yargıtay’ının “Raquin Kararı” ndan önce, işveren, işçinin çalışma koşullarını istediği gibi değiştirebilmekte ve böylece sözleşmelerin içeriği işverenin emrine amade olmakta ve keyfi uygulamalarına sahne olmaktadır yani işverenin talimatları ve kararları sözleşmelerin önüne geçebilmekteydi. Ancak Raquin Kararı ile, işçinin işveren tarafından tek yanlı olarak değiştirilen çalışma koşullarına zımni olarak muvafakat etmesini, çalışma koşullarının değiştirilmesi için yeterli görmemiş ve ayrıca işçinin sarih onayının alınması şartını aramıştır. Sonuç olarak M. Raquin, ücretin indirilmesine ses çıkarmadığı halde, seneler sonra ücret farklarını alabilmiş ve bireysel iş sözleşmesinin bağlayıcılığı yargı kararı ile teyit edilmiştir.

Fransız Yargıtay’ ı ikinci aşamada “Le Berre Kararı” ile sözleşme teorisi konusunda Türk Yargıtay’ının bir adım önüne geçerek, “iş sözleşmesinde esaslı değişiklik ve esaslı olmayan değişiklik” ayrımını aşırı belirsizliklere yol açtığı gerekçesiyle terk etmiş ve iş sözleşmesinde yapılacak tüm değişikliklerin ancak iki tarafın mutabakatı ile yapılacağına hükmetmiştir.

Nihayet “Hôtel Le Berry” Kararı ile, işverenin yönetim yetkisi içinde kabul edilen disiplin yetkisinin kullanmasıyla ilgili olsa dahi işverenin iş sözleşmesinde değişiklik yapamayacağı kabul edilmiştir.

Böylelikle, “Sözleşme Teorisinin” öğretiden sonra yargı içtihatlarında da kabul görmesiyle, “Örgütlenme Teorisinin” işverene tanıdığı mutlak yönetim hak ve yetkisi, işverenin öncelikle akdettiği iş sözleşmesi hükümleri bağlı olması ve sözleşme hükümlerinde istediği gibi değişiklik yapamaması kuralı gereği önemli ölçüde sınırlandırılmıştır.

⁴⁹ Soc.8 oct, 1987, Raquin et Trappiez D.1988. 57

⁵⁰ Soc.10 juill, 1996, Bull.civ. V, n:278

⁵¹ Soc. 16 juin 1998, Bull. civ, V. n:320

⁵² Pélissier, Auzero, Dockès, 611-615

Diğer taraftan “Sözleşme Teorisinin” iş sözleşmesi gereği işverene bağlı olarak çalışan bireyi ön plana çıkarması ile birlikte siyasi ve ekonomik konjonktürdeki gelişmelere paralel olarak kamu hukukunda uygulama alanı bulan kişi temel hak ve özgürlüklerinin bir özel hukuk dalı olan İş Hukuku’na da uyarlanması sonucu, işverenin yönetim hakkı, Uluslar arası Sözleşme hükümleri, Anayasa ve nihayet emredici kanun hükümleri ile de önemli ölçüde sınırlandırılmıştır.

c. İşverenin Yönetim Hakkını İşçi ile Paylaşması (İşçilerin Yönetime Katılması-Endüstriyel Demokrasi)

Çağdaş İş Hukukunun en karakteristik özelliklerinden birisi de, işçilerin çalıştıkları işyerinin veya işletmenin yönetimine katılmalarıdır. Günümüzde endüstrinin gelişmesi ve sermayenin kişisellikten çıkıp anonim bir nitelik kazanması sonucunda işyeri ve işletme yönetiminde eski paternalist anlayıştan uzaklaşmış, işverenin tek taraflı yönetim hakkının sınırlandırılması ve çalışanların yönetime katılması uygulamaları yaygınlık kazanmıştır⁵³.

Diğer taraftan, siyasi düşünce sistemindeki gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan ve liberal devlet anlayışına tepki olarak doğan ve bazı düşünürlere göre, siyasi ve ekonomik liberalizmin evrimi ve kendini yenilemesi sonucu oluşan bir evre⁵⁴, bazı düşünürlere göre ise, kapitalist ve sosyalist sistemlerin sentezi olarak adlandırılan⁵⁵ **sosyal devlet modelinin** ve bunun ötesinde **demokrasinin ekonomik hayata, emek-sermaye ilişkisine yansımalarının** bir sonucu olarak “endüstriyel demokrasi” yapılanmasını getirdiği söylenebilir.

Endüstriyel demokrasi, geniş anlamda çalışanların her düzeyde yönetime katılımını esas alan, insan kaynaklarını geliştirmeyi hedefleyen, üretim, yönetim, başarı ve sorumlulukların paylaşılmasına imkan tanıyan, bunların hayata geçirilmesini sağlayan ve siyasi demokrasiyi tamamlayan yönetim aracıdır⁵⁶. İşçilerin yönetime katılmalarının anlamı, işçilerin üretim faaliyetlerine ilişkin kararların alınmasında, uygulanmasında ve denetiminde söz sahibi olmalarını

⁵³ Süzek Sarper, İş Hukukunda Katılım, Coşkun Kırca’ ya Armağan, İstanbul 1995, s, 165,

⁵⁴ Tanör Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, s.106

⁵⁵ Centel Tankut, İş Hukuku, İstanbul 1992, s.12

⁵⁶ Yiğit Yusuf, İş Hukukunda İşverenin Çalışanlara Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü, İstanbul 2010, s.47; Esener Turhan, İş Hukuku, 92

sağlamaktır. Böylece iki asır süren yabancılaşmaya, mücadeleye ve çıkar ayrılığına dayalı endüstri ilişkileri yaklaşımı yerini çıkar birliğine, ortak kadere, diyalog ve işbirliğine dayalı çağdaş sistemlere terk etmektedir⁵⁷. Bu yeni anlayışta, işçinin esas korunması ve güvencesi, işyerinin kaderiyle ve geleceğiyle ilişkili bir biçimde değerlendirilmektedir⁵⁸.

Yönetime katılma, sendika, toplu pazarlık gibi pek çok endüstri ilişkileri olgusu gibi, Avrupa’da ortaya çıkan bir kavramdır⁵⁹. Bu bağlamda, Avrupa Birliği Hukuku’nda da “işyeri ve işletme düzeyinde sosyal diyalog” olarak adlandırılan işçilerin temsilcileri aracılığıyla işletmesel karar alma sürecinde yer almaları, Avrupa Birliği Anlaşmaları ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile kabul edilmiştir⁶⁰. İşyeri ve işletme düzeyinde sosyal diyalog, Avrupa Birliği Yönergelerinde ve kurumsal anlamda kendi içinde farklı unsurları barındıran bir üst kavramdır ve üç aşamada gerçekleşmektedir: Bunlar, işletmesel kararların alınmasından önceki hazırlık aşamasında bilgi edinme hakkı, danışma hakkı ve en son aşama olan, işletmesel kararlara katılımıdır⁶¹.

Avrupa Birliği Ülkelerinin üzerinde uzlaşabildiği ve Türkiye’nin de çekince koymadan kabul ettiği Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın bilgi edinme ve danışma hakkını düzenleyen hükümleri çerçevesinde çıkarılan “İşçilerin Bilgilendirilmesi ve Danışılmasında Genel Çerçevenin Kurulmasına İlişkin 2012/14 sayılı Yönerge” dir⁶². Esasen mantıksal olarak bakıldığında da; işçilerin işyeri ve işletme temsilcileri aracılığıyla yönetime katılmaları için, öncelikle işverenin planları ve alacağı işletmesel kararlar hakkında bilgilendirilmesi, ikinci olarak bilgilendirilen işçi temsilcilerinin söz konusu plan ve kararlar hakkında görüşlerine başvurulması ve son olarak alınacak kararlarda ülkelerin mevzuatlarına bağlı olarak işçi temsilcilerinin görüşlerinden yararlanılması veya kararların birlikte alınması yönetime katılmanın nihai aşamasını oluşturacaktır. Bu bağlamda bilgilendirme hakkı, bireysel iş ilişkisini etkileyecek güncel ve muhtemel sosyo-ekonomik gelişmeler hakkında işçi temsilcilerinin işveren tarafından tek taraflı olarak

⁵⁷ Ekin Nusret, Dönüşüm-Küreselleşme ve Çalışma Hayatında Yeni Boyutlar, Prof.Dr.Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, s.56

⁵⁸ Ekin, 56

⁵⁹ Yiğit, Bilgi Verme ve Danışma, 48

⁶⁰ Engin Murat, İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog, İstanbul 2012, s.2

⁶¹ Engin, Sosyal Diyalog, 8-11

⁶² Engin, Sosyal Diyalog, 11-34

bilgilendirilmelerini ifade etmektedir. Bilgilendirme hakkından bir sonraki aşama olan, danışma hakkı ise, bilgilendirmeye konu olan ve uygulamaya geçilmesi planlanan kararlar ile ilgili olarak işçi temsilcilerinin görüşlerine başvurulması sürecidir⁶³.

İşçilerin yönetime katılması, sosyal alanda yönetime katılma (işin başlama ve bitiş saatlerinin saptanması, ara dinlenmesinin zamanı, işyerinin düzenine ilişkin kararlar, eğitim, yardımlaşma, hastalık, ölüm, doğum, evlenme, izin gibi sosyal sorunların çözümünde işçilere söz hakkı verilmesi), insan kaynakları alanında yönetime katılma (işe alınma, ücretlerin kademelendirilmesi, ilerleme, kıdem, işten çıkarma), teknik alanda yönetime katılma, işyeri ve işletme düzeyinde yönetime katılma (ekonomik konularda yönetime katılma, üretim yöntemleri, yeni yatırımlar, sermaye artırımını, genel harcamalar, malların pazarlanması, işletmenin devredilmesi ya da kısmen kapatılması) şeklinde özetlenebilir⁶⁴.

Bu verilerden yola çıkarak yönetime katılmayı, “işyerlerinde (işletmelerde) işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarını, başta yaşam hakkı ve sağlık hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerini etkileyecek kararların alınmasına, uygulanmasına ve denetimine, işçilerin işçilik sıfatlarını koruyarak, doğrudan veya temsilcileri veya sendikaları aracılığıyla yasalar ve toplu iş sözleşmelerinde belirlenen biçim ve ölçülerde katılmaları” şeklinde tanımlamak mümkündür⁶⁵.

İşçilerin yönetime katılımı, bir yandan sermaye-emek çekişmesi yerine sermaye-emek işbirliği ruhu yaratmanın ve çalışma barışını kurmanın ötesinde, işverenin yönetim hakkını kullanırken keyfiliklerin önüne geçilmesi ve işçilerin kişilik hakları ile temel hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında⁶⁶, yasalarla çizilen sınırların tarafların iradesiyle gerçekleşmesine hizmet edecektir. Yani yönetime katılma, işverenin yönetim hakkını sınırlamakta, işçinin bağımlılığını azaltarak, kişiliğinin ve onurunun korunmasını sağlamakta ve bu yolla İş Hukukunun amaçlarına ulaşmasına katkıda bulunmaktadır⁶⁷.

⁶³ Engin, Sosyal Diyalog, 9

⁶⁴ Tunçomağ, 11-13

⁶⁵ Süzek Sarper, İş Hukukunda Katılım, 165

⁶⁶ Erbaş Cevat Gökhan, Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması, Ankara 2013, s.22-23

⁶⁷ Süzek, İş Hukukunda Katılım, 166

Bu yönüyle endüstriyel demokrasinin etkin ve tutarlı bir şekilde uygulanmasının, işyerlerinde ve işletmelerde bir oto-kontrol mekanizması geliştirilerek, işverenin yönetim hakkının sınırlarının hakim müdahalesi olmadan korunmasına katkıda bulunacağını söylemek fazla iyimser bir yaklaşım olmayacaktır.

§3. Yönetim Hakkının Kaynakları

I. Girişim Özgürlüğü ve Yönetim Hakkı

Girişim özgürlüğü, tıpkı sözleşme ve çalışma özgürlükleri gibi ekonomik özgürlükler arasında yer alır. Girişim, sözleşme ve çalışma özgürlükleri bu yönüyle serbest piyasa ekonomisinin kurucu unsurları olup, ekonomik liberalizmden beslenir⁶⁸.

Avrupa Birliği Hukuku'nun temel metinlerinde de kabul edilmiş olan girişim özgürlüğü; Roma Antlaşması'nda (Traité de Rome), bir yandan ücret karşılığı olmayan faaliyetlere girişi ve bunların icrasını ve işletmelerin kuruluş ve yönetimini içeren işletme özgürlüğünü (m.43), diğer yandan da, hizmet sunma (m.49), malların ve sermayenin serbest dolaşımı özgürlüğünü(m.23 ve 56) de kapsar şekilde kaleme alınmıştır⁶⁹.

Girişim özgürlüğü Anayasamızda da “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” ana başlığını taşıyan üçüncü bölümde, “çalışma ve sözleşme hürriyeti” ile birlikte m.48 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre;

“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” Yani, Anayasa sistemi içinde, girişim özgürlüğü, sözleşme ve çalışma özgürlükleri ile birlikte ekonomik hak ve ödevler grubunda düzenlenmiştir. Türk doktrininde girişim özgürlüğünün çalışma özgürlüğü ile

⁶⁸ Tiryaki Refik, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008, s.51-163

⁶⁹ Pélissier/Auzero/Dockès, 666

tamamlanması gerektiği kabul edilirken⁷⁰, Fransız doktrinde de, girişim ve çalışma özgürlükleri aynı ağacın dalları olarak tanımlanmaktadır⁷¹.

Ancak piyasa ekonomisi ile birlikte sosyal devlet modelini de benimseyen Anayasamızda girişim özgürlüğü de mutlak ve sınırsız bir özgürlük değildir. Bunu ilk etapta girişim özgürlüğünü düzenleyen hükmün AY m.48/2. fıkrasından da kolaylıkla anlamak mümkündür. Anayasa m.48/f.2 aynen;

“Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

Anayasa Hukukçuları, söz konusu fıkra hükmünün, hele ki, Anayasa’nın 2 ve 5.maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde⁷², **girişim özgürlüğünün sosyal devletin⁷³ gereklerine uyarlandığı⁷⁴** ve devletin ekonomiye müdahalesine dayanak teşkil ettiği hususunda mutabıktırlar.

Anayasa Mahkemesi de, muhtelif kararlarında, sosyal devletin gerekleri arasında; kişi ve toplum arasında denge, **emek ile sermaye arasındaki denge, çalışanların insanca yaşaması, çalışanların korunması, çalışma hayatının istikrar içinde gelişmesi**, işsizliğin önlenmesi, milli gelirin daha adil dağılımı için çalışılması, **sosyal adalet ve sosyal güvenlik** ihtiyacının karşılanması, toplumsal kutuplaşmaların azalmasına özen gösterilmesini saymıştır⁷⁵.

İş Hukukunun anayasal düzenle bağı ise, devletin ekonomik ve sosyal sorunlara müdahalesinde belirginleşir⁷⁶. Zira, Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklar, bütün çalışma şartlarının

⁷⁰ Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler, 50

⁷¹ Pélissier/Auzero/Dockès, 665

⁷² “Özbudun, Anayamızın 48. maddesi hükmünü Anayasanın 2, 5, 35 ve 166-173 maddeleriyle birlikte değerlendirdiğinde devletin ekonomiye müdahale araçları olarak nitelemiştir.” Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler, 169

⁷³ Özbudun, sosyal devleti, sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla devletin sosyal ve ekonomik hayata aktif olarak müdahalesini meşru ve gerekli gören anlayış olarak tanımlamaktadır. Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler, 195

⁷⁴ Anayasa Hukukçularından Akgüner, devlete sosyal devlet ilkesi gereği yükümlülük getiren sınırlama hükmü olarak değerlendirirken, Tan, sosyal devletin karakterine vurgu yapan bir yaklaşım olarak görmektedir. Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler, 170

⁷⁵ Tanör/Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukuku, 103, AYM, 26.10.1988, E.1988/19, K.1988/33

⁷⁶ Centel Tankut, İş Hukuku, 8

oluşumunda ve çerçevelerinin belirlenmesinde etkili olurlar⁷⁷. Bu bağlamda, anayasanın seçtiği ekonomik sistem ve devlet modeli iş ilişkilerinin kurulmasından sona ermesine ve nihayet işverenin yönetim hak ve yetkisinin belirlenmesinde ve sınırlarının çizilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Nitekim “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlığı altında yer alan 11. madde hükmü ile anayasal norm haline gelmiş hükümlerin özel hukuk kişilerine de uygulanacağı kabul edilmiştir. Diğer taraftan, Anayasa m.13 hükmü ile, girişim özgürlüğü de dahil tüm özgürlüklerin ancak kanunla, anayasanın ruhuna ve özüne, demokratik toplum düzenine ve ölçülülük ilkesine uygun olmak koşuluyla sınırlanabileceği öngörülmüştür.

Anayasayla kurulmuş bu hukuksal denge içinde, işverenin geniş anlamda yönetim hakkı olarak tanımladığımız, işverenin işyeri ve işletme organizasyonunun düzeni, güvenliği ve yapılanması sürecindeki tüm hak ve yetkileri, işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması adına İş Kanunun ve diğer özel ve genel kanunların emredici hükümleri ile önemli kısıtlamalara tabi tutulmuş ve gerektiğinde işverene önemli ölçüde yükümlülükler getirilmiştir.

Hal böyle olunca Anayasamızın benimsediği sosyal devlet modeli ve bu modelin normatif dayanağını oluşturan ve anayasanın değiştirilemez hükümleri arasında yer alan, AY m.2⁷⁸ ve devamındaki AY m. 5⁷⁹, sırasıyla, girişim özgürlüğünün anayasal dayanağı oluşturan ve aynı zamanda sınırlandıran temel hüküm olan AY m.48 ve devamındaki AY m.17⁸⁰, AY m.50⁸¹, AY m.56⁸² ve AY m.60⁸³ hükümleri, çalışanlarının yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığının korunması için çalışma koşullarına ve dolayısıyla işverenin girişim özgürlüğünden kaynaklanan yönetim yetkisine devlet müdahalesinin en önemli hukuksal dayanaklarıdır.

⁷⁷ Ekonomi Münir, Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyum, Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, s.160

⁷⁸ “Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir Hukuk Devletidir.”

⁷⁹ “...Sosyal Hukuk Devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

⁸⁰ “Herkes yaşama ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahiptir.”

⁸¹ “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz.

Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.”

⁸² “Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.”

⁸³ “Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir.”

Sosyal devlet sisteminde devlet, öncelikle tüm vatandaşların **beden ve ruh sağlığı** içinde ve **insan onuruna yaraşır** bir şekilde yaşayabilmesini sağlamakla yükümlüdür⁸⁴. Sosyal devlet sisteminde tüm vatandaşların yaşam hakkını güvence altına alan devlet, temel bir hak olan **yaşam ve sağlık hakkının hayata** ve özellikle iş yaşamına geçirilmesi için gerekli tüm yasal düzenlemeleri yapmak ve kurumsal alt yapısını kurmak ve denetlemek zorundadır⁸⁵. **Yaşam ve sağlık hakkının** gereken şekilde kullanılmasını sağlama yükümlülüğü, ülke düzeyinde devlete, **girişim özgürlüğü** çerçevesinde faaliyet gösteren bir özerk yönetim biçimi olarak kabul edilen işyerlerinde ise, **işverenlere** bırakılmıştır⁸⁶.

İşverenin iş organizasyonunda her ne ad ve sıfatla çalışıyor olurlarsa olsun tüm çalışanların sağlık ve güvenliklerinin koruma yükümlülüğü, çağdaş İş Hukukunun da en temel köşe taşıdır⁸⁷.

Gerçekten de, sosyal devlet ilkesinin iş ilişkilerine yansımalarının sonucu, iş ilişkilerinde zayıf olan “işçinin korunmasını” amaçlayan “sosyal adalet” kuramını geliştirmiştir. Böylece girişim özgürlüğü çerçevesinde faaliyette bulunan **işverene hakimiyet alanı olan işyeri ve işletmesindeki tüm çalışanların** –iş sözleşmesi ile bağlı olmaksızın-**yaşam ve sağlık hakkının sağlanması ve korunması görevi** ve sorumluluğu yüklenmiştir.

Yaşam ve sağlık hakkının iş ve çalışma yaşamındaki karşılığını “İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkı” oluşturmaktadır. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler 4857 sayılı İş Kanunu’da birkaç genel hükümden ibaret iken, 20.06.2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik koşullarının iyileştirilmesi amacıyla işverenin sorumlulukları son derece ayrıntılı ve emredici olarak düzenlemiş ve işverene önemli yükümlülükler getirmiştir⁸⁸.

⁸⁴ Limoncuoğlu Alp/Şişli Zeynep/Eser Dilek, “Sosyal Devlet İlkesi ve “Yaşam Hakkı” Çerçevesinde “İş kazaları”, Prof.Dr. Sarper Süzek’e Armağan, II, İstanbul 2011, s.1989

⁸⁵ Limoncuoğlu/Şişli/Eser, Yaşam Hakkı, 1990

⁸⁶ Akın Levent, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013, s.92

⁸⁷ Limoncuoğlu/Şişli/Eser, Yaşam Hakkı, 1987

⁸⁸ Bkz.Dördüncü Bölüm, §1,I, s.155-157

Hal böyle olunca, işletme ve işyerlerindeki çalışanların iş güvenliğini ve sağlığını koruma ve sağlama görevi ve sorumluluğu bulunan işveren bu yükümlüklerine yerine getirebilmek için, işyerindeki tüm çalışanlara da iş sözleşmesiyle bağlı olmaksızın iş güvenliğine ilişkin talimat verme yetkisinin bulunduğu evleviyetle kabul edilmelidir.

Diğer taraftan, sosyal devlet ilkesinin tamamlayıcı hükümlerinden olan ve “Çalışma şartları ve dinlenme hakkı” başlığı altında düzenlenmiş bulunan AY m.50 hükmünün, İş Kanunu’ndaki yansımaları olan İş Kanunu m.7/f.1 ile işverenin on beş yaşını doldurmamış çocukları çalıştıramayacağı ve bunun istisnaları, İş Kanunu m.72 ile de ağır ve tehlikeli işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ile her yaştaki kadının çalıştırılmayacağı hükümleri ile işverenin girişim özgürlüğü ve sözleşme serbestisi sınırlandırılmıştır.

Bu bağlamda Anayasa m.10’de ifadesini bulan “eşitlik” ilkesinin iş ilişkilerine uyarlanması, işverenin sözleşme özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlandıran iş hukuku normlarını karşımıza çıkarmıştır.

Bunları sırasıyla;

- İş Kanunu m.5/f.3’de; biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılınmadıkça⁸⁹ cinsiyet ve gebelik sebebiyle iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı,
- Cinsiyet nedeniyle aynı veya eşit değerde bir iş için farklı ücret kararlaştırılmayacağı,
- İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamayacağı⁹⁰;

⁸⁹ Bu durumda, biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler gerekçe gösterilerek işveren, iş ilişkisini kurarken veya sona erdirirken kadın ve erkek işçiler ile gebe olan kadın işçiler ile gebe olmayan işçiler arasında farklı işlem yapabilecektir.

⁹⁰ Kanunun lafzı yorumundan iş ilişkisinin devamı boyunca dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep sebebiyle ayırım yapılamayacağı, ancak iş ilişkisi kurulmadan önce veya iş akdi sona erdirilirken ayırım yasağına ilişkin düzenlemelerin uygulanamayacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, culpa in contrahendo ilkesi ile işverenin işçiyi gözetme ve Anayasa ile teminat altına alınmış bulunan işçinin temel hak ve özgürlüklerine saygı ilkesi gereği, kanun boşluğunu Anaya hükümleri ve genel hükümler çerçevesinde doldurarak, ayırım yasaklarının iş akdinin yapılması aşamasından sona ermesi aşamasına kadar uygulamak ve işvereni

saymak mümkündür.

İşverenin iş ilişkisinin kurulması ve devamı aşamasındaki yönetim hakkına getirilen bu sınırlamaların yanında, iş ilişkisinin sona erdirilme aşamasında da, işverenin girişim özgürlüğü kapsamındaki sözleşme yapma ve sona erdirme özgürlüğüne nazaran işçinin çalışma hakkı ile temel hak ve özgürlüklerine öncelik tanınarak işverenin yönetim yetkisi sınırlandırılmıştır.

İş Kanunu m.18 iş güvencesi kapsamında bulunan işçiler için geçerli fesih sebebi oluşturamayacak halleri tahdidi olarak (6) bent halinde sayılmıştır. Bunlar sırasıyla;

- a)Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak,
- b)İşyeri sendika temsilciliği yapmak,
- c)Mevzuattan veya sözleşmeden doğan hakkını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta sürece katılmak,
- d)İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum din, siyasi görüş ve benzeri nedenler,
- e)74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek,
- f)Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık,

ayırım yasaklarını uygulamak yükümlülüğü altına sokmak gerekecektir. “Kaldı ki, 5237 sayılı TCK m.122’de “ayırıcılık” suçu düzenlenmiş ve 122/f.3’de “bir kişinin işe alınmasını veya alınmamasını, dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce,felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere bağlayanlar hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası” öngörülmüştür. Hal böyle olunca, Anayasa m.90’da öngörülen usule uygun olarak yürürlüğe konularak iç hukuk kuralı haline gelen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerinin, Anayasa m.90/f.son uyarınca, kanunlara göre önceliği bulunduğundan, (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokelleri, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve ilgili Avrupa Birliği Yönergeleri) Anayasa ve TCK hükümleri ile İş Kanunu m.5’deki boşluk doldurularak, iş akdi görüşmelerinden iş akdi sona erinceye kadar ki süreç içinde, işverenin ayrımcılık yasaklarına uyması gerektiği kabul edilmelidir.” Dermen, Burcu Demir, Ayrımcılık Suçu, TBB Dergisi, Sayı:2012/102, Ankara 2012, s.1-20

Yukarıda haller, iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçiler yönünden de İş Kanunu m.17 gereği, fesih kötüye kullanılması olarak kabul edilmekte ve işçinin kanunda öngörülen kötüniyet tazminatını talep hakkını doğurmaktadır.

Bu bağlamda, yukarıda sayılan (a) ve (b) bendi ile AY.m.51’de ifadesini bulan, “sendika kurma hakkı”, (c) bendi ile, AY m. 36’ daki “hak arama özgürlüğü” (d) bendi ile, AY m.10’da ifadesini bulan ayrımcılık yasaklarının, (e) benti ise, AY m.50’deki “çalışma şartları ve dinlenme” hakkının ve nihayet (f) bendi AY m.17’deki “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı”nın korunması hakkının, işverenin yine AY m.48’de tanımlanan “girişim özgürlüğü” karşısında korunması ve önceliği hedeflenmiş ve dolayısıyla işverenin geniş anlamda yönetim hakkına önemli sınırlamalar getirilmiştir.

Yargıtay 9.Hukuku Dairesi de, 25.03.2014 tarihli bir kararında⁹¹,

“Sendika özgürlüğünün klasik ve en önemli sosyal bir temel hak olduğu, bireysel sendika özgürlüğünün, kollektif sendika özgürlüğünün temeli olduğu ve her ikisinin bir bütün oluşturduğu, çalışanların örgütlenmesi önündeki tüm engellerin toplu sözleşme düzeninin varlığını tehdit ettiğini, sendikal nedenle yapılan feshin bu engellerden biri olduğu, sendikal nedenle yapılan feshin temelde sendikaya ve nihayet toplu sözleşme düzenine yöneldiği” şeklinde genel tespitlerde bulunduktan sonra, iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçi için de, Sendikalar Kanunun 25.maddesine rağmen, sendika özgürlüğüne ve bu konudaki uluslar arası sözleşmelere dayanarak sendikal tazminata hükmetmiştir. Yargıtay bu kararı ile, işçinin temel sosyal haklarından biri olan, sendika özgürlüğünü ve toplu sözleşme düzenini işverenin işlemlerine karşı korumuştur.

⁹¹ Y.9HD, E. 2013/13993, 25.03.2014, K.2014/10049, www.calismatoplum.org/yargitay

Ayrıca, iş akdinin türünün seçimi⁹², fesih süreleri, iş güvencesi kapsamında bulunan işçilere uygulanacak fesih prosedürü⁹³ ve geçerli fesih koşulları, işverenin haklı fesih sebepleri, toplu işçi çıkarma prosedürü ve uyulması gerekli kurallar, özel veya kamu ayrımı yapılmaksızın, belli bir işçi sayısının üstünde işçi çalıştıran işyerleri için belli oranda özürlü ve kamu işyerleri için belli oranda eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu, günlük ve haftalık iş süreleri ve ara dinlenmeleri, asgari ücret ve ücret kesme cezası azami sınırı, fazla çalışma ücreti, yıllık ücretli izinler, telafi çalışmaları, yer ve su altında çalışma şartları, gece çalıştırma yasağı, analık ve süt izni konularında yine işverenin geniş anlamda yönetim hakkı İş Kanunu'nun emredici hükümleri ile sınırlandırılmıştır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, daha önceki kararlarının tekrarı niteliğindeki 2003 tarihli kararı⁹⁴ ile;

“Anayasamız girişim özgürlüğünü kabul etmekte aynı zamanda tüm çağdaş anayasalarda olduğu gibi, kamu yararı amacıyla bunlara sınırlamalar getirilebilmesini ve özel teşebbüslerin sosyal amaçlara uygun yürümesini, sağlayacak önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Kararın gerekçe kısmının devamında, devletin gerektiğinde ekonomik hayata müdahale edebileceği” ifadelerine yer vererek iş ilişkilerine uygulanacak normlarda devlet müdahalesini, ***“özel teşebbüslerin sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak kararlar alır”*** ifadeleri ile teyit etmiştir.

⁹² 4857 sayılı İş Kanununda tipik sözleşme türü, “belirsiz süreli iş sözleşmesi” olarak kabul edilmiş olup, bunun dışında “belirli süreli” iş sözleşmesinin akdedilme koşulları, İş Kanunu m.11’de emredici olarak düzenlenmiştir. Kanun hükmüne göre, belirli süreli sözleşmeler ancak, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi koşullara bağlı olarak yapılabilecektir. Ayrıca m.11/f.2’de, belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmadıkça birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı vurgulanmıştır. Yargıtay’da, iş sözleşmesinin türüne emredici hukuk kuralı ile getirilen sınırlamayı denetlemekte ve kanunda sayılı şartları taşımayan sözleşmeleri baştan itibaren, “belirsiz süreli iş sözleşmesi” olarak kabul etmektedir. Bu husus da, 4857 İş Kanunu’nda işçinin işinin devamlılığını sağlamak için, işverenin sözleşme özgürlüğüne getirilen önemli bir sınırlamadır.

⁹³ İşverenin iş akdinin feshi konusundaki yetkisi de, sınırsız ve keyfi değildir. İşveren ciddi bir gerekçe göstermekle,-Türk İş Hukuku’nda, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler yönünden de kötüniyet tazminatına hükmedilme nedeni olabilir -.yükümlüdür.

“İşveren ihbar sürelerine uymak ve yasal ve sözleşmesel tazminatları ödemek zorundadır.” Mialon Marie-France, Les pouvoirs de l’employeur, Paris 1996, s.89.

“Öte yandan iş güvencesi hükümlerinin uluslar arası dayanağı “Avrupa Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartı” olup, Anayasal dayanağı ise, sosyal devlet ilkesi içinde, sosyal devlet modelini gerçekleştirmeye çalışan ve Ay m.49’da tanımlanan “Çalışma Hakkı” dır.” Kılıçoğlu Mustafa, Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi. www.anayasa.gov.tr/files/insanhaklari_mahkemesi/mustafakilicoglu/calismahakki, s.1-2

⁹⁴ AYM, 20.11.2003, E.2002/32, K.2003/100, Tiryaki, 213

Yine Anayasa Mahkemesi'nin iş hukuku normlarının anayasaya uygunluk denetimi yargılaması sonucu vermiş olduğu 10.10.2005 tarihli kararı⁹⁵, **girişim özgürlüğünün sosyal devlet modelindeki sınırlarının** belirlenmesinde **“ölçülülük ilkesinin”** uygulanması ve işverenin girişim özgürlüğünden kaynaklanan geniş anlamda yönetim hakkına atıfta bulunması yönünden kayda değer bir karardır. Anayasa Mahkemesi, 4857 sayılı İş Kanunun 21.ncı fıkrasının son tümcesinin Anayasa'nın 2 ve 5 madde hükümlerinde belirtilen sosyal devlet ilkesi ile Anayasa'nın 48 ve 49 maddelerinde belirtilen çalışma ve sözleşme özgürlüklerine aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasında;

“Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumak Devletin görevleri arasında sayılmıştır. İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.”

gerekçeleriyle red kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararı ile; **“işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemek beklenemez”** ifadeleriyle bir yandan işverenin hukuksal dayanağını Anayasa'nın girişim özgürlüğünden alan ve adına her ne dersek diyelim, **işverenin geniş anlamda yönetim hakkı** veya işletme düzeyindeki yönetim hakkına zımnen de olsa vurgu yaparken, diğer taraftan Anayasa'nın benimsediği **sosyal devlet** modeli temelinde, **işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri** arasında **ölçülülük** ve **gereklilik** ve **orantılılık** kriterlerini esas alarak sosyal barışın ve adaletin sağlanması yolunda Anayasa ile kurulan dengeleri korumuştur.

⁹⁵ AYM, 19.10.2005, E.2003/66, K.2005/72, www.kazanci.com

II. İş Sözleşmesi ve Yönetim Hakkı

İşverenin iş organizasyonunda hizmet ve/veya ürün üretimi için işçi çalıştırması ve işçinin ve/veya işçilerin bu organizasyon içinde iş görme edimlerini işverenin yararına ve menfaatine olarak yerine getirmek üzere bağitlanmaları; bir yandan işçinin kendi özgür iradesiyle işverenin yönetimi ve gözetimi altına girmesi sonucunu doğururken, bir yandan da, işçinin işverenin yönetimi altına girmesiyle hiyerarşik bir yapılanma meydana getirerek sözleşme özgürlüğü ve tarafların eşitliği kriterleri ile hiç de bağdaşmayan bir hukuksal durum ortaya çıkarmaktadır⁹⁶. Sözleşme özgürlüğü (pacta sunt servanda) prensibi içinde akdedilen diğer sözleşmelerde hiç rastlanmayan bu hiyerarşik ilişki, yalnızca iş sözleşmelerine özgü karakteristiği de gündeme getirmektedir. Bu hiyerarşik yapılanmada, işçi, işverenin yönetim ve denetiminde çalışmayı kendi iradesiyle kabul etmekte ancak buna karşı işveren de, yine iş sözleşmesi hükümlerinde belirlenen çalışma koşullarıyla işçinin kendisine tanıdığı yönetim hakkını sınırlamaktadır⁹⁷. Bu bakımdan iş sözleşmesi, yönetim hakkının doğumunda ve sınırlarının belirlenmesinde kurucu niteliktedir⁹⁸.

İşverenin iş ilişkisine münhasır yönetim hakkının hukuki dayanağının “iş sözleşmesi” olduğu görüşü gerek Türk-İsviçre ve gerekse Fransız Hukukunda kabul edilmektedir⁹⁹.

Türk Hukuku’nda doktrinde baskın görüşe göre, iş edimi genellikle ayrıntıları ile saptanamamakta ve ana çizgileri ile belirlenmekte ayrıntılar ise düzenlenmesi gereken boş bir alan olarak bırakılmaktadır. İşte bu boş alan ise, işverene bırakılmış olan yönetim hakkı ile doldurulmaktadır¹⁰⁰. Bu yönüyle de, iş sözleşmesinin ayrıntılı ve açık olması ile yönetim hakkının etki alanı arasında ters bir orantı olduğunu söylemek gerekir. Yani iş sözleşmesinde işçinin edimi ne kadar ayrıntılı olarak belirlenmiş ise, yönetim hakkının kapsamı da o ölçüde daralacaktır¹⁰¹. Çalışma

⁹⁶ Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekliliğiyle Feshi, İstanbul 2003, s. 4; Güzel Ali, Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, s.102

⁹⁷ Engin, İşletme Gerekliliğiyle Fesih, 7

⁹⁸ Engin, İşletme Gerekliliğiyle Fesih, 7

⁹⁹ Taşkent, 37, Süzek Sarper İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Prof.Dr.Metin Kutal’a Armağan, Ankara 1998, s.226, Arıcı Kadir, Yönetim Hakkının Muhtevası, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1983, Ankara 1983, s.160-161; Pélissier /Auzero/Dockès , 610; Lahalle, 13

¹⁰⁰ Süzek, İşverenin Yönetim Hakkı, 225

¹⁰¹ Süzek, İş Hukuku, 78; Alp Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s.108;

koşullarında boş bırakılan bu alan işverene bazen zımni ve bazen de açık yetki verilerek işverenin yönetim hakkı ile doldurulmak istenmektedir.

Ancak hemen söylemek gerekir ki, Türk İş Kanunu sistematüğinde, iş sözleşmesi yalnızca işçi ve işveren arasında akdedilen iş sözleşmesinden ibaret olmayıp, çalışma koşullarında esaslı değışiklik hallerinin düzenlendiğı İş Kanunu m.22’de öğretilen “iş yönetmelikler” olarak anılan personel yönetmelikleri, ve işyeri uygulamalarını da iş sözleşmesinin eki niteliğinde kabul etmiştir. İş Kanunu’nun bu mutlak emredici düzenlemesi karşısında; iş sözleşmesi ile birlikte, işyeri iç yönetmelikleri ile işveren tarafından hukuka aykırı olmamak üzere çıkarılan ve İş Kanunu m.109 öngörülen koşullarda işçilerin bildirimine sunulan her türlü tek taraflı düzenlemeler ve iş yeri uygulamaları ile saptanan işin yürütümüne ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda da işverenin yönetim hakkından bahsedilemeyecektir.

Ancak, tüm bu söylenenlerden yönetim hakkının uygulama yönünden fazla önem taşımadığı gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Tam tersine, yönetim hakkının düzenleme alanı iş koşullarını belirleyen diğer etkenlere göre çok daha geniştir.

Gerçekten de, işçi ile işveren arasında iş sözleşmesi ile kurulan ilişkiye canlılık veren ve işlerlik kazandıran yönetim hakkıdır¹⁰².

§4. İşverenin Yönetim Hakkının Görünüm Biçimleri

I. İşverenin Geniş Anlamda Yönetim Hakkı (İşverenin İşletmesel Düzeyde Yönetim Hakkı)

İşverenin yönetim hakkının sözleşmesel ve yasal kaynaklarının saptanması, bu hakkın tanımı, sınırlarının belirlenmesi¹⁰³, işverenin yönetim hakkının yargısal denetimi ve yargının rolü bakımından da önem taşımaktadır.

¹⁰² Birk R., Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, Berlin, 1973, s.105; Taşkent Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, s.19

¹⁰³ Taşkent, Yönetim Hakkı, 29

Hemen söylemek gerekir ki; işverenin girişim özgürlüğünden kaynaklanan işletme düzeyindeki yönetim hakkı, bir yönüyle işçinin iş sözleşmesinden doğan borç ve yükümlülüklerini ilgilendirmekte iken¹⁰⁴, diğer yönüyle işyeri organizasyonunu, işyeri ve işletmenin düzenini, işyeri organizasyonu içinde çalışan tüm işçilerin sağlığının ve güvenliğini sağlanması ve korunmasını, üretim planlanmasını ve bunlarda gerekli görüldüğünde değişiklik yapılmasını, çalışma sürelerini, istihdam biçimlerini, üretim sürecinin başka işverenlerle paylaşılması gibi konuları ilgilendirmektedir¹⁰⁵. İşveren, işletme düzeyindeki yönetim hakkına dayanarak, işletme politikasını etkileyen üretiminin durdurulması, üretim çeşidi ve sürecinde değişiklik yapılması, bazı işlerin alt işverene verilmesi, vardiya usulüne geçilmesi, yeni işçi alımı, kısmi süreli işçi çalıştırılması, tam gün süreli işçi sayısının azaltılması, işyeri sahalarının birleştirilmesi ya da ayrılması bazı işçilerin veya işyerlerinin tasfiyesi, üretim sürecinin belli aşamalarının dış tedarikçilere dağıtılması kararlarını almak yetkisine sahip olup, bu kararlar işletme dışı veya işletme içi nedenlerden kaynaklanabilir¹⁰⁶.

Bu bağlamda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, 2008¹⁰⁷ ve 2013¹⁰⁸ tarihli Kararlarında;

“İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi de dahil olmak üzere...” şeklindeki ifadeleri ile işverenin geniş anlamdaki yönetim hakkına vurgu yapmıştır.

Nitekim doktrinde Engin de, işletmenin ekonomik risk ve sorumluluğunu üstlenen işverenin yönetim hakkının işçiyi ve onun edimini de kapsadığını ileri sürmüştür¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008, s.2

¹⁰⁵ Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, 18

¹⁰⁶ Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı, 31

¹⁰⁷ Y.9HD, 25.02.2008, E.2008/3735, K.2008/2001; www.kazanci.com

¹⁰⁸ Y.9HD, 21.01.2013, E. 2012/26512, K.2013/2004, Çalışma ve Toplum, Yargıtay Kararları, 2013/2

¹⁰⁹ Süzek, İş Hukuku, 219-220; Engin, İşletme Gerekliliğiyle Fesih, 5

Hal böyle olunca, işverenin işyeri ve işletme organizasyonu bağlamında işletme üzerindeki yönetim hakkına dayanarak aldığı işletmesel kararlar da, öğreti ve yargı içtihatlarında işverenin yönetim hakkı olarak anıldığından; işverenin işletmenin ekonomik riskini ve sorumluluğunu üstlenen hukuk sujesi olarak işyeri ve işletme düzeyindeki, işletme politikasının belirlenmesinden, işyeri düzeninin ve güvenliğinin sağlanmasına, işyerindeki tüm çalışanların (geçici iş ilişkisi ile çalışanlar, alt işveren işçileri ve stajyerler de dahil olmak üzere) iş sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanmasından, işyerine işçi alımı, faaliyetlerin sona erdirilmesi ve toplu işçi çıkarmaya¹¹⁰ kadar uzanan süreçteki aldığı tüm işletmesel kararları işverenin **“Geniş Anlamda Yönetim Hakkı”** başlığı altında toplayabiliriz.

Bu bağlamda, işin görülmesi ile dolaylı da olsa hiçbir ilişkisi bulunmayan işyerinde belli bir düzenin veya güvenliğin sağlanması amacıyla işçilerin davranışlarına ilişkin talimatlar da, işyeri ve işletme risk ve sorumluluğunu üstlenen işverenin girişim özgürlüğü kapsamında verdiği talimatlar olup, işverenin geniş anlamda yönetim hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekir¹¹¹.

En geniş yorumla bile iş görme edimi kapsamına sokulamayan, işyerine giriş ve çıkışlarda uyulacak kurallar, giyinme soyunma odalarının, park yerlerinin, yemekhane, dinlenme ve spor tesislerinin kullanımı, kaza ve yangın halinde yapılacak işleri, işyerinde sigara içilebilecek alanları düzenleyen talimatlar, bu tür talimatlara örnek gösterilebilir¹¹².

Ancak işverenin dar anlamda yönetim hakkı bölümünde açıkladığımız gibi, işçi, kişisel ve hukuki anlamda işverene bağımlı olduğundan bu bağımlılık ilişkisi gereği, işyeri ve işletmenin yönetim risk ve sorumluluğunu üzerine alan işverenin bu tür talimatlarına da uymakla yükümlüdür. İşverenin işyeri düzenine ilişkin olan talimatlarına da işçinin “dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde” uyma yükümlülüğü TBK m.399 hükmünde de emredici hukuk kuralı olarak düzenlenmiştir.

¹¹⁰ Farklı görüşte, “Ancak hemen söyleyelim ki, işçinin gerek işe alınması ve gerekse işten çıkarılması konuları işverenin yönetim hakkının kapsamına girmemektedir” Savaş, Yönetim Hakkı, 1

¹¹¹ Bkz. Dördüncü Bölüm, 1.İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yönetim Hakkı, s.149 vd.

¹¹² Taşkent Yönetim Hakkı, 44, 69; Ekonomi İş Hukuku, 32; Süzek, Yönetim Hakkı, 227

Öğretide bir kısım yazalar, işverenin iş görme edimi ile doğrudan veya dolaylı bağlantısı bulunmayan işyeri düzeni ve güvenliği ile ilgili talimatlarına işçinin uyma yükümlülüğünü “sadakat” borcuna bağlayarak açıklamışlarsa da¹¹³ bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, bir ayırım yapmak gerekirse, işyerinin güvenliğine ilişkin talimatlar, öncelikle işyerinde çalışan işçilerin sağlık ve yaşam hakkının sağlanması amacına yönelik olduğundan, korunmak istenen öncelikle işçinin haklı çıkarlarıdır. Bu yönüyle kısaca işverenin haklı çıkarlarını korumak olarak tanımlanan sadakat yükümlülüğü ile bağlantısı bulunmamaktadır. Kaldı ki, işverenin, işçinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin talimat verme yetkisinin bulunmadığı öğreti de baskın görüş olduğundan¹¹⁴, böyle bir durumun kabulü ile, uluslar arası sözleşmelerde ve anayasalarda en temel insan hakkı olarak kabul edilen yaşam ve sağlık hakkının¹¹⁵ tehlikeye atılması ve emredici kanun hükümlerinin uygulanamaması gibi bir sonuca götürür.

Diğer taraftan, işyeri düzenine ilişkin talimatlara da, ölçülülük ve dürüstlük ilkelerinin çizdiği sınırlar içinde işçinin temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesi koşuluyla, işverenin haklı çıkarlarının korunmasından ziyade, birlikte çalışmanın kolaylaştırılması¹¹⁶ ve çalışma düzeninin korunması için, ortak çıkarlara hizmet eden yeknesak bir uygulamanın sağlanması amacıyla, işçi ve işverenin işyerindeki karşılıklı menfaatlerinin objektif düzenlemeleri şeklinde bakmakta fayda vardır. Esasen mevzuatımıza da, işverenin işyerindeki davranışlarına ilişkin işçinin uyma yükümlülüğü de, TBK m.399 gibi normatif bir düzenlemeye kavuşturulmuşken, “sadakat yükümlülüğü” gibi, içeriğindeki derin belirsizleri barındıran ve yoruma açık hukuksal kavramlara yönelmenin sosyal tarafların hiçbirine bir katkı sağlamayacağı açıktır.

Fransız öğretisinde de, işverenin yönetim yetkisi (pouvoir de gestion, pouvoir de direction) işverenin girişim ve ticaret özgürlüğünün bir imgesi olarak kullanılmaktadır. Ancak, işverenin iş akdinden ve dolayısıyla işçinin bağımlılık ilişkisinden doğan yönetiminin artık yönetim yetkisi değil, yönetim hakkı (droit de

¹¹³ Taşkent Yönetim Hakkı, 50-57; “HÜBER’in görüşü, BÖTTNER’i bu konuda destekler niteliktedir, HÜBER’e göre, işverenin işyerindeki davranışını somutlaştıran bir talimat vermesi, durumunda sadakat borcunun bir ögesi olarak görülmelidir.”

¹¹⁴ Taşkent, Yönetim Hakkı, 13-55-56, Süzek İş Hukuku, 75; Süzek, Yönetim Hakkı, 227; Aydın Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, 2002, s.58

¹¹⁵ Aydın, Kişilik Hakları, 7

¹¹⁶ Taşkent, Yönetim Hakkı, 57

direction) olarak adlandırmanın daha doğru olduğu vurgulanarak, işverenin girişim özgürlüğünden kaynaklanan işletme üzerindeki **yönetim yetkisi** ile işverenin iş sözleşmesinin bağımlılık unsurundan doğan talimat verme hakkına dayalı **yönetim hakkı** terminolojik olarak birbirinden ayrılmaktadır¹¹⁷.

İşverenin geniş anlamda yönetim hakkı olarak adlandırdığımız işletmesel kararlar, hukuksal dayanağını piyasa ekonomisini benimseyen Anayasa'nın "Girişim Özgürlüğü"nden almaktadır¹¹⁸.

İşverenin daha çok iktisadi faaliyetlerini içine alan, işverenin geniş anlamda yönetim hakkı, Türk Hukuku'nda kural olarak yargı denetimine tabi değilse de, iş ilişkisi ve işçileri ilgilendirdiği ölçüde, işverenin bu kararları da, "dürüstlük" ve "ölçülülük" ilkeleri uygulanmak suretiyle yargısal denetime tabi tutulmuştur¹¹⁹. Bir başka deyişle, işverenin işletme üzerindeki yönetim hakkına dayanarak aldığı işletmesel kararlar içeriği ve amacı yönünden yargısal denetim dışı olduğundan, yargı erki, işverenin verdiği kararın ve bu karar çerçevesinde aldığı önlemin rantabl, akılcı olup olmadığını inceleyemez. İşverenin aldığı işletmesel kararlar, işletmenin karının önemli ölçüde düşmesine, iktisadi olarak mahfına ve hatta iflasına bile yol açsa, işveren sonuçlarına katlanacak olup, işveren kararları için yerindelik denetimi yapılamayacaktır. Aksinin kabulü, işverenin girişim özgürlüğüne açık bir müdahale teşkil eder¹²⁰.

Yargıtay da, alt işverenlik uygulamaları sebebiyle, alt işverene devredilen işlerdeki işçilerin iş akitlerinin feshi sebebiyle açılmış bulunan "işe iade davaları"nda vermiş olduğu istikrar kazanmış kararları ile "işverenin girişim özgürlüğü" nün iş ilişkisi boyutundaki sınırlarını, alt işverenlik ilişkisinin yasal normlara uygunluğu, tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetimi yaparak belirlemiştir.

¹¹⁷ Gaudu François, Traité des contrats, Paris 2001, s.164

¹¹⁸ Engin, İşletme Gereklileriyle Fesih, 63

¹¹⁹ "İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanunu'nun 2.maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır."Bkz.dip not.47; Y.9HD, 21.01.2013, E.2012/26152, K.2013/2004

¹²⁰ Engin, İşletme Gereklileriyle Fesih, 57

Bu bağlamda, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi 1.2.2008¹²¹ tarihli Kararında, işverenin girişim özgürlüğü kapsamında aldığı alt işverenlik uygulaması yönündeki kurucu işveren kararını mevzuatın emredici hükümlerine aykırı olup olmadığı, alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olup olmadığı hususlarında incelemiş ve geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin kurulduğunu tespit ettikten sonra, işverenin kararında, tutarlı, objektif ve ölçülü davranıp davranmadığının araştırılmasına geçmiş ve işverenin girişim özgürlüğünden kaynaklanan yönetim hakkına şu cümlelerle atıfta bulunarak;

“İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmasına bağlıdır.”

işverenin girişim özgürlüğünden kaynaklanan işyeri ve işletme düzeyinde yönetim yetkisi ile iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri arasındaki ince çizgiyi belirlemiştir.

Bu bağlamda, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 10.5.2005¹²² tarih ve 6.2.2006¹²³ tarihli kararları ile de; sırasıyla, işverenin yeniden yapılanma sonucu bir birimi kapatabileceği veya hangi işyerinde ne kadar işçi çalıştıracağını işyeri ihtiyaçlarına göre belirleme hakkına sahip olduğunu, yargının ise; yönetim hakkının kötüye kullanıldığı kanıtlanmadıkça işverenin bu hakkına müdahale edilemeyeceğini;

“İşverenin işyerini en iyi şekilde yürütebilmek için yönetim yapılanmasını değiştirmesi yönetim hakkı ile ilgilidir. Bunun için işyerinin zarar edip etmemesi sonuca etkili değildir. İşverenin yönetim hakkını kötüye kullandığı, örneğin işçi çıkarmak için yeniden yapılanmaya gittiği iddia edilip kanıtlanmadıkça hakim işverenin bu hakkına müdahale edemez.”

¹²¹ Y.9HD, 1.1.2008, E.2008/8388, K.2008/32829, Çankaya Osman Güven-Çil Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2009, s.109-111

¹²² Y.9HD, 10.5.2005, E.2005/3901, K.2005/16151, www.kazanci.com

¹²³ Y.9HD, 6.2.2006, E.2006/835, K.2006/2400, www.kazanci.com

şeklinde ifade etmiştir.

Yani, işverenin **girişim özgürlüğünden** kaynaklanan yönetim hakkı, işverene iş sözleşmesi ile bağitlanan **işçilerin haklarını** ve sözleşmesel çıkarlarını ve bunun ötesinde Anayasa ile teminat altına alınan **işçilerin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendirdiği ölçüde** yargıç müdahalesine konu olacak ve işveren kararının hukuka uygunluğu, **emredici yasa hükümleri, dürüstlük kuralı** ve **ölçülülük** kriterleri esas alınarak **yargısal denetime** tabi olacaktır¹²⁴.

II. İşverenin Dar Anlamda Yönetim Hakkı (İşverenin İş İlişkisinden Kaynaklanan Yönetim Hakkı)

1. İş Sözleşmesi ve Bağımlılık Unsuru

İşverenin yönetim hakkının hukuksal dayanağı olan iş sözleşmesi, iş ilişkisini düzenleyen yasa hükümlerinde, İş Hukuku öğretisinde ve yüksek yargı kararlarında da kabul edildiği üzere, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır¹²⁵.

Bir başka deyişle, iş görme, ücret ve bağımlılık iş akdinin esaslı unsurlarındandır¹²⁶. İş akdinin asli ve ayırt edici unsuru, 1967 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararında¹²⁷;

“Bu akdi, iş görmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran, bu bağımlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o, çalışmasını, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapar.”

ifadeleri ile açıklanmıştır¹²⁸. Yine Yargıtay da, birçok kararında bağımlılık ilişkisinin iş akdinin zorunlu bir unsuru ve aynı zamanda iş sözleşmesini eser ve

¹²⁴ Engin, İşletme Gereklileriyle Fesih, 50

¹²⁵ Süzek, İş Hukuku, 219, Aydınli, Sosyal Temas, 100

¹²⁶ Süzek, İş Hukuku, 219-220, Aydınli, Sosyal Temas, 100

¹²⁷ AYM, 26-27.09.1967, E.1963/336, K.1967/29 www.anayasa.gov.tr

¹²⁸ Bu karara göre, hizmet akdini iş görmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran bağımlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi çalışmasını işverenin gözetimi ve denetimi altında yapar.

vekalet gibi sözleşmelerden ayırt eden en önemli kıstas olduğunu hükme bağlamıştır¹²⁹.

İşveren ile işçi arasında kurulan sözleşmesel ilişki olan, iş sözleşmesinde bağımlılık ise; ekonomik bağımlılık, teknik bağımlılık ve kişisel/hukuki bağımlılık olarak üç şekilde kendini göstermektedir¹³⁰. Bunlardan, ekonomik bağımlılık; işçinin yaşamını sürdürmek için gerekli olan gelir kaynağını esas olarak işveren için yapmış olduğu işten elde ettiği görüşüne dayanırken, teknik bağımlılık; işçinin işyerindeki işini nasıl yapacağı, işini nerede yerine getireceği, hangi araç ve teknikleri kullanacağı hususunda işverenin talimatlarına bağlı olduğu ve son olarak kişisel/hukuki bağımlılık ise; işçinin işini işverenin talimatı altında ve gözetiminde yapmak zorunda olduğu tezine dayanmaktadır¹³¹. Ekonomik ve teknik bağımlılığın iş akdinin unsuru olarak yetersizliği konusunda öğretide görüş birliği vardır. Ekonomik bağımlılığın tek başına hizmet sözleşmesindeki bağımlılığı ifade etmekten uzak olduğu, tarafların yalnızca sosyal durumlarını göz önüne alıp, hukuki durumlarını göz ardı ettiği, kaldı ki, günümüzde hizmet sözleşmesi dışında çalışanların da ekonomik bakımdan birbirlerine bağlı olduğu ileri sürülmektedirler. Diğer taraftan, teknik bağımlılık konusunda da, özellikle uzmanlaşmaya elverişli alanlarda işverenlere olan teknik bağımlılıklarının azaldığı, modern çalışma sistemlerinde teknik bağımlılığın esnek ve yumuşak olduğu ve hatta vekalet ilişkisinde de vekilin vekil edenin açık talimatına aykırı davranamayacağı, bu sebeple yeni gelişen çalışma ilişkilerinde ve diğer iş görme sözleşmelerinden iş ilişkisini ayırt etmede yeterli olmadığı görüşü hakimdir¹³².

Bizim de katıldığımız iş ilişkisinde “bağımlılık” unsurunu, kişisel/hukuki bağımlılık olarak açıklayan görüşe göre; iş ilişkisinin niteliği işçinin iş görme borcunu işverenin yönetiminde, denetiminde ve gözetiminde ifa etmesini zorunlu kılmaktadır¹³³. Bir başka deyişle, iş sözleşmesinin özünde diğer iş görme akitlerinden farklı olarak bir hiyerarşi/bağımlılık ilişkisi vardır ve işçinin işverene bu hukuki bağımlılığı aynı zamanda kişisel bağımlılığı da ifade eder¹³⁴. Gerçekten, iş

¹²⁹ Y. 9HD, 8.11.1984, 8455/9548, www.kazanci.com

¹³⁰ Aydın, Sosyal Temas, 102

¹³¹ Aydın, Sosyal Temas, 104, Güzel, Fabrikadan İnternet’e İşçi kavramı, 105-124

¹³² Aydın, Sosyal Temas, 102-105; Güzel, 102-110

¹³³ Mollamahmutoğlu Hamdi, Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995, s.20-22

¹³⁴ Süzek, İş Hukuku, 220-221; Mollamahmutoğlu Hizmet Sözleşmesi, 23; Centel, İş Hukuku, 76-77;

sözleşmesinin bağımlılık ögesinin gereği olarak işçi işini kendi istediği gibi değil, işverenin talimatlarına uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdür¹³⁵.

Bir başka deyişle, iş sözleşmesinin özünde diğer iş görme akitlerinden farklı olarak bir hiyerarşi/bağımlılık ilişkisi vardır ve işçinin işverene bu hukuki bağımlılığı aynı zamanda kişisel bağımlılığı da ifade eder¹³⁶. Gerçekten, iş sözleşmesinin bağımlılık ögesinin gereği olarak işçi işini kendi istediği gibi değil, işverenin talimatlarına uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdür¹³⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 25.12.1968 tarihli kararında¹³⁸; “iş gören ile işi görülen arasında iş ilişkisinden söz edebilmek için, kişisel bağımlılık bağının varlığı şarttır.” ifadelerine yer verilmiştir. Bu bağlamda, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de 3.05.2012 tarihli kararı¹³⁹ da, iş sözleşmesini belirleyen hukuki/kişisel bağımlılık kriterinin tanımlanması adına emsal bir karardır. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi söz konusu kararında;

“Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi, edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmek durumundadır. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı da bulunmaktadır.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır.” ifadelerine yer vererek iş sözleşmesinin ayırt edici unsuru bağımlılık kriteri ile işverenin yönetim hakkı arasındaki doğrudan bağlantıyı kurmuştur. Gerçekten de işverenin yönetim hakkı işçinin iş sözleşmesinden doğan bağımlılık borcunun karşılığıdır¹⁴⁰. Bu bağımlılık ilişkisi sebebiyle de, işçi iş görme borcunu ifa etmek için her an iş görmeye hazır halde bulunmak zorundadır. İşçinin bu yükümlülüğün işveren cephesindeki karşılığı ise, iş görme borcunu ifa etmeye hazır halinde bulunan işçinin ücretini, işçi çalıştırılmasa veya işveren tarafından

¹³⁵ Taşkent, Yönetim Hakkı, 45

¹³⁶ Süzek, İş Hukuku, 220-221; Mollamahmutoğlu Hizmet Sözleşmesi, 23; Centel, İş Hukuku, 76-77;

¹³⁷ Taşkent, Yönetim Hakkı, 45

¹³⁸ Y.HGK, 25.12.1968, E.1964/ 3, K.964/844, Süzek, www.kazanci.com

¹³⁹ Y.9HD, 3.05.2012, E. 2010/7939, K.2012/15559; www.kazanci.com

¹⁴⁰ Arıcı, Yönetim Hakkı, 175

verilecek işi bekleyerek geçirmiş olsa bile, ücret ödeme zorunluluğun bulunmasıdır. Nitekim İş Kanunu m.66/f.1 (e) hükmünde;

“İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler”

çalışma sürelerinden sayılmıştır. İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru ve iş görme borcunu işverenin talimatları altında yerine getirme yükümlülüğü; işçiye işverenin iş vermediği zamanlarda veya boşta geçirdiği zamanlarda bile her an iş görmeye hazır halde bulunma yükümlülüğü yüklerken, bu yükümlülüğün karşılığı olarak işverene de; işçinin boşta geçirdiği veya çalıştırılmaksızın beklediği süreler için ücret ödeme yükümlülüğü getirmektedir. Bu husus, Türk Borçlar Kanunu m.408 hükmünde;

“İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez.” şeklinde **“İşverenin temerrüdü”** madde başlığı altında düzenlenmiştir. İşverenin temerrüdünden bir başka deyişle Borçlar Kanunu genel hükümlerinde düzenlenen “alacaklı temerrüdü”nden söz edilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine uygun olarak sunduğu iş görme edimini haklı bir neden olmaksızın kabul etmemesi veya ifasın gerçekleşmesi için kendine düşen yükümlülükleri yerine getirmemiş olması gerekir. Bu bağlamda, işveren öncelikle işçinin iş görme edimini yerine getirebilmesi için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini almaması ve çalışanların ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalması halinde, çalışanların **“çalışmaktan kaçınma hakkı”**, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.13/f.2 ve f.3’de düzenlenmiş olup, çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve sözleşmelerden diğer hakları saklı tutulmuştur. İşveren diğer taraftan iş görme ediminin ifası için gerekli alet, makine ve malzemeleri işçinin kullanımına sunmak durumundadır.

İşverenin temerrüdü bakımından hangi hallerin iş görme ediminin reddini haklı kılan objektif neden kavramına dahil olacağı doktrinde tartışmalıdır. Ancak baskın görüş, elektrik kesintisi, hammadde veya kredi temin edememe, kötü hava koşulları, sipariş verilen işletmede grev uygulanması gibi işveren tarafından hazırlık

fiillerinin yapılmasını engelleyen hatta olanaksız hale getiren nedenler kabulden kaçınmayı haklı gösteren objektif nedenler olarak kabul edilmemektedir¹⁴¹. Buna karşılık, bir bölgeyi ve ülkeyi tümüyle etkileyen felaket halleri, genel grevler ve savaş halleri işverenin iş görme edimini kabulden kaçınmasını haklı gösteren objektif nedenlerden sayılmaktadır¹⁴². Bu konuda, “**yarım ücret**” kanun başlığı altında düzenlenen İş Kanunu m.40’da hangi durumlarda, işverenin iş görme edimini kabulden kaçınmasının haklı neden olarak kabul edileceğinin yasal kıstaslarını göstermesi bakımından önemlidir. İşverenin, işçiye belli bir süre içinde (bir hafta) yarım ücret ödemesini haklı kılan haller, İş Kanunu m.24 ve m.25 (III) numaralı bentlerinde sırasıyla, (İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması) veya (İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması) gibi zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması şeklinde tahdidi ve emredici olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümden de anlaşılmaktadır ki; mücbir sebepler gibi, istisnai haller dışında, işveren, işçinin iş görme edimini yerine getirmesi için, sağlık, güvenlik ve diğer teknik koşulları hazırlayarak, işyerini iş görmeye uygun halde bulundurmak ve ayrıca işçinin sözleşmede kararlaştırılan ücretini ödeme yükümlülüğü altında olup; işçi de buna karşılık, iş görme edimini yerine getirmeye hazır halde bulunmak ve işverenin iş görme edimine ilişkin talimatlarına uyma borcunu yüklenmektedir.

2.İşverenin İş Görme Edimine ve İşçilerin İşyerindeki Davranışlarına İlişkin Talimat Verme Yetkisi

İş Kanununda, İşverenin iş sözleşmesinden doğan yönetim hakkı ile ilgili doğrudan bir hukuk normu bulunmamasına rağmen, 04.2.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun, Genel Hizmet Sözleşmelerine ilişkin hükümlerin düzenlendiği bölümde, “İşçinin Borçları” alt başlığı altında, “Düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu” başlığı altında yer alan m.399’da;

¹⁴¹ Turan Gamze, İşverenin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ağustos-Kasım 2008, Cilt.21, sayı.5-6, s.46

¹⁴² Turan, İşverenin Temerrüdü, 46-47

“İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir”

işverenin yönetim hakkının içeriğinin belirlendiğini görüyoruz.

İşverenin yönetim hakkı, öğretide tam bir görüş birliği içinde ifade edildiği gibi İŞVERENİN;

- i) İşin görülmesi ile ilgili genel düzenlemelerini ve özel talimatlarını,
- ii) İşçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili düzenlemelerini ve genel ve özel talimatlarını içerecektir. Kanunun açık hükmünde, talimat ve genel düzenlemeler ifadesi geçtiğinden, işverenin yönetim hakkı kapsamına giren konularda mutlak emredici ve nispi emredici hükümlere aykırı olmamak üzere işyeri iç yönetmelikleri de düzenleyebileceğini anlıyoruz¹⁴³.

Bir başka deyişle işverenin iş sözleşmesinden doğan yönetim hakkı, öğretide olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunun ilgili hükmü ile de, işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapma ve özel talimatlar verme hakkıdır şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda, işverenin işyerinde görülen işin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağını düzenleyen veya yöntem ya da tekniğini gösteren talimatları işin yürütümüne ilişkindir. Bu bakımdan işin türü ve kapsamı bakımından yönetim hakkı, iş sözleşmesindeki iş tanımı ve ilgili branş, meslek, işyeri ve bölgesel ve yöresel teamüllere göre bu tanıma uygun işler ile sınırlıdır. Bu yönüyle de, mesleki nitelikleri gelişmiş ve uzmanlığa sahip işçiler bakımından işverenin yönetim hakkı daralırken, vasıfsız işlerde, özel bilgi ve uzmanlık istemeyen başka işlerde, yönetim hakkının genişleyebileceği kural olarak kabul edilmektedir¹⁴⁴. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, yıllık ücretli izinlerin kullanılma zamanını belirleyen ve kullanılacak araç ve gereçler konusunda verilecek talimatlar işin görülmesine ve dolayısıyla iş sözleşmesinin temel edimi olan, iş görme borcuna ilişkindir. Yine doğrudan iş görme borcuna ilişkin olmasa da, dolaylı olarak görülen iş ile bağlantılı olan, işin yerine getirilmesi için, gerekli aletlerin alınıp yerine

¹⁴³ Sözek Sarper, Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2001, s.6

¹⁴⁴ Tunçomağ, İş Hukuku, 131; Ekonomi, İş Hukuku, 108; Taşkent, Yönetim Hakkı, 140

konulması, çalışılırken belirli elbiselerin giyilmesi veya bazı sektörlerinde (turizm ve eğlence) yaka kartının takılmasına ilişkin talimatlarda normal şartlar altında iş görme borcu kapsamında sayılacaktır.

Buna karşılık, işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar, işin görülmesi ile ilişkisi bulunmayan işyerinde belli bir düzenin veya güvenliğin sağlanması amacıyla verilen talimatlardır. İşyerine giriş ve çıkışlarda uyulacak kuralları, giyinme soyunma odalarının, park yerlerinin, yemekhane, dinlenme ve spor tesislerinin kullanımını, kaza ve yangın halinde yapılacak işleri, işyerinde sigara içilebilecek alanları düzenleyen talimatlar iş görme borcu kapsamında olmasa da, işçinin bağımlılık ilişkisi gereği talimata uyma yükümlülüğü olacaktır.

Hemen söylemek gerekir ki, işveren gerek iş görme borcunun yerine getirilmesi ve gerekse işyerinde düzenin sağlanmasına ilişkin en üst düzeyde talimat verme hakkını, yönetilmesi gerekli irade beyanı şeklinde sözlü olarak iletebileceği gibi, işçilere gerekli bildirimin yapılması koşuluyla genelge, duyuru ve sirküler yoluyla da kullanabilir. Zaten, işyerindeki belli bir işçi grubunu veya tüm işçileri kapsayan genel talimatlar bu şekilde yürürlüğe girmektedir. Bunun yanında işveren yönetim hakkı kapsamında bireysel talimatlar verebileceği gibi işyerinde çalışan tüm işçileri veya belli bir işçi grubunu kapsar nitelikte genel talimatlar verebilir. Bunlardan işin yürütümüne ilişkin talimatlar çoğunlukla bireysel nitelikte talimatlar olup, genellikle hemen yerine getirilmesi isteğiyle bir kez için sözlü olarak verilirler. Genel talimatlar bireysel talimatların aksine genellikle süreklidirler ve yazılı biçimde verilirler. İşçilerin davranışlarına ve işyerinde güvenliğin sağlanmasına ilişkin talimatlar genellikle bu niteliktedir¹⁴⁵.

İşverenin iş görme ediminin yani işin yürütümüne ilişkin talimat verme yetkisi, iş görme borcu içinde ve iş görme borcunun tamamlayıcısı olarak tanımlanmaktadır. Hatta işverenin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatları da şayet iş görme borcunun yerine getirilmesi ile doğrudan veya dolayısıyla bağlantılı ise, yine iş görme borcu kapsamında değerlendirilmekte ve işverenin bu yöndeki talimatlarına uymamanın yaptırımı da iş görme borcuna aykırılık oluşturmaktadır.

¹⁴⁵ Taşkent Yönetim Hakkı, 69

Ancak işverenin yönetim hakkının diğer kolu olan, işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar işin görülmesi ile ilişkisi bulunmayıp, işin amacına ulaşması üzerinde herhangi bir etki de yoksa, ve yalnızca işyerinde düzenin ve güvenliğin sağlanmasına yönelik ise, artık iş görme kapsamında yer almayacak ve işverenin bu tür talimatlara uymaması iş görme borcuna aykırılık oluşturmaz.

Öğretide baskın görüş tarafından, işverenin işin görülmesi dışında kalan talimatlarına işçinin uymasının sağlanması için işçinin “edim yükümlülüğünden bağımsız talimata uyma borcunun” veya “edimden bağımsız borç yükümlülüğü” varlığına ve tanınmasına gerek duyulduğu savunulmuştur¹⁴⁶.

Doktrinde Süzek’e göre, işverenin işin görülmesine ilişkin talimatlarına uyulmaması halinde iş akinden doğan iş görme borcunun, işyerindeki davranışlara ilişkin talimatlara uyulmaması halinde ise, talimata uyma borcunun ihlali anlamına gelir ve her iki durumda da sözleşmeye aykırılığın hukuki sonuçlarına tabi olur¹⁴⁷.

Ancak buna karşılık doktrinde bir kısım yazarlar işçinin işyerindeki davranışı işin amacına ulaşması üzerinde herhangi bir etki taşımıyorsa, artık bu davranış edimi iş görme borcunun dışında kalır ve işçinin bir yan borcu olarak ortaya çıkar. Ancak böyle bir borcun söz konusu olabilmesi ve tabii ki bu borca karşı bir aykırılığın kabul edilebilmesi için yasal ve diğer düzenlemelerin bunu öngörmesi böyle bir borcun oluşmasına elverişli bir içerik taşıması gerekir¹⁴⁸.

Bu noktada Türk Borçlar Kanunu’nun m.399 yer alan düzenlemesine geri döndüğümüzde, işverenin işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimat verme yetkisinden bahsedildikten sonra ikinci cümlesinde;

¹⁴⁶ Süzek, İş Hukuku, 76; Süzek, Yönetim Hakkı, 227; Taşkent, Yönetim Hakkı, 44-49-52; Ekonomi, İş Hukuku, 125

¹⁴⁷ Süzek, İş Hukuku, 76

¹⁴⁸ Taşkent, Yönetim Hakkı, 49; “BÖTTNER, işçinin işyerindeki davranışlarını, işin görülmesi ile doğrudan ilgili olduğu ölçüde, iş görme borcunun kapsamına sokmaktadır. Çünkü iş görmeyi üstlenen kişi aynı zamanda belli bir sonucun gerçekleşmesi için çaba göstermek, davranışlarını ona göre düzenlemek zorundadır. Bu bakımdan, işçinin işverenin bu konuda vereceği bir talimata uyması esasen iş görme borcunun bir gereğidir ve bu nedenle özel bir borç türüne gerek yoktur. Buna karşılık yazara göre, işçinin işyerindeki davranışı iş görme edimine ilişkin değilse, bir borcun söz konusu olması için yasal veya sözleşmesel dayanaklarının bulunması gerekir.”

“İşçilere, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadır” hükmü ile tam da, işverenin iş görme edimi ile birlikte işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin olarak da “talimata uyma yükümlülüğü”nden bahsedilmektedir.

Hal böyle olunca, işverenin işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin olarak verdiği, talimatlara karşı işçilerin uyma yükümlülüğü yasal dayanağa kavuştuğundan artık öğretideki tartışmaların da çok bir öneminin kalmadığı kanaatindeyiz.

İşçilerin talimatlara uyma yükümlülüğünün doğal sonucu, işverenin bunları denetleyebilme yetkisini ve işçinin de işverenin denetimine katlanmasını gündeme getirmektedir. Borçlar Kanunun anılan hükmü ise, işçinin işverenin talimatlara uyma yükümlülüğünün sınırını “dürüstlük kuralı” olarak belirlemiştir¹⁴⁹.

Tüm bu açıklamalardan sonra, işverenin yönetim hakkını; **“işçinin iş görme borcunu işverene kişisel/hukuki anlamda bağımlı olarak ifa etmesi sebebiyle, işverene bu bağımlılık ilişkisi sebebiyle tanınan, işçinin iş görme borcunun somutlaştırılmasına ve işyerindeki davranışlarına ve işyeri güvenliğine ilişkin, normlar hiyerarşisinin işverene tanıdığı serbesti ölçüsünde (Anayasa, emredici kanun hükümleri, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelik, işyeri uygulamalarına aykırı olmamak üzere) kurallar koyma, düzenlemeler yapma, talimatlar verme, gözetim, denetim ve hukuksal koşulların oluşması halinde, gerektiğinde, disiplin yaptırımı uygulama yetkisidir”** şeklinde tanımlayabiliriz.

Fransız Hukukunda da, 18.yy Fransız düşünürü Montesquieu’nün, “Yasaların Ruhu” “l’esprit des lois” adlı eserinde bahsettiği “kuvvetler ayrılığı” prensibinden esinlenilerek işverenin yönetim yetkisinin tıpkı, devlet yönetiminde olduğu gibi, yasama, yürütme ve yargı erkini içerdiği ancak, siyasi otoriteden farklı olarak bunun tek elde yani işverende toplandığı ifade edilmektedir¹⁵⁰. Montsequieu’ nün “Yasaların Ruhu” adlı eserinde belirttiği ve çağdaş Anayasalarda benimsendiği şekliyle, siyasi iktidarın keyfilığının önlenmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle sağlanırken, yönetim hakkını elinde bulunduran işverenin keyfiliği de, bu yetkinin sınırlarının Anayasa, emredici kanun hükümleri, toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, işyeri uygulamaları ile çizilmesi ve işçinin yönetime katılımı suretiyle

¹⁴⁹ Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 253

¹⁵⁰ Pélissier/Auzero/Dockès, 606

önlenebilecektir. Yani, normlar hiyerarşisinde yer alan tüm bu hükümler ile birlikte işçinin yönetime katılımı ve sosyal diyalog mekanizmaları işverenin yönetim hakkının keyfiliğinin önünde birer emniyet subapı olacaktır.

§ 5.Türk İş Hukukunda İşverenin Disiplin Yetkisi Sorunsalı

İşçilerin işverenin gerek işin yürütümü ve düzenlenmesi ve gerekse işyeri düzeninin ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik talimatlara uyma yükümlülüğü sebebiyle ortaya çıkan işverenin denetleme ve işçinin de denetime katlanma yükümlülüğü, talimatlara uymayan işçi hakkında işverenin disiplin soruşturması açma ve disiplin yaptırımında¹⁵¹ bulunma yetkisi sorununu gündeme taşımaktadır.

I. Disiplin Yaptırımlarının Hukuki Niteliği

İşverenin disiplin yetkisini ve sınırlarını tüm boyutları ile irdelemeden önce, işverenin bu yetkisinin hukuki niteliğini açıklığa kavuşturmakta fayda vardır. Disiplin cezasının hukuki niteliği konusunda doktrinde bir görüş birliği mevcut olmayıp, belli başlı dört görüş bulunmaktadır¹⁵². İşverenin disiplin yetkisini örf ve adet hukuku ile açıklayan görüş ile Alman Federal Mahkemesi Kararlarından esinlenerek işverene verilen kanuni yetki ile açıklayan görüşlere çok rağbet edilmese de, “cezai şart teorisi” ile “kural koyma teorisi” üzerine yoğun tartışmalar yapılmıştır¹⁵³. Bunlardan, işverenin disiplin yetkisini hizmet sözleşmesine dayandıran görüş özellikle İsviçre Hukuku ve doktrininde kabul görmüşse de, cezai şartın borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin bir yaptırımı olması dolayısıyla, disiplin yaptırımlarının tamamının cezai şart olarak kabulünün mümkün olmaması sebebiyle yetersiz kalmıştır¹⁵⁴. İşverenin özellikle işyeri düzenini ve güvenliğini sağlamak için, disiplin yaptırımı uygulayacağı gerçekliği karşısında, işverenin disiplin yetkisini edim borcu doğuran yaptırımlarla açıklamak mümkün değildir. Zira, işverenin disiplin yaptırımlarının büyük bir kısmı, bir hakkın kaybedilmesi,

¹⁵¹ Disiplin yaptırımına ilişkin bir tanım İş Kanunu ve Borçlar Kanununda bulunmadığından Fransız İş Kanunu’nun L.1331-1 maddesindeki tanımı ile; “İşçinin işveren tarafından kusurlu olarak telakki edilen bir davranışını müteakiben işveren tarafından uygulanan, sözlü uyarılar dışında, işçinin işletme içindeki mevcudiyetini, görevini, kariyerini ya da ücretlendirilmesini derhal etkileyecek ya da etkilemeyecek nitelikte her bir tedbir” şeklinde disiplin yaptırımını tanımlayabiliriz.

¹⁵² Başbuğ Aydın, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, s.32-42

¹⁵³ Başbuğ, Disiplin Cezaları, 34-38

¹⁵⁴ Başbuğ, Disiplin Cezaları, 37

sınırlanması veya değişikliğe uğraması, sözleşmenin feshedilmesi ve tazminat hakkının düşmesi gibi sonuçlar doğurması sebebiyle edim niteliğinde olmadığı için cezai şart olarak da değerlendirilemez¹⁵⁵. Diğer taraftan bu görüş, sözleşmeyi ihlal eden tarafın hukuki durumu ile işçiyi bir tutması sebebiyle eleştirilmiş ve sözleşme ilişkisi içinde yükümlülükleri ihlal eden tarafa diğer tarafın hiçbir zaman ceza uygulama yetkisi vermediği ifade edilmiştir¹⁵⁶.

İşverenin disiplin yetkisini “kural koyma teorisi” ile açıklayan görüş ise, hukuk düzeni içinde işletmelerin özerk kural koyma yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre, işletmeler özerk yönetim birimleri olarak, işyeri düzeni ve iş güvenliğine ilişkin kurallar koyabilecek ve bu kurallara uyulup uyulmadığını denetleyebilecek ve gerektiğinde bu kurallara uymayanlara karşı disiplin yaptırımı uygulayabilecektir. Ancak kural koyma teorisinin vazgeçilmez uygulanabilirlik şartı işçinin yönetime katımıdır¹⁵⁷. Zira, özerk yönetim birimi olarak kabul edilen işyeri ve işletmelerde işveren ve işçinin ortak menfaatleri olan, işyeri düzeninin ve güvenliğinin korunması için birlikte alacakları ve uygulamaya koyacakları kararlar ve bu kurallara uyulmasını sağlamak için öngörülen disiplin yaptırımları, kural koyma teorisinin hukuki alt yapısını oluşturacaktır¹⁵⁸. Bu yönüyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile yürürlüğe giren ve işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve iyileştirilmesinde işçilerin çalışan temsilcileri ve İSGK aracılığıyla yönetime katılımını hedefleyen düzenlemeler karşısında işverenin iş güvenliğine ilişkin disiplin yetkisini “kural koyma teorisi” ile açıklamak mümkündür.

Ancak, işyerinde özerk karar alma süreçlerin bulunmadığı hallerde ve işverenin işyeri düzenine ilişkin disiplin yetkisinin hukuki niteliğini açıklamak konusunda kural koyma teorisi de yetersiz kalmaktadır. Esasen, işverenin disiplin yetkisi, bir yandan işçinin iş görme borcunun ifasında, işçinin kusuruna dayanan kötü ifa, eksik ifa veya işin hiç yapılmaması hallerinde söz konusu olabileceği gibi, diğer yandan işverenin işyeri düzeni ve güvenliğine ilişkin talimatlarına işçinin uymaması hallerinde de uygulanma imkanı bulacaktır. Bu sebeple, işverenin disiplin yetkisinin

¹⁵⁵ Başbuğ, Disiplin Cezaları, 36

¹⁵⁶ Başbuğ, Disiplin Cezaları, 38

¹⁵⁷ Başbuğ, Disiplin Cezaları, 39-41

¹⁵⁸ Başbuğ, Disiplin Yaptırımları, 40-41

hukuki niteliğini sözleşme ilişkisi kuramı ile açıklanması ikinci durumda yetersiz kaldığından, özellikle işverenin işyeri düzenine ilişkin kurallarına işçi tarafından uyulmamasının halinde uygulanacak işveren yaptırımlarının hukuki niteliğini borç ilişkisi kuramı ile açıklamak suretiyle sözleşme ilişkisi kuramının yetersizliğini gidermek daha uygun bir çözüm olacaktır¹⁵⁹.

II. Disiplin Yetkisinin Yönetim Hakkı ile İlişkisi

İşçinin iş görme borcunun somutlaştırılmasına ve işyeri düzeninin sağlanmasına ilişkin işverenin talimat verme yetkisini içeren yönetim hakkı karşısında işçinin talimata uyma borcu bulunduğu¹⁶⁰, işçinin talimata uyma borcuna uymamasının yaptırımı olan işverenin disiplin cezası uygulama yetkisi de yönetim hakkının bir parçası ve bütünleyici unsuru olduğunu kabul etmek gerekecektir¹⁶¹.

İş Kanununda işverenin disiplin yetkisine ilişkin genel bir düzenleme olmamasına rağmen TBK m.399'da, işverenin yönetim hakkı kapsamında, işin görülmesi ve işçilerin davranışlarına ilişkin genel düzenlemeler yapabileceği ve özel talimatlar verebileceği öngörülmüş ve işçilerin de bunlara dürüstlük kuralının gerektiği ölçüde uyma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Bu durumda, işçinin işverenin hukuka ve dürüstlük kuralına uygun genel ve özel talimatlarına uymaması, işverenin bu talimatlara uymayan işçiye disiplin yaptırım uygulama yetkisini de beraberinde getirmektedir. Hal böyle olunca, işverenin disiplin yetkisinin sözleşme teorisi ile açıklanamadığı durumlarda, edim dışı borç ilişkisine dayandırmak suretiyle kabul etmek mümkündür¹⁶².

Öğretide Başbuğ ise, bu konuda ikili bir ayrıma gitmekte, işverenin iş görme borcunun yerine getirilmesine ilişkin talimatlarına karşı işçinin talimata uyma borcu iş görme borcu kapsamında ve onun tamamlayıcısı olduğundan, işverenin iş görme borcuna ilişkin talimatlarına uyulmaması halinde, uygulayacağı disiplin cezaları

¹⁵⁹ Başbuğ, Disiplin Cezaları, 42-43

¹⁶⁰ Ekonomi, Ferdi İş Hukuku, 125, Engin İşveren, 68

¹⁶¹ Péliissier/Auzero/Dockès, 606

¹⁶² Başbuğ, Disiplin Cezaları, 42

yönetim hakkı kapsamında değerlendirilecektir. Ancak işverenin, işçinin iş görme borcunun ifası ile bağlantısı bulunmayan işyeri düzenine ilişkin talimatlarına uyma yükümlülüğü iş sözleşmesinden bağımsız bir nitelik kazandığından, işverenin işyeri düzeni ile ilgili olarak verdiği emir ve talimatlara aykırılık halinde uygulanacak disiplin hükümlerinin yönetim hakkı kapsamında olmayacağını ileri sürmektedir¹⁶³. Yine bu yazara göre, disiplin cezalarının belirlenmesi ve uygulanmasının işverenin yönetim hakkına dayandırılması görüşü artık terkedilmiştir. Zira yönetim hakkı, sözleşme ya da normlarla belirlenmeyen veya genel olarak ifadelendirilen hususların işveren tarafından somutlaştırılarak belirlenmesi yetkisidir. Madem ki, işveren sözleşme ile ya da diğer objektif hukuk normları ile tayin edilen durumlarda disiplin yetkisini kullanabilmektedir, o zaman, işverene bu hakkın verildiğinden de bahsedilemez¹⁶⁴.

İşveren, talimatlara uymayan işçiye yasaya, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine ve iç yönetmelik hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla yönetim hakkı kapsamında disiplin cezası uygulayabilir¹⁶⁵. Bir başka deyişle, işverenin yönetim hakkının sınırlarını oluşturan Anayasa, yasa, yönetmelik, bireysel ve toplu iş sözleşmeleri, yönetim hakkının tamamlayıcı ve bütünleyici bir unsuru olarak kabul edilen işverenin disiplin yetkisi içinde söz konusu olacak ve işveren disiplin yetkisini de, Anayasa, yasa, yönetmelik, bireysel ve toplu iş sözleşmelerine, dürüstlük kuralı, eşit davranma yükümlülüğü gibi genel ilkelere aykırı olmamak kayıt ve şartıyla kullanabilecektir¹⁶⁶.

Bu bağlamda, işverenin hukuka aykırı talimatlarına işçinin itaat etme yükümlülüğü bulunmadığından, işverenin hukuka aykırı talimatlarına uymayan işçi hakkında işverenin disiplin yaptırımının da bulunmayacağı öncelikle kabul edilmelidir¹⁶⁷. Bu sebeple, işçinin iş sözleşmesindeki görev tanımında bulunmayan bir işi yapma yükümlülüğü olmadığından veya işveren tarafından iş sözleşmesinin esaslı vasıflarında işçinin onayı olmadan değişiklik yapıldığı hallerde, işçinin bu değişikliğe itaat etme yükümlülüğü bulunmadığından, işverenin sözleşmeye ve

¹⁶³ Başbuğ, Disiplin Cezaları, 56

¹⁶⁴ Başbuğ, Disiplin Cezaları, 149

¹⁶⁵ Süzek, İş Hukuku, 114; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Esener Turhan, İş Hukuku, Ankara 1975, s.73

¹⁶⁶ Yılmaz, İşveren Vekilliği, 291

¹⁶⁷ Pélissier/Auzero/Dockès, 753

kanuna aykırı talimatlarına uymayan işçi hakkında disiplin yaptırımı uygulama yetkisi de bulunmayacaktır¹⁶⁸.

Diğer taraftan, işçinin Anayasa ve yasalar ile teminat altına alınan ve iş görmeden kaçınma hakkının bulunduğu durumlarda da, işverenin bu konudaki talimatlarına uymayan işçinin bir kusuru söz konusu olmayıp, bilakis kanunen korunan bir menfaati olduğundan, bu gibi hallerde işverenin disiplin yetkisinin sınırlarını oluşturacaktır. Bu gibi hallere örnek olarak, işçinin yasal bir greve katılması veya İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13/f.2 ve f.3'de, işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı tanındığı durumlar sayılabilir¹⁶⁹.

Ayrıca, işverenin disiplin yetkisi, işçinin işyeri dışındaki özel hayatına ilişkin kusurları kapsamayacağından, işçinin işyeri dışındaki özel yaşamındaki kusurları veya işlediği suçlar sebebiyle işverenin disiplin yaptırımı yetkisi yoktur¹⁷⁰. Bu bağlamda, İş Kanununda da, işverenin uygulayacağı nihai disiplin yaptırımları arasında düzenlenen m.25/f.IV'de işçinin işyeri dışında işlediği suçlar bakımından işverenin haklı sebeple feshi belli bir süre devamsızlık şartına bağlanmış olup, işçinin işyeri dışında işlediği suç ile bağlantılı olarak değil de, iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin ihlali sonucu, işverene tazminatsız ve ihbarsız fesih hakkı tanınmıştır. Buna karşılık, işçinin işyerinde işlediği suçlarla ilgili olarak, işverenin haklı sebeplerle fesih hakkını düzenleyen m.25/f.II(f) bendinde, işyerinde, işçinin yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve ertelenmeyen bir suç işlemesi şeklinde düzenlenmiştir¹⁷¹.

Yargıtay'ın ceza ve hukuk dairelerinde verilen muhtelif kararında da, işverenin işçiye disiplin yaptırımı uygulama yetkisi, işyerinde işin yürütümü ve iş düzenini kurma yetkisinin bir sonucu olarak kabul edilmiştir.

Yargıtay 9.Ceza Dairesi 5.03.1981 tarihli kararında¹⁷²;

¹⁶⁸ Pélissier/Auzero/Dockès, 753

¹⁶⁹ Pélissier/Auzero/Dockès, 753; Süzek, İş Hukuku, 115;

¹⁷⁰ Koç Sedef, İşçinin Suç Teşkil Eden Fillerinin İş Sözleşmesine Etkisi, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan II, İstanbul 2011, s.1436

¹⁷¹ Koç Sedef, 1437- 1440

¹⁷² Y.9CD, 5.3.1981, E.1981/725, K.1981/889; www.kazanci.com

“Hizmet akdinde, işin yürütümü ve gözetimi işverene ait olup, hukuki nitelikte bağımlılık söz konusudur. Diğer bir deyimle işin yerine getirilmesi, işçinin özerkliğine bırakılmamıştır. Burada, işçinin işin yapılması sırasına, işverene tabi ve onun emir ve talimatlarına bağlı olması ve denetlenmesi bahis konusudur.” ifadeleriyle, işçinin, işverene hukuki bağımlılığının doğal sonucu olarak işverenin, talimat verme, denetleme yetkileri ile donatıldığı ifade edilmiştir.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de 21.11.1994 tarihli bir kararında¹⁷³;
“Davacının gördüğü kasiyerlik işinden alınarak disiplin kurulu kararı doğrultusunda işinin değiştirilmesi işverenin yönetim ve iş düzenini kurma yetkisi ile ilgilidir.” şeklindeki ifadeleri ile, işverenin yönetim hakkının disiplin cezaları uygulama yetkisini de içerdiğini kabul etmiştir¹⁷⁴.

Yukarıdaki Yargıtay Kararlarından da anlaşılacağı gibi, işverenin işçinin iş görme edimine ilişkin olarak, kötü ifa, eksik ifa veya iş görme ediminin hiç yerine getirilmemesi sebebiyle disiplin yaptırımı uygulayabileceği gibi, iş güvenliğine ilişkin talimatlarına uymaması (işyerinin güvenliğini tehlikeye sokacak davranışlar içine girmesi, koruyu malzemeleri kullanmaması) veya işyeri düzenine ilişkin talimatlarına uymaması (işverenin mülkiyetinde bulunan makine ve teçhizatın (bilgisayar, işyeri telefonları veya işçinin iş amaçlı kullanımına tahsis edilen cep telefonları) ve ortak yerlerin kullanımına ilişkin talimatlarına uymaması halinde de yasa ve sözleşmelere aykırı olmamak üzere disiplin yetkisi bulunmaktadır.

Ancak, işçinin mesleki yetersizliğinden kaynaklanan iş görme ediminin yerine getirilememesine ilişkin hataları, bir sözleşmesel kusur olarak kabul edilmeyeceğinden işverenin disiplin yetkisinin dışında olacaktır¹⁷⁵.

Fransız İş Kanunu’nun L.1331-1 maddesinde işveren disiplin yaptırımı uygulama yetkisi, sözleşmesel kusur esasına dayandırılarak şu şekilde tanımlamıştır:

¹⁷³ Y.9HD, 21.11.1994, E. 1994/16120, K.1994/6283; www.kazanci.com; Şen Murat, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, s.134; Akyiğit Ercan, Uygulamalı ve İçtihatlı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, s.723

¹⁷⁴ Yargıtay Hukuku Genel Kurulu 23.10.1987 tarih, E.1987/9-639, K.1987/797 sayılı Kararı ile de, işverenin çalışma düzeninin sağlanması amacıyla, kuralları inceden belirlenmek koşuluyla çalıştırdığı işçisine disiplin cezası uygulayabileceğini kabul etmiştir. www.kazanci.com

¹⁷⁵ Pélissier/Auzero/Dockès, 758; Süzek, İş Hukuku, 115

*“İşçinin işveren tarafından **kusurlu olarak telakki edilen davranışını** müteakiben işveren tarafından uygulanan, **sözlü uyarılar dışında**, işçinin işletme içerisindeki mevcudiyetini, görevini kariyerini ya da ücretlendirilmesini derhal etkileyecek ya da etkilemeyecek nitelikteki her bir tedbir bir yaptırım teşkil eder.”*

Söz konusu hükümden de anlaşılacağı gibi, işveren işin görülmemesi, eksik ya da kötü ifa halleri ile işyeri düzeni ile ilgili olarak tespit ettiği hallerde sözlü uyarılarda bulunabilecek ve bunlar disiplin yaptırımı niteliğinde sayılmayacaktır. Yazılı uyarılar, basit hatırlatmalar ya da sadece düzene uyulmasının istenmesi de sözlü uyarılar kapsamında değerlendirilmiştir. Buna karşın, işverenin işçiye çeşitli hatalar isnat ettiği ve işçiye kendisine verilen işleri yaparken azami özen göstermesi konusunda ihtar eden mektubu “ihtar (uyarı) cezası olarak değerlendirilmiştir¹⁷⁶.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/f.II fıkrası ile de, işverenin uygulayabileceği nihai ve en ağır disiplin yaptırımlarından biri olan iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı fesih halleri arasında sayılan (h) bendinde, **“işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi”** düzenlenmiştir. Bu durumda, Türk İş Hukuku’nda da Fransız Hukuku’nda olduğu gibi, işverenin sözleşme veya iç yönetmelik hükmü olmasa bile, işçiye gerek iş görme edimine ve gerekse işyeri düzenine ilişkin talimatlarına uyulması için, sözlü veya yazılı hatırlatmalarda bulunabileceği, yazılı veya sözlü uyarıda bulunabileceğini kabul etmek gerekir.

III. Disiplin Yaptırımlarının Uygulanma Koşulları

İş Kanunu’nda¹⁷⁷ “ücret kesme cezasını öngören m.38 ve işverenin haklı sebeplerle ihbarsız fesih hali olarak m.25/f.II’de “Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığı altında (9) bent halinde sayılan nedenlerden başka disiplin cezalarına ilişkin normatif düzenleme bulunmamaktadır¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Pélisissier/Auzero/Dockès, 760-761

¹⁷⁷ Halbuki yürürlükten kaldırılan 3008 sayılı İş Kanunu’nun 29.ncı maddesine göre, işverenler her türlü çalışma koşullarını ve işçilerin tabi olacakları disiplin, sağlık ve güvenlik tedbirlerini ve yararlanacakları hakları düzenleyen bir iç yönetmelik hazırlamak zorundaydılar. Ancak 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ile bu düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁷⁸ Süzek, İş Kanunu m.18/f.1 hükmünü de aynı zamanda işverenin disiplin yetkisi kapsamında değerlendirmektedir. Süzek, İş Hukuku, 113

İş Kanunu sistematığı içinde ücret kesme cezası ve işten çıkarma yaptırımları dışında disiplin cezalarına ilişkin bir düzenleme bulunmaması, Türk İş Hukuku öğretisinde BK m.315 hükmü esas alınarak işverenin disiplin cezası verme yetkisinin koşulları objektif olarak belirlenmek istenmiştir. Bu madde hükmüne göre, bir disiplin cezası işyerinde sürekli ve düzenli bir şekilde uygulanacak ise, bunun işçileri bağlaması için işverence bir iç yönetmelikte veya işyeri disiplin yönetmeliğinde önceden yazılmış ve işçiye bildirilmiş olması gerekir. Bunun yanında, disiplin cezaları toplu ve bireysel iş sözleşmeleri ile de getirilebilir¹⁷⁹. Ancak, işverenin disiplin cezası uygulama yetkisinin yasal dayanağı olarak gösterilen mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun m.315 hükmünün 1.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda karşılığı bulunmamaktadır.

Disiplin yaptırımları konusunda Fransız Hukukuna bakacak olursak; Fransız İş Kanunu'nun L.1321.1 maddesi ile, iç yönetmeliklerde, hijyen, güvenlik konuları ile birlikte, disipline ilişkin genel ve sürekli kuralların ve özellikle işverenlerin uygulayabileceği yaptırımların niteliği ve skalasının düzenlenmesi zorunluluğu getirilmiştir¹⁸⁰. Yine Fransız İş Kanunu'nun L.1311-2 maddesine göre de, şekli ve konusu ne olursa olsun en az yirmi işçinin istihdam edildiği işletme veya işyerlerinde iç yönetmelik düzenlenmesi zorunludur¹⁸¹. Bunun yanın yanı sıra, Fransız Hukukunda işverenin disiplin yetkisi, iş sözleşmesinden doğan yönetim hakkının tamamlayıcı bir ögesi olarak kabul edilmiş ve iş sözleşmesine dayandırılmıştır¹⁸². Fransız Yargıtay' ı da, işverenin iş sözleşmesi ile sınırları belirlenen disiplin yetkisinin dışına çıkamayacağına karar vermiştir¹⁸³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, Fransız Yargıtay'ının paralelinde disiplin cezasının uygulanma koşulunu iş sözleşmesine bağlamış ve 23.10.1987 tarihli kararında¹⁸⁴, işverenin çalışma düzen ve disiplinin sağlanması amacıyla kuralları önceden belirlenmek koşuluyla işçisine disiplin cezası uygulayabileceği kabul edilmiştir. Aynı mahiyette, Yargıtay 22.Hukuk Dairesinin 5.6.2012 tarihli kararında

¹⁷⁹ Süzek, İş Hukuku, 114

¹⁸⁰ Pélissier/Auzero/Dockès, 727-728

¹⁸¹ Pélissier/Auzero/Dockès, 735

¹⁸² Pélissier/Auzero/Dockès, 751

¹⁸³ V.Soc.16 Juin 1998, Société Hôtel Le Berry

¹⁸⁴ Y.HGK, 23.10.1987, E.198/9-639, K.198/797; www.kazanci.com

da, davacının iş akdinin haklı nedenle feshi işyeri disiplin yönetmeliğinde belirlenen hükme dayandırılmıştır¹⁸⁵.

Fransız ve Türk İş Hukuku öğretisinde, disiplin yaptırımlarının uygulanma koşulları, iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliklerinde bir dayanağının olması, bir başka deyişle, disiplin yaptırımı sonucu doğuran ihlaller ve uygulanacak disiplin yaptırımlarının önceden belirli olması ve ayrıca bunlar hakkında işçinin bilgilendirilmesi öncelikli olarak kabul edilmektedir. Bunun dışında, işçiye aynı kusurundan dolayı iki defa disiplin yaptırımı uygulanamaması ve işçiye uygulanacak disiplin yaptırımının işçinin kusuru ile orantılı olması aranmaktadır¹⁸⁶.

İş Kanununda işçiye uygulanacak disiplin yaptırımı konusunda özel bir düzenleme olan, işverenin ücret kesme cezasının sınırlarını belirleyen mutlak emredici nitelikteki m.38 hükmünde ise;

- i)Toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinde gösterilmiş olan sebepler dışında işçiye ücret kesme cezasının verilemeyeceği,
- ii)İşçilerden ceza olarak yapılacak kesintilerin işçiye derhal sebepleri ile bildirilmesi gerektiği,
- iii)İşçi ücretlerinde ceza olarak yapılan kesintilerin bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamayacağı,
- iv) Ayrıca, ücret kesme cezasından toplanan kesintilerin, işçilerin eğitimi ve sosyal hizmetler için kullanılıp harcanmak üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hesabına bir ay içinde yatırılma yükümlülüğü düzenlenmiş olup; bu sonuncusu, işçinin ücretinden yapılan kesintilerin yine işçi lehine özellikle işçilerin eğitimi için kullanılması prensibini kabul etmektedir ki; çağdaş iş hukuku öğretisinde kabul edilen, “işverenin disiplin yetkisinin işçinin cezalandırılması şeklinde kullanılamayacağı” kuramının yasal olarak kabulüdür.

Ancak, ücret kesme cezasının toplu iş sözleşmesi ile düzenlenmeyen hallerde, ücret kesme cezasına sebep olan davranışların iş sözleşmesi ve iç yönetmelikleri

¹⁸⁵ Y.22HD, 5.6.2012, E.2011/12565, K.2012/12531, www.kazanci.com

¹⁸⁶ Pélissier/Auzero/Dockès, 764-767; Süzek, İş Hukuku, 114-115; Özdemir Erdem, İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Prof.Dr.Nuri Çelik’e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s.1265-1267

düzenleyen işverenin tek taraflı iradesine bırakılmış olması ve bunların yasa ile tahdidi ve emredici olarak belirlenmemiş olması önemli bir eksikliktir. Ancak yine de, TBK'daki genel işlem koşullarının iş ilişkilerine uyarlanması sonucu¹⁸⁷, kanun boşluğu bir ölçüde giderilecek ve işçinin kişilik haklarına, ahlaka ve emredici kanun hükümlerine aykırı disiplin cezaları hükümsüz kabul edilecektir.

Ücret kesme cezasına ilişkin bu özel hükmün objektif yorumu sonucunda, işverenin disiplin yaptırımını uygulamasının koşulları ve sınırları hakkında genel ve objektif kriterlere varmak mümkündür.

Şöyle ki;

- Öncelikle Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7/f.1.maddesindeki “cezaların yasallığı” ilkesi¹⁸⁸ ve aynı doğrultudaki AY m.38 ve Ceza Hukukunun temel prensibi olarak kabul edilen “kanunsuz suç ve ceza olmaz” prensibinin birebir örtüşmesi de, iş ilişkilerinde de kıyasen yorumlanması sonucu, işveren iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliklerinde belirtilen nedenler dışında işçiye disiplin yaptırımını uygulayamayacaktır.
- İş sözleşmesinde işverenin temel edimi ve borç yükümlülüğü olan ve işçinin tek geçim kaynağı olan ücretin korunması prensibinden hareketle, ücret kesme cezasının sınırı belirtilmişse de, bu hükmü dürüstlük ve ölçülülük ile birlikte yorumlayıp, işverenin ağırlaştırılmış ve işçinin kusuru ile orantısız ve sırf işçiye cezalandırmak niyetiyle disiplin yaptırımını uygulamayacağı şeklinde genel bir kritere bağlayabiliriz.
- Bunun dışında, işveren uyguladığı disiplin yaptırımını işçiye sebepleri ile birlikte derhal bildirecektir ki, bu da işverenin işçiye bilgilendirme yükümlülüğünün doğal bir sonucudur. İşverenin işçiye bilgilendirme yükümlülüğü, işveren tarafından işçiye uygulanacak disiplin yaptırımlarında öncelikle kabul edilmelidir. Buradaki bildirim yükümlülüğünün genel bir

¹⁸⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 3, s.129 vd.

¹⁸⁸ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7/f.1 “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslar arası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez.” Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 08.07.1999 tarihli ve 23536/94 sayılı kararında da, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak sanık aleyhine genişletici yorum yapılamayacağını belirtmiş, kanunun yaptırıma bağladığı suçun ve bu suç karşılığında öngörülen cezanın açık bir biçimde tanımlanması ve bir kimsenin hareketinin ceza sorumluluğunu gerektireceğini-mahkeme kararlarından yorum yoluyla da olsa-önceden kestirebilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

hüküm olan İş Kanunu m.109'da öngörülen şekilde yapılacağından kuşku yoktur.

Ücret kesme cezası (m.38) ile nihai disiplin yaptırımları olarak kabul edilen Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller sebebiyle, işverenin haklı fesih hakkı (m.25/f.II)'de nispi emredici olarak düzenlenmiştir. Bunların dışında, işverenin uygulayabileceği disiplin yaptırımları arasında sayılan, “kınama”, “işin ve işyerinin değiştirilmesi”, “terfi ettirilmeme” ve “işten geçici uzaklaştırma” bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile iç yönetmelikte hüküm bulunması halinde, uygulanabilecektir.

Ancak, bu yaptırımlar arasında bulunan “işten geçici uzaklaştırma cezası”, hele ki bir iç yönetmelik hükmünde belirlendiği durumlarda, ayrıca düşünülmesi üzerinde ve mutlaka çok kısa bir zaman dilimi için kabul edilmesi gereken bir yaptırımdır. İşten geçici uzaklaştırma cezasına “iş akdinin askıya alınması” hali olarak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin (Tebliğ No:3) yer verilmiştir.¹⁸⁹. Geçici işten uzaklaştırma cezasının bir yönüyle, “feshin son çare olması ilkesi” gereği iş akdinin devamlılığına hizmet edeceği düşünülebilirse de, madalyonun öteki yüzünde, işçinin tek geçim kaynağı olan ücretini alamama ve SGK primlerinin geçici bir süre ödenmemesi sebebiyle mevcut ve gelecekteki sosyal güvenlik haklarından (emeklilik vs.) yoksunluk ve bunun ötesinde, işçinin iş akdinin feshi haline göre, işe iade veya kötüniet tazminatı davası açma hakkının engellenmesi sonuçlarını doğuracağından, dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanıldığı takdirde, işçi ve hatta ailesi için son derece ağır maddi ve manevi kayıpları olabilecektir.

IV. Disiplin Yaptırımlarına Karşı İşçilerin Yasal Başvuru Hakları

İşverenin işçiye uygulananan disiplin yaptırımları hakkında işçiyi derhal ve sebepleri ile birlikte bilgilendirme yükümlülüğünün asıl önemli hukuksal sonucu,

¹⁸⁹ “Hizmet akdinin sona erdiği tarihten önceki son 120 gün içinde, hizmet akdi devam etmekle birlikte, hastalık, ücretsiz izin, **disiplin cezası**, gözaltına alınma, hükümlülükle sonuçlanmayan tutukluluk hali, kısmi istihdam ile grev, genel hayatı etkileyen olaylar, ekonomik kriz, doğal afetler nedeniyle işyerinde faaliyetin durdurulması veya işe ara verilmesi halinde yatırılmayan prim yatırılmayan süreler içinde SGK kayıtları esas alınır.” RG. 30.01.2002 tarih ve 24656 sayı

işçinin, Anayasa m.36’da ifadesini bulan “Hak Arama Özgürlüğü” kapsamında disiplin cezasının hukuka aykırılığının tespitini veya iptalini talep etme hakkının korunmasıdır. Bir başka deyişle Anayasa m.36’daki “Hak Arama Özgürlüğü” çerçevesinde işçilerin işveren tarafından uygulanacak disiplin yaptırımlarına karşı yargısal yollara başvuru hakkı kabul edilmelidir. İş Kanunu m.18/f.3 (c) bendinde de, geçerli fesih sebebi olarak kabul edilemeyecek hususlar arasında; **“İşçinin mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak”** da sayılmıştır. Söz konusu hüküm her ne kadar iş güvencesi kapsamındaki işçiler için kabul edilmişse de, hak arama özgürlüğü çerçevesinde tüm işçilere uygulayarak, disiplin yaptırımlarının iptali için yasal yollara başvuran işçilerin iş akdinin sırf bu sebeple feshedilemeyeceğinin öncelikle kabulü gerekir.

Yargıtay, disiplin kurulu kararı ile verilen ücret kesme cezasının yasaya aykırı olduğundan bahisle iptaline ilişkin davada, yapılan yargılama sonucunda ücret kesme cezasının yasaya aykırı olduğundan bahisle iptaline karar vererek, Türk İş Hukuku’nda işçilere verilen disiplin cezalarına karşı, bu kararın iptali için, işçinin yargısal yollara başvuru hakkını kabul etmiştir¹⁹⁰

Ancak, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 14.5.1996 tarihli bir kararında¹⁹¹, çok isabetli bulduğumuz bir şekilde;

“Mahkemece davacıya verilen ihtar cezası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin hatalı olduğunun karar yerinde belirtilmesi gerekirken, terfinin yapılması ve intibakının gerçekleştirilmesi şeklinde hüküm kurularak işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması İş Hukuku ilkeleri ile bağdaşmaz.”

şeklinde hüküm kurarak, işçinin işveren tarafından uygulanan disiplin yaptırımlarına karşı genel mahkemelerde itiraz hakkını tanımakla birlikte, mahkemenin yalnızca disiplin yaptırımının kanuna veya sözleşmeye aykırı olduğunu ve gerekirse **iptal etmek ile yetinmek zorunda olduğunu ancak işveren yerine geçerek karar**

¹⁹⁰ Y.9HD, 23.12.2013, E.2011/47692, K.2013/34420, www.kazanci.com

¹⁹¹ Y.9HD, 14.5.1996, E.1996/1014, K.1996/10093; www.kazanci.com

veremeyeceğini, işvereni düzenleyici işlemlerde bulunmaya zorlayamayacağını, bunun işverenin yönetim hak ve yetkilerine müdahale olacağını belirtmiştir¹⁹².

Yargı kararlarında da isabetli bir şekilde belirtildiği gibi, işverenin geçerli veya haklı fesih sebebi olarak düzenlenen durumlarda, iş akdinin feshi yerine işçinin görev yerinin değiştirilmesi, işinin değiştirilmesi gibi çalışma koşullarında değişikliğe gitmesi, sözleşme veya iç yönetmelikte bu konuda bir hüküm bulunmasa bile “feshin son çare olması ilkesi” ve “işçinin korunması” ilkeleri çerçevesinde işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Tabii ki, işverenin disiplin önlemi olarak çalışma koşullarında değişiklik yaratan bu kararı, ilerde “işverenin yönetim hakkının sınırları” bölümünde bahsedeceğimiz “hakkaniyet” denetimine¹⁹³ tabi tutulmalıdır.

İş Kanunu’nun genel sistematığında, disiplin hukuku konusunda büyük bir boşluğun bulunduğu kabul edilerek, yapılacak bir yasal düzenleme ile, disiplin yaptırımları tanımlanmalı, disiplin soruşturmasına konu olan davranışlar, ihlaller ve disiplin yaptırımları nispi emredici olarak düzenlenmelidir. Böylelikle, işçinin tüm çalışma hayatını ve mesleki geleceğini etkileyebilecek disiplin yaptırımları, işveren tarafından tek taraflı olarak düzenlenen iç yönetmeliklere bırakılmayarak kanun hükmü ile sınırlandırılmalı ve işçilerin bu yaptırımlara karşı yasal başvuru hakları açıklığa kavuşturulmalıdır¹⁹⁴.

Disiplin soruşturması ve yaptırımlarının, çoğu zaman işçi ve işveren menfaatleri açısından gizliliği gerektirmesi, işçinin tüm mesleki geleceğini dolayısıyla çalışma hakkını da tehdit eder nitelikteki karakteri ve her iki taraf içinde mümkün olan en kısa zamanda çözümlenme endişesi ve çabası, ister istemez alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini çağrıştırmaktadır. İşçinin işveren karşısındaki haklarını genel mahkemelerde arama gayreti, hukuken mümkün olsa bile uygulamada bir yandan iş ilişkisinin devamlılığını ve çalışma huzurunu tehdit ederken diğer yandan da işçinin ve işverenin mesleki ve ticari sırlarının ortaya dökülmesi riskini taşıyacaktır. Bu sebeple, yapılacak yeni düzenlemelerde, disiplin

¹⁹² Süzek, Disiplin Cezaları, 14; Özdemir Erdem, Disiplin Cezaları, 1277, 1278

¹⁹³ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 2, s.131 vd.

¹⁹⁴ Süzek, 117, Erdem, Disiplin Cezaları, 1265

yaptırımlarında, “**zorunlu arabuluculuk**” sistemi kabul edilerek “arabuluculuk”¹⁹⁵ kurumunun bir **dava şartı** haline getirilmesi çalışma barışının sağlanmasına ve sosyal diyalog mekanizmalarının gelişimine katkıda bulunacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİNDE YÖNETİM HAKKI

§1. İstihdam Biçimlerinde Esnekleşme Gereksinimi

Ve

Üçlü İş İlişkilerinin Ortayı Çıkışı

Siyasi ve ekonomik konjonktürdeki değişimlere paralel olarak ortaya çıkan küreselleşmenin bir sonucu olarak; işletmelerin rekabet güçlerini arttırmak için gelişen teknolojinin yenilik ve olanaklarından yararlanmak istemesi ve uzmanlık gerektiren alanlarda, iş organizasyonlarında ve insan kaynaklarında nitelikli iş gücüne duyulan ihtiyaç, kaliteli, seri ve ucuz üretim kaygısı, klasik istihdam modellerinde değişim arayışını beraberinde getirmiştir. İşletmelerin gelişen küresel pazarlar ve rekabet koşulları karşısında ayakta kalabilme mücadelesi, atipik istihdam biçimleri olarak adlandırılan çalışma biçimlerinde esneklik olgusunu yaratmıştır¹⁹⁶. İş Hukukunda yeni istihdam modellerine kucak açan sayısal esnekliğin bir türü olan, iş gücünün dolaylı şekilde sağlanması, “dış esneklik” olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁷. İşyerinde bazı işlerin bir başka işverenin işçisi veya işçileri ile görülmesine olanak

¹⁹⁵ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 22.6.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak, bazı ayırık hükümleri dışında yayımlanma tarihinden bir yıl sonra 22.6.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun yürürlüğünü takiben, kanunun 19 ve devamı hükümleri doğrultusunda Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı nezdinde “Güncel Arabulucular Listesi” oluşturulmuştur. Arabuluculuk kurumunun temel ilkeleri, **gizlilik**, **esitlik** ve tarafların **arabuluculuk görüşmeleri esnasında ileri sürdükleri görüşlerin, tekliflerin, kabule ilişkin beyanların ilerde açılacak hukuk davalarında delil olarak kullanılamaması** olarak sayılmıştır.

¹⁹⁶ Aydın İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, s.150

¹⁹⁷ Ekonomi Münir, 4857 sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, MESS Sicil Aralık 2008, İstanbul 2008, s.7-8; Aykaç Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.8

sağlayan istihdamın dışsallaştırılması uygulamalarında en önemli iki kurum; geçici iş ilişkisi ve alt işverenliktir¹⁹⁸.

Ancak, uygulamada, istihdamın dışsallaştırılmasına daha rasyonel bir işletme yönetimini etkin kılmak ve artan rekabet şartlarına uyum sağlamak amacıyla başvurulduğu gibi, sürekli işçi sayısını azaltarak, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun getirdiği yükümlülüklerinden kaçınmak, sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme düzeninin dışına çıkmak ve iş güvencesi hükümlerinden kurtulmak amacıyla da başvurulabilmektedir¹⁹⁹. İş Hukuku'nun sosyal dengeleri koruma işlevi²⁰⁰ burada devreye girerek, bir taraftan, girişim ve sözleşme özgürlüğü dinamiği içinde, işletmelerin gelişen küresel pazarlarda rekabet gücünün arttırılmasını sağlamak için atipik istihdam şekillerine imkan sağlayacak yasal düzenlemeler yapılırken; diğer taraftan da, istihdamda dışsallaştırılması adına yapılan düzenlemelerin kötüye kullanılmasını önlemek ve işçinin korunması için önemli sınırlamalar getirilmektedir.

Söz konusu dengeyi koruma kaygısı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun esnek çalışma biçimlerine ilişkin düzenlemelerinde ve alt işverenlik kurumuna ilişkin 4857 sayılı kanun hükümlerinde önemli değişiklikler getiren 5763 ve 6551 sayılı kanun hükümlerinde fazlasıyla görülmektedir.

Bu bağlamda, uygulamada, esnek çalışma modellerinin kimi zaman kanuna karşı hile boyutuna varacak şekilde kötüye kullanılmasını önlemek adına, 4857 sayılı Kanunu'nun m.2/6-7 hükümleri ile muvazaanın tespiti halinde, alt işveren işçisinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi kabul edileceği şeklinde hükümlere yer verilirken²⁰¹, 15.05.2008 tarihli 5763 sayılı kanunun 1.maddesi ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete' de

¹⁹⁸ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 5

¹⁹⁹ Güzel Ali, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı, www.kristalis.org.tr, s.33-34; Aydın, Alt İşveren, 154, 155; Şen Murat-Naneci Aslı, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2009, İstanbul 2009, s.24; Çankaya-Çil, Üçlü İlişkiler, 15-16; Akyiğit Ercan, Alt İşverenlik, 2.Baskı, Ankara 2013, s.19; Soyer M.Polat, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, İstanbul 2006, s.16; Gökteş Seracettin, Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, İstanbul 2008, s.97

²⁰⁰ Ulucan Devrim, Esneklik İhtiyacı ve İş Hukukunun İşçiyi Koruma İşlevi, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, s.204-205

²⁰¹ Yargıtay'ın muvazaa konusunda yerleşmiş kararlarının teyidi niteliğinde Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin 29.3.2012 tarih ve E.2011/11037, K.2012/5994 sayılı kararı ile de, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanması halinde, alt işveren işçisinin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılacağına hükmedilmiştir. www.kazanci.com

yayımlanan “Alt İşverenlik” Yönetmeliği ile, alt işverenlik kurumunun geçerliliği katı koşullara bağlanmış, uymamanın sonucu olarak idari para cezaları ve hatta yine bazı durumlarda geçersizlik yaptırımı öngörülmüştür.

§2. Geçici İş İlişkisi ve Alt İşverenlik

Bir işverenin üretim faaliyetini kendi işyeri veya işletmesinde tam gün süreli olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi altında kendi işçileri ile gerçekleştirmesi, çalışma ekonomisi ve özellikle İş Hukuku açısından tipik istihdam şekli olarak tanımlanmıştır²⁰². Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’nun temel sistemiği de tipik çalışma ilişkisi üzerinde kurulmuştur. Yani Türk İş Hukuku öğretisinde asıl olan tipik istihdam şekli olup, bunun dışındakiler istisnai olarak düzenlenmiştir.

Geçici iş ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu ile çalışma mevzuatımıza kazandırılan atipik bir istihdam şekli olup bazı ihtiyaçlar²⁰³ sebebiyle ortaya çıkmıştır²⁰⁴. Her ne kadar doktrinde geçici iş ilişkisi için “ödünç iş ilişkisi” kavramı kullanılsa da, bu deyim yasa koyucunun tercih etmemesinin sebebi, meclis görüşmeleri esnasında “ödünç” kelimesinin işçinin şahsına zarar verici bir anlam taşımakta olduğu düşüncesiyle yapılan eleştirilerdir²⁰⁵.

Alt işverenlik kurumu ise, esnek istihdam şekillerinden biri olarak, işverene işlerinin bir kısmını kanunun öngördüğü sınırlar içinde bir üçüncü işverene gördürmesine olanak sağlayan, Anayasa’da yer alan girişim ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir temel haktır²⁰⁶. Ancak işverenin girişim özgürlüğü yanında işçinin korunması ve gözetilmesi prensibi doğrultusunda katı yasal koşullara bağlanmıştır. Esasen İş Hukukunun varlık nedeni ve temel ilkeleri esas alındığında, alt işverene iş verilmesi temel kural değil, istisna olduğu öncelikle kabul edilmesi gereken bir husustur. İş Hukukunda asıl olan, bir işverenin kendi

²⁰² Aydın, Alt İşveren, 153

²⁰³ Geçici iş ilişkisi, bir iş yerinde yeni bir donanımın veya sistemin faaliyete geçirilmesi için bir başka işverenin işçisinden yararlanılması şeklinde bir ihtiyacı giderebileceği gibi, bir işyerinde geçici olarak iş gücü fazlalığının ortaya çıkması halinde feshe son çare olabilir veya işçinin çeşitli yerlerde çalıştırılarak yetişmesi sağlanabilir. Ekmekçi Ömer, 4857 sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/2, İstanbul 2004, s.369-370

²⁰⁴ Odaman Serkan, Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, s.17

²⁰⁵ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, 15

²⁰⁶ Göktaş, Alt İşverenlik, 97

işçileri ve yönetim organizasyonu ile üretimde bulunmasıdır. İş Hukukunun temel kurum ve kuralları bu modele göre kurulmuştur. İşverenin kendi işyerinde yürütmekle yükümlü olduğu işleri, başka bir işverenin işçileri ya da atipik iş sözleşmelerine göre istihdam edeceği işçiler aracılığıyla yerine getirmesi halinde, işçileri korumak amacıyla çeşitli yasal sınırlamalar getirilmektedir²⁰⁷.

I. Geçici İş İlişkisi (Ödünç İş İlişkisi)

Geçici iş ilişkisi, *“bir işverenin işçisini, iş akdini sona erdirmeksizin ücret ödeme borcunu muhafaza ederek, iş görme edimini geçici bir süre için gönderdiği bir başka işverenin yanında ve onun yönetimine tabi bir biçimde yerine getirmek üzere karşılıksız olarak vermesi ile oluşan üçlü bir ilişkidir”*²⁰⁸. Yani geçici iş ilişkisinde, bir işveren ile arasında iş sözleşmesi olan işçi, geçici bir süre için, kendi işverenin nam ve hesabına olmayıp, bir başka işveren nam ve hesabına, bir başka işverenin işyerinde çalışma söz konusudur. Bu bakımdan hukuki niteliği itibarıyla geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, geçici iş ilişkisi kapsamında işçi çalıştıran işveren ve geçici iş ilişkisi kurulan işçi arasındaki üçlü bir sözleşme ilişkisine dayanmaktadır²⁰⁹. Kanun koyucu, geçici iş ilişkisini, devralan (ödünç alan) işverenin işyerinin grev ve lokavt halinde bulunması halinde ve bir de toplu işçi çıkarılan işyerlerinde, toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde toplu işçi çıkarma tarihinden itibaren altı ay süreyle yasaklamıştır.

Kanunda mutlak emredici hukuk kaidesi olarak öngörülen iki istisna dışında geçici iş ilişkisinin kurulması aşağıdaki şartlara bağlanmıştır;

- İşçinin Geçici Olarak Çalışacağı İşe İlişkin Koşul (holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla)
- İşçinin Devir Sırasında Yazılı Rızası, (işçinin rızasının yazılı olarak ve devir sırasında alınması şart koşulmuştur. Yani geçici iş ilişkisi için, işçinin

²⁰⁷ Subaşı İbrahim, İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Prof.Dr.Sarper Süzek'E Armağan I., İstanbul 2011, s.148

²⁰⁸ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, 23

²⁰⁹ Keser Hakan, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansıması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/9 İstanbul 2006, s.66-67

rızasının iş sözleşmesinde alınması halinde, bu rıza kanunun emredici hükmü karşısında geçersiz olacaktır.)

- Geçici İş İlişkisinin Süresi (Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yapılır ve gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir, yani toplam, 18 ayı geçemez.) şeklinde sayabiliriz²¹⁰.

a. Sürekli İşveren (Ödünç Veren) Ve Geçici İşverenin (Ödünç Alan) Yönetim Hakkı

Geçici (ödünç) iş ilişkisinde ödünç alan işverenle işçi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamakta ancak eylemsel sözleşme ilişkisine benzer²¹¹ bir ilişki yasal olarak kurulmuş olmaktadır²¹². Yani geçici iş ilişkisinin kurulmasıyla, işçi artık iş görme borcunu geçici iş ilişkisinin kurulduğu işverene (Ödünç alan) karşı yerine getirecektir²¹³. Bu durumda, ödünç alan işverenin, işçinin iş görme borcunun somutlaştırılmasına ilişkin talimat yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Bir başka deyişle, geçici iş ilişkisi kurulduktan sonraki aşamada, iş görme borcunun ifasına ilişkin talimatlar ödünç alan işveren tarafından verilecek ve artık, ödünç verenin bu konuda bir yetkisi kalmayacaktır. İş Kanunu m.7/f.1 de bu husus;

“...geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçiye talimat verme hakkına sahiptir.” şeklinde ifade edilmiştir. Yasanın açık hükmünden de anlaşılacağı üzere, ödünç veren işverenin, ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte, işin ifasını talep etme hakkı ile bu hakkın yerine getirilmesine ilişkin olarak talimat verme hakkını yani iş görme borcunun somutlaştırılmasına ilişkin yönetim hakkını devretmektedir²¹⁴. Doktrinde bu husus haklı olarak, ödünç iş ilişkisi ile işçinin iş görme borcunun ifasını talep etme hakkı ile birlikte bu borcun yerine getirilmesine ilişkin talimat verme hakkının bir başka deyişle yönetim hakkının da ödünç alana

²¹⁰ Ekmekçi, Geçici İş İlişkisi, 373-374

²¹¹ Odaman’a göre, İş Hukuku karakteri taşıyan sözleşme benzeri (quasi contractus) bir ilişkidir. Odaman, Ödünç İş İlişkisi, 91

²¹² Narmanlıoğlu Ünal, İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre İle Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç “Geçici” İş İlişkisi), *Mess Sicil İş Hukuku Dergisi*, Eylül 2011, Sayı:23, İstanbul 2011, s.17

²¹³ Narmanlıoğlu, Geçici İş İlişkisi, 19

²¹⁴ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, 97

temlik edildiği kabul edilmektedir²¹⁵. Zira, işçinin işverence verilecek işin görülmesine ilişkin talimatlara uyma borcu, ödünç iş ilişkisinin yapısı nedeniyle iş görme borcunun içinde yer almakta ve bağımsız bir borç niteliği taşımamaktadır²¹⁶. Bu bağlamda, geçici iş ilişkisi kurulan işçinin işin görülmesine ilişkin ödünç alan işverence verilen talimatlara uyma borcu, iş görme borcunun kapsamında yer alır ve onun tamamlayıcısıdır²¹⁷. Bu sebeple iş görme borcunun ifasını talep edecek olan ödünç alan işverenin iş görme ediminden kaynaklanan talimat verme yetkisinin varlığı evleviyetle kabul edilmelidir. Aksinin kabulü ödünç verenin, ödünç alanın işyerinde işin yapılmasıyla ilgili yönetim hakkını kullanmasını gerektirir ki, böyle bir durum eşyanın tabiatına aykırıdır²¹⁸. Sonuç olarak, ödünç alan işverenin geçici iş ilişkisi kurulan işçiye karşı iş görme borcunun yerine getirilmesine ilişkin talimat verme yetkisi mutlak olup, ödünç alan işverenin bu yetkisini her ne kadar iş sözleşmesinin tarafı ödünç veren işveren de olsa, ödünç veren işverenle paylaşması mümkün değildir. Ödünç alan işveren işin yürütümüne ilişkin olması sebebiyle, geçici iş sözleşmesinde belirlenmediği sürece, işyerinde yapılan işin nerede, ne zaman yapılacağını düzenleyen veya yapılacak işin yöntem ya da tekniğini gösteren talimatlar verebilecektir. Bu kapsamda, günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını veya kullanılacak araç ve gereçler konusunda talimatlar sayılabilir²¹⁹.

Ancak, işverenin yönetim hakkına dayanan talimatları yalnızca işin görülmesine ve işçinin iş görme borcunun somutlaştırılmasına ilişkin talimatlar olmayıp, işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği bir de işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar vardır. Bu talimatların ise, işin görülmesi ile doğrudan bir ilişkisi bulunmamakta ancak işyerinde bir düzenin veya güvenliğin sağlanmasını amaçlamaktadır. İşçinin anılan talimatlara uyma borcu, yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi, iş görme borcu kapsamında değildir ve bağımsız bir borç niteliği taşır²²⁰. Bu açıdan bakıldığında, geçici iş ilişkisinde ödünç alan işverenin, işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin mutlak bir yönetim hakkından bahsedilemez. Her şeyden önce, iş akdi ödünç veren işverenle kurulmuş olup, işveren

²¹⁵ Engin Murat, İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkının Devri, Ödünç İş İlişkisi, İş Hukuku Dergisi, İstanbul 1991, s.120

²¹⁶ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, 136

²¹⁷ Süzek, Yönetim Hakkı, 226

²¹⁸ Akyiğit Ercan, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 1994, s.223

²¹⁹ Süzek, Yönetim Hakkı, 227

²²⁰ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, 135; Süzek, İş Hukuku, 72

ödünç veren işverene karşı iş akdinden doğan yükümlülüklerine uymak zorundadır. Ancak diğer taraftan geçici iş ilişkisinin kurulması ile, işçi artık belirli bir süre, ödünç alan işverenin işyerinde çalışmayı kabul etmiştir. Bu durumda, ödünç alan işveren de işyerinde düzen ve güvenliğin sağlanması için, geçici iş ilişkisi kurulan işçiye emir ve talimat verme hakkına sahip olacaktır²²¹. Bu yönüyle geçici iş ilişkisi kurulan işçi bakımından “çifte yönetime tabiliğin” varlığından söz edilecektir²²². Yani geçici iş ilişkisi kurulan işçi, hem ödünç alan işverene ve hem de ödünç veren işverene karşı, talimata uyma borcu taşıyacaktı²²³. Zira, her ne kadar ödünç veren işverenin, işçinin işyerindeki davranışlarını görmesi mümkün değilse de, ödünç alan işverenin, işçinin işyerindeki olumsuz davranışları hakkında bilgi sahibi olarak bunu ödünç veren işverene bildirmesi ve ödünç veren işverenin de iş akdinden kaynaklanan yetkilerini kullanarak işçiye bazı talimatlar vermesi veya sözleşme veya iç yönetmelik çerçevesinde disiplin yaptırımını uygulaması mümkündür²²⁴. Geçici iş ilişkisinin kurulması sebebiyle, işçinin, ödünç alan ve ödünç veren işverene karşı talimata uyma yükümlülüğünü taşıdığı davranışları kapsamında, işyerine giriş ve çıkışlarda uyulacak kuralları, giyinme-soyunma odalarının, park yerlerinin, yemekhane, dinlenme ve spor tesislerinin kullanımını, kaza ve yangın halinde yapılacak işleri, işçilerin hastalanmaları halinde hastalık raporlarının alınması için izlenecek yolu sayabiliriz²²⁵.

Hemen söylemek gerekir ki, geçici iş sözleşmesinde aksine ve özel bir hüküm bulunmadığı sürece, ödünç işçi olarak çalışan işçinin senelik izni, sözleşmesel bir ilişki içinde olduğu ödünç veren işveren tarafından verilecektir. Esasen, özellikle ilk altı aylık dönemdeki geçici iş ilişkisinde aksinin kabulü de, geçici iş ilişkisinin kuruluş felsefesine ve mantığına da pek uygun düşmemektedir. Geçici iş ilişkisi kurulmasının arkasında yatan asli ihtiyaç, ödünç alan işverenin belli bir süreyle kendi işçileri dışında işçi/işçiler istihdam etme olgusudur. Bu durumda, ödünç alan işverenin, işçiyi çalıştırmak yerine yıllık ücretli izin vererek, hem istihdam edeceği sınırlı sürede işçiyi çalıştırmaktan vazgeçmesi ve hem de hak ettiği izin ücretini

²²¹ Çankaya/Çil'e göre, ödünç alan işverenin işçiye talimat verme yetkisi, sürekli işverenin bu yöndeki yetkisi ile sınırlıdır. Çankaya Osman Güven/Çil Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2009, s.323

²²² Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, 224

²²³ Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, 224

²²⁴ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, 135

²²⁵ Taşkent, Yönetim Hakkı, 44, 69, Ekonomi, İş Hukuku, 32, Süzek, Yönetim Hakkı, 227

dolaylı olarak da olsa vermesi²²⁶, ödünç iş ilişkisinin varlık nedeniyle çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Böyle durumların önüne geçilmesi ve ilerde gerek ödünç alan işverenin ve gerekse işçinin hak kayıplarına meydan verilmemesi için, geçici iş sözleşmesinde, bu hususların ayrıntılı olarak düzenlenmesinde fayda vardır. Geçici iş sözleşmesinde özel bir hüküm bulunmasa bile, ikinci veya üçüncü defa yenilendiği durumlarda, her halükarda, işçi de aynı iş yerinde bir seneyi aşkın bir süre çalışmış olmakla yıllık ücretli izin hakkına hak kazanmış olacağından, yıllık ücretli iznin kullanılması, ödünç alan işveren ve işçi yönünden problem yaratmayacaktır.

Bunun dışında, yönetim hakkı kapsamında ve işverenin yönetim hakkının tamamlayıcı bir unsuru olarak değerlendirdiğimiz, gerek iş görme borcunun somutlaştırılması ve gerekse işyerindeki davranışlarla ilgili talimatlara uymayan işçiye, disiplin yaptırımının hangi işverenin yetkisinde olduğu doktrinde tartışmalı bir konudur.

Narmanlıoğlu'na göre, ödünç alan işverenin geçici olarak çalıştırdığı işçiye “işten çıkarma cezası” dışında kalan ve işyeri düzeniyle ilgili bulunan işyeri kurallarıyla ilgili olarak disiplin cezası verebilmesi, işin gereği kabul edilmelidir²²⁷. Odaman ise, ödünç iş sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa, ödünç alan işverenin işçiye disiplin cezası veremeyeceği, ücret kesintisi cezası uygulayamayacağı görüşündedir²²⁸. Odaman devamla, işçinin talimatlara uyma borcunu yerine getirmemesi halinde, ödünç veren yanında ödünç alan işverenin de işçiye disiplin cezası verme hakkı bulunduğunu savunmaktadır²²⁹. Yani Odaman'a göre, işçinin talimatlara uymaması halinde ödünç alan işverenin tek başına işçiye disiplin cezası verme yetkisi olmayıp, ödünç alan işveren bu yetkiyi ancak ödünç veren işveren ile birlikte kullanabilir.

Diğer taraftan, işçinin ödünç alan işverenin işyerinde, iş görme borcunun ifasına veya işyerinin düzeninin sağlanmasına yönelik geçerli talimatlara uymaması halinde, ödünç alan işveren ile birlikte ödünç veren işverene karşı da talimata uyma borcunu ihlal ettiğinden, sözleşmesel sorumluluğuna gidilerek, sözleşmeler veya iş

²²⁶ Her ne kadar iş sözleşmesi gereği, geçici işçi ücretini ödünç veren işverenden alsa da, uygulamada, bu ücret ödünç alan işveren işverene fatura edilmektedir.

²²⁷ Narmanlıoğlu, *Ödünç İş İlişkisi*, 18

²²⁸ Odaman, *Ödünç İş İlişkisi*, 101

²²⁹ Odaman, *Ödünç İş İlişkisi*, 142

yönetmelik hükümleri çerçevesinde, ihtar, kınama, uyarı, ücret kesintisi-İş Kanunu m.38'deki sınırlar içinde-, ve nihayet iş sözleşmesinin feshi şeklinde disiplin yaptırımları uygulanabilecektir. Söz konusu disiplin yaptırımlarından, iş sözleşmesinin feshi ile ücret kesintisi, iş sözleşmesi kaynaklı olduğundan yalnızca iş sözleşmesinin tarafı olan ödünç veren işveren tarafından kullanılmalıdır. İşçi her ne kadar geçici iş sözleşmesi gereği ödünç alan işverenin işyerinde çalışsa ve ona karşı iş görme borcunu yerine getirirse de, ödünç veren ile iş sözleşmesi devam ettiğinden, iş akdinin feshine karar verecek veya iş sözleşmesi gereği ödenen ücretten kesinti yapma yetkisi de ödünç veren işverene ait olmalıdır. Buna karşın ödünç alan işverene de, işçinin iş akdinin feshini gerektirecek şekilde talimata uyma borcuna aykırılığın farkına varması halinde, durumu ödünç veren işverene bildirerek, geçici iş sözleşmesinin feshi veya sözleşmede özel hüküm bulunması halinde, bir başka işçi ile değiştirilmesini isteme yetkisi tanınmalıdır²³⁰.

Ödünç alan işverenin, ücret kesintisi ve iş sözleşmesinin feshi dışında, ihtar, kınama gibi disiplin cezalarını sözleşmeler ve iç yönetmelikte hüküm bulunması halinde, uyarı cezasını ise, talimatlara uyulmaması halinde her halükarda ödünç veren işverenin muvafakatine gerek olmaksızın münhasıran uygulama hakkı geçici iş sözleşmesinin içeriği gereği kabul edilmelidir.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ödünç alan işverenin doktrinde baskın olarak kabul edildiği gibi, geçici iş sözleşmesinden kaynaklı kısmi bir yönetim hakkı bulunmaktadır²³¹.

b. Geçici İşveren (Ödünç Alan) İşverenin Yönetim Hakkının Sınırları

Ödünç alan işveren, yönetim hakkını uygularken öncelikle geçici iş sözleşmesinde çizilen sınırlara tabi olacaktır. Yani, geçici iş sözleşmesinde, işin görülmesiyle ilgili olarak; işçinin işi nerede nasıl ve ne zaman yapılacağı, işin başlangıç ve bitiş saatleri, çalışma düzeni, dinlenme süreleri, fazla çalışma, gece çalışması, senelik ücretli izin hakkının kullanma zamanları, işyeri düzeniyle ilgili olarak da; işyeri giriş ve çıkışları, işyerinde sigara içilecek alanlara ilişkin düzenlemeler, giyinme-soyunma odalarının, park yerlerinin, yemekhane, dinlenme

²³⁰ Odaman,Ödünç İş İlişkisi, 141-142

²³¹ Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, 223; Odaman Ödünç İş İlişkisi, 139

ve spor tesislerinin kullanımı gibi hususlar düzenlenebilir. Bu durumda, geçici iş sözleşmesinde öngörülen hallerin ödünç alan işverenin yönetim hakkını sınırladığından bahsedilecektir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da, kanunun kapsamı kısmında, iş sözleşmesinin tarafı olarak işçiyi değil de “çalışan” kavramını tercih ederek, işyerinde çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanları dahil etmekle, geçici iş ilişkisi kurulan işçiler yönünden de, ödünç alan işvereni diğer işçileri ile fark gözetmeksizin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasından ve korunmasından sorumlu tutmuştur. Söz konusu kanun ayrıca, “çalışanları eğitime” ilişkin 17. maddesinde de; ödünç alan işverenin, geçici iş ilişkisi kurulan işçilere de, iş sağlığı ve güvenliği” risklerine karşı eğitim vermesini zorunlu tutmuştur.

Ödünç alan işverenin yönetim hakkı, geçici iş sözleşmesinde işin görülmesine ve iş düzeninin sağlanmasına ilişkin olarak düzenlenmiş özel kuralların ötesinde, tıpkı sürekli işveren gibi, Anayasa, İş Kanunu ve diğer kanunlardaki emredici hükümler ve ayrıca eşit davranma yükümlülüğü, dürüstlük kuralı ve işçilerin temel hak ve özgürlükleri ve sosyal hakları ile sınırlıdır.

Ödünç alan işverenin yönetim hakkının sınırları konusunda “eşit davranma yükümlülüğü” geçici iş ilişkisinin kendine özgü hukuki karakteri sebebiyle incelenmeye değer görüldüğünden üzerinde ayrıca durulmuştur.

Şöyle ki, geçici iş ilişkisinde, bir taraftan geçici çalıştırılan işçinin iş sözleşmesi kaynaklı çalışma koşullarının (aylık ücret, ücret zammı, senelik izin hakkı) korunması amaçlanırken diğer taraftan, ödünç alan işverenin, işyerinde çalışan diğer işçileri nazara alındığında, ödünç alan işverenin eşit davranma yükümlülüğünün kapsamı doktrinde tartışma konusudur.

Odaman’a göre, ödünç iş ilişkisine, İş Hukukunda esnekleşmenin önemli görünümlerinden biri olarak bakıldığında, “sözleşme özgürlüğü” ilkesi “eşit davranma ilkesi” ne oranla öncelik taşımaktadır²³².

²³² Odaman, Ödünç İş İlişkisi, 214

Kanaatimizce, işçinin onur ve kişiliğinin işverenin keyfi davranışlarına karşı korunmasını amaçlayan “eşit davranma ilkesi”nin atipik iş sözleşmelerinde de, “sözleşme özgürlüğü” ilkesine önceliğinin kabul edilmesi gerekir. Anayasa ile garanti altına alınmış olan sözleşme serbestliği ilkesi (AY m.48), yine Anayasa’da garantisini ve pozitif ifadesini bulmuş olan (AY m.10) Anayasal düzenin tümüne egemen olan ve hatta değiştirilemez hükümler arasında yer alan “Sosyal Devlet İlkesi” ile birlikte değerlendirilince; Anayasa’nın temel felsefesine göre, “eşitlik” ilkesinin “sözleşme serbestliği”ni sınırladığı sonucuna varılmaktadır²³³.

Ancak bu demek değildir ki, ödünç alan işveren, geçici çalışan işçi yönünden eşit davranma ilkesini mutlak olarak uygulayacak ve geçici işçi, işyerinde daimi olarak çalışan işçilerle aynı maddi ve sosyal haklara sahip olacaktır. Kuşkusuz, ödünç işçi, geçici iş ilişkisinin kurulması ile birlikte yine eski iş yerinde almış olduğu ücreti almaya devam edecek, ödünç alan işverenin kendisiyle aynı konumda bulunan işçilerine ödenen ücrete hak kazanamayacaktır. Bu durum, geçici iş ilişkisinin hukuki niteliğinden anlaşılmaktadır. Zira, geçici işçi, ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya başladığı halde, ödünç veren işveren ile iş sözleşmesi ve hükümleri yürürlüğünü korumaktadır.

Bu sebeple, ödünç işçinin, ödünç alan işverenin işyerinde de, ödünç veren işverenin işyerinde çalışırken almış olduğu ücreti almaya devam etmesi ve durumun özelliklerine göre bazı hallerde, ödünç alan işverenin işçilerinden daha düşük ücret alması, kanaatimizce, Odaman’ın ileri sürdüğü gibi, atipik iş ilişkilerinde eşit davranma ilkesine karşı sözleşme özgürlüğü prensibinin üstün tutulması değil, ahde vefa ve işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılamamasının (m.22) doğal bir sonucudur. Tersî durumda da, yani geçici işçinin ödünç alan işverenin işçilerinden daha yüksek ücret alması halinde de, ahde vefa ve işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılmaması kuralı gereği (m.22), geçici işçi, ödünç veren işverenle arasındaki iş sözleşmesi gereği aynı ücretini almaya devam edecektir.

Ancak, ödünç iş ilişkilerinde eşit davranma yükümlülüğü bakımından asıl sorun, ücret dışında ücret niteliğinde değerlendirilebilecek yan ödemeler bakımından ortaya çıkmakta ve doktrinde farklı görüşler ortaya atılmaktadır.

²³³ Tuncay, A.Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.145

Odaman'a göre, ödünç alan işverenin kendisine sözleşmeyle bağlı işçilere, verimli ve uyumlu çalışmaları karşılığında yaptığı ikramiye, prim, komisyon gibi ödemelerin ya da fazla çalışma/fazla sürelerle çalışma ücretlerinin de şartları yerine gelmişse ödünç işçiye de ödenmesi ve ödünç işçinin de kanunen giydirilmiş ücret olarak nitelendirilebilecek bu yan ödemeleri alma hakkının bulunması, eşit davranma yükümlülüğünün bir gereğidir²³⁴. Nitekim Yargıtay da, işverenin aynı durumda bulunan işçiler arasında ikramiye konusunda keyfi ayrımlar yapmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur²³⁵. Buna karşılık, doktrinde Ekmekçi, ödünç işçi olarak çalışanlarla sürekli çalışan işçiler arasında ücret ve sosyal haklar bakımından eşitsizliğin gayet normal olduğu ve bunun ödünç çalışmanın atipik yapısından kaynaklandığını ileri sürmektedir²³⁶.

Biz de geçici iş ilişkisinin, iş yaşamında esnekleşmeyi amaçlamış olmasının işverenin yönetim hakkına getirilen sınırlamaları ortadan kaldıramayacağını ve bu sebeple, ödünç alan işverenin, çıplak ücret istisna olmak üzere, işyerindeki verimliliğe ve üretim artışına katkıda bulunmanın sonucu olarak sürekli işçilere ödenen her türlü ek maddi ödeme ve yardımdan geçici işçinin de eşit davranma yükümlülüğü çerçevesinde hakkı olduğunu düşünüyoruz.

Diğer taraftan, ödünç alan işveren yönetim hakkının bir sonucu olarak işin paylaştırılması konusunda da kendi işçileriyle geçici iş ilişkisi ile çalışan işçiler arasında eşit davranma yükümlülüğüne uymak zorunda olup, her iki işçi grubunun da görev tanımının aynı olması halinde, sürekli zevkle yapılan işleri kendi işçilerine, buna karşın hoş karşılanmayabilecek işleri ödünç işçilere veremeyecektir. İşyerinde fazla çalışma yapmak isteyenlerin talebin üstünde olması hallerinde de, ödünç alan işveren, eşit davranma borcuna uygun şekilde hareket ederek, kendi işçileri ve ödünç işçiler arasındaki seçimi objektif kriterlere ve hakkaniyete uygun olarak yapmak zorundadır²³⁷.

²³⁴ Odaman Ödünç İş İlişkisi, 216-217; Aynı görüşte Engin, İşveren, 105

²³⁵ Y.9HD, 14.5.2009, E.2008/94, K.2009/13535, Çil Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2.Baskı, Ankara 2010, s.180-181

²³⁶ Ekmekçi, Geçici İş İlişkisi, 377

²³⁷ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, 220-221

Ödünç alan işverenin yönetim hakkına getirilen diğer anayasal ve yasal sınırlamalar, birebir tipik iş ilişkilerine göre bir farklılık göstermediğinden ve bu hususlar çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak açıklandığından, burada değinmiyoruz.

II. Alt İşverenlik

Alt işverenlik, mal ve hizmet üretiminin dışsallaştırılmasının (dış esneklik) tipik bir örneğini oluşturmaktadır²³⁸.

Asıl İşveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için, ilk temel koşul, asıl işverene ait bir işyerinin bulunması ve burada işçi çalıştırılmasıdır. İş Kanunu bu koşulu, “*Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde...*” iş alma şeklinde belirlemiştir. Buna karşılık, alt işveren de, asıl işveren olarak adlandırılan başka bir işverenden iş alan işverendir²³⁹

Alt işverenlik ilişkisine ilişkin yeni düzenlemelerin ve değişikliklerin yapıldığı 5763 sayılı Kanun’un 1.maddesi gereğince çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliğinde, asıl işveren, alt işveren kavramları çok daha detaylı olarak tanımlanmıştır.

Söz konusu Yönetmelikte; “*Alt İşveren*²⁴⁰”:Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar, ; “*Asıl İşveren*²⁴¹” ise; “*İşyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi*

²³⁸ Aykaç, Alt İşveren, 9

²³⁹ Subaşı, Asıl İşveren-Alt İşveren, 134

²⁴⁰ Akyiğit de alt işvereni; “*Başka bir (asıl) işverenden belli gerekçelerle iş alan ve bu işi sırf oraya özgülediği işçilerine yaptıran bağımsız diğer bir işverendir*” şeklinde tanımlamıştır. Akyiğit, Alt İşverenlik, 30

²⁴¹ Akyiğit asıl işvereni ise; “*Kendisine ait işyeri olup da burada yürüttüğü yardımcı işyerde veya belli gerekçelerle asıl işin bir bölümünde kendi işçileriyle yapmak üzere başka bir işverene iş veren işverendir*” şeklinde tanımlamıştır. Akyiğit, Alt İşverenlik, 30

çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” olarak tanımlanmıştır.

Böylelikle yönetmelikte adı geçen asıl işveren ve alt işveren tanımlarından alt işverenlik ilişkisinin kurulması için yasa koyucunun öngördüğü şartları saptamak mümkündür. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin en önemli unsuru, asıl işverenin kendisine ait bir işyerinin bulunması ve bu işyerinde işçi çalıştırmasıdır. Bunun doğal bir sonucu olarak, bir kimse kendisine ait bir işi, işçi çalıştırmaksızın tümüyle bir başkasına vermiş ise, bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir²⁴²

Öncelikle alt işverenlik ilişkisinde de, geçici iş ilişkisinde olduğu gibi, sırasıyla asıl işveren, alt işveren ve alt işverenin işçilerinin olduğu üçlü bir iş ilişkisinden bahsedilecektir. Yani alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren ve alt işveren olmak üzere iki işveren olacak ama alt işveren asıl işverenden aldığı mal ve hizmet üretimine ilişkin işte kendi işçilerini yine kendi iş organizasyonu altında ama asıl işverenin işyerinde çalıştıracaktır. Asıl işverenden alınacak işe ilişkin bir başka koşul ise, ya asıl işverenin yardımcı işlerinde asıl işverenden iş alınacak veya asıl iş olmakla birlikte işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işler olması koşuluyla asıl işin bir bölümünde alt işverenlik ilişkisi kurulabilecektir.

Doktrinde yardımcı işler konusunda bir ihtilaf olmamakla birlikte²⁴³, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının

²⁴² Subaşı, Asıl İşveren-Alt İşveren, 135

²⁴³ “İş Kanunu’nun 2.maddesinin 6 ve 7 fıkralarına ilişkin değişiklik önergesinin gerekçesinde yardımcı işlerin herhangi bir sınırlama olmaksızın alt işverene verilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda doğrudan üretim organizasyonu içinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerlerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği belirtilmiştir.” Süzek Sarper, Alt İşverenlik İlişkisinin Kurulması, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 25.sayı, İstanbul 2010, s.17; “Ancak genel kıstas böyle olmakla birlikte bir işin yardımcı iş olup olmadığının tespiti için, her bir bağımsız işyeri için ayrı ayrı tespit edilmelidir. Çünkü bir işyeri için yardımcı iş niteliğinde olan bir iş, başka bir işyeri için asıl iş niteliğinde olabilir. Bu bağlamda, temizlik işleri mal veya hizmet üretilen bir işyerinde yardımcı iş olurken, asıl işi, temizlik şirketlerinde olduğu gibi, temizlik işi olan bir işyerinde temizlik işi, asıl iş konumunda olacaktır. Yine otelcilik yapılan bir işyerinde yemek işleri yardımcı iş değil, asıl iş olarak kabul edileceği gibi, ek binaya ait inşaat işi, bir otel işletmesinde yardımcı iş iken, faaliyet alanı inşaatçılık olan bir işyerinde asıl iş olacaktır.” Aydınli, Alt İşveren, 183 Y.9HD, 28.2.2011 tarih ve E.2010/23498 ve K.2011/5236 sayılı kararında; “otel işletmeciliğinde genel temizlik, garaj ve otopark ile güvenlik hizmetlerinin yardımcı iş olduğu ancak buna karşılık, restaurant, bar, komi, oda temizliği gibi hizmetlerin asıl iş kapsamında olduğunu” belirtmiştir. www.kazanci.com

her ikisinin birlikte mi yoksa birbirinden bağımsız mı değerlendirileceği konusunda yoğun tartışmalar yapılmıştır. Ancak, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 11.maddesi hükmünde, asıl işverenin alt işverene verilebilmesi için açıkça, işletmenin ve işi gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi arandığından, yönetmelikte bile yazılmış olsa ve Anayasa'daki normlar hiyerarşisi ile bağdaşır bir yönü olmasa da, görüşümüze göre artık bu tartışmaların pratik bir önemi de kalmamıştır. Zira, böyle bir düzenlemeyi, kanun koyucunun yoruma muhtaç iradesinin başlangıçtan itibaren bu şekilde olduğu şeklinde kabul etmek gerekecektir. Bunun dışında kanun koyucunun alt işverenlik ilişkisinde aradığı bir diğer şart, gerek yardımcı işler olsun ve gerekse işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olsun, alt işverene verilen işlerde asıl işverenin denetim ve koordinasyon için görevlendirilenler ayrı kalmak üzere, işçi çalıştıramamasıdır. Nitekim bu husus, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın karine olarak kabul edileceğine ilişkin hususların düzenlendiği m.12/f.e hükmünde de;

“Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işveren işçisinin çalışıp çalışmadığı” şeklinde ifade edilmiştir.

a. Asıl İşverenin Yönetim Hakkı

Asıl işveren, işyerinde mal ve hizmet üretimine ilişkin işin bir kısmını kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi şartıyla, bu iş için yeterli sayıda işçi çalıştıran, belirli bir iş organizasyonu ve hukuki bağımsızlığa sahip bir başka işverene devrettiğinden artık asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı işin görülmesini istemek hakkının bulunmadığını öncelikle kabul etmek gerekecektir²⁴⁴.

Bu husus, Alt İşverenlik Yönetmeliğinin m.11/f.2 hükmünde de;

“Alt işverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile mal ve hizmet üretimi yapması esastır” ifadeleri ile belirtilmiştir.

Kaldı ki, alt işverenin kendi iş organizasyonuna sahip olmadan kendi işçileri ile asıl işverenden aldığı işi asıl işverenin işyerinde yerine getirmesi hali,

²⁴⁴ Güzel Ali, İş Yasasına Göre Alt İşveren, Çalışma ve Toplum Dergisi 2004/3, İstanbul 2004, s.40

kanunen yasak olan “iş aracılığı” nı çağrıştıracaktır²⁴⁵. Bu husus Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin 22.12.2008 tarihli Kararında da²⁴⁶;

“Bir alt işveren bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuki bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.”²⁴⁷

Alt işveren asıl işverenden aldığı işi, asıl işverenin işyerinde ifa edecek olsa bile, kendisine iş akdi ile bağlı bulunan kendi işçileri ve kendi iş organizasyonu içinde gerçekleştirecektir. Bu durumda alt işverenin işçileriyle aralarında iş akdi bulunmayan asıl işverenin, iş görme borcu kendi işyerinde yerine getirecek olsa bile, alt işverenin işçilerine karşı iş görme borcunun yerine getirilmesine ilişkin yönetim hakkından söz edilemez ve asıl işveren, alt işverenin işçilerine iş görme borcuna ilişkin talimat veremez. Aksinin kabulü yani asıl işverenin alt işverenin işçilerine işin görülmesiyle ilgili talimat vermesi, gerçek bir alt işverenlik ilişkisinden söz etme olanağını zayıflatmakta ve muvazaanın tespitine ve varlığına ilişkin önemli bir karine sayılmaktadır²⁴⁸. Bu bağlamda, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin 25.01.2005 tarihli bir kararında²⁴⁹ da asıl işverenin işçi alma ve talimat verme yetkisinin varlığının, 4857 sayılı Kanunu’nun m.2/f.6-7 hükümlerinde öngörülen şekilde muvazaalı alt işverenlik ilişkisi olarak değerlendirilmesine sebebiyet vereceği belirtilmiştir.

Doktrinde asıl işverenin alt işverenin işçilerine işin görülmesine ilişkin talimat veremeyeceği konusunda tam bir görüş birliği olduğu gibi²⁵⁰ Yargıtay’ın yerleşmiş kararları da bu merkezdedir. Nitekim Yargıtay 9.Hukuk Dairesi 2004 tarihli bir kararında²⁵¹ ;

²⁴⁵ Güzel, Alt İşveren, 40; Aykaç, Alt İşveren, 221

²⁴⁶ Aynı nitelikte Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin 19.11.2012 tarih ve E.2012/35270 ve K.2012/38530 sayılı Kararı ile, muvazaanın tespiti için, alt işverenin bağımsız bir işyeri örgütlenmesi içine girip girmediğinin araştırılması gerektiği belirtilmiştir. www.kazanci.com

²⁴⁷ Y.9HD, 22.12.2008, E.2008/42355, K.2008/34683, Çankaya /Çil , Üçlü İlişkiler, 103

²⁴⁸ Soyer Polat, 4857 sayılı İş Kanunu açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, İstanbul 2006, s.17

²⁴⁹ Y.9HD 25.01.2005, E.2004/32270, K.2005/1470, Çankaya/Çil, Üçlü İlişkiler, 264

²⁵⁰ Aykaç, Alt İşveren, 221-223; Aydın Alt İşveren, 243; Akyiğit Alt İşverenlik, 70

²⁵¹ Ulucan Devrim, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/3, İstanbul 2004, s.147-148

“...Doğal olarak alt işveren ile (çalıştırdığı) işçiler arasında bir iş sözleşmesi vardır ve bu sözleşme uyarınca da alt işveren konumunda bulunan kişi, işveren sıfatı ile asıl işverenin işyerinde üstlendiği işte çalıştırdığı işçileri yönetme yetkisine, işçiden iş yapmayı isteme ve bunun için gerekli olan emir ve talimatları doğrudan kendisi verme hakkına sahiptir...Asıl işverenin, alt işverene nitelik ve sayı olarak işçileri dikte etmeye ve asıl önemlisi alt işverenin işçilerini yönetmeye hakkı yoktur. Bu yetkilerin tamamı gerçek anlamda alt işveren konumunda olan kişiye aittir.”

Ancak, asıl işverenin kendi işyerinde yapılan ve dolayısıyla kendi mal ve hizmet üretimini etkileyebilecek az veya çok belli bir oranda katma değer yaratabilecek bir işte hiç mi denetleme hakkı olmayacak veya koordinasyonu nasıl sağlayacaktır?

Alt işverenlik Yönetmeliği'nin “muvazaanın incelenmesi” başlığı altında yer alan m.12/f.c hükmünde bu soruların cevabını bulmak mümkündür. Söz konusu yönetmelik hükmünde,

*“Alt işverene verilen işte **asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka** asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı”* muvazaanın tespitinde kıstas alınmaktadır.

Hal böyle olunca, asıl işveren alt işverene verilen işin, “süresinde yapılıp yapılmadığı, ne kadar sürede bitirileceği, iş mevzuatında öngörülen kurallara uyulup uyulmadığı” konularında denetim yapmak hakkına sahip olduğu gibi; asıl işveren tarafından yapılan işle, alt işverene verilen iş ve işçiler arasındaki koordinasyon ve işbirliği de asıl işveren sağlanacaktır.

Doktrinde Aydınli da, asıl işverenin alt işverenin işin süresi, temposu ve işin yürütümüne yönelik emir ve talimatları verip vermediğine ilişkin denetimi yapabileceğini kabul etmektedir²⁵².

Bu bağlamda, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de, 29.01.2007 tarihli bir kararında²⁵³;

²⁵² Aydınli, Alt İşveren, 245

²⁵³ Aydınli, Alt İşveren, 226

“Alt işveren, çalıştıracağı işçileri kendisi işe alır, kendi adına iş sözleşmesi yapar, gerekli talimatları verir, işçilere ücretlerini kendisi öder, ücret bordolarını kendisi düzenler, SSK primlerini yatırır ve işten çıkarmada yetkili alt işverendir yani yönetim hakkı tamamen alt işverendedir, asıl işverenin ise sadece denetim yetkisi vardır.” ifadeleri ile, asıl işverenin denetim yetkisini belirtmiştir.

Yine Yargıtay 9.Hukuk Dairesi 21.3.2013 tarihli yeni bir kararında²⁵⁴, alt işverenin verdiği emir ve talimatların yanında asıl işveren işçilerinin verdikleri talimatların işin yürütümü ve gözetimi kapsamında değerlendirileceğinden bahisle muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisinden bahsedilemeyeceğini hüküm altına almıştır.

Asıl işveren, alt işverene verilen işlerde denetim yetkisini, yönetmelikte de ifade edildiği gibi, denetim ve koordinasyonla görevlendirilen işçileri aracılığıyla kullanacak ve görevlendirilen işçilerin alt işverene verilen işte, çalışma düzeni ve disiplinine ilişkin aksaklık olduğu ve bunları asıl işverene bildirmeleri halinde, asıl işverenin muhatabı yine alt işverenin işçileri değil de, alt işveren olacaktır. Asıl işveren bu durumda alt işveren ile yapmış olduğu (genellikle istisna, kira veya taşıma) akdin hükümlerine göre hukuksal taleplerini dile getirecektir.

Asıl işverenin alt işverene verilen işlerde işin görülmesine ilişkin yönetim hakkının söz konusu olmadığı ve sadece denetim yetkisinin bulunduğu bu şekilde son noktayı koyduktan sonra, bir diğer cevaplandırılması gereken soru; asıl işverenin işyeri düzeni, disiplini ve güvenliğinin sağlanması hususunda alt işveren işçilerine karşı yönetim hakkından bahsedilip bahsedilemeyeceği hususudur.

Hemen söylemek gerekir ki, asıl işverenin alt işverenin işçilerine işyeri güvenliğinin sağlanmasına yönelik talimat yetkisinin bulunduğu doktrinde ittifakla kabul edilmektedir²⁵⁵. Zira, alt işveren bağımsız bir işveren olarak asıl işverenden aldığı işi kendi iş organizasyonu ve kendi işçileri yürütse de, asıl işveren tüm iş sahasına hakim durumdadır. Bu sebeple, alt işveren kendi yürüttüğü iş sahasında bağımsız kararlar alabilse de, alt işverenin de dahil olduğu iş sahasında iş sağlığı ve güvenliği politikasının belirlenmesinde asıl işverenin önemli düzeyde inisiyatif

²⁵⁴ Y.9HD, 21.3.2013, E.2013/1450, K.2013/9838, www.kazanci.com

²⁵⁵ Akyiğit, Alt İşverenlik, 70; Aydın, Alt İşveren, 244; Taşkent, Yönetim Hakkı, 62-63; Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği, 167-173

bulunmalıdır²⁵⁶. Yargıtay da, 2009 ve 2010 tarihli kararlarında asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği alanında alt işverene ve dolayısıyla alt işverenin işçilerine müdahale edebileceğini kabul etmektedir²⁵⁷.

Ancak, asıl işverenin alt işveren işçilerine iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin talimat verme yetkisinin hukuki dayanağı konusunda doktrinde çeşitli kuramlar üretilmiştir. Bir kısım yazarlar tarafından bu ilişki, “edimden bağımsız borç ilişkisi” olarak tanımlanmıştır. Alt işveren işçisinin asıl işverenin işyeri çevresine dahil olması ve sosyal temas içinde bulunmasının sonucu olarak iş sözleşmesinin meydana getirdiği edim yükümlülüğünden bağımsız koruma yükümlülüğü getiren bir borç ilişkisi bulunur²⁵⁸. Bir başka yazara göre ise, asıl işveren ve alt işveren işçisi arasında dürüstlük kuralı gereğince işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunmasına yönelik yükümlülüklerden söz edilebilirse de, bir borç ilişkisinden söz etmemek gerekir²⁵⁹. Akın’a göre ise, asıl işveren/alt işveren iş hukukuna özgü bir ilişki olduğundan sorunun çözümünü de iş hukukunun kendi dinamikleri içinde aramak gerekir. Alt işveren/asıl işveren ilişkisini düzenleyen kaynakların asıl işverenle alt işveren işçileri arasındaki ilişkiye de temel oluşturacağını söylemek daha doğru olacaktır²⁶⁰.

Doktrinde Aydınli’nın da belirttiği gibi, anayasal dayanağını girişim özgürlüğünden alarak işyeri ve işletmeyi kuran ve faaliyette bulunan işveren, hakimiyet alanına giren tehlikelere de kaynaklık eden bir ortamı yaratmış olmaktadır. Bu durumun doğal sonucu olarak işverenle yalnızca iş sözleşmesi yapanlar değil, “alt işverenlik” veya “geçici iş ilişkisi” gibi diğer ilişkisi türleri aracılığıyla da işyeri ile sosyal temasta olan alt işveren işçileri ve geçici işçiler de işverenin korunma şemsiyesi altında bulundurulmalıdır ki, bu da işverene “edim yükümlülüğünden bağımsız koruma yükümlülüğü”nün sonucudur²⁶¹. Hal böyle olunca, İş sözleşmesinden bağımsız olarak koruma yükümlülüğü altına giren işverenin yani asıl işverenin bu yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için, gerek işyeri düzeni ve gerekse iş güvenliğinin sağlanmasına yönelik talimat verme hakkı da kabul edilmelidir.

²⁵⁶ Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği, 167

²⁵⁷ Y.9HD, 28.12.2009, E.2009/47847, K.2009/37770, Y.9HD, 12.4.201, E.2010/7476, K.2010/10029; Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği, 166

²⁵⁸ Aydınli, Sosyal Temas, 174-178

²⁵⁹ Aykaç, Alt İşveren, 219

²⁶⁰ Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği, 176

²⁶¹ Ulucan Devrim, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/3, İstanbul 2004, s.8

Türk İş Mevzuatının iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve korunmasına yönelik olarak işverene getirilen yükümlülükler de, borç ilişkisinden bağımsız koruma yükümlülüğüne uygun olarak işverenin çalıştırdığı işçiden çok ekonomik risk ve sorumluluğunu üstlendiği işyeri ve işletme ölçüt alınarak getirilmiştir²⁶².

Bu bağlamda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun m.2/f.6 hükmünde, 1475 sayılı İş Kanunu'nun m.1/f.5'de olduğu gibi, sözleşmesel ve yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesinde asıl işverenin alt işverenle birlikte müşterek müteselsil sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu husus, 11/09/2014 tarihli Resmi Gazete'nin Mükerrer sayısında yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe giren "İş Kanunu ile Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ve Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair" 6552 sayılı Kanun ile, İş Kanunu m.36'da sayılı kamu kuruluşları, mahalli idareler ve KİT'ler ve diğer kuruluşların tabi olduğu alt işverenlik ilişkileri için daha bir pekiştirilmiş ve söz konusu Kanunun 3. maddesi ile, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 36. maddesinde yapılan değişiklikle, kamu makamlarına alt işverenin işçi ücretlerinin ödenip ödenmediği konusunda re'sen kontrol ve denetim yetkisi verilmiş ve işçi ücretlerinin ödenmediği durumlarda, ücretlerin hak edişlerden kesilerek işçilerin banka hesabına yatırılma yükümlülüğü getirilmiştir²⁶³.

Diğer taraftan, asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu olduğu yükümlülüklerin kapsamına, her şeyden önce işçinin yaşam ve sağlığının korunmasına ilişkin yükümlülüklerin gireceği tartışma götürmez. Bu durumda, alt işverenle birlikte sorumlu tutulan asıl işverenin işçilerin sağlığına ve güvenliğine ilişkin önlemleri alma, iş sağlığı ve güvenliği ile riskleri azaltma konusunda gerekli yetkilerle donatılmış olması gerekir²⁶⁴.

Bu hususta, 30.06.2012 tarihli Resme Gazetede yayımlanan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4 hükmünde de; tüm işverenlere çalışanların

²⁶² İşverene getirilen bu yükümlülüğün kaynağının sosyal devlet ilkesinin iş hukuku ilkeleri yansımasının bir sonucu olarak, sosyal adalet ve güçsüzü koruma amacı olduğunu belirtmiştik.

²⁶³ Söz konusu 6552 sayılı Kanunun 5. maddesi ile de, 4857 sayılı İş Kanunun 56.maddesine bir fıkra eklenmek suretiyle, asıl işverene alt işveren tarafından çalıştırılan işçilerin hak kazandıkları yıllık ücretli izin sürelerinin kullanılıp kullanılmadığını denetlemek ve ilgili yıl içinde kullanılmasını sağlamak yükümlülüğü, alt işverene ise, izin kayıt belgesinin bir örneğini asıl işverene vermek yükümlülüğü getirmiştir.

²⁶⁴ Taşkent, Yönetim Hakkı, 63

sağlığının ve güvenliğinin sağlanması konusunda genel bir yükümlülük getirilmiştir. Ayrıca aynı kanunun “Konsey, Kurul ve Koordinasyon” başlığı altında düzenlenmiş bulunan üçüncü bölümünün bir alt başlığı olan “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu” olan, m.22/f.1’de;

“Altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde,

- (a) Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda işbirliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır.
- (b) Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekaleten bir temsilci atar.”

hükümlerine yer verildikten sonra, m.23/f.1’de de, aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda, işverenlerin iş hijyeni ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında, uygulanmasında işbirliği yapacakları öngörülmüştür.

Tüm bu açıklamalardan sonra, 6311 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun hükümlerinin öğretide kabul edildiği gibi, asıl işvereni kendi işçileri ile birlikte alt işverenin işçilerine karşı da iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve korunmasına ilişkin talimatlar verme hususunda yetkili kıldığı anlaşılmaktadır.

İşyeri düzenine ilişkin asıl işverenin talimat verme yetkisi öğretide tartışmalıdır. Bir kısım yazarlara göre, her ne kadar alt işveren işçileri asıl işverene ait işyerinde çalışıyor olsalar bile, asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında iş sözleşmesinin bulunmaması sebebiyle, işyeri düzenine ilişkin olarak da, asıl işverenin emir ve talimat yetkisi olamaz, bu yetki münhasıran alt işveren tarafından kullanılmalıdır²⁶⁵. Ayrıca, asıl işverenin alt işverenin işçilerinin haklarından müteselsilen sorumlu olması, asıl işverene alt işverenin işçilerine talimat verme hakkını vermez²⁶⁶.

Doktrinde bir kısım yazarlar ise; ikili bir ayrıma gitmekte ve işin görülmesine ilişkin asıl işverenin talimat yetkisini kabul etmemekle birlikte, işyeri düzenine ilişkin olarak asıl işverenin alt işverenin işçilerine talimat verme yetkisini ve alt

²⁶⁵ Taşkent, Yönetim Hakkı, 62; “*Alt işveren yönetme yetkisine tek başına sahiptir.*” Ulucan, Karar İncelemesi, 148; Aykaç, Alt İşveren 238

²⁶⁶ Aykaç, Alt İşveren, 227

işverenin işçilerinin de bu talimatlara uyma yetkisini kabul etmektedirler²⁶⁷. Bu talimatlar kapsamından olmak üzere, asıl işveren işyerinin giriş ve çıkışlarının düzenlenmesi, genel düzeni, sigara içme yasağına ilişkin uygulamalar sayılabilir.

Asıl işverenin yönetim hakkı konusunda diğer bir açmaz, asıl işverenin alt işverenin işçilerine disiplin cezası uygulayıp uygulamayacağı noktasındadır. Öğretide baskın görüş asıl işverenin disiplin cezası verme yetkisinin bulunmadığı şeklindedir²⁶⁸. Bu durumda, asıl işverenin ancak işyeri düzenini bozan işçiye alt işverene bildirerek, alt işverenin işçiye disiplin cezasını uygulanmasını isteme hakkı vardır²⁶⁹. Buna karşılık iş görme ediminden bağımsız borç ilişkisi görüşü²⁷⁰, alt işveren işçisinin işyeri düzenini ihlal ettiği durumlarda, asıl işverenin toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği veya iş yeri uygulamasına dayanarak alt işveren işçisine disiplin cezası verebileceğini kabul etmektedir²⁷¹.

Kanaatimizce, asıl işverene, işyeri düzenini ve disiplinini ihlal eden alt işveren işçilerine uyarıda bulunma yetkisi her durumda tanınmalıdır. Ancak, iş sözleşmesi alt işveren işçileri ile alt işveren arasında kurulduğundan, asıl işverenin alt işverenin işçilerine işten çıkarma cezası veremeyeceğinin öncelikle kabulü gerekir. Diğer taraftan, ücret kesme cezasının verilme koşulları da, İş Kanunu m.38’de toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinde gösterilen sebeplere bağlandığından ve asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında ne iş sözleşmesi ve ne de toplu iş sözleşmesi olmadığından, asıl işverenin ücret kesme cezası verebilmesi de mümkün değildir. Asıl işveren böyle durumlarda, yalnızca, işyeri disiplini ihlal eden işçiyi alt işverene bildirmek suretiyle, disiplin cezası uygulamasını alt işverenden isteyebilir.

²⁶⁷ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17;

²⁶⁸ Çankaya/Çil, Üçlü İlişkiler, 46; Akyiğit, Alt İşverenlik 70

²⁶⁹ Çankaya/Çil, Üçlü İlişkiler, 46

²⁷⁰ “İşçinin işin görülmesine ilişkin işverence verilecek talimatlara uyma borcu bağımsız bir nitelik taşımaz, işçinin iş görme borcunun kapsamında yer alır, onu tamamlayıcı niteliktedir. Bu nedenle, işçinin işverenin bu konuda verdiği talimatlara göre hareket etmemesi halinde, iş görme borcunun ihlali söz konusudur. Buna karşılık, işçilerin işyerindeki davranışlarını yönlendiren talimatların iş görme borcu kavramına sokulmasının olanağı yoktur. **Bu nedenle, işçinin itaat borcu sadece işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma zorunluluğunda bağımsız bir borç anlamı kazanır.**” Süzek, İş Hukuku, 72

²⁷¹ Aydınli, Sosyal Temas, 176

Asıl işverenin yönetim hakkı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken son bir konu, asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğü var mıdır ve varsa bu yükümlülüğünün kapsamı nedir?

Konunun açıklığa kavuşturulması için, öncelikle asıl işverenin işyeri ile alt işverenin asıl işverenden aldığı mal ve hizmet üretimini yaptığı yerin aynı işyerleri mi yoksa ayrı işyerleri mi olduğu sorusunun cevaplandırılması gerekir²⁷². Zira eşit davranma ilkesinin uygulanmasının birincil şartı; işyerlerinin aynı olması “işyerinde birlik ilkesi” dir²⁷³. Alt işverenlik ilişkisinde iki ayrı işverenin bulunması, alt işverenlik ilişkisinin geçerlilik şartı olduğu gibi, alt işveren asıl işverenden aldığı işi, kendi işçileri, kendi araç ve gereçleri ve sonuçta kendi bağımsız iş organizasyonu içinde yerine getirmek zorundadır²⁷⁴. Bu durumda, alt işverenin asıl işverenden aldığı işleri yaptığı yerin asıl işverenin işyerinden bağımsız, ayrı bir işyeri olduğunun kabulü gerekir²⁷⁵. Hal böyle olunca, asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı kural olarak eşit davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Doktrinde de baskın görüş, asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit davranma borcunun bulunmadığı yönündedir²⁷⁶.

Nitekim bu husus, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin 27.3.2006 tarihli kararında²⁷⁷ incelenmiş ve ancak alt işveren sözleşmesinin geçersiz olması halinde, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğünün bulunacağı sonucuna varılmıştır. Yani Yargıtay da, ağırlıklı doktrin görüşüne iştirak ederek, geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin bulunması halinde, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde hüküm kurmuştur.

²⁷² Canbolat Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s.51-56

²⁷³ Tuncay A.Can, Eşit Davranma, 148-150

²⁷⁴ Canbolat, Asıl İşveren-Alt İşveren, 54; Aydın, Alt İşveren, 158; Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren, 17

²⁷⁵ Canbolat, Asıl İşveren-Alt İşveren, 54

²⁷⁶ Aykaç, Alt İşveren, 243; Çankaya/Çil, Üçlü İlişkiler, 46; Süzek Sarper, İşverenin Eşit Davranma Borcu, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, İstanbul 2008, s.26; Yıldız Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s.193

²⁷⁷ Y.9HD, 27.3.2006, E.2006/4860, K.2006/7479; aynı doğrultuda, Y.9HD, 7.7.2009, E.2009/25544, K.20096; www.kazanci.com;

Kaldı ki, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı işin görülmesine ilişkin talimat verme hakkı bulunmadığı tartışmasız kabul edildiğinden artık asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı işin görülmesinin bir karşılığı olarak ücret ve yan hakları ile ilgili de eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığının hukuk mantığı açısından da kabulü gerekir.

Ancak, asıl işverenin işyeri düzenine ilişkin olarak alt işverenin işçileri üzerinde yönetim hakkının bulunduğunu kabul eden hukuki görüş çerçevesinde bu hakkın yerine getirilmesi aşamasında da işverenin yönetim hakkını sınırlandıran bir öge olarak “eşit davranma yükümlülüğü” devreye girecektir. Bu bağlamda, asıl işveren, işyerine giriş ve çıkışlarda, üst aramalarında veya sigara içme yasağının uygulandığı durumlarda kendi işçileri ile alt işveren işçileri arasında eşit davranma ilkelerine uymak durumundadır.

Diğer yandan, asıl işverenin eşit davranma yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, dürüstlük kuralı ve işçinin korunması ilkesi gereği, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçilerine sağlanan “yemekhane” ve “servis aracı” gibi olanaklardan yararlandırılması gerektiği doktrinde bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir²⁷⁸.

b. Alt İşverenin Yönetim Hakkı

Asıl işverenin yönetim hakkı bölümünde belirttiğimiz gibi, alt işverenin iş sözleşmesinin tarafı ve iş görme ediminin alacaklısı olarak yönetim hakkının bulunduğu doktrin ve yargısal içtihatlar tartışmasız kabul edilmektedir²⁷⁹. Bu durumda, asıl işverenden alınan işlerde alt işveren, kimin ya da kimlerin işe alınıp çalıştırılacağı, işin sevk ve dağıtımı, işçilerin talimatlarla yönlendirilmesi, işveren otoritesini sarsan eylemler karşısında disiplin soruşturması ve cezası uygulanması ve nihayet işçinin iş akdinin feshi konularında tek yetkili alt işveren olmak durumundadır²⁸⁰.

²⁷⁸ Aykaç, Alt işveren, 245, Engin Murat, Asıl-İşveren Alt İşveren İlişkilerinde Birlikte Sorumluluğunun Kapsamı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12.Toplantı Notları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2008, s.14-40; Narmanlıoğlu Ünal, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları, Prof.Dr.Nuri Çelik’e Saygı, s.53-72

²⁷⁹ Aykaç, Alt İşveren, 225; Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17; Aydın, Alt İşveren, 251

²⁸⁰ Akyiğit, Alt İşverenlik, 70

Yargıtay da bir çok kararında²⁸¹, asıl işverenin alt işverenin çalıştırdığı işçiler üzerinde yönetim hakkının bulunması halinde, gerçek anlamda bir alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyeceği ve bunun İş Kanunu m.2/f.6-7 hükümlerinde öngörüldüğü şekilde muvazaalı işleme dayandığının kabulü gerektiğine hükmetmiştir.

Diğer yandan alt işveren işçileri alt işverenin yönetim organizasyonu içinde iş görme edimlerini yerine getirdiğinden, alt işverenin işyeri düzeninin sağlanması konusunda, asıl işverenin sınırlı yetkisine karşın, tam ve nihai yönetim hakkına sahip olduğu²⁸², alt işveren işçilerinin de bu talimatlara uyma yükümlülüğünün bulunduğu hususunda hiçbir şüphe yoktur.

Son olarak, alt işverenin kendi işçileri üzerinde her türlü disiplin soruşturması açmak ve şayet kanunda öngörülen koşullar oluşmuş ise, ücret kesme cezası ve tabii ki, işten çıkarma cezasını uygulamak konusunda tek karar verici olduğunu söylemek gerekir.

²⁸¹ Y.9HD, 25.1.2005, E.2004/32270, K.2005/1470, Çankaya/Çil, Üçlü İlişkiler, 264; Y.9HD, 5.4.2007, E.2007/1264, K.2007/9480, Çankaya/Çil, 186

²⁸² “Alt işveren işçileri üzerinde alt işverenin yönetim yetkisi (tekel hak) niteliğindedir. Bu nedenle asıl işverenin alt işveren işçileri üzerindeki yönetim yetkisi sınırlıdır.” Aydın, Alt İşverenlik, 245

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞVERENİN YÖNETİM HAKKININ SINIRLARI

§1. İşverenin Yönetim Hakkını Sınırlayan Genel İlkeler

İşverenin işçinin iş görme borcunun somutlaştırılmasına ve işin yürütümüne ilişkin talimat verme yetkisi, özünde “sosyal adalet” ve “işçinin korunması” düşüncesinin çağdaş hukuk sistemlerindeki karşılıkları ve açılımları olan, “**Eşit Davranma Yükümlülüğü ve Ayrımcılık Yasakları**” , “**Ölçülülük İlkesi**” ve “**İşverenin Bilgilendirme Yükümlülüğü**” çerçevesinde önemli sınırlamalara tabi olmuştur. Nitekim son zamanlarda yapılan anayasa ve kanun değişikliklerinde evrensel hukukta kabul gören ve uluslar arası sözleşmeler ile hayata geçirilmiş bu ilkelerin iç hukuk sistemlerine aktarıldığı ve Yargı içtihatlarında da giderek artan oranda kullanıldığı gözlenmektedir.

I. Eşit Davranma İlkesi ve Ayrımcılık Yasakları

Eşit davranma ilkesi, tüm hukuk alanında geçerli genel bir ilke olan “eşitlik ilkesi” nin İş Hukukunda ortaya çıkış biçimidir²⁸³. İşverenin işçilerine haklı, makul ve objektif bir neden olmadıkça, eşit davranma yükümlülüğü getiren ve keyfi ayırım yapmasını yasaklayan bu ilke, işverenin yönetim hakkının sınırlarından biri olarak kabul edilmektedir²⁸⁴. Eşit davranma ilkesi, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetmeksizin aynı duruma getirilmesini değil, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmamasını önlemektir ki, bu sebeple mutlak bir eşitlik değil, nispi bir eşitlik anlayışını yani adaleti hedeflemektedir. İşverenin eşit davranma yükümlülüğünün temelinde, temel bir doğal hukuk kuramı olan, adaletin gerçekleştirilmesinin amaçlandığı kolaylıkla söylenebilecektir²⁸⁵. İşverenin işçileri arasında adaleti sağlama işlevi ise, MK m.2’de normatif dayanağını bulan, işverenin haklarını

²⁸³ Tuncay, Eşit Davranma, 5

²⁸⁴ Tuncay, Eşit Davranma, 5-6; Yıldız, Eşit İşlem, 207; Ertürk Şükran/Gürsel İlke, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Prof.Dr.Sarper Sözek’e Armağan I., 431

²⁸⁵ Tuncay, Eşit Davranma, 109

kullanırken ve borçlarını yerine getirirken “dürüstlük kuralı”na uygun hareket etme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır²⁸⁶. İşveren dürüstlük kuralının bir gereği olarak, haklarını (**yönetim hakkını**) kullanırken **işçiyi gözetme** borcu altındadır. İşverenin yönetim hakkını önemli ölçüde sınırlayan eşit davranma ilkesinin hukuki dayanakları arasında ise, Anayasa m.10’da ifadesini bulan “**Kanun önünde Eşitlik İlkesi**” ile İş Kanunu m.5’de “**Eşit Davranma İlkesi**” madde başlığı altında düzenlenmiş bulunan yasa hükmü olduğu öğretide çoğunlukla kabul edilmektedir²⁸⁷. Anayasa’nın 10.maddesindeki “ayrımcılık yasakları” ile İş Kanununun 5. maddesinin lafzına bakılacak olursa; her iki hükmün de “mutlak ayrımcılık yasakları” na ilişkin olduğu kanaati oluşuyorsa da, hükümlerin yorumundan, aynı durumda olanlara aynı şekilde muamelede bulunulması (yatay eşitlik) ve farklı durumda olanlara farklı muamelede bulunulmasının da (dikey eşitlik) amaçlandığı, Anayasa Mahkemesi Kararlarında²⁸⁸ ve öğretide²⁸⁹ kabul edilmektedir²⁹⁰. Yargıtay da çeşitli Kararları’nda²⁹¹ “Eşit Davranma İlkesi” ni şu şekilde açıklamıştır:

“Eşit davranma ilkesi, tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranma borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle, işverenin ayırım yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.”

Gerçekten de, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin genel metnine “mutlak ayrımcılık” yasakları hakim olsa da, “**esaslı sebepler olmadıkça**”, “**biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça**” gibi kriterlere yer verilerek mutlak bir eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığı

²⁸⁶ Tuncay, Eşit Davranma, 45

²⁸⁷ Tuncay, Eşit Davranma, 61; Ertürk/Gürsel, Eşit Davranma, 425-426; Yıldız, Eşit İşlem,

²⁸⁸ AYM, 29.09.2004, E. 2004/86 E., K. 2004//86, www.anayasa.gov.tr

²⁸⁹ “Anayasa m.10f.1, ayrımcılık yasaklarını düzenlemekte olup, son fıkrası ise, eşitlik ilkesini düzenlemektedir.” Tanör/Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukuku, 120-121

²⁹⁰ Yıldız, Eşit İşlem, 55-57

²⁹¹ Y.9HD, 1.4.2013, E.2011/276, K.2013/10657; Y.HGK, 23.12.2009, E.2009/9-485, K.2009/598, www.kazanci.com.tr

vurgulanmıştır²⁹². Bu sebeple, söz konusu hükmün madde başlığı da dikkate alınır, ayrımcılık yasakları ile birlikte eşit davranma ilkesinin de İş Hukukundaki normatif dayanakları olduğunu söylemek mümkündür. Hatta öğretide, eşit davranma ilkesinin işverenin belirli nedenlere dayalı ayrımcılık yapma yasağı ile birlikte aynı veya benzer durumda bulunan işçilere eşit davranma yükümlülüğü de getiren çift yönlü bir ilke olduğu ileri sürülmektedir²⁹³.

İşverenin “eşit davranma yükümlülüğü” , işverenin çalışma koşullarını belirleyen soyut ve genel nitelikteki talimatlarında yönetim hakkını sınırlayıcı bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. İşveren, ücret ödemelerinde, ücret zamlarında, işçilere sağlanacak her türlü maddi (ikramiye, prim, temettü) ve sosyal, nakdi ve ayni yardımlarda (bayram, yakacak giyim, çocuk yardımı, iâşe yardımı gibi), mesleki ilerleme ve terfilerde, çalışma ve dinlenme sürelerinde, fazla çalışmalarda, işin dağıtımında, disiplin cezalarının verilmesinde ve uygulanmasında, eğitimlerde ve kapı kontrollerinde çalışanları arasında keyfi ayırım yapmamak ve haklı, makul ve objektif sebepler olmadıkça eşit davranmak yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte, işverenin, işin özelliklerine ve niteliklerine göre, işin düzenlenmesi, eğitim ve ücret zamları konusunda aynı veya benzer nitelikte işçiler arasında gruplandırma yapmasının eşit davranma yükümlülüğünü ihlal etmediği ancak aynı gruptaki işçiler arasında ayırım yapamayacağı kabul edilmektedir. Burada önem taşıyan husus, Yargıtay Kararlarında²⁹⁴ da kabul edildiği gibi, işverenin gruplandırmaları yaparken veya ölçütleri belirlerken haklı ve objektif gerekçelere dayanması ve keyfi seçim yapmamasıdır²⁹⁵. Bu bağlamda, işverenin çocuk yardımını birden fazla çocuklu işçilere vermesi, ikramiye veya prim ödemelerini ağır işte çalışanlara, nitelikli veya uzman işçilere, belli yaşa veya kıdeme sahip olanlara veya işinde başarı gösterenlere vermesi veya BES (isteğe bağlı bireysel emeklilik sistemi) katılım payını, yönetici sınıfında bulunan işçiler için ödemesi gibi durumlarda, işverenin gruplandırmada objektif kriterleri esas aldığı ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmediği kabul edilmektedir²⁹⁶. Yargıtay da, aynı statüde bulunmayan işçi ve yöneticiler arasında işverenin eşit davranma yükümlülüğünden söz edilemeyeceğine

²⁹² Y.9HD, 25.07.2008, E.2008/27309, K.2008/22094, www.kazanci.com.tr

²⁹³ Yıldız, Eşit İşlem, 64; Ertürk/Gürsel, Eşit Davranma, 426

²⁹⁴ Y.9HD, 25.7.2008, E.2008/27309, K.2008/22094, www.kazanci.com

²⁹⁵ Yıldız, Eşit İşlem, 209

²⁹⁶ Ertürk/Gürsel, Eşit Davranma, 441; Süzek, İş Hukuku, 459-460, Tuncay, Eşit Davranma, 203

karar vermiştir²⁹⁷. Yargıtay işverenin eşit davranma yükümlülüğü çerçevesinde verdiği muhtelif kararlarında, eşit işe eşit ücret ödenmesi gerektiğine²⁹⁸, farklı çalışma koşullarına tabi işçiler arasında eşitlik ilkesinden söz edilemeyeceğine²⁹⁹, işverenin tüm işçilerine zam yaptığı halde, davacı işçinin ücretine zam yapılmamasının eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olduğuna, işyerinde herhangi bir hırsızlık olayı olduğunda üst araması yapılmasının³⁰⁰ eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmadığına, hükmetmiştir.

İşverenin eşit davranma yükümlülüğünün istisnalarını teşkil eden, haklı ve objektif nedenler arasında; işçinin kişiliğinde ortaya çıkan nedenler olarak, işçinin öğrenim derecesi, yaşı, kıdemi gibi objektif veya yetenek, beceriklilik, çalışkanlık, liyakat, hastalık gibi subjektif nedenler sayılabilir. Bunların dışında, işçinin tutum ve davranışları, işyeri disiplin yönetmeliğinde belirlenen ve işçiye bildirilen kurallara uymaması da, haklı ayırım nedeni olabilmektedir³⁰¹.

Mutlak ayırım yasaklarına gelince, birbirine çok yakın adeta birbirlerini tamamlayan iki kavram olan, ayrımcılık yasakları ve eşitlik ilkesi birbirlerinden ayrı düşünülemeyeceği gibi, ayrımcılık yasağı kavramı eşitlik ilkesinin içini dolduran bir kavramdır³⁰².

Ayrımcılık yasakları, 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi (m.2) ile birlikte temel bir “**insan hakkı**” olarak uluslar arası hukuk sözleşmelerinde yerini almış ve 1996 tarihli Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesi (m.2), 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme (m.1), ILO Sözleşmeleri (İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Hakkında 111 sayılı Sözleşme m.1; Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme m.5) ve nihayet Avrupa Birliği’nin temel metinleri (1997 tarihli Amsterdam Antlaşması, 1999 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı m.5) ve Avrupa Birliği Yönergeleri ile en kapsamlı

²⁹⁷ Y.9HD, 25.7.2008, E.2008/27309, K.2008/22094, www.kazanci.com

²⁹⁸ Y.9HD, 18.2.2003, E.2002/13208, K.2003/1836, www.kazanci.com

²⁹⁹ Y.HGK, 6.2.2013, E.2012/9-847, K.2013/200, www.kazanci.com

³⁰⁰ Y.9HD, 1.4.2013, E.2011/276, K.2013/10657, www.kazanci.com

³⁰¹ Tuncay, Eşit Davranma, 131-137

³⁰² Tuncay, A.Can, Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık, Prof.Dr.Sarper Süzek’e Armağan I, İstanbul 2011, s.726

şeklini almıştır³⁰³. Uluslar arası sözleşmelerdeki bu hükümler, zaman içinde iç hukuk sistemlerine de aktararak ulusal anayasalarda ve kanun düzenlemelerinde yerini almıştır. Nitekim AY m.10'da; “*Herkes, dil, din, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*” hükmü ile ayrımcılık yasakları düzenlenmiştir. Türk İş Hukukunun da, zamanla sadece çalışanları koruyan bir hukuk dalı olmaktan çıkarak insanı korumayı amaçlaması ile birlikte “temel hak ve özgürlükler hukuku” içinde yer almasına paralel olarak ayrımcılık yasakları ilk defa 4857 sayılı İş Kanunu m.5’de “*İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz*” yer almıştır³⁰⁴. Ayrımcılık yasaklarının iç hukukumuzdaki diğer pozitif dayanakları olarak, İş Kanunu m.12, 13, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25 ve TCK m.122’de düzenlenen “ayrımcılık suçu” sayılabilir³⁰⁵.

Avrupa Birliği’nin

- **İrk ve Etnik Kökene** Bakılmaksızın Eşit Davranma İlkesinin Sağlanması Hakkında **2000/43 sayılı Yönerge**,
- **İşe Girişte ve İstihdamda** Eşit İşlem Yapılması Hakkında **2000/78 sayılı Çerçeve Yönerge**,
- **İşe Alınma, Mesleki Eğitim, İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında** Kadın ve Erkek Arasında Eşit İşlem Yapılması Hakkında **2002/73 sayılı Yönerge**
- **Kadın ve Erkekler İçin İstihdam Alanında Eşit Fırsatlar ve Eşit İşlem İlkesinin Uygulanmasına Dair 2006/54 sayılı Yönerge**,

Yönergelerinde çalışma hayatında eşit davranma ve ayrımcılık yasakları üzerine düzenlemeler yapılmıştır. Tüm bu yönergelerin ortak özelliği ve konuya yaklaşımı, eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasaklarının temel bir insan hakkı olarak kabul edilmesi, doğrudan ayrımcılık yanında dolaylı ayrımcılığın da

³⁰³ Tuncay, Ayrımcılık, 741-746

³⁰⁴ Tuncay, Ayrımcılık, 733

³⁰⁵ Tuncay, Ayrımcılık, 756

yasaklanması ve her türlü tacizin de (psikolojik ve cinsel taciz) ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesidir³⁰⁶.

Temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilen eşitlik davranma ilkesi ile ayrımcılık yasaklarının uygulanmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerin AY m.90 hükmünde öngörülen usule uygun olarak yürürlüğe girmesi ile birlikte, Anayasa m.90/f.son hükmüne göre kanunların üstünde bir bağlayıcılığa kavuşmaktadır. Bu sebeple, İş Kanununda psikolojik taciz ve cinsel tacize ayrımcılık yasakları çerçevesinde yer verilmemiş bile olsa, kanun boşluğu Anayasa m.90/f.son hükmüne uygun olarak doldurularak ayrımcılık yasakları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Diğer taraftan, 4857 sayılı Kanunu m.5’de işe girişte, cinsiyet veya gebelik dışında, işverenin ayrımcılık yasaklarına uyma yükümlülüğü konusunda bir düzenleme yoksa da, öğretide çoğunluk görüşü, TCK m.122, AY m.10 ve AB Yönergeleri doğrultusunda işe girişte de ayrımcılık yasaklarına işverenin uyması gerektiği yönündedir³⁰⁷. Yargıtay da³⁰⁸, İş Kanunu m.5’te sayılan ayrımcılık yasaklarının sınırlayıcı olmadığını ve madde metnindeki “**benzeri sebepler**” ifadesinden de bunun anlaşılması belirttikten sonra, ayrımcılık yasaklarını, AB Yönergeleri doğrultusunda “cinsel tercih” “dünya görüşü”³⁰⁹ “unsurlarını da içine alacak şekilde genişletmiştir.

Eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasakları bir özel hukuk ilişkisi olan iş ilişkilerinde işverenin sevk ve idare yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde uygulama alanı bulmakta ve bir başka deyişle işverenin yönetim hakkını sınırlamaktadır. İşveren, işin dağıtımında, ücretin belirlenmesinde, çalışma zamanlarının düzenlenmesinde, işyeri iç yönetmeliğinin hazırlanmasında, disiplin cezalarının verilmesinde, fazla çalışma ve gece çalışması yapılması gereken hallerde işçilerin seçiminde, kapı kontrollerinde ayrımcılık yasaklarına uymak zorundadır³¹⁰.

³⁰⁶ Yıldız, Eşit İşlem, 51

³⁰⁷ Yıldız, Eşit İşlem, 171

³⁰⁸ Y.9HD, 29.11.2011, E.2009/19835, K.2011/46440, www.kazanci.com

³⁰⁹ Kanaatimizce madde metnindeki siyasi düşünce kavramının içine zaten dünya görüşü de girmektedir.

³¹⁰ Tuncay, Ayrımcılık, 759

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları, AB Yönergelerinde tanımları yapılan “**doğrudan ayrımcılık**” ve “**dolaycılık ayrımcılık**” kavramlarına uygun olarak oluşmuş ve gelişme göstermiştir. Doğrudan ayrımcılık, işverenin ayırım yasağı olarak değerlendirilen bir ölçüte dayalı olarak işlem yapması olarak tanımlanmaktadır. Dolaylı ayrımcılık ise, görünüşte ayırım yaratmayan bir düzenleme, uygulama ya da ölçütün ayrımcılık yasaklarına aykırı olarak (ırk, dil, din, cinsiyet) diğer kişilerle karşılaştırıldığında olumsuz etkiler yaratması olarak değerlendirilmiştir. Ancak, burada olumsuz etki yaratması yalnızca yeterli sayılmamakta ve istisnaların saptanmasında ikinci konu başlığı altında inceleyeceğimiz “ölçülülük” ilkesinden yararlanılmaktadır.

Adalet Divanı Kararlarında, iş ilişkisinin kurulmasında, işin yürütümünde ve sona erdirilmesinde “gebelik” ya da “doğum” gibi kadın cinsine özgü bir niteliğe dayalı olarak farklı işleme maruz kalma doğrudan ayrımcılık olarak kabul edilmiştir³¹¹. İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği’nin Uygulanmasına İlişkin 2006/54 sayılı AB Yönergesinin gerekçesinde de, Adalet Divanı İçtihat Hukukuna atıfta bulunulmuş ve anılan Yönergenin 15.maddesi³¹² ile, doğum izninden dönen kadın için eşdeğer pozisyona dönmesi ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanma hakkı tanınmıştır. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de, 2011 yılında verdiği benzer bir Kararında, doğum izninden dönüşünde daha alt bir görev teklif edilen işçinin “doğum iznini kullanması ve analık sebebiyle” maruz kaldığı işveren kararından ötürü, ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğundan bahisle, işvereni “ayrımcılık tazminatı” ödemeye mahkum etmiştir³¹³.

Bunun dışında, İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 2006/54 sayılı Yönergenin 3.maddesinde, Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşmasının 141 ve Lizbon Anlaşması’nın 157.maddesi hükümleri çerçevesinde çalışma hayatında kadın ile erkek arasında tam eşitliğin sağlanmasını teminen kadınlar için pozitif ayrımcılık

³¹¹ Yıldız, Eşit İşlem, 74

³¹² 2006/54 EC sayılı Yönerge m.15 “Doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha avantajlı olmayan şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır.”

³¹³ Y.9HD, 29.11.2011, E.2009/19835, K.2011/46440, www.kazanci.com

teşkil edecek tedbirlerin uygulanması kabul edilmiştir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 10.maddesinde 2014 ve 2010 tarihlerinde yapılan değişikliklerle de, devletin kadın ve erkek arasında eşitliğin yaşama geçirilmesine yönelik tedbirleri alma yükümlülüğü ve bu tedbirlerin eşit ilkesine aykırılık olarak yorumlanamayacağı belirtilerek kadınlar için pozitif ayrımcılık kabul edilmiştir.

Dolaylı ayrımcılık kavramının Adalet Divanı Kararlarına yansımaları ise, “Jenkins” Kararı ile başlamış ve “Bilka” Kararı ile belirginleşmiştir. Divan her iki kararında da, öncelikle, ilk bakışta objektif görünen bir düzenlemenin, uygulamanın veya ölçütün belli bir ırka, cinse veya özürlü duruma sahip olanlar açısından olumsuz etkileri bulunup bulunmadığını araştırmıştır. Divan yargılamanın ikinci aşamasında ise, işveren düzenlemeleri, uygulamaları veya ölçütlerinin “işletme veya mesleki gereklerle haklı ve meşru hale getirip getirmediğini araştırmak suretiyle “ölçülülük” ilkesinden yararlanmıştır³¹⁴. Burada üzerinde önemle durulması gereken husus ise; Bilka Kararında belirlenen, **“işverence yapılan bir düzenleme, uygulama veya ölçütün sırf iktisadi açıdan makul olmasının, ayrımcılık yasaklarına aykırılığı ortadan kaldırmadığı şeklindeki”** genel ilkenin tüm Divan Kararlarında ve Türk Hukuku'nda kabul edilmesidir. Bu sebeple, işveren, kadın işçilerin hamilelik dönemlerinde hamilelik dönemlerinde periyodik kontroller için ücretli izinler aldıklarını, doğum iznine ayrıldıklarını, doğum izni dönüşü süt izni kullandıklarını ve bu sebeple iş gücü maliyetlerinin arttığını ileri sürerek erkek işçi çalıştırmayı veya erkek işçileri terfi ettirmeyi tercih ettiğini ileri süremeyecektir³¹⁵. Adalet Divanı, yeni tarihli bir kararında da, işverenin yalnızca ekonomik sebepleri gerekçe göstererek, farklı etnik kökene mensup göçmen işçileri işe almamasını, ayrımcılık yasaklarına aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak görmemiş ve Irk ve Etnik Kökene Dayalı olarak Ayrımcılık Yapılamayacağı Hakkındaki 2000/43 sayılı AB Yönergesinin ihlal edildiğine karar vermiştir³¹⁶. Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi, işverenin, yabancı bir işçinin, amirleri ve meslektaşları ile etkin iletişimin sağlanmasını gerekçe göstererek “Almanca” kursuna katılmasına yönelik talebini, etnik ve ırksal nedenlere dayanan ayrımcılık kapsamında değerlendirmemiştir³¹⁷.

³¹⁴ Yıldız, Eşit İşlem, 77

³¹⁵ Yıldız, Eşit İşlem, 77

³¹⁶ Bkz.dip not:515

³¹⁷ Schleswig-Holstein Eyalet İş Mahkemesi, 158/09, 23.12.2009, Hekimler Alpay, Alman Federal Mahkemesi Kararları, s.531-532, www.calismatoplum.org/sayi26/hekimler.pdf

Adalet Divanı Kararlarında, kadın giyiminde faaliyet gösteren bir firmada kadın manken çalıştırılması, tiyatro, opera, bale gibi sahne sanatlarında rolün gerçekliği bakımından tek bir cinsiyetin tercih edilmesi veya Çin veya Tayland Lokantalarında doğu asya kökenli işçilerin çalıştırılması gibi, mesleki özelliklerden kaynaklanan nedenlerin varlığı, ayrımcılık yasakları kapsamında değerlendirilmemektedir³¹⁸.

II. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi Anayasa Hukuku öğretisinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kıstaslarından biri olarak kabul edilmekte olup, izlenen amaç ile araç arasında ölçülü bir bağlantının kurulmuş olmasını ifade etmektedir. Ölçülülük ilkesi, aynı zamanda özgürlüğün kural, sınırlamanın ise, istisna olması mantığına dayanır³¹⁹. Öncelikle Anayasa Hukuku ve İdare Hukukunda uygulama alanı bulan, “ölçülülük ilkesi” temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla ve keyfi olarak sınırlandırılmasını engellemektedir³²⁰. İş Hukukundaki görünümü ise, işverenin iş ilişkilerinde, işçilerin temel hak ve özgürlüklerinin amaca aykırı, aşırı ve keyfi olarak sınırlandırılmasını engelleyen ve sonuçta işverenin yönetim hakkını sınırlandıran bir ilkedir. Aslında bu yönüyle, Dördüncü Bölümde inceleyeceğimiz “İşçinin Temel Hak ve Özgürlükleri Karşısında İşverenin Yönetim Hakkını” yakından ilgilendirse de, ölçülülük ilkesinin, çalışma koşullarının belirlenmesinde, işverenin eşit davranma yükümlülüğü, ayrımcılık yasakları ve nihayet bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındaki ilkeler ile birlikte onları tamamlayıcı olarak kullanılması sebebiyle bu bölümde genel ilkeler başlığı altında değerlendirmesi uygun görülmüştür.

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlükleri koruyucu, aşırı ve amaca aykırı olarak sınırlandırılmasını engelleyen bir ilke olmanın yanında aynı zamanda

³¹⁸ Tuncay, Ayrımcılık, 753; Yıldız, Eşit Davranma, 177; Bakırcı Kadriye, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Ankara 2012, 116-141

³¹⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukuku, 154

³²⁰ Metin Yüksel, Ölçülülük İlkesi, s.16, Ankara 2002

sınırlandırmanın nasıl yapılacağını da gösteren bir ilkedir. Bu yönüyle de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma alanını denetleme işlevini görür³²¹.

Ölçülülük ilkesi, Avrupa Birliği'nin hukuki ve felsefe yapısının temel taşlarından biri olup, sosyal devlet ilkesi ile kuvvetli bağı da, bu ilkeyi sosyal hukuk alanına taşımıştır. Bu ilke, erişilmek istenen amaç ile uygulanan araçlar arasında adil bir denge arayışına hizmet ederek, sosyal hakların korunmasında önemli bir unsur oluşturmaktadır³²².

Ölçülülük ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 18. maddesinde ve Avrupa Birliği Lizbon Antlaşmasının 5. maddesinde, sırasıyla temel hak ve özgürlüklerinin getirilen kısıtlamaların sınırlarının belirlenmesinde ve yasama gücünün yetkilerinin sınırlandırılmasında bir ölçüt olarak tanımlanmıştır. Avrupa Birliği'nin 2000/43 ve 2000/78 sayılı Yönergelerinde de, sırasıyla 2.b ve 2 maddelerinde dolaylı ayrımcılık kavramının tanımı yapılırken ölçülülük ilkesine atıfta bulunulmuş ve “düzenleme, uygulama veya ölçütün **meşru bir amaç için haklı ve objektif bir gerekçesi yoksa ve söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve gerekli değilse**” dolaylı ayrımcılığın bulunduğu belirtilmiştir. Anayasamızda da, 2001 yılında yapılan değişiklik ile, AY m.13 hükmünde AB mevzuatı ile uyumlu olarak, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı düzenlenmiştir.

Ölçülülük ilkesi, “elverişlilik” “gereklilik ve dar anlamda ölçülülük olarak kabul edilen “orantılılık” olmak üç alt ilkedен oluşmaktadır³²³. Avrupa Birliği Adalet Divanı da, ölçülülük denetimi yaptığı tüm kararlarında bu üç alt ilkeyi tek tek irdelemektedir. Ölçülülük ilkesinin iş ilişkilerine uyarlanması sonucu, işveren tarafından yapılan işlem veya uygulamanın meşru bir amaca hizmet edip etmediği, işverence yapılan uygulamanın işyerinin veya işletmenin gerçek bir ihtiyacını karşılamak için zorunlu olup olmadığı, bu amaca ulaşmak için seçilen araçların uygun olup olmadığı ve nihayet işverene sağlanan yarar ile işçinin mağduriyeti arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığı gerek Adalet Divanı kararlarında

³²¹ Metin, Ölçülülük, 16-21

³²² Katrougalos Georges, L'application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux, 1-2, www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/9/155.pdf

³²³ Metin, Ölçülülük, 21; Yıldız, Eşit İşlem, 175

ve gerekse Ulusal Yargıda incelenmektedir. Söz konusu mahkeme kararlarında, işveren tarafından eşit davranma ilkesine ve ayrımcılık yasaklarına uyulup uyulmadığının tespitinde, işçilerin özel yaşam alanı kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerine yapılan işveren müdahalelerin sınırlarının tespitinde, elektronik gözetlemede işçilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvencesi olarak ölçülülük ilkesinden yararlanılmaktadır³²⁴.

Adalet Divanı, yaş sebebiyle ayrımcılık yapıldığı ileri sürülen iki farklı ihtilaf ile ilgili olarak, itfaiye erleri için getirilen (30) yaş sınırlamasını, yangın ile mücadelede görev alanların etkin bir şekilde mücadele etmelerinin sağlanması ve neticede kamu güvenliğinin ve sağlığının korunması adına AB 2000/78 sayılı Yönergesinin ihlal edilmediğine karar verirken³²⁵; kanuni hastalık sigortası kapsamında çalışan dış hekimlerine getirilen (68) yaş sınırını ayrımcılık yasakları kapsamında değerlendirerek yaş sebebiyle ayrımcılık yapıldığına karar vermiştir³²⁶. Divan, 2000/78 sayılı Yönerge'nin "yaş" sebebiyle ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin hükümlerinin ihlal edildiğini kabul ettiği ikinci kararının gerekçesinde; kural olarak, meslek icrasında ve istihdamda yaş ile ilgili bir ayrımcılığın getirilmesinin olanak dahilinde olmadığını belirttiikten sonra, ölçülülük ilkesinin alt kriterlerinden "gereklilik" ve "elverişlilik" kriterine atıfta bulunarak, ancak, sağlığın korunması amacına yönelik olarak veya istihdam ve işgücü politikası hedefleri kapsamında, gerekli olması durumunda yaş nedeniyle ayrımcılığın haklı bir neden oluşturabileceğini tespitinde bulunmuştur. Divan bu tespitinden sonra, yaşı ilerlemiş dış hekimlerinin performanslarının düştüğü gerekçesiyle hastaların korunmasına yönelik amacın, dış hekimlerinin özel hastaları tedavi edebilmeleri gerçekliği karşısında çelişkili ve kayda değer bulmamıştır. Divan kararında devamla, böyle bir yaş sınırlamasının ancak, genç nesillere yeni istihdam olanaklarının sağlanması ve tanınması bağlamında istihdam politikaları ile gerekçelendirdiği takdirde AB mevzuatı ile uyumlu bulunabileceği tespitinde bulunmuştur³²⁷.

Adalet Divanı, işverenin işlem, uygulama ve ölçütlerinin AB normlarına uygunluğuna denetiminde sıklıkla ölçülülük kriterine başvurarak, Bilka ilke

³²⁴ Bkz. Dördüncü Bölüm, §2, s.174-183

³²⁵ Hekimler, Kararlar, Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-229/08, 12.01.2010

³²⁶ Hekimler, Kararlar, Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-341, 12.01.2010

³²⁷ Hekimler, Kararlar, 529-530

Kararında olduğu gibi, işletmenin ekonomik menfaatlerini meşru amaç olarak kabul etmemekte ancak işyerinin ve işletmenin gerçek bir amacına ulaşmak ve işyeri ve işletme için gereklilik şartını aramaktadır³²⁸.

Adalet Divanı Kararlarında, ölçülük denetimi ve ölçülülük ilkesinin uygulanmasına ilişkin bu açıklamalardan sonra, Ulusal Yüksek Mahkemelerin kararlarında ve özellikle Fransız Yargıtay'ının da kararlarında, işverenin işlem ve eylemlerinin denetiminde ölçülülük ilkesini “işçinin temel hak ve özgürlükleri” nin işveren yönetim hakkı karşısında korunması bağlamında sıklıkla kullandığı gözlenmektedir. Fransız Yargıtay'ı kararlarında, Fransız İş Hukukunda normatif düzenlemeye kavuşan “ölçülülük ilkesine” ilişkin L.1121-1 hükmüne³²⁹ atıfta bulunmaktadır. İşçinin Temel Hak ve Özgürlüklerine ilişkin bölümde yoğunlukla bahsedeceğimiz Fransız İş Kanunu'nun L.1121 hükmü özü itibarıyla, **“işverenin, işçinin temel hak ve özgürlüklerini ancak yapılan işin doğası ile gerekçelendirmek ve elde edilmek istenen amaçla orantılı olmak koşuluyla sınırlayabileceği”** ni öngörmektedir. Fransız Yargıtay'ı söz konusu kanun hükmüne dayanarak, işçi ve kamu sağlığı, işyerinin güvenliği, müşterilerin güvenliği ve sağlığı, işçilerin ve işyerinin güvenliği, işyerinde meydana gelen hırsızlıkların önlenmesi gibi gerekçelerle işverenin, işçinin dış görünüş ve giyim özgürlüğüne, özel yaşamının gizliliğine, din ve vicdan özgürlüğüne sınırlamalar getirmesini meşru bir amaç olarak kabul etmekte ve ölçülülük kriterine uygun bulmaktadır. Buna karşılık; işverenin işyeri değişiklik kayıtlarını saklı tutan sözleşme hükmüne istinaden, evli ve çocuklu bir kadının için öngörülen işyeri değişikliğini, bir temel hak olan, aile yaşamına zarar verdiği veya işçiyi bir yerde ikamete zorlayan kayıtları, işyeri ve işletme gerekleriyle gerekçelendirilmediği takdirde, işçinin temel hakları arasında yer alan konut seçme hakkının ihlal ettiği gerekçesiyle kabul etmemektedir³³⁰.

Yargıtay ise, “ölçülülük ilkesi”nden işveren tarafında yapılan fesihlerde, geçerli fesih denetiminde feshin son çare olması ilkesi ile birlikte tamamlayıcı bir

³²⁸ Yıldız, Eşit İşlem, 81-176

³²⁹ “Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.” (Kimse kişilerin haklarına ve bireysel ve sosyal özgürlüklerine, yapılan işin doğası ile gerekçelendirilemeyen ve elde edilmek istenen amaçla orantılı olmayan sınırlamalar getiremez)

³³⁰ Bkz. Dördüncü Bölüm, V., s.201-202

ilke olarak yararlanmaktadır. Yargıtay 22.Hukuk Dairesi 19.01.2012 tarihli bir kararında, işe iade davasında, işçinin eğitimi ve görev tanımı gibi nitelikleri dikkate alınarak işyerinin başka birimlerinde çalıştırılması olanağı bulunup bulunmadığının araştırılmasına hükmederken, işveren tarafından istenen amaç ile kullanılan araç ve bunun işverene sağlığı yarar ile işçinin mağduriyeti arasındaki adil dengenin kurulup kurulmadığını araştırarak ölçülülük denetimi yapmıştır³³¹.

Ayrıca, Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarında, iş sözleşmeleri veya işyeri iç yönetmeliklerinden düzenlenen işyeri değişikliğini saklı tutma kayıtları ile genişletilmiş yönetim hakkı çerçevesinde işverene tanınan nakil yetkisinin hukuka uygun kullanımının denetiminde ölçülülük ilkesinden yararlanılmaktadır. Böylece, işverenin nakil yetkisini kullanırken, işyeri ve işletme gerekleri gibi meşru ve haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı, işverenin nakil işlemi sonucunda elde edeceği yararı başka bir işlem veya düzenleme ile elde edip edemeyeceği ve nihayet, nakil işlemi sonucunda işverenin sağladığı işletmesel menfaat ile işçinin uğradığı zararın makul bir oran içinde olup olmadığı hususları araştırılmaktadır.

III. Bilgilendirme Yükümlülüğü

Özünde işçinin bilgi edinme hakkını barındıran işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü, Türk Hukukunda işçinin yönetime katılması başlığı altında değerlendirilen, AB Hukukunda ise, “sosyal diyalog” kavramı ile tanımlanan işyeri ve işletme düzeyinde işçinin yönetime katılımını amaçlayan sosyal mekanizmaların bir ürünüdür³³². Bir başka deyişle, işçinin bilgi edinme hakkı, bir yandan işyeri ve işletme düzeyinde işçinin yönetime katılımının bir ön şartı ve alt basamağını oluştururken, diğer yandan, işyeri düzeyinde çalışanların bilgilendirilmesi ve işverenin bilgilendirme yükümlülüğü işyeri düzeyindeki sosyal diyalogun önemli bir uygulamasını oluşturmaktadır³³³.

İşyerinde sosyal diyalog mekanizmalarının kurulması ile bilgi edinme ve danışma hakkının tanınması bakımından Türk Hukukunu bağlayıcı temel düzenleme,

³³¹ Y.22HD, 19.1.2012, E.2011/4954, K.2012/275; benzer nitelikte, Y.9HD, 19.11.2007, E.2007/22155, K.34394, www.kazanci.com.

³³² Engin, Sosyal Diyalog, 5,19

³³³ Engin, Sosyal Diyalog, Yiğit, Bilgi Verme ve Danışma, 45

“Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı” m.21, 22 ve 28 hükümleridir. Türkiye’nin bu hükümleri hiçbir çekince koymaksızın imzalaması ve bir kanun hükmü ile onaylaması sonucu, AY m. 90/f.5 uyarınca iç hukuk kuralı haline gelmiştir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın ilgili hükümleri ile 2002/14 sayılı “İşçilerin Bilgilendirilmesi ve Danışılmasında Genel Çerçevenin Kurulmasına İlişkin Yönerge doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu’nun aşağıdaki hükümleri ile işverene işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü getirilerek işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmıştır³³⁴.

- İşverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen temel hüküm, İş Kanunu m.8’dir. Bu hükme göre, yazılı sözleşme yapılmadığı durumlarda, işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücret ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini; süresi belirli ise sözleşme süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı belge vermekle yükümlüdür.
- İşverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin önemli diğer bir düzenleme ise, İş Kanunu m.22/f.1 hükmüdür. İşveren, iş sözleşmesi, iç yönetmelik veya işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapmak isteyen işveren değişiklik önerisini işçiye yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür.
- İş sözleşmesinin sona ermesinde iş güvencesi kapsamındaki işçiler için işverenin bilgilendirme yükümlülüğü ve buna aykırılığın yaptırımı İş Kanunu m.19/f.1’ ve 2’de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, işveren iş güvencesi kapsamında bulunan işçiler yönünden fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve açık ve kesin bir şekilde belirtmekle yükümlüdür.
- İş Kanunu sistematigi içinde genel bir düzenleme olarak kabul edilebilecek İş Kanunu m.109’da ise, işveren tarafından işçiye yapılacak tüm bildirimlerin yazılı olarak ve imza karşılığı yapılması öngörülmüştür.
- Toplu işçi çıkarmalarda işverenin bilgilendirme ve danışma yükümlülüğü ise, İş Kanunu m.29’da öngörülmüştür. İşveren, ekonomik, teknolojik, işyeri ve işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde en az otuz gün önceden işyeri sendika temsilcilerine bildirimde bulunmak ve danışmak yükümlülüğündedir. İşveren ayrıca, işyerini bütünüyle kapatarak devamlı

³³⁴ Engin, Sosyal Diyalog, 119-125; Yiğit, Bilgi Verme ve Danışma, 46

surette faaliyete son vermesi halinde de durumu en az otuz gün önceden işyerinde ilan etme yükümlülüğündedir.

- İşçinin yönetimi katılımının bir ön aşaması olarak, işverenin işçiye bilgilendirmesi ve danışma yükümlülüğü ise, hukukumuzda ilk defa ayrıntılı olarak, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.16, 18, 19, 20 21 ve 22 hükümlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin korunması amacıyla düzenlenmiştir.

Ancak, işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin korunması ve sağlanması bağlamında yönetime katılımı işverenin iş ve güvenliği sağlığına yönelik yönetim hakkının sınırları bölümünde ele alınacağından³³⁵ burada sadece madde hükümlerini belirtmekle yetiniyoruz.

§2.İş Kanunun Emredici Hükümleri

İşverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan yönetim hakkı, İş Kanunu'nun mutlak emredici ve nispi emredici hükümleri ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ile hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri çerçevesinde önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Öncelikle işverenin yönetim hakkını sınırlandıran İş Kanunu normlarına bakacak olursak; bunların içinde hiç kuşkusuz en önemlisi 4857 sayılı İş Kanunu ile yeni bir içeriğe kavuşan ve sözleşmeye bağlılık ilkesinin iş hukukundaki yansımaları olan, m.22'deki "işverenin çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapamaması" dır. Söz konusu hüküm, doktrinde de savunulduğu gibi mutlak emredici bir hükümdür.

İş Kanununun normlarının neredeyse tamamını oluşturan nispi emredici ve nadiren de olsa mutlak emredici hükümlerin kısa bir tanımını yapmak gerekirse, mutlak emredici hükümler kamu düzenine ilişkin olmaları sebebiyle kesinlikle aksi kararlaştırılmaz veya değiştirilemezken, nispi emredici hükümler ise, bir alt sınır getirmekte olup, alt sınırın üstü işçi yararına olmak şartıyla kararlaştırılabilmektedir³³⁶. Bu bağlamda, İş Kanunu m.22 ile beraber iş güvencesine ilişkin hükümler arasında bulunan, 21. maddeyi mutlak emredici hükümler arasında sayılırken, işin düzenlemesine ilişkin hükümler arasında yer alan çalışma süreleri

³³⁵ Bkz. Dördüncü Bölüm, §1, I,2 s.162

³³⁶ Süzek, İş Hukuku, 31-32; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 12-13; Ekonomi, İş Hukuku, 17; Tulukcu, Esaslı Değişiklik, 1103

(m.63), ara dinlenmesi (m.68), yıllık ücretli izin hakkı ve süreleri (m.53), fazla çalışma ücreti (m.41) ve nihayet süreli fesihlerde ihbar sürelerine (m.17) ilişkin hükümler nispi emredicidir. Buna karşılık, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayı düzenleyen m.44 yedek hukuk kuralı niteliğindeki istisnai hükümlerden biridir.

I.Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Esaslı Değişiklik Yapılamaması

Çalışma koşullarında değişiklik işverenin yönetim hakkı ve sınırları ile doğrudan ilgilidir. Bu yönüyle de, İş Hukuku'nun en tartışmalı alanlarından biri olup, çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, esaslı veya esaslı olmayan değişiklik yapılması ve nihayet işçinin kabulü şartına bağlı olan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizginin belirlenmesi çok önemlidir.

İşverenin yönetim hakkının çalışma koşullarına etkisinin belirlenebilmesi için öncelikle bu koşulların hukuksal anlamda tanımının yapılması gerekir. Çalışma koşulları, iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan tüm hak ve borçları ifade eder³³⁷. Çalışma koşullarının genel ve özel kaynakları olarak, anayasa, yasalar, tüzük, yönetmelik hükümleri yanında toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri iç yönetmeliği, işyeri uygulamaları ve işverenin talimatları sayılmaktadır³³⁸. Çalışma koşullarını belirleyen genel kaynaklardan en önemlisi de kuşkusuz 4857 sayılı İş Kanunu'dur. Ancak, İş Kanunu m.22'de çalışma koşullarında esaslı değişiklik usulünü düzenleyen hükümde, çalışma koşullarının kaynakları arasında, toplu iş sözleşmeleri özellikle zikredilmemiştir. Zira, toplu iş sözleşmeleriyle belirlenen çalışma şartları, ancak bu sözleşmeyi akdeden akit taraflarca yani işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren tarafından değiştirilebilecektir. Çalışma koşullarının oluşumuna katkı sağlayan diğer kaynaklardan, işyeri iç yönetmelikleri ve uygulamadaki adıyla personel yönetmelikleri, işveren tarafından tek taraflı ve isteğe bağlı olarak çalışma şartlarını belirlemek için hazırlanan objektif ve genel nitelikli düzenlemelerdir. İşyeri uygulamaları ise, işyerinde devamlılık arz eden ve düzenli

³³⁷ Taşkent, Yönetim Hakkı, 12, Alp, İş Sözleşmesi, 101

³³⁸ Tulukcu, Esaslı Değişiklik, 1102

olarak tekrarlanan genel nitelikli iş koşullarıdır. Bir başka deyişle iş yeri uygulamaları, işyerinde zaman içinde tekrarlanarak belirginleşen, işçiler tarafından sürekli olarak uygulanacağı düşünülen davranışlardır³³⁹. Bu yönüyle de işyeri uygulamasının koşulları, genel nitelik taşıması, uygulamanın devamlılık arzemesi ve işçiler nezdinde de uygulamanın gelecekte de sürdürüleceği inancının oluşturması şeklinde sayılabilir³⁴⁰. Yargıtay da kararlarında, işyeri uygulamalarını, Anayasa, Kanunlar, Toplu İş Sözleşmesi, Bireysel İş Sözleşmesi, Personel Yönetmeliği gibi çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında saymıştır³⁴¹. Bu bağlamda, işçinin iş sözleşmesindeki görev tanımında temizlik işleri de sayılmasına rağmen, temizlik işlerinde hiç çalıştırılmayarak sürekli marangoz işlerinde çalıştırılması hali, işyeri uygulaması olarak kabul etmiş ve işçinin sonradan temizlik işlerine verilmesi durumunda, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapıldığına karar vermiştir³⁴². Ancak, işverenin işçilere belli bir süre tek taraflı ödemede bulunmakla birlikte, bu uygulamadan vazgeçme hakkını saklı tuttuğu haller ile hata sonucu verilen hakların işyeri uygulamasına yol açmayacağı kabul edilmektedir³⁴³.

İş Kanununda mutlak emredici olarak düzenlenen m.22 hükmüne göre, işverenin iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri iç yönetmelikleri veya iş yeri uygulamaları oluşan çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilmesi işçinin yazılı onayını gerektiren özel bir usule bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre, işveren iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri iç yönetmelikleri ve işyeri uygulamaları ile oluşan **çalışma koşullarında esaslı değişikliği** ancak işçiye İş Kanunu m.109'daki bildirim şekline uygun olarak yazılı olarak bildirecek ve işçi de, bu değişiklik isteğini kabul ettiğini (6) iş günü içinde işverene yazılı olarak bildirecektir. Yani, işverenin esaslı değişiklik isteğine karşı işçinin hiçbir cevap vermeyerek işine devam etmesi hali, yasanın açık hükmü karşısında, esaslı değişiklik isteğinin işçi tarafından kabul edilmediği şeklinde anlaşılabacaktır. İşveren bu durumda ya hiç değişiklik teklif etmemişçesine iş ilişkisini sürdürmek zorunda kalacak veya maddenin devamında belirtilen geçerli sebeplere dayanarak iş ilişkisini sona erdirecektir.

³³⁹ Soyer Polat, Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, s.41-44; Süzek, İş Hukuku, 67

³⁴⁰ Süzek, İş Hukuku, 69

³⁴¹ Y.9HD, 19.1.2009, E.2007/34216, K.2009/111, www.kazanci.com

³⁴² Y.9HD, 6.3.2006, 2006/3700, K.2006/5540, www.kazanci.com

³⁴³ Y.22 HD, 9.4.2013, E.2013/5116, K.2013/7588, www.kazanci.com; Süzek, İş Hukuku, 69

Söz konusu hükümden açıkça anlaşıldığı gibi, işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişiklikleri asla tek taraflı olarak yapamayacak ve maddede öngörülen prosedüre uymak şartıyla işçinin yazılı onayını almak zorunda kalacaktır. Ancak, bu demektir ki, işveren iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği veya iş yeri uygulamaları ile oluşan çalışma koşullarında esaslı olmayan değişiklikleri tek taraflı iradesi ile işçinin onayına gerek kalmaksızın yapabilecektir. Doktrinde baskın görüş ise, işverenin çalışma koşullarında tek taraflı esaslı olmayan değişiklik yapabileceği alanın işverenin yönetim hakkının kapsamı ile örtüştüğü şeklindedir³⁴⁴.

Bu bağlamda, Engin ve Yenisey'e göre, kanun koyucu söz konusu maddeyle sözleşmeye bağlılık ilkesi ile yönetim hakkının karşılıklı sınırlarını belirlerken yönetim hakkı lehine bir adım atarak, genel sözleşme hukuku ilkelerinden ayrılmış ve sözleşmede esaslı olmayan tek taraflı değişiklik yapma yetkisini işverene tanıyarak işverenin yönetim hakkının alanını genişletmiştir³⁴⁵.

Buna karşılık, Süzek, işverenin tek taraflı değişiklik yetkisini, iş sözleşmesi ile saptanmayan çalışma şartları ile sınırlamakta ve şayet işverenin yönetim hakkı kapsamında kalıyorsa esaslı/esaslı olmayan değişiklik incelemesine hiç girmemek gerektiğini belirtmektedir³⁴⁶. Ancak, değişiklik, yönetim hakkı kapsamına girmeyen bir sözleşme değişikliği ise, artık bu değişikliğin esaslı bir değişiklik olup olmadığının incelenmesine geçilmelidir. Diğer taraftan, yönetim hakkının kapsamına girmeyen her değişiklik de, esaslı değişiklik olarak tanımlanamaz.

Alp ise, İş Kanunu m.22 hükmünün amacının, işverene iş sözleşmesinde esaslı olmayan değişiklikleri m.22 belirlenen usule tabi olmadan yapma yetkisi tanımak olduğunu, bu nedenle de, esaslı olmayan değişikliklerin, yönetim hakkının

³⁴⁴ Alpagut Gülsevil, İş Kanunun 22.maddesinin Uygulama Alanı Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi; 9/2006, İstanbul 2006, s.55; aynı görüşte, Arıcı, Yönetim Hakkı, 169; Şen, Çalışma Koşulları, 71; Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, 108; Narmanlıoğlu İş Hukuku, 473; farklı görüşte, Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 112-113 “İş Kanunu m.22”deki esaslı olmayan değişikliğin yönetim hakkı kapsamını aşan, işverene iş sözleşmesinde tek taraflı değişiklik yetkisi veren bir değişiklik aracı olarak kabul edilmelidir. Yönetim hakkı, iş sözleşmesine dayanarak iş görme ediminin ayrıntılarının belirlenmesi ve somutlaştırılması ile sınırlıdır. Esaslı olmayan değişiklik ise, doğrudan sözleşmenin değiştirilmesi sonucunu doğurmaktadır.”

³⁴⁵ Engin, İşletme Gereklileriyle Fesih, 96

³⁴⁶ Süzek, İş Hukuku, 666

kapsamını aşan ve işverene tek taraflı değişiklik yetkisi veren bir değişiklik aracı olduğunu ileri sürmektedir³⁴⁷. Alp'e göre, sadece objektif esaslı unsurlarda değil, yan edimlerde yapılacak değişiklik bile önemsiz olmalı, değişikliğin etkisi sınırlı kalmalıdır. Yani, çalışma koşullarında esaslı olmayan değişiklik yetkisi, işverene yönetim hakkını aşan, işverene iş sözleşmesiyle belirlenen çalışma koşullarında önemsiz değişiklik yapma hakkı tanıyan bir tür kısmi fesihtir. Yasa, böylece iş ilişkisindeki esneklik ihtiyacını dikkate almakta, diğer borç ilişkilerinden farklı olarak sürekli değişen koşullarda ifa edilen iş sözleşmesinde dürüstlük kuralına göre önemsiz sayılabilecek değişikliklerin işçi tarafından kabullenilmesi kuralını getirmektedir³⁴⁸.

Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatları ise, esaslı olmayan değişiklikler ile işverenin yönetim hakkı arasında bir paralellik kurulması yönünde olmuştur. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 15.12.2008 tarihli kararında, “*İşverenin yönetim hakkı kapsamındaki değişikliklerin esaslı değişiklik olmayacağını*” açıkça vurgulamıştır³⁴⁹.

Ancak Yargıtay'ın 2009 tarihli kararında³⁵⁰ belirtilen yönetim hakkı kapsamındaki değişiklikler ile birlikte geçerli nedene dayanan değişikliklerin de çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirmeyen kararlarına katılmak mümkün değildir³⁵¹. İşverenin işçinin çalışma koşullarında yapmak istediği esaslı değişikliğin işyeri veya işletme gerekleri, işçinin davranışları veya yeterliliği sebebiyle geçerli bir nedene dayanması, bu değişiklikleri esaslı olmayan değişiklik haline dönüştürmez, yalnızca değişikliği kabul etmeyen işçinin iş akdinin İş Kanunu m.22 gereği, geçerli sebeple feshine yasal dayanak oluşturur³⁵². Zira işvereni değişiklik yapmaya sevk eden nedenler hukuken bir değişikliğin esaslı olup olmadığının belirlenmesinde önem taşımayacaktır³⁵³. Aksi halde, geçerli sebebin arkasına sığınan işverenin tek taraflı değişiklikleri işçiye dayatabileceği kabul edilmiş olur ki, böyle bir durumun ahde vefa ilkesi ile bağdaştırılması mümkün

³⁴⁷ Alp, İş Sözleşmesi, 112

³⁴⁸ Alp, İş Sözleşmesi, 113

³⁴⁹ Y.9HD, 15.12.2008, E.2007/34586, K.2008/33685; www.kazanci.com

³⁵⁰ Y.9HD, 14.12.2009, E.2009/46109, K.2009/34662; www.kazanci.com

³⁵¹ Y.9HD, 14.12.2009, E.2009/46109, K.2009/34662, www.kazanci.com

³⁵² Şen, Çalışma Koşulları, 111; Yenisey Kübra Doğan, Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, Çalışma ve Toplum, İstanbul 2010, s.104

³⁵³ Yenisey Kübra Doğan, Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, Çalışma ve Toplum, İstanbul 2010, s.105

olmadığı gibi m.22’de öngörülen yazılı prosedürün de arkasından dolanılmasına yol açar³⁵⁴.

Kanaatimizce, 4857 sayılı İş Kanunu’nun iş ilişkilerine korumalı esneklik getiren yapısı, m.22 hükmü ile bir taraftan, 1475 sayılı Kanun döneminin tamamen tersi olarak, işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak istemesi halinde, fesih riskini bu değişikliği isteyen işverenin üzerinde bırakmış ve esaslı değişiklik talebinin işçi tarafından kabulü konusunda, detaylı bir hukuksal prosedür öngörerek işçinin gerçek iradesine öncelik ve üstünlük tanımış ama bir diğer taraftan da, sürekli edimli bir borç ilişkisi olan iş ilişkilerinin esnekliğe ihtiyaç duyan yapısı gözetilerek, klasik sözleşme hukuku prensiplerinde ayrılmış ve işverene, iş sözleşmesi ve ekleri ile belirlenmiş olsa bile, çalışma koşullarında esaslı olmayan değişiklikleri işçinin iradesine ihtiyaç duyulmaksızın yapma ayrıcalığını getirmiş ve bir anlamda yönetim hakkının kapsamını genişletmiştir.

Ancak yasada çalışma koşullarında esaslı değişiklik ve esaslı olmayan değişiklik kavramlarına birbirinden bu kadar farklı hukuki sonuçlar bağlanırken, esaslı değişiklik/esaslı olmayan değişiklik tanımları yapılmamıştır. Bu sebeple, esaslı olmayan değişiklikleri tek taraflı yapma hakkı tanınan işverenin yönetim hakkının sınırlarının çizilmesi için, “esaslı değişiklik” ve “esaslı olmayan değişiklik” kavramlarını açıklığa kavuşturmak gerekir.

Bu konudaki kanun boşluğu, 1475 sayılı İş Kanununu dönemindeki m.16/f.II(e)’deki, iş şartlarının esaslı bir tarzda değişmesi, başkalaşması ve uygulanmaması halinde işçiye ihbarsız derhal fesih hakkını veren hüküm³⁵⁵ ile ilgili

³⁵⁴ Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 105

³⁵⁵ Ancak bu yasa döneminde; çalışma şartları tamamen işverenin iradesi ile tek taraflı olarak esaslı şekilde değiştirilmek istendiği halde, fesih riskinin işçi üzerinde bırakılması, işçinin yalnızca kıdem tazminatına hak kazanabilmesi buna karşın ihbar tazminatını alamaması ve iş ilişkisini sürdürmek zorunda kalan işçi karşısında, işverene dolaylı olarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilme olanağını yaratması bakımından çok eleştirilere uğramıştı. Bu yasa döneminde, işverenin değişiklik isteğinin işçi tarafından kabulü şeklinde yorumlanıyor ve işçinin korunması bir yana, sözleşmeye bağlılık ilkesi ile de hiç bağdaşmayan bir durum yaratılmış oluyor ve işverenin işçi üzerindeki ekonomik üstünlüğünü kullanarak çalışma koşullarını işçinin durumunu ağırlaştıracak şekilde değiştirilmesine neden oluyordu. Bu sebeple, 4857 sayılı kanunun madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, işveren tarafından iş sözleşmesi ile belirlenen çalışma şartlarında değişiklik isteği hasıl olan durumlarda, iş ilişkisinin sürdürülmesi yanında işçinin gerçek iradesinin ortaya çıkarılması ve korunması da amaçlanarak; m.22 hükmü ile işverenin iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eki

verilen Yargıtay kararları ve öğreti görüşleri ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Her ne kadar 4857 sayılı Kanunu'nun 22. madde gerekçesinde de belirtildiği gibi; yeni kanunda düzenlenen maddeye, işveren tarafından yapılabilecek tek taraflı esaslı değişikliklere karşı işçinin ve iş ilişkisinin korunması amaçlanmış ve fesih riski de işverene yüklenmiş ise de, terminolojik olarak her iki hükümde de esaslı değişiklikten bahsedildiğinden, 1475 sayılı kanun dönemindeki zengin içtihatlardan bu kanun döneminde de önemli ölçüde yararlanılmıştır.

Öğretide, Alpagut'a göre, iş ilişkisindeki denge ve düzen unsuruna müdahale niteliğindeki değişiklikler esaslı değişiklik olup, esaslı değişiklik kriterinin belirlenmesinde, çalışma koşulunun niteliği değil, değişikliğin sözleşme ilişkisi ve işçi üzerinde gösterdiği etki önemlidir. Bu bakımdan, esaslı değişiklikler ana edim yükümlülüklerine ilişkin olabileceği gibi tali edimlere ilişkin de olabilir. Bu yönüyle esaslı değişiklikler işverenin çalışma koşullarında dikey yönde yaptığı değişiklikler olup, ücrette azalma, işçinin sosyal statüsünde düşmeye neden olabilecek değişikliklerdir. Esaslı olmayan değişiklikler ise, işverene yatay düzlemde hareket imkanı sağlar ki, işçinin aynı değerde başka bir işe verilmesi, aynı sosyal statü çevresinde çalıştırma, aynı ücret seviyesi ile sınırlı işlerde görevlendirme gibi örneklerini saymak mümkündür³⁵⁶.

Bir başka görüşe göre ise, iş ilişkisini belirleyen hükümlerde öngörülmemiş ve normal olarak karşı taraftan istenilemeyecek olan tüm değişiklikler esaslı değişiklidir; ancak, dürüstlük kurallarına göre reddi doğru olmayacak şekilde değişiklikler ise, işverenin yönetim yetkisi içinde bulunan esaslı olmayan değişiklikler olarak kabul edilmelidir³⁵⁷.

Öğretide Şen esaslı değişikliğin unsurlarını, değişikliğin işverenin yönetim hakkı kapsamında olmaması ve işçinin durumunu ağırlaştırıcı olması nitelikte olması gibi iki ana şarta bağlamıştır³⁵⁸. İşçinin sözleşmeye devam etmesini çekilmez kılacak derecede ağırlaştıran ve işçinin aleyhine sonuç doğuran her türlü değişiklik esaslı

niteliğindeki işyeri iç yönetmelikleri ve iş yeri uygulamaları oluşan çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilmesi için, işçinin onayı özel bir yazılı usule bağlanmıştır.

³⁵⁶ Alpagut, 22.maddenin Uygulama Alanı, 55

³⁵⁷ Şen, Çalışma Koşulları, 109; Güzel Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, s.355

³⁵⁸ Şen, Çalışma Koşulları, 112-116

değişiklik olarak kabul edilmelidir. Bu durumda, objektif unsurlar ve yan edimler de dahil olmak üzere sözleşmedeki tüm çalışma koşullarında, işçi açısından sözleşmeye devamı çekilmez kılacak derecedeki her türlü değişiklik esaslı değişikliktir. Buna karşın sözleşmeye devamı çekilmez hale getirmeyecek nitelikteki önemsiz ve işverenin yönetim hakkı kapsamındaki değişiklikleri esaslı olmayan değişiklikler olarak kabul etmek gerekir³⁵⁹.

Doktrinde esaslı olmayan değişiklik bakımından diğer bir tartışma konusu, işçinin lehine olan değişikliklerin esaslı değişik olarak nitelendirilmeyip, nitelendirilmeyeceği hususudur. Kural olarak çalışma koşullarında işçinin lehine olan değişikliklerin esaslı değişiklik olmayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu durumda somut olayın şartlarına göre incelemenin gerekliliği ve dürüstlük kuralının önemli bir kıstas olduğu doktrinde baskın görüş olarak kabul edilmektedir. Yani, dürüstlük kuralı çerçevesinde işçinin yapılan değişikliği reddi doğru olmayacak ve reddi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaksa yapılan değişikliğin işverenin yönetim hakkı kapsamında kalmalıdır.

Yargıtay da gerek 1475 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu 3.5.1974 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararında³⁶⁰ ve gerekse 4857 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu 7.5.2004 tarihli kararında³⁶¹ çalışma koşullarında işçi yararına yapılan değişikliklerin esaslı değişiklik olmadığına karar verilmiştir.

Narmanlıoğlu ise, işverenin makul, gerekli ve haklı da olsa esaslı değişiklik isteklerini, işçinin kabul etmek zorunluluğu bulunmadığından ve yasada işçi lehine/aleyhine şeklinde esaslı değişiklik ayrımı yapılmadığından, işçi lehine olarak gözüken esaslı değişikliklerde de m.22'de öngörülen prosedüre uyulmalıdır³⁶².

Kanaatimizce, her ne kadar, İş Kanunu m.22/f.I hükmü esaslı değişiklikten bahsedip, esaslı değişikliğin gerekliliğinden ve geçerliliğinden bahsetmemiş ise de, hükmün devamında öngörülen fesih prosedüründe, işçi tarafından süresi içinde yazılı

³⁵⁹ Şen, Çalışma Koşulları, 110

³⁶⁰ Y.HGK, 3.5.1974, E.1972/9-76, K.1974/478; www.kazanci.com

³⁶¹ Tulukcu, Binnur; Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, s.1111 ; Y..9HD, 7.5.2004, E.2004/20991, K.2004/824195

³⁶² Narmanlıoğlu Ünal, İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır? MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2006, Eylül 2006, sayı:13, s.12; aynı görüşte; Tulukcu, Esaslı Değişiklik, 1111

olarak kabul edilmeyen esaslı değişikliğin, yapılmasını gerekli kılan geçerli sebeplerin bulunması veya başkaca bir geçerli sebebin bulunması şartına bağlı olarak işverene fesih yetkisi verilmiştir. Bu sebeple, işçinin yararına yapılan esaslı değişiklik haline yer verilmemiş olmasına ilişkin kanun boşluğunu, MK m.2'deki dürüstlük kuralı çerçevesinde doldurmak ve işçinin lehine olan değişiklikleri orta vasıftaki bir işçinin reddetmesi dürüstlük kuralının ihlali niteliğinde ise, esaslı değişiklik olarak kabul etmemek gerekir.

Yargıtay da, işverenin yönetim hakkına ilişkin kararlarında, işverenin çalışma düzeni ile ilgili olarak yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçinin uymak zorunda olduğunu³⁶³, işçinin çalıştığı kattan başka bir kata verilmesinin iş şartlarını esaslı şekilde değiştirmedeği ve ağırlaştırmadığı için yönetim hakkı kapsamında kaldığını³⁶⁴ belirtmiştir.

Fransız Yargıtay'ının baskın içtihatları da, iş akdinde yapılan tali değişikliklerin her işverenin sahip olduğu, işyerinde iş düzeniyle ilgili maddi düzenleme yapma ve yönetim yetkisinden kaynaklanan sözleşmenin ifa koşullarına ilişkin basit değişiklikler olduğunun altını çizmiştir. Fransız Yargıtay'ına göre, esaslı olmayan değişiklikler ile sözleşmenin ifa koşulları değiştirilmekte fakat bu değişikliklerin sözleşmenin kurulması sırasında önem taşıyan öze ilişkin hususlar üzerinde ağırlaştırıcı etkisi olmamaktadır³⁶⁵. Bu kapsamda, sözleşmede hüküm bulunmamasına rağmen çalışanlara hijyen ya da güvenlik gerekçeleriyle çalışma süresi boyunca bazı elbiseleri giymek zorunluluğunun getirilmesi, çalışanın ağır ya da ciddi kusurunun varlığı gerekçesiyle alınacak disiplin yaptırımına maruz kalmaması için, sözleşmede yapılan değişiklikler sayılmıştır³⁶⁶.

Ancak, şunu da eklemek gerekir ki, İş Kanunu m.22'deki esaslı değişiklik, kanunun açık hükmünden de anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamalarıyla oluşan çalışma şartlarındaki esaslı değişiklikler ile sınırlıdır. Bunun dışında,

³⁶³ Y.9HD, 17.3.2008, E.2007/27223, K.2008/5276, www.kazanci.com

³⁶⁴ Y.9HD, 30.10.1997, E.1997/14191, K.1997/18211, www.kazanci.com

³⁶⁵ Mialon, 87

³⁶⁶ Soc.24 juin 1992, Bull.V.n:413, Mialon, 87

Anayasa, mutlak emredici ve nispi emredici kanun hükümleri ile belirlenen çalışma şartları öncelikle işverenin yönetim hakkının sınırını oluşturacaktır.

Çalışma koşullarındaki esaslı değişikliğin işçinin yazılı onayına bağlandığı usulün, iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın tüm işçiler için geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak işçinin değişikliği kabul etmemesi halinde, işverenin feshinin geçerli bir feshe dayanıp dayanmadığı yalnızca iş güvencesi kapsamında işçiler için önem kazanacak olsa da; iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından da kötüniyetli feshin şartlarının oluşması halinde, kötüniyet tazminatının söz konusu olacağı kuşkusuzdur³⁶⁷. Kanunun amacı ve ruhu bunu gerektirdiği gibi, gerekçede de bahsedildiği gibi, iş ilişkisinin feshedilmeyerek mümkün olduğunca ayakta tutulması düşüncesi tüm işçiler bakımından uygulanmasını gerektirir³⁶⁸.

İşveren tarafından yapılacak esaslı değişiklikler ilk başta, iş sözleşmesinin kurucu unsurları ve ana edim yükümlülüklerinden olan; ücret ve eklerine ilişkin her türlü değişiklikler ile iş görme borcuna ilişkin işin türü, yeri ve çalışma sürelerini etkileyebilecek değişikliklerdir. Bu yönüyle de çalışma koşullarında esaslı değişiklikler, işçinin durumunu ağırlaştıran, dürüstlük kuralınca işçiden kabul etmesi beklenemeyecek değişiklikler olarak tanımlanmakta olup, özü itibarıyla işçi aleyhine olan bu değişikliklerin yürürlük kazanıp kazanmayacağı veya hangi şartlarda kazanacağı hususu, işçinin iradesinin bağımsızlığının güvence altına alınması ve haklarının korunması bakımından son derece önemlidir³⁶⁹.

a-Ücret Değişikliği

İş sözleşmesinde işçinin iş görme borcuna karşılık, işverenin temel edimi, ücret ödeme borcu olduğundan, ücret ve eklerinde yapılacak her değişiklik esaslı değişikliktir. İşçinin geçim kaynağı ve onun için hayati öneme sahip olan ücret, işveren açısından da bir ekonomik risk faktörüdür³⁷⁰. Bu sebeple, işverenin

³⁶⁷ Alp, İş Sözleşmesi, 59; Uşan, Esaslı Değişiklik, 215; Tulukcu, Esaslı Değişiklik, 1118; farklı görüş; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, s.208; Alpagut, 22.maddenin Uygulanma Alanı, 54-55

³⁶⁸ Alpagut, 22.maddenin Uygulanma Alanı, 54

³⁶⁹ Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 95

³⁷⁰ Alp, İş Sözleşmesi, 204

ekonomik kriz dönemlerinde ve işletmenin karlılığının azaldığı durumlarda, ekonomik riski kısmen de olsa işçi üzerinde bırakmak gayreti, diğer taraftan işçinin hayatını idame aracı olan ücretinin değişmesine razı olmaması gerçeği, bir çalışma şartı olan ücretin doğrudan veya dolaylı olarak indirilmesi, kısa veya uzun vadede hukuksal problemlerin yaşanmasına yol açmaktadır³⁷¹.

Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarında da kabul edildiği üzere, ücret ve ekleri üzerinde her türlü ücret indirimi esaslı değişikliktir ve işveren tarafından tek taraflı olarak değiştirilemez³⁷². Bu bağlamda, işçiye sağlanan her türlü nakdi ya da aynı menfaatler geniş anlamda ücret olarak değerlendirilir ve bu menfaatlara işçi aleyhine yapılacak her müdahale ücret indirimi sayılmasına neden olur ve esaslı değişiklik kabul edilir³⁷³. İşçiye sağlanan nakdi menfaatler arasında, ikramiye, yemek ve yol paraları, evlilik, doğum, bayram yardımları ve kira yardımları sayıldığı gibi, aynı yardımlar olarak da, belirli dönemlerde erzak yardımı, işin niteliğine göre giyim yardımları sayılabilir. Bunun yanında, kurumsal işletmelerde son dönemde ağırlıklı olarak uygulanan işverenin sigorta ettiren sıfatıyla işçilere “özel sağlık sigortası” yaptırması ve sağlık sigortası primlerinin işveren tarafından ödenmesi veya BES “bireysel emeklilik” grup planları yaptırılarak bireysel emeklilik katkı paylarının işveren tarafından ödenmesi de, işveren tarafından sosyal yardımlar şemsiyesi altında yapılan aynı yardımlar olarak sayılabilir. Yargıtay da, kira parası uygulamasına son verilmesini esaslı değişiklik olacağına hükmetmiştir³⁷⁴. Fransız Yargıtay'ı da, 2007 tarihli bir kararında³⁷⁵, işçinin lojmandan yararlanma hakkı gibi önemli bir aynı haktan mahrum edilmesini işçinin reddetme hakkına sahip olduğu esasa (öze) ilişkin değişiklik olarak kabul etmiştir.

Fransız Yargıtay'ı muhtelif kararlarında, ister taban ücret olsun isterse ücretin tamamlayıcı unsurlarında olsun önemli bir pay teşkil ettiği sürece işçinin ücreti ile ilgili her türlü azalma esaslı (öze ilişkin) değişiklik olarak kabul edilmiştir³⁷⁶. Yargıtay da 19.1.2009 tarihli bir kararında, hizmet sözleşmesinde bulunmasa bile bir

³⁷¹ Alp İş Sözleşmesi, 204-205

³⁷² Y.9HD, 2.11.1998, E.2002/219, 2002/7309; Şen, Çalışma Koşulları, 150; Y.9HD, 20.12.2004, E.2004/14805, K.2004/28304, Süzek İş Hukuku, 667

³⁷³ Şen, Çalışma Koşulları, 150

³⁷⁴ Uşan Fatih, 4857 sayılı İş Yasasının 22.maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2007, s.225

³⁷⁵ Cass.soc.,14.nov 2007, n.06-43.762; Lahalle, 190

³⁷⁶ Mialon, 87-88, Soc.4 février 1988, Soc.27 janvier 1993

işyeri uygulaması haline gelen işçilere ikramiye ödemesinin işverenin tek taraflı iradesi ile kaldırılamayacağına, işçinin yazılı kabulünün gerektiğine karar vermiştir³⁷⁷.

Diğer taraftan, Yargıtay 2005 tarihli bir kararında ücrette bir düşüklük oluşturmaya bile, işçinin işyeri değişikliğinin işçinin işyerine gidiş ve dönüş için harcamış olduğu yol ücretleri dikkate alındığında dolaylı olarak işçinin eline geçen ücretinde azalmaya yol açacağından çalışma koşullarında ağırlaşma ve esaslı değişiklik olduğuna hükmetmiştir³⁷⁸. Yine Yargıtay 2010 tarihli bir kararında, yurt dışı seferlerde görevli bir tır şoförünün yurt içi seferlere verilmesi sebebiyle sefer başına aldığı primin azalması sebebiyle dolaylı olarak işçinin ücretinde indirim yapıldığından bahisle çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul etmiştir³⁷⁹.

Hemen söylemek gerekir ki, iş sözleşmesinden yer almasa bile, bir işyeri uygulaması haline gelen ikramiye ve yakacak yardımının da işveren tarafından tek taraflı olarak kaldırılması mümkün değildir³⁸⁰.

Ancak buna karşın, ücret kapsamının içine, görülen işle bağlantılı ve salt görülen işin ağırlığı sebebiyle yapılan ödemeler girmez. Yargıtay da, 1996 tarihli bir kararında³⁸¹ eksik ücret talebine ilişkin bir davada, fiilen yapılmayan bir iş için o işin sanat ağırlıklı ücretinin istenmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir.

Bunun dışında yasal bir norm karşılığı bulunmamakla birlikte, ücretsiz izin uygulaması için de evleviyetle işçinin yazılı onayı gerekecek ve m.22'deki prosedüre tabi olacaktır.

³⁷⁷ Y.9HD, 19.1.2009, E.2007/34216, K.2009/111; www.kazanci.com

³⁷⁸ Y.9HD, 17.5.2005, E.2005/27850, K.2005/18819, Süzek İş Hukuku. 667; Uşan, Esaslı Değişiklik, 226

³⁷⁹ Y.9HD, 23.12.2010, E.2010/20470, K.2010/39689, www.kazanci.com

³⁸⁰ Y.9HD, 26.12.2008, E.2008/34000, K.2008/35532, www.kazanci.com

³⁸¹ Y.9HD, 29.1.1996, E.1996/26217, K.1996/893, Şen, Çalışma Koşulları, 152

b-İşin Niteliğinde Değişiklik

İşçinin yapmakla yükümlü olduğu iş ile bu işin içeriği kural olarak bireysel veya toplu iş sözleşmesinde belirlenir³⁸². Sözleşmelerde işçinin iş görme borcu kapsamında ifa edeceği iş, türü ve nitelikleri verilerek somut olarak belirlenebileceği gibi, belirli bir faaliyet ve meslek olarak da belirlenebilir.

Bu bakımdan işin türü ve kapsamı bakımından yönetim hakkı, iş sözleşmesindeki iş tanımı ve ilgili branş, meslek, işyeri ve bölgesel ve yöresel teamüllere göre bu tanıma uygun işler ile sınırlıdır. Bu yönüyle de, mesleki nitelikleri gelişmiş ve uzmanlığa sahip işçiler bakımından işverenin yönetim hakkı daralırken, vasıfsız işçilerin özel bilgi ve uzmanlık istemeyen başka işlere yönetim hakkı kapsamında verilebileceği kabul edilmektedir³⁸³.

İş sözleşmesinde görülecek işin bir meslek veya sanat dalı olarak kararlaştırıldığı durumlarda, ilgili sanat dalı veya meslek içerisine giren tüm işlerde işçi çalıştırılabilir. Vasıfsız işlerde ise, iş genel bir biçimde ifade edilir. Ancak bu demek değildir ki, işveren yönetim hakkına dayanarak vasıfsız işçiyi tüm işlerde çalıştırabilecektir. Bunun da sınırında dürüstlük kuralı belirleyici role sahip olup, işveren vasıfsız işçiyi ancak daha ağır koşullar içermeyen ve ücret düşüklüğü gerektirmeyen işlerde çalıştırabilir. Yargıtay'da, güvenlik görevlisinin sevkıyat ve temizlik biriminde çalıştırılmak istenmesini³⁸⁴, araç şoförü olarak çalıştırılan işçinin temizlik işlerine verilmesini³⁸⁵, temizlik işçisi olarak işe alınan işçinin temizlik işinde çalıştırılmayıp önce park bekçisi sonra da çöpçülükte çalıştırılmasını³⁸⁶, servis şoförlüğünden traktör şoförlüğüne verilmesini³⁸⁷, hamburger ustalığından hamallığa verilmesini³⁸⁸, makine operatörü işçinin temizlik işinde çalıştırılmasını³⁸⁹, kaynakçı olan işçinin kum eleme işine verilmesini³⁹⁰, 4 yıldır çalıştığı montaj işinden boyahane yardımcılığı işine verilmesini³⁹¹, operatör olarak çalışan işçinin daha önce

³⁸² Şen, Çalışma Koşulları, 118; Alpagut, Esaslı Şartlar, 55; Ekonomi, İş Hukuku, 116

³⁸³ Tunçomağ, İş Hukuku, 131; Ekonomi, İş Hukuku, 108; Taşkent Yönetim Hakkı, 140

³⁸⁴ Y.9HD, 6.12.2004, E.2004/7178, K.2004/266665; Uşan, Esaslı Değişiklik, 236

³⁸⁵ Y.9HD, 11.9.2006, E.2006/2390, K.2006/21317, www.kazanci.com

³⁸⁶ Y.9HD, 14.11.1984, E.1984/8836, K.1984/9838; Uşan, Esaslı Değişiklik, 236

³⁸⁷ Y.9HD, 12.9.2000, E.2000/7261, K.11263, Şen, Çalışma Koşulları, 132

³⁸⁸ Y.9HD, 25.5.2000, E.2000/3795, K.2000/7345, Şen, Çalışma Koşulları, 132

³⁸⁹ Y.9HD, 3.6.2008, E.2007/19858, K.2008/14194, www.kazanci.com

³⁹⁰ Y.9HD, 15.12.2008, E.2008/13206, K.2008/33685, www.kazanci.com

³⁹¹ Y.9HD, 8.6.2011, E.2010/3376, K.2011/17092, www.kazanci.com

hiç çalışmadığı ve eğitiminin verilmediği zımpara bölümüne nakledilmesini³⁹², dört yıl kaynakçı olarak çalışan bir işçinin temizlik işine verilmesini³⁹³; işçinin çalıştığı kısımdan daha ağır, daha zor veya daha önce hiç çalışmadığı ve eğitiminin verilmediği veya daha tehlikeli bir işte çalıştırılmasını gerekçe göstererek, esaslı değişiklik olarak kabul etmiştir. Bunun yanında, işin türünde yapılan değişiklik işçiyi eski tecrübe, görgü ve iş alışkanlığından yoksun bırakıyor ve yeni çalışma koşullarına adaptasyonu işçi için zorluk oluşturuyor ve işçinin cezalandırılması niteliği taşıyorsa yine değişikliğin esaslı değişiklik olduğunu kabul etmek gerekecektir³⁹⁴. Yargıtay da, beden eğitimi öğretmenin cankurtaran belgesi olmasına rağmen çok farklı bir bilgi ve sorumluluk gerektiren yüzme öğretmenliğine verilmesini çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul etmiştir³⁹⁵

Fransız Yargıtay'ı da, işçinin işinin türünde yapılacak değişikliğin ağırlaştırıcı olmamak ve sadece işin vasfında değişiklik olmak kaydı ile işverenin yönetim yetkisi içinde değerlendirebileceğini ve bu sebeple engelli de olsa, bir işçiden artık yeni araba parçalarını değil de, ikinci el araba parçalarını satmasının istenmesini³⁹⁶ veya hemşirelik mesleğini ifa eden bir işçiden asıl görevi olan hemşireliğe odaklanabilmesi için, eğitim faaliyetlerini bırakmasını istemesini³⁹⁷ esaslı değişiklik olarak kabul etmemiştir.

Diğer taraftan, işçinin iş görme borcu, yalnız asıl işi değil, genel ve mesleki teamüller gereği yapılması gerekli yan işleri de içerir³⁹⁸. İşçinin iş görme borcu kapsamına giren yan işler, asıl işle bağlantılı işler olup, kapsamı, mesleki örf ve teamüllere ve dürüstlük kuralı esas alınarak belirlenecektir. Bu bağlamda, bir hukuk bürosunda çalışan bir sekreterden dosyalama, ziyaretçileri karşılama ve çay kahve ikramı yönetim hakkı kapsamında talep edilebilecekken, aynı bürodan çalışan kıdemli bir avukattan vekaletnamelerin dosyalanması, kütüphane fihrisinin veya arşivleme görevlerinin yapılmasının istenmesi dürüstlük kuralına ve işçiyi koruma borcuna aykırılık oluşturacaktır. Fransız Hukukunda da, resepsiyonda çalışan bir

³⁹² Y.9HD, 28.9.2009, E.2008/42886, K.2009/24409, www.kazanci.com

³⁹³ Y.9HD, 18.10.1999, E.1999/13089, K.1999/15872; Uşan, Esaslı Değişiklik, 236

³⁹⁴ Şen, Çalışma Koşulları, 119

³⁹⁵ Y.9HD, 28.9.2010, E.2008/34776, K.210/26093, www.kazanci.com

³⁹⁶ Cass.soc.15 mai 2006, n:04-48632; Lahalle, 189

³⁹⁷ Cass.soc.18 mai 2005, n:03-43 565; Lahalle, 189

³⁹⁸ Alp, İş Sözleşmesi, 109; Şen, Çalışma Koşulları, 121

işçiye kahvaltı örtülerinin düzenlenmesi vazifesi verilmesi³⁹⁹ ya da evrak kayıttan sorumlu işçinin görevlerine ziyaretçileri karşılama görevinin eklenmesi⁴⁰⁰, yönetim hakkı kapsamında kabul edilmemektedir.

Bunun yanında görülen işin türünü değil de, tarzını, sırasını yöntem ve tekniğini belirleyen satıcının ne şekilde paket yapacağı, üretim sorumlusunun hangi hatalarda ürünleri ayıracağını belirleyen talimatlar, işverenin yönetim hakkı kapsamında kabul edilecektir⁴⁰¹.

İşin türünün belirlenmesinde, değiştirilmesinde, işverenin yönetim hakkının sınırı belirleyen önemli bir kıstas da, işçiye verilen görevin bir önceki işiyle aynı değerde olup olmaması, işçinin kariyer, ücret ve sosyal mevkiinde bir geriye gidiş ve düşme meydana getirip getirmemesidir. Yargıtay da 2008 tarihli bir kararında, yönetici pozisyonunda çalışan işçinin doğum izninden sonra daha alt bir görevde çalışmasının teklif edilmesini hem ulusal ve uluslar arası mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlere aykırı olduğuna ve hem de çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğuna karar vermiştir⁴⁰². Yargıtay bir başka kararında ise, muhasebe sorumlusu olan işçinin görev tanımının muhasebe memurluğu olarak değiştirilmesini, işçinin yaptığı işte, konumunda ve ücretinde bir değişiklik olmaması sebebiyle esaslı değişiklik olmadığına karar vermiştir⁴⁰³.

Ayrıca, işverenin disiplin yetkisi bölümünde belirttiğimiz gibi, işçinin işinin disiplin kurulu kararı doğrultusunda değiştirilmesi, esaslı değişiklik de olsa işverenin yönetim hakkı kapsamında kaldığını kabul etmek gerekecektir⁴⁰⁴. Zira, işverenin disiplin yetkisi bölümünde belirttiğimiz gibi, işveren disiplin yaptırımını bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile bu sözleşmelerin eki niteliğindeki işyeri iç yönetmelik hükümleri çerçevesinde uygulayabilecek olup, böyle bir uygulama da, sözleşme ve eklerinde belirlenen çalışma şartlarının esaslı şekilde değiştirilmesi olarak kabul edilmeyecektir. Böyle bir durumda hukuksal denetim, esaslı değişiklik olup olmadığı noktasında değil de, işverenin disiplin yetkisini bireysel ve toplu iş sözleşmesindeki

³⁹⁹ Cass.soc.24 janv.2001, n.99-40.596; Lahalle, 189

⁴⁰⁰ Cass.soc.8 oct.2003, n:01-44.772; Lahalle, 189

⁴⁰¹ Şen, Çalışma Koşulları, 121

⁴⁰² Y.9HD, 23.6.2008, E.2007/4105, K.2008/17093, www.kazanci.com

⁴⁰³ Y.9HD, 30.5.2008, E.2008/9227, K.2008/13081, www.kazanci.com

⁴⁰⁴ Bkz. Birinci Bölüm, § 5, II, III, s.53-57

hükümlere uygun olarak kullanıp kullanmadığı, dürüstlük kuralına ve ölçülülük ilkesine uygun davranıp davranmadığı noktalarında olacaktır. Yargıtay da 2013 tarihli bir kararında⁴⁰⁵, işyerinde verimlilik, düzen, iş barışı ve disiplinin sağlanması ve korunması için işçinin sözleşmeden veya işyeri uygulamasından kaynaklanan çalışma koşullarını ağırlaştırmamak ve kötüleştirmemek şartıyla bir kısım değişiklikler yapmasının yönetim hakkının kapsamında kaldığını belirtmiştir.

Ayrıca, yapılacak işin niteliği gereği iş görme borcunu değişik yerlerde ifa etmesi gereken teknik servis hizmetinde çalışanlar, müşteri temsilcileri, yapı işlerinde çalışanlar için, işveren yönetim hakkına dayanarak işyerini belirleyecektir⁴⁰⁶

c-İşyeri Değişikliği

İşin yapılacağı yer kural olarak iş sözleşmesi ile belirlenir. Şayet iş sözleşmesinde işçinin işyeri belirtilmemişse işveren, yönetim hakkı dayanarak işin yapılacağı yeri belirler. İş görme ediminin ifa edileceği yer iş sözleşmesinde belirtilmişse, işveren yönetim hakkına dayanarak işçinin işyerini değiştiremeyecek ve ancak m.22 usule uygun olarak işçinin yazılı onayını almak suretiyle değişiklik isteğini gerçekleştirebilecektir. Ancak işyeri organizasyonu içinde aynı işyerinde çalışma yerinin değiştirilmesi, işçinin başka bir kata taşınması veya çalışma odasının değiştirilmesini işverenin yönetim hakkı kapsamında kabul etmek gerekir. Buna karşın, işçinin aynı il sınırları içinde işyerinin değiştirilmek istenmesi halinde, somut duruma ve işçinin sosyal yaşamına göre değerlendirme yapmak gerekir. Yeni iş yeri, işçinin evine nispeten aynı mesafede, ekonomik bakımdan yük getirmiyor ve işçinin sosyal yaşamını da etkilemiyorsa, bu değişiklik isteği de yönetim hakkı sınırları içinde kalmaktadır⁴⁰⁷. Fakat aynı il sınırları içinde olsa bile, yeni işyeri çok uzak bir mesafede olup, işçi için servis temin edilmiyorsa veya yeni işyerine yakın bir yerde işçinin yemek yiyebileceği bir yer olmayıp, yemek servisi de verilmiyorsa ya da

⁴⁰⁵ Y.22HD, 13.6.2013, E.2013/12343, K.2013/14238; “Davacının görev yeri ekip lideri olarak çalıştığını, ancak bu görevin gerektirdiği yükümlülük ve sorumlulukları gerektiği gibi yerine getiremediği, konumu gereği çözmesi gereken sorunları üst makamlara taşıdığını, sorumluluğu altında çalışanları yönetemediğini, bölüm yöneticilerinin otoritesini olumsuz yönde etkileyecek davranışlar sergilediğini, bu sebeple kendisine bu pozisyona eşdeğer olan ekip denetleyicisi görevinin teklif edildiğini, ancak davacının vasıfsız eleman olacağı endişesiyle görev değişikliğini reddettiğini...”www.kazanci.com

⁴⁰⁶ Şen, Çalışma Koşulları, 135; Alpagut Gülsevil, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Çimento Müstahsilleri Sendikası, Karar İncelemesi,

⁴⁰⁷ Şen, Çalışma Koşulları, 137

işçinin yeni işyerine gidip gelmesi sosyal ve aile yaşamını önemli ölçüde etkileyecek kadar uzaksa, işverenin yönetim hakkından bahsedilemeyecek ve çalışma şartlarının esaslı şekilde değişmesi ve işverenin uymak zorunda olduğu yasal prosedür gündeme gelecektir.

İşyerinin taşınması halinde ise, sözleşmede değişiklik kaydına yer verilmemişse, yeni işyerinin çalışma koşullarını ne ölçüde etkilediği incelenerek yapılan değişikliğin yönetim hakkı kapsamında mı kaldığı, yoksa, esaslı değişiklik mi olduğuna karar vermek gerekir. Bunda da, her iki işyeri arasındaki uzaklık, servis aracı konulup konulmaması, iş saatlerinde değişiklik olup olmaması, fiziki mekan, sosyal çevre veya ücret gibi hususlar dikkate alınarak çalışma koşullarının ağırlaşp ağırlaşmadığı belirleyici olacaktır. Yargıtay da 10.07.2012 tarihli bir kararında, işyerinin Bağcılar' dan Büyükçekmece'ye taşınmasını ve işyeri taşındıktan sonra da işçilerin ulaşımı için servis uygulamasının devam edeceğinin işçilere duyurulması üzerine, işyerinin taşınmasına ilişkin değişikliğin çalışma koşullarını ağırlaştırmadığı ve dolayısıyla esaslı değişiklik olmadığı kanaatine varmıştır⁴⁰⁸. Buna karşın, Yargıtay önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta, işyerinin şehir merkezinde olan eski işyerinden çok uzak bir mesafeye taşındığı ve işçilerin ulaşımı için servis hizmetinin verilmediği bir durumda doğum izni yeni bitmiş işçinin yolda geçen süresinin aşırı artışı ve yeni doğan bebeğine ayıracağı zamanı da azaltacağından bahisle çalışma koşullarının ağırlaştırıldığı yönünde hüküm kurmuştur⁴⁰⁹. Yeni işyerinin eski işyeri ile coğrafi konum bakımından çok farklı olmayan bir yere taşınması ve yeni işyerine gidişin işçinin özel yaşam alanının dışında bulunmadığı durumlarda ise, işçinin değişikliği reddetmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır. Bununla birlikte yeni işyerine gidiş geliş işçi için, önemli ölçüde güçlük oluşturuyor, ek maddi yük getiriyor ve işveren de söz konusu masraflara katılmıyor, servis sağlamıyorsa yapılan değişikliğin işçinin aleyhine esaslı değişiklik olduğunun kabulü gerekir⁴¹⁰. Yargıtay da, işyerinin aynı il sınırları içinde kalmasına rağmen, 20-25 km uzağa taşınması, işçi için yol parası verilmemesi ve servis de temin edilmemesi karşısında, işçinin kendi zamanından ve dinlenme zamanından kullanarak gidiş dönüşlerde çok zaman

⁴⁰⁸ Y.9HD, 10.7.2012, E.2011/13306, K.2012/26925, www.kazanci.com

⁴⁰⁹ Y.9HD, 12.11.2008, E.2007/30513, K.2008/30759, www.kazanci.com

⁴¹⁰ Uşan, Esaslı Değişiklik, 239; Şen, Çalışma Koşulları, 140

geçireceğini önünde bulundurarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğuna hükmetmiştir⁴¹¹.

Tüm bunlara ilaveten işçinin özel hayatının bir düzen içinde yürümesi, hangi işyerinde çalıştığının belli olmasına ve bunun süreklilik göstermesine bağlıdır. Bu sebeple, işçinin zor ulaşabilen işyerine veya yurt dışına atanması ile işyerinin bu sayılan nitelikteki yerlere taşınması üzerine işçinin yeni işyerinde çalışmasının istenmesi her halükarda işverenin yönetim hakkının kapsamı dışında kaldığı kabul edilecektir⁴¹².

d-Çalışma Sürelerinde Değişiklik

İşin yapılacağı zaman da kural olarak iş sözleşmesi ile belirlenir. İşveren yönetim hakkının sınırları içinde yasal düzenlemelere de aykırı olmamak üzere işin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmelerini ve vardiya düzenini belirleyebilir. Fransız Yargıtay'ı da, istikrar kazanmış içtihatlarında, çalışma saatlerinin ayarlanması ya da çalışma zamanının düzenlenmesini; çalışma süresi, ücret ya da işçiye yüklenen yükümlülükler üzerinde önemli sonuçları olmadığı sürece işletme yöneticisinin yönetim yetkisinde kalan çalışma koşullarındaki basit değişiklikler olarak tanımlamaktadır. İşçinin onayının alınmasına gerek bulunmayan çalışma saatlerinde yapılacak değişikliklerde de, çalışma saatlerindeki değişikliğin işçi üzerindeki etkileri, ulaşım araçlarının saati, ara dinlenmeleri gibi etkenler dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Fransız Hukuku'nda da, çalışma saatlerindeki değişiklikler daha çok işin düzenlenmesi olarak değerlendirilmekte dolayısıyla esasa ilişkin kabul edilmemektedir. Ancak, işçinin aile hayatında önemli bir değişikliğe yol açacak şekilde, hafta sonuna çalışma saatleri konması, gece mesaisi ya da geç saatlerde nöbetçilik gibi, çalışma saatlerinde yapılacak köklü değişiklikleri esasa ilişkin olarak değerlendirilmiştir⁴¹³.

Yargıtay da çalışma sürelerine ilişkin kararlarında, çalışmanın geceye kaydırılmasını ve işçinin hafta sonu çalışmak zorunda bırakılmasını⁴¹⁴, vardiya

⁴¹¹ Y.9HD, 7.3.2013, E.2011/39644, K.2013/8037, www.kazanci.com

⁴¹² Şen, Çalışma Koşulları, 137

⁴¹³ Soc.13 mars 1991, Jur.Soc.1991, 186; Soc.24 novembre 1992, Soc.12 janvier 1994; Mialon, 87

⁴¹⁴ Y.9HD, 3.7.1996, E.1996/3709, K.1996/15314; Şen, Çalışma Koşulları 146

değişikliğini⁴¹⁵, işyerinde çift vardiya uygulanmakta iken tek vardiya uygulamasına geçilmesini⁴¹⁶ çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak görmüş ve işverenin yönetim hakkı dışında kabul etmiştir.

Buna karşılık elektrik kesintisi sebebiyle değişiklik yapılması⁴¹⁷, işyerine gidiş geliş ulaşım araçlarının saatine göre iş saatlerinin değiştirilmesi⁴¹⁸ esaslı değişiklik olarak değerlendirilmemiştir.

II. İşin Düzenlenmesi

İşin düzenlenmesi, genel olarak, günlük ve haftalık çalışma saatleri ve çalışma sürelerinin belirlenmesi, ara dinlenmeleri ile haftalık ve genel tatillerin düzenlenmesi, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaya ilişkin esasların belirlenmesi, yıllık ücretli izinlerin kullanım esaslarının düzenlenmesi gibi konuları kapsamaktadır. İşin düzenlenmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun dördüncü bölümünde ele alınmış ve çalışma süresinden sayılan haller tahdidi olarak sayılmış, ara dinlenmeleri, gece süresi ve gece çalışmalarına ilişkin esaslar m.63-69 hükümleri arasında nispi emredici olarak düzenlenmiştir. İşin düzenlenmesinin kapsamı içinde kabul edilen, ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma, yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemeler ise, ücrete ilişkin üçüncü bölümde, m.44-56'da yer almıştır.

İşveren yönetim hakkına dayanarak günlük ve haftalık çalışma saatlerini tek taraflı olarak belirleyebilir. Ancak çalışma süreleri, çalışma süresinden sayılan haller, ara dinlenmeleri, fazla çalışmalar, işçinin yıllık ücretli izin hakkına ilişkin esaslar İş Kanunu'nun emredici hükümleri ile düzenlenerek işverenin yönetim hakkını sınırlandırmıştır.

⁴¹⁵ Y.22 HD, 17.9.2013, E.2012/26182, K.2013/19137, www.kazanci.com

⁴¹⁶ Y.9HD, 13.2.1992, E.1992/13049, K.1992/1301, Şen, Çalışma Koşulları, 147

⁴¹⁷ Y.9HD, 19.10.1976, E.1976/16929, K.1976/19816, Şen, Çalışma Koşulları, 147

⁴¹⁸ Y.9HD, 7.6.1984, E.1984/5501, K.1984/6247, Şen, Çalışma Koşulları, 147

a. Çalışma Süreleri

Çalışma Süresi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun çalışma süresini düzenleyen m.63 hükmüne dayanılarak hazırlanan "İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği" m.3'de "işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir" şeklinde tanımlanmıştır. Bunun yanında, doktrinde "farazi"⁴¹⁹ çalışma süresi olarak kabul edilen ve İş Kanunu m.66'da tahdidi olarak sayılan haller de çalışma süresinden sayılmaktadır. Çalışma süresinden sayılan haller içinde, tüm işyerlerini ilgilendirmesi sebebiyle, en önemlilerini "işçilerin işveren tarafından işyerlerinde başka yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler", "işçilerin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek geçirdiği boş süreler" ve "çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirlenen süreler" şeklinde belirtmemiz gerekir. Bu durumda işveren haftalık çalışma sürelerini saptarken, farazi çalışma sürelerini de hesaba katmak zorunda olup, aksini işçinin onayı halinde bile kararlaştıramayacak ve geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacaktır. Çalışma süresinin üst sınırı ise günlük olarak değil, haftalık kırk beş saat olarak belirlenmiştir. Bireysel veya toplu iş sözleşmeleri veya işyeri iç yönetmelikleri ile aksi kararlaştırılmamışsa veya tarafların bir anlaşması yoksa işveren, tek taraflı olarak haftalık çalışma süresini günlere farklı bir şekilde bölemeyecek ve günlük çalışma süresi 7,5 saati geçemeyecektir. Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu çalışma sürelerinde esneklemeye ilişkin "denkleştirme" esasını getirmiş ve tarafların anlaşmasına bağlı olarak haftalık normal çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine günde 11 saati aşmamak üzere farklı şekilde dağıtılabileceğini kabul etmiştir. Ancak işçinin onayı halinde bile, iki aylık süre içinde işçinin haftalık çalışma süresinin normal haftalık çalışma süresini aşamayacağı düzenlenmiştir. Bu iki aylık süre toplu iş sözleşmesi ile dört aya kadar çıkarılabilecektir. İşverenin yönetim hakkına dayanarak işyerinde denkleştirme esasına göre çalışma yaptırması mümkün değildir. Ancak, işçinin denkleştirme esasına göre çalışma sistemine onayı halinde, işveren, Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 5. maddesinin son fıkrasında belirtildiği gibi, denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlangıç ve bitiş tarihlerini yönetim hakkı kapsamında belirleyebilecektir. Denkleştirme, bütün işyerinde veya işyerinin bazı bölümlerinde uygulanabileceği

⁴¹⁹ Süzek, İş Hukuku, 780

gibi, tek bir işçi için dahi uygulanabilir⁴²⁰. Bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile işyeri iç yönetmeliğinde işçinin denkleştirme azami sınırları aşmamak üzere denkleştirme esasına göre çalışmayı kabul ettiğine dair bir hüküm bulunmuyorsa, m.22'nin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Yargıtay denkleştirmenin zımni bir anlaşma ile de gerçekleşebileceği görüşündedir⁴²¹. Ancak Süzek'e göre, denkleştirmede çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğundan m.22 uygulanmalıdır⁴²².

İş Kanuna İlişkin Çalışma Sürelerine İlişkin Yönetmeliğin 11. maddesi ise, çalışma sürelerine ilişkin emredici kanun hükümleri ile işverenin yönetim hakkına getirilen kısıtlamaların esasını ve gerekçesini ortaya koyması bakımından son derece önemlidir. Şöyle ki, anılan hükümde, "Çalışma süreleriyle ilgili kısıtlamalar, işyerleri ya da yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkindir."denilmektedir. Bir yandan çalışma sürelerine getirilen kısıtlamalar ile anayasa ile güvence altına alınmış işçilerin sağlık ve yaşam hakları korunurken diğer taraftan söz konusu sınırlamaların işyerleri ve yürütülen işlere ilişkin olmadığı belirtilirken işverenin girişim özgürlüğü de korunmaktadır. Özel yasalarda belirlenen sınırlar içinde, işyeri ve işletmeler yasal mal ve hizmet üretimi için yirmi dört saat kesintisiz faaliyette bulunabilirler ama bunu aynı işçiler ile değil vardiya "postalar halinde çalışma" sistemini uygulayarak farklı işçilerle yapmak zorundadırlar.

Çalışma saatlerine ilişkin olarak özellikle gece çalışmalarında ise, işçinin yazılı onayı olsa bile, iş güvenliği ve işçinin sağlığının korunması ilkesi gereği emredici olarak düzenlendiğinden kanunda öngörülen süreden fazla çalışma yapılması mümkün değildir. İş Kanunu m.69'da gece çalışmalarının yedi buçuk saati geçemeyeceği hükme bağlandığından, işçinin yazılı onayı alınmış olsa bile bu sınır aşılamayacaktır. İşçilerin gece çalıştırılması için ekonomik zorunluluk bulunmayan işletmelerde işyeri iç yönetmelikleri gece çalışmasının yasak olduğuna ilişkin hükümler konulabilecek ancak gece çalışmaları iç yönetmelikte hüküm bulursa veya işçinin yazılı onayı alınsa bile yedi buçuk saati aşamayacaktır⁴²³.

⁴²⁰ Süzek, İş Hukuku, 780

⁴²¹ Y.9HD, 16.6.2005, E.2004/31721, K.2005/26173; Y.HGK, 14.6.2006, E.2006/9-374, K.2006/382; www.kazanci.com

⁴²² Süzek, İş Hukuku, 781

⁴²³ Y.9HD, 27.6.2006, E.2006/11382, K.2006/18959; www.kazanci.com

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmalara ilişkin esaslar İş Kanunu m.41’de düzenlenmiş ve tanımları yapılmıştır. Fazla çalışma; haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar, fazla sürelerle çalışma ise, 4857 sayılı İş Kanunu’nun getirdiği bir kavram olup, haftalık çalışma süresinin kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda, kırk beş saate kadar olan çalışmalardır. Her iki çalışmanın yapılabilmesi de işçinin onayına bağlıdır. Bir başka deyişle işveren yönetim hakkına dayanarak işyerinde fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yaptıramayacaktır. İşveren işçinin onayına bağlı olarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yaptırdığı durumlarda bu çalışmaların karşılığında kanundaki zamlı ücreti ödemek zorundadır. Ancak işçi isterse, zamlı ücret yerine, işçinin fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında da bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. Fazla çalışma ücretinin düzenlendiği m.41/f.7’de fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için işçinin onayının alınmasından bahsedilirken, “Fazla Çalışma Yönetmeliği” m.9’da işçinin yazılı onayı şartı aranmış ve yazılı onayın da her yılbaşında alınması zorunlu kılınmıştır. Bir kısım yazarlara göre, yönetmelik hükmü karşısında sözleşme ile tüm çalışma süresi için baştan onay alınması geçersiz olup, fazla çalışma için her yılbaşında işçinin yazılı onayı alınmalıdır⁴²⁴. Görüşümüze göre, normlar hiyerarşisine göre, yönetmelikler yasalara uygun olmak zorunda olup, yasalardan farklı şartlar getiremezler. Süzek’e göre bu farklılık, sözleşmeler veya iç yönetmeliklerde hüküm bulunmaması halinde, yönetmelik hükmünün devreye gireceği ve işçinin yazılı onayının her yılbaşında alınacağı şeklinde yorumlanmalıdır⁴²⁵. Fazla çalışmanın toplam süresi bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz. İşveren fazla çalışma için işçinin onayını olsa bile, en fazla bir yılda iki yüz yetmiş saat fazla çalışma yaptırabilecek, iç yönetmelik veya iş sözleşmesinde aksine hüküm olsa bile emredici kanun hükmü karşısında geçersiz olacaktır. Ancak buna rağmen fazla çalışma yaptırılmışsa işçinin korunması ilkesi gereği bu çalışmalara hukuki sonuç bağlanarak fazla çalışma ücreti ödenecektir⁴²⁶.

⁴²⁴ Göktaş Seracettin, İşçinin Günlük Dinlenme Hakkı ve Yargıtay Uygulaması, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2012, İstanbul 2012, s.50; Aynı görüşte, Yenisey Kübra Doğan, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2006, Ankara 2009, s.77

⁴²⁵ Süzek, İş Hukuku, 801

⁴²⁶ Süzek İş Hukuku, 804; Y.9HD, 29.9.1986, E.1986/7206, K.1996/8597

Zorunlu nedenlerle fazla çalışmayı düzenleyen m.42’de ise; işyerinde bir arıza sırasında veya bir arızanın mümkün görülmesi halinde veya makine ve araç, gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde, işverenin işçinin onayını almaksızın tek taraflı talimatı ile işçilerin hepsine veya bir kısmına fazla çalışma yaptırabileceği öngörülmüştür. Yani söz konusu hüküm ile, işyerinde acil ve önemli ihtiyaçların bulunması veya zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde, işverenin işçinin onayına gerek kalmaksızın, fazla çalışma ücretini ödemek koşuluyla fazla çalışma yaptırabileceği kabul edilmiş olup, işverenin yönetim hakkı yasa hükmü ile genişletilmiştir. Ancak işverenin, işyerinde yasada belirtilen nedenlerin ortaya çıkması halinde bile fazla çalışma için talimat verme yetkisinin sınırı, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamasıdır. Bir başka anlatımla, işyerinde zorunlu olarak fazla çalışmayı gerektiren nedenlerin ortadan kalkması halinde, işveren yönetim hakkına dayanarak işçinin onayı olmaksızın fazla çalışma yaptıramayacaktır. Diğer taraftan, işveren, bu sebeple fazla çalışma yapan işçilerin fazla çalışma ücreti ödemek zorunda olduğu gibi, ayrıca bu işçilere yaptıkları çalışmaya karşılık olarak uygun bir dinlenme süresi de vermek zorundadır.

İşverenin çalışma süresi bakımından yönetim hakkını kanun hükmü ile genişleten bir başka düzenleme ise, TBK m.398’de “ Fazla çalışma borcu” başlığı altında düzenlenmiştir. Buna hükmeye göre, işyerinde normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar ve işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda işçinin bu yükümlülüğten kaçınması dürüstlük kuralına aykırı olursa, işveren fazla çalışma ücretini ödemek koşuluyla işçinin onayını almaksızın fazla çalışma yaptırabilecektir.

Kanaatimizce, işverenin çalışma süreleri bakımından yönetim hakkını genişleten iki düzenleme olan, İş Kanunu m.42 ve TBK m.398 birbirinden farklı amaçlara hizmet etmektedir. Şöyle ki, madde metninden de açıkça anlaşıldığı gibi, m.42, işyerinde önemli bir arızanın ortaya çıkması veya işyerinde kullanılan makine, araç ve gereçlere acil müdahaleyi gerektiren durumlar için söz konusu iken, TBK m.398’de işyerine ilişkin değil de, işyerindeki mal ve hizmet üretiminde, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir zorunluluğun ani olarak ortaya çıkması hali düzenlenmiştir. Böyle bir zorunluluğun ortaya çıkması halinde, işçinin bunu

yapabilecek durumda olması ve aynı zamanda işçinin böyle bir fazla çalışmayı yapmayı reddetmesi de dürüstlük kuralına aykırı olduğu durumlarda, işçinin onayının alınmasına gerek duyulmayacaktır. Ancak, işyerinde mal ve hizmet üretimine ilişkin alışlagelmemiş bir zorunluluğun ortaya çıkması ve fazla çalışma ücretinin ödenmesi halinde bile, işverenin işçinin onayına gerek kalmaksızın fazla çalışmaya ilişkin talimat verme hakkının sınırı dürüstlük kuralı olacak ve işçinin böyle bir çalışmayı reddetmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu makul bir süre ve çok sınırlı bir zaman dilimi için kabul edilebilecektir.

b. Dinlenme Süreleri

Anayasamız sosyal devlet anlayışı içinde m.50’de tüm çalışanlar ile birlikte işçilerin de, sağlığının korunması ve iş gücünün yenilenmesi amacıyla dinlenme hakkını düzenlemiş ve ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceğini ifade etmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu, günlük çalışma süreleri arasında dinlenmeyi, m.68’de “Ara dinlenmesi”; hafta tatilini, m.46’da “Hafta tatili ücreti”; ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayı, m.44 ve 47’de “Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma ve genel tatil ücreti” ve nihayet yıllık ücretli izin hakkını da m.53 vd. “Yıllık ücretli izin hakkı ve izin süreleri”, madde başlıkları altında düzenlemiştir.

aa. Ara Dinlenmesi

İşveren günlük çalışma süresi içinde işçilere dinlenmeleri, yeme, içme vs. ihtiyaçlarını giderebilmeleri için kanunda öngörülen asgari sürelerde ara dinlenmesi vermek zorundadır. İşçilerin ara dinlenmesi kanunda emredici olarak düzenlenmiş olup, tarafların aksi yönde yapacakları anlaşmalar geçersizdir. İşveren yönetim hakkına dayanarak ara dinlenme saatlerini belirleyebilecektir. Ancak işveren ara dinlenmesini günlük çalışma süresi içinde belli bir zamanda amaca uygun olarak kullandırmak zorunda olup, ara dinlenmesi kadar işe geç başlama veya aynı süreyle işi erken bırakma şeklinde bir uygulama yapamaz⁴²⁷. Buna karşılık işveren, ara dinlenmelerini dürüstlük kuralına aykırı olmamak üzere işyerinde çalışan işçilere aynı

⁴²⁷ Göktaş, Dinlenme Hakkı, 53, Y.9HD, 17.11.2008, E.2007/35281, K.2008/30985

veya değişik zamanlarda kullanırabilir. Ara dinlenmelerinin asgari süreleri m.68’de çalışılan süreye göre belirlenmiştir. Ara dinlenmeleri kural olarak aralıksız verilecek olup, bu süreler, iklim, mevsim, gelenekler ve işin gereği göz önünde tutularak işçinin de onayı ile günde birkaç seferde aralı olarak kullanırılabilir.

İşçi ara dinlenme süresini serbestçe işyeri dışında veya işyeri içinde geçirebilir. Ancak, işin veya işyerinin özelliği işçilerin ara dinlenmeleri sırasında işyerinin dışına çıkmasını sakıncalı kılıyor ya da bazı güçlükler yaratıyorsa ve işyerinde işçilerin yeme-içme vs. ihtiyaçları karşılanabiliyorsa, işveren yönetim hakkı kapsamında işçilerin ara dinlenmelerinde işyeri dışına ıkamaları yönünde talimat verebilir⁴²⁸. Böyle bir uygulama geçersiz olmayacaktır⁴²⁹. Bu sebeple, işin düzenini ve güvenliğini sağlamak amacıyla işverence yönetim hakkına dayanılarak ara dinlenmesinin işyerinde geçirileceğine karar verilmesi veya işin gereği, iklim veya fiziki koşullar nedeniyle ara dinlenmesinin işyerinde geçirilmesi, ara dinlenmesinin kullanırılmadığı anlamına gelmez⁴³⁰. Bu konuda bir toplu iş sözleşmesi hükmü ise, evleviyetle bağlayıcı olacaktır⁴³¹. Yargıtay da, toplu iş sözleşmelerinde işçilerin ara dinlenmelerinde işyerini terk etmeyeceklerine dair hüküm konulmasını, ara dinlenmesi kavramının anlam ve amaçlarının sınırlayıcı ve bu hakkın özünü zedeleyici olmaması sebebiyle geçerli kabul etmiştir⁴³². Ancak işçi ara dinlenmesinde işyerinde kalsa bile, işveren işçiyi bu süre içinde çalışmaya zorlayamaz⁴³³.

bb. Hafta Tatili

İşçinin hafta tatili hakkı, İş Kanununda emredici olarak düzenmiş olup, m.46’ya göre, tatil gününden önce, işçilerin 63. maddede belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşuluyla yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir. Çalışılmayan hafta tatili için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın tam gün ücreti ödenmek zorundadır. Hafta

⁴²⁸ Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 671; Centel, İş Hukuku, 239; Tunçomağ, İş Hukuku, 166; Ekonomi, İş Hukuku, 316

⁴²⁹ Süzek, İş Hukuku, 815

⁴³⁰ Göктаş, Dinlenme Hakkı, 50, Y.9HD, 17.10.1991, E.1991/13727, K.1991/13602

⁴³¹ Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 671

⁴³² Y.9HD, 6.6.1986, E.1986/4931, K.1986/5981, Süzek, İş Hukuku, 815

⁴³³ Süzek, İş Hukuku, 815

tatilinin işçinin onayı halinde bile bölünerek verilmesi veya kaldırılması kanuna aykırı olacaktır⁴³⁴. Aksine yapılacak sözleşmeler ise geçersiz olacaktır.

Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun m.3'e göre, işçilere hafta tatili kural olarak Pazar günü verilecektir. Ancak Hafta Tatili Hakkında Kanun'un 4. maddesinde sayılı işyerleri hafta tatilinden müstesna tutulduğundan bu işyerlerinde çalışan işçilere haftanın bir başka gününde hafta tatili verilebilecektir. Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir. İş mevzuatında işçilerin haftada asgari bir gün tatil yapması zorunlu olduğundan, yasağa rağmen hafta tatilinde işçilerin çalıştırılması halinde ayrıca bir zamlı hafta tatili ücreti veya fazla mesai ücreti öngörülmemiştir. Ancak işveren kanuna aykırı çalışma yaptırması halinde, 27.5.1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereği, hafta tatilinde çalışan işçiye hem fazla çalışma ücreti ve hem de hafta tatili ücreti ödeyecektir⁴³⁵.

cc.Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti

Haftanın altı günü çalışan işçiye haftada asgari yirmi dört saat dinlenme verilmesi emredici olarak düzenlendiği ve bunun aksinin kararlaştırılması yasaya aykırı olduğu halde, m.44'e göre, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabilir. Görüşümüze göre, toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmelerine kanunda yazılmamasına rağmen işyeri iç yönetmeliklerini de eklemek gerekir. Bu yönüyle de, İş Kanunu m.44 İş Kanunu sistematığı içinde çok ender rastlanan bir yedek hukuk kuralıdır. Ancak sözleşmelerde veya iç yönetmeliklerde hüküm bulunmaması halinde, işverenin işyerinde ulusal bayram ve tatil günlerinde çalışma yaptırabilmesi işçinin onayına bağlıdır. Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da, ulusal bayram olarak yalnızca Cumhuriyetin ilan edildiği gün olan 29 Ekim kabul edilmiş ve bayramın 28 Ekim günü saat 13.00'de başlayıp 29 Ekim günü devam edeceği öngörülmüştür. Söz konusu kanunun 2. maddesine göre, resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü ve 1 Mayıs günü genel tatil günleridir. İşverenin genel tatil gününde çalışmayan işçiye bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretini ve genel tatil gününde çalışan işçiye ise, o günün ücretini yüzde yüz zamlı olarak ödemesi gerekir.

⁴³⁴ Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 682;

⁴³⁵ Y.İBK, 27.5.1958, E.1957/15, K.1958/5; www.kazanci.com

Sözleşmeler veya işçinin onayı ile, genel tatil gününde çalışan işçi için, zamlı ücretin ödenmeyeceği kararlaştırılmış olsa bile geçersizdir.

c.Yıllık Ücretli İzin Hakkı

İşçilerin yıllık izin hakları ve genel esasları, iş akdinin devam ettiği sürece devredilemeyen ve vazgeçilemeyen bir sosyal hak olarak İş Kanunu m.53 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. İşveren, deneme süresi de dahil olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçiye yıllık ücretli izin vermek zorundadır. Ancak işveren, işçinin talebi üzerine, bir senesini doldurmayan işçiye de, yıllık ücretli izin hakkı doğduğunda mahsup edilmek üzere belli bir süre izin verebilir. Yıllık ücretli iznin asgari süreleri İş Kanunu'nun da yaşa bağlı iki istisna dışında çalışma süresi yani kıdeme bağlı olarak düzenlenmiş olup, bu konudaki İş Kanunu m.53 hükmü nispi emredici niteliktedir. Taraflar arasında bu sürelerin altında yapılan anlaşmalar geçersiz kabul edilecek ancak bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ya da iş yönetmeliklerle bu sürelerin üstünde izin süreleri belirlenebilecektir. Bunun dışında, aynı hükümde yaş bakımından pozitif ayrımcılık getirilmiş olup, işveren on sekiz yaş ve daha küçük işçiler ile elli ve daha yukarıda yaştaki işçilere en az yirmi gün ücretli yıllık izin kullandırmak zorundadır.

İşveren yönetim hakkına dayanarak işçilerin yıllık izin dönemlerini işyerinin ve işin gerekleriyle işçilerin isteklerini göz önüne alarak belirleyecektir. 4857 sayılı İş Kanunun 6.maddesine dayanılarak düzenlenen “Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği” nin, izin kullanma dönemlerini düzenleyen m.5’de, işveren veya vekilleri izin kurulu⁴³⁶ veya izin kurulu yerine geçenlere danışmak suretiyle işyerinde yürütülen işlerin nitelik ve özelliklerine göre, yıllık ücretli izinlerin, her yılın belli bir döneminde veya dönemlerinde verileceğini tayin edebilir ve bunu işyerinde ilan eder. İşveren, ücretli yıllık izinleri sürekli bir şekilde vermek zorunda olup, yönetim hakkına dayanarak bölemez. Ancak, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebilir. İş akdinin devamı süresince işçinin onayı halinde bile, işveren yıllık ücretli izinleri kullandırmayarak bunun yerine ücret ödemesi yapamaz.

⁴³⁶ Yıllık İzin Yönetmeliği m.15’e göre; işçi sayısı yüzden fazla olan işyerlerinde işveren veya vekilini temsilen bir, işçileri temsilen iki kişi olmak üzere toplam üç kişiden oluşan izin kurulu kurulur.

Bu bağlamda işveren, Anayasa'daki dinlenme hakkının bir gereği olarak tanınan yıllık ücretli izin hakkını, yönetim hakkı kapsamında süresi içinde işçiye kullandırmak zorunda olup, işçinin yıllık ücretli izin hakkının keyfi ve subjektif nedenlerle kullandırılmaması işverenin işçiye gözetme yükümlülüğünün ihlali ve yönetim hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilecektir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de, 29.11.2011 tarihli bir kararında⁴³⁷, işverenin İş Kanunundaki hükümlere uygun olarak işçinin yıllık izinlerinin kullandırılmamasını işçi açısından haklı fesih nedeni olarak kabul etmiştir.

İş Kanunu m.56'daki emredici hüküm gereği, işveren, yıl içinde verilmiş bulunan ücretli ve ücretsiz izinler ile dinlenme ve hastalık izinlerini yıllık izne mahsup edemeyeceği gibi, izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günlerini izin süresinden sayamaz.

İşveren, yıllık ücretli izin hakkının hesabında, m.55' de emredici olarak düzenlenen çalışılmış gibi sayılan halleri hesaba katmak zorundadır. İş Kanunu m.55'de emredici hukuk kuralı olarak düzenlenmiş bulunan "yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan hallerin" en önemlileri arasında, işçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (Ancak, 25.maddenin (I) numaralı bendinin (b) bendinde öngörülenden fazlası olamaz), kadın işçilerin m.75 gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları dönemler, işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler, süt izinleri, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri, işçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, ana veya babalarının, eşlerinin kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar verilecek izinleri sayabiliriz.

Yıllık izinlerin kullandırılması konusunda işverenin yönetim hakkına getirilen bir diğer yasal sınırlama ise, m.59'da düzenlenmiş olup, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde, 17 ncı maddede belirtilen bildirim süreleri ile 27 nci madde gereğince işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izin sürelerinin iç içe giremeyeceğidir. Yani, iş sözleşmesini ihbar öneline uyararak fesheden işveren, ihbar öneli içinde işçinin kullanmadığı yıllık ücretli iznini de kullanmasını

⁴³⁷ Y.9HD, 29.11.2011, E.2009/20744, K.2011/46449, yargitay.gov.tr

isteyemeyeceği gibi, işçinin kullanmadığı iznini ihbar öneline ve yeni iş arama iznine yaymak suretiyle izin süresine ait ücreti ödemekten kaçınamaz. Ancak işçi tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, işçi ihbar öneli içinde yıllık ücretli iznini kullanabilecektir.

Son olarak, işçi iş sözleşmesi her ne sebeple sona ermiş olursa olsun, haklı fesih, geçerli fesih, istifa veya ölüm, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı izin sürelerine ait ücreti sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya ölüm halinde mirasçılara ödenecektir. Bir başka deyişle, işçinin yıllık izin ücreti ancak iş sözleşmesinin sona ermesi ile ücrete dönüşmektedir.

§3. Türk Borçlar Kanunun Genel İşlem Koşullarının İş İlişkilerine Uyarlanması (Genel İş Koşulları)

İşverenin yönetim hakkını sınırlandıran İş Kanunundaki emredici hükümler dışında Türk Borçlar Kanununda ilk defa olarak düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin 20-27 madde hükümleri ile mülga 818 sayılı Borçlar Kanuna nazaran oldukça ayrıntılı olan hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler (393-447) işverenin yönetim hakkını sınırlarının belirlenmesinde ve İş Kanundaki boşlukların doldurulmasında önemli bir yer tutacaktır. Bunlardan özellikle genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin, iş ilişkilerine uygulanabilirliği konusunda yaşanan yoğun tartışmalara rağmen, en azından İş Kanunundaki boşlukların doldurulmasına ve yorumlanmasına ışık tutacağı şüphesizdir.

Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ilerde çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. Genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü ise, genel iş koşullarıdır. Genel iş koşulları, işverenin tek taraflı olarak önceden genel ve soyut biçimde düzenlediği kurallar bütünü olarak tanımlanan işyeri iç yönetmelikleri (personel yönetmelikleri) ile işverenin çalışma süreci içinde tek taraflı davranışlarıyla oluşan işyeri

uygulamalarından oluşmaktadır⁴³⁸. Genel iş koşulları arasında önemli bir yer tutan ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri iç yönetmelikleri, işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanmakta ve işyerinde genel ve yeknesak çalışma koşullarını düzenlemektedir. Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanunun, 399.maddesindeki, işverenin işçilerin işin görülmesi ve işyerindeki davranışlarıyla ilgili “genel düzenlemeler” yapabilir ifadesinden, işverenin yönetim hakkına dayanarak genel ve yeknesak kurallar koyabileceği iç yönetmelikleri düzenleyebileceği sonucuna varılmaktadır⁴³⁹. Gerçekten de, özellikle büyük işletmelerde işverenin, objektif, genel ve yeknesak düzenlemeler yapması, işyeri düzeni ve disiplini için gerekli olduğu kadar, işverenin eşit davranma yükümlülüğünün sağlanmasında da önemli bir kaynak görevini üstlenmektedir. Türk İş Hukuku’nda işyeri yönetmeliklerinin düzenlenmesi yasal olarak zorunlu değilse de, uygulamada, disiplin kuralları ve cezaları, iş sağlığı ve güvenliği kuralları, iş süreleri, fazla çalışmalar, sosyal yardımlar gibi konuların düzenlendiği iç yönetmeliklere çoklukla rastlanmaktadır⁴⁴⁰. Ancak, İş Hukuku teamülünde bu kadar yeri olmasına ve İş Kanunu m.22’de iş sözleşmesinin eki niteliğinde sayıldığı için, iş sözleşmesi ile aynı bağlayıcılıkta olmasına rağmen, işçilerin hak ve yükümlülükleri bakımından bu kadar önemli bir yer işgal eden iç yönetmeliklerin idari ve yargısal denetimini öngören kanun hükümlerinin bulunmaması büyük bir eksikliktir.

Türk Borçlar Kanunu’nun getirdiği yeniliklerden biri olarak hukuk sistemimize giren genel işlem koşullarının iş hukukuna uygulanıp uygulanmayacağı veya hangi hükümlerinin uygulanacağı veya iş ilişkilerine uygulanmasının istisnalarına ilişkin bir hüküm TBK sistematğinde bulunmamaktadır. Bu durumda, Türk Borçlar Kanununa nazaran daha genel bir kanun olan Medeni Kanunun ilgili 5.maddesi yol gösterici niteliktedir. Medeni Kanunun 5.maddesine göre, Borçlar Kanunun genel nitelikteki hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine ve tabii ki iş ilişkilerine de uygulanacaktır. Bu da demektir ki, genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü olarak kabul edilen genel iş koşullarının karakteristik uygulaması olan, işyeri iç yönetmeliklerine, iş ilişkilerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir. Öğretide Alpagut’a göre de,

⁴³⁸ Süzek, Genel İş Koşulları, 5

⁴³⁹ Süzek, Genel İş Koşulları, 6

⁴⁴⁰ Elbir Nazlı, İç Yönetmeliklerin Bağlayıcılığı, Prof.Dr.Sarper Süzek’e Armağan I., İstanbul 2011, s.272, Süzek, İş Koşulları, 6

genel hüküm olan genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler iş ilişkilerine uygulanırken İş Hukukunun özellikleri dikkate alınmalıdır⁴⁴¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin, işyeri iç yönetmeliklerine kıyasen uygulanması, bu yönetmeliklerin içerik denetiminin yasal dayanağını oluşturacağını ve işverenin tek taraflı düzenleme yetkisinin kullanımında keyfiliğin önüne geçeceğini şimdiden söyleyebiliriz⁴⁴². Hele ki, 4857 sayılı İş Kanununda, Fransız İş Kanununda⁴⁴³ olduğu gibi, işyeri iç yönetmeliklerinin düzenlenmesi aşamasında işçi temsilcilerinin görüşünün alınması ve devamında geçerliliği ve yürürlüğü girmesi için idari denetim şartı ve gerektiğinde yargısal denetimin öngörülmemiş olması gerçekliği karşısında, söz konusu kanun maddelerinin bu konudaki boşluğu kısmen de olsa dolduracağı kanaatindeyiz.

İşyeri iç yönetmeliklerin işçiler bakımından bağlayıcı olması için, işçinin yönetmelik hükümleri diğer bir ifade ile genel iş koşulları hakkında açıkça bilgilendirilmesi, bu bilgilendirmenin sözleşmenin kurulması sırasında yapılması ve işçinin söz konusu hükümleri kabul etmesi gerekir⁴⁴⁴. İşyeri iç yönetmeliğinin işyerinin herhangi bir yerinde asılmış olması, bildirim şartının yerine getirilmesini sağlamayacaktır⁴⁴⁵. Görüşümüze göre, iç yönetmeliklerin bağlayıcı olması için,

⁴⁴¹ Alpagut Gülsevil, İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın 2010 Yılına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2012, s.54; Aynı Görüşte; Manav Eda, İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, S.5, İstanbul 2012, s.149

⁴⁴² Süzek Sarper, Yeni Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, s.5-6

⁴⁴³ Fransız İş Kanunu'nun L.1321-1. maddesine göre, iç yönetmelikte hijyen, güvenlik ve disipline ilişkin kuralların bulunması zorunludur. Yine, L.1321-4 maddesi yönetmeliğin "kişilik haklarına ve bireysel ve kolektif özgürlüklere yapılacak işin tabiatıyla gerekçelendirilemeyen ya da elde edilmek istenen amaçla orantılı olmayan sınırlamalar getiren hükümler içermeyeceğini" hüküm altına almakta ve işletme veya tesis komitesinin görüşüne sunulmaksızın iç yönetmeliğin uygulamaya konulamayacağı hüküm altına alınmaktadır. İşverenin norm koyma yetkisini aşıp aşmadığı ve koyduğu normların yasalara uygun olup olmadığının tespiti için L.1323-3 maddesi ile, iç yönetmeliklerin yürürlüğe girmeden ve bağlayıcılık kazanmadan önce iş müfettişleri tarafından yapılan idari denetim öngörülmüştür. Bunun dışında, L.1322-4 maddesi ile de, idari denetimden geçen bir iç yönetmelik hükmünün bile, önüne gelen bir uyumsuzlukta iş mahkemesi tarafından yasaya aykırı bulunması halinde, saf dışı edilebileceğini kabul etmiştir.

⁴⁴⁴ Süzek, Genel İş Koşulları, 7; Manav, İşyeri Değişiklik Kayıtları, 149

⁴⁴⁵ Aksi Görüşte, "İç yönetmelik hükümleri ancak işçinin önceden bilgisine sunulmak ve her bir işçinin açık veya örtülü kabulü ile geçerli hale gelirler ve bağlayıcılık kazanırlar." Süzek, İş Hukuku, 65; aynı görüşte, Elbir, İç Yönetmelikler, 268; "İç yönetmeliklerin bağlayıcı ve geçerli olması önceden işçi tarafından bilinmesine ve duyurulmuş olması halinde mümkündür." Benzer görüşte, Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 36; Yargıtay da, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce verdiği bir kararında, işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliğinin iş sözleşmesi hükmü niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Y.9 HD, 13.12.2010, E.2009/39668, K.2010/37397; www.kazanci.com

işçinin zımni onayı yeterli olmamalı, İş Kanunu m.109'a hükmüne uygun olarak iç yönetmelik iş sözleşmesi ile birlikte imza karşılığı işçiye teslim edilmeli ve iç yönetmelik hükümlerinin okunup anlaşıldığına dair beyanı alınmalıdır. Bu husus özellikle hukuki ihtilaf halinde, genel iş koşullarının geçerliliği bakımından önem kazanacaktır. Zira, TBK m.21/f.1 hükmüne göre, sözleşmenin yapılması sırasında, bu koşulların varlığı hakkında işçiye açıkça bilgi verilip bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlanmayan koşullar yazılmamış ve geçersiz kabul edilecektir.

Diğer taraftan TBK m.27 gereği, işveren iç yönetmeliklere, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı hükümler koyamayacak ve bunlar işçi tarafından kabul edilmiş olsa bile hükümsüz olacaktır. Ancak iç yönetmeliklerde, nispi emredici hükümlerin işçi yararına olarak değiştirilmesi, işçilere asgari yasal yıllık ücretli izin hakkından daha uzun izin süreleri verilmesi, ihbar önellerinin uzatılması, fazla mesailerde işçilere yasal olarak öngörülen zamlı ücretlerin üstünde ödeme yapılması mümkün olacaktır⁴⁴⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartlarına ilişkin m.25'e göre ise, iç yönetmeliklerde dürüstlük kuralına aykırı ve edimler dengesini işçi aleyhine aşırı derecede bozan nitelikte hükümler konulamayacaktır ki; bu da iç yönetmeliklerin genel işlem koşulları bakımından yargısal denetiminin hukuksal dayanağını oluşturacaktır⁴⁴⁷. Böylelikle, iç yönetmeliklere uygulanacak içerik denetimi, işveren karşısında ekonomik bakımdan güçsüz ve işverenin önüne koyduğu metinleri imzalama zorunluluğunu hisseden işçi ile işveren arasında akdedilen sözleşmelerde gerçek anlamda sözleşme özgürlüğünün⁴⁴⁸ ve dolayısıyla sözleşme adaletinin sağlanmasının yasal teminatı olabilecektir.

⁴⁴⁶ Süzek, Genel İş Koşulları, 8

⁴⁴⁷ Süzek, Genel İş Koşulları, 8-9

⁴⁴⁸ "İşçi ve işveren arasındaki ekonomik eşitsizlik, sözleşme özgürlüğünün maddi anlamda gerçekleşmesine imkan tanımamaktadır. Hukuk sosyolojisi adlı eserinde Max Weber, işçinin istediği işverenle, dilediği gibi hizmet ilişkisi kurma konusundaki biçimsel hakkın kendisine hiçbir garanti sağlamadığını, tam tersine, iş pazarında güçlü olan işverene çalışma koşullarını isteği doğrultusunda düzenleme imkanı verdiğini kaydetmektedir. Hukuk felsefesinin ünlü isimlerinden Radbruch da, sözleşme özgürlüğünün, sosyal açıdan eşit güçte bulunan kişilerden oluşmuş bir toplum içinde anlam taşıyabileceğini, aksi takdirde bunun, güçlü olan taraf elinde bir" diktetme özgürlüğüne" dönüşebileceğini belirtir. Başka bir anlatımla, sözleşmenin çatışan çıkarları dengeleme işlevi taraflar arasında ancak bir silah eşitliği ve güç dengesi bulunduğu takdirde söz konusu olabilir. Bu olmadığı takdirde, irade özerkliğinin bir parçası olan sözleşme özgürlüğü ya yok olmakta ya da biçimsel bir özgürlüğe dönüşmektedir. Sözleşme özgürlüğünün biçimsel bir özgürlüğe dönüşmesinin önlenmesi ve bu özgürlüğü gerçek anlamda hayata geçirilmesi ise, sözleşmelerin içerik ve hakkaniyet denetimi ile

Bireysel ve toplu iş sözleşmeleri ile iç yönetmeliklere konulan hükümler ile işverene çalışma koşullarını tek taraflı değiştirme yetkisi veren kayıtların İş Kanunu m.22 ile birlikte Türk Borçlar Kanunu ile getirilen genel işlem koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi ise bir alt başlıkta incelenecektir

§4. Toplu İş Sözleşmesi ve Bireysel İş Sözleşmesinde Değişikliği Saklı Tutma Kayıtları ve Genişletilmiş Yönetim Hakkı

Öğretide ve uygulamada “değişiklik kayıtları” veya “değişikliği saklı tutma kayıtları” olarak adlandırılan ve sözleşmeler veya iç yönetmelikler ile işverene çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapma yetkisi veren kayıtlar 1475 sayılı yasa döneminde açık bir hükme bağlanmış ve bu tür kayıtların geçerliliğine yeşil ışık yakılmıştı. Bir diğer ifadeyle, 1475 sayılı İş Kanunu m.16/f.II (e) bendinde, iş şartlarının esaslı bir tarzda değişmesi, başkalaşması veya iş şartlarının uygulanmaması halinde işçiye bildirimsiz fesih hakkı düzenlenmiş ancak sözleşmelere başta türlü kayıt konması yani değişiklik kayıtlarının bulunması hali kanun hükmünün istisnası olarak düzenlenmişti. Bu durumda, 1475 sayılı yasa döneminde, sözleşmeler veya iç yönetmeliklerle getirilen değişiklik kayıtları emredici kanun hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla geçerli kabul ediliyor, ancak bu kayıtların işveren tarafından uygulamaya konulması halinde, işverenin kararının makul, haklı ve geçerli bir gerekçeye dayanıp dayanmadığı konusunda, MK m.2’de ifadesini bulan dürüstlük kuralı ve ölçülülük kriterleri çerçevesinde yargısal denetim yapılıyordu.

4857 sayılı yasanın, yasalaşma çabaları sırasında çalışma koşullarında esaslı değişiklikleri ve uygulanacak usulleri düzenleyen 22. maddesinden değişiklik kayıtlarını ayrı tutan fıkranın son anda çıkarılması⁴⁴⁹ doktrinde 4857 sayılı yasa döneminde değişiklik kayıtlarının geçerliliği sorunun yoğun olarak tartışılmasına sebep olmuştur.

sağlanacaktır.” Soyer Polat, Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi, Milli Komite 15.Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s.264-265

⁴⁴⁹ 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2.ncı maddesinin Bilim Kurulu’nca hazırlanan ilk şeklinde “işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkı saklı tutulduğu hallerde ve belirli süreli iş sözleşmelerinde yukarıdaki hükümler uygulanmaz.(Tasarı m.23) Ancak TBMM’de yasalaşma sırasında verilen önergelerle ikinci fıkra hükmü madde metninden çıkarılmıştır.

Bir grup yazar, 4857 sayılı kanunun yürürlüğe giren şeklinde değişiklik kayıtlarının yazılmamış ve hatta son anda yasa metninden çıkarılmasını, artık 1475 sayılı yasa döneminde olduğu gibi bu kayıtların geçerli olmadığı ve esasen 4857 yasanın ruhuna hakim olan işçinin korunması ilkesi çerçevesinde, bir taraftan, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılmasını işçinin yazılı onayına bağlayarak özel bir prosedür öngören ve diğer taraftan da fesih riskinin işveren üzerinde bırakan hükümlerin konuluş amacının ve niteliğinin de bunu gerektirdiğini ifade etmektedirler⁴⁵⁰.

Öğretide baskın görüş ise, 4857 sayılı yasa döneminde de değişiklik kayıtlarının kural olarak geçerli kabul edilmesi ancak bunların emredici kanun hükümlerine uygunluğu bakımından içerik ve uygulama aşamasında da işverenin tek taraflı esaslı değişiklik yapma hakkını keyfi olarak kullanmasının önlenmesi için hakkaniyet ve ölçülülük denetimlere tabi tutulması gerektiği yönündedir⁴⁵¹. Alp'e göre, değişiklik kayıtlarına ilişkin metnin yasa metninden çıkarılmasının amacı, bu kayıtları yasaklamak değil, sadece değişiklik kayıtlarının denetimsiz kalmasını önlemek iradesi şeklinde yorumlanmalıdır⁴⁵². Bu sebeple, emredici hukuk kurallarına ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla, sözleşme serbestisi çerçevesinde kabul edilen değişiklik kayıtlarının objektif şartlara ve dürüstlük kurallarına uygunluk bakımından hakkaniyet denetimine tabi tutulması, sınırlarının belirlenmesi ve işçinin korunması bakımından gereklidir⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Narmanlıoğlu Ünal, İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır? MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006, İstanbul 2006, s.14-17; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 478-479; Güzel Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Güvencesi Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, s.120

⁴⁵¹ Alp, İş Sözleşmesi, 257-262; Soyer, İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi, 264-267; Yenisey Kübra Doğan, İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, Prof.Dr.Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, 1179

⁴⁵² Alp, İş Sözleşmesi, 243; Alp Mustafa, İş Sözleşmesinde Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S:3, İstanbul 2006, s.39; Süzek İş Hukuku, 667; Yenisey, Tek Taraflı Değişiklik, 1175-1198; Alpagut, Esaslı Değişiklik, Karar İncelemesi, 52-62

⁴⁵³ Tulukcu, Esaslı Değişiklik, 1130; Yenisey, Tek Taraflı Değişiklik, 1178; Alp, İş Sözleşmesi, 244; Şen, Çalışma Koşulları, 102; "Özgür pazarlıklarla işleyen piyasa koşulları yaratılmadığı takdirde, bu güvenceyi sağlayacak en önemli araç, sözleşme hükümlerinin yargı organlarınca hakkaniyet denetimine tabi tutulmasıdır. Bu denetim irade özerkliğine haksız bir müdahale olmayıp, tam tersine, irade özerkliğinin korunmasını ve güvence altına alınmasını sağlayan meşru bir mekanizmadır." Soyer, İçerik Denetimi, 267

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 11.10.2006 tarihinde verdiği bir kararında, 1475 sayılı Kanun zamanında yapılan iş sözleşmelerinde, çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkını saklı tutan kayıtların, 4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra geçerli olmayacağına ilişkin özel bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle, bu tür kayıtları geçerli kabul etmiş ancak hakkaniyet denetimine tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir⁴⁵⁴.

Yargıtay, 4857 sayılı kanun döneminde vermiş olduğu muhtelif kararlarında da, değişiklik kayıtlarının denetimine ilişkin 1475 sayılı yasa döneminde vermiş olduğu kararlarındaki uygulamasını sürdürmüş ve değişiklik kayıtlarının yürürlüğü aşamasında işverenin keyfililiğinin önlenmesi ve işçiyi cezalandırma amacıyla kullanılmaması için, “dürüstlük kuralı” ve “ölçülülük” kriterlerini esas alarak hakkaniyet denetimi yapmıştır⁴⁵⁵.

İşverenin işçiyi iş sözleşmesi ile kararlaştırılandan farklı bir işe veya işyerine verebilmesine, çalışma süresinin değiştirilmesine bir başka deyişle işçinin iş görme edimiyle ilgili işin türü, yeri ve süresi konusunda tek taraflı değişiklik yapmasına imkan sağlayan kayıtlar Yargıtay’ın yerleşmiş kararlarında⁴⁵⁶ ve öğretide “genişletilmiş yönetim hakkı” olarak ifade edilmektedir⁴⁵⁷. Yönetim hakkını genişleten kayıtlar sayesinde işverenin, İş Kanunu m.22 ve değişiklik feshine hiç ihtiyaç duymadan hızlı ve risksiz bir şekilde çalışma şartlarını değişen şartlara

⁴⁵⁴ Aydın Ufuk, 4857 sayılı Kanun bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları(Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi), MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, İstanbul 2007, s.57-68; YHGK, 11.10.2006, E.2006/9-613, K.2006/644

⁴⁵⁵ “Hizmet sözleşmesinin 3.maddesinde, işverenin işçiyi Türkiye’nin herhangi bir yerinde görevlendirebilme yetkisinin bulunduğu ancak davacı işçinin evlenecek olduğunun işveren yetkililerince bilindiği anlaşılmaktadır. İşveren yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işyeri değişikliği ile karar alırken dürüstlük kurallarına uymalıdır.” Y.9HD, 5.5.2008, E.2007/33545, K.2008/11277, www.kazanci.com “İşyeri değişikliği sözleşmesinde nakil yetkisi bulunsa dahi, davacı işçinin işyerinin sık sık değiştirilmesi, nesnel neden sayılmaz, hakkaniyete uygun kabul edilemez. İşverenin bu davranışı Medeni Kanun’un 2.maddesine aykırıdır.” Y.9HD, 25.3.201, E.2008/22933, K.2010/7945, www.kazanci.com

⁴⁵⁶ “İş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinde, gerektiğinde işverence çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemelere gitmeleri halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.” Y.9HD, 13.12.2010, E.2009/39668, K.2010/37397; www.kazanci.com

⁴⁵⁷ Alp İş Sözleşmesi, 264; Şen Çalışma Koşulları, 98; Yenisey, Tek Taraflı Değişiklik, 1175-1198; Alpagut, Esaslı Değişiklik, 52 vd

uyarlama olanağına kavuştuğu ve bunun da iş gücünü değerlendirme bakımından önemli bir esneklik sağladığı savunulmaktadır⁴⁵⁸.

Yenisey'e göre de, sürekli borç ilişkisi doğuran ve uzun yıllara yayılan iş sözleşmelerinde değişiklik, iş ilişkisinin bir parçasıdır. İşçinin mesleki ilerlemesi, terfisi, ücretinin artması bu değişikliklerin hukuki sorun oluşturmeyen yönüdür. Ancak kişisel yönü ağır basan bir edim yükümlülüğü doğuran iş ilişkisinde zaman içinde işçinin iş görme edimini gereği gibi ifa edememesi, performansının düşük olması veya işçinin disiplin yaptırımına maruz kalacak kusurlu bir davranışının ortaya çıkması gibi, işçiden kaynaklanan nedenlerle değişiklik gereksinimini ortaya çıkarabilir. Öte yandan, ekonomik, teknolojik ve sosyolojik değişimlerin zorunlu sonucu olarak ortaya çıkan işletmesel kararlar iş ilişkilerini etkilemekte ve çalışma koşullarında değişiklik gerekliliğini gündeme getirmektedir. Bu yönüyle işçiden kaynaklanan nedenlerle veya işyeri ve işletme gerekleriyle ortaya çıkabilecek değişiklik gereksinimlerine karşı, çalışma koşullarında değişiklik rejiminin sözleşmenin kuruluşu aşamasında belirlenmesi olan "saklı tutma kayıtları" işverene çalışma koşullarının değişen şartlara uyarlanması konusunda belli bir serbesti sağlamaktadır⁴⁵⁹. İşverene tek taraflı olarak edimi belirleme hakkı veren bu kayıtların sınırı ise, sözleşmenin karakteristik temel unsurlarını değiştirmemek ve farklı bir borç ilişkisi kurmamak şeklinde açıklanmıştır⁴⁶⁰. Böylece, iş ilişkisinin kendine özgü yapısından kaynaklanan sorunlara çözüm bulunmakta işverenin değişiklik ihtiyacı ile işçinin sözleşmenin varlığını ve içeriğini koruma ihtiyacı arasındaki hassas denge korunmak istenmektedir.

Ancak genel işlem koşulları ilgili önemli düzenlemeler getiren Türk Borçlar Kanunu'nun "Değiştirme yasağı" başlığı altındaki 24. maddede;

“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır”

⁴⁵⁸ Alp, İş Sözleşmesi, 264

⁴⁵⁹ Yenisey, Çalışma Koşulları, 97-98; Yenisey, Tek Taraflı Değişiklik, 1176-1177

⁴⁶⁰ Alp, İş Sözleşmesi, 342,

hükmü ile değişiklik kayıtlarını geçersiz kabul etmektedir. Bu hüküm tek başına iş ilişkilerindeki değişiklik kayıtlarının geçerliliği hususunda doktrinde hararetli tartışmaları gündeme taşıyacağı gibi yargı kararlarında da yeni oluşumlara yol açabilecek niteliktedir. Genel bir kanun vasfına sahip olan Türk Borçlar Kanunu’nun, “değiştirme yasağına” na ilişkin hükmünün, 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi iş ilişkilerine uygulanıp uygulanmayacağı, hangi hallerde uygulanacağı veya istisnaları konusunda başkaca bir maddeye yer verilmemiş olması yasal belirsizliği daha da arttırmakta ve öğretide birbirinden çok farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m.20’de “bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ilerde çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri” olarak tanımlanan genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümünün genel iş koşulları niteliğine haiz olan işyeri iç yönetmelikleri olduğunu daha önceki bölümde açıklamıştık⁴⁶¹. İç yönetmelikler ile birlikte, işveren tarafından tek taraflı çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan ve müzakere edilmeden işçiye dikte edilen veya işçinin imzasına sunulan bireysel iş sözleşmelerinde yer alan değişiklik kayıtları da genel işlem koşulu veya genel iş koşulu niteliğini taşımaktadır⁴⁶². Bu durumda, TBK m.24’deki değişiklik yasağının iş ilişkilerine aynen uygulanması, gerek iç yönetmeliklere ve gerekse tip sözleşmelere (bireysel iş sözleşmeleri) konulan ve işverene çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapma yetkisi veren kayıtları geçersiz kılacaktır.

Nitekim öğretide Süzek’e göre, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede (işyeri iç yönetmeliği ve tip sözleşmeler) işverene sonradan tek taraflı olarak işçi aleyhine değiştirme yetkisi veren “değişiklik kayıtları” yazılmamış kabul edilir⁴⁶³.

Yargıtay 22.Hukuk Dairesi de, 12.2.2013 tarihli bir kararının gerekçesinde, “*Dava tarihinde henüz 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun da, yürürlüğe girmemiş olduğu dikkate alındığında, işverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisi veren söz konusu kayıtlar geçerli olup, bu kayıtlar neticesinde işverenin yönetim hakkı*

⁴⁶¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 3, s.131-134

⁴⁶² Alp, İş Sözleşmesi, 245-263

⁴⁶³ Süzek, Genel İş Koşulları, 8

genişlemektedir” ifadeleri ile, TBK yürürlüğe girdikten sonra açılan davalarda, genel işlem şartları arasında yer alan “değiştirme yasağı”nın iş sözleşmelerine de aynen uygulanacağı izlenimini yaratmaktaysa da, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 2013 tarihli oyçokluğu ile verilen kararında⁴⁶⁴, tip sözleşme şeklinde düzenlenen işyeri değişiklik kayıtlarının denetiminde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeye atıfta bulunulmadığı ve söz konusu kanunun yürürlüğe girmeden önceki uygulamanın devam ettiği anlaşılmaktadır. Ancak, söz konusu kararın karşı oy yazısında, tip sözleşme şeklinde düzenlenerek genel işlem koşullarına tabi olan sözleşmenin fesih tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 24.maddesi kapsamında değerlendirilerek, işverene tek taraflı olarak düzenleme yetkisi veren kayıtların yazılmamış sayılması gerektiği diğer gerekçeler ile birlikte belirtilmiştir.

Diğer taraftan, öğretideki bir kısım görüşlere göre, iş hukukunun kendine özgü yapısı bazı konularda Borçlar Kanunu’ndaki genel ilkelerden sapmayı gerektirir. İş sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi niteliğinden kaynaklanan ve uzun bir zaman dilimine yayılan yapısı nedeniyle, değişen şartlara uyarlanarak iş ilişkisinin devamlılığının korunması amacı, esneklik ihtiyacını da beraberinde getirdiğinden, tüketici sözleşmeleri veya eser sözleşmelerinden farklılığını ortaya koymaktadır. Bu sebeple, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin iş hukukuna aynen uygulanması mümkün değildir⁴⁶⁵. Alpagut da, çalışma yaşamının gerekleri dikkate alındığında, bu tür kayıtların doğrudan geçersiz sayılamayacağı, ancak bu güne kadar ki, Yargıtay içtihatlarında benimsenen esaslar doğrultusunda MK m.2 kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini benimsemektedir⁴⁶⁶.

Görüşümüze göre de; Türk Borçlar Kanunun ilgili hükümlerinin tüketici sözleşmeleri (banka kredi sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri ve alım-satım sözleşmeleri) ile eser sözleşmelerinde yaşanan kronikleşmiş hukuksal sorunlara çözüm getirmek ve özellikle genel işlem koşulları uygulamalarına maruz kalan tarafın hak kayıplarının önlenmesi için kaleme alındığı göz önüne alınacak olursa, anılan sözleşmelerden çok farklı hukuksal ilişkileri ve gereksinimleri içeriğinde

⁴⁶⁴ Y.22HD, E.2013/27200, 07.10.2013, K.2013/20897, www.yargitay.gov.tr

⁴⁶⁵ Manav, İşyeri Değişiklik Kayıtları, 149

⁴⁶⁶ Alpagut, İş İlişkisi, 54

barındıran iş ilişkilerine birebir uygulanması düşünülemez⁴⁶⁷. Öncelikle, iş hukukunun kendine özgü yapısının yarattığı “işveren vekilliği” veya “iş güvencesi kurumu dışında bırakılan hukuk sükeleri” gibi kurumları ve ‘toplu iş sözleşmeleri’ gibi toplu sözleşme özerkliğinin Anayasa ile teminat altına alındığı özel sözleşme türleri, genel işlem koşullarının ilk baştaki istisnaları arasında sayılabilir. Zira, gerek AY m. 53 hükmünde ifadesini bulan “Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu Sözleşme Hakkı” ve gerekse 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun ilgili hükümleri, işçi ve işveren sendikaları ile işverene toplu sözleşme yapma konusunda irade özerkliği ve bu sözleşme hükümlerine de yasal norm niteliği tanındığından toplu iş sözleşmeleri genel işlem koşullarının iş hukukundaki en önemli istisnalarından biridir. Toplu iş sözleşmelerinde çalışma şartlarına ilişkin hükümler toplu sözleşme özerkliği içinde işçi ve işveren sendikalarının veya işverenin karşılıklı müzakereleri sonucunda menfaatler dengesi gözetilerek kararlaştırıldığından genel işlem koşulları niteliğinde de değildir.

Öğretide Alp de, toplu iş sözleşmelerinde çalışma koşullarının tarafların sözleşme içeriğine müdahale ederek, sözleşmenin içeriğini karşılıklı görüşmeler yoluyla menfaatlerine uygun olarak belirleme ve dengeleme olanağına sahip olmaları sebebiyle doğruluk güvencesini taşıdıklarını ve bu sebeple toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılan değişiklik kayıtlarının genel işlem koşulu niteliğinde olmadığını ifade etmektedir⁴⁶⁸. Diğer taraftan, iş güvencesi kurumundan, yararlanamayan işveren vekillerinin⁴⁶⁹ sözleşme şartlarını işverenle karşılıklı müzakere ederek kararlaştıracakları ve sözleşmenin içeriğinin ve koşullarının belirlenmesinde söz sahibi olacakları karine olarak kabul edilmelidir. Bu sebeple, işveren adına işletmenin tümünü sevk ve idare eden veya işyerinin bütünü idare eden ve işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunan “işveren vekillerinin” işveren ile yaptıkları sözleşme hükümleri de genel işlem koşullarının iş hukukundaki istisnaları arasında

⁴⁶⁷ “Türk Borçlar Kanunu yasalama halinde, önemli bir boşluğu dolduramayacak ve sınırlı bir çözüm getirecektir. Bunun en önemli sebebi ise, söz konusu düzenlemelerin iş ilişkisinin özelliklerini dikkate almaması ve daha çok satış sözleşmesi gibi ani edimli sözleşmeler düşünülerek hazırlanmış ve bazı alanlarda ise, banka kredi sözleşmelerinde yer alan kayıtlara bir tepki niteliğinde sözleşme özgürlüğünü aşırı ölçüde sınırlayan düzenlemelere gidilmiştir. Oysa, sürekli borç ilişkisi doğuran, esneklik ve değişim ihtiyacını kurulduğu ilk andan itibaren gösteren, kesin kurallar ile belirlenemeyen iş sözleşmelerinde değişiklik kayıtlarına yer verilmesi kaçınılmazdır.” Alp, İş Sözleşmesi, 307-308

⁴⁶⁸ Alp, İş Sözleşmesi, 283

⁴⁶⁹ 4857 sayılı İş Kanunu m.18/f.5’de tanımlanan ve iş güvencesi kapsamı dışında olan “işletmenin bütünü sevk ve idare eden veya işyerinin bütünü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi” bulunanların işveren vekili sıfatını taşıyacağı görüşündeyiz. Bak.Birinci Bölüm §1/II.b.İşveren Vekilliği.s.9

sayılmalıdır. Esasen, genel işlem koşullarının “**önceden tek taraflı olarak düzenlenmesi**”, “**tarafarca tartışılarak kabul edilmemesi**” gibi TBK hükümlerinde belirtilen ayırt edici özelliklerinden, toplu iş sözleşmeleri ile işveren vekilleri için düzenlenen sözleşmelerin genel işlem koşulu niteliğinde olmadığı, yalnızca tip sözleşme şeklinde hazırlanan bireysel iş sözleşmeleri ile işyeri iç yönetmeliklerinin genel işlem koşulları kapsamında değerlendirileceği sonucuna varılmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin iş hukukundaki istisnalarını ve gerekçelerini, kanunun sözsel anlatımına ve iş hukukunun kendine özgü yapısına bağlayarak bu şekilde açıkladıktan sonra; bireysel iş sözleşmeleri ile iç yönetmeliklere konulan saklı tutma kayıtlarının geçerliliği sorunu, ücret, iş türü, iş yeri ve çalışma süreleri değişiklikleri başlıkları altında aşağıdaki bölümde inceleyeceğiz.

I. Ücrete İlişkin Değişiklik Kayıtları

İşçinin iş görme borcuna karşılık işverenin ücret ödeme borcu altına girdiği iş sözleşmesinde ücret, işverenin temel borcudur. İş sözleşmesinin temel niteliği ekonomik riskin işveren üzerinde olmasıdır. Bu sebeple bir sözleşme kaydı ile, işverenin üzerinde olması gereken ekonomik riskin değişik sebeplerle kısmen de olsa işçi üzerine kaydırılması, edimler dengesinin işçi aleyhine önemli ölçüde bozulmasına yol açacak ve sözleşmeyi ilk kurulduğu andaki halinden çok uzaklaştıracaktır. Diğer taraftan, borç ilişkilerinde sözleşmenin taraflarından birine kendi borçlarının konusunu ve kapsamını belirleme yetkisi verilemez ve böyle bir yetki sözleşme teorisinin doğasına aykırıdır⁴⁷⁰.

İşverenin yönetim hakkı da, yalnızca işçinin iş görme borcuna ilişkin olup, hiçbir şekilde işverenin kendi temel edimi olan ücretin miktarı üzerinde olamaz⁴⁷¹. Öğretide ve Yargıtay Kararlarında “genişletilmiş yönetim hakkı” olarak

⁴⁷⁰ Alp İş Sözleşmesi, 108; Başbuğ, Disiplin Cezaları, 52

⁴⁷¹ Taşkent, Yönetim Hakkı, 13; Süzek, İş Hukuku, 667-668; Alp, İş Sözleşmesi, 108; “Buna karşılık işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve borçlanılan çalışma süresinin kapsamına ilişkin söz konusu alamaz.” Y.9HD, 18.3.2008, E.2007/26320, K.2008/5312, www.kazanci.com

nitelendirilen değişiklik kayıtlarına bu hukuksal perspektiften bakıldığından ise, işverenin yönetim hakkı genişletilmiş bile olsa, işçinin iş görme borcu ile sınırlı kalacağı ve işçinin ücretinin indirilmesine yol açacak değişiklikleri kapsamayacağı kabul edilmelidir⁴⁷². Aksine bir yaklaşım, işverene kendi temel borcu olan, ücret üzerinde istediği zaman değişiklik yapma hakkı verir ki, böyle bir durum sözleşmenin ilk kuruluş anındaki hak ve borç dağılımının ihlaline ve sözleşme ile kurulan hak/borç dengesinin işçi aleyhine önemli ölçüde ağırlaştırılmasına yol açar. Böyle bir sonuç ise, işçinin işveren tarafından yapılacak tek taraflı esaslı değişikliklere karşı korunması yolunda radikal bir düzenleme olan İş Kanunu m.22 hükmünün de arkasından dolanılmasına yol açabilecek niteliktedir. Ayrıca, ücrete ilişkin tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin baştan işverenin inisiyatifine bırakılması, ekonomik riski işveren üzerinde bırakan iş sözleşmesinin karakteristik yapısına aykırı olduğu gibi, kendisinin ve ailesinin geçimi için belki de tek maddi güvencesi olan ücret olan işçinin böyle bir değişiklik kaydına kendi özgür iradesi ile onay verdiği de düşünülemez. Bu durumda da, gerçek anlamda bir sözleşme özgürlüğünün gerçekleştiğinden bahsedilemeyeceğinden hukuksal dayanağını sözleşme özgürlüğü kuramından alan değişiklik kayıtlarının ücret değişiklikleri yönünden hukuki alt yapısının da çöktüğünü kabul etmek gerekir. Bu bağlamda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra vermiş olduğu bir kararında, işyeri nakline ilişkin değişiklik kayıtlarının işçinin ücretinde değişiklik meydana getirmediği takdirde geçerliliğine hükmetmiştir⁴⁷³

Ayrıca belirtmek gerekir ki; işçinin emeğinin karşılığı olan ücret, Anayasa m.55 hükmü⁴⁷⁴ ile “sosyal bir hak” olarak güvence altına alınmış ve çalışma yaşamını düzenleyen kanunlarda, gerektiğinde işverenin ücret ödeme borcuna

⁴⁷² Süzek, İş Hukuku, 667; Yenisey, Tek Taraflı Değişiklik, 1196; Centel Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s.127; Aksi görüş Alp, “Genel yönetim hakkı, işçinin iş görme borcu ile sınırlı iken, genişletilmiş yönetim hakkı konu olarak bunun aşmakta, işverenin edimini de içermektedir. Diğer bir fark ise, yönetim hakkının sözleşme koşulları ile sınırlanması ve sözleşme koşullarının somutlaştırılmasına hizmet etmesine karşılık, genişletilmiş yönetim hakkı ile sözleşme içeriğinin değiştirilebilmesidir. İşveren bu kayıtlar sayesinde iş görme ediminin tarz, yer ve süresini yönetim hakkını aşan bir şekilde belirlemek ve değiştirmek, kendi ücret ediminde de koşullara uygun değişiklikler yapabilmek olanağını elde etmekte, bu özellikleriyle edimi belirleme yetkisi veren kayıtlar çalışma koşullarının esnekleştirilmesi amacına hizmet etmektedirler.” Alp, İş Sözleşmesi, 251-263

⁴⁷³ YHGK, 11.10.2006, E.2006/9-613, K.2006/644, www.kazanci.com

⁴⁷⁴ AY m.55 “Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. “

müdahale edilerek, işçinin bu hakkı, sosyal devlet ilkesine uygun olarak emredici kanun hükümleri ile korunmak istenmiştir.

Bu bağlamda;

- İş Kanunu m.62’de öngörülen, çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene işçi ücretleri ile ilgili olarak ek maddi yükümlülükler getirilmesi halinde bile işçi ücretlerinden indirim yapılamayacağı;
- İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 2 hükmünde, genel ekonomik, sektörel bölgesel kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerinde haftalık çalışma sürelerinin önemli ölçüde azalması, işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde bile işçilere kısa çalışma yaptırılmasının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın onayına bağlanması ve kısa çalışma ödeneklerinin işsizlik sigortası fonundan karşılanacağını öngörülmesi; devletin güçsüz olan tarafın korunması amacıyla, ekonomik hayata müdahale etmesi ve temel edimini yerine getirmekte zorlanan işverenin üzerindeki ekonomik riskin işsizlik sigortası fonuna kaydırılarak işçinin ücretinin kısmen de olsa korunması düşüncesidir.
- İş Kanunu m.38’de ücret kesme cezasına çok cüz’i bir üst sınır getirilmesi ve ücret kesme cezasının uygulama şartlarının emredici olarak düzenlenmesi;
- İş Kanunu m.35 ile, işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceğinin, devir ve temlik edilemeyeceğinin emredici olarak düzenlenmesi;
- Ve nihayet, İş Kanunu m.39’daki asgari ücret düzenlenmesi ve asgari ücretin tespitine ilişkin ayrıntılı hükümler; tümüyle birlikte değerlendirildiğinde,

sosyal devletin gereği olarak, devletin ekonomik bakımdan güçsüz olan işçi ve işçinin ücretinin korunması adına yasalar aracılığıyla ekonomik hayata müdahale

ederek, bir sosyal hak olan ücreti, emredici kanun hükümleri ile koruma amacı ve kaygısı olarak anlaşılmalıdır.

Bu sebeple, işverenin yönetim hakkına ve dolayısıyla genişletilmiş yönetim hakkına verilen hukuksal anlam, İş Kanunu m.22’de işçinin işveren tarafından çalışma koşullarında yapılacak tek taraflı değişikliklere karşı korunması amacıyla getirilen özel prosedür ve nihayet iş ilişkilerine ilişkin yasal normlar, TBK m.24 ile birlikte değerlendirildiğinde, ücrete ilişkin değişiklik kayıtları, iş ilişkisinin temel yapısına da aykırı olduğundan geçersiz kabul edilmelidir. Fransız Yargıtay’ı da, ücreti kamu düzeninden kabul ederek ücrette değişiklik yapabilme imkanı veren sözleşme kayıtlarını toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılmış olsa bile geçersiz kabul etmektedir⁴⁷⁵.

Ancak, işveren sözleşmeler veya iç yönetmelikler ile, sözleşmede kararlaştırılan ücret dışında, primlerin veya komisyonlarının ödenmesini, performans koşuluna, işyerinin karlılığına veya üretim gücünün artması şartına bağlayabilir ki, bu şekilde şarta bağlanmış hakların, değişiklik kayıtlarından ayrık tutulması gerektiği görüşündeyiz.

II. İşyeri, İş Türü ve Çalışma Süresine İlişkin Değişiklik Kayıtları

İşverenin yönetim hakkı, işçinin iş görme borcunun belirlenmesine ilişkin olduğundan, işçinin iş görme borcu kapsamı içinde değerlendirilen işyerine, iş türüne ve çalışma süresine ilişkin değişiklik kayıtları da emredici kanun hükümlerine ve işçinin temel hak ve özgürlüklerine aykırı olmamak koşuluyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde geçerli kabul edilmelidir.

Bu kayıtlar içinde uygulamada en çok rastlanılan işyeri değişiklik kayıtlarıdır. Fransız Hukukunda “coğrafi hareketlilik kaydı” (clause de mobilité géographique) olarak anılan bu kayıtlar, işverene işçinin onayına ihtiyaç duyulmaksızın işçinin başka bir işyerinde görevlendirilmesi işini organize etme

⁴⁷⁵ Cass.soc.12 juill 2006, n:05-40.475, JCP S 2006, 1892; Cass.soc.7 nov.2007, n:06-40.117, JCP S 2008, 1231, Lahalle, 185

yetkisi verir⁴⁷⁶. Aslında, işçi için nasıl iş akdinin devamlılığı önemliyse, her şeyden önce işçinin kişiliğinin ve iş gücü yeterliliğine olan güvenin önem kazandığı iş ilişkilerinde, işveren için de kişiliğine, iş becerisine ve işteki yeterliliklerine güven duyulan işçinin işletme içindeki devamlılığının sağlanması aynı derecede önemlidir. Özellikle rekabetçi pazarlarda mal ve hizmet üretiminde bulunan işverenler, daha önceki çalışmalarında mesleki başarılarını, tecrübelerini, dürüstlüklerini test ettikleri çalışanlarını nitelikli iş gücüne ihtiyaç duyulan işyerlerinde öncelikle görevlendirmek isteyebilirler veya işin doğası gereği işçinin görev değişikliklerini zorunlu kılabilir. Hal böyle olunca, işletmenin devamlılığını düşünmek zorunda olan işverenler için iş ve işletme gerekleri sebebiyle işyeri değişiklik kayıtları kaçınılmaz hale gelebilir. Bu sebeple, iş görme edimlerinin doğası gereği, işyerinin değiştirilmesini zorunlu kılan, inşaat ya da petrol sektöründe çalışan mühendis, teknisyen veya pazarlama sektöründe çalışanlar⁴⁷⁷, turizm sektöründe çalışanlar veya banka ve sigorta sektöründeki denetim uzmanları veya orta düzey yöneticiler için işyeri değişiklik kayıtlarının iş sözleşmelerinde bulunması işin niteliği gereği geçerli kabul edilmelidir. Ancak bu kayıtların uygulamaya konulması yani yürürlük aşamasında, işveren tek taraflı değişiklik yetkisini dürüstlük kuralı ve ölçülülük gibi objektif ilkelere ve işçinin özel durumundan kaynaklanan subjektif şartlara uygun olarak kullanmak zorundadır. Bu bağlamda, işletmenin ve işyerinin gereklerine dayanan, diğer işyerindeki nitelikli personel veya deneyimli uzman meslek veya orta düzey yönetici ihtiyacını karşılamayı amaçlayan nakillerin işletmenin meşru ve haklı bir amacını karşılamaya yönelik olduğu kabul edilmektedir.

Fransız Hukukunda da, coğrafi hareketlilik kaydı kural olarak geçerli olmakla birlikte, içerik bakımından değişiklik kayıtlarının yalnızca işletme açısından gerekçelendirilebilen işler için geçerli olabileceği ve bu sebeple, bir ticari yönetici için uygun olsa da, bir sekreter için böyle bir sözleşme kaydı konamayacağı kabul edilmektedir⁴⁷⁸. Yine genel bir şekilde kaleme alınmış değişiklik kayıtları da hükümsüz kılınmaktadır⁴⁷⁹. Fransız Yargı içtihatları bu konuda Fransız Medeni Kanunu'nun (Code civil) 11129 madde hükmünü **“Borç en azından tür bakımından belirlenmiş bir şey konusunda olmalıdır”** değişiklik kayıtlarına

⁴⁷⁶ Lahalle, 148

⁴⁷⁷ Mialon, 85

⁴⁷⁸ Lahalle, 149

⁴⁷⁹ Lahalle, 149

uygulayarak, işyeri nakline ilişkin kayıtlarda “coğrafi uygulama alanının” kesin bir şekilde tanımlanması gerekliliğini aramaktadır⁴⁸⁰. Fransız Yargıtay’ı bu sebeple, bir sözleşmenin Fransa’da olduğu gibi yurtdışında da ifa edilebileceğini öngören sözleşme kaydını iptal edilmiştir⁴⁸¹. Türk İş Hukuku Öğretisinde de Yenisey, Türk Borçlar Kanunu’nun rekabet yasağına ilişkin hükümlerinde getirilen yer, konu ve zaman bakımından sınırlamaların kıyasen işverene tek taraflı değişiklik yapma yetkisi veren kayıtlara da uygulanabileceğini ve bu kayıtların yer, zaman ve konu bakımından sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁸². Yazara göre, toplu iş sözleşmelerinin bir yıldan az ve üç yıldan fazla yapılamaması sebebiyle bu sözleşme türleri bakımından bir sorun olmasa da, bireysel iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması sebebiyle, işçinin uzun yıllar iş sözleşmesi hükümlerinin değişebileceği tehdidi altında bulunması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Diğer yandan, işyeri değişiklik kayıtları işçinin sözleşmeyi imzalamasından sonra açılan işyeri veya şubeler, işçi için öngörülemez olduğundan uygulanmaması gerekir⁴⁸³.

Ayrıca, sözleşmede nakil yetkisi saklı tutulmuş olsa da, işyeri değişikliği bir hakkın kullanılmasını engelleme veya bir cezalandırma ve sürgün amacı taşıyor; işçi, uzun yıllar içinde yaşayıp yaşamını sürdürdüğü şehirden objektif nedenler olmaksızın başka bir şehre gönderiliyor ve işçiyi feshe zorlamak için değişikliği saklı tutma kaydı kullanılıyorsa bir hakkın kötüye kullanılması söz konusudur⁴⁸⁴. Yargıtay da istikrar kazanmış içtihatlarında, işyeri değişikliği ile karar alırken işverenin dürüstlük kuralına uyması ve bu hakkını kullanırken keyfi davranmaması gerektiğini⁴⁸⁵, nakil yetkisinin kötüye kullanıldığının ileri sürüldüğü durumlarda nakli gerektiren iş ve işyeri gereklerinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini⁴⁸⁶ kabul etmiştir.

Tüm bunlara ilaveten işveren işyeri nakil yetkisini kullanırken işçinin işyeri değişikliği sebebiyle karşılaşabileceği ekonomik güçlükleri hesaba katmak ve işçinin özel yaşamını, sağlık durumunu ve hatta ailesinin ihtiyaçlarını ve konumunu

⁴⁸⁰ Cass.soc., 18 mai 2011, n.09-42.232, JCP S 2011, 1340; Cass.soc., 7juin 2006, n.04-45.846, Lahalle, 149

⁴⁸¹ Cass.soc., 19 mai 2004, n:02-43.252, Lahalle, 149,

⁴⁸² Yenisey, Tek taraflı Değişiklik, 1192-1196

⁴⁸³ Yenisey, Tek Taraflı Değişiklik, 1195; Aynı görüşte, Aydın, Değişiklik Kayıtları, 66

⁴⁸⁴ Süzek, İş Hukuku, 669; Alpagut, Esaslı Şartlar, 61

⁴⁸⁵ Y.9HD, 5.5.2008, E.2007/33545, K.2008/11277, www.kazanci.com

⁴⁸⁶ Y.9HD, 1.10.2007, E.2007/14272, K.2007/28755, www.kazanci.com

gözetmek durumundadır. Yani işveren genişletilmiş yönetim hakkını kullanırken, işçiyi koruma yükümlülüğüne uymak ve işçinin temel hak ve özgürlüklerine saygı göstermek zorundadır.

Fransız Yargıtay'ı gözetim görevlisinin sözleşme kaydı gereği atandığı işyerinin oturduğu yerden 150 km uzaklıkta bulunması, buraya toplu taşıma araçları ile ulaşılamaması, işçinin şahsi ulaşım imkanlarına sahip olmaması ve işverenin de kendisine bu yeni çalışma yerine gidebilmesi için gerekli imkanları temin etmemiş olması hususlarını dikkate alarak, işverenin nakil yetkisini kötüye kullandığına hükmetmiştir⁴⁸⁷. Fransız Yargıtay'ına göre, işveren idare ve yönetim yetkisini işletmenin menfaati yönünde kullanmak zorunda olduğu kadar, bunun da ötesine giderek kararının işçi açısından maddi ve manevi sonuçlarıyla da ilgilenmek zorundadır. Bu bağlamda, Fransız Yargıtay'ı, işverenin, karısının hamileliğinin ileri bir aşamasında bulunması sebebiyle kritik bir ailevi durumda bulunan işçiyi ani bir görev değişikliğine zorlamayacağına karar vermiştir⁴⁸⁸. Yine Fransız Yargıtay'ının son dönemde verdiği 14 Ekim 2008 tarihli kararı, işyeri değişiklik kayıtlarının uygulanması sırasında işveren yönetim hakkının işçinin temel hak ve özgürlükleri karşısında sınırlarını belirlemesi bakımından çok önemlidir. Söz konusu kararda, işyeri değişiklik kaydının uygulamaya geçirilmesiyle işçinin kişisel ve ailevi bir hayata sahip olma hakkının ihlal edilemeyeceği yönünde hüküm kurulmuştur⁴⁸⁹.

İşyeri değişiklik kayıtlarının uygulanmasında işverenin yönetim hakkını sınırlayan diğer ilkeler ise, ölçülülük ilkesi ve işverenin eşit davranma yükümlülüğüdür. İşveren genişletilmiş yönetim hakkına dayanarak işçinin işyeri değişikliğine karar verirken, bu işyeri değişikliği işyeri ve işletme için gerekli olmalı ve işin niteliği ile gerekçelendirilmeli ve işletmenin bu sebeple sağlayacağı menfaat (ekonomik kazanç, işletme prestij ve güvenilirliği vs.) işçinin bu yüzden uğrayacağı maddi ve manevi zarar ile orantılı olmalıdır. Nitekim, Fransız Hukuk Öğretisinde de kabul edildiği gibi, işverenin yönetim yetkisi, işverene işletmenin menfaati için sıkı sıkıya gerekli olanın ötesinde işçiye güçlük çıkarma yetkisi vermemektedir⁴⁹⁰. Bu sebeple işyeri nakil yetkisinin uygulanmasında, işçinin sağlık durumu, kıdemi, yaşı,

⁴⁸⁷ Cass.soc.,25 mars 2009, n:07-45.281, JCP S 2009, 1294, Lahalle, 149

⁴⁸⁸ Cass.soc.,18 mai 1999, n:96.44315, Lahalle, 149

⁴⁸⁹ Cass.soc.,14 oct.2008. n.07-40.523, JCP S 2008, 1668

⁴⁹⁰ Lahalle, 151

ailevi durumu, işçinin eşinin iş durumu, çocukların okul durumu gözetilmeli ve işyeri değişikliği yapılırken kişisel ve ailevi durumu en uygun işçinin seçimine özen gösterilmelidir⁴⁹¹. Yargıtay'a göre de, işyeri nakil yetkisi kullanılırken nakli gerektiren iş ve işyeri gereklerinin varlığı araştırılmalı⁴⁹², işçi asıl işine en yakın ve sosyal prestij ve kariyer bakımından en uygun işe verilmeli⁴⁹³, yeni işyerine ulaşım ve öğle yemeği olanağı sağlanmalı ve işçinin durumu kötüleştirilmemelidir⁴⁹⁴.

İş türü değişikliğine ilişkin kayıtların uygulanması ise, genelde işçinin performansının zaman içinde düşüş göstermesi, iş gücünden yeterli verimliliğinin alınamaması veya işçinin davranışlarından kaynaklanan sebeplerin işyeri değişikliğini gerektirmesi (işyerinde huzur ve güveni bozacak davranışlar) ya da işçinin ağır kusuru veya ihmali sebebiyle mevcut işine devam etmesinin işyeri ve işletme menfaatlerini veya iş güvenliğini tehlikeye soktuğu durumlarda söz konusu olabilir. Tüm bu sayılanların dışında, işçiyi cezalandırma veya feshe zorlama gibi dürüstlük kuralına aykırı olarak iş türü değişiklik yetkisinin kullanılarak işçinin mesleki deneyimi, bilgisi veya sosyal konumu ile bağdaşmayan bir işe verilmesi söz konusu olabilir ki, böyle bir uygulama dürüstlük kuralına, çalışma özgürlüğüne ve kişi temel hak ve özgürlüklerine aykırıdır. Ancak hemen söylemek gerekir ki, işverene sözleşme veya iş yönetmelik ile iş türünü değiştirme yetkisi tanınmış bile olsa, işveren işçiyi sözleşmeyle belirlenen işine denk bir işe vermek ve ücretinin de değiştirilmemesi koşuluyla bu yetkisini kullanabilir. Yargıtay da, işin türünün değiştirilmesinde, işyerinde işçinin niteliklerine uygun ve ifası beklenebilir işlerde görevlendirilebileceğine ilişkin kayıtları geçerli kabul etmektedir. İşçinin önceki işi ile denk iş kavramının belirlenmesinde, yeni işin özel bir bilgi ve tecrübe gerektirip gerektirmediği, riskli olup olmadığı, eski işine göre tüm artıları ve eksileri yanında toplumda ve işyerinde yeni işin nasıl görüldüğü yani işçinin sosyal statüsünde değişiklik yaratıp yaratmadığı da dikkate alınmalıdır. İşçinin eski işine denk işleri belirleme kriteri olarak, işçinin dahil olduğu meslek grubunda geçerli olan genel kanaat ve teamüller de belirleyici olabilmektedir⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Alp, İş Sözleşmesi, 409-410

⁴⁹² Y.9HD, 1.10.2007, E.2007/4272, K.2007/28755, www.kazanci.com

⁴⁹³ Alp, İş Sözleşmesi, 409, Y.9HD, 15.11.1971, E.1971/17164, K.1971/22586

⁴⁹⁴ Alp, İş Sözleşmesi, 409, Y.9HD, 11.4.1988, E.1988/2824, K.1988/4049

⁴⁹⁵ Şen, Çalışma Koşulları, 171-173

Diğer taraftan, işçiye daha yüksek değerde iş verilmesi veya ek işler verilmesi halinde, işçinin o güne kadar aldığı eğitim, bilgi ve tecrübesi ile altında kalkabileceği işler olması ve ayrıca ücretinin de arttırılması gerekir⁴⁹⁶. Aksi takdirde işçiye halen mevcut işinden çok daha ağır sorumlulukları gerektiren bir iş verildiği halde ücretinin aynı kalması aslında ücret indirilmesi yapılması anlamına gelir ki, işçinin ücretinde İş Kanunu m.22’de öngörülen şekle uyulmadan indirim yapılamayacağından böyle bir kayıt da geçersiz olacaktır⁴⁹⁷.

Çalışma süresine ilişkin değişiklik kayıtlarında en çok rastlanılanı fazla çalışmalardır. Bu tür kayıtlar, fazla çalışmaya ilişkin emredici yasa hükümlerine uyulmak ve fazla çalışma ücretleri ödenmek şartıyla kural olarak geçerlidir. Bu bağlamda, saklı tutma kayıtları ile yoğunlaştırılmış ve denkleştirilmiş iş haftası uygulamasına peşin bir onay almak mümkündür⁴⁹⁸. Bu tür kayıtlar ile çalışma süresinin azaltılması için de yetki almak mümkündür, ancak böyle bir kayıt, işçinin ücretinde bir indirim gitmemek koşuluyla geçerlidir. Diğer taraftan, işverenin iş yoğunluğunu günlük çalışma süresinin kısa süreyle uzatılması ile aşması mümkünse cumartesi fazla çalışmalarına geçilmemesi yani işverenin çalışma süresine ilişkin değişiklik kayıtlarında da ölçülük ilkesini gözetmesi gerekir⁴⁹⁹. Ayrıca Fransız Yargıtay’ına göre, işveren, günlük çalışma saatlerinde yapılan değişikliklerde işçilerin mücbir ailevi yükümlüklerle uyumlu olup olmadığını (çocukların ya da hasta anne, baba veya eşin bakımı gibi) işçiye koruma yükümlülüğü çerçevesinde işçinin sübjektif koşullarını dikkate almak durumundadır⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Alp, İş Sözleşmesi, 395

⁴⁹⁷ Şen, Çalışma Koşulları, 173

⁴⁹⁸ Alp, İş Sözleşmesi, 373

⁴⁹⁹ Alp, İş Sözleşmesi, 409

⁵⁰⁰ Cass.soc., 13 janv.2009, n:06-45.562, JCP S 2009, 1162; Lahalle, 189

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ KARŞISINDA İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI

§1 .İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yönetim Hakkı

Sosyal devletin başlıca yükümlülüklerinden biri, insan kişiliğinin maddi ve manevi anlamda gelişebilmesi için gerekli koşulları hazırlamaktır. Ancak sosyal devletin bu misyonu sağlamak için öncelikle insanın yaşama ve bedensel bütünlüğünü koruma hakkını güvence altına alması gerekir⁵⁰¹.

Anayasa ve Uluslar arası sözleşmeler ile güvence altına alınmış olan yaşam hakkı ile yaşam hakkının vazgeçilmez bileşeni sağlık hakkının iş yaşamındaki karşılıkları, işçilerin çalışma ortamında sağlıklarının ve güvenliklerinin sağlanması ve korunmasıdır. Bu bağlamda çağdaş iş hukuku içinde önemli bir disiplin olan iş sağlığı ve güvenliğinin amacı, işçiler için güvenli ve sağlıklı bir iş ortamı yaratmak suretiyle iş kazalarının da önlenmesini sağlayarak işçilerin yaşam ve sağlık hakkının korunmasıdır⁵⁰². İş sağlığı ve güvenliğinin Anayasa'daki temel dayanaklarından ilki “sosyal devlet ilkesi” olup, AY m.2 ve m.5’de sırasıyla, “sosyal hukuk devleti” ve “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için” gerekli şartları hazırlamak yükümlülüğü şeklinde normatif ifadesini bulmuştur. Ayrıca, AY m.17’deki “yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” ile AY m.56’da “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” ve nihayet AY “m.50’de ifadesini bulan, “kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı, küçükler, kadınlar ve ruhi ve bedeni yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunması”, İş Sağlığı ve Güvenliğinin diğer anayasal dayanaklarıdır⁵⁰³.

⁵⁰¹ Süzek Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s.20

⁵⁰² Limoncuoğlu/Şişli/Eser, Yaşam Hakkı, 1993

⁵⁰³ Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği, 23-28

Sosyal devlet modelinin Anayasa ile güvence altına alınan yükümlülüklerin çalışma yaşamında yerine getirilmesi ve işyerlerinde uygulanması, kamu hukuku niteliği taşıyan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin emredici yasal düzenlemelerin ve ikincil mevzuatın (tüzük, yönetmelik, genelge) yürürlüğe konulması, bu düzenlemelere uyulup uyulmadığının denetlenmesi, gerektiğinde idari ve cezai kamusal yaptırımlara başvurulması sağlanmaktadır⁵⁰⁴. İşverene, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlama, koruma ve denetleme yetkisi ve görevi veren tüm bu mevzuat, işverenin kamu hukukundan doğan “işçiyi gözetme borcunu” nu oluşturur⁵⁰⁵.

Yargıtay 10.Hukuk Dairesi de, kömür maden ocağında meydana gelen iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine yapılan ödemenin 506 sayılı Kanun’un 26.maddesi uyarınca açılan rücu davası ile ilgili olarak vermiş olduğu 22.12.2009 tarihli kararında⁵⁰⁶;

“Anayasa’nın 17.maddesinde “yaşama hakkı” güvence altına alınmış ve güvencenin hayata geçirilmesinde, iş ve sosyal güvenlik mevzuatında da işçinin korunması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu bir takım hükümler getirilmiştir.

Kamu düzeni düşüncesi ile oluşturulan iş sağlığı ve güvenliği mevzuat hükümleri; işyerleri ve eklerinde bulunması gereken sağlık şartlarını, kullanılacak alet, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olmak için alınacak tedbirleri, aynı şekilde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirtmektedir. Burada amaçlanan yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin vücut tamlığı ve yaşam hakkının önündeki tüm engellerin giderilmesidir” ifadelerine yer vererek işverenin kamu hukukundan doğan işçiyi gözetme borcuna ve dolayısıyla işçinin yaşam hakkının ve bedensel bütünlüğünün sağlanması için işveren yükümlülüklerine değinilmiştir.

⁵⁰⁴ Kılıç Leyla, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara 2006, s.50

⁵⁰⁵ Süzek, İş Güvenliği, 179; Kılıç, İş Sağlığı ve Güvenliği, 49

⁵⁰⁶ Y.10HD, 22.12.2009, E.2009/13440, K.2009/18970, www.facebook.com/mehmetresatkoparan

Bu bağlamda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 27.2.2013 tarihli kararı ile daha önceki kararlarını tekrarlayarak, **işverenin iş yerinde çağın ve teknolojinin gerektirdiği tüm önlemleri almak zorunda olduğunu** belirtmiştir⁵⁰⁷.

İşverenin özel hukuk ve iş sözleşmesinden kaynaklanan işçiyi gözetme ve koruma yükümlülüğü, 6098 sayılı TBK m.417’de “İşçinin Kişiliğinin Korunması” başlığı altında düzenlenmiştir. TBK, işçinin sağlığının korunmasını beden ve ruh sağlığı bütünlüğü içinde değerlendirmiştir.

TBK m.417/f.2 de ise, işçinin maddi varlığının yani yaşam ve sağlık hakkının korunması kapsamında işverenin özel hukuktan yani iş sözleşmesinden kaynaklanan işçiyi gözetme borcu;

“İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş güvenliği ve sağlığı konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.” şeklinde ifade edilmiştir.

TBK m.417/f.1 hükmünde ise, işverenin işçinin kişiliğinin, onur ve saygınlığını gözetme borcu;

“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” şeklinde ifade edilerek, işçinin manevi varlığının yani ruhsal bütünlüğünün ve kişiliğinin korunması hedeflenmiş ve işverene bu konuda gerekli her türlü önlemi almak ve bunun doğal sonucu olarak işçinin kişiliğinin korunması için talimatları verme hakkı da tanınmıştır

Avrupa Birliği’nin 89/391/EC sayılı yönergesi de sağlık kavramını, beden ve ruh sağlığı olarak kabul etmekte olup, bu yönüyle TBK düzenlenmesi işçinin

⁵⁰⁷ YHGK, 27.2.2013, E.2012/10-1141, K.2013/282, www.kazanci.com.; Yargıtay 21.Hukuk Dairesi’nin 26.3.2002 tarih ve 2002/43-2483 sayılı kararına göre de, işveren gerek mevzuatın öngördüğü ve gerekse öngörmediği yerine getirilmesi zorunlu önlemleri almak zorundadır.

sağlığını beden ve ruh sağlığı bütünlüğü içinde değerlendiren AB mevzuatı ile de uyumludur⁵⁰⁸. Fransız Yargıtay'ı da, Avrupa Birliği'nin 89/391 sayılı yönergesine yollama yaparak işverene, işyerinde çalışanların sağlık ve güvenliğinin ve özellikle de psikolojik tacizden korunması için gerekli önlemleri alma ve sorumluluğu yüklendiğinden bahsederek iş sağlığını, beden ve ruh sağlığı kapsamında değerlendirmiş ve işverenin hiçbir kusuru bulunmasa bile bunun işvereni sorumluluktan kurtaramayacağına karar vermiştir⁵⁰⁹.

İşverenin işçiyi gözetme borcundan kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri, bir yönüyle özel hukuk ve iş sözleşmesi kaynaklı karakterinin yanında, diğer yönüyle de, kamu düzenine ilişkin olduğundan, işverenin işletme rizikosunu da üstlenmesi sebebiyle edim dışı borç ilişkisi esasında bir işveren yükümlülüğü olarak değerlendirmek gerekir. Hal böyle olunca da, iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı gereken önlemlerin alınması suretiyle çalışma ortamının sağlıklı ve güvenli bir şekilde rasyonel olarak düzenlenmesi yükümlülüğü olan işverenin, bu yükümlülüklerinden yalnızca kendi işçilerine karşı değil, alt işveren işçileri ile geçici işçilere, çırak ve stajyerlere karşı da sorumluluğunu gerektirir⁵¹⁰. Nitekim, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin 6331 sayılı Kanunun, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlara uygulanacağı belirtilmiştir.

İşveren, işletme risklerini üstlenmesi sebebiyle kamu hukuku kaynaklı ve iş sözleşmesi sebebiyle de, özel hukuktan doğan işçiyi gözetme borcu kapsamında, tüm çalışanların yaşam haklarını, sağlıklarını ve bedensel bütünlüklerini koruma yükümlülüğünü yönetim hakkını kullanmak suretiyle yerine getirir. Bir başka deyişle, işyerindeki tüm çalışanların yaşam hakkını ve sağlığını koruma yükümlülüğünü bir yandan kamu düzenine ilişkin emredici düzenlemeler ve diğer yandan iş sözleşmesindeki işçiyi koruma borcu kapsamında üstlenen işveren için, yönetim hakkı en önemli araçtır. İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin

⁵⁰⁸ Urhanoglu Cengiz İstar, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşverenin Kapatılması, Prof.Dr.Sarper Sözek'e Armağan II, İstanbul, 2011, s.1960

⁵⁰⁹ Cass. soc., 21 juin 2006, n:05-43.914, Pouvoirs du Chef d'Entreprise et Libertés de Salarié, Waquet Philippe/Struillou Yves/Pécaut –Rivolier/Laurence, France, 2014, s.265

⁵¹⁰ Cengiz, İş Sağlığı ve Güvenliği, 1963; Şen Murat, İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2012, İstanbul 2012, s.133

korunması ve iyileştirilmesi işlevini, yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlar ve bu talimatlara uyulup uyulmadığını denetlemek suretiyle yerine getirecektir.

6331 sayılı Kanun ise, tüm çalışanların işyeri ve işletmede karşılaşılabilecekleri tehlikelere karşı korunması için emredici nitelikte düzenlemeler getirilmiş ve böylece işverenin işyeri ve işletme düzeyinde yönetim hakkını sınırlamıştır.

İş Sağlığı ve güvenliğinin korunması ve sağlanmasına yönelik olarak getirilen bu emredici hükümler, çalışanların sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışması için, gerekli tesisat ve donanımın yapılması, gerekli koruyucu araç ve gereçlerin işçiye sağlanması, işyerinin güvenli bir çalışma ortamının sağlanmasına elverecek şekilde organize edilmesi ve işverenin çalışanlarına iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli talimatları verme hakkı ve çalışanların da bu talimatlara uyma yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵¹¹.

I. İşçinin Yaşam Hakkının, Bedensel Bütünlüğünün ve Sağlığının Korunması

İşçinin yaşam hakkının, bedensel bütünlüğünün ve sağlığının korunması kapsamında İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetim hakkına geçmeden önce iş sağlığı ve güvenliği kavramlarının açıklığa kavuşturulmasında fayda görmekteyiz. İş sağlığı; çalışanların bedensel, ruhsal, sosyal iyilik durumlarını sürdürmek ve çalışma koşullarından kaynaklanan risklerden korunmasını sağlamak, sağlıklarının bozulmasını önlemek, kendilerine uygun işlere yerleştirmek ve işin insana ve insanın işe uyumunu sağlamaktır⁵¹². İş güvenliği ise, işyerinde var olan ya da dışardan gelebilecek tehlikelerin saptanarak önlenmesi ve çalışanların iş kazaları risklerine karşı korunarak huzurlu ve güvenilir bir ortamda çalışmalarını sağlamaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin 2.5.1989 tarih ve 1989/18 sayılı Kararında⁵¹³ da, Anayasa'nın 2.maddesinde ifadesini bulan "sosyal devlet" ilkesinden hareketle

⁵¹¹ Cengiz, İş Sağlığı ve Güvenliği, 1963-1964

⁵¹² Yılmaz Fatih, Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi, İstanbul, 2009, s.8-9

⁵¹³ AYM, 4.1.1989, E.1988/51, K.1989/18; www.kazanci.com

işyerlerinde “insanın korunması”nı amaçlayan “iş sağlığı ve iş güvenliği” önlemlerine değinilmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu Kararında;

“Çalışma koşullarının düzeltilmesi, iş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işyerinde iş-insan ilişkilerinin düzenlenmesi, çalışanların gereksinimlerinin karşılanıp yaptığı ise uyumun sağlanması için gösterilen çabalar iş sağlığı ve iş güvenliği kavramının önemli öğeleridir.

İşyerinde çalışanların, işin yapılmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan tehlikelerden bedensel ve ruhsal olarak zarar görmemesi için alınması gerekli hukukî, teknik ve tıbbî önlemleri sağlamaya yönelik sistemli “çalışmalara “iş güvenliği” denir

Bir işi düzenleme süresinde çalışanlarla ilgili olarak ortaya çıkabilecek risklerden ve çalışanların sağlığını olumsuz yönde etkileyebilecek konulardan sakınmak amacıyla yapılan çalışmaların tümü iş güvenliğinin kapsamındadır.”

Anayasa Mahkemesi kararında da isabetle vurgulandığı gibi, işyerindeki iş ekipmanları, üretim teknolojisi, teknik bakım, koruyucu donanımlar, risk değerlendirmesi, çalışanların eğitimi, işyeri iç yönetmelikleri ve diğer düzenlemeler, organizasyon yapısı, işyerinde sağlık yapılanması, çalışanların yaş durumları ve işe uygunlukları, işyerinin bulunduğu yerin coğrafi özellikleri, fiziksel ortam (gürültü, toz, aydınlatma, havalandırma vb.), insan kaynakları politikaları, çalışma saatleri, ücretler ve sosyal hizmetler iş sağlığı ve güvenliğini etkilemektedir⁵¹⁴. İş sağlığı ve güvenliği, bir yönüyle işyerinde çalışanların en temel hakkı olan yaşam ve sağlık hakkını ilgilendirmekte ve çalışanların sağlıklı ve tehlikelerden uzak bir ortamda huzurlu ve verimli bir biçimde çalışmasını amaç edinirken; diğer taraftan da, insan unsurunun yanında, işletme tehlikelerinin kaynağında önlenmesi yoluyla iş kazalarını ve meslek hastalıklarını ortadan kaldırmak veya hiç olmazsa asgari düzeylere indirmek suretiyle işveren maliyetlerinin düşmesine de katkıda bulunmaktadır⁵¹⁵.

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve korunması işçinin ve işverenin müşterek menfaatleri olduğu gibi, iş sağlığı ve güvenliğinde hedeflerin tutturulması da işçi ve işverenin, koordinasyonu yani çalışma yaşamındaki sosyal tarafların uyum içinde birlikte çalışması ile sağlanabilecektir. Bu sebeple, 6331 sayılı Kanunda, işverenin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için, işverenin yönetim hakkı bir

⁵¹⁴ Yılmaz, İş Sağlığı ve Güvenliği, 9

⁵¹⁵ Yılmaz, İş Sağlığı ve Güvenliği, 17-19

yandan, gerekli işyeri ortamının düzenlenmesinden koruyucu donanımlara, iş ekipmanlarının sağlanmasına, çalışanların eğitimine kadar düzenlenen emredici hükümler ile sınırlandırılırken diğer taraftan da, AB mevzuatında işletme düzeyinde de uygulanan “sosyal diyalog” modeli işyeri düzeyinde kabul edilerek iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve korunmasında çalışanların yönetime katılımı ile sınırlandırılmıştır.

1. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yönetim Hakkının Emredici Hükümlerle Sınırlandırılması

İşverenin sağlığı ve güvenliğine ilişkin talimatlarını, işyeri organizasyonu ve donanımına ilişkin talimatlar, işyerinde çalışanların sağlığının korunmasına ilişkin talimatlar, iş ekipmanlarının kullanılmasına ilişkin talimatlar, çalışanların bilgilendirilmesi, acil durumlara ilişkin talimatlar ve son olarak işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını izleme ve denetleme sürecinde vereceği talimatlar olarak beş ana başlık altında toplayabiliriz.

a. İşyeri Organizasyonu ve Donanımı

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun işveren yükümlülükleri bakımından getirdiği başlıca yeniliklerden biri, işverenin işyerlerinde risk değerlendirmesi yapma veya yaptıрма zorunluluğudur. Bu konuda, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 10 ve 30 . maddelerine dayanılarak hazırlanan “İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği” 29 Aralık 2012 tarih ve 28512 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. “İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği” 5 ve 6. maddeleri doğrultusunda, işveren işyeri iç yönetmeliklerine konulan hükümler veya genel talimatlar ile, çalışma ortamının ve çalışanların sağlık ve güvenliğinin sağlanması, korunması ve geliştirilmesi amacı ile risk değerlendirme ekibini kuracak, bu ekibin risklerin belirlenmesine yönelik olarak gerekli kontrol, ölçüm ve inceleme yapabilmeleri için araç, gereç, mekan ve zaman gibi tüm ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlayacak ve risk değerlendirmesi çalışması yapılırken ihtiyaç duyulan aşamalarda çalışanların görüşlerinin alınması için gerekli ortamı hazırlayacaktır. İşyerinde risklerin belirlenip analizlerinin yapılmasından sonra da, işveren risk kontrol tedbirlerinin uygulanması

aşamasında da, işlemi yapacak işyeri bölümü ile sorumlu kişinin belirlenmesi, başlama ve bitiş tarihlerinin tespiti hususlarında gerekli talimatları verecektir.

İşyerinde gerçekleştirilen risk değerlendirmesi sonuçlarına göre; işyerinde risklerin ortadan kaldırılamadığı veya toplu korumaya yönelik tedbirler veya işin organizasyonunda kullanılan önlem, yöntem veya süreçlerle yeterince azaltılamadığı durumlarda, işveren Sağlık ve Güvenlik İşaretleri Yönetmeliği'nin⁵¹⁶ 5.maddesinde yer alan sağlık ve güvenlik işaretlerinin bulundurulması veya gerekli yerlerde kullanılmasını sağlamak üzere talimatlar verecektir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesine dayanılarak düzenlenen; “Çalışanların Gürültü ile İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik⁵¹⁷” kapsamında, risk değerlendirmesi sonucu, işyerinin uluslar arası standartların üzerinde gürültüye maruz kaldığının tespiti halinde, işveren teknolojik gelişmelerden faydalanılmak suretiyle gürültünün yok edilmesi veya en aza indirilmesi ve gürültünün yok edilemediği durumlarda ise, çalışanların korunması için kulak koruyucu donanımların sağlanması ve çalışanların kullanıma sunulması için gerekli talimatları vermek zorundadır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca 5.11.2013 tarih ve 28812 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “Tozla Mücadele Yönetmeliği”ne göre, işveren, uluslar arası standartların üstünde ve işçilerin sağlığına zarar verecek düzeyde tozun meydana geldiği işyerlerinde, ikame yöntemin kullanılarak toz oluşumuna neden olan madde yerine çalışanların sağlık ve güvenliği yönünden tehlikesiz veya daha az tehlikeli maddelerin kullanılması, işyerinde ihtiyaç duyulan temiz havanın bulundurulması, alınan önlemlerin yeterli olmadığı durumlarda kişisel koruyucu donanımın verilmesi için gerekli düzenlemeler yapmak veya genel talimatlar vermek durumundadır.

İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesi ile 25.6.2012 tarih ve 2002/44/EC Avrupa Konseyi Yönergesi doğrultusunda düzenlenen “Çalışanların Titreşimle İlgili Risklerden Korunmasına Dair Yönetmelik⁵¹⁸” uyarınca, teknik

⁵¹⁶ RG. 11.9.2013 Tarihli ve 28672 Sayılı

⁵¹⁷ RG. 28.7.2013 Tarihli ve 28721 Sayılı

⁵¹⁸ RG. 30.4.2013 Tarihli ve 28633 Sayılı

gelişmeler dikkate alınarak mekanik titreşimlere maruz kalınmasından doğan zararların önlenmesi için, işveren, mekanik titreşimlere maruz kalınmaması için başka çalışma yöntemlerinin seçilmesi, en düşük düzeyde titreşim oluşturan iş ekipmanının seçilmesi, yeterli dinlenme araları ile çalışma sürelerini düzenlemek, mekanik titreşime maruz kalan çalışana soğuktan ve nemden koruyacak giysinin sağlanması için gerekli talimatları verir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun ilgili maddesi ile Avrupa Birliği Yönergeleri doğrultusunda hazırlanan ve 30.4.2013 tarihli ve 28663 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren “Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik” hükümlerine göre ise, işveren patlayıcı ortamın oluşmasını önlemek, yapılan işlemin doğası gereği patlayıcı ortamın oluşmasının önlenmesi mümkün değilse patlayıcı ortamın tutuşmasını önlemek ve çalışanların sağlık ve güvenliklerini sağlayacak şekilde patlamanın zararlı etkilerini azaltacak önlemlerin alınması için gerekli talimatları vermek zorundadır.

b. Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerinin Korunması

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 6. maddesi ve İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 5. maddesi uyarınca, işveren, işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, çalışanların ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla; işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personelini görevlendirmek zorundadır. İşveren bu yükümlülüğünü, çalışanları arasından görevlendirme yapmak suretiyle yerine getirebileceği gibi, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak veya gerekli belgeye sahip olması halinde tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak kendisi de üstlenebilir.

Ancak kanunun 22. maddesine göre, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturmak zorundadır.

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile ilgili görevlendirilen personelin veya OSGB'lerin etkin bir şekilde çalışması ve gerekli kolaylığın sağlanması, araç, gereç, mekan ve zaman gibi gerekli ihtiyaçlarının karşılanması, çalışanların bilgilendirilmesi ve katılımının sağlanması için gerekli düzenlemeleri yapar ve talimatlar verir. Aynı zamanda çalışanların da iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalara, sağlık muayenelerine ve bilgilendirme ve eğitim toplantılarına katılması için düzenlemeler yapar veya genel talimatlar verir. Diğer taraftan çalışanların işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi tehlike ve yakın tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde işverene veya çalışan temsilcisine haber vermeleri için talimat verir.

Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik⁵¹⁹ uyarınca, işveren, çalışma merkezlerinde ekranlı araçların kullanımından kaynaklanan riskleri, özellikle görme, fiziksel sorunlar ve mental stres ile ilgili riskleri de dikkate alarak, bu risklerin etkileri, yol açabileceği ilave etkiler ile risklerin bir arada olmasından kaynaklanabilecek olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması veya en aza indirilmesi için her türlü sağlık ve güvenlik önlemlerini almak zorundadır. İşveren yönetim hakkına dayanarak, ekranlı araçlarla yapılan çalışmalardan kaynaklan iş yükünü ve etkilenmeyi azaltmak amacıyla, uygun çalışma planı yaparak operatörlerin periyodik olarak ara vermesini veya dönüşümlü olarak başka işlerde çalışması için talimatlar verir.

Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmeliğe⁵²⁰ göre, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, çalışanların sağlık ve güvenlik risklerinden korunması ve sağlık ve güvenlik koşullarının iyileştirilmesi amacıyla çalışanların kişisel donanım kullanması gerekiyor ise, işveren; kişisel donanımların ücretsiz olarak verilmesi, çalışanın kullanımına uygun hale getirilmesi, bakım, onarım ve periyodik kontrollerinin yapılması, ihtiyaç duyulan parçalarının değiştirilmesi, hijyenik koşullarda muhafaza edilmesi ve çalışanların kolayca erişebilecekleri yerlerde ve yeterli miktarda bulundurulması için gerekli talimatları verir.

⁵¹⁹ RG. 16.4.2013 Tarihli ve 28620 Sayılı

⁵²⁰ RG. 2.7.2013 Tarih ve 28695 Sayılı

c. İş Ekipmanlarının Kullanılması

İş ekipmanlarının Kullanımında Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği⁵²¹ göre, işveren işyerinde kullanılacak iş ekipmanının yapılacak işe uygun olması ve bu ekipmanın çalışanlara sağlık ve güvenlik yönünden zarar vermemesi için gerekli tüm önlemleri alır. İşveren iş ekipmanlarının doğru kullanılması, periyodik kontrollerini yapmaya yetkili kişilerce kontrolünün yapılması, çalışanların sağlık ve güvenliği yönünden özel risk taşıyan iş ekipmanlarının sadece görevlendirilen kişiler tarafından kullanılması ve yine tamiri, bakımı ve kontrolünün de özel olarak görevlendirilen kişilerce yapılması konusunda talimat verir.

d. Acil Durumlar

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.11 ve m.12’de acil durum planları, yangınla mücadele, ilk yardım ve tahliyeyle ilişkin hükümler; işyerinde mücbir sebeplerin meydana gelmesi ihtimali göz önüne alınarak, bu gibi durumlarda ivedilikle yapılması gerekli işler, görevlendirilecek çalışanlar, işyeri dışında haber verilecek kuruluşlar ve çalışanların yükümlülüklerini işveren önceden düzenlemek ve hazırlamak ve acil durum planları hakkında işçiyi bilgilendirmek zorundadır.

İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik⁵²² m.10 uyarınca, işveren, işyerinde acil durumların meydana gelmesi halinde uyarı verme, arama, kurtarma, tahliye, haberleşme, ilk yardım ve yangınla mücadele gibi uygulanması gereken acil durum müdahale yöntemlerini, bu faaliyetlerde görev alacak eğitimli çalışanları, işyeri dışından yardım alınacak ve haber verilecek kuruluşları ve çalışanların yükümlülükleri konusunda düzenleyici işlemler yapar, çalışanlara duyurur ve gerekli talimatları verir.

e. Çalışanların Denetlenmesi

İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun kamu düzenine ilişkin emredici hükümleri ile ikincil mevzuat çerçevesinde yapmış olduğu düzenleyici işlemlerine ve

⁵²¹ RG. 25.4.2013 Tarihli ve 28628 Sayılı

⁵²² RG. 18.6.2013 Tarihli ve 28681 Sayılı

genel talimatlarına çalışanlar tarafından uyulup uyulmadığının kontrolü ve denetlenmesi iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin hayata geçirilmesi ve işlerlik kazandırılması açısından son derece önemlidir. Bu sebeple, işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerine ve talimatlarına çalışanların uyma zorunluluğu olup, işverenin de talimatlarına uyulup uyulmadığını denetlemek zorunluluğu yönetim hakkının kendisine verdiği bir yetki ve aynı zamanda bir yükümlülük ve ödevdir. İşveren kontrol ve denetim sorumluluğunu, bizzat, işveren vekilleri veya çalışan temsilcileri aracılığıyla yerine getirir. İşverenin kontrol ve denetim yetkisi ve yükümlülüğü, işyeri organizasyonuna ve donanımına ilişkin talimatlarından, çalışanların belirli dönemlerde sağlık muayenesini yaptırıp yaptırmadıklarına, iş ekipmanlarının talimatlara uygun ve doğru şekilde kullanımından, çalışanların eğitim, bilgilendirme ve katılım görüşmelerine katılıp katılmadığının tespitine ve acil durumlara ilişkin tatbikat çalışmalarına katılıp katılmadığının belirlenmesine kadar uzun bir süreçtir. İşveren tarafından yapılan kontrol ve denetimlerde, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin talimatlara uymayan çalışanlara karşı işverenin sözlü ve yazılı uyarılarda bulunma hakkı ise, iş sözleşmesi ile bağitlanmış olsun veya olmasın tüm çalışanlar bakımından kabul edilmelidir.

2. İş Sağlığı ve Güvenliğinin Korunması ve İyileştirilmesinde Sosyal Diyalog Modeli Çalışanların Yönetime Katılımı

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetim hakkı emredici kanun hükümleri ile önemli ölçüde sınırlandırılırken, Avrupa Birliği uygulamasında giderek artan oranda kullanılan sosyal diyalog mekanizmalarının, iç hukukta ilk defa olarak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamlı bir şekilde kabul edilmesi sonucu, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, uygulanması ve denetimi konusunda çalışanların yönetime katılımları suretiyle de sınırlandırılmıştır.

Avrupa Birliği ikincil mevzuatında, iş güvenliği ve iş sağlığının sağlanması ve iyileştirilmesi konusundaki temel düzenleme 89/391 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Çerçeve Yönergesidir. Söz konusu Yönergede, mesleki risklerin önlenmesi, risk ve kaza faktörlerinin ortadan kaldırılması, işçilerin ve temsilcilerinin bilgilendirilmesi, katılımlarının sağlanması ve eğitimleri konularında genel ilkeler belirlenmiştir⁵²³.

⁵²³ Yılmaz, İş Sağlığı ve Güvenliği, 74

İşverenin bilgilendirme yükümlülüğü bölümünde bahsetmiş olduğumuz 2002/14 sayılı AB Yönergesi ise, çalışanların bilgilendirilmesine ve çalışanlara danışılmasına ilişkin genel bir düzenleme getirmekte olduğundan, iş sağlığı ve güvenliği konularında da işverenin bilgilendirme ve danışma yükümlülüğüne ilişkin hükümler yer almaktadır.

İşyerlerinde İSG konularında çalışanlara danışmanın ve çalışanları yönetime katmanın, daha sağlıklı ve güvenli bir iş ortamı yaratılması, daha isabetli kararlar alınması, kararların ve uygulanmasında işçi/işveren uyumunun sağlanması ve işçilerin taahhütlerinin güçlenmesi ve güçlü bir işbirliği ve güven sağlanması gibi bir dizi önemli yararının bulunduğu kabul edilmektedir⁵²⁴. Ancak böyle bir yararın sağlanması için, öncelikle İSG konusunda işyerinin iyi bir şekilde örgütlenmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, işyerlerinde çalışanların İSG konularında iyi bir örgütlenmesinin sağlanması ile, iş kazaları ve meslek hastalıkları ile mücadelede başarılı olunacağı gibi, bu iç örgütlenme aynı zamanda dış denetim eksikliğini de bir ölçüde giderecektir⁵²⁵. Bu örgütlenmenin kapsamına ise, AB ikincil mevzuatında öngörüldüğü ve bu doğrultudaki 6331 sayılı Kanun'da düzenlendiği gibi, çalışan temsilcisi seçme, işyeri sağlık birimi oluşturma, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı bulundurma ve İSG kurulu oluşturma girmektedir⁵²⁶. Bunlardan İSG kuralları, işçinin yönetime katılım bir başka deyişle sosyal diyalog modeli, olarak, işyerlerindeki kaza ve meslek hastalıklarının önlenmesinde önemli bir karar alma ve denetim yapılanması (örgütü) durumundadır⁵²⁷. Bu açıklamalardan sonra, İSG kurullarını, işyeri ve işletmede, iş kazaları ve meslek hastalıklarını önlemek ve çalışma ortamını iyileştirmek, bu amaçla risklerin tespiti, ve alınabilecek tedbirler konusunda yönetime katkıda bulunmak, işletmenin İSG faaliyetlerini denetlemek, örgüt içi demokrasiyi geliştirerek çalışma barışını sağlamak gibi amaçlarla, her seviyedeki çalışan temsilcileri ile işveren veya işveren vekilinin katılımı ile oluşturulmuş bir iç danışma, yürütme ve denetim organıdır şeklinde tanımlayabiliriz⁵²⁸.

⁵²⁴ Yılmaz, İş Sağlığı ve Güvenliği, 153

⁵²⁵ Yılmaz, İş Sağlığı ve Güvenliği, 153

⁵²⁶ Yılmaz, İş Sağlığı ve Güvenliği, 153

⁵²⁷ Yılmaz, İş Sağlığı ve Güvenliği, 153

⁵²⁸ Yılmaz, İş Sağlığı ve Güvenliği, 156

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.16, 17, 18 ve 22 hükümlerinde sırasıyla; “Çalışanların bilgilendirilmesi”, “Çalışanların eğitimi” ve “Çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması” ve “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu” (İSG Kurulu) düzenlenmiştir. Söz konusu yasal düzenlemelere göre, işveren; işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda çalışanları bilgilendirecek, geçici iş ilişkisi ile çalışan işçiler de dahil, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlayacak ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda çalışanların görüşlerinin alınması, teklif getirmeleri ve görüşmelere katılımlarını sağlayacak ve nihayet elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturacaktır.

İSGK’nun 22 ve 30.maddesi hükümlerine göre düzenlenen “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik” 18/1/2013 tarih ve 28532 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik’te, işverene, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturma ve kurulun iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kararlarını uygulama yükümlülüğü tekrarlanırken, kurulun oluşumu ile görev ve yetkileri de düzenlenmiştir. Kurulun, işveren veya işveren vekili, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işlerden sorumlu bir kişi, çalışan temsilcisi ve ayrıca işyerinde bulunması halinde, sivil savunma uzmanı, formen, ustabaşı veya ustadan oluşacağı anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda, kurula, düzenleme, denetleme, işverene görüş bildirme, teklifler sunma ve genel strateji belirleme, eğitim ve öğretim programlarının düzenlenmesi ve uygulanmasını izlemek, çalışmaktan kaçınma hakkı talepleri ile ilgili acilen toplanarak karar vermek görev ve yetkilerinin tanındığı görülmektedir. Kanunda İSG kurullarına bu kadar geniş görev ve yetkinin verilmesi ile iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında sosyal diyalog ve katılımcı yönetim modelinin kurulması amaçlanmıştır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 33.maddesi ile de, toplu iş sözleşmelerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili düzenlemeler içerebileceği belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmelerinde, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili

düzenlemelere yer verilmesi, bir yandan, sendikaların, işçilerin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri konusunda bilinçlendirilmesi, eğimi ve bilgilendirilmesi gibi konularda önemli bir görev üstlenmelerini sağlayacak ve bir yandan da sosyal diyalog modelinin gelişimine katkıda bulunacaktır. Ayrıca, toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler hiç şüphesiz işverenin yönetim hakkını da sınırlandıracaktır.

İSG kurulların iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin karar, uygulama ve denetim mekanizmalarında etkin bir şekilde çalışmasının sağlanması ve işveren ile birlikte İSG yönetiminde yer alması, bir yandan endüstriyel demokrasinin gelişimine hizmet ederken bir yandan da, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında ve iyileştirilmesinde önemli bir eksikliği gidereceği şüphesizdir.

II. İşçinin Onur ve Saygılığının Korunması

İşveren, işçinin kişilik hakları kapsamında değerlendirilen işçinin onur ve saygılığını korumak için üzerine düşen yükümlülüklerin önemli bir kısmını yönetim hakkını kullanmak suretiyle yerine getirir. Bir başka deyişle, işçinin onur ve saygılığın koruma borcunu yerine getiren işveren için yönetim hakkı en önemli bir araçtır denilebilir⁵²⁹. Bu bakımdan AB mevzuatı ve TBK sistematigi içinde, kişilik hakları ve iş sağlığı ve güvenliği kapsamında değerlendirilen işçinin onur ve saygılığının korunması için, işveren yönetim hakkı çerçevesinde, gerekli talimatları vermek, bu talimatlara uyulup uyulmadığını denetlemek durumundadır.

İşveren yönetim hakkı kullanırken aynı zamanda dürüstlük kuralına ve işçiye gözetme borcuna uymak zorundadır. Zira, yönetim hakkı ile işçinin kişilik hakları arasında çok ince bir çizgi vardır⁵³⁰, bu hakkın kullanımında dürüstlük kuralının ihlali ve keyfi kullanımı, işverenin psikolojik taciz sürecini oluşturan talimatlarının ve davranışlarının kaynağı olabilmekte ve işçinin onur ve saygılığının zedelenmesi ile birlikte, işçinin ruh ve beden sağlığının bozulmasına ve çalışma gücünün kaybına kadar giden bir mağduriyet sürecine neden olabilmektedir.

⁵²⁹ Tınaz/Bayram/Ergin, Psikolojik Taciz, 126

⁵³⁰ Tınaz/Bayram/Ergin, Psikolojik Taciz, 127

Bu sebeple, işçinin onur ve saygınlığının korunmasında, işveren yönetim hakkının hukuka uygun kullanımı, işyerinde psikolojik taciz ve cinsel tacizin önlenmesi bakımından son derece önemlidir.

1. Psikolojik Taciz

Psikolojik taciz (mobbing), “işyerinde bir işçiye yöneltilen, işveren veya diğer işçiler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan, kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca davranışlarla ortaya çıkan psikolojik bir terör biçimidir” şeklinde tanımlanmaktadır⁵³¹. Psikolojik taciz sonucunda, psikolojik taciz mağdurları bireylerin ruh ve beden sağlıklarında bozulmaların yaşandığı, iş kazası veya meslek hastalıklarına yakalanabildikleri ve mağdurlarının çalışma yaşamına devam edemeyecek duruma geldikleri ve büyük çoğunlukla da istifa ile sonuçlandığı gözlenmektedir⁵³². Bu sebeple, psikolojik taciz konusu aynı zamanda işçinin beden ve ruh sağlığını ilgilendirmektedir. Bu bağlamda, AY m.17 hükmünde de, kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakları temel hak ve özgürlükler bölümünde yer almıştır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 26.maddesinde de, **“Onurlu çalışma hakkı”** başlığı altında çalışanların işyerinde cinsel taciz ile birlikte **psikolojik tacizden** de korunması amaçlanmaktadır. Yine, **“İşyerinde Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin” 89/391** sayılı Yönerge, psikolojik tacizi de kapsayan bir çerçeve önermektedir⁵³³.

İç hukukta ise, ilk defa olarak TBK m.417/f.1’de, işverenin yükümlülükleri arasında, işçinin kişiliği korumak ve saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamak, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların da daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almak da sayılmıştır. TBK’da söz konusu hükmün devamındaki fıkrada da, işverenin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü düzenlenerek, işçilerin beden ve ruh sağlığını bir bütün

⁵³¹ Tınaz Pınar/Bayram Fuat/Ergin Hediye, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz, İstanbul, 2008, s.7-8

⁵³² Yıldız, Eşit Davranma, 125

⁵³³ Tınaz/Bayram/Ergin, Psikolojik Taciz, 163

içinde değerlendirilmiş ve AB mevzuatı ile de uyum ve paralellik sağlanmıştır. Bu bakımdan, TBK'dan daha sonraki bir düzenleme olan, 6331 sayılı İSGK'da işçinin ruhsal sağlığı ile psikolojik ve cinsel tacize karşı korunmasına ilişkin hükümlere yer vermemiş olmasını bir eksiklik olarak görmekteyiz.

Psikolojik tacizin yargı kararlarında yer alması ise, yasal düzenlemeden çok önce, ilk defa olarak, Ankara 8.İş Mahkemesi'nin 20/12/2006 tarih ve 2006/19 sayılı Kararını onayan Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 30.05.2008 tarihli Kararı ile olmuştur. Yargıtay söz konusu kararında, dürüstlük kuralı ve işçiyi gözetme borcunun ihlal edildiği gerekçesiyle, işçiye psikolojik baskı uygulanarak, ruhsal rahatsızlığına ve rapor almasına sebebiyet veren ve istifaya zorlayan işvereni manevi tazminata mahkum etmiştir.

TBK m.417/f.1 hükmü ile yapılan son düzenleme ve bu düzenlemeden önceki, işverenin dürüstlük kuralı ve işçiyi gözetme yükümlülüğü çerçevesinde, işyerinde işçilere doğrudan veya dolaylı olarak psikolojik taciz uygulanmasını önleme ve psikolojik tacize uğramış olanların da daha fazla zarar görmelerini engellemek için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü, aynı zamanda işveren yönetim hakkının da sınırlarını oluşturmaktadır.

Psikolojik taciz ayrıca, AB'nin 2000/43, 2000/78 ve 2002/73 sayılı Yönergelerinde, işverenin yönetim hakkını sınırlandıran ayrımcılık yasakları kapsamında kabul edilmiştir. Türk Hukukunda da, psikolojik taciz, İş kanunu m.5'de bu konuda bir düzenleme olmamasına rağmen, ayrımcılık yasakları kapsamında değerlendirilmekte ve işverenin ayrımcılık tazminatı ile sorumlu olacağı kabul edilmektedir⁵³⁴.

Bu bağlamda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 25.9.2013 tarihli kararı ile, sürekli eleştirilen ve aşağılanan ve işyerinden ayrılmasını sağlamak için davacıyı yıldırma amacıyla sürekli yeri değiştirilen avukata işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü ile ayrımcılık yasaklarını ihlal ettiği gerekçesiyle, maddi ve manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir⁵³⁵. Yargıtay 7.Hukuk Dairesi'nin 11.3.2014

⁵³⁴ Yıldız, Eşit İşlem, 129; ayrıca Bkz. Üçüncü Bölüm, § 1, II, s.89-97

⁵³⁵ Y.HGK, 25.9.2013, E.2012/9-1925, K.2013/1407, www.kazanci.com

tarihli kararının⁵³⁶ çok yerinde bulduğumuz karşı oy görüşünde ise, süresi içinde işe başlatılmasını talep eden davacı işçiyi işe başlaması için davet eden işverenin, **işçiye boş bir oda verilerek iş verilmemesi, bilgisayar şifresinin açılmaması, yemek kartının yüklenmemesi ve satış için müşterilerin devredilmemesi** şeklinde cereyan eden talimatları ve davranışları, iş güvencesinden kaynaklanan maddi yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla kesinleşen mahkeme kararını dolanmak kasdı ve **işçinin kişilik hakkına saldırı** olarak değerlendirilmiş ve uygulanan psikolojik taciz sonucu işçinin kişilik haklarına saldırıda bulunduğu ifade edilmiştir. Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin 27.12.2013 tarihli benzer bir kararında da; davacı banka çalışanının uyumsuz, sevilmeyen ve kavgacı biri olmakla suçlanması, elektronik posta yazışmalarında “densiz” denilmek suretiyle hakarete maruz bırakılması, davacı işçiyle aynı pozisyonda olan diğer çalışanlara anahtar ve şifre verildiği halde davacıya verilmemesi ve bu olumsuzluklar sebebiyle anksiyete bozukluğu tanısıyla davacının sağlık raporu alması, kişilik haklarına yönelik saldırı (mobbing) olarak kabul edilmiştir⁵³⁷.

Avrupa Birliği Adalet Divanı ise, özürlü çocuk doğuran bir hukuk bürosu çalışanının doğum izninden döndükten sonra, özürlü çocuğuna daha fazla zaman ayırmak için esnek çalışma saatlerinden yararlanma talebini reddeden ve özürlü çocuğu sebebiyle uygunsuz yorumlara ve hakaretlere uğrayan işçinin, özürllülere pozitif ayrımcılık yapılmasını⁵³⁸ öngören iş ve istihdamda eşit davranmaya ilişkin 2000/78 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'ne dayanarak psikolojik tacize uğradığına karar vermiştir⁵³⁹.

Psikolojik taciz ayrıca, birçok ülkede suç olarak da kabul edilmekte olup, Fransız Ceza Kanunu m.222-32.2 hükmünde de psikolojik taciz için özel bir suç tipi öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, “*çalışma koşullarının kötüleşmesini amaçlayan ya da bu sonucu doğuran, bir başkasının haklarını veya onurunu zedelemeye, fiziksel veya psikolojik sağlığını bozmaya veya mesleki geleceğini tehlikeye koymaya elverişli birden çok davranışla bir başkasının taciz edilmesi*”

⁵³⁶ Y.7HD, 11.3.2014, E.2014/1969, K.2014/5639, www.kazanci.com

⁵³⁷ Y.22HD, 27.12.2013, E.2013/693, K.2013/30811, www.kazanci.com

⁵³⁸ “Pozitif ayrımcılık düzenlemesi, eşitlik ilkesinin etkili ve gerçeğe en uygun bir şekilde uygulanmasını sağlar”, *libertés du salaríé*, Waquet/Struillou/Rivolier, 161

⁵³⁹ Arrêt de la Cour dans l'affaire C-303/6, 17 juillet 2008, Coleman/Attridge Law et Steve Law, www.cvria.com

halinde belli bir süre hapis veya para cezası düzenlenmiştir⁵⁴⁰. Türk Ceza Kanunu sistematigi içinde ise, çok özel bir düzenleme yapılmamışsa da, TCK m.96 hükmünün işyerinde işlenen “psikolojik taciz” suçlarına da uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁴¹.

2.Cinsel Taciz

Cinsel taciz, “insan onurunu ihlal etme amacına yönelik veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam davranış” olarak tanımlanmaktadır⁵⁴². Günümüzde, benzer unsurlar içeren e-posta ve cep telefonu mesajları da cinsel taciz kavramı içinde değerlendirilmektedir⁵⁴³.

Cinsel taciz, 2002/73 sayılı AB Yönergesi ile **cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık** olarak kabul edilmiş ve Yönerge’nin 2.maddesinin 2.fıkrasında, cinsel tacizin üç temel unsuru sırasıyla, *istenilmeyen, insan onuruna aykırı, suiistimal edilen çalışma ortamı(düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan)* olarak belirtilmiştir⁵⁴⁴.

Türk Hukukunda da, cinsel taciz, işçinin kişiliğinin korunması madde başlığı altında psikolojik taciz ile birlikte düzenlenmiş ve işverene, işçilerin psikolojik taciz ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu sebeple, işveren yönetim hakkı kapsamında, işyerindeki çalışanların cinsel tacizden korunması konusunda gerekli düzenlemeleri yapmak ve gerekli talimatları vermek yükümlülüğündedir.

Fransız Hukuku’nda da, cinsel taciz, ayrımcılık ve psikolojik taciz ile birlikte insan onur ve saygınlığına karşı bir müdahale olarak değerlendirilmektedir⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ Erdem Mustafa Ruhan/Parlak Benay, Ceza Boyutuyla Mobbing, TBB Dergisi, sayı 88, Ankara 2010, s.271

⁵⁴¹ Erdem/Parlak, Mobbing, 275

⁵⁴² Özdemir Erdem, İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma ve Toplum, İstanbul 2006, 2006/4, s.90

⁵⁴³ Yıldız, Eşit İşlem, 100

⁵⁴⁴ Özdemir, Cinsel Taciz, 84-85

⁵⁴⁵ Yıldız, Eşit İşlem, 103

Fransız İş Kanunu'nda da, cinsel taciz yasaklanmış ve cinsel tacize maruz kalan işçiler yanında, cinsel taciz olayına tanık olan işçiler de koruma kapsamına alınmıştır. Ayrıca, işverene, cinsel tacizi önlemek için gerekli her türlü önlemi alma yükümlülüğü yanında (L.1153-5), cinsel taciz faili işçiye de, disiplin cezası uygulanması gerektiği hükmüne bağlanmıştır (L.1153-6). Bunun yanında, iş sağlığı ve kuruluşa cinsel taciz ve psikolojik tacizin önlenmesi için gerekli tavsiyelerde bulunma hakkı da tanınmıştır (L.4612-3)⁵⁴⁶.

4857 sayılı İş Kanunu m.24/II.(d) hükmünde, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından (üçüncü kişiler tanımına; müşteriler, işyerinin iş bağlantısında bulunduğu diğer işyerlerinde çalışanlar veya sosyal temasta bulunduğu kişilerin gireceği şüphesizdir) cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirdiği takdirde, işverenin derhal gerekli önlemleri almak zorunda olduğu ve bunun ihlali halinde ise, işçinin haklı sebeple iş akdini feshetme hakkının bulunduğu düzenlenmiştir. Benzeri bir hükmü ise, İş Kanunu m.25/f.II (c) 'de düzenlenmiş ve işçinin işverenin bir başka işçisine cinsel tacizde bulunması, işverenin haklı fesih sebebi sayılmıştır.

Türk Ceza Kanununda ise, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında TCK m. 102’de “Cinsel saldırı” ve TCK m.105’de “Cinsel taciz” suçu düzenlenmiştir. Her iki suç türünde de yani cinsel saldırı veya cinsel tacizin hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kullanılarak işlenmesi hali, nitelikli suç olarak kabul edilmiştir.

Yargıtay uygulamasında da, işyerinde yapılan cinsel tacizler, işçinin kişilik haklarına aykırılık olarak değerlendirilmiş ve cinsel tacizin kanun metnindeki uygulama alanı genişletilerek, işyeri dışında ve mesai saatleri dışında işlenmesi halinde de, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde gerekli önlemleri alma ve işçiyi koruma yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir⁵⁴⁷. Yargıtay bir başka kararında⁵⁴⁸ ise, “*cinsel suçların, işleniş şekli dikkate alındığında, mağduru tek başına kollama ve görgü tanığına olanak bırakmama gerektiren bir özelliği*” gerekçe göstererek, ceza mahkemesinde verilen beraat kararına rağmen, işverenin bir başka işçisine

⁵⁴⁶ Yıldız, Eşit İşlem, 103

⁵⁴⁷ Y.9HD, E.2008/37500, 4.44.2010, K.2010/31544, www.calismatoplum/yargitay

⁵⁴⁸ Y.9HD, E.2009/115, 12.10.2009, K.2009/26672, www.calismatoplum/yargitay

cinsel tacizde bulunması sebebiyle işveren tarafından yapılan feshin haklı sebebe dayandığına karar vermiştir.

§ 2. İşverenin İşyeri Düzenine İlişkin Düzenleyici İşlemlerde Bulunma ve Talimat Verme Yetkisi

İşverenin işyeri düzenine ilişkin talimat verme yetkisi, işçinin iş görme borcuna ilişkin olmayan ancak iş görme borcunun gerektiği ve istendiği şekilde ifası, iş sağlığının ve güvenliğinin sağlanması, işbirliğinin önemli ölçüde gerçekleştiği uyumlu ve dengeli bir çalışmanın yapılabilmesi ve işyeri disiplininin sağlanması için de bir o kadar önemli ve gereklidir. Ancak, işçinin işyeri dışında olduğu kadar işyeri ve çalışma süresi içinde de bir özel yaşam alanının bulunması ve özel yaşam alanının gizliliğinden kaynaklanan temel hak ve özgürlüklerinin varlığı, işverenin girişim özgürlüğünden kaynaklanan işyeri düzenine ilişkin talimat verme hakkının sınırlandırılması, bazı durumlarda işverenin girişim özgürlüğü karşısında işçinin temel hak ve özgürlüklerine üstünlük tanınmasını ve bazen de yapılan işin özü ile gerekçelendirilmek ve ulaştırılması istenen amaç ile orantılı olmak yani ölçülülük ilkesi kriterlerine uygun olmak koşuluyla işverenin yönetim hakkına öncelik verilerek işçinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. İşverenin girişim özgürlüğünün, hukuksal temelini eşit davranma yükümlülüğü ve kişilik haklarının korunması ilkelerinden alan, ayrımcılık yasakları çerçevesinde sınırlandırılmasına örnek bir yargı kararı olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2008 tarihli kararını⁵⁴⁹ zikredebiliriz. Adalet Divanı, söz konusu kararında, garaj kapılarının montajı faaliyetinde bulunan şirketin, yabancı ülkelere gelen “*allochones*” işçi adaylarının işe başvuru taleplerinin, etnik kökenlerinden dolayı, müşterilerinin işyerlerine ve evlerine yaklaşımları konusunda çekingenlik gösterdiği gerekçesiyle reddetmesini, ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık kapsamında değerlendirmiş ve 2000/43 sayılı Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Eşit Davranma İlkesinin Sağlanması Hakkında Avrupa Birliği Yönergesi⁵⁵⁰, ni ihlal eden işvereni ayrımcılık tazminatı ödemeye mahkum etmiştir.

⁵⁴⁹ Arrêt de la Cour dans l'affaire C-54/07, www.curia.europa.eu/jurisp

⁵⁵⁰ Avrupa Birliği'nin “Kişiler arasında etnik köken ve ırka dayalı olarak ayrımcılık yapılamayacağına ve Eşit Davranma İlkesine ilişkin 29.06.2000 tarihli Yönergesi

Bir tarafta, işçinin temel hak ve özgürlükleri ve diğer tarafta işverenin geniş anlamda yönetim hakkının hukuksal dayanaklarından birini oluşturan, girişim özgürlüğü; birbirinden çok farklı ve uzlaşması oldukça zor olan bu iki özgürlüğün yarışması, karşı karşıya gelmesi, bunlardan birine diğeri karşısında üstünlük tanımak veya değer vermek, oldukça hassas bir hukuksal problemi de beraberinde getirmektedir⁵⁵¹. İş ilişkisinde işçinin temel hak ve özgürlükleri ile işletme menfaatleri arasında makul, sosyal tarafları memnun edecek bir dengenin kurulması ve iş barışının ve güvenliğinin sağlanmasında uluslar arası ve ulusal düzeydeki hukuk normlarının yanında, yargıcın rolü ve bir o kadar da işçilerin yönetime katılımı etkili olmaktadır. Bu bağlamda, kişilik haklarının kökenini oluşturan Anayasa'daki temel hak ve özgürlükler listesi, yargıç için önemli bir referans kaynağıdır⁵⁵². Anayasa'da, "Özel hayatın gizliliği ve korunması", "Haberleşme hürriyeti", "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti", "Din ve vicdan hürriyeti" ve "Yerleşme hürriyeti" başlıkları altında düzenlenen temel hak ve özgürlükler, işverenin işyeri düzenini korumak ve sağlamak için vereceği talimatların da sınırlarının belirlenmesinde önemli bir kıstastır.

I. İşçinin Özel Yaşam Alanının Korunması

İşyerinde işçinin geçirdiği zaman, münhasıran iş ve hizmet üretimine hasredilmiş bir zaman olmayıp, işçinin bağımlılık ilişkisi gereği, işte geçirdiği zaman ile özel yaşam alanı iç içe geçmiş vaziyettedir. Bu sebeple, işçinin özel yaşam alanı ve özel yaşam hakkının gizliliği kapsamında değerlendirilen, işyerindeki sosyal hayatı, arkadaş hayatı, bazen bir aşk hayatı ya da aile hayatı, iş süresi içinde işverenin talimatlarından önemli ölçüde payını alabilmektedir. Hemen söylemek gerekir ki, işverenin bu yetkisi ne sınırsız bir yetkidir ve ne de totaliter bir yetkidir. İşte işçinin kişilik haklarından olan özel yaşam hakkı, burada devreye girmekte ve işverenin işçinin işyerindeki özel yaşam alanına ilişkin yönetim hakkının en önemli sınırlarından birini oluşturmaktadır. Bu bağlamda, işverenin işyerinde hizmetle ilgili

⁵⁵¹ Delaporte-Pizzio Corinne, Libertés fondamentales et droits du salarié le rôle du juge, Droit social, 2001, s.404

⁵⁵² Bayram Fuat, Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.15

olmayan her türlü sohbeti yasaklanması⁵⁵³ ya da bir markette çalışan kasa görevlisine aile bireylerinden birini kendi kasasına kabul etmesini yasaklaması⁵⁵⁴, işçinin temel haklarına getirilen ölçsüz sınırlamalar olarak değerlendirilmiştir.

Diğer taraftan, işverenin yönetim hakkı, sadece işçilere talimat verme yetkisini değil aynı zamanda bu talimatların işçiler tarafından yerine getirilip getirilmediği hususunda işverene kontrol yetkisi de vermektedir.

İşverenin yönetim hakkının tamamlayıcı unsuru olan denetim yetkisini, teknoloji ve bilimin getirdiği olanaklarla elektronik araçlar, videolar, kameralar, bilgisayarlara yerleştirilen casus programlar vb. aracılığıyla kullanması, işçilerin özel yaşam alanına müdahale, saygınlıklarını zedelenmesi, güven kaybına ve değersiz oldukları hissine kapılmaları sebepleriyle hukuka uygunluk, yöntem ve şekil bakımından sınırlara tabi tutulmaktadır.

İşverenin işçileri denetleme ve kontrol yetkisi bir hak olduğu kadar işyerinde sağlık ve güvenliğin sağlanmasından sorumlu olan işveren için aynı zamanda bir görevdir. İşveren yalnızca iş sağlığı ve güvenliği kurallarına işyerinde uygulamaya konulmasından sorumlu olmayıp, aynı zamanda bu kurallara işçiler tarafından hiç uyulmaması veya eksik veya yanlış uygulamaların önlenmesine yönelik denetiminden de sorumludur. Bu sebeple, işverene, işçileri denetleme yetkisinin verilmesi, işverenin yapacağı denetiminin etkinliğini sağlamak için de aynı zamanda bir gerekliliktir⁵⁵⁵. İşverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallara ve önlemlere uyulup uyulmadığını denetleme yetkisinin kullanılmasında, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırlarının belirlenmesinde ölçülülük ilkesi önem kazanmaktadır. Bu sebeple, işverenin yönetim hakkının bir parçası ve tamamlayıcısı olan denetleme yetkisi meşru ve haklı bir amaç için bir başka deyişle, işçinin yaşam ve sağlık hakkı ile bedensel bütünlüğünün sağlanması adına yapıldığı sürece, tartışmasız kabul edilen bir yetkidir. Ayrıca, işçinin yaşam ve sağlık hakkının özel yaşam alanının gizliliğinin önünde geldiği şüphesizdir.

⁵⁵³ Fransız Danıştay'ı, işçiler arasında tüm konuşmaları yasaklayan iç yönetmelik hükmünü, aşırı bir yasaklama olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. CE 25 janv.1989, n: 64.296; Waquet/Struillou/Rivolier, 178; Pélissier/Auzero/Dockès, 659;

⁵⁵⁴ CE, 9 Déc.1994, Pélissier/Auzero/Dock/Auzero/Dockès, 659
Waquet/Struillou/Rivolier, 165

İşverenin, işçileri kontrol ve denetleme yetkisini, iş sağlığı ve güvenliği dışındaki işletme menfaatlerinin korunması, işçilerin performanslarının değerlendirilmesi amacıyla üretim ve hizmet faaliyetlerinin herhangi bir aşamasında veya işçilerin kullanımına tahsis edilen haberleşme ve iletişim araçlarının izlenmesi suretiyle kullanıldığı durumlarda işçilerin özel yaşam alanının korunması ile birlikte yerine göre, haberleşme özgürlüğü de devreye girmekte ve bu yetkiyi sınırlandırmaktadır. Ancak hemen söylemek gerekir ki, işverenin işçinin iş görme borcunu eksiksiz ve kusursuz olarak yerine getirip getirmediğinin tespitini, hiyerarşik üstleri marifetiyle denetlemesi ve kontrolü öğreti ve yargı içtihatlarında her halükarda kabul edilmekte olup, bu konuda bir hukuka aykırılıktan söz edilmemektedir.

Diğer taraftan, işçinin görünümü ve giyimi; işçinin kişiliği, dünya görüşü, dini inançları, aldığı eğitim ve kültür ve cinsel tercihleri ile de bir o kadar da ilgili olduğundan, işverenin, işçinin dış görünümü ve giyimine ilişkin talimatlarının sınırlarının belirlenmesi de işçinin temel hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmektedir.

a. İzleme ve Gözetleme

İşverenin yönetim yetkisi, yukarıda da değindiğimiz gibi, polisiye amaçlarla olmayan, ama işçilerin ve aynı zamanda müşterilerin menfaati için bir gereklilik olan gözetim ve denetleme görevini de içermektedir⁵⁵⁶. Fransız Yargıtay'ı da, işverenin çalışma süresi içinde işçinin faaliyetlerini denetleme ve kontrol hakkı bulunduğu karar vermiştir⁵⁵⁷. İşverenin işyerinde güvenliği sağlama yükümlülüğü, işverene çalışanların kurallara ve talimatlara saygılı olup olmadıklarını denetleme görevini yükler. Aynı zamanda, işveren, müşterilerin menfaatleri için de, verilen hizmetin veya ürünün kalitesini ve üretilen ve ambalajlanan malların standartlara uygunluğunu denetlemek zorundadır⁵⁵⁸. Diğer taraftan, işyerinde iş kazalarının oluşumunu önleme ve iş güvenliğini sağlama yükümlülüğü işvereni, acil durumlarda hızlı bir müdahaleyi sağlamak için işyerinde gözetim ve denetim uygulamalarına karar vermeye yöneltmektedir. Ayrıca, bazı işlerin ifası özgün ve ağır risklerin oluşumuna

⁵⁵⁶ Waquet/Struillou/Rivoliier, 36

⁵⁵⁷ Cass.soc.14 mars 2000, n:98-42.090; Cass.soc.,4 juill.2012, n:11-30.266, Waquet/Struillou/Rivoliier,

36

⁵⁵⁸ Waquet Struillou/Rivoliier,36

neden olabileceğinden, işverene kamu düzenine ilişkin mevzuat çerçevesinde özel güvenlik önlemleri alma ve alınan önlemlerin uygulanmasını denetleme ve gözetleme görevi verilmektedir⁵⁵⁹. Bu tür işyerlerine örnek olarak, nükleer santraller veya büyük patlama riski taşıyan ve tehlikeli maddelerin yayılmasına yol açabilen işyerleri sayılabilmektedir ki; işveren bu tür işyerlerindeki faaliyetleri sebebiyle yalnız çalışanlarının değil, etrafta zarar görebilecek tüm insanların tehlikelerden korunmasını önlemek ve bu sebeple de teknolojinin ve bilimin gerektirdiği tüm gözetim ve denetim mekanizmalarını kurmak zorundadır⁵⁶⁰.

Hal böyle olunca, işverenin öncelikli olarak çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve devamında üçüncü kişi konumundaki müşterilerin başta yaşam ve sağlık hakları olmak üzere her türlü menfaatlerinin korunması için, hijyen koşullarına uygun, kaliteli mal ve hizmet üretiminin yapılması, bazı durumlarda işyerinde sıklıkla meydana gelen hırsızlıkların, mal kaçırmaların veya rakip işletmelere bilgi sızdırılmasının önlenmesi ve nihayet üretim aşamalarının denetimi için, gelişen teknolojinin sunduğu olanaklardan yararlanması, işveren tarafından yapılacak elektronik gözetlemede hukuka uygunluk sebeplerinin ve sınırlarının saptanmasını gerektirmektedir.

İşverenin elektronik gözetleme yöntemlerinin sınırları ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler, işçinin kişilik hakları ve özellikle işçinin özel yaşam alanının gizliliğinin korunması hakkını düzenleyen normlar ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde belirlenecektir. Bu bağlamda, işçinin elektronik olarak gözetlenmesi işçinin kişilik haklarından olan özel yaşam alanına müdahale niteliğinde olacağından, işverenin elektronik gözetleme yöntemlerini kullanmasında hukuka aykırılığı kaldıran nedenleri belirlemek için, temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa ve ilgili kanun hükümlerini değerlendirmek gerekecektir.

⁵⁵⁹ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4/f.1 (b) bendi ile işverene, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığının denetlenmesi ve uygunsuzlukların giderilmesi hususunda genel bir sorumluluk yüklenmiş ve İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği m.5 ve 13 hükümleri ile işveren yükümlülükleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik m.7/f.3 (g) bendi ve Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik m.7’de de, işverene alınan önlemlerin etkinliğini ve sürekliliğini sağlamak üzere kontrol, denetim ve gözetim yetkisi verilmiştir.

⁵⁶⁰ Waquet/Struillou/Rivoliier, 36-37

Özel hayatın gizliliği ve korunması AY m.20’de düzenlenmiş olup, söz konusu hükme göre, “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” maddenin ikinci fıkrasında ise, hükmün istisnaları arasında, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı veya aynı sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunen yetkili kılınmış mercinin yazılı emrinin bulunması sayılmıştır. Anayasa m.11 hükmünde ise, anayasa hükümlerinin, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi gereği, özel hukuk alanına da uygulanacağı öngörülmüştür. Anayasa’nın 20.maddesi “özel hayatın gizliliği ve korunması” şeklindeki madde başlığı altında ve ilk fıkrasında da, özel hayata saygı gösterilmesi hakkı şeklinde düzenlenmesine rağmen, maddenin son fıkrasında, “kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz” ifadelerine yer verilmek suretiyle, özel hayatın gizliliği ve korunmasına saygı gösterilmesi hakkı için öngörülen anayasal sınırlama sebeplerinin son fıkrada sayılan hallere münhasır olduğu şeklinde bir yoruma da açıktır. Bu sebeple Anayasa’da, kamu otoritesinin keyfi uygulamalarına karşı özel hayatın gizliliğinin korunması amaçlandığından, maddenin istisnalarını düzenleyen ikinci fıkrasının işverenin işyerindeki elektronik gözetleme uygulamalarının sınırının tespitinde bir ölçüt olamayacağı açıktır. Hal böyle olunca, AY m.20 hükmünde öngörülen soyut nitelikteki anayasal sınırlama sebepleri ile anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine de uygulanacağına ilişkin m.11 hükmünden hareketle, işverenin işyerinde yapacağı elektronik gözetlemenin hukuka uygunluk sebeplerini ve sınırlarını saptamak mümkün değildir. Söz konusu anayasal norm bize sadece işçinin özel yaşam alanının işçinin kişilik haklarından olduğu ve bu sebeple de işverenin yönetim hakkını ve yönetim hakkının bir parçası olarak denetim ve elektronik gözetleme yöntemlerinin sınırlarını belirlenmesinde, işçinin kişilik haklarının korunmasının kurucu unsur olduğu sonucuna götürmektedir⁵⁶¹.

⁵⁶¹ “2001 tarihli değişiklikle (AY m.20) “Özel Hayatın Korunması”) milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, bu alanları düzenleyen başlıca yasalar ise, **Medeni Kanun**, Borçlar Kanunu, TCK ve CUMK’dır.” Tanör/Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukuku, 169

İş Kanununda işverenin işyerinde elektronik gözetleme yöntemlerinin sınırları ve hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmediğinden bir başka deyişle iş hukuku normları teknolojik gelişmelere uyarlanmadığından⁵⁶² MK m.5 hükmü gereği, Medeni Kanunun 23 ve 24 maddeleri hükümleri çerçevesinde, işverenin işyerinde yapacağı elektronik gözetlemede hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler tespit edilecektir. Bunlardan sırasıyla, MK m.23'deki kişiliğin korunması başlığı altındaki, *“Kimse, hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez veya onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz”* düzenlenmiştir. Kişinin özgürlüğünün kullanımını kendi rızasıyla sınırlamasına en tipik örnek ise, özgür iradesiyle iş sözleşmesine taraf olan işçidir⁵⁶³. Günün belli bir bölümünde ve yasal iş sürelerine uygun olarak işyerinde bulunmak zorunluluğu, işçinin kendi iradesiyle özgürlüğünün kullanımına getirdiği bir sınırlama olmakla birlikte hukuka ve ahlaka aykırılık oluşturmaz ve dolayısıyla geçerlidir⁵⁶⁴. Medeni Kanunun 23.maddesini, kişilik haklarına yapılan müdahalenin hukuka uygunluk sebeplerini düzenleyen devamındaki MK m.24 hükmü ile birlikte değerlendirdiğimizde; işyerinde yapılan elektronik gözetlemelerde; **işçinin rızası, üstün nitelikli özel veya kamusal yarar** ya da **kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması** hallerini hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler, bir başka deyişle işçinin özel yaşam alanına müdahaleyi hukuka uygun ve geçerli hale getiren sebepler olarak kabul etmek gerekecektir.

İşverenin işyerinde elektronik gözetim uygulamalarına Medeni Kanun'da öngörülen hukuki uygunluk kriterleri açısından bakıldığında; işverene işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve korunması ve ihlallerin önlenmesi için denetim ve gözetim zorunluluğu başta Anayasa olmak üzere, kamu düzenine ilişkin emredici kanun hükümleri verildiğinden; Türk Hukuku'nda işverenin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve korunmasına yönelik olarak işyerinde, teknolojik araçlar kullanmak suretiyle yapmış olduğu gözetim hukuka uygun kabul edilecek ve bu konuda işçinin veya çalışanların rızasının alınmasına gerek kalmayacaktır. Bir başka deyişle Türk Hukuku'nda, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığı ve bu konuda ihlallerin, eksikliklerin ve kusurların saptanması için teknolojik ve elektronik araçlarla yapmış olduğu denetim, kontrol ve gözetim

⁵⁶² Bkz. s.180

⁵⁶³ Sevimli Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, s.95; Okur Zeki, İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2011, s.62-63

⁵⁶⁴ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 63

yetkisini işveren, işçinin rızasına gerek kalmaksızın kullanabilecektir⁵⁶⁵. Görüşümüze göre, işverenin bu yetkisinin kaynağı, kanunun verdiği yetkinin kullanılması olduğu kadar, aynı zamanda, MK m.24'deki özel veya kamusal üstün yarar ölçütüne de dayanmaktadır. Zira çalışanların yaşam ve sağlık hakkı ile bedensel bütünlüklerinin korunması hakkı özel yaşam alanının gizliliği ve korunması hakkının önündedir.

Öğretide baskın olarak kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüş; işverenin elektronik gözetleme yetkisini, işçinin rızası olmaksızın yalnızca işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve dolayısıyla çalışanların korunmasına yönelik olarak kullanılabileceği ancak bunun dışında, işletme menfaatlerinin korunmasına yönelik hiçbir amacın üstün yarar, yani işçinin özel yaşam alanının üstünde bir yarar kapsamına girmeyeceği yönündedir⁵⁶⁶.

Bu bağlamda, elektronik gözetlemenin, işyerinde sıklıkla meydana gelen hırsızlıkların önlenmesi, mal ve hizmet üretiminde hijyen ve kalite kontrolü gibi müşteri hakları ve işyeri ve işletmenin meşru amaçları ve gerekleri sebebiyle kullanılması ölçülülük ilkesine uygun olduğundan, hukuka uygunluk koşulları yerine getirildiği yani işçinin onayının alındığı takdirde, işçinin özel yaşam alanının ihlali olarak kabul edilmemelidir.

Elektronik gözetlemede, işçinin kişilik hakları ile işverenin girişim özgürlüğünün ve işletmenin haklı menfaatlerinin korunması arasındaki hassas çizgiyi çizmesi ve hukuka uygunluk kriterlerini saptaması bakımından Fransız Yargıtay'ının **“tuzak mektuplar”** kararını zikretmek isteriz. Şöyle ki; ülke genelinde posta hizmetlerini üstlenen bir şirketin, bazı mektupların alıcılarına ulaşmadan önce açıldığından şüphelenmesi üzerine, tuzak mektuplar düzenleyerek parmak izlerinden bu mektupların bir işçi tarafından açıldığının tespit edilmesi sonucu, iş akdi feshedilen işçinin açtığı davada, Fransız Yargıtay'ı işçinin bilgisi olmadan yapılan tuzak mektuplar uygulaması sonucu elde edilen delilin hukuka aykırı olduğuna ve bu sebeple işçi aleyhine kullanılamayacağına karar vermiştir⁵⁶⁷. Bu karardan çıkarılması gereken sonuç; işverenin işletme menfaatlerini koruma amacına hizmet

⁵⁶⁵ Taşkent, Yönetim Hakkı, 107-112; Sevimli Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, s.95; Okur Zeki, İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2011, s.133

⁵⁶⁶ Taşkent, Yönetim Hakkı, 108; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 104; Okur, Elektronik Gözetleme, 129-133

⁵⁶⁷ Cass.soc.,4 juill.2012 no:11-30.266, Waquet/Struillou/Rivolier, 264

eden denetim yetkisi, işverenin bu amaca erişmesi için gerekli araçlardan sadece bir tanesidir. Bu durumda, işverenin menfaatlerinin korunmasına hizmet eden ancak işçilerin özel yaşam hakkı ile özgürlüklerini sınırlayan yöntemler (elektronik gözetleme) ancak işveren tarafından açık ve dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanıldığı takdirde kabul edilebilir. İşçilerin denetim mekanizmasından haberdar edilmesi, onların kusurlu davranışlarını sona erdirmelerine olanak sağlar ki, bu da işletmenin menfaatinin korunmasını sağlar⁵⁶⁸.

Diğer taraftan, işletmenin ekonomik menfaatleri olarak tanımlayabileceğimiz üretim aşamaları, üretilen hizmet ve mallarda verimliliğin kontrolü, işletmesel mal varlığının korunmasına yönelik olarak elektronik gözetleme yetkisi işverene ancak işçinin rızası ile tanınmalıdır. Bunların dışında, işçilerin iş sözleşmesinden doğan ihlallerinin tespiti, işçinin iş görme borcunun kontrolü, işçinin talimatlara uyup uymadığının takip edilmesi gibi hususlarda işverenin elektronik gözetleme yapabilmesi işçinin açık onayına bağlı olmalı ve görüşümüze göre, işverenin tüm bu sayılan denetimi işyeri organizasyonunda bulunan hiyerarşik üstler, orta düzey yöneticiler veya işveren vekilleri aracılığıyla yapabilmesi iş kapasitesi, zaman ve mekan bakımından uygunsa elektronik gözetleme tercih edilmemelidir.

İşveren işçinin onayı ile bile olsa, işçinin işyerindeki özel yaşamına ilişkin davranışlarını teknolojik araçlarla gözetlemeyecek ve böyle bir uygulama, işçinin kişilik haklarına açık bir saldırı olduğundan yargıç müdahalesine konu olabilecektir. İşverenin işçinin kişilik haklarına yaptığı müdahalenin sınırlarının belirlenmesi hususunda genel bir hüküm olan, TBK m.27’ “Kişilik haklarına aykırı olarak yapılan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.” ifadesinden böyle bir sonuca ulaşmak kolaylıkla mümkündür. İşçinin davranışlarına ilişkin elektronik gözetleme, ancak işverenin, üçüncü kişilerin veya işyerinde çalışan diğer işçilerin tehlikede olabileceği durumlara ilişkin güvenlik önlemleri kapsamında hukuka uygunluk kazanacaktır⁵⁶⁹.

Fransız İş Kanunu ise, işverenin denetim ve gözetleme yetkisini yeni teknolojik araçlarla kullanmasının içerik ve şekil şartları ile sınırlarını ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve işverenin yeni teknolojiler kullanarak işçiyi denetleyebilmesi ve gözetleyebilmesi konusunda, gereklilik, şeffaflık, ölçülülük ve kolektif katılım

⁵⁶⁸ Waquet/Struillou/Rivoliér, 264

⁵⁶⁹ Okur, Elektronik Gözetleme, 127

koşullarının yerine getirilmesi gerektiği kabul edilmiştir⁵⁷⁰. Fransız İş Kanunu’nun bu konudaki hükümlerini kısaca değerlendirecek olursak; işveren bu yetkisini kullanırken öncelikle L.2142-6’da öngörülen içerik şartlarına uygun olarak kullanmak yani işçilerin gözetlenmesini işyerinde güvenliğin temin edilmesi ya da ticari veya teknik sırların korunması gibi meşru bir menfaatle gerekçelendirmek zorundadır⁵⁷¹. Ayrıca, işveren, işyerinde ve çalışma şartlarında sonuçları olabilecek tüm yeni teknolojileri uygulamaya koymadan önce işletme komitesini bilgilendirmek ve bu komiteye danışmak yükümlülüğündedir. (L.2323-13) İşveren yeni teknolojilerin işyerinde işletme komitesinin de katılımıyla uygulama konmasına karar verildikten sonra da, Fransız İş Kanunu L.2323.13 ve L.2323.32 maddelerine göre, işçiyi ve işletme komitesini, gözetleme yöntemi ve gözetlemede kullanılacak araçlar konusunda bilgilendirme zorundadır⁵⁷². Ayrıca, tüm bu şartların yanında, işveren bu yetkisini, çalışanların hak ve özgürlükleri ile işverenin yönetim hakkının sınırları konusundaki genel nitelikte bir ölçü norm olan Fransız İş Kanunu L.1121-1 hükmüne uygun olarak kullanmak⁵⁷³ yani, elektronik gözetleme yetkisini, ancak yapılan işin doğası ile gerekçelendirmek ve varılmak istenen amaç ile orantılı olmak şartıyla kullanabilmektedir. Fransız Yargıtay’ı da, elektronik gözetleme yetkisini, yapılan işin doğasına uygun ve istenen amaç ile de orantılı olarak kullanmayarak işçilerin özel yaşamının gizliliğine zarar veren işverenin işçinin kişilik haklarına yaptığı bu saldırının derhal durdurulması için işyerinde gerekli önlemlerin alınmasına dair verilen yargıç müdahalesinin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir⁵⁷⁴.

İşverenin elektronik gözetleme yetkisi ve sınırlarına ilişkin Fransız İş Hukuku’na ilişkin bu açıklamalardan sonra, tekrar Türk İş Hukuku’na dönecek olursak; gelişen teknolojiler karşısında iş hukuku normlarının revize edilmemesi ve ölçü norm ve sınırlayıcı hükümler olarak, İş Kanunu’nda normatif düzenlemesi olmayan ve yalnızca AY m.13’de düzenlenen ve evrensel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilen “ölçülülük ilkesi” ile MK m.23 ve 24 gibi genel hükümlere başvurulmak zorunda kalınması büyük bir eksikliklerdir. Bu konuda, işçinin kişisel

⁵⁷⁰ Özdemir Erdem, İnternet ve İş Sözleşmesi:Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine, s.15; Waquet,/Struillou/Rivoliier, 36-39

⁵⁷¹ Lahalle, 116

⁵⁷² Lahalle, 117; Waquet,/Struillou/Rivoliier, 39

⁵⁷³ Lahalle, 118

⁵⁷⁴ Cass.soc., 28 mars 2006, n:04-41.016, Waquet/Struillou/Rivoliier, 39

verilerinin işveren tarafından kullanılmasına ilişkin esasları düzenleyen TBK' nun 419.ncu maddesine dayanılarak; işverenin işçiye ait verileri ancak işçinin işe yatkınlığı veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceği ilkesini, işverenin elektronik gözetlemede de, iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmadıkça işçinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olmaktan çıkacağı sonucuna varmak oldukça zor görünmektedir⁵⁷⁵. Buna karşın; MK m.2'deki dürüstlük kuralı, işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğü ve MK m.24 hükmünün birlikte değerlendirilmesinden, iş güvenliği ve iş sağlığına ilişkin teknolojik araçlarla yapılan denetimlerde işçinin rızasına gerek duyulmayacağı, bunun dışında, ancak, üretim süreçlerinin ve iş organizasyonunun denetimi, işletme mallarının ve donanımın korunması gibi amaçlarla yapılan elektronik gözetlemede işçinin rızasının aranacağını kabul etmek gerekir. Ayrıca, işverenin yönetim hakkı, işyeri düzeni, güvenliği ile iş görme borcuna ilişkin talimatlardan oluştuğundan, yönetim hakkının tamamlayıcı bir unsuru olan değerlendirilebilecek olan, elektronik gözetlemenin, işçinin rızası olsa bile bu amaçlar dışında kullanılamayacağını ve böyle bir rızanın geçersiz olacağını öncelikle kabul etmek gerekir.

İşverenin yönetim hakkının sınırlandıran genel ilkelerden biri olarak yukarıda incelediğimiz “işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü”⁵⁷⁶ gereği, işverenin iş sağlığı ve güvenliği hariç tutulmak suretiyle, diğer elektronik gözetlemeler için önceden işçiyi bilgilendirmesi ve işçinin onayını alması gerekir. İşçinin bilgilendirilmesi ve onayı, işyeri iç yönetmelikleri, bireysel ve toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle sağlanabilecektir. İşyeri İç yönetmeliklerinde ve sözleşmelerde özel bir düzenleme bulunmaması halinde ise, böyle bir uygulamaya geçilmeden önce de mutlaka işçi bilgilendirilmeli ve onayı alınmalıdır⁵⁷⁷. Ayrıca, işçinin uygulama konusunda onayı ve bilgilendirilmesi yeterli

⁵⁷⁵ Tekergül Mehmet, İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları, MESS Sicil, İş Hukuku Dergisi, Eylül 2011, İstanbul 2011, s.66 “*Bu konuda sınırlayıcı bir norm olarak TBK m.419 hükmündeki “işçiye ait kişisel verilerin kullanılmasına ilişkin olarak, işverenin işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığı veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanılacağına işçinin rızasının değerlendirilmesinde bir ölçülülük kriteri olarak kabul edilmesi yönündeki görüşe” katılmamız mümkün değildir. Zira burada amaçlanan, işçinin performansına ilişkin kriterlerin işveren tarafından kullanılabilmesi ama bunun dışında işçinin, etnik kimliği, işin görülmesi ile ilgili olmayan herhangi bir hastalığı, dini inançları veya dünya görüşünün işveren tarafından kullanılmaması ve hatta kullanımının yasaklanmasıdır.*

⁵⁷⁶ Bkz.Üçüncü Bölüm, §1, III, s.101 vd.

⁵⁷⁷ Okur, Elektronik Gözetleme, 87

olmayıp, elektronik gözetlemenin zamanı, ve yöntemi konusunda da işçiye bilgi verilmelidir⁵⁷⁸.

Bunun dışında, işçilerin tamamen özel yaşam alanına tahsis edilmiş bulunan; dinlenme, giyinme odaları, tuvaletler ve duşlara ayrılan bölümlerde hiçbir şekilde elektronik gözetleme yapılamayacaktır ve böyle bir uygulama kişilik haklarına ve özel yaşamın gizliliğine ağır bir müdahale oluşturacaktır⁵⁷⁹. Buna karşılık, Fransız Yargıtay'ı, işverenin işçilerin çalışmadığı mekanlara (bazı bürolar, hangarlar) hiçbir yasal sınırlamaya veya prosedüre tabi olmaksızın serbestçe gözetleme tertibatı yerleştirebileceğine karar vermiştir⁵⁸⁰.

İş Hukuku'nda elektronik gözetlemede bir diğer sorun ise, yer tespitine yarayan ve işçilerin kullandığı araçlara yerleştirilen elektronik araçların kullanımı ile ilgilidir. Fransız Yargıtay'ı yön bulmaya ve yer tespitine yarayan bu tür elektronik aksamaların taşıtlara ancak işçinin bilgisi dahilinde yerleştirilebileceğine ve bu uygulamanın asla işçinin çalışma saatlerinin tespitine yönelik olarak kullanılamayacağına karar vermiştir⁵⁸¹. Türk İş Hukuku Öğretisinde de, Okur, işyeri dışında elektronik yer belirleme sistemlerinin, hırsızlığa karşı koruma, işçinin korunması ve işin organizasyonunun tespitine yönelik olarak kullanılabileceği işçinin yaşamsal davranışlarının gözetlenmesi amaçlı kullanılmasının kişilik haklarına ağır bir müdahale olacağı görüşündedir⁵⁸². Bu bağlamda yer belirlemeye yarayan araçlar, işçinin bilgisi dahilinde yerleştirilmek koşuluyla, üçüncü kişilerin yaşam hakkının ve bedensel bütünlüğünün korunması ve trafik kazalarının önlenmesi için, aracın sürüş hızı ayarlamaya, işçinin kendi güvenliğini ve üçüncü kişilerin güvenliğini tehlikeye düşürebilecek ara dinlenmelerini yapıp yapmadığına⁵⁸³ veya kaza anında acil müdahale olanağına hizmet edebilir. Bunun yanında, işveren işçinin kendisine tahsis edilen aracı, amaca uygun kullanıp kullanmadığını, sadece iş amaçlı verilen aracın özel amaçlı kullanılıp

⁵⁷⁸ Cass.soc.,30 janv. 2001, n:98-44.290, Waquet/Struillou/Rivoliier, 167

⁵⁷⁹ Okur, Elektronik gözetleme, 129-130; Waquet/Struillou/Rivoliier, 261

⁵⁸⁰ Cass.soc.,19 janv.2010, n:08-45.092, Lahalle, 119

⁵⁸¹ Cass.soc.,3 nov.2011, n:10-18.036, Waquet/Struillou/Rivoliier, 263

⁵⁸² Okur, Elektronik Gözetleme, 136-141

⁵⁸³ Okur, Elektronik Gözetleme, 136

kullanılmadığını ayrıca işçinin kendisine bildirilen güzergahı takip edip etmediğini kontrol edebilir⁵⁸⁴.

İşverenin işyerinde hukuka aykırı olarak elektronik gözetleme yapması ile ilgili bir başka sorun, bu gözetleme sonucu elde edilen bulgu ve delillerin işçi aleyhine ve özellikle işçinin iş akdinin feshinde delil ve gerekçe olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususudur. Fransız Yargıtay'ının 20 kasım 1991 tarihli “**Néocel**” Kararı, gözetleme ve denetlemede etik kurallarına uygunluk kriterlerinin belirlenmesine bir dönem başlatmıştır⁵⁸⁵. Fransız Yargıtay'ı söz konusu kararı ile, işçinin bilgisi ve onayı olmaksızın kamera yerleştiren ve bu kamera ile yaptığı gözetlemeler sonucunda satış görevlisi olarak çalışan işçinin büyük bir hatasını yakalayıp iş akdini fesheden işverenin, işçinin bilgisi dışında kullanılan teknolojilerde elde edilen bu delilin Fransız Medeni Kanunu m.9 'da düzenlenen özel hayatı gizliliğini ihlal ettiğinden hukuka aykırı olduğu ve bu sebeple işçi aleyhine bir ispat aracı olarak kullanan işverenin haksız olduğuna karar vermiştir⁵⁸⁶. Böylece, elektronik gözetleme ve denetimlerde tuzak yöntemler kullanılması ya da işçinin onayı alınmadan yapılan gizli elektronik gözetlemenin yasaklanması yargı içtihatlarında kabul edilen genel bir kural olmuştur⁵⁸⁷.

Türk Hukuku'nda da, 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK m.189/f.2'de ifadesini bulan, hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulunan delillerin ispat vasıtası olarak kullanılamayacağına ilişkin hükmünden kişilik haklarına aykırı olarak elde edilmiş bulunan delillerin ispat vasıtası olarak kullanılamayacağı sonucuna varmak mümkündür.

b. İşçinin Üstünün ve Özel Eşyalarının Aranması

İşverenin yönetim hakkına dayanarak işçinin üstünü araması hangi amaçla olursa olsun işçinin kişilik haklarını ağır bir şekilde zedelediği kabul edilmektedir⁵⁸⁸. Öğretide bir kısım yazarlara göre, elektronik gözetlemede olduğu gibi, işçinin üstünün ve eşyalarının aranması da, iş sağlığı ve güvenliği bakımından gerekli ve

⁵⁸⁴ Okur, Elektronik Gözetleme, 137

⁵⁸⁵ Waquet/Struillou/Rivoliier, 166

⁵⁸⁶ Cass.soc.,20 nov.1991, n:88-43.120, Waquet/Struillou/Rivoliier, 166

⁵⁸⁷ Cass.soc.,22 mai.1995, no:93-44.078, Waquet/Struillou/Rivoliier, 166

⁵⁸⁸ Taşkent, Yönetim Hakkı, 109; Ekonomi, İş Hukuku, 127; Aydın, Kişilik Hakları, 129

kanunun zorunlu giriş/çıkış kontrollerinin yapılmasını emredici olarak düzenlediği durumlarda işçinin onayı alınmadan yapılabilir⁵⁸⁹. Öğretide Aydın⁵⁹⁰ ve Tunçomağ/Centel⁵⁹¹ tarafından ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise, her ne sebeple olursa olsun işverenin yönetim hakkına dayanarak yaptığı üst ve eşya araması, işçinin kişilik haklarına ağır müdahale olup, işçinin beden ve ruh sağlığı üzerinde telafisi olanaksız yaraların açılmasına sebebiyet verebileceğinden böyle bir uygulama, ancak işçinin rızası ile yapılmalıdır. Esasen, Anayasa m.20'de⁵⁹² milli güvenliği ve kamu düzenini sağlamakla görevli devlete bile bu yetki son derece sınırlı hallere ilişkin olarak ve öncelikle hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kulunmuş kamu organın emri ile verilirken işverene bu kadar sınırsız bir yetkinin verilmesi çağdaş iş hukuku anlayışı ve anayasanın ruhu ile de bağdaşmaz⁵⁹³. Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki; işyerinde alet, araç gereç veya benzeri değerli mallara ilişkin olarak, artan veya sık sık tekrarlanan hırsızlık olaylarının engellenmesi, üretim ve ticari sırları içeren bilgilerin kayıtlı olduğu dosya, disk ve benzeri işyeri sırlarının kaçırılmaması nedenlere dayanan veya bu tür tehlikelerin önlenmesi için başka yöntemlere başvurma olanağının da bulunmadığı durumlarda, işçinin rıza göstermesi sadakat borcunun ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak kabul edilmelidir⁵⁹⁴.

Bunun yanında işveren, işçinin onayı ile bile olsa bu yetkisini kullanırken dürüstlük kuralına ve ölçülülük ilkesine uygun davranmalı; bir başka anlatımla, amacını aşan veya istenen amaç ile orantılı olmayan uygulamalara meydan vermemeli, gereğinden fazla zaman alacak işçiyi tedirgin edecek ve onurunu zedeleyecek şekilde yapmamalıdır⁵⁹⁵. Ayrıca, işverenin bu yetkisini işçinin rızası ile kullanması halinde bile, işçiyi tedirgin edecek, onurunu zedeleyecek ya da gereğinden çok zaman alacak şekilde yapılmamalıdır⁵⁹⁶. Bir başka deyişle, arama yapılırken işçinin özel yaşamına ve beden bütünlüğüne en az zarar veren yöntem seçilmelidir. Aramanın duyarlı kapı, detektör, X-Işını cihazlarıyla yapılması ya da

⁵⁸⁹ Taşkent, Yönetim Hakkı, 112; Sevimli, İşçinin Özel Yaşama Müdahale, 211-212; Bayram, İşçiyi Koruma Borcu, 28 “Bayram’a göre, *İşçinin çalıştığı iş dalında hakim olan örf ve adet kuralları veya dürüstlük kuralı kapı kontrollerini gerekli kılıyorsa bu halde de işçinin rızasının aranmayacağı genelde kabul edilelidir.*”

⁵⁹⁰ Aydın, Kişilik Hakları, 130

⁵⁹¹ Tunçomağ Kenan/Centel Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, 3.Bası, s.100

⁵⁹² Bkz., s.176

⁵⁹³ Tuncay, Eşit Davranma, 165

⁵⁹⁴ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 213

⁵⁹⁵ Taşkent, Yönetim Hakkı, 111; Aydın, Kişilik Hakları, 130; Tunçomağ/Centel, İş Hukuku, 100

⁵⁹⁶ Taşkent, Yönetim Hakkı, 111; Aydın, Kişilik Hakları, 130

sadece çanta vb. eşyaların aranması halinde amaca ulaşmak mümkünse, elle yoklama yöntemi ile üst araması yapılmamalıdır. Bu noktada, işçilerin ceplerini boşaltmalarını istemek de önerilen yöntemlerden birisidir⁵⁹⁷. İşverenin üst ve eşya araması konusunda yetkisini sınırlandıran bir diğer ilke; işverenin eşit davranma yükümlülüğüdür. Bu ilkeye göre, işveren kapı kontrolü ve üst aramasını bütün işçiler için aynı şekilde uygulamalı, ihbar halleri dışında, keyfi olarak bazı işçileri kontrole tabi tutup, bazıları kontrolden bağışık tutmamalıdır. İşçi sayısının çokluğu nedeniyle herkesin üstünün ve eşyasının aranmasının olanaksız olduğu durumlarda, aramada objektif kriterler esas alınmalıdır⁵⁹⁸.

İşverenin işçinin özel eşyalarını araması ile ilgili bir diğer nokta, işverenin işçinin özel dolabını ve çekmecelerini aramayı zorunlu kılan bazı koşulların gerçekleşmesi halinde işçinin yokluğunda açıp açamayacağı meselesidir. Fransız Yargıtay'ı, işverenin, işyeri iç yönetmeliğinde öngörülen durumun ve koşulların oluşması halinde, işçinin özel dolabını ancak işçinin yanında veya çalışan temsilcisinin huzurunda açabileceğine karar vermiştir⁵⁹⁹.

c. İşyerinde Haberleşme Araçlarının İzlenmesi

İşyerinde haberleşme araçları olarak, en güncel olanlardan başlamak üzere, elektronik postalar, internet kullanımı, cep telefonları, işyeri telefonları ve nihayet git gide daha az bir kullanım alanı olmakla birlikte mektupları sayabiliriz.

İşverenin işyerinde, iletişimi izlemesi, işçinin özel yaşam alanının gizliliğine saygı gösterilmesi hakkı kadar haberleşme özgürlüğünü de ilgilendirmesi sebebiyle, bu araçların kullanımının denetimi ve gözetlenmesi ve teknolojinin getirdiği yeniliklerle yapılan uygulamalarının hukuka uygunluk ölçütleri ve işverenin yönetim hakkının sınırlandırılması çağdaş iş hukukunun önemli konuları arasındadır.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında, mülkiyeti kendisine ait olan işyeri telefonları, internet, elektronik posta ve nihayet iş görme borcunun daha etkin bir şekilde yerine getirilmesi ve verimliliğin artırılması için işçilerin kullanımına tahsis

⁵⁹⁷ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 219-220

⁵⁹⁸ Tuncay, Eşit Davranma, 166; Aydın, Kişilik Hakları, 130; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 219

⁵⁹⁹ Cass.soc., 11 déc.2001, n:99-43.030, Waquet./Struillou/Rivoliier, 168

edilen cep telefonlarını, işçilerin kişisel haberleşme ve iletişim gereksinimleri için kullanımına sınırlar getirip getiremeyeceği veya işverenin yasaklama yetkisinin bulunup bulunmadığı incelenmesi gereken diğer önemli sorunlar arasındadır.

Yine, çözümlenmesi ve açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus ise, işverenin yönetim hakkına dayanarak işçiye ait cep telefonlarının özel görüşme ve internet erişimi için iş saatleri içinde kullanımına sınırlama ve yasaklama getirip getiremeyeceğidir.

Hemen söylemek gerekir ki; İş Hukuku öğretisinde ve yargı içtihatlarında kabul edilen, işverenin yönetim hakkına dayanarak, mülkiyetinde bulunan işyeri telefonları, ile iş görme borcunun yerine getirilmesi amacıyla işçinin kullanımına sunulan cep telefonları, elektronik posta ve internete erişimin kullanım esasları belirleme, kişisel kullanımını sınırlama veya yasaklama konusunda düzenlemeler yapma ve talimat verme hakkının bulunduğu şeklindedir⁶⁰⁰. İşveren, yönetim hakkına dayanarak iletişim araçlarının her biri için veya bir kısmı için, kişisel kullanım kurallarını, süresi ve zamanı ve işçilerin bu talimatlara uymaması halinde, uygulanacak yaptırımları düzenleyebilir. İşveren bu konudaki düzenleme yetkisi, işyeri iç yönetmelikleri, tüm işçilere duyurulmak üzere bir sirküler yayınlamak şeklinde olabileceği gibi, bireysel ve toplu iş sözleşmesi hükümleri ile veya işyeri uygulamaları⁶⁰¹ şeklinde de gerçekleştirebilir⁶⁰².

İşverenin iletişim araçlarının kullanılmasına ilişkin talimatlarının en önemli sınırı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.8 ve AY m.20 ve 22 ile güvence altına alınan özel yaşam hakkı ve haberleşme özgürlüğüne aykırı olarak, işçiye hiçbir iletişim olanağın tanınmaması ve işçinin işyerindeki özel iletişimin tümüyle ortadan kaldırılamamasıdır. İşveren işyerinde işin görülmesi esnasında bile, işçinin özel yaşam hakkına ve haberleşme özgürlüğüne saygı göstermek ve işçiyi koruma yükümlülüğüne uygun olarak iletişim araçlarından birini (işyeri telefonu) işçinin

⁶⁰⁰ Waquet/Struillou/Rivoliier, 211, 212, 322; Okur, Elektronik Gözetleme, 147, 150; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 198; Hozar N. Nağme, Özel Amaçla İnternet ve E.Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, s.201

⁶⁰¹ “Yargıtay internetin özel amaçlı kullanımın işyeri uygulaması niteliğinde kabul edilebilmesi için 6 aylık bir sürenin geçmiş olmasını aramaktadır.” Y.9HD, 17.03.2008, E.2007/27583, K.2008/5294, Okur, Elektronik Gözetleme, 155

⁶⁰² Okur, Elektronik Gözetleme, 147

kullanımına izin vermek veya hizmetine hazır halde bulundurmak zorundadır⁶⁰³. Bir başka deyişle, işçiye işyerinde hiçbir iletişim olanağının tanınmaması, özel yaşam hakkına ve haberleşme özgürlüğüne ve dolayısıyla hukuka aykırı bir müdahale oluşturacağı açıktır⁶⁰⁴. İşverenin işyerindeki iletişim araçlarının kullanımına ilişkin yönetim hakkının bir diğer sınırı ise, hiç kuşkusuz işverenin “eşit davranma” yükümlülüğüdür. İşveren işyerindeki iletişim araçlarının özel kullanımının yasaklanması veya sınırlanması hususunda kural olarak işyerindeki tüm işçilere eşit davranmak ve bu konudaki işyeri iç yönetmelik hükmünü veya kullanım yönergesini tüm işçilere uygulamak zorundadır⁶⁰⁵.

İşyerindeki iletişim araçlarının kişisel kullanımının belirlenmesinde işverenin yönetim hakkı ve sınırları konusunda bu genel açıklamadan sonra; en eski haberleşme araçlarından biri olan ve artık günümüzde pek fazla da kullanılmayan mektuplardan başlamak üzere, sırasıyla, işyeri telefonları, cep telefonları ve en güncel ve en yeni teknoloji ürünü olan e.postalar ve internet erişimine kadar tüm haberleşme araçlarının işyerindeki kişisel kullanımını her birinin teknolojik özelliklerinin farklı olması sebebiyle olası hukuksal sonuçlarını ayrı ayrı irdelemekte fayda görüyoruz.

İşveren, işçinin şahsına gelmiş mektup ve kartpostalları, bunların dağıtımının ayrı bir sorumluluğu ve zaman kaybını gerektirmesi sebebiyle, orantılı ve ölçülü olmak ve işçinin tüm haberleşmesini engellemek kaydıyla kabul etmeyebilir ve bu tür mektupların işçinin ev adresine yönlendirilmesi için talimat verebilir. Ancak işverenin hiçbir zaman bu mektupları imha etmek veya açarak okumak gibi bir hakkı olmayıp, böyle bir eylem aynı zamanda suçtur⁶⁰⁶.

İşyeri telefonlarına gelince, kural olarak işyeri telefonlarının yalnızca iş amaçlı kullanılması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu konuda teamül, makul olmak şartıyla işçilerin işyeri telefonundan kişisel ihtiyaçları için arama yapabileceği ve gelen aramalara cevap verebileceği şeklinde gelişmiştir⁶⁰⁷. Fransız Hukukunda,

⁶⁰³ Ünlü Vahap, Çalışanların Mesai Saati İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir mi? MESS Sicil, İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, İstanbul 2011, s.218-219, Okur, 152

⁶⁰⁴ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 198

⁶⁰⁵ Okur, Elektronik Gözetleme, 156

⁶⁰⁶ Waquet./Struillou/Rivoliier, 209

⁶⁰⁷ Waquet/Struillou/Rivoliier, 211

işverenin L.1121-1hükmüne dayanarak, yani ölçülülük ilkesine ilişkin genel norm uygulanarak, işin doğası ile gerekçelendirmek ve istenen amaçla orantılı olmak koşuluyla işverenin işyeri telefonlarının kişisel kullanımını sınırlayabileceği ancak kötüye kullanım söz konusu olmadığı sürece disiplin yaptırımını uygulayamayacağı kabul edilmektedir⁶⁰⁸. Türk Hukukuna göre de, bu konuda özel bir düzenleme yapılmadığı ve işyeri telefonlarının kişisel amaçla kullanımı işveren tarafından yasaklanmadığı sürece, işçi, işyeri telefonunu düşük düzeyde ve işin akışını engellemek şartıyla kullanabilmelidir.

TBK m.396/f.2’de düzenlenmiş bulunan **“işçinin işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri, taşıtları usulüne uygun kullanmak ve bunlara özen gösterme yükümlülüğü”** hiç kuşkusuz işyeri telefonlarını da kapsamaktadır. Bu sebeple, işverenin bu konuda hiçbir düzenlemesi olmasa bile, işçi işyeri telefonunu özel görüşmeleri için kullanırken, sadakat yükümlülüğüne uygun olarak, iş iletişimini engellemek, iş telefonlarını uzun süre meşgul etmemek ve işverene gereksiz masrafların ortaya çıkmasından kaçınmak ve elden geldiğince özel görüşmelerini ara dinlenmelerinde yapmak zorundadır⁶⁰⁹. Bunun yanında, işveren mülkiyeti kendisine ait olan işyeri telefonunun kişisel amaçlarla kullanımını işletmenin faaliyeti veya işin doğası ile gerekçelendirmek şartıyla yönetim hakkına dayanarak yasaklayabilecektir⁶¹⁰. Ancak, işveren işyeri telefonunun kişisel kullanımını yasaklamış bile olsa, acil bir durumda veya işçinin bir aile üyesinin hastalanması durumunda işçiye özel amaçlı kullanım izni vermelidir⁶¹¹.

İşveren tarafından iş görme ediminin yerine getirilmesi amacıyla, işçinin kullanımına tahsis edilen cep telefonlarına gelince; işveren bu tür telefonlarda işçinin özel görüşmeler yapmasına sınırlama getirebilir veya tümünden yasaklayabilir⁶¹². İş sözleşmesinde işçinin özel kullanımına ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde, Fransız Yargıtay’ı işçinin iş amacıyla kendisine tahsis edilmiş cep telefonundan özel görüşme yapabileceğini⁶¹³, ancak bununla beraber işçinin bu hakkını kötüye kullanmaması gerektiğini belirterek; işçinin hastalık izninde sürekli işyerine ait cep

⁶⁰⁸ Waquet/Stuillou/Rivoliier, 211

⁶⁰⁹ Okur, Elektronik Gözetleme, 148

⁶¹⁰ Waquet/Stuillou/ Rivoliier, 211; Okur, Elektronik Gözetleme, 151

⁶¹¹ Waquet./Stuillou/Rivoliier, 211; Okur, Elektronik Gözetleme, 151

⁶¹² Waquet/Stuillou/Rivoliier, 322

⁶¹³ Cass.Soc.,28 sept.2010, n:08-45.089, Waquet/Stuillou/Rivoliier, 321

telefonunu kullanmasını⁶¹⁴, şehir dışı kişisel görüşmelerini bu telefondan yapmasını⁶¹⁵, iki defa uyarı cezasına rağmen, özel görüşmeleri için sürekli iş telefonunu kullanmaya devam etmesini⁶¹⁶, kişisel amaçlı kullanım hakkının kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir.

Diğer taraftan, işçi, kendi cep telefonu ile iş saatleri de dahil olmak özel görüşmelerini aşırıya kaçmamak ve işyerinde işin işleyişine engel olmamak şartıyla yapabilir⁶¹⁷. İşverenin işin özelliği ve gereklerini gerekçe göstererek iş saatleri içinde işçinin şahsına ait cep telefonunun kullanımını sınırlama veya yasaklama yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda, Fransız Danıştay'ının verdiği kararı yerinde bulmaktayız. Fransız Danıştay'ı, ölçülülük ilkesini uygulayarak, şahsi cep telefonlarının iş saatlerde kullanımını sınırlandırılmasına ilişkin iç yönetmelik düzenlemesinin meşru sebeplerle gerekçelendirildiği takdirde kabul edilebileceğine ancak tümünden yasaklamanın düşünülemeyeceğine karar vermiştir⁶¹⁸.

İşveren diğer iletişim araçlarında olduğu gibi, internet erişimi ve e.postaların kişisel kullanımının sınırlanması veya yasaklanması veya iş amaçlı genel kullanım kuralları hakkında yönetim hakkı kapsamında işyeri iç yönetmelikleri ve bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle düzenlemeler yapabilecektir⁶¹⁹. Ancak, öğretide işverenin bu konuda hiçbir düzenlemesinin bulunmaması halinde, işçinin işyerindeki internet ağını, internete erişim ve e.posta yazışmaları için kullanıp kullanamayacağı konusunda görüş birliği yoktur. Öğretide Okur'a göre, işverenin bu konuda bir düzenlemesi veya talimatı bulunmadığı durumlarda işçi, işyerindeki interneti ve e.mail sistemini acil durumlar dışında kullanamayacaktır⁶²⁰. Bu konuda Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de, 17.03.2008 tarihli Kararında⁶²¹;

“İşverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı olarak kullanımı yasaktır. Bir başka anlatımla, örtülü veya iş sözleşmesi ile açıkça

⁶¹⁴ Cass.Soc., 17 mars 2010, n:08-45.089, Waquet/Struillou/Rivoliier, 321

⁶¹⁵ Cass.Soc., 18 juin 2003, n:01-43.122, Waquet/Struillou/Rivoliier, 321

⁶¹⁶ Cass.Soc., 10 déc. 2008, n:07-41.791, Waquet/Struillou/Rivoliier, 321

⁶¹⁷ Waquet/Struillou/Rivoliier, 318-319

⁶¹⁸ Waquet/Struillou/Rivoliier, 319

⁶¹⁹ Okur, Elektronik Gözetleme, 152; Waquet/Struillou/Rivoliier, 212

⁶²⁰ Okur, Elektronik Gözetleme, 149

⁶²¹ Y.9HD, 17.03.2008, E.2007/27583, K.2008/5294, www.kazanci.com

internetin özel olarak kullanılabileceğine dair izin yoksa işçi işyerinde özel amaçlı olarak internet kullanamaz.”

işverenin internetin kullanılmasına ilişkin açık veya örtülü izni olmadığı sürece, işçinin özel amaçlı internet kullanımının yasak olduğuna karar vermiştir. Yargıtay’ın söz konusu kararının aksine olarak, işyerinde internete özel amaçlı erişim ve e.posta kullanımı işveren tarafından açıkça yasaklanmadığı takdirde, işçi iş akışını ve verimliliğini aksatmayacak ve işyerinin internet ağına ve güvenliğine zarar vermemek koşuluyla makul sınırlar içinde özel amaçlı olarak interneti kullanabilmelidir. Bu konuda TBK m.396/f.1 ve f.2’den işçinin özel amaçlı internet kullanımının objektif ölçütünü tespit etmek ve sınırlarını çizmek mümkündür. Bu sebeple, işçi, işverenin hiçbir düzenlemesi bulunmasa bile, iş görme edimini yerine getirmesi için kendisine tahsis edilen iletişim araçlarını kullanırken işverenin haklı menfaatlerini korumak ve bu araçları usulüne uygun kullanmak yükümlülüğündedir. Bu bağlamda, internette, özel amaçlarla uzun bir zaman geçirmemesi, iş akışının aksamasına neden olmaması, virüs içeren veya virüs içirme olasılığının kolaylıkla anlaşılabilen sitelere girmemesi, işyeri internet sistemini yavaşlatacak dosya ve eklerini açmaktan kaçınması, işverenin cezai sorumluluğunu gerektirecek siteler işveren tarafından yasaklanmamış veya filtre koyulmamış bile olsa girmemesi gerekir. Bunların dışında, özel kullanım için açık bir yasaklama bulunmadığı sürece, işçi, bankacılık işlemleri, fatura ödemeleri, özel amaçlı e.postaları veya sınırlı ve ölçülü olmak kaydıyla haberleşme kaynağı olarak internet erişimini kullanabilmeli ve hatta özel amaçlı e.postalarını şahsi posta kutusundan takip edebilmelidir. Aksinin kabulü, ortadan bir talimat bulunmamasına rağmen işçinin özel amaçlı internet kullanımı sebebiyle disiplin yaptırımı uygulamasına kadar varır ki, böyle bir durumun işverenin disiplin kurallarını işçiye önceden bildirmesi, işverenin işçiye bilgilendirme yükümlülüğü ve işçinin korunması ilkesiyle de, bağdaşmayacağı açıktır.

İşverenin işyerinde internet kullanımını tümünden yasaklaması konusunda ise; Özdemir, internetin üretim ve verimliliğe zarar vermeyecek, mantıklı ve internet ağını yavaşlatmayacak şekilde kullanımının uygun karşılanması gerektiğini savunmakta iken; Sevimli de, iletişim araçları için de, internet kullanımının tamamen yasaklanması ya da kısıtlanması konusunda işverenin daha geniş bir hareket alanı olduğunu kabul etmekle birlikte, internetin işçilerin yaşamı üzerindeki kolaylaştırıcı

etkisi göz önüne alındığında interneti yasaklamanın uygulanabilirliği ve gerçekliğinin tartışmaya açık olduğunu belirtmektedir⁶²².

İşyerinde internet kullanımı konusunda baskın görüş; işçinin işyerinde makul sınırlar içinde ve kötüye kullanılmamak koşuluyla gerek işyeri internet ağını işyeri telefonlarında da olduğu gibi, kişisel amaçlı kullanabilmelidir⁶²³. Fransız İş Hukuku'nda da, Fransız İş Kanunun işçinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanması konusunda bir ölçü norm ve ana kriter olarak kabul edilen L.1121-1 hükmü doğrultusunda, işverenin, yapılan iş ile gerekçelendirmek ve istenen amaçla orantılı olmak koşuluyla işyerinde kişisel amaçlarla internet kullanımının düzenlenebileceği kabul edilmektedir⁶²⁴.

İşverenin yönetim hakkını kullanırken, işçinin haberleşme özgürlüğünü tümünden yok edecek ve özel yaşam hakkına ağır bir saldırı oluşturacak şekilde düzenlemeler yapması ve talimatlar vermesinin önlenmesi için, bu hakkın sınırlarının hukuk normları, doktrin ve yargı içtihatları ile belirlenmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda bu araçlarının işveren tarafından denetimi ve gözetlenmesinin de sınırlandırılmasını zorunlu kılar.

İletişimde ve bilginin paylaşımında yeni teknolojilerin gelişmesiyle birlikte, kamusal alanda, iş hayatında ve gündelik hayatta artan oranlarda yerini alması, her yönden bir gözetlenme kaygısını da birlikte getirmiştir. Bunu önlemek için kanun koyucu ve yargı içtihatları vatandaşlar ile birlikte çalışanların da temel hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik bir takım hukuki mekanizmalar geliştirmiştir⁶²⁵. Bu konuda ulusal mevzuatımızın oldukça fakir ve yetersiz olduğunu ilk bakışta göze çarpmaktadır. Ancak yine de, olumlu bir gelişme olarak, 7.5.2010 tarihinde 5982 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği ile, Avrupa Birliği'nin 1995/46 sayılı “kişisel verilerin korunmasına” ilişkin Yönergesi doğrultusunda, AY m.20/f.2'ye “**Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin**” bir düzenlemenin eklendiğini söyleyebiliriz. Fakat Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Kanun metni henüz tasarı halinde olup yasalaşmamıştır. Bu sebeple, Avrupa Birliği'nin 1995/46 sayılı

⁶²² Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 198

⁶²³ Waquet/Struillou/Rivoliier, 211; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 198

⁶²⁴ Waquet/Struillou/Rivoliier, 212

⁶²⁵ Lahalle, 114

(95/46/EC) Yönergesi'nin bile iç hukuka tam anlamıyla aktarıldığından söz edilemez. Diğer taraftan, gerçek kişilerin elektronik gözetleme uygulamalarından korunmasını ve buna ilişkin esasları belirleyen Avrupa Birliği'nin “**Özel Hayatın ve Elektronik İletişimin Korunmasına**” ilişkin 12 Temmuz 2002 tarih ve 2002/58 sayılı (2002/58/EC) Yönergesi'nin⁶²⁶ ise halen iç hukuka aktarılmasına ilişkin hazırlık çalışmaları sürmektedir⁶²⁷.

İşverenin mülkiyeti kendisinde bulunan iletişim araçları üzerindeki gözetleme yetkisi ve sınırları bakımından Fransız Yargıtay'ının meşhur “**NİKON**” kararı⁶²⁸, doktrin ve yargı içtihatlarına yön vermiştir. Fransız Yargıtay'ı,

“İşçinin çalışma yeri ve çalışma zamanında bile özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu; bu gizliliğin özellikle görüşmelerin gizliliği anlamına geldiği; şu halde işverenin bu temel özgürlüğü ihlal etmeden iş görme ediminin yerine getirilmesi için işçinin kullanımına tahsis edilmiş bir bilgi işlem aracı sayesinde –işveren bu bilgisayarın iş dışında bir amaçla kullanılmasını yasaklamış olması halinde bile--işçi tarafından gönderilen ve alınan kişisel mesajlara vakıf olamayacağına ” karar vermiştir.

Bu karardan çıkan sonuçları kısaca özetleyecek olursak;

- İşverenin yönetim hakkını kullanırken, işçinin işyerinde mesai saatleri içinde bile, özel yaşamının gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünde olduğu,
- İşverenin, kural olarak yönetim hakkı kapsamında, mülkiyeti kendisine ait bulunan ve işçiye iş görme amaçlı tahsis edilmiş bulunan internet ve e.posta gibi bilgi-işlem araçlarının iş dışı kullanımını sınırlandırabileceği veya yasaklayabileceği⁶²⁹,
- Ancak, işverenin iletişim araçlarının işçi tarafından özel amaçlı kullanımına yasak getirmiş olması ve işçinin, işverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği bu talimata uymaması halinde bile; işverenin hiçbir şekilde söz

⁶²⁶ www.eu-lex.europa.eu

⁶²⁷ www.tccb.gov.tr

⁶²⁸ Cass.Soc.,2 oct.2001, no:99-42.942, Waquet/Struillou/Rivoliier, 178, 212, 323

⁶²⁹ Nikon Kararının işverenin iş amaçlı tahsis edilmiş bulunan bilgisayarı özel amaçlarla kullanımına yasak getiremeyeceği şeklinde yorumlayan görüşe katılmıyoruz.

konusu iletişim araçlarını kişisel amaçlı kullanan işçinin kişisel verilerine ulaşma hakkının bulunmadığı ve işçinin özel yaşamının gizliliğinin korunması hakkı ile haberleşme özgürlüğünün işveren iletişim araçlarının kullanılmasına ilişkin talimatları karşısında üstünlüğü,

İlkeleri kabul edilmiştir.

Nikon Kararında tespit edilen ilkeler doğrultusunda, işçinin önceden rızasını almak ve işçiyi bilgilendirmek koşuluyla işyeri telefonu ve işçiye iş amaçlı kullanım için verilen cep telefonu görüşmelerini ve bu telefonlara bırakılan mesajları işverenin dinleyebileceği, yine işçinin iş amaçlı e.postalarının işyeri ve işletmenin menfaati ve etkin bir yönetim ve denetimin sağlanması adına işçiyi aynı şekilde önceden bilgilendirmek koşuluyla işverenin inceleme ve kontrol yetkisinin bulunduğu ve bu yöntemle elde edilen delillerin hukuka uygun ve geçerli bir ispat vasıtası olarak kullanılabileceği kabul edilmektedir⁶³⁰. Ancak, işçinin bilgisayarında kişisel olarak nitelendirdiği ve kişisel notunu koyduğu dosyaları, işverenin işçinin özel yaşamının gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne saygı yükümlülüğü karşısında hiçbir şekilde açma, inceleme ve kontrol yetkisi yoktur⁶³¹. Ancak işçinin kişisel dosya olarak nitelendirmediği dosyalar hakkında işçinin yokluğunda bile, işveren bilgi sahibi olabilecektir.

Bunun dışında, işveren tarafından işin yerine getirilmesi amaçlı tahsis edilen bilgisayarda işçinin iş saatlerinde girdiği siteler ve bilgisayar bağlantılarının iş amaçlı yapıldığı kabul edilerek işverenin işçinin yokluğunda bile işverenin bu siteleri araştırma ve inceleme yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir⁶³².

İşverenin, elektronik gözetleme konusunda hukuka uygunluk şartlarına uymak koşuluyla,-işçiyi uygulama konusunda önceden bilgilendirmesi ve onayını alması- elde ettiği bilgi ve delillerden;

- İşçinin iş saati içinde çok uzunca bir zamanını bilgisayarda sitelere girerek geçirdiği ve kişisel mesajlarıyla mesaj sistemini meşgul ettiği,

⁶³⁰Cass.soc.,14 mars 200. n:98.42.090, Waquet/Struillou/Rivoliier, 211; Cass.soc.,7 jan.2011, n:09-14.667, Cass.soc.,28 sept.2011, n:10-16.995; Waquet/Struillou/Rivoliier, 322

⁶³¹ Cass.soc.,19 juin 2013, no:12-12.138, Waquet/Struillou/Rivoliier, 324

⁶³² Cass.soc.,9 juill.2008, n:06-45.800, Waquet/Struillou/Rivoliier, 213

- Oyun sitelerine ve iş ile hiçbir bağlantısı bulunmayan sitelere defalarca girdiğinin anlaşıldığı,
- Bilgi işlem sistemindeki arızanın işçinin kullanımından kaynaklandığı,
- Bir haksız rekabet halinde, e.posta aracılığıyla gizli bilgilerin rakip firmaya verildiği veya rakip firmalar ile iletişim halinde bulunulduğu saptanması hallerinde,

İşçinin, kişisel amaçlı bilgi işlem kullanımını kötüye kullandığı gerekçesiyle işverenin disiplin yaptırımı uygulama yetkisinin bulunduğu, Fransız Yargı kararlarında kabul edilmektedir⁶³³.

Yargıtay da, işçinin iş amaçlı bilgisayarı mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde zaman geçirmesini, işçinin işini zamanında bitirmesi ve işverenin zararının oluşmaması halinde bile işverenin güvenini kötüye kullandığına karar vermiştir⁶³⁴.

d. İşçinin Dış Görünümü ve Kıyafeti

İşçinin giyimini belirleme ve dış görünümü özel yaşam hakkı çerçevesinde değerlendirilmekte ve işçinin kural olarak işyerinde görünümü ve giyim tarzını belirlemekte özgür olduğu kabul edilmektedir⁶³⁵. İşverenin, işçinin kişilik haklarından olan, dış görünümü ve kıyafetine ilişkin düzenleme yapma ve talimat verme yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde diğer tüm özgürlüklerde olduğu gibi, ölçülülük ilkesi esas alınacaktır. Bu sebeple, işverenin tamamen estetik gayelerle işyerinde pantolon giyilmesini yasaklaması veya kıyafetlerde renk seçimine müdahale etmesi, etek boyuna veya saç şekline ilişkin talimatlar veya iç yönetmelik hükümleri, işyeri ve işletme gerekleriyle gerekçelendirilmeyip, işçilerin haklarına aşırı ölçüde sınırlama getirdiğinden hükümsüzdür. Ancak işçinin işyerinde, dış görünüm ve kıyafet özgürlüğü, mutlak bir özgürlük de değildir. İşverene, haklı ve meşru amaçlar ve işin ve işletmenin gerekleriyle gerekçelendirilmek ve orantılı olmak koşuluyla işçinin işyerindeki giyimi, kuşamı ve dış görüntüsü ile ilgili talimat verme yetkisi tanınmaktadır.

⁶³³ Waquet/Struillou/Rivoliier, 326-327

⁶³⁴ Y.9HD, 4.5.2009, E.2008/36305, K.2009/12393, www.kazanci.com

⁶³⁵ Aydın, Kişilik Hakları, 111; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 231; Lahalle, 153

İşverene işçinin giyimi ile ilgili talimat verme yetkisinin tanındığı ve dolayısıyla işçinin giyim özgürlüğünün sınırlandırıldığı öncelikle alan; işverenin kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirebilmek ve işçinin yaşam hakkını, bedensel bütünlüğünü ve sağlığını korumak amacıyla, işçiden iş görme ediminin yerine getirilmesi esnasında olası tehlikelerden korunması için, özel kıyafetlerin giyilmesini, bazı başlıkların ve maskelerin takılmasını, kask ve eldiven veya özel ayakkabılar giymesini işyeri iç yönetmelikleri, bireysel veya toplu iş sözleşmeleri veya genel talimatlar ile düzenleme yetkisidir⁶³⁶.

İşverene bu konuda yönetim hakkı verilen bir diğer alan ise, işyerinde üretilen mal ve hizmetin hijyenik koşullarda üretilmesi ve işletmenin müşterilerinin sağlığının korunması adına, işçiye bazı hijyenik kıyafetlerin, eldivenlerin giyilmesi, bone ve başlıkların takılması ve kullanılması talimatını verebilmesidir⁶³⁷.

İşveren görülen iş ile gerekçelendirilmek ve ölçülü olmak koşuluyla işçinin işyerindeki giyim ve kuşamı ile ilgili bireysel veya genel talimatlar verebilir veya işyeri iç yönetmeliklerinde bu konuyu düzenleyebilir. Müşterilerin muhatap olacakları kişinin kim olduğunu tespit edebilmesi bakımından özel güvenlik görevlilerine üniforma zorunluluğu getirilmesi, yine müşterilerin kolaylıkla ayırt edebilmesi, servis kalitesi, müşteri memnuniyeti ve işletme imajı bakımından turizm sektöründe çalışan, temizlik, bar ve restoran çalışanlarına tek tip kıyafet ve yaka kartı zorunluluğunun bu çerçevede değerlendirilmelidir⁶³⁸.

Ayrıca, bir işletmede işçinin işgal ettiği mevkii yükseldikçe ve üst kademelerde yer aldıkça o derece müşterilerle de iletişim halinde olacak ve o ölçüde de şirketin imajını dışa yansıtacaktır. Bu tür görevlerde bulunan çalışanların uygun olmayan kıyafetlerden kaçınması, aynı zamanda sadakat borcunun ve dürüstlük kuralının gereğidir. Bu bağlamda, Fransız Yargıtay'ı da, ara sıra müşterilerle iletişim halinde bulunan bir teknik görevlinin iş gömleğinin altına bermuda şort giymekten kaçınması gerektiğine⁶³⁹, yine bir emlak bürosunda çalışan ve düzenli olarak

⁶³⁶ Aydın, Kişilik Hakları, 112; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 231; Lahalle, 153

⁶³⁷ Lahalle, 153

⁶³⁸ Waquet/Struillou/Rivolier, 196

⁶³⁹ Cass.soc., 28 mai 2003, Lahalle, 153;

müşterilerle iletişim halinde olan bir kadın çalışanın eşofman giymekten vazgeçmesi gerektiğine⁶⁴⁰ karar vermiştir. Bu bağlamda, işveren lüks bir otel çalışanından kusursuz bir bakım ve kılığa (sakal traşı, saç kesimi) sahip olması talimatını verebilir ya da aşırı ölçüde göze çarpan ve icra edilen görevlerle bağdaşmayan takı ve piercinglerin takılmasını yasaklayabilir⁶⁴¹. İşveren yapılan işle bağdaşmayan veya komik kıyafetlere karşı çıkabilir⁶⁴². Ancak, işverenin tamamen estetik gayelerle işyerinde pantolon giyilmesini yasaklaması veya kıyafetlerde renk seçimine müdahale etmesi, etek boyuna veya saç şekline ve rengine ve hatta makyajın rengine ve stiline (ruj rengi, göz kalemi vs.) ilişkin talimatlar vermesi veya iç yönetmelik hükümleri haline getirmesi işçilerin kişilik haklarına aşırı sınırlamalar getirdiğinden kabul edilemez. İşverenin yapılan işle bağlantısı kurulamayan görünüş ve giyime ilişkin talimatları, işçinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına ve kişilik haklarına saldırı niteliği taşır; diğer bir deyişle işverenin işçi üzerinde bir moda ve zevk diktası kurma hakkı yoktur⁶⁴³.

İşveren tüm talimatlarında olduğu gibi, işçinin giyim ve kuşamına ilişkin talimatlarında da ayrımcılık yapmamak ve eşit davranma yükümlülüğüne uymak zorundadır. Fransız Yargıtay'ı oldukça yeni bir kararında; ünlü bir gastronomi restoranında garson olarak çalışan ve müşterilerle doğrudan temas halinde bulunan erkek işçinin servis esnasında taktığı küpelerin işletmenin imajına zarar verdiği ve yapılan işle bağdaşmadığı gerekçesiyle küpelerin çıkarılması talimatını veren işverenin talimatına uymaması sebebiyle iş akdi feshedilen işçinin, fesih gerekçesinde, “müşteri hizmetinde olduğunuz statüde bir erkeğin küpe takması hoş karşılanamaz” ifadeleriyle işçinin dış görünümünde cinsiyete dayalı ayrımcılık yapan işvereni haksız bulmuştur⁶⁴⁴.

II. İşçinin İşyeri Dışındaki Özel Yaşam Alanına Saygı

İşçinin işyeri dışındaki özel yaşamı, işçinin sosyal, ekonomik, düşünsel, siyasi ve dinsel alandaki tüm davranışlarını ve eylemlerini içinde barındırır. Bu

⁶⁴⁰ Cass.soc.,6 nov.2001, n:99-43.988, Lahalle, 154

⁶⁴¹ Lahalle, 154

⁶⁴² Waquet/Struillou/Rivoliier, 197

⁶⁴³ Taşkent, Yönetim Hakkı, 93; Aydın, Kişilik Hakları, 112

⁶⁴⁴ Cass.soc.,11 jan.2012, n:28.213, Waquet/Struillou/Rivoliier, 197

bağlamda, işçinin arkadaşlık ve duygusal ilişkileri, yerleşim yeri, tüketim faaliyetleri (araba, ev alımı ve market alışverişleri ve takas işlemleri), sanat, eğlence ve spor faaliyetleri, siyasi parti ve dernek üyeliği ve dinsel faaliyetleri yani işçinin bireysel ve kamusal alandaki tüm faaliyetleri işçinin işyeri dışındaki özel yaşamının birer parçasıdır. İşçinin özel yaşam hakkı, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesini kapsamakla beraber bununla sınırlı kalmaz aynı zamanda işçinin kamusal alandaki sosyal faaliyetlerinin, politik faaliyetlerinin ve dernek faaliyetlerinin de işverenin müdahalelerine karşı korunmasını gerektirir. Özel yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.8 ve AY m.20 hükümleri ile güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel yaşama saygı duyulmasını bekleme hakkının kişinin mesleki ve iş yaşamındaki faaliyetleri alanında da kabul edileceğine hükmetmiştir⁶⁴⁵.

İşverenin işyerinde düzenin sağlanmasına yönelik yönetim hakkı, işçinin kişi hak ve özgürlüğünün korunması adına önemli ölçüde sınırlandırılmışken; işverenin işçinin işyeri dışındaki davranışlarına bazı gerekçelerle müdahale hakkı var mıdır veya bir başka deyişle işverenin yönetim hakkı işletmenin yüksek menfaatlerinin korunması adına işçinin işyeri dışındaki davranışlarını da kapsamakta mıdır ? Bu konuda doktrinde farklı görüşler vardır. Bir kısım yazarlara göre, işçinin işyeri dışındaki davranışları, işletme menfaatlerine zarar vermesi veya görülen işi olumsuz etkilemesi halinde işverenin işçinin işyeri dışındaki davranışları için de talimat verme yetkisi vardır⁶⁴⁶. Baskın görüş ise, işverenin yönetim hakkı, işyerinde işin görülmesine ve işyerinde güvenin ve düzenin sağlanmasına ilişkin olup, bunun dışında işçinin işyeri dışındaki davranışları üzerinde işverenin yönetim hakkı yoktur⁶⁴⁷.

İşverenin işçinin işyeri dışındaki davranışları hakkında talimat verme yetkisi veya yönetim hakkının kabul edilmemesinin en önemli hukuksal sonucu, işçinin işverenin bu konudaki talimatlarına uyma yükümlülüğünün olmaması ve talimata uymayan işçiye işverenin disiplin yaptırımı uygulayamaması ve disiplin yaptırımlarında en uç nokta kabul edilen işçinin iş akdinin sırf bu yüzden

⁶⁴⁵ Özdemir, İnternet ve İş Sözleşmesi, 17, www.eurofound.eu.int

⁶⁴⁶ Tunçomağ/Centel, 100; Tuncay, Eşit Davranma, 163

⁶⁴⁷ Taşkent, Yönetim Hakkı, 103; Ekonomi, İş Hukuku, 32; Süzek, Yönetim Hakkı, 231; Bayram, Koruma Borcu, 30 ; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 241-243; Sevimli Ahmet, İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, İstanbul 2008, s.56-57; Péliissier/Auzero/Dockès, 659

feshedilememesidir. İşverenin yönetim hakkını, işçinin işyeri dışındaki davranışlarına kadar genişletenler, işletmenin şöhretinin, saygınlığının korunması, işletme imajının zarar görmemesi ve işletmeye duyulan güvenin sarsılmaması amacıyla işverenin işçinin işyeri dışındaki davranışları için de talimat verebileceği ve bu kişilerin de genellikle üst düzey yöneticiler olabileceğini ifade etmektedirler. Oysa işçi, TBK m.396/f.2 hükmünde de ifade edildiği gibi, işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. İşçinin bu yükümlülüğü, işyerindeki davranışlarında olduğu kadar (işverenin müşteriler nezdinde temsili, işveren tarafından kendisine teslim edilen alet, araç ve iletişim araçlarının dikkatli ve zarar vermeyecek şekilde kullanımı, işverene ait dosyaların ve ticari sırların korunması vb.) işyeri dışı davranışlarında da (işverenin rakiplerine bilgi sızdırmama, işverenin ticari sırlarının korunması ve işletme imajına ve güvenilirliğine zarar verecek davranışlardan kaçınma) söz konusudur. Bu durumda, işçi sadakat yükümlülüğü gereği, işyeri dışındaki özel davranışlarında da işletmenin saygınlığının ve güvenilirliğin sarsılmasına yol açacak ve işletmeye zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. İşverenin işçinin sadakat yükümlülüğü üzerinde ise talimat verme yetkisi yoktur ancak işçiye sadakat yükümlülüğü konusunda bir hatırlatması olabilir. İşçiye sadakat yükümlülüğü çerçevesinde işyeri dışındaki davranışlarına dikkat etmesi ve işletmenin prestijine uygun davranmasının hatırlatıldığı durumlarda ise, artık işçinin davranışlarının gerçekten işletmenin çıkarlarına zarar vermesi veya görülen işi olumsuz etkilemesi halinde, işçinin böyle bir durumu öngöremediği veya iyi niyetli olduğu savunması dikkate alınmayacaktır⁶⁴⁸.

Öte yandan, işçi de, işini özenle yerine getirebilmek, işi zamanında ve öngörülen sürede bitirebilmek, işverenin çalışma saatlerine ilişkin talimatlarına uymak ve işe devamsızlık yapmamak için, kendi kendini kontrol mekanizmasını (self kontrol) harekete geçirmek suretiyle işyeri dışında özel hayatına da dikkat edecek, işteki başarısını ve geleceğini etkileyecek davranışlardan mümkün olduğunca kaçınmak zorunda hissedecektir. Kaldı ki, İş Kanunu m.25/f.I (a) ‘da, “*İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya engelli hale gelmesi durumunda*”, m.25/f.II (d).(20.06.2012 tarih ve 6331 sayılı K. m.32/I-b ile, 30.12.2012 tarihi itibarıyla

⁶⁴⁸ Süzek, İş Hukuku, 342; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 241; Taşkent, Yönetim Hakkı, 95

değişiklik) “İşyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi” , m.25/f.IV “İşçinin göz altına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığının 17.nci maddedeki bildirim süresini aşması” işçinin işyeri dışındaki davranışlarından kaynaklanan bazı hallerin işçinin işe devamını kanunda öngörülen sürelerde etkilemesi (hastalık, engelli hal, göz altına alınma, tutukluluk) veya iş görme edimini yerine getiremeyecek hale gelmesi (sarhoşluk ve uyuşturucu madde kullanımı) iş akdinin haklı sebeple fesih nedeni olarak düzenlenmiştir.

Kanaatimizce, işçinin işyeri dışındaki yaşamını, işverenin moral, siyasi ve ekonomik değerlerine ve işverenin eğlence anlayışına ve zevklerine uygun şekilde sürdürmek gibi bir yükümlülüğünden söz edilemez ve işletmenin yüksek çıkarları gibi genel ve soyut bir amaçla, işletmeyle özdeşleşmiş ve kamu oyu önünde işletmeyi temsil eden üst düzey yönetici konumunda işçiler için bile olsa, işverenin işçinin işyeri dışındaki davranışlarını yönlendirmek yetkisi yoktur. İşverene her ne sebeple olursa olsun böyle bir yetkisinin verilmesi kişilik haklarının aşırı kısıtlanması sonucunu doğurur⁶⁴⁹. Diğer taraftan, işverenin işyerinde bile, işçinin özel yaşam hakkını ilgilendiren konularda talimat vermesi, uluslar arası hukukta ve iç hukukta bu kadar sınırlandırılmışken; işçinin işyeri dışındaki özel yaşamı ile ilgili “işletmenin yüksek menfaatleri” gibi son derece sübjektif değerlendirmelerle, özellikle belli bir konumda bulunan üst düzey yöneticilerin tamamen şahsi sebeplerle iş ilişkilerinin sona erdirilmesinin yolunu açabilecektir. Kötüye kullanılma olasılığı bu kadar yüksek bir olanağın işverene yönetim hakkı kapsamında tanınması, hukuka uygun olmadığı gibi, işçinin korunması ilkesiyle de bağdaşmaz. Bu bağlamda, işçinin işyeri dışındaki yaşamına müdahale kabul edilecek genel, soyut, sübjektif ve yapılan işle gerekçelendirilemeyen ve istenen amaçla ölçülü olmayan genel ve özel talimatlar MK m.23 ve TBK m.27 doğrultusunda geçersiz kabul edilecektir. Ancak çok uç bir örnek olmakla birlikte işverenin işçinin işyeri dışındaki özel yaşamına ilişkin yönetim hakkının sınırlarını ortaya koyması bakımından, hayvan severler derneğinde çalışan veya doğa hayvanlarının korunması ve hayvan hakları konusunda kamuoyu oluşturmak üzere faaliyet gösteren bir kuruluştaki çalışan bir işçinin, doğrudan çalıştığı kurumun faaliyeti ve yapılan işle bağlantısı kurulduğundan, ava gitmesi yasaklanabilir veya bu konuda verilen özel bir talimatı geçerli kabul etmek gerekir.

⁶⁴⁹ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, 240, 243

Fransız Yargıtay'ının işçinin işyeri dışındaki davranışlarıyla ilgili işverenin disiplin yetkisi bakımından özellik gösteren iki kararını belirtmek istiyoruz. İşyeri ve iş saati dışında bir iş arkadaşının can güvenliğini riske atan işçiye verilen disiplin cezasının yerinde olduğuna karar verilmesine karşın⁶⁵⁰; iş zamanı dışında bir yabancıya kanuna aykırı olarak oturacak yer bulması için yardım eden ve bu sebeple yargılanarak cezaya mahkum edilen noter katibinin iş akdinin feshi, işçinin işyeri dışındaki eylemlerinin iş ilişkisinde bir kusur oluşturmaması sebebiyle haksız bulunmuştur⁶⁵¹.

İşçinin özel yaşam hakkının korunmasına bağlanan temel hak ve özgürlükler; düşünce ve ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ve yerleşme ve seyahat özgürlüğü üçgeninde belirginleşmekte olup, insan yaşamında çok önemli yer tutan bu üç kategori özgürlüğün işyeri ve işyeri dışında işverenin yönetim hakkı karşısındaki konumu ve sınırlarını aşağıda irdedeceğiz.

III. Düşünce ve İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü, insan haklarına ilişkin tüm uluslar arası sözleşmelerde insanın en değerli haklarından biri olarak kabul edilmiştir. Bu özgürlük olmadan bilgilendirme olmaz, tartışma olmaz ve çoğulculuk ve dahası bu özgürlük olmadan insan çevresinden soyutlanır. Yani ifade özgürlüğü aynı zamanda insanların birbirleriyle iletişim kurmalarını sağlayan bir özgürlüktür. Bu özgürlük sayesinde ki, düşünceler, kanaatler yazılı ya da sözlü olarak dış dünyaya aktarılır⁶⁵².

Düşünce özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.10'da "*Herkes, görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir*" AY m.26'da "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir*" şeklinde düzenlenmiştir.

İş Hukukunda düşünce ve ifade özgürlüğü ilk olarak kolektif düzeyde, belli topluluklar içinde işçilerin şikayet, dilek ve hak taleplerinin ifade edilmesini

⁶⁵⁰ Cass.soc.,4 oct.2011, n:10-18.862, Waquet/Struillou/Rivolier, 182

⁶⁵¹ Cass.soc.,16 déc.1997, n:95.41.326, Waquet/Struillou/Rivolier, 173

⁶⁵² Pélissier/Auzero/Dockès, 661

sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır. Düşünce özgürlüğü aynı zamanda yargı içtihatları ile teyit edilen işçinin en büyük özgürlüğüdür⁶⁵³. Bu özgürlük işçiye ilk olarak işyeri ve zamanı dışında tanınmış, daha sonra işverenin yetkisine tabi olarak işletme içinde de kabul edilmiştir⁶⁵⁴. İşçinin düşünce özgürlüğü Fransız yargı kararlarında şu şekilde ifade edilmektedir:

“İşçi, kötüye kullanma hariç işletme içinde ve dışında düşünce özgürlüğünden istifa eder, ancak bu özgürlük yapılan işin doğası ile gerekçelendirilmek ve istenen amaç ile orantılı olmak koşuluyla sınırlandırılabilir.”

Düşünce özgürlüğünün işyeri içindeki veya dışındaki istisna ve sınırlarına geçmeden önce düşünce özgürlüğü kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Anayasa Mahkemesi daha önceki bireysel başvuru kararlarında olduğu gibi en son “twitter⁶⁵⁵” ve “youtube⁶⁵⁶” kararlarında da düşünce özgürlüğünü;

“insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla (söz, yazı, resim vb.) özgürce açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesidir.” şeklinde tanımlamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları da düşünce özgürlüğünün kriterlerinin belirlenmesinde yol gösterici olmuştur;

“Düşünce ve ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun ve bireysel gelişimin temel kurumlarından. Bu özgürlük sadece toplumda kabul gören bilgi ve fikirlerin ifadesi ve yayılmasını değil, aynı zamanda kızdıran, şok eden ve rahatsız eden fikirlerin de ifadesi anlamına gelir. Bunlar demokratik bir toplumun içeriğinde yer alan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin bir gereğidir.”⁶⁵⁷

Karar metninden de açıkça anlaşıldığı gibi, düşünce özgürlüğü, genel kanaate aykırı olsa bile eleştirme hakkını içerir.

⁶⁵³ Waquet/Struillou/Rivolier, 297

⁶⁵⁴ Pélissier/Auzero/Dockès, 662

⁶⁵⁵ AYM, 2.4.2014, B.N.2014/3986, www.anayasa.gov.tr

⁶⁵⁶ AYM, 29.5.2014, B.N.2014/4705, www.anayasa.gov.tr

⁶⁵⁷ Aydın, Kişilik Hakları, 143; Pélissier/Auzero/Dockès, 663

Bu bağlamda, iş hukukunda işçinin düşünce ve ifade özgürlüğünün doğuşu, gelişmesi ve büyümesi endüstriyel demokrasi kavramını da beraberinde getirmiştir. İlk başta işçilerin işyeri, çalışma koşulları ve ücret hakkındaki şikayetlerini, işyeri temsilcileri, işveren vekilleri veya işveren nezdinde dile getirmesi ve yerine göre, işyerindeki çalışma koşullarından yakınma ve eleştirme şeklinde başlayan süreç, zamanla işçiye insan kaynakları politikasının belirlenmesinden, çalışma koşullarının saptanmasına söz hakkı tanınmasına kadar varan bir yönetime katılma süreci başlatmıştır. Fransız Hukukunda da işyerleri çok küçük bir topluma (minyatür/küçük toplum) “micro-société” ye benzetilmekte ve işçiler de işyerinin vatandaşları “citoyen-salarié” olarak anılmaktadırlar⁶⁵⁸.

Türk İş Hukukunda da işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin korunması ve sağlanması için, işçi ve işverenin işbirliği ve işverenin koordinasyonunda, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak alınması gereken önlemlerin, işyerindeki bozukluk, aksaklık ve eksikliklerin işverene, iş güvenliği uzmanlarına ve iş sağlığı ve güvenliği kurumlarına bildirilmesinde işçinin söz sahibi olması, teklif getirmesi ve yönetime katılımı amaçlanmıştır⁶⁵⁹. İşveren özellikle işyerinde iş sağlığının ve güvenliğinin korunması için, yönetim hakkını işçinin düşünce özgürlüğünü sınırlamak ve engellemek şeklinde değil, tersine bu özgürlüğün işçiler tarafından daha rahatlıkla, sıklıkla ve dikkate alınmayacağı, kınanacağı veya cezalandırılacağı endişesi olmadan barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifade etmelerinin yolunu açarak kullanmalıdır⁶⁶⁰. Böylelikle işçiler ile birlikte işletmenin güvenilirliği ve menfaatleri de korunmuş olacaktır.

Diğer taraftan, işçi, düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında, işverenin çalışma koşulları ve ücret politikalarına ilişkin kararlarını iş arkadaşlarıyla tartışabilir, yorumlayabilir veya eleştirebilir; yine aynı şekilde hiyerarşik üstlerine ve işverenine de işyerinde tespit ettiği olumsuzluklara ilişkin fikirlerini ve görüşlerini hiyerarşik saygı boyutuna özen göstererek aktarabilir ve hatta bunları e.posta veya bir mektup vasıtasıyla da yapabilir.⁶⁶¹

⁶⁵⁸ www.cda.univ.rennes1.fr/digital/Asset/53/537, s.15; Waquet/Struillou/Rivolier, 151-198

⁶⁵⁹ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun “Çalışmakta kaçınma hakkı” m.18; “Çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması” m.18; “Çalışanların yükümlülükleri” m.19/c, ç, d; “İş sağlığı ve güvenliğinin koordinasyonu” m.23/f.2; sayılabilir.

⁶⁶⁰ Taşkent, Yönetim Hakkı, 117

⁶⁶¹ Waquet/Struillou/Rivolier, 303

Anayasa Hukukunda, iftira, hakaret, sövme, suça ve şiddete teşvik, ve tahrik düşünce özgürlüğünün koruma alanı dışında kalmaktadır⁶⁶². Kamusal alanda olduğu gibi, işyerinde veya dışında da, işçinin düşünce özgürlüğü sınırsız olmayıp, başkalarına zarar verdiği ölçüde sınırlandırılmıştır. Düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmasında, “hakkın kötüye kullanılması” teorisine dayanan Fransız Yargıtay’ı, hakaret, iftira niteliğindeki veya aşağılayıcı, küçültücü aşırı ve ölçsüz sözleri, düşünce özgürlüğünün kötüye kullanılması olarak değerlendirmekte ve gerek işverenine, gerekse işyeri yöneticilerine ve hiyerarşik üstlerine ve gerekse de iş arkadaşlarına bu tür sözler yönelten işçilere uygulanan disiplin yaptırımlarını haklı bulmaktadır⁶⁶³. Bu bağlamda, 4857 sayılı İş Kanunu’nun işverenin haklı nedenle fesih hakkını düzenleyen m.25/f.II (b) ve (d) bentlerinde, sırasıyla, işçinin, işveren yahut aile üyelerinden birinin namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması; işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin bir başka işçisine sataşması halleri, işçinin iş akdinin haklı sebeple yani tazminatsız ve ihbar öneline uyulmaksızın feshini haklı kılmaktır.

Yargıtay’da, işçinin işyerinde başka bir işçiye sataşmasını ve hakaret etmesini⁶⁶⁴, küfretmesini⁶⁶⁵, kişilik haklarını zedeleyen söz ve davranışları, işçilerin birbirleriyle ve başka işçilerle paylaşmasını⁶⁶⁶ İş Kanunu m.25/f.II.(d) bendi uyarınca haklı fesih sebebi olarak kabul etmiştir.

İşyeri dışında da, işçinin işvereni, işi ve çalıştığı işletme hakkındaki fikirlerini serbestçe ifade edebileceği kabul edilmektedir. Ancak işçinin işyeri dışındaki fikirlerini açıklaması ve yayması iki halin birlikte bulunması halinde düşünce ve ifade özgürlüğünün kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir⁶⁶⁷.

- İşçinin işvereni ve çalıştığı işletme ile ilgili, yalan veya aşağılayıcı veya hakaret ve iftira niteliğinde veya işverenine ve işletmeye veya imajına zarar verici veya öç almaya yönelik sözler sarfetmesi

⁶⁶² Tanör/Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukuku, 173

⁶⁶³ Waquet/Struillou/Rivoliier, 304

⁶⁶⁴ Y.22 HD, 18.3.2014, E.2013/7175, K.2014/6440, www.kazanci.com

⁶⁶⁵ Y.7.HD, 7.10.2013, E.2013/8913, K.2013/16392, www.kazanci.com

⁶⁶⁶ Y.7HD, 18.2.2014, E.2013/25515, K.2014/4086, www.kazanci.com

⁶⁶⁷ Waquet/Struillou/Rivoliier, 299

- Ve bu sözleri herkesin önünde söylemesi

Fransız Yargıtay'ı kamuya açık alan olarak kabul edilen bir banka şubesinde, hekim olan işvereni hakkında, hastaları arasında homoseksüellerin olduğunu ve bunların bazılarında da HIV virüsü taşıdığını ve kullandığı iğnelerin sterilizasyonu konusunda gerekli önlemleri almadığını söylemesini, işverenine zarar vermek amacını taşımadığı ancak işçiye tanınan düşünce özgürlüğünün kötüye kullanıldığı şeklinde değerlendirmiştir⁶⁶⁸.

İşçinin işyeri dışında düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırları konusunda bir başka sorun, facebook ve twitter gibi sosyal medya araçlarında, işveren aleyhine hakaret niteliğindeki sözlerin ve aşağılayıcı beyanların kamusal alan kapsamına girip girmeyeceği konusudur. Fransız Yargıtay'ı bu konuda tüm kullanıcılara açık bir sosyal ağ ile yalnızca sınırlı ve tanınmış arkadaş grubu ayrımı yapmakta, kamuya açık olmayan ve sınırlı bir arkadaş grubunda söylenen sözleri, aşırı hakaret içerikli ve aşağılayıcı bile olsa, kamusal alanda söylenmiş olarak kabul etmemektedir⁶⁶⁹.

Diğer taraftan, işçinin özel yaşam hakkı bölümünde de değindiğimiz gibi, işçinin siyasi fikirlerine, dünya görüşüne, sanatsal zevklerine ve moral değerlerine işverenin işletme menfaatleri gibi genel ve soyut gerekçelerle yaptığı tüm müdahaleler haklı görülemeyecek ancak açık ve net bir şekilde sınırlı çizilmek ve iş görme edimi ile doğrudan ilişkilendirilen ve istenen amaç ile ölçülü olan düzenlemeleri işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu sebeple, işyeri iç yönetmelik hükümleri veya talimatlar ile işyerinde, ara dinlenmeler de dahil olmak üzere, işle ilgisi bulunmayan, siyasi, ekonomik veya psiko-sosyal içerikli tüm tartışmaların yasaklanması, siyasi partiler veya dernek üyeliğinin, bireysel olarak veya kamuoyunda politik demeçler verilmesinin yasaklanması veya sosyal medyada siyasi veya sosyal içerikli veya işverenin politik görüşleriyle bağdaşmayan bazı düşünce gruplarına üye olunmasının ve görüş alışverişinde bulunulmasının yasaklanması, veya yasal olarak düzenlenen toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılımın engellenmesi, işçilerin düşünce ve ifade özgürlüğüne aşırı ve ölçsüz bir müdahaleler olarak nitelendirilmeli ve söz konusu düzenlemeler başta Anayasa ile güvence altına kişilik haklarına ve MK m.23-24 yollaması ile TBK m.27 gereği, geçersiz kabul edilmelidir.

⁶⁶⁸ Cass.soc,7 oct.1997, no:93-41.747, Waquet/Struillou, Rivolier, 299-300

⁶⁶⁹ Cass.1.civ.,10 avr. 2013, no:11-19.530, Waquet/Struillou/Rivolier, 301

III. Din ve Vicdan Özgürlüğü

Din ve vicdan özgürlüğü, uluslar arası sözleşmeler ve ulusal anayasalar ile güvence altına alınan işçinin temel kişilik haklarından biridir. Bunlar arasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.9 ve 2000/78 sayılı (78/2000/CE) İş ve İstihdamda Eşit Davranma Yükümlülüğü'ne ilişkin Avrupa Birliği Yönergesi m.9 ve iç hukukta AY m.24 *“Herkesin vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğunu, kimsenin ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı, kınanamayacağını ve suçlanamayacağını”* hükmünü sayabiliriz.

Din ve Vicdan Özgürlüğü, “laiklik” ve “eşitlik” temelleri üzerine oturur⁶⁷⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, bir çok kararında, din ve vicdan özgürlüğünün temel karakterine atıfta bulunarak;

“Din, vicdan ve düşünce özgürlüğü, demokratik bir toplumun gereklerindendir. Din boyutunda bu özgürlük, inananların kişisel özelliklerinin en önemlileri arasında bulunan hayat ve dünya görüşlerini temsil eder. Ama aynı zamanda, ateistler, kuşkucular ve farklı dinsel görüştekiler için de bir o kadar değerlidir. Diğer taraftan, kabul edilmelidir ki, demokratik bir toplum, birçok dinin ve inancın uyum içinde birlikte olduğu bir topluluktur. Dinin uygulanmasında ve dini inançların yaşanmasında, diğer dini grupların menfaatleri ile uyumun ve uzlaşmanın garanti edilmesi ve her bir inanca saygı gösterilmesinin sağlanması gerekliliği ortadır.” ifadeleri ile din ve vicdan özgürlüğün en önemli kriterini, diğer tüm temel hak ve özgürlükler de olduğu gibi, bir diğerinin veya bir diğer grubun inancına ve görüşüne saygı gösterilmesi, zarar verilmemesi ve birlikte uyum içinde yaşama şeklinde değerlendirmiştir⁶⁷¹.

Din ve vicdan özgürlüğü konusunda bu genel açıklamalardan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarındaki can alıcı noktaları vurguladıktan sonra; işverenin işçinin din ve özgürlüğü bağlamındaki yönetim hakkına gelince; işverenin

⁶⁷⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukuku, 171

⁶⁷¹ CEDH, Ch. 25 mai 1993, Kokkinakis c/Grèce, Req. N:14307/88, décision, 15 nov.2005, Leyla Şahin c/Turquie, Waquet/Struillou/Rivolier, 287

yönetim hakkını sınırlandıran ve işverene birbirinden farklı yükümlükler getiren iki temel hukuk kuralı olduğunu görüyoruz⁶⁷²:

- Bunlardan birincisi; işverenin işin düzenlemesinde ve çalışma koşullarında (ücret ve ücrete bağlı haklar, sosyal haklar, izinler, terfiler vb.) ve işin sona erdirilmesinde işçilerin dini ve vicdani inançlarından dolayı ayrımcılık yapmasının yasaklanması (ayrımcılık yasağı) yani işverenin işin yürütümünde ve düzenlenmesinde, çalışanların dini inanışlarını göz önünde bulundurmasından vazgeçmesini gerektiren bir tarafsızlık yükümlülüğü;
- İkinci ise; çalışanların işyerinde dini inançlarını yaşayabilmeleri, dini inanç ve özgürlüklerine saygı duyulması bir başka deyişle, bu özgürlüklerin işyerinde yerine getirilmesini ve uygulanmasını engellememe yükümlülüğü;

Din ve vicdan özgürlüğü konusunda işverenin yönetim hakkını sınırlandıran bu iki ilke; dine dayalı ayrımcılık yapma yasağı ve işyerinde din ve özgürlüğünün korunmasına saygı gösterilmesi, aslında tam olarak kesişmemekte, birbirini tamamlamamakta ve hatta deyim yerindeyse birini diğerrinin işlevini azaltabilmektedir⁶⁷³. Bu bağlamda ayrımcılık yasağı, işverenin çalışanların dini inanışlarını göz önünde bulundurmasından vazgeçmesini gerektiren bir tarafsızlık yükümlülüğü ortaya koyarken; din ve inanç özgürlüğü korunması, işverenin çalışma koşullarını işçilerin dini inanışlarına göre uyarlaması sonucunu doğurabilecek bir hoşgörü ilkesini zorunlu hale getirmektedir⁶⁷⁴. Tüm bunlara ilaveten, girişim özgürlüğü çerçevesinde faaliyette bulunan işveren, işletmesel çıkarları korumak, işyerinde düzeni kurmak ve sürdürmek ve işletmenin devamlılığını sağlamak zorundadır. Bu yönüyle de, işçilerin temel hak ve özgürlüklerinden biri olan din ve vicdan özgürlüğü ile işverenin girişim özgürlüğünü karşı karşıya getiren bu hassas sorunun çözümü, aşağıda irdedeceğimiz tüm yüksek yargı kararlarında görüleceği gibi, ölçülülük ilkesi ve dürüstlük kuralı gibi, objektif hukuk kurallarına bağlanmıştır.

⁶⁷² Péliissier/Auzero/Dockès, 671-672

⁶⁷³ Péliissier/Auzero/Dockès, 671; Waquet/Struillou/Rivolier, 288

⁶⁷⁴ Péliissier/Auzero/Dockès, 671

Alman Federal İş Mahkemesi; oyuncak, kozmetik ve süs eşyaları satan bir mağazada uzun yıllar çalıştıktan sonra, dini inançları gereği türban takan kadın işçinin iş akdinin, mağazanın stiline uymaması, mağazanın müşterilerinin önemli bir kısmı için kabul edilemez ve beklenilemez olması sebebiyle feshedilmesi üzerine, işçinin feshin din özgürlüğüne müdahale teşkil ettiği ve dolayısıyla feshin geçersiz olduğuna ilişkin açtığı davada; türban takmanın işçinin işe uygunluğunu ve iş görme yeteneğini etkilemeyeceği, zira işçinin ne müşterilerle konuşmaktan ve ne de satışa ilişkin diğer işlemleri yapmaktan engellenmiş durumda olmadığı; buna karşın işçinin Anayasa tarafından korunan dış görünüşünü ve giyimini belirleme hakkını kapsayan kişilik hakkının ancak haklı gerekçelerle sınırlandırılabilirliği, işverenin talimat hakkını kullanırken, iyiniyet kurallarına, din ve inanç özgürlüklerine uymak zorunda olduğu gerekçesiyle dayanarak feshi geçersiz bulmuştur⁶⁷⁵. İşverenin girişim özgürlüğü ile işçinin özgürlüklerinin çatıştığı bu ihtilafta, işçinin dini inançlarını gerekçe göstererek taktığı türbanın iş görme edimini etkilememesi sebebiyle yani işverenin gösterdiği gerekçenin işin doğası ve işletme gerekleriyle gerekçelendirilmediği ve meşru ve haklı bir amaca da hizmet etmediği gerekçesiyle, işçinin din ve vicdan özgürlüğüne üstünlük tanınmıştır.

İşverenin yönetim hakkının işçinin din ve vicdan özgürlüğü karşısında sınırlarını belirlemesi ve objektif kıstasların tespiti bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 15.1.2013 tarihli Mme Eweida ve Mme Chaplin hakkındaki kararı kayda değerdir⁶⁷⁶. Yüksek Mahkeme; dini inançları gereği boynunda haç taktığını beyan ederek, işveren tarafından haçın çıkarılması talebini din ve vicdan özgürlüğüne haksız müdahale olduğu gerekçesiyle reddeden ve iki farklı meslek grubuna mensup her ikisi de İngiliz vatandaşı olan iki kadının disiplin yaptırımına uğramasıyla ilgili olarak iki farklı karar vermiştir: İngiliz Hava Yollarında hostes olarak çalışan Mme Eweida'ya uygulanan boynundaki haçı çıkarmaması sebebiyle verilen disiplin cezasını, **“din ve vicdan özgürlüğüne aşırı müdahale ve bu özgürlüğün aşırı ve ölçüsüz sınırlandırılması”** olarak kabul ederken, aynı durumda bulunan ve bir hastanede hemşire olarak çalışan Mme Chaplin hakkındaki disiplin cezasını yerinde bulmuştur. Mahkeme, aynı ülke vatandaşı olan ve dolayısıyla aynı iç hukuka tabi

⁶⁷⁵ Sözer Ali Nazım, Almanya'da Çalışan Türk İşçilerinin Dini İnançlarından Kaynaklanan Sorunları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30.Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s.52-53

⁶⁷⁶ L'affaire Eweida et autres c/Royaume-Uni (requêtes n:48420/10, 59842/10,5671/10 et 36516/10), Waquet/Struillou/Rivoliier, 192-196

olan ve aynı gerekçelerle işverenin talimatına uymayan bu iki kadın hakkında uygulanan disiplin yaptırımı ile ilgili kararının farklı olmasının gerekçesini; hemşire olan Mme Chaplin için, hastaların güvenliği ve kendi güvenliği için boynunda yabancı metal bir cisim bulunmaması gerektiği ve dolayısıyla Mme Chaplin'in dini inançları gereği taktığı haçın iş görme edimini etkilediğini; buna karşın, havayollarında hostes olarak çalışan Mme Eweida'nın boynundaki haçtan iş görme edimini yerine getirirken uçak yolcularının güvenliğinin riske girmeyeceği ve bu sebeple de iş görme ediminin yerine getirilmesinde bir olumsuzluk yaratmadığı ve üçüncü kişilere de zarar verme riski olmadığından işverenin yaptırımını özgürlüklere aşırı ve ölçüsüz müdahale olarak kabul etmiştir⁶⁷⁷.

Fransız Yargısının özellikle, İslam dininin inançlarına bağlı olarak din ve vicdan özgürlüğünün işyerinde uygulanması yönünde farklı bir tutum içinde olmasına rağmen⁶⁷⁸, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yukarıda sözünü ettiğimiz kararından sonraki bir kararında, katı tutumunu değiştirdiğini görmekteyiz. Şöyle ki, bir kreşte çalışan kadın işçinin, din ve vicdan özgürlüğünü gerekçe göstererek taktığı türbanın, “işçilerin dış görünümünde tarafsızlığını ihlal edecek dini simgeler takması ve kullanması yasaktır” şeklindeki iç yönetmelik hükmünü ihlal ettiğinden, “türbanın çıkarılmasına ilişkin talimatını reddetmesi sebebiyle, iş akdi feshedilen kadın işçi tarafından açılan feshin geçersizliği talebine ilişkin davada, feshin geçerliliğine karar veren ilk derece mahkemesi kararı ile bu kararı onayan Fransız İstinaf Mahkemesi kararını Fransız Yargıtay'ı aşağıdaki gerekçelerle bozmuştur;

“... kreşte çalışan kadın işçinin taktığı türbanın işçinin yaptığı işi engellemediği ve özel işyerlerinde işverenin işçilerin tarafsız bir görünüme sahip olması amacıyla din ve vicdan özgürlüğünü yasaklar şekilde düzenlemeler yapamayacağı ancak Fransız İş Kanunu m.1121-1 hükmüne uygun olarak sınırlamalar getirilebileceği ve bu sebeple de, işverenin bu konudaki yönetmelik hükmünün işçinin din ve vicdan özgürlüğünü Fransız İş Kanunu'nun L.1121-1 hükmünü ihlal eder şekilde aşırı ve ölçüsüz olarak sınırlandırdığı ve istenen amaç ile orantılı olmadığı” gerekçesiyle, feshin geçersizliğine karar vermiştir⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Waquet/Struillou/Rivoliier, 192-196

⁶⁷⁸ Lahalle, 154; Péliissier/Auzero/Dockès, 672; www.actuel-ce.fr/comite, “L’employeur peut limiter la liberté religieuse dans l’entreprise, pas l’interdire” Prof.Michel Miné

⁶⁷⁹ Cass.soc.19 mars 2013, n:11-28.845, Waquet/Struillou/Pécaut-Rivoliier, 289; Mine, Michel, www.actuel-ce.fr/comite

Avrupa İnsan Mahkemesi ile Almanya ve Fransa Yüksek Mahkemelerinin kararları ışığında, işyerlerinde, işçilerin din ve vicdan özgürlüğünün işveren yönetim hakkı kapsamındaki sınırlarının denetiminde ölçülülük ilkesinin esas alındığını söyleyebiliriz. Bu ilkeyi, işyerindeki dini ibadetlerin uygulanmasına ilişkin taleplere de uyguladığımızda, işçilerin işyerindeki işleri aksatmamak ve iş görme edimlerini yerine getirmelerine engel olmaması halinde bu ibadetlerin işçinin din ve vicdan özgürlüğü kapsamında yerine getirilmesi taleplerine olumlu bakarak buna ilişkin düzenlemelerin yapılması gerektiği sonucuna varabiliriz⁶⁸⁰. Bununla birlikte, işverenin, işçinin din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde dini ibadetlerini yerine getirmelerini, işyerinde çalışma barışını ve işin görülmesini aksatmadığı sürece, engellememe ve yasaklamama yükümlülüğü olduğu kadar dine ve diğer sebeplere dayalı ayrımcılık yapılmaması konusunda işyerinde gerekli düzenlemeleri yapmak ve gerekli önlemleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu sebeple, bir erkek işçinin dini inançlarını gerekçe göstererek, kadın işçilerle selamlaşmayı reddetmesi veya kadın olan hiyerarşik üstünün talimatlarına uymayı kadın olması sebebiyle reddetmesi, işverenin “cinsiyete dayalı ayrımcılık” yasakları doğrultusunda, talimat verme, düzenleme yapma ve gerektiğinde disiplin yaptırımlarını uygulamasını gerektirebilir⁶⁸¹.

İşçinin din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili bir başka husus ise, işçinin dini inancını gerekçe göstererek bir işi yapmaktan kaçınmasıdır. Her ne kadar işçi burada anayasal bir hakkını kullandığını ileri sürebilecekse de, işçiye verilecek her işin din ve vicdan özgürlüğü esas alınarak değerlendirilmesi ve işin işçinin dini inançlarına uydurulması düşünülemez⁶⁸². İşçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği bazı görevlerinin bulunduğu ve bu görevlerin yerine getirilmesini istemenin de işverenin aynı ölçüde korunmaya değer hakkı olduğu gözden kaçmamalıdır. İşçinin dini inancına aykırı olan bir işi yapması yönündeki işveren talimatına uymaktan kaçınması ancak işçi açısından beklenmeyen bir durumun ortaya çıkması şartıyla kabul edilebilir. İşçinin

⁶⁸⁰ “İşçinin işini aksatmadan dinsel gereklerini yerine getirmesi (oruç tutması, dua etmesi, Cuma namazı kılması) hijyen ve güvenliği zedelemeyen dinsel takılar takması veya türban kullanması veya saçlarını örtecek şekilde bir giyim tarzını tercih etmesi, ara dinlenmesi ya da iş saatleri dışında dini ayinlere katılması, dini ibadet yerlerini ziyaret etmesi işçinin din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi ve yasaklayıcı veya sınırlayıcı talimat verilmemesi gerekir.” (Aydın, Kişilik Hakları, 121)

⁶⁸¹ www.actuel-ce.fr/comite, s.2-3

⁶⁸² Taşkent, Yönetim Hakkı, 112; Bayram, İşçinin Kişiliğinin Korunması, 33

iş sözleşmesinin yapılması sırasında dini inancı ile çatışabilecek bir iş yapmayı öngörmemesi veya dürüstlük kuralı gereğince öngörmemesi kabul edilebilecekse bu halde işçi açısından beklenmeyen bir durumun varlığından söz edilebilir. Ayrıca, böyle durumlarda, işveren işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü de vardır. Buna karşılık, işçinin iş sözleşmesinin yapılması sırasında dini inancı ile çatışabilecek bir işi yapabileceğini öngörmesi veya öngörebilecek durumda olması halinde işçi açısından beklenmeyen bir durumun varlığından söz edilemez⁶⁸³. Bu bağlamda bir hekimin ettiği (Hipokrat) yemininin dinsel buyruklarla çelişebileceğini hesaba katması veya eczanede tezgahtar olarak çalışmak üzere iş sözleşmesini imzalayan bir işçinin satacağı ilaçlar arasında doğum kontrol haplarının bulunduğunu göz önünde bulundurması gerekir.

İşçinin dini inançları sebebiyle, bir kısım işleri yapmayı reddetmesi konusunda, Fransız Yargıtay'ının şarküteri ürünleri satan bir markette çalışan işçinin dini inançları gereği, domuz etini satmayı ve kesmeyi reddetmesi üzerine iş akdinin işveren tarafından ciddi ve geçerli bir sebep olmaksızın feshedilmesi sebebiyle açtığı tazminat davası dolayısıyla vermiş olduğu kararını belirtebiliriz. Fransız Yargıtay'ı şarküteri ürünleri satan bir markette sekiz sene kadar çalıştıktan sonra, kasap bölümüne verilen ve bu bölümde de iki sene çalıştıktan sonra, müslüman olması sebebiyle domuz eti ile uğraşamayacağını ileri sürerek başka bir servise naklini isteyen işçinin talebinin reddedilerek yapılan feshi; her ne kadar işverenin işçinin görev değişiminde yeni görevinin dini inançları ile çelişebilecek domuz eti ile uğraşmayı gerektirdiği hususunda bilgilendirmemesini ve işçinin bir önceki görevine dönme talebinin reddedilmesini bir hata olarak değerlendirmişse de; kararının hüküm fıkrasında, işverenin talebi kamu düzenine aykırı olmadığından, feshin geçerliliğine karar verilmiştir⁶⁸⁴. Kanaatimizce, Fransız Yargıtay'ının kararı üç yönden hukuka aykırı olup, ayrıca İslam dinine yönelik bir tahammülsüzlük ve önyargıyla, AB Hukukuna ve Adalet Divanı kararlarına yön veren ve hakim olan, ölçülülük, işverenin bilgilendirme yükümlülüğü ve iş güvencesi ilkelerinin çiğnenmesi olarak yorumlanmalıdır. Şöyle ki, işçinin iş akdini imzaladıktan sonra sekiz sene süre ile dini inançları ile çelişkili olmayan bir bölümde çalıştıktan sonra, islam dinine mensup olduğu bilinmesine rağmen, domuz eti ürünleri ile de

⁶⁸³ Bayram, İşçinin Kişiliğinin Korunması, 34, Taşkent, Yönetim Hakkı, 114; Aydın, Kişilik hakları, 141

⁶⁸⁴ Cass.soc.24 mars 1998, no:95-738, Waquet/Struillou/Rivolier, 191

ilgilienmek zorunda olduğu kasap bölümünde görevlendirmesi ve burada dini inancı ile çelişebilecek durumların olabileceği konusunda hiçbir bilgilendirmenin yapılmaması ve daha sonra da işçinin görev değişikliği isteğinin reddedilerek iş akdinin feshedilmesi; sırasıyla, işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü, ölçülülük ilkesi, çalışma koşullarında işçinin onayı olmadan esaslı değişiklik yapılamaması ve nihayet feshin son çare olması ve iş güvencesi hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır.

V. Yerleşme (konut seçme) Özgürlüğü

Yerleşim yeri (ikametgah) özel yaşamın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkının sembolüdür. Bu duvarların arkasında işçinin faaliyetleri saklı kalmak zorundadır. Bu sebeptendir ki; konut seçme ve yerleşme özgürlüğünün, idari otoriteden olduğu kadar işverenin otoritesinden de korunması son derece önemlidir⁶⁸⁵.

İşçinin yerleşim yerinin seçimi konusunda, işverenin yönetim hakkı iki durumda söz konusu olur⁶⁸⁶;

- Birincisi, işverenin işçinin yerleşim yerinin seçimine ve kullanımına doğrudan müdahalesi,
- İkincisi ise, işçinin yerleşim yerini de etkileyecek şekilde iş yeri iç yönetmelikleri, bireysel ve toplu iş sözleşmelerine koyulan işyeri değişikliğine ilişkin saklı tutma kayıtlarına dayanılarak işçinin görev yerinin değiştirilmesi,

Birinci durum, işverenin bireysel veya toplu sözleşme kaydı ve işyeri iç yönetmeliklerine koyulan bir kayıt ile, işçinin yerleşim yerinin işyerine çok yakın veya belli bir mesafede seçilmesi zorunluluğudur. Böyle bir kayıt, ilk başta işçinin özel yaşamına ve yerleşim özgürlüğüne açık bir müdahale gibi gözükse de, işçinin gördüğü işin böyle bir zorunluluğun getirilmesi için zorunlu olması ve istenen amaç ile orantılı olması şartıyla kabul edilmektedir. Bunun değerlendirmesinde ise, genel kural olarak kabul edilen işçinin özel yaşam hakkının bir uzantısı olarak değerlendiren yerleşim yerini seçme özgürlüğü ve bu hakkın üstünde korunması

⁶⁸⁵ Waquet/Struillou, Rivoliér, 203

⁶⁸⁶ Waquet/Struillou/Rivoliér, 203

gereken işyerinde güvenliğin sağlanması ve işletmenin hizmetinden faydalanan üçüncü kişilerin yaşam haklarının, bedensel bütünlüklerinin ve sağlıklarının korunması gayesidir. İşte bu sebeple, bir hastanenin acil servisinde çalışan tüm sağlık personeli (hekim, hemşire, hastabakıcı) için işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği böyle bir talimat veya düzenleme hukuka uygundur⁶⁸⁷. Aynı şekilde yoğun güvenlik problemleri riski taşıyan bir işyeri olan bir fabrikada, fabrika müdürünün gerekli gözetimi yapabilmesi için işyerine yakın bir konumda bulunması veya yine turizm sektöründe tatil köylerinde veya çok büyük kapasiteli otellerde, müşterilerin yaşam haklarına, bedensel bütünlüklerine ve sağlık haklarına özen gösterilmesi ve işletme faaliyetlerinin sürekli gözetim altında tutulması gibi sebeplerle genellikle işletme genel müdürlerine lojman verilmek suretiyle işletme içinde yerleşimleri sağlanmaktadır.

Ancak çok istisnai olarak kabul edilen bu haller dışında, ücretli çalışan bir avukatı bürosunun bulunduğu coğrafi çevrede ikamet etmeye zorlayan bir sözleşme kaydı işçinin kişilik haklarına açık bir müdahale oluşturduğundan geçersiz kabul edilecektir⁶⁸⁸.

Diğer taraftan, işyerinde görev değişikliğini saklı tutma kayıtlarıyla işçinin görev yerinin değiştirilmesinin dolaylı sonucu olarak işçinin yerleşim yerini de değiştirmek zorunda kalması, Fransız öğretisinde ve yargı içtihatlarında “işçinin kişilik haklarına ve yerleşim yerini özgürce seçme hakkına” aykırılık olarak kabul edilmemektedir⁶⁸⁹. Buna gerekçe olarak, işçilerin işyeri değişikliğine rağmen, yerleşim yerini değiştirmek zorunda olmadığı, her hafta sonu veya her gün modern ulaşım araçlarıyla işteki görev değişimlerine rağmen evlerine rahatlıkla ulaşabilecekleri ve nitekim birçok işçinin böyle yaptıkları ifade edilmektedir⁶⁹⁰. Ülkemiz açısından olaya baktığımızda ise, işyeri değişikliğine ilişkin saklı tutma kayıtları, Fransa örneğinden farklı olarak, “**Türkiye’nin her yerinde çalışmayı kabul eder**” şeklinde son derece genel, soyut ve uçu açık şekilde düzenlenmeleri içermesi ve aynı zamanda zaman, yer ve iş türü bakımından sınırlandırılmamış olması sebebiyle, kötüye kullanılma riski taşımaktadır. Diğer taraftan ülke genelinde ulaşım araçlarının

⁶⁸⁷ Tuncay, Eşit Davranma, 163

⁶⁸⁸ Cass.soc., 12 juill. 2005, n:04-13.342, Waquet/Struillou/Rivolier, 207

⁶⁸⁹ Cass.soc., 3 mai 2006, no:04.41.016, Waquet/Struillou/Rivolier, 204; Lahalle, 151

⁶⁹⁰ Waquet/Struillou/Rivolier, 204

modernizasyonu Fransa'ya göre çok geri düzeyde olup, hızlı trenlerle uzak mesafeleri çok kısa zamanda aşma olanağı bulunmamaktadır. Tüm bunlara bir de, psiko-sosyal yapı farklılığı, aile ilişkilerinin ve bağlarının çok daha kuvvetli olması, geleneksel yapı ve çevresel faktörler eklenince, işyeri değişikliğine ilişkin saklı tutma kayıtlarının TBK m.27 hükmünde öngörülen kişilik haklarına açık bir müdahale taşıyıp taşımadığı yönünden de yargısal denetiminin yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

SONUÇ

İşverenin yönetim hakkı, iş sözleşmesi bağlamında işçinin iş görme borcunun somutlaştırılmasına ve işyeri düzeni ve iş güvenliğinin sağlanmasında çok önemli bir yere sahip olup, işverenin bu hakkı hukuk düzeninin kendisine tanıdığı sınırları içinde veya keyfi ve ölçüsüz kullanımı, çalışanların ve işyeri boyutunun da ötesinde sonuçlar doğurabilmektedir. Bu bakımdan, iş ilişkisinin bağımlılık karakteri sebebiyle, işini ve çalışmasını işverenin talimatı altında yerine getirme yükümlülüğü altına giren işçiyi, işverenin koruması ve gözetmesi, işçinin özel yaşam alanına saygı göstermesi ve ölçüsüz müdahalelerden ve keyfi talimatlardan kaçınması, eşit davranma yükümlülüğüne uyması, ayrımcılık yapmaması ve emredici kanun hükümleri ile çizilen yetkisini aşmaması gerekir ki, bunun ilk aşamadaki gözle görülür sonucu, işyerinde sosyal adaletin tesisi ve işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması olurken, işyerinde huzur ve güven ortamının kurulması ile birlikte üretim ve hizmette, kalite ve verimliliğin artması gibi işletmesel hedeflere ve nihayet ülke genelinde çalışma barışına katkıda bulunacaktır.

İşverenin işletme düzeyinde yönetim hakkı, girişim özgürlüğünü ilgilendiren karakteri sebebiyle, sosyal devlet modelinde, işveren karşısında güçsüz durumda olan ve işverene bağımlı olarak çalışan işçinin korunması, sosyal adaletin ve sosyal barışın sağlanması amacıyla, iş ilişkisinin kurulmasından sona erinceye kadar olan süreçte ve iş ilişkisinin devamlılığında, emredici düzenlemelerle sınırlandırılmıştır. İşverenin yönetim hakkını kamu hukukuna ilişkin düzenlemelerle sınırlandırılmasına ilişkin en önemli hükümler iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin hükümlerdir. İşveren, işletme riskini üzerine alması sebebiyle işyerindeki tüm çalışanların yaşam ve sağlık haklarını koruma yükümlülüğü altındadır. İşveren bu yükümlülüğünü emredici kanun hükümleri ile çizilmiş sınırlar içinde yönetim hakkını kullanarak yerine getirecektir.

İşveren, iş güvenliği ve düzenine ilişkin olarak yönetim hakkı kapsamında vermiş olduğu talimatlara uyulup uyulmadığını bu yetkinin tamamlayıcısı olan denetleme ve gözetim yetkisini kullanacaktır. Ancak teknolojinin gelişmesi ile birlikte işverenin denetim ve gözetleme yetkisini kullanırken giderek teknolojinin

sunduğu olanaklardan yararlanması ve bu araçların kullanımında, ölçülülük kriterlerine uyulmaması, çalışanların özel yaşam alanlarına aşırı ve ölçüsüz müdahaleler yaşanmasına ve onur ve saygınlıklarının zedelenmesine ve giderek artan sağlık problemlerinin yaşanmasına sebebiyet verecek boyuttadır. Bu sebeple, Fransız İş Kanunu örneğinde olduğu gibi, işverenin yönetim hakkının bir tamamlayıcısı olarak kabul edilen elektronik gözetleme ve denetiminin yetkisinin sınırlarının belirlenmesi ve İş Kanunu hükümlerinin teknolojik gelişmelere uyarlanması son derece önemlidir.

İşverenin yönetim hakkının kullanılması ile ilgili olarak İş Kanununda saptamış olduğumuz bir diğer eksiklik de, uygulamada özellikle kurumsal ölçekli işletmelerde sıklıkla uygulanmasına rağmen, işyeri iç yönetmeliklerinin içeriği, kapsamı ve sınırları konusunda yasal düzenlemelerin olmamasıdır. Halbuki, İş Kanunu m.22’de de belirtildiği şekliyle, işyeri iç yönetmelikleri, iş sözleşmesinin eki niteliğinde olup, iş sözleşmeleri ile aynı düzeyde hukuki bağlayıcılığa sahiptir. İşyeri iç yönetmelikleri tip sözleşmeler olarak kabul edilmesi sebebiyle TBK’da öngörülen genel işlem koşullarına tabi olduğu kabul edilmekte ise de, TBK genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin iş ilişkisinin özelliklerini gözeterek kaleme alınmaması sebebiyle, bu ihtiyacı karşılamaktan uzaktır.

İşverenin yönetim hakkının uygulamasında, bir tamamlayıcı yetki olarak karşımıza çıkan disiplin yetkisine ilişkin ayrıntılı hükümlerin İş Kanununda yer almamasına rağmen, işyerlerinde çoğunlukla disiplin yönetmelikleri yapılmakta veya işyeri iç yönetmeliklerinde disiplin kurallarına yer verilmektedir. İşçinin mesleki geleceğini ve bir anlamda çalışma hakkını ilgilendiren böyle bir konuda, tip sözleşmeler niteliğinde hazırlanan disiplin kurallarının içeriği, disiplin yaptırımlarının kademeli sıralaması ve çok daha önemlisi bu yaptırımlara maruz kalan işçilerin yasal başvuru hakları İş Kanununda yapılacak özel nitelikte düzenlemeler ile teminat altına alınmalıdır.

Yine üzerinde önemli durulması gereken bir konu, AB mevzuatında, “psikolojik taciz” iş sağlığı kapsamında kabul edilirken, İş Sağlığı ve Güvenliği konusunda en yeni düzenleme olan, 6331 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda psikolojik tacize ilişkin hükümlere hiç yer verilmemesi, işçinin sağlığının bir bütün

olarak korunmasına engel oluşturacak niteliktedir. Halbuki, bu gün gelinen noktada, yoğun psikolojik tacize maruz kalan işçilerin, kalp ve dolaşım rahatsızlıklarından, kas ve iskelet sistemi ve mide rahatsızlıklarına kadar çok önemli bedeni rahatsızlıklar ve sağlık problemleri yaşadığına ilişkin bilimsel veriler bulunduğundan ve esasen bu konu hizmet, sağlık ve eğitim sektörleri gibi çok daha bir büyük çalışan kitlesini ilgilendirdiğinden bu eksikliğin de giderilmesi gerekir.

Son olarak, işçinin yönetime katılımı ile birlikte işyeri ve işletmelerde oto-kontrol mekanizmaları kurulmak suretiyle, işverenin işlem ve eylemlerinde hukuka aykırılıkların nlenmesine de hizmet eden, sosyal diyalog modeli AB mevzuatı ve uygulamasında çok önemli bir yer tutarken, ülkemizde bu konuda yeterli yasal düzenlemenin bulunmaması önemli bir eksikliktir. Bu alanda, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda yapılan düzenlemeler, uygulamaya geçirilerek, çalışan temsilcilerinin ve İSG Kurullarının iş sağlığı ve güvenliğinin korunması ve iyileştirilmesi çalışmalarına etkin katılımının sağlanması, çalışanların eğitimi ve bilinçlendirilmesi bakımından da son derece önemlidir. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve iyileştirilmesi işçi ve işverenin ortak menfaatleri olduğundan, İSG kurulunda görev alanların işveren karşısında eşit duruma getirilmesi ve gerektiğinde, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini uyarılara rağmen almayan işveren hakkında gerekli şikayet ve başvuruları hiçbir baskı altında kalmadan ve işlerini kaybetme riskini taşımadan yapabilmeleri için, iş güvencesi başta olmak üzere yasal güvencelere kavuşturulması son derece önemlidir.

Ülkemizde işyeri ve işletme düzeyinde sosyal diyalog modelinin en önemli yasal dayanağı olarak kabul edilebilecek İSK kurullarının, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin alınmasına, çalışanların eğitimi, bilgilendirilmesi ve denetimine etkin katılımının sağlanması, kanayan bir yara olan iş kazalarının önlenmesi ve Soma facialarının bir daha yaşanmamasında da mutlaka olumlu etkileri olacaktır. Böylelikle, bir taraftan mikro sosyete olarak adlandırılan işyerlerinde, demokratik katılım sağlanırken diğer taraftan da taraftan makro düzeyde de sosyal uzlaşı, diyalog ve demokrasi kültürünün gelişmesine de hatırı sayılır bir ivme kazandıracaktır.

KAYNAKLAR

- Akyiğit, Ercan : Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, MESS Sicil, Yıl:2010, Sayı:20 Aralık 2010, İstanbul 2010, s.25-39
- Akyiğit, Ercan : İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 1994, s.223
- Akyiğit Ercan : İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001
- Akyiğit, Ercan : Alt İşverenlik, 2.Baskı, Ankara 2013
- Akın, Levent : İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013
- Alp, Mustafa : İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005
- Alp, Mustafa : İşverene Tek Taraflı Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçütleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:6, Sayı:21, İstanbul 2009 s.9-36
- Alp, Mustafa : İş Sözleşmesinde Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi, MESS Sicil, Yıl:2006, Sayı:3 Eylül 2006, İstanbul 2006, S.37-53
- Alpagut, Gülsevil : İş Kanunu'nun 22.maddesinin Uygulanma Alanı- Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl:2006, Sayı:9, İstanbul 2006 s.49-65
- Alpagut, Gülsevil : İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın 2010 Yılına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2012
- Alpagut, Gülsevil : İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Çimento Müstahsilleri Sendikası, Karar İncelemesi
- Arıcı, Kadir : İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası, Yargıtay Dergisi, Yıl:9 Cilt:9 Sayı:1-2, Ocak-Nisan 1983, s.160-176
- Aydın, Ufuk : İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002
- Aydın, Ufuk : Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi, MESS Sicil, Yıl:2011, Sayı:23 Eylül 2011, İstanbul 2011, s.22-36

- Aydın, Ufuk : 4857 sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna ait Bir Karar İncelemesi), MESS Sicil, Yıl:2011, Sayı:22 Haziran 2011, İstanbul 2011, s.57-68
- Aydınlı İbrahim : Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara, 2008
- Aydınlı, İbrahim : İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağ) Bakımından Bir Yaklaşım, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Sayı:1Cilt:8, Ankara, 2005, s.1-15
- Aydınlı, İbrahim : İşverenin Sosyal Temas ve İş ilişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004
- Aykaç, Hande Bahar : İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011
- Aytekin Şeyda : İşçinin Kendisine Ait Postayı İşyeri Kaynaklarını Kullanarak Göndermesi Sözleşmenin Feshinde Haklı Sebep Teşkil Eder mi? MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S:10, Haziran 2008, s:257-264
- Bakırcı, Kadriye : Uluslararası Hukuk, AB Hukuku, ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Nedenler, Ankara 2012
- Balkır, Z. Gönül : İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S:12 Aralık 2008, s.73-79
- Başbuğ, Aydın : İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul 2007
- Başbuğ, Aydın : İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008
- Başbuğ, Aydın : Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999
- Baycık, Gaye : İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011
- Bayram, Fuat : Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.11-47
- Brégu, Pierre : Le pouvoir disciplinaire de l'employeur (Surveillance, fautes, sanctions, procédures, contentieux) France, 2012
- Camerlynck, G.H. Caen Gérard Lyon : Droit du travail, 10.édition, Paris 1980
- Caniklioğlu, Nurşen : 4857 sayılı İş Kanuna Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, A.Can Tuncay'a Armağan, s.499-547

- Centel, Tankut : İş Hukuku(Bireysel İş Hukuku, Toplu İş Hukuku), 14.Bası, İstanbul, 2010
- Centel, Tankut : İş Hukuku (Bireysel İş Hukuku), 1.Cilt, İstanbul,
- Centel, Tankut : İşyeri Yönetmeliğinde Değişiklik, Münir Ekonomi'ye Armağan, s.179-185,
- Çankaya, Osman Güven/Çil, Şahin : İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2.Baskı, Ankara 2009
- Çenberci, Mustafa : İş Kanunu Şerhi, Ankara 1978
- Çil, Şahin : (Asıl İşveren Alt İşveren, Geçici-Ödünç-İş ilişkisi İşyeri Devri, Hizmet Akdi Devri) 2.Baskı, Ankara 2009
- Çil, Şahin : İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2.Baskı, Ankara 2010
- Demircioğlu, A. Murat
- Doğan Yenisey, Kübra : İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007
- Doğan Yenisey, Kübra : Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3 s.93-115
- Doğan Yenisey, Kübra : İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/4 s.63-81
- Doğan Yenisey, Kübra : İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, C.II, s.1175-1198
- Doğan, İlhan : Disiplin Kurulu Kararı İle Hizmet Akdinin Feshi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S:12 Aralık 2008, s.144-147
- Dönmez, Burcu Dermen : Ayrımcılık Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:2012/102, Ankara 2012
- Ekin, Nusret : Dönüşüm-Küreselleşme ve Çalışma Hayatında Yeni Boyutlar, Prof.Dr.Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.55-67
- Ekmekçi, Ömer : 4857 İş Kanunu'nda Geçici(Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, İstanbul 2004, s.367-382
- Ekonomi, Münir : Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyum, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.157-179
- Ekonomi, Münir : İş Hukuku (Ferdi İş Hukuku), Cilt:1, 3.Bası, İstanbul 1987

- Elbir, Nazlı : Elbir Nazlı, İç Yönetmeliklerin Bağlayıcılığı, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan I., İstanbul 2011, s.272
- Engin Murat, Engin, Murat : İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi İstanbul 2003
: İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog, İstanbul 2012
- Engin, Murat : İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, İstanbul 2004, s.537-542
- Engin, Murat : İşveren, Ankara 1993
- Engin, Murat :Asıl İşveren Alt İşveren İlişkilerinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008, 12.Toplantı Notları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi. S.14-40
- Erbaş, Cevat Gökhan : Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması, Ankara 2013
- Erdem, Mustafa Ruhan/Parlak Benay : Ceza Boyutuyla Mobbing, TBB Dergisi, sayı 88, Ankara 2010, s.271
- Ertürk, Mümin : Yönetim ve Organizasyon, İstanbul 2009
- Ertürk, Şükran : İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002
Ertürk, Şükran/Gürsel İlke : İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan I. İstanbul 2011
- Esener, Turhan : Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, s.1111
- Eyrenci, Öner : İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku, Münir Ekonomi'ye Armağan, s.227-242
- G.Champenois, A.Ghozi : La personne en droit du travail, Paris 1999
L.Leveneur, J-M.Olivier
- Gaudu, François : Taités de kontras (Les contrats du travail), Paris 2001
Vatinet, Raymond
- Gökkılınç, Ayşe Gül : İş Hukukunun Uluslar arası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması, İstanbul 2013
- Göktaş, Seracettin : İşçinin Günlük Dinlenme Hakkı ve Yargıtay Uygulaması, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2012, İstanbul 2012, s.50

- Göktaş, Seracettin : Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, İstanbul 2008, s.97
- Güler, Mikdat : Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi (Karar İncelemesi), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, İstanbul 2004, s.545-559
- Günay, Cevdet İlhan : Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı, MESS Sicil, Yıl:2011, Sayı:21 Mart 2011, İstanbul 2011, s.28-50
- Günay, Mehmet : İş Hukuku'nda Ödünç İş İlişkisi, Ankara 2007
- Güzel, Ali : Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine bir Deneme, Kemal Oğuzman'a Armağan, s.83-126
- Güzel, Ali : İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde ULTIMO RATIO (son çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.67....
- Güzel, Ali :İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet İlişkisine Etkisi, İstanbul 1987
- Hozar, Nağme N. : İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Görevlendirmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:2006, S:2, Haziran 2006, İstanbul 2006, s.82-92
- Hozar, Nağme N. : Özel Amaçlı İnternet ve E.Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, (Karar İncelemesi) MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:2007, S.7 Eylül 2007, İstanbul 2007, s.199-207
- İren, Ertan : İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisini İş Sözleşmesiyle Saklı Tutmasına İlişkin Yargıtay Karar İncelemesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:2010, S.19 Eylül 2010, İstanbul 2010, s.74-87
- Kar, Bektaş : İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı:2008/2, İstanbul 2008
- Keser, Hakan : İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansımaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:9, İstanbul 2006, s.65-109
- Kılıç, Leyla :İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara 2006
- Kılıçoğlu, Mustafa : Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi, www.anayasa.gov.tr/files/insanhaklarimahkemesi/sunumlar/mk-ilicoglu/Çalışma Hakkı

- Kocabıyık, Selçuk : İşverenin Yönetim Hakkı Uyarınca Haftalık Çalışma Günlerini Belirleyebilmesi, (Karar İncelemesi) MESS Sicil, Yıl:2010, Sayı:20 Aralık 2010, İstanbul 2010, s.287-293
- Koç, Sedef : İşçinin Suç Teşkil Eden Fillerinin İş Sözleşmesine Etkisi, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan II, İstanbul 2011
- Lahalle Thibault : L'employeur et le droit du travail (Pouvoir de gestion, pouvoir de direction), France, 2012
- Limoncuoğlu, Alp/Şişli Zeynep/Eser, Dilek : İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşverenin Kapatılması, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan II, İstanbul, 2011
- Marie-France Mialon : Les pouvoirs de l'employeur, Paris 1996
- Manav, Eda : İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, S.5, İstanbul 2012, s.149
- Mignin Robert jLazar, Bart A.Friedman, Josh.(Çeviren, Sevimli K.Ahmet) : İşyerinde Özel Yaşama İlişkin Sorunlar:11 Eylül Sonrası Bakış Açısı, Prof.Dr.A.Can Tuncay'a Armağan, s.361-383
- Mollamahmutoğlu, Hamdi : Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995
- Narmanlı, Ünal : İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç İş İlişkisi), MESS Sicil, Yıl:2011, Sayı:23 Eylül 2011, İstanbul 2011, s.15-21
- Narmanlıoğlu, Ünal : İş Hukuku(Ferdi İş İlişkileri I), 4.Baskı, İstanbul 2012
- Narmanlıoğlu, Ünal : İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır? MESS Sicil, Yıl:2011, Sayı:23 Eylül 2011, İstanbul 2011, s.9-19
- Odaman, Serkan : Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007
- Odaman, Serkan : Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S:10 Haziran 2008, s.25-51
- Okur, Zeki : İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2011
- Özdemir, Erdem : İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S:10 Haziran 2008 s.13-24
- Özdemir, Erdem : İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Prof.Dr.Nuri Çelik'e Armağan C.II, İstanbul 2001, s.1277-1278

- Özdemir, Erdem : İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma ve Toplum, İstanbul 2006, 2006/4, s.90
- Pélissier Jean : Droit du travail, 27. édition, Paris, 2013
- Auzero Gilles
- Dockès Emmanuel
- Pélissier, Jean : Les grands arrêts du droit du travail, 4.édition, Paris 2008
- Lyon Cean, Antoine
- Jeammaud, Antoine
- Dockès, Emmanuel
- Petriçli, Faruk : Çalışanların Telefon Görüşmelerinin İşverenler Tarafından Kayda Alınması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:2000/3 Ankara 2000
- Rivero, Jean : Droit du travail, 13.édition, Paris 1993
- Savatier, Jean
- Sevimli, K.Ahmet : İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006
- Sevimli, K.Ahmet : İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S:10, Haziran 2008 s.53-79
- Sevimli, K.Ahmet : Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu m.419, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:2011, S:24 Aralık 2011, İstanbul 2011, s.120-139
- Soyer, Polat : Genel İş Koşulları, İzmir, 1987
- Soyer, Polat : Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi, 15.Yıl Armağanı, s.263-268
- Soyer, Polat : İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, İstanbul 2005, s.48-50
- Soyer, Polat : 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, İstanbul 2006, s.16;
- Sözer, Ali Nazım : Almanya'da Çalışan Türk İşçilerinin Dini İnançlarından Kaynaklanan Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30.Yıl Armağanı, s.49-63
- Sümer, Haluk Hadi : İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:2010, S.19 Eylül 2010, İstanbul 2010, s.63-73
- Süzek, Sarper : İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985

- Süzek, Sarper : İş Hukuku, 10.Baskı, İstanbul 2014
- Süzek, Sarper : İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Prof. Dr. Metin Kutsal'a Armağan, Ankara 1988, s.225-232
- Süzek, Sarper : İş Hukukunda Katılım, Coşkun Kırca'ya Armağan, İstanbul 1995 s.161-168
- Süzek, Sarper : İşverenin Eşit Davranma Borcu, MESS Sicil İş Hukuk Dergisi, S:12, Aralık 2008, s.38
- Süzek, Sarper : İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989
- Süzek, Sarper : İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması, Münir Ekonomi'ye Armağan, s.129-137
- Süzek, Sarper : İşyeri Uygulamaları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, s.151-179
- Süzek, Sarper : İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 200/1, s.9-19
- Süzek, Sarper :Yeni Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011
- Şahin, Yusuf : Yönetim Bilimi ve Türk Kamu Yönetimi, 4.Baskı, Aksaray, 2013
- Şen, Murat : İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005
- Şen, Murat :İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2012, İstanbul 2012, s.133
- Tanör,Bülent/
Yüzbaşıoğlu, Necmi : 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 13.Bası, İstanbul 2013
- Taşkent, Savaş : İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981
- Taşkent, Savaş : Alt İşveren, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, İstanbul 2004, s.363-366
- Tekergül, Mehmet : İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulaması, MESS Sicil, Yıl:2011, Sayı:23 Eylül 2011, İstanbul 2011, s.54-79
- Tınaz, Pınar/Bayram,
Fuat/Ergin, Hediye :Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008,
- Tiryaki, Refik :Tiryaki Refik, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008, s.51-163

- Tulukcu, N.Binnur : Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, s.1111
- Tuncay, Can : Uluslararası Çalışma Normlarının Geliştirilmesinde Sosyal Diyalogun Rolü, Münir Ekonomi'ye Armağan, s.89-102
- Tuncay, Can : İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982
- Tuncay, Can : Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, I. İstanbul 2011
- Tunçomağ, Kenan : İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1985
- Tunçomağ, Kenan/Centel Tankut : İş Hukukunun Esasları, 3.Bası, İstanbul 2003
- Turan Gamze : İşverenin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ağustos-Kasım 2008, Cilt.21, s.5-6, s.46
- Ulucan, Devrim : Esneklik İhtiyacı ve İş Hukukunun İşçiyi Koruma İşlevi, A.Can Tuncay'a Armağan, s.203-217
- Ulusan, İlhan : Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul 1990
- Urhanoglu, Cengiz İstar : İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşverenin Kapatılması, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan II, İstanbul, 2011
- Uşan, Fatih : 4857 sayılı İş Yasasının 22.maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2007
- Ünlü, Vahap : Çalışanların Mesai Saati İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir mi? (Karar İncelemesi), MESS Sicil, Yıl:2011, Sayı:22 Haziran 2011, İstanbul 2011, s.209-219
- Yıldız, Gaye Burcu : İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008
- Yıldız, Gaye Burcu : İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi, MESS Sicil, Yıl:2009, Sayı:16 Eylül 2009, İstanbul 2009, s.110-119
- Yılmaz, Ejder : Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), MESS Sicil, Yıl:2011, Sayı:22 Haziran 2011, İstanbul 2011, s.22-31
- Yılmaz, Halil : Türk İş Hukukunda Bireysel İş İlişkileri Açısından İşveren Vekilliği, İstanbul 2012

- Yılmaz, Fatih : Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi, İstanbul, 2009
- Yiğit, Yusuf : İş Hukukunda İşverenin Çalışanlara Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü, İstanbul 2010
- Yuvalı, Ertuğrul : İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Ankara 2012
- Yüksel, Metin : Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002
- Waquet,Philippe/
Struillou, Yves/Rivolier-
Pécaut, Laurence : Pouvoirs du chef d’Entreprise et libertés du salarié, France 2014
- Zencirkıran Memet : Örgüt Sosyolojisi, Bursa 2012

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

- www.anayasa.gov.tr
- www.eu-lex.europa.eu
- www.tccb.gov.tr
- www.kazanci.com
- www.cvria.com
- www.resmigazete.gov.tr/
- www.facebook.com/mehmetresatkoparan
- www.calismatoplum.org/sayi26/hekimler.pdf
- www.calismatoplum.org/yargitay
- www.actuel-ce.fr/comite
- www.cda.univ.rennes1.fr/digital/Asset/53/537
- www.eiro.eurofound.eu.int
- www.curia.europa.eu/jurisp

ÖZGEÇMİŞ

1963 İstanbul doğumludur, İlk öğrenimini Korkuteli/Antalya Mehmet Akif Ersoy İlkokulunda, Orta Öğrenimini Mustafakemalpaşa/Bursa Mustafakemalpaşa Lisesinde tamamlayarak 1981 yılında Kadıköy Kız Lisesinden mezun olduktan sonra aynı yıl İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne girmiştir, 1985 yılında Hukuk Fakültesi'nden iyi derece ile mezun olmuş ve avukatlık stajımın bitimini takiben İstanbul Barosu'nun 14484 Baro sicil numarasına kaydolmuş olup halen İstanbul Barosu'nun 14484 sicil numarasında kayıtlı avukattır.

Avukatlık faaliyetlerinin yanı sıra Adalet Bakanlığı'nın Arabulucular Listesinde kayıtlı 823 sicil numaralı arabulucudur ve aynı zamanda Sigorta Tahkim Komisyonu'nda sigorta hakemi olarak görev yapmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı	Makbule Aymelek ERDEMİR
Tez Başlığı	İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları
Savunma Tarihi	16.12.2014
Danışmanı	Prof.Dr.Murat ENGİN

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	İmza
Prof.Dr.Murat ENGİN	

Yrd.Doç.Dr.Sedef KOÇ

Yrd.Doç.Dr.Eylem AKSOY RETORNAZ

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı	Makbule Aymelek ERDEMİR
Tez Başlığı	İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları
Savunma Tarihi	16.12.2014
Danışmanı	Prof.Dr.Murat ENGİN

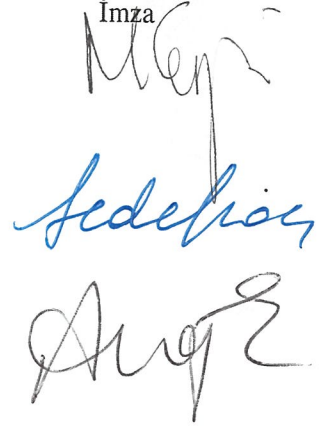
JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı
Prof.Dr.Murat ENGİN

Yrd.Doç.Dr.Sedef KOÇ

Yrd.Doç.Dr.Eylem AKSOY RETORNAZ

İmza



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

