

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN BİLGİ İŞÇİLERİ

Doktora Tezi

Barış Şahin

Ankara – 2016

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN BİLGİ İŞÇİLERİ

Doktora Tezi

Barış Şahin

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Levent Akın

Ankara – 2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN BİLGİ İŞÇİLERİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Levent Akın

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1
§ 1. BİLGİ KAVRAMI	5
I. Bilginin Tanımı ve Unsurları	5
II. Çalışma Hayatında Bilgi	7
1. Üretimin Enformatikleşmesi	8
2. Entelektüel Sermaye	10
3. İşgücünün Niteliğindeki ve Çalışma İlişkilerindeki Değişim	11
§ 2. BİLGİ TOPLUMU VE BİLGİ EKONOMİSİ	15
I. Sanayi Ötesi Toplum ve Bilgi Toplumu	15
II. Bilgi Toplumu Sanayi Toplumundan Ayıran Özellikler	19
III. Bilgi Ekonomisi Kavramı	21
IV. Günümüz Bilgi Toplumu ve Ekonomileri	24
1. Ekonomik Açıdan Gelişmiş Ülkelerdeki Durum	26
2. Avrupa Birliği'nin Konuya Verdiği Önem	30
A. Kurucu Antlaşmalarda Bilgi Toplumu ve Ekonomisi Düşüncesi	30
B. Birlik Düzeyinde Yürürlüğe Konulan Stratejiler	31
a. Lizbon Stratejisi	31
b. Büyüme ve İstihdam İçin Avrupa Bilgi Toplumu - i2010	35
c. Avrupa 2020 Stratejisi	36
3. Türkiye'deki Durum	38
A. Dünya Bankası KAM 2012 Endeksi	38
B. Ar-Ge Harcamaları	40
§ 3. BİLGİ İŞİ VE BİLGİ İŞÇİSİ	43
I. Bilgi İş Kavramı	43
II. Bilgi İşçisi Kavramı	46
1. Bilgi İşçisinin Tanımı	46
2. Bilgi İşçisinin Özellikleri	48
3. Bilgi İşçilerinin Yaygın Olduğu Sektörler	52
4. Bilgi İşçisinin Verimi	53
5. Bilgi İşçisi – Vasıflı İşçi Ayrımı	54
6. Bilgi İşçisi – Fikir İşçisi Ayrımı	55
III. Ulusal Düzenlemelerde Bilgi İşçileri	56

1.	5953 sayılı Basın İş Kanunu	58
2.	Diğer Düzenlemeler	59
IV.	Bilgi İşçisinin Pay Sahipliği	61
1.	Uluslararası Alandaki Düzenlemeler	62
A.	İngiltere’de İşçilerin Pay Sahipliği.....	62
B.	Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği’ndeki Yaklaşımlar	65
2.	Türkiye’deki Durum.....	67
§ 4.	İŞ AKDİ UNSURLARINDA ORTAYA ÇIKAN ÖZELLİKLER	72
I.	İş Görme Unsurunun Bilgi İşine Münhasır Olması.....	73
II.	Ücretin Artması.....	73
III.	Bağımlılık Unsurunda Öne Çıkan Hususlar	75
1.	Kişisel/Hukuki Bağımlılığın Zayıflaması	77
2.	Başkasının İş/Hizmet Organizasyonunda İş Görme	78
3.	Yan Ölçütlerin Ön Plana Çıkması.....	81
A.	Bağımsız Çalışma Unsurlarının Dikkate Alınması	82
a.	İşin Yönetimi ve Gerçek Denetimi.....	83
b.	İşini Kaybetme Riski Olmaksızın Verilen Görevi Reddetme Hakkı	84
c.	Aynı İş Sahibine ya da Başka İş Sahiplerine Hizmet Etme	86
d.	İşin Görülmesinde Ücretli/Ücretsiz Yardımcı Eleman Kullanılması.....	86
e.	Malzemenin İşveren Tarafından Sağlanması ve İş Görenin Sermaye Koymaması	89
f.	Ücretin Ödenme Şekli	90
g.	Çalışanın Kara ve Zarara Katılıp Katılmaması ve Karar Verme Özgürlüğüne Sahip Olması.....	92
h.	İşin Aynı İşyerinde Diğer İşçiler Tarafından Görülmesi.....	93
i.	Sosyolojik ve Ekonomik Yorum	94
B.	İşyeri ve Zaman Ölçütünün Yetersizliği	95
C.	Yabancı Hukuk Sistemlerinde Kullanılan Ölçütler.....	96
a.	Ekonomik Gerçeklik Testi.....	97
b.	Kontrol Testi.....	98
c.	Entegrasyon Testi	99
d.	Ekonomik Test	100
e.	Vergi Makamı Testi.....	100
f.	Diğer uygulamalar ve Atipik Çalışmalara Özgü Düzenlemeler.....	104

g. İstihdam Statüsü Rehberi.....	106
h. İstihdam Statüsü Grubu	107
§ 5. BİLGİ İŞİNDE YABANCI İŞÇİ	109
I. Çalışma Hakkı ve Özgürlüğü İlkesi	109
II. Yabancı Bilgi İşçisiyle İş Akdi Kurma Özgürlüğü ve Sınırları.....	112
1. Yabancı ve Yabancı İşçi Tanımı	113
2. Yabancı Bilgi İşçisi İstihdamının Önemi	114
3. Yabancı Bilgi İşçisi İstihdamına İlişkin Ulusal Mevzuatta Öngörülen Düzenlemeler	115
A. 4817 Sayılı Yasada ve İlgili Yönetmeliklerde Öngörülen Hükümler	116
a. Süreli Çalışma İzinleri.....	119
b. Süresiz Çalışma İzni	123
c. İstisnai Çalışma İzni	126
d. Bağımsız Çalışma İzni.....	127
e. Kilit Personel.....	128
f. Çalışma İzninden Muafiyet	129
g. Çalışma İzni veya Çalışma İzninin Uzatılması Talebinin Reddi ...	130
h. Çalışma İzninin İptali ve Geçerliliğini Kaybetmesi	131
B. 6458 Sayılı Yasa Gereğince Çalışma İzni Şartları.....	132
C. Yabancı İşçi Çalıştırmaya İlişkin Yasaklara Aykırılığın Yaptırımları 132	
a. Hukuki Yaptırımlar	133
aa. Yabancıların Türk Vatandaşlarına Saklı Tutulmuş Bir İşte Çalışması.....	135
bb. Çalışma İzni Olmayan/İptal Edilen Yabancıyla Kurulan İş Akdinin Hüküm ve Sonuçları	137
cc. Yabancıların İş Başlamasından Sonra Çalışma İzni Alamaması Durumu	139
b. İdari Yaptırımlar	139
aa. Sınır Dışı Etme Kararı	139
bb. İdari Para Cezası	140
D. Yabancı İşçi İstihdamına İlişkin Yasa Tasarısı.....	143
a. Tasarının Genel Gerekçesi	143
b. Yabancı Bilgi İşçisi İstihdamına Yönelik Düzenlemeler	144

aa. Yabancı İstihdamı Politikası ve Danışma Kurulu.....	144
bb. Yabancı İstihdamının İzlenmesi ve Değerlendirilmesi.....	146
cc. Çalışma İzni ve İstisnalar	146
4. Avrupa Birliği Uygulamaları	148
A. Çalışma ve Oturma İzni Uygulaması	148
B. Kota Sistemi	150
C. Yabancı Bilgi İşçisini İstihdama Kazandırma Programları	150
§ 6. BİLGİ İŞÇİSİNİN ÖZEN BORCU.....	152
I. Özen ve Özen Borcu Kavramı.....	152
II. Bilgi İşinde Özen Yükümlülüğünün Derecesi	154
III. Bilgi İşinde Özen Borcuna Aykırılık	157
IV. Bilgi İşçisinin Sorumluluğunun Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde Sınırlandırılması.....	159
1. İşletme Rizikosu ve Diğer Gerekçeler	160
2. Sorumluluğun Yargı Organı Tarafından Sınırlandırılması	162
3. Sorumsuzluk Anlaşması.....	163
§ 7. BİLGİ İŞÇİSİNİN İŞ AKDİNİN GEÇERLİ FESHİ	166
I. Geçerli Fesih Kavramı.....	166
II. Bilgi İşçisinin Yetersizliği Nedeniyle Fesih	168
1. Mesleki Yetersizlik	171
2. Fiziki Yetersizlik.....	172
A. Bilgi İşçisinin Hastalığı veya Kazaya Uğraması.....	172
B. Bilgi İşinde Yaşlılığın Geçerli Feshe Neden Olmaması	173
3. Bilgi İşçisinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih.....	177
III. Bilgi İşinde İşçinin Performansının Ölçülmesi.....	178
1. Öğreti Görüşleri ve Yargıtay Uygulaması	179
2. İşçinin Mesleki Bilgisinin Sınav Yöntemiyle Ölçülmesi.....	185
3. Bilgi İşçisinin Veriminin 360 Derece Değerlendirme Sistemiyle Ölçülmesi	188
IV. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Nedeniyle Fesih	191
1. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Kavramı.....	191
2. Bilgi İşinde Yapısal ve Teknolojik Değişimlerin Önemi.....	192
3. Bilgi İşinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi ve Uygulaması.....	194
A. İşçinin Eğitimi.....	195
B. Başka İşte Görevlendirme	197

§ 8. ESNEKLİK KAVRAMI	199
I. Esnekliğin Tanımı	199
II. Bilgi İşinde Sayısal ve Fonksiyonel Esneklik.....	202
1. Sayısal Esneklik ve Önemi	203
2. Fonksiyonel Esneklik ve Önemi	204
III. Esnekliğin Yasa Tarafından Sınırlandırılması.....	205
1. Sayısal Esnekliğin Sınırlandırılması	206
2. Fonksiyonel Esnekliğin İş Kanunu'nun 22. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	207
3. İş Akdinin Değiştirilmesinde Geçerli Neden Kavramının Esneklik Çerçevesinde Değerlendirilmesi	211
IV. Bilgi İşinde Esnekliğin İş Akitleriyle Genişletilmesi	214
V. Avrupa Birliği'nde Güvenceli Esneklik	221
1. Güvenceli Esneklik Kavramının Gelişimi	221
2. Yeşil Kitap'ta Güvenceli Esneklik.....	225
3. Küresel Ekonomik Kriz Döneminde Avrupa'da Güvenceli Esneklik.....	227
VI. Türkiye'deki Durum ve Ulusal İstihdam Stratejisi.....	230
§ 9. BİLGİ İŞİNDE ESNEKLİK UYGULAMALARI	237
I. Atipik İş Sözleşmeleri Yoluyla Esneklik	239
1. Atipik Çalışma Kavramı	240
2. Bilgi İşinde Öne Çıkan Atipik İstihdam Türleri	242
A. Belirli Süreli İş Akitleri.....	243
a. Belirli Süreli İş Akdi Kavramı	244
b. 4857 Sayılı Yasada Belirli Süreli İş Akdi Kurma ve Yenileme Sınırları	245
c. Belirli Süreli İş Sözleşmesine Yönelik Sınırlayıcı Hükümlerin AB ve ILO Normları Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	249
d. Bilgi İşçisi Niteliğinin Belirli Süreli İş Akdi Kurulmasını Mümkün Kılmaması.....	251
e. Bilgi İşinde Güven ve Başarı Temelinin Belirli Süreli İş Akdi Kurulmasına İmkân Vermemesi	252
f. Bilgi İşçisinin Haklı Menfaatinin Belirli Süreli İş Akdi Kurulmasına Etkisi	254
g. Belirli Süreli İş Sözleşmesi Akdedilebilmesinin Azami Süre ve Sayı ile Sınırlandırılması Gerekliği	256
h. Ulusal İstihdam Stratejisinde Belirli Süreli İş Akitleri	257

i. Bilgi Ekonomilerinde Belirli Süreli İş Akitleriyle Esneklik Sağlanmasının Önemi	258
B. Uzaktan Çalışma	260
a. Evde Çalışma.....	261
aa. Evde Çalışma Kavramı	261
bb. Evde Çalışmanın Hükümleri.....	263
b. Tele Çalışma.....	268
c. Bilgi İşinde Uzaktan Çalışmanın Önemi.....	273
d. Uzaktan Çalışmanın Sakıncaları	274
e. Uzaktan Çalışmaya İlişkin Uluslararası Düzenlemeler.....	278
aa. ILO-Evde Çalışma Hakkındaki 177 No.lu Sözleşme ve 184 sayılı Tavsiye Kararı.....	278
bb. Tele Çalışma Hakkında Avrupa Çerçeve Anlaşması.....	279
f. Uzaktan Çalışma Hakkında Yasa Tasarı	283
aa. Tasarının Genel Gerekçesi	283
bb. Tasarının Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri	284
II. Bilgi İşinde Önem Arz Eden Esnek Süreli Çalışmalar	285
1. Kayan (Esnek) İş Süresi	286
A. Basit Kayan İş Süresi	287
B. Nitelikli Kayan İş Süresi	287
C. Kayan İş Süresi Çerçevesinde Farklı Uygulamalar	288
D. Kayan İş Süresi Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri	289
E. İş Mevzuatımız Açısından Kayan İş Süreleri Uygulaması	290
2. Telafi Çalışması	295
A. Bilgi İşçisinin Telafi Çalışması Koşuluyla İzin Talebi	297
B. Telafi Çalışmasında Bilgi İşçisinin Sağlığını ve Güvenliğini Koruyucu Hükümler.....	298
SONUÇ	301
KAYNAKLAR	310
ÖZET.....	329
ABSTRACT.....	329

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AÜDTCFD	: Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
B.	: Bası
Bs.	: Baskı
Bakanlık	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BK	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dip not
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HÜEFD	: Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ILO	: International Labour Organisation
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHD	: İş Hukuku Dergisi
İK	: İş Kanunu
İ.İ.B.F.	: İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İÜ	: İstanbul Üniversitesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İSMMO	: İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası
Kşz.	: Karşılaştırınız
KÜSBED	: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
LİHSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: Madde
MK	: Türk Medeni Kanunu
MÜHFD	: Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yay.	: Yayınları
YÇİHK	: Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun
YD	: Yargıtay Dergisi

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK : Yargıtay içtihadı birleştirme kararı
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
YKİ : Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi
Vol. : Volume



GİRİŞ

İngiltere’de 18. yüzyılın ortalarında başlayan sanayi devrimi, beraberinde getirdiği teknolojik değişimlerle, toplumsal yapıyı hızla değiştirmiştir. Gerçekten bu dönemin en önemli buluşu olan buhar teknolojisinin üretim sistemlerine uygulanması fabrikaların doğmasına yol açmış, tarımsal işgücü ile esnaf ve zanaatkarların kitle üretiminde yer almasıyla yeni bir işçi sınıfı ortaya çıkmış, bu suretle toplumsal yapıda önemli bir değişim yaşanmıştır.¹ Sanayi toplumu olarak adlandırılan ve ekonomik liberalizm ile bireyci hukuk anlayışının egemen olduğu bu dönemde işverenler sahip oldukları ekonomik üstünlük ile işçileri en ağır çalışma koşullarında iş görmeye mahkum etmiş, sosyal sefaletle yol açan bu durum devletlerin çalışma hayatına müdahale etme zorunluluğunu doğurmuştur. Günümüzün Çağdaş İş Hukuku’nun temelleri bu dönemde atılmıştır.²

İnsanoğlunun bilim ve teknoloji alanındaki merakı sadece buhar gücüyle sınırlı kalmamıştır. Özellikle II. Dünya Savaşı’ndan sonra bilgisayar ve iletişim teknolojilerinde yaşanan baş döndürücü gelişmeler ‘sanayi ötesi toplum’ düşüncesinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu yeni toplumsal yapıda eski dönemde başat rol oynayan imalat sektörü yerini hizmetler sektörüne devretmekte, niteliği ön planda olan işçiler işgücü dağılımında ağırlığını koymakta, sosyal yapının merkezinde teorik bilgi bulunmakta ve teknoloji de bu yapının merkezinde yer almaktadır.³ Bu gelişmeler karşısında doktrindeki bir kısım yazarlar 20. yüzyılın beraberinde ‘bilgi toplumunu ve ekonomisini’ getirdiği fikrini ileri sürmüşlerdir.⁴ Bu bağlamda günümüzde *bilginin toplumdaki kilit kaynağı, bilgi işçilerinin ise işgücündeki baskın grubu* teşkil ettiği ifade edilmektedir.⁵

¹ Ekin, Endüstri, 1-35.

² Güzel, 83-84.

³ Bell, 112.

⁴ Bu yeni dönemi Fritz Machlup “Bilgi Ekonomisi”, Peter Drucker ise “Bilgi Toplumu” olarak nitelendirirken, Zbignev Brezenski “Teknokratik Çağ”, Alvin Toffler “Üçüncü Dalga”, Amita Etzioni “Modernlik Sonrası Çağ”, Ralf Dahrendorf “Hizmet Sınıflı Toplum”, Yoneji Masuda “Enformasyon Toplumu” olarak adlandırmıştır. Bkz. <https://www.ekodialog.com/Makaleler/sanayi-toplumundan-bilgi-toplumuna.html>. Ayrıca bkz. http://bilgitoplumu.blogspot.com.tr/#_ftnref3 (Erişim tarihi: 01.12.2015)

⁵ Drucker – Maciariello, 87.

Çalışmamızın temeli olan bilgi işçileri yeni toplumsal ve ekonomik yapının kilit unsurunu oluşturmaktadır. Günümüzde bilim ve teknoloji alanında yaşanan ilerlemeler ile eğitimdeki gelişmeler bilgi işçilerinin giderek artan bir oranda istihdam piyasasında yer almasına yol açmıştır. Kısaca bilgiyi kendi işinde etkin şekilde kullanan kişiler olarak tanımlanabilecek bu işçilerin ayırıcı özelliği ileri derecede vasıflı olmaları, çalışmalarının fiziksel güçlerinden ziyade zihinsel emeğe dayanması ve iş görme edimlerinin bilgi yoğun malların üretimine yönelik olması şeklinde sıralanabilir. Öğretideki çalışmaların bu işçilerin verimi artırmaya yönelik yeni yönetim modellerinin oluşturulması konusunda yoğunlaştığı görülmektedir. Nitekim işletmesel faaliyetlerin başarısı doğrudan bu işçilerin verimliliğiyle bağdaştırılmaktadır. Bu bağlamda bilgi işçilerinin çalışma ilişkilerinde *kendilerini yönetmeleri, sorumluluk alma duygusunun geliştirilmesi, sürekli öğrenmenin görevin parçası haline getirilmesi ve özerk bir çalışma alanının yaratılması* gerektiği doktrinde ifade edilmektedir.⁶ Dolayısıyla bu işçilere standart iş ilişkilerinin işçi işveren arasındaki hiyerarşik yapısından uzak, çalışma hayatında zaman üzerinde egemenlik hakkı tanıyan esnek çalışma modellerinin tanınması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu öngörmüş olduğu katı düzenlemelerle bahse konu gelişmelerin gerisinde kalmış, bu paralelde yasanın değiştirilme ihtiyacı gündeme gelmiştir. Bu yasayı yürürlükten kaldıran 4857 sayılı İş Kanunu'nun genel gerekçesinde ise bu ihtiyaç şu şekilde ifade edilmektedir; “*Ülkemizde 1475 sayılı İş Kanunu döneminin başladığı yıllarda tarihsel bir rastlantı olarak dünyada yeni bir teknolojik devrim çalışma hayatını yakından etkilemeye başlamıştır. Bu devrimin simgesi mikro elektronik teknolojisidir. Üretim alanlarının tümüne yaygın bir biçimde giren bu teknoloji, bilgileri toplama, bunları stok etme ve istenildiği zaman hemen kullanılabilir hale getirme olanağını vermektedir. Üretimde bilginin öneminin sermayenin önüne geçmesi, çalışanların vasıf derecelerinin beden işçiliğinden fikir işçiliğine kayması, küresel rekabetin esnekleşme olgusunu zorunlu olarak gündeme getirmesi çalışma hayatını yakından etkilemektedir... Türk İş Hukuku mevzuatı bu*

⁶ Maciariello-Drucker, 292-308.

değişimi zamanında saptayıp, gerekli uyumu yakalayamamıştır. Halbuki yeni çalışma türleri, ister istemez, ülkemizde de uygulanmaya başlamış; yüksek yargı organları ve öğreti ortaya çıkan boşluğu doldurabilmek için yoğun bir çaba içine girmişlerdir. Ancak yasal boşluklar uygulamada sorunların çözümünü güçleştirmiştir.”

Gerçekten 4857 sayılı İş Kanunu iş ilişkisi taraflarının bilim ve teknoloji alanındaki gelişmelere daha kolay uyum sağlayabilmesini amaçlamaktadır. Diğer taraftan, bahse konu alanda yaşanan hızlı değişimler yasayı daha da esnek bir yapıya kavuşması yönünde zorlamaktadır. Nitekim Ulusal İstihdam Stratejisi’nde iş mevzuatının katı düzenlemelerinin esnekleştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Öğretide de bir kısım yazarlar tarafından mevzuattaki katı düzenlemelerin esnekleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁷

İş mevzuatımızın bilgi işi ve bilgi işçisi ekseninde ortaya çıkan ihtiyaçlara hangi derecede cevap verebildiğini ele alan çalışmamızda öncelikle ‘bilginin’ çalışma hayatında yol açtığı değişikliklere değinilmiş ve bu konuda ortaya çıkan temel kavramlar doktrindeki çalışmalar göz önünde bulundurularak açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda “bilgi”, “bilgi toplumu ve ekonomisi”, “bilgi işi ve bilgi işçisi” kavramlarına yer verilmiştir. Ayrıca Avrupa Birliği başta olmak üzere batı ülkelerinde konuyu ele alan düzenlemelere ve uygulamalara da değinilmiştir. Bu konuda İngiltere’de 2014 yılı itibarıyla hayata geçirilen nitelikli işçilerin pay sahibi olmasına yönelik düzenlemelerin önem arz ettiği düşünülmektedir. Zira öğretide bilgi toplumunda işçilerin çalıştıkları işletmelerde pay sahibi olmaları suretiyle yeni kapitalist sınıfı oluşturduğu ileri sürülmektedir.⁸

Çalışmamızın devamında bilgi işçisinin iş ilişkisinde öne çıkan hususlar iş mevzuatımızdaki düzenlemeler çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda bilgi işçilerinin çalışma koşullarının standart iş ilişkilerinden uzaklaşması nedeniyle iş akdinin ayırıcı unsuru olan kişisel/hukuki bağımlılığın zayıflaması durumu

⁷ Süzek, İş Hukukunun Geleceği, 7 vd. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 8 vd.

⁸ Davenport, 104.

karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar ele alınarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda öğretilerde ifade edilen kişisel/hukuki ilişkinin zayıfladığı hallerde başkasının iş organizasyonunda iş görme fikrinin yan ölçütlerle desteklenmesi gerektiği düşünülmektedir. Çalışmamızda ele alınan konulardan bir diğeri ise yabancıların ülkemizin istihdam piyasasında yer almalarına ilişkin mevzuatımızdaki düzenlemelerdir. Gerçekten bilgi toplumu ve ekonomisi yönünde yabancı ülkelerin özellikle yabancı bilgi işçilerini kendi istihdam piyasasına kazandırma amacıyla atmış olduğu adımlar karşısında ülkemizde de benzer düzenlemelerin hayata geçirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Halihazırda TBMM gündeminde olan yabancı işçi çalıştırılmasına ilişkin yasa tasarısına da çalışmamızda ayrıca değinilmiştir. Yine bilgi işçilerinin taşıdığı vasıflar nedeniyle önem arz ettiği düşünülen özen borcu ve iş akdinin feshi konuları ayrı başlıklar altında ele alınmıştır.

Bilgi işçilerinin iş ilişkilerinde özerk bir şekilde ve zaman üzerinde egemenlik sahibi olarak çalışmalarını gerekliliği bu kişilerin esnek bir istihdam modelinde çalışmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda çalışmamızda ‘esneklik’ ile Avrupa Birliği düzenlemelerinde sıklıkla vurgulanan ‘güvenceli esneklik’ kavramlarının açıklamalarına yer verilmiş, bu çerçevede ulusal mevzuatımız ve Avrupa Birliği düzenlemeleri değerlendirilmiş, güvenceli esneklik kurumunun ekonomik kriz dönemindeki görünümüne de yer verilerek bu konuda ülkemizde hangi adımların atılması gerektiği ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Ayrıca bilgi işinde önem arz ettiği düşünülen atipik çalışma türlerinden belirli süreli çalışmalar ile uzaktan çalışmanın yanında bilgi işçisine çalışma zamanını kendi ihtiyaçlarına göre belirleme olanağı tanıyan kayan iş süreleri ve telafi çalışmaları da ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

Çalışmamızda yer verilen konulara ilişkin yasal düzenlemeler öğreti görüşleri, Yargıtay uygulamaları ve karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar paralelinde ele alınmış, bu çerçevede ülkemizin öncelikli hedefleri arasında yer alan bilgi toplumu ve ekonomisine dönüşümü sağlamak amacıyla yasal zeminde atılması gereken adımlara yönelik önerilerimize ayrıca yer verilmiştir.

§ 1. BİLGİ KAVRAMI

I. Bilginin Tanımı ve Unsurları

Günümüz ekonomilerinin gelişiminde katalizör görevi gören bilgi, iş ilişkilerinin evriminde de başrol oynamaktadır. Çalışma hayatı açısından taşımakta olduğu bu önemli rolde bilginin anlamının ortaya konulması, ilerleyen bölümlerde değinilecek konuların daha sağlam bir temele oturmasını sağlayacaktır.

Günlük hayatta sıklıkla dile getirilen bilginin sözlük anlamına bakıldığında, altı farklı şekilde açıklandığı görülmektedir. Söz konusu tanımlar arasında ince ayrımlar bulunmakla birlikte, bilgi kavramı esas olarak ‘insanın düşünce gücüyle ulaştığı gerçekler ve ilkeler bütünü’ olarak ifade edilmektedir.⁹ Tanımlarda yer verilen ‘düşünce gücü’ çalışma hayatında ‘zihinsel emek’ kavramıyla örtüşmektedir. Dolayısıyla bilginin temel unsurlarından bir tanesinin insanın düşünce gücüne dayanması yani zihinsel emek olduğu söylenebilir.

Bilgi sözcüğünün anlamı konusunda doktrinde yer verilen görüşlere bakıldığında ise kavram üzerinde uzlaşılan bir tanımın bulunduğunu söylemek güçtür. Bunun nedeni tüm disiplinlerin bilgi kavramını kendi ihtiyaçları çerçevesinde tanımlamaya çalışmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin felsefede bilgi; ‘suje (bilen) ve obje (bilinen veya bilinmesi gereken) arasındaki bağ ve bu bağın sonucu’ şeklinde ifade edilirken, sosyolojide ise kavram daha çok toplumsal perspektifte ele alınmaktadır.¹⁰ Bu bağlamda, bilgi kavramı sosyolojide insanın doğal ve sosyal çevresiyle etkileşimi ve iletişimine dayanan üretim’ olarak ifade edilmektedir.¹¹ Yine aynı bilim dalında bilginin, çoğunlukla teknolojiyi bünyesinde barındırdığı ve ayrıca tanıma, yaratma, kodlama, iletme, çözme, sosyal davranışların yorumlanması anlamına geldiği de belirtilmektedir.¹² Diğer taraftan iktisatta ise bu bilginin,

⁹ Bkz. T.C. Başbakanlık Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 01.06.2014)

¹⁰ Bilginin anlamına ilişkin farklı disiplinlerdeki görüşler için bkz. Uçak, 706-715.

¹¹ Anık, 4.

¹² Bilginin tanımı ve kavrama ilişkin sosyolojideki farklı yaklaşımlar için bkz. Katz, 291-300. Bilginin iletişim vasıtalarıyla sistematik biçimde başkalarına aktarılabilen ve mantıksal değerlendirmeler ya da

günümüz ekonomik üretiminin en önemli unsurunu ve esas gücünü temsil ettiği dile getirilmektedir.¹³ Yine aynı bilim dalında bilgiye üretimde kullanılmasıyla tüketilen bir unsur olmasından ziyade artan tek kaynak gözüyle de bakılmaktadır.¹⁴ Bu açıdan bilgi, günümüz piyasalarında artık alınıp satılabilen ticari bir mal olarak görülmektedir.¹⁵

Doktrinde bilgiyi tanımlamak için bu kavramın unsurlarını ortaya koymaya çalışan başka yaklaşımlar da mevcuttur. Bu yaklaşımların temelinde bilgi sözcüğünün, veri ve enformasyon kavramlarıyla doğrudan ilişkili olduğu ve anlamının ortaya konulması için öncelikle bu kavramların açıklanması gerektiği görüşü yer almaktadır. Verinin işlenmemiş ham gerçekler; enformasyonun ise belli bir amaç doğrultusunda bir araya getirilen veriler şeklinde tanımlandığı bu görüşte bilginin enformasyonun rasyonel bir biçimde akıl süzgecinden geçmesi ve yorumlanması sonucunda ortaya çıkan bir kavram olduğu savunulmaktadır.¹⁶

Bilgi kavramının farklı bilim dalları için taşıdığı önem sadece bu kavramın anlamlandırılmasıyla sınırlı kalmamış, bilgi kuramı (epistemoloji), bilgi sosyolojisi, bilgi toplumu, bilgi ekonomisi gibi bilim alanlarının farklı disiplinler içerisinde doğmasına da yol açmıştır.

Disiplinler arası bir yapıya sahip olması nedeniyle bilgiye genel geçer bir anlam yüklemekten ziyade, kavramın farklı disiplinler açısından taşıdığı ortak unsurların çalışma hayatındaki yansımalarının belirlenmesi kanımızca daha faydalı olacaktır. Yukarıda bahsedilen yaklaşımlar göz önünde bulundurulduğunda bilginin çalışma hayatı açısından düşünce gücünü ifade etmesinin yanında, ‘üretimde yer alma’, ‘ticari değer taşıma’, ‘yenilikçi olma’ ve ‘bireye dayanma’ unsurlarını da ihtiva ettiği söylenebilir.

deneysel sonuçlar sunan gerçek ve fikirler bütünü olduğuna ilişkin görüş için bkz. Bell, Post Industrial Society, 174.

¹³ Dursun, 94.

¹⁴ Clarke, 190. Aynı doğrultuda Castells, Information Age, 7. Bilginin artan iş verimi karşısında kendini amorti eden bir yatırım olduğu konusunda bkz. Machlup, 365.

¹⁵ Parlak-Yıldırım, 59. Dursun, 96. Erdem, Entelektüel Sermaye, 278.

¹⁶ Çapar, 422-423. Ayrıca bilgi, enformasyon ve veri arasındaki ilişkiye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, 97-101.

Benzer özelliklere sahip olmakla birlikte bilgi kavramını teknolojiden ayırmak gerekmektedir. Teknoloji sözcüğü daha çok bir uygulama bilgisini içerirken, bilgi bundan daha geniş bir içeriğe sahiptir.¹⁷ Bu nedenle çalışmada bilgi kavramı teknoloji unsurunu da içeren şekilde daha geniş bir anlamda kullanılmıştır.

II. Çalışma Hayatında Bilgi

İktisat tarihine bakıldığında ekonominin üretim unsurları açısından üç ana döneme ayrıldığı görülmektedir. M.Ö. 8000 ile M.S. 1650-1750 yılları arasında kapsayan ilk dönemde ekonomi tarıma dayalı iken, bu dönemden ikinci dünya savaşı sonuna kadar olan süreçte dayanıklı mal üretiminin hakim olduğu görülmektedir. İkinci dünya savaşından sonra ortaya çıkan üçüncü dönemde ise temel sanayinin elektronik ve bilgisayar olduğu görülmektedir.¹⁸ Özellikle 20. yüzyılın son çeyreğinde yaşanan bilgi merkezli teknoloji devrimi iletişimimizi, düşünce şeklimiz ile üretim, tüketim, ticaret ve yönetim anlayışımızı kısaca yaşam biçimimizi değişikliğe uğratmıştır.¹⁹

Bu husus 4857 sayılı İş Kanunu'nun genel gerekçesinde şu şekilde açıklanmaktadır; *“Ülkemizde 1475 sayılı İş Kanunu döneminin başladığı yıllarda tarihsel bir rastlantı olarak dünyada yeni bir teknolojik devrim çalışma hayatını yakından etkilemeye başlamıştır. Bu devrimin simgesi mikro elektronik teknolojisidir. Üretim alanlarının tümüne yaygın bir biçimde giren bu teknoloji, bilgileri toplama, bunları stok etme ve istenildiği zaman hemen kullanılabilir hale getirme olanağını vermektedir. Üretimde bilginin öneminin sermayenin önüne geçmesi, çalışanların vasıf derecelerinin beden işçiliğinden fikir işçiliğine kayması, küresel rekabetin esnekleşme olgusunu zorunlu olarak gündeme getirmesi çalışma hayatını yakından etkilemektedir.”*

¹⁷ Teknolojinin sözlük anlamı için bkz. www.tdk.gov.tr. (Erişim tarihi: 10.06.2014) Sosyal bilimlerde toplumsal değişimin anahtarı olarak görülen teknolojik determinizm kavramından uzaklaşılarak yerine bilgi kavramı üzerinde yoğunlaşılması konusunda bkz. Webster, 75.

¹⁸ Yüksel, 100. Nitekim, günümüzde beyin fonksiyonlarına benzer özelliklerinden dolayı yeni teknolojiye elektronik beyin, bilgisayar veya bilgi işlem süreçleri de denilmektedir. Bkz. Ekin, Endüstri, 200.

¹⁹ Castells, End of Millennium, 1.

Teknolojinin sunmuş olduğu yeniliklerin üretim sistemlerine entegre edilmesiyle birlikte evlerdeki el emeğine dayalı üretim tarzını değiştiren ve böylelikle üretimdeki hızın ve verimliliğin artmasına yol açan endüstri devriminin etkileri sadece bununla sınırlı kalmamıştır. Bu devrim üretim sistemlerini olduğu kadar global ekonomiyi, çalışma hayatını ve hatta günlük yaşamı derinden etkileyen değişikleri de beraberinde getirmiştir. 18. yüzyılın ortalarında endüstri devrimini mümkün kılan bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeler günümüzde hız kesmeden devam etmektedir. Buhar gücünün yerini alan bilgisayara dayalı sistemler, iletişim dünyasındaki ilerlemeler ve ulaşım olanaklarının gelişmesi endüstri devrimine benzer şekilde üretim sistemlerindeki etkisinin yanında yaşamın her alanında değişikliklere yol açmaktadır. Bu durum öğretideki kimi yazarlar tarafından ikinci endüstri devrimi olarak nitelendirilmektedir.²⁰ Bu değişiklikler doğrultusunda günümüzde üretim sistemleri giderek enformatik bir yapıya kavuşmakta, entelektüel sermayenin önemi artmakta, çalışma ilişkileri aynı paralelde değişikliğe uğramakta ve endüstri devriminin yarattığı başat sektörlerin eski gücünü kaybettiği görülmektedir.

1. Üretimin Enformatikleşmesi

En ilkelinden bünyesinde en ileri teknolojik sistemi barındıranına kadar bütün üretim yöntemleri kuşkusuz belli bir bilgi ve tekniğin kullanımını gerektirmektedir. Diğer taraftan günümüzde bilim ve teknoloji alanında yaşanan gelişmeler enformasyonun üretimin ana unsurlarından biri haline gelmesine yol açmıştır. Bu bağlamda ‘üretimin enformatikleşmesi’nden kastedilen husus; bilginin kullanım alanının giderek genişlemesi ve üretimin esas gücünü bilginin temsil eder hale gelmesidir.²¹

Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra bilgisayar teknolojisi başta olmak üzere teknik alanda yaşanan gelişmeler belli üretim sistemlerinde makinalarla insanların yer değiştirmesi sonucunu doğurmuştur. Bu gelişmeler aynı zamanda ekonomik ve sosyal yaşamın kol gücüne dayanan geleneksel üretim yöntemleriyle

²⁰ Bkz. Jevons, 2. Hull, 72.

²¹ Dursun, 94. Benzer doğrultuda Zaim, Bilgi Yönetimi, 762.

devam ettirilmesini imkansız kılmaktadır. Bu doğrultuda el emeğine dayanan üretim sistemleri azınlıkta kalmakta, bu üretim sürecini içeren işler giderek kültür ve sanat mesleği halini almaktadır. Şüphesiz bu durum gelecekteki teknik gelişmeler açısından da yaşanacaktır. Artan oranda devam otomasyon sayesinde insan aklının dahi kullanılmasını gerektirmeyen bir üretim sürecine geçilmektedir.²² Bununla birlikte, bu sürecin zihinsel emeğin kullanımını azalttığı sonucuna varılmamalıdır. Çünkü otomatik aletlerin dizaynı, işyerine uygulanması ve de işletilmesi yüksek kalibrede zihinsel emeğin kullanımını gerektirmektedir.²³ Bu açıdan zihinsel emeğin yeni ekonominin en önemli unsurları arasında yer alacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira çağımızda verimliliğin ve büyümenin kaynağı bilginin üretilmesine dayanmakta, bu durum da ekonomik faaliyet alanlarını bilginin işlenmesi paralelinde genişletmektedir.²⁴ Üretimde makine ve insan koordinasyonunu gerektiren endüstri toplumu yerine, bu yeni çağda toplum, yeniliğin ve değişimin yönlendirilmesi için bilgi etrafında örgütlenmektedir.²⁵

Üretim sistemlerinde ve dolayısıyla toplumsal yapıda yaşanan tüm bu değişiklikler, gelişmiş ekonomilerde bilginin işyerlerinin asıl sermayesini oluşturduğu fikrini doğrulamaktadır. Bununla birlikte teknik alanda yaşanan gelişmelerin, kitle üretim sürecinde işçileri makinelerin birer parçası haline getiren fordist-taylorist organizasyonların sonunu getirdiğini ileri sürmek için henüz erken sayılabilir.²⁶ Ancak yine de bahse konu gelişmelerin işyerleri için kitle üretiminden ziyade yeni bir örgütlenme içerisine girme zorunluluğu doğurduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.²⁷

²² Otomasyonun tanımı, endüstri ilişkileri ve toplum hayatına etkisi konusunda bkz. Ekin, Endüstri, 198-213.

²³ Machlup, 379-380.

²⁴ Doktrinde bu durumu klasik post-endüstriyalizm teorisinin saç ayaklarından bir tanesi olarak tanımlayan görüş için bkz. Castells, Network Society, 218.

²⁵ Bell, 20.

²⁶ Dursun, 95.

²⁷ Japonya'da uygulana gelmekte olan Toyota üretim sistemi bu yeni örgütlenmenin örnekleri arasında gösterilmektedir. Bkz. Bozkurt-Ercan, 29.

2. Entelektüel Sermaye

Entelektüel sermaye 20. yüzyılın başlarından itibaren belli başlı iktisatçılar tarafından kullanılan bir kavram olmakla birlikte, konuya ilişkin akademik alandaki farkındalık esas olarak yirminci yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkmıştır.²⁸

Entelektüel sermaye genelde bilgi ile karşılaştırılmakla birlikte, aslında bu kavram birebir bilgi anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte bilgi, entelektüel sermayenin ham maddesidir. Bu ham maddenin işlenerek, işverenler için değer ifade eden bir hale getirilmesi entelektüel sermayenin doğmasına yol açar. Dolayısıyla bu kavram işgücünün bilgi, yetenek, deneyim, sezgi ve davranışlarına işaret etmektedir.²⁹ Öğretide ayrıca entelektüel sermayenin işçilerin vasıflı olmasının yanında işverene olan bağlılığını da ifade ettiği, bu ikisinden birinin eksik olması halinde entelektüel sermayeden söz edilemeyeceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, vasfın yüksek bağlılığın az olması ya da tam aksine bağlılığın yüksek vasfın az olduğu durumlarda entelektüel sermayenin gündeme gelmesi güçtür. Özet olarak entelektüel sermaye işçi vasfının ve bağlılığının bir birleşimidir.³⁰

Günümüzdeki bütün şirketlerin belli bir entelektüel sermayeye sahip olduğundan söz edilebilir. Günümüz rekabetinin zorunlu bir unsuru haline gelen bu sermaye çeşidinin, işverenlerin ekonomik geleceklerinin belirlenmesinde başrol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla, işletmelerin ekonomik

²⁸ Entelektüel sermaye konusundaki farkındalığın özellikle Thomas A. Stewart'ın 1994 yılında Fortune Dergisi'nde yayınlanan makalesinden sonra ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bkz. Pike-Fernstörn-Roos, 505. Aynı doğrultuda Erdem, Entelektüel Sermaye, 276. Son yıllarda şirketlerin soyut kaynaklarının (entelektüel sermaye) değer yaratma konusundaki katkılarının ölçülmesi ve raporlanması konusunda çeşitli akademik çalışmalar yürütülmekle birlikte, bu çalışmalar pratikte alandaki yansımaları bulamamıştır. Bu konuda yürütülen çalışmalar ve uygulama eleştirisi için bkz. Chiucchi, 395.

²⁹ Erdem, Entelektüel Sermaye, 277. Entelektüel sermayenin yanında anlayış ve sadakat üzerine kurulu iş/ilişki/iletişim/bilgi süreçleri anlamına gelen sosyal sermayenin gerekliliği konusunda bkz. Gürdal, 64-65. Ayrıca entelektüel sermaye teknoloji, kurum kültürü ve organizasyon yapısı ile birlikte şirketlerde bilgi yönetiminin alt yapısını oluşturan 4 temel unsur arasında sayılmaktadır. Bkz. Zaim, Bilgi Yönetimi, 763.

³⁰ Ulrich, 16. Aynı eserde işçi bağlılığını artırmanın yollarından biri olarak işverenler tarafından elde edilen ekonomik kazancın işçilerle paylaşılması önerilmektedir. Bu konuda yapılan bir araştırmada PepsiCo Inc.'in 1989 yılında uygulamaya koyduğu Sharepower programı ele alınmış ve bu program çerçevesinde kendisine pay verilen işçilerin performansının ve bağlılığının arttığı gözlemlenmiştir. Bahse konu araştırma için bkz. Anfuso, 43.

alandaki başarısını belirleyecek olan entelektüel sermaye, işverenlerin bilim ve teknolojiyi yakından takip ederek, işyerini ve işgücünü bu gerekliliğe göre organize etmesini zorunlu kılmaktadır.

Günümüz ekonomisinde bu koşula uygun şekilde çalışan işverenlerin ekonomik değerlerini artırdıkları tam tersine uymayanların ise ekonomik yaşamın dışında kaldıkları gözlemlenmektedir. Gerçekten entelektüel sermayenin yoğun şekilde ihtiyaç duyulduğu teknoloji alanında faaliyet gösteren şirketler günümüzde ön plana çıkmakta ve yarattıkları marka değeri açısından en köklü işletmeleri bile geride bırakmaktadır.³¹

3. İşgücünün Niteliğindeki ve Çalışma İlişkilerindeki Değişim

Bilginin ekonomik ve sosyal hayatta yol açtığı dönüşümler işgücü ile çalışma ilişkilerinin geleneksel yapısını da değişime zorlamaktadır. Günümüz ekonomisinin en önemli kaynağı haline gelen bilgi, her şeyden önce bu kaynağı işleyecek olan işçilerin belli vasıflara sahip olmasını zorunlu kılmaktadır. Gerçekten 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra bilgisayar teknolojisinin gelişimi ile enformasyonun artan önemi bilgiyi öncelikle üretebilen, ondan anlam çıkarabilen ve sonra da onun üzerinde işlem yapabilen vasıftaki işçilere olan talebin artmasına yol açmıştır. Bugün 21. yüzyılın başlarında gelişmiş ekonomilerdeki işçilerin dörtte biri ila yarısının birincil görevinin bilgi ve enformasyonun işlenmesi olduğu tahmin edilmektedir.³² Global rekabet ortamında bilim ve teknoloji alanındaki hızlı ilerlemeyi işyerlerine yansıtamayan işverenlerin ekonomik faaliyetlerine uzun süre devam etmesinin zorluğu karşısında bahse konu işçilere olan talebin artarak devam edeceği

³¹ Forbes dergisinin 2013 yılında yayınlamış olduğu en değerli markalar sıralamasında ilk iki sıra teknoloji endüstrisinde faaliyet gösteren şirketler tarafından paylaşılmaktadır. Ayrıca, en değerli ilk on marka içerisinde teknoloji sektöründe faaliyet gösteren altı firma bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.forbes.com/powerful-brands> (Erişim tarihi:01.09.2013). Benzer şekilde 2014 yılında satılan Amerikan menşeli bir iletişim uygulamasının Türkiye'nin en büyük rafinerisinin piyasa değerinin 4 katına satılmasına ilişkin haber için bkz. <http://realtime.wsj.com/turkey/2014/02/20/1-whatsapp-4-tuprasa-bedel> (Erişim tarihi: 07.06.2014).

³² Davenport, 4. Yazar bilgi çalışmasının muğlaklığı nedeniyle tam bir rakam verememekte ancak Amerika Birleşik Devletleri Çalışma İstatistikleri Kurumu'nun yayınlamış olduğu işgücü kategorisinden yola çıkarak böyle bir saptamada bulunmaktadır. Bkz. age, 6.

öngörüsünde bulunmak yanlış olmayacaktır.³³ Bu işçilerin en hızlı büyüyen işçi grubu olduğu öğretide de ileri sürülmektedir.³⁴

Öğretide üzerinde azımsanmayacak sayıda çalışmanın yürütüldüğü bir diğer husus ise bu işçilerin çalışma ilişkilerinin yeniden belirlenmesi gerekliliğidir. Bu değişimin altında yatan başlıca sebep işverenlerin ekonomik alandaki başarılarının yüksek vasıflara sahip işçilerin üretkenliğine bağlı olduğu gerçeğidir. Gerçekten günümüzde bünyesinde ileri düzeyde teknoloji barındıran bilgi yoğun şirketlerin hızlı büyüme ve karlı çalışma eğiliminde oldukları açıkça görülmektedir.³⁵ Ancak bu karlılığın bilgiyi işleyen ve kullanıma hazır hale getiren yüksek vasıflı işçilere bağlı olduğunun altını çizmekte fayda bulunmaktadır.³⁶

³³ 1930-1964 yılları arasında Amerika Birleşik Devletleri'ndeki mühendis sayısının 217 binden yaklaşık 1 milyona çıktığı belirlenmiştir. Aynı zaman dilimi içerisinde 46 bin olan bilim insanı sayısının ise 475 bine yükseldiği tespit edilmiştir. Diğer bir anlatım ile bahse konu dönemde Amerika'daki işgücü oranı % 50 artmasına karşın mühendis sayısında % 370, bilim insanı sayısında ise % 930 oranında bir yükselme görülmektedir. Bu durum Amerika'daki eğitim seferberliği ile birlikte ele ele yürütüldüğü ifade edilen bir diğer husustur. Bkz. Bell, 216. TÜİK tarafından gerçekleştirilen Türkiye'de bilim teknolojileri kullanımı araştırmasına göre 2005 yılında % 87,8 olan bilgisayar kullanan girişimlerin sayısı 2013 yılında % 92'ye çıkmıştır. İnternet erişimi açısından söz konusu oranlar aynı karşılaştırma yıllarında sırasıyla % 80,4 ve % 90,8 olarak şekillenmiştir. Bkz. TÜİK-12.1 Bilgi Toplumu İstatistikleri, 2004-2013. TÜİK tarafından yapılan bir diğer araştırmada ise; Türkiye'de 2001-2012 yılları arasındaki dönemde araştırma geliştirme faaliyetlerinde çalışan sayısı 76 bin'den 184 bin'e çıkmıştır. Yine aynı araştırmada yapılan toplam Ar-Ge harcamasının söz konusu yıllar itibarıyla sırasıyla yaklaşık 1,3 milyar TL'den 13 milyar TL'ye yükseldiği görülmektedir. Bkz. TÜİK-12.2_2 Araştırma Geliştirme Faaliyetleri İstatistikleri. Söz konusu araştırmalar ekonomik olarak gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde bilim ve teknolojiye gelişimlere paralel olarak vasıflı işgücüne yapılan yatırımların kısa sürede önemli ölçüde arttığını ortaya koymaktadır.

³⁴ Drucker, Knowledge Work, 12. Davenport, 4. Amerika Birleşik Devletlerinde 1940-1958 yılları arasında bilgi üreten işçi sayısının 10,6 milyondan 20,5 milyona çıktığı belirtilmektedir. Bkz. Machlup, 393. Erdoğan, 434. ABD'de İş İstatistikleri Bürosu verileri üzerine yapılan bir çalışmayı ele alan köşe yazısında, posta hizmetleri çalışanları, dikiş makinesi operatörleri, ayakkabı ve deri imalatı işçileri, iletişim ekipmanları operatörleri gibi meslek gruplarındaki istihdamın, teknolojik değişimlere cevaben 2020'ye kadar önemli ölçüde azalacağı belirtilmektedir. Metin Ercan'ın ABD'de gelir eşitsizliği başlıklı yazısı için bkz.

http://www.radikal.com.tr/yazarlar/metin_ercan/abdde_gelir_esitsizligi-1143642 (Erişim tarihi: 01.07.2014).

³⁵ Davenport, 5. Ayrıca Fortune dergisinin 19. En Hızlı Büyüyen Markalar (Fastest-Growing Companies Marks) listesine bakıldığında enerji sektörünün yanında ilaç ve teknoloji sektöründe yer alan firmaların ilk sıralarda yer aldığı görülmektedir. Bkz. <http://money.cnn.com/magazines/fortune/fastest-growing> (Erişim tarihi: 01.02.2014).

³⁶ Bu işçilerin üretim yöntemlerinin sahibi ve dünya ekonomisindeki rekabetin belirleyici unsurlarından biri olacağına ilişkin öğretisi görüşü için bkz. Drucker, The Future, 16-17.

Öğretide işçilerin sisteme hizmet ettiği geleneksel yönetim anlayışından ziyade bilgi yoğun işyerlerinde sistemin işçilere hizmet etmek zorunda olduğu belirtilmektedir.³⁷ Aynı zamanda iyi bir eğitim geçmişine sahip bu işçilere, gerçekleştirdikleri işin üst seviyede uzmanlık ile bilişsel beceri kullanımı gerektirmesi nedeniyle, hiyerarşik bir yapıdan arındırılmış serbest bir çalışma alanının tanınması gerekliliği de dile getirilmektedir.³⁸ Bu nedenle, bilgi yoğun işlerde çalışmanın esnek olma eğilimi göstermesi, çalışma ilişkileri açısından doktrinde ileri sürülen hususların başında gelmektedir.³⁹ Bununla birlikte, öğretilerdeki diğer bir kısım yazarlar ise esnek çalışmayı işyerlerinde çekirdek ve çevre işgücünün oluşumuna sebebiyet verdiği ve işgücü içerisinde kutuplaşmaya yol açtığı gerekçesiyle eleştirmektedir.⁴⁰ Bu görüşe göre belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerden oluşan çekirdek işgücü, iş güvencesi, ücretin korunması gibi temel işçi haklarına sahipken, genellikle belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan çevresel işgücü bu hakların birçoğundan mahrum durumdadır. Öte yandan, bu yaklaşıma hukuki açıdan yaklaşıldığında katılmak mümkün değildir. Keza belirli süreli iş akdinin kurulması ilerde ayrıntılı şekilde yer verileceği üzere her şeyden önce kanun tarafından belli sınırlamalara tabidir (İK m.11). Bunun yanında belirli süreli çalışanlarla belirsiz süreli çalışanlar arasında ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça farklı işlem yapma yasağı mevzuatımızda yer almaktadır (İK m.12). Her ne kadar belirli süreli çalışanlar ILO'nun 158 sayılı sözleşmesine uygun olarak iş güvencesi dışında bırakılmışlarsa da mevzuatımızda yer alan hükümlerin çekirdek ve çevresel işgücü ayrımını hukuki açıdan temelsiz bıraktığı görüşünü taşıyoruz.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi başta olmak üzere İş Hukuku mevzuatında öngörülen belli hükümler (İK m.5/2, m.12/1, m.13/2, SK m.25) işverenlerin ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça işçilerine karşı farklı işlem yapamayacaklarını hüküm altına almaktadır. Ancak bu düzenlemeler kuşkusuz işverenlerin tüm işçilere mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmez.

³⁷ Drucker, Knowledge Work, 12.

³⁸ Davenport, 18. Aynı doğrultuda Drucker, The Future, 18.

³⁹ Süzek, Akdin Türleri, 17. Davenport, 26. Drucker, Productivity, 84. Castells, Network Society, 280. Erdem, 550. Zaim, 599.

⁴⁰ Uyanık, 12. Aksoy, 403-404.

İşverenler, gerek işçinin yerine getirdiği iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere gerekse çalışkanlık, yetenek, liyakat gibi sübjektif nedenlere dayanarak farklı işlem yapma hakkına sahiptir. Bunun aksinin öngörülmesi işverenlerin anayasal güvence altında bulunan sözleşme serbestisine kabul edilemeyecek bir müdahale niteliği taşır.⁴¹ Diğer taraftan, bu durumda dahi işveren iş güvencesi, ücretin korunması, toplu pazarlık gibi temel işçi hakları karşısında kanunun emredici hükümleri ile bağlıdır. Uygulamada işverenler tarafından yasalara aykırı işlemlere zaman zaman başvurulabildiği görülmekle birlikte, bu durum iş mevzuatının emredici hükümleri karşısında esnekliğin işgücünün bölünmesine yol açtığı şeklinde yorumlanamaz. Kaldı ki, esnekliğin iş mevzuatının katı ve sınırlayıcı hükümlerinin mümkün olduğunca yumuşatılmasını ifade ettiği ancak bunun kuralsızlaştırma anlamına gelmediği öğretide belirtilmektedir.⁴² İşçinin korunması ile kuralsızlaştırma arasındaki bu denge “mümkün olduğu ölçüde işçinin korunması ve gerekli olduğu ölçüde kuralsızlaştırma” formülüyle açıklanmaktadır.⁴³

⁴¹ Süzek, 481-482.

⁴² Süzek, 20.

⁴³ Süzek, 20. Ekonomi, 23 vd. Eyrenci, Değerlendirme, 18. Ulucan, 527-528

§ 2. BİLGİ TOPLUMU VE BİLGİ EKONOMİSİ

I. Sanayi Ötesi Toplum ve Bilgi Toplumu

Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeler günümüzde baş döndürücü bir hızla devam etmektedir.⁴⁴ Bu gelişimler toplumun her kesimini derinden etkilemekte, sosyal yaşam aynı paralelde evrimleşmektedir. Çağımızda bilgi insanoğlunun temel ve ortak değerlerinden birisi haline gelmiştir. Bu gelişmeler, hukukun genç ve dinamik bir dalı olan İş Hukukunun geleneksel kurum ve kavramlarını da yeniden tartışma gündemine getirmektedir.⁴⁵

İngiltere’de 18. yüzyılın ortalarında başlayan sanayi devrimiyle birlikte tarımsal üretime ve el sanatlarına dayalı sanayi öncesi toplum yerini ilk defa sanayi toplumuna bırakmıştır.⁴⁶ Sanayi toplumu insanlık tarihi için kısa sayılabilecek bir zaman diliminde çok büyük değişimlerin yaşandığı bir dönemi ifade etmektedir.⁴⁷ Özellikle 18. yy. döneminin ileri teknolojisi olan buhar makinesinin bulunması, üretim sistemlerinde ve çalışma ilişkilerinde birçok değişimin yaşanmasına yol açmıştır. Bu gelişmeler, toplumsal yapıyı da aynı ölçüde etkilemiştir. Gerçekten, sanayi devrimiyle birlikte kitle üretimine başlayan fabrikalar, tarımsal işgücünü ve kendisiyle rekabet edemeyen esnaf ve sanatkârları işçi olarak istihdam etmiş ve toplum yapısında büyük bir dönüşüm yaşanmıştır.⁴⁸ Bu bağlamda, sanayi devrimi bir yandan üretim yapısındaki gelişmelere işaret ederken diğer taraftan ise toplumsal değişimi vurgulamaktadır. Bu değişimi sağlayan güç ise kuşkusuz teknoloji alanında yaşanan gelişmelerdir.

Sanayi devrimi çalışma ilişkileri açısından da önemli gelişmeleri beraberinde getirmiştir. Ekonomik liberalizmin ve bireyci hukuk anlayışının irade özgürlüğüne üstünlük tanıdığı bu dönemde, devletin işçi-işveren ilişkilerine müdahalesi

⁴⁴ Nitekim 1768’de James Watt’ın buhar makinasını bulmasıyla başlayan teknolojik değişim bir sembol haline gelmiştir. Bkz. Ekin, Endüstri, 3.

⁴⁵ Güzel, 1.

⁴⁶ Sanayi devrimi ve toplumu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ekin, Endüstri, 1-35.

⁴⁷ Parlak-Yıldırım, 56.

⁴⁸ Erdem, 545

reddedilmiş ve işveren sahip olduğu ekonomik üstünlük sayesinde işçiye dilediği çalışma koşullarını kabul ettirme olanağına kavuşmuştur. Bu olgu beraberinde ‘sosyal sefaleti’ getirmekte gecikmemiş ve bu durum devletin çalışma ilişkilerine müdahale etme zorunluluğunu doğurmuştur. Günümüz çağdaş İş Hukuku’nun temelleri bu döneme dayanmaktadır.⁴⁹

İçinde bulunduğumuz dönemde ise fiziksel emeğin üretimin asıl gücü olmaktan çıkarak yerini elektriksel/nükleer güce bıraktığı görülmektedir. Özellikle 1960 yılından sonra ABD ve Japonya gibi ekonomik açıdan gelişmiş ülkelerde hız kesmeden devam eden teknolojik gelişmeler, 20. yüzyılın ortalarında bu sefer sanayi ötesi toplum fikirlerinin ortaya atılmasına sebebiyet vermiştir.⁵⁰ Buna göre, sanayi ötesi toplum; yeni teknolojinin, ekonomik büyümenin ve toplumsal katmanlaşmanın ekseninde yer alan teorik bilginin sosyal yapının merkezini oluşturduğu toplum biçimini ifade eder.⁵¹ Bu yeni toplumsal yapıda; sanayi toplumunun başat sektörü olan imalat yerini hizmet sektörüne devretmekte, işgücü dağılımında profesyonel ve teknik işçi sınıfı ön plana çıkmakta, teorik bilgi yeniliğin ve politika yapmanın kaynağı olarak sosyal yapının merkezinde yer almakta, geleceğin inşası teknolojinin ve teknolojik varlıkların kontrolüne bağlanmakta ve ayrıca karar verme mekanizmaları yeni teknolojilerinin yaratılmasına dayanmaktadır.⁵²

Toplumsal yapının evrimleşmesiyle ilgili düşünceler sanayi ötesi toplumla sınırlı kalmamış, öğretilerdeki bir takım yazarlar 20. yüzyılın beraberinde bilgi toplumunu da getirdiği fikrini ileri sürmüşlerdir.⁵³ Bilgi toplumu görüşü esasen sanayi ötesi toplum tartışmalarından türemiştir.⁵⁴ Sanayi ötesi toplumla hemen hemen aynı özellikleri taşıyan bilgi toplumunda bilgi, üretimin temel kaynağını teşkil etmekte ve toplumsal hayata yön vermektedir. Bu açıdan, bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeler neticesinde bilgi sektörünün, ekonomisinin, sermayesinin ve

⁴⁹ Güzel, 83-84.

⁵⁰ İlgili dönemdeki toplumsal yapıyı ağ toplumu olarak tanımlayan öğreti görüşü için bkz. Castells, Network Society, 500.

⁵¹ Bell, 112.

⁵² Bell, 14.

⁵³ Bu konuda bkz. <https://www.ekodialog.com/Makaleler/sanayi-toplumundan-bilgi-toplumuna.html>. Ayrıca bkz. http://bilgitoplumu.blogspot.com.tr/#_ftnref3 (Erişim tarihi:01.12.2015).

⁵⁴ Parlak-Yıldırım, 58.

ayrıca ileri vasıflı işgücünün (bilgi işçilerinin) önem kazandığı, eğitimin sürekliliğinin ön planda olduğu, yaşanan tüm bu gelişmelerin toplumu ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal açıdan sanayi toplumunun ötesine taşıdığı toplumları bilgi toplumu olarak sınıflandırmak mümkündür.⁵⁵ Öğretideki bir kısım yazarlar ise gelişmiş ve diğer ülkeler arasındaki eşitsizliğin giderek artması, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerdeki eğitim, sağlık, güvenlik, konut, ulaşım, demokrasi gibi yapısal sorunların devam etmesi, toplumun yeni bir ekonomik ilişkiler sistemi içermemesi gibi gerekçeleri ileri sürülerek bilgi toplumu düşüncesine karşı çıkmaktadır.⁵⁶

Günümüzde ekonomik gelişmişlik düzeyi farklı ülkeler arasındaki ekonomik, sosyal ve kültürel eşitsizliğin devam etmesi ile eğitim, sağlık ve barınma gibi yapısal sorunların mevcudiyetini koruduğu bilinen bir gerçekliktir. Bununla birlikte, bahse konu eşitsizliğin ve yapısal sorunların toplumsal değişimi engellediği sonucuna varmak kanımızca mümkün değildir. Teknolojik gelişmelerin etkisiyle bilginin toplum yaşamı içerisindeki etkinliğinin artmasının sonucunda, başta üretim sistemleri ile işgücü ve çalışma ilişkilerinin niteliğindeki değişimi ifade eden bilgi toplumunun dünyamızdaki yapısal sorunları çözmek ve eşitsizliği önlemek gibi bir iddiası bulunmamalıdır. Diğer yandan, bilgi teknolojilerinin sunduğu olanaklar, sosyal sorunlara yönelik çözümlerin üretilmesi ve risklerin azaltılması için oldukça önemli olanaklar içermektedir.⁵⁷ Ayrıca, tarım toplumundan sanayi toplumuna geçişte olduğu gibi sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçişte de toplumsal sorunların çözülemediği olması bu değişimin yaşanmadığı şeklinde yorumlanamaz. Kanımızca bilgi toplumu düşüncesine getirilebilecek eleştirilerin başında bu toplumsal modelin, sanayi toplumunun piyasa ekonomisine dayanan ekonomik yapısını değiştirmede düşüncesi gelebilir. Öte yandan, kapitalist sistem içerisinde gelişen sanayi ötesi toplum ya da bilgi toplumu düşüncesi sanayi toplumunun piyasa ekonomisine dayanan ekonomik yapısını reddetmemekle birlikte, ekonomik

⁵⁵ http://www.canaktan.org/yeni-trendler/bilgi-toplumu/bilgi_toplumu-ozellik.htm. (Erişim tarihi: 01.05.2014)

⁵⁶ Yılmaz, 148-158.

⁵⁷ Fenerci, 75.

kurumlarda sosyal hayatı da etkileyen önemli değişiklikler öngörmektedir.⁵⁸ Bu durum yeni toplumsal yapının piyasa ekonomisine dayandığına, öte yandan üretimden tüketime ekonomik ilişkilerin farklılaştığı yeni bir toplumsal yapının oluştuğuna işaret etmektedir.⁵⁹

Kapitalist sistemlerdeki mantık basittir. Para sahibi yatırımcı (işveren) belli iş için bir fikir ürettikten sonra bankadan aldığı ek krediyle birlikte fabrika, makina, ofis gibi temel varlıklar üzerine yatırım yapar. Daha sonra yapılacak iş bu varlıkları yönetecek bir yöneticiyi (işveren vekili) işe almaktır. Yönetici de işyerinde makineleri işletecek ve işin yürütülmesini sağlayacak olan işçileri istihdam edecektir. Yatırımcı, şirketin sağladığı bütün kara tek başına katılırken, kolaylıkla değiştirebileceği işçilere ücret, yöneticilere ise ücretlerinin yanında yıllık bazda prim veya ikramiye ödemesinde bulunur. İşveren aynı zamanda bankalara kredinin geri ödemesi, işyerinde bulunan makinelerin bakımı ve gerekirse yenisiyle değiştirilmesinden sorumludur. İlaveten, arzu etmesi halinde halka işyeri sahipliğini paylaşma şansı sunabilir. Bu şans bazen yöneticilere de tanınabilmektedir. Bununla birlikte, bu sistemde neredeyse hiçbir zaman işçilerin yönetim mekanizması içerisinde yer almasına izin verilmez. Diğer taraftan, entelektüel kapitalizmde ise (intellectual capitalism) durum farklıdır. Bilgi yoğun şirketlerde, şirketin sahibinin kim olduğu, üretim araçlarına veya şirket ürünlerine kimin sahip olduğu tam olarak belli değildir. Günümüzün yatırımcısı yatırıma çekirdek para denilen düşük bir tutarla başlar. Ayrıca fabrika satın almak yerine ofis kiralar, diğer bir ülkedeki şirket ise onun arzu ettiği ürünü üretecektir. Yeni kurulan şirketin sahip olduğu araç gereç sadece bilgisayar ve masadan ibarettir. Yatırımcı bu araç gereçleri almasına karşın, entelektüel kapitalizmin dayanağı olan insan gücüne yatırımı kimin yaptığı belli değildir. Her yönetici ve işçi şirket hissesine sahip olup, bir grup olarak bu hisseler yatırımcının sahip olduğu hisselerle eşit olabilir.⁶⁰ Bu durum, bilgi toplumunda kapitalist sistemin temel dinamiklerinde ortaya çıkan önemli bir değişime işaret etmektedir.

⁵⁸ Drucker, Capitalist World, 94.

⁵⁹ Bilginin servet yaratmak için aracı olarak yeni bir rol üstlenmesi ve bu nedenle bilgi toplumuna geçişin aslında ekonomik bir dönüşüm olduğuna ilişkin öğretici görüşü için bkz. Fenerci, 89.

⁶⁰ Davenport, 104.

Ekonomi ve teknoloji alanında yaşanan tüm gelişmelere karşın hizmet sözleşmesi günümüzde önemi korumaya devam etmektedir. Devletin iş ilişkilerine müdahalesi iş akdinin taraflarına daha çok özgürlük bırakılması yönünde evrilmekte ve bu olgu öğretide esneklik olarak adlandırılmaktadır. Gerçekten esneklik, işçi-işveren ilişkisinde devletin emredici ve katı kural koyma yetkisinin yerine, tarafların iradelerine ayrıcalık tanınmasını ve özel hukuka (sözleşme hukukuna) dönüşü ifade etmektedir.⁶¹ Kuşkusuz esneklik sanayi devriminin yarattığı ‘sosyal sefalet’ dönemine dönüş anlamına da gelmemektedir. Günümüzde rekabet gereklilikleri ve işçilerin sahip olduğu ileri vasıfların işletmelerin asıl sermayesini oluşturması, işverenlerin istediği çalışma koşullarını dayatması önündeki en büyük engeldir. Bu nedenle bilgi toplumu işverenlerinin, işletmelerinin daha verimli hale getirilmesi adına işçilerinin bağlılıklarını artıracak ve yönetimde daha fazla söz sahibi olmalarını sağlayacak yolları tercih edeceğini öngörmek yanlış olmayacaktır.

II. Bilgi Toplumu Sanayi Toplumundan Ayıran Özellikler

Teknolojik devrimlere dayanan ve birbirinin ardılı sayılan sanayi ve bilgi toplumları bünyelerinde farklı nitelikler barındırmaktadır. Bu özelliklerin başında gelen hususlar öğretide şu şekilde sıralanmaktadır;

- sanayi toplumunun ortaya çıkışını buhar makinesi temsil ederken, bilgi toplumunda bu işlevi bilgisayar teknolojisi üstlenmektedir.

- sanayi toplumunda çoğunlukla maddi ürün teminine yönelik, sermayeye ve fiziksel emeğe dayalı üretim, bilgi toplumundaki yerini, zihinsel emeğin yoğun olarak kullanıldığı yenilikçi bilgi üretimine devretmektedir. Bu paralelde fiziki emeğin kullanımına nazaran zihinsel emek giderek ön plana çıkmaktadır.

- sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçişte işgücünün niteliği vasıflı işçilerin sayısal üstünlüğüne doğru evrilmekte, katı kurallarla çevrili çalışma ilişkilerinin esnek bir yapıya kavuşturulması gündeme gelmektedir.

⁶¹ Güzel, 84.

- sanayi toplumunda ön planda olan toplu iş ilişkilerine nazaran bilgi toplumunda ferdi iş ilişkileri önem kazanmaktadır.

- sanayi toplumunun üretim merkezleri olan büyük ölçekli modern fabrikaların yerini bilgi toplumunda küçük-orta ölçekli bilgi yoğun işyerleri almaktadır.

- sanayi toplumunda makine, kimya ve inşaat öncü endüstrileri temsil etmekte olup bilgi toplumunda bilgi tabanlı endüstriler ön plana çıkmaktadır.

- sanayi toplumunda piyasaların genişlemesi yeni yerlerin keşfine bağlıyken, bilgi toplumunda yenilikçi bilgi, potansiyel bilgi pazarlarını belirlemektedir.

- sanayi toplumunda iş bölümü, üretim ve tüketim birbirinden ayrılarak bireysellik ön plana çıkmışken, bilgi toplumunda bilginin üretiminde birliktelik ve kullanımında paylaşım (sinerjik ekonomi) söz konusudur.

- sanayi toplumunda sosyo-ekonomik hayatın önde gelen aktörlerini özel sektör, kamu ve kamu iktisadi kuruluşları oluşturmaktayken, bilgi toplumunda gönüllü kuruluşlar önem kazanmaktadır.

- sanayi toplumlarının parlamenter sisteme dayanan politik yapısı yerini bilgi toplumlarında küçük toplulukların da görüşünün alındığı katılımcı demokratik sistemlere bırakmaktadır.⁶²

Tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş sürecinde olduğu gibi, bilgi toplumuna evrilme döneminde de gündeme gelen konuların başında işgücü ile çalışma ilişkilerinin niteliğindeki değişim gelmektedir. Özellikle yakın bir gelecekte sanayi sektöründeki istihdam oranının önemli ölçüde düşeceği, bilginin artan önemi

⁶² Sanayi ve bilgi toplumu arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ersel, 711-713. Erdem, 547. Parlak-Yıldırım, 56-57.

karşısında işgücünün bilgilerle donanmış durumunda olacağı ve işgücünün çoğunun kas gücü ile değil zihin gücü ile çalışacağı öğretide ileri sürülmektedir.⁶³

III. Bilgi Ekonomisi Kavramı

Bilgiyi üreten ve etkin bir şekilde üretim sürecinde kullanan ekonomiler olarak nitelendirilen bilgi ekonomilerinde yaratıcılık, verimlilik, rekabet ve inovasyon potansiyeli oldukça güçlüdür. Günümüzde ekonomik bakımdan gelişmiş ülkeler üretim sürecinde geleneksel üretim faktörlerinin yerine, bilgi yoğun ürünlerin üretimini sağlayan bilgiyi ikame etmişlerdir. Bilginin sosyo-ekonomik gelişme için önemini anlayan Güney Kore, Çin, Singapur, Tayland vb. ülkelerin ise hızlı bir büyüme süreci yaşadığı görülmektedir. Bilgi ekonomisinin en önemli bileşenleri arasında bilgi iletişim teknolojileri, inovasyon kapasitesi, Ar-Ge çalışmaları ve bilgi işçileri gelmektedir.⁶⁴

Bilgi ekonomisinin değinilen bileşenlerinin yanında, ekonomik ve kurumsal rejimin de bilgi ekonomisinin en önemli unsurlarından birini oluşturduğu öğretide ifade edilmektedir.⁶⁵ Bu görüşe göre bilginin üretilmesine yardımcı ekonomik rejimler; uluslararası rekabete açık, rekabetin canlılık gösterdiği, girişimciliğin özendirildiği, hükümet giderlerinin ve bütçe açıklarının sürdürülebilir olduğu, enflasyonun sabit ve düşük kaldığı, serbest kur politikasının yerel paranın gerçek değerini gösterdiği, finansal sistemin yatırım fırsatları doğrultusunda kaynakları dağıttığı ve varlıkları verimi düşük şirketlerden yüksek olanlara kaydırduğu ekonomiler olarak tanımlanmaktadır. Bilginin üretilmesine olanak sağlayan kurumsal rejimler ise etkili, hesap verebilen ve yolsuzluktan arı yönetimleri, temel ticaret kuralları ile fikri mülkiyet haklarının korunduğu bir hukuk sistemini ifade etmektedir. Bu sistemlerde fikri mülkiyet hakları özellikle korunmalı ve güçlü

⁶³ Erdem, 548.

⁶⁴ Işık-Kılınç, 21-23. Öğretide; bilgi ekonomisi (knowledge economy), enformasyon ekonomisi (information economy), yeni ekonomi (new economy), bilgi sürümlü ekonomi (knowledge driven economy), bilgiye dayalı ekonomi (knowledge-based economy), digital economy (digital economy) literatürde kimi zaman eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bkz. Gürdal, 50. Aynı doğrultuda Taşçı, 319.

⁶⁵ Bkz. Derek - Dahlman, 8.

şekilde tanınmalıdır. Bu haklar için yeterli korumanın ve tanınmanın sağlanmaması halinde, araştırmacıların ve bilim adamlarının yeni teknolojik bilginin üretilmesinde ve hatta mevcut olanın kullanılmasında daha az istekli olacağı ayrıca bu durumun yeni bilginin paylaşılmasına da zarar vereceği belirtilmektedir.⁶⁶ Dünya Bankası tarafından ülkelerin bilgi ekonomisi karşısındaki durumlarının değerlendirilmesine yönelik yapılan çalışmalarda, ekonomik ve kurumsal rejim temel kıstaslardan biri olarak dikkate alınmaktadır.

Bilgi ekonomilerinde bilgi ve teknoloji önemli bir yer tutmakla birlikte, bu ekonomi modelini teknolojiye dayalı ekonomi olarak sınırlandırmak yanlış bir yaklaşım olacaktır. Bireyin zihninde bulunan ve bilgi kayıt ortamları vasıtasıyla iletilen sistemli, anlamlı ve ilişkili veriler bütünü temsil eden bilginin yanında teknolojiye dayalı üretim sistematik bilginin, bilgili insan gücünün ve donanım unsurlarının bileşkesini oluşturan dinamik bir unsurdur.⁶⁷

Bilgi ekonomisi kavramı daha önceki ekonomilerin bilgiye dayanmadıkları anlamına da gelmemektedir. Esasen antik çağdan günümüze tüm üretim sistemlerinin ve toplumsal yapının temelinde bilgi yatmaktadır. Bununla birlikte, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bilgisayar teknolojisi, internet ve iletişim olanaklarında çığır açan gelişmeler bu alandaki maliyetleri düşürmesiyle birlikte bilginin elde edilmesi ile paylaşımını önemli ölçüde artırmıştır. Mevcut bilginin etkin şekilde yayılmasının yanında, alım gücünün yükselmesi bilgisayar teknolojisi ile elektronik iletişimin yaygın şekilde kullanımını ortaya çıkarmıştır. Modern bilgi ve iletişim teknolojileri farklı yerlerdeki araştırmacıların birlikte çalışma olanağını da beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla bu durum araştırmacıların üretkenliğini geliştirmesinin yanında yeni bilgi ve teknolojilerin elde edilmesi yönündeki hızlı ilerlemelere de yol açmıştır. Bilginin elde edilmesi ile paylaşımındaki artan hız, modern ve etkili üretim tekniklerinin de hızlı bir şekilde yayılmasını sağlamıştır. Bu

⁶⁶ Derek - Dahlman, 8-9.

⁶⁷ Bilgi ekonomisi sadece yüksek teknoloji ile bilgi teknolojilerinden meydana gelmez. Örnek olarak, çiftçilikte yeni tekniklerin uygulanması ürün elde edilmesini önemli derecede artırabilir ya da modern lojistik servislerin kullanılması geleneksel zanaat sektörünün daha geniş pazarlara hitap etmesini sağlayabilir. Bkz. Derek - Dahlman, 4.

gelişmelerin bir diğer sonucu da dünya ekonomisinin eskisine nazaran çok daha rekabetçi bir yapıya bürünmesidir. Bu hızlı değişimi yakalayamayan ülkeler, geride kalma riskiyle yüz yüze gelmişlerdir.⁶⁸

Değinilen değişimlerin işgücünün yapısını da aynı paralelde değişime zorladığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Zira ekonominin teknoloji ve bilim yönlü evrimi, onun bir parçası olan işgücünün de aynı paraleldeki değişimini zorunlu kılmaktadır. Günümüzde özellikle belli sektörlerde aranan işe alım koşulları bir yabancı dilden en az iki yabancı dil bilmeye, temel bilgisayar bilgisinden çeşitli yazılım programlarını kullanabilmeye kadar önemli bir değişim göstermiştir. Ayrıca, seviyeleri farklı olmakla beraber tüm sektörler açısından söz konusu gelişmeleri açık bir biçimde gözlemlemek mümkündür.

Bilgi ekonomilerinin reddettiği unsurlar arasında iş ilişkilerindeki hiyerarşik yapılanma da yer almaktadır. Bilgi ekonomilerinin temelinde yer alan bilginin işçiler tarafından işlenerek üretimde anlamlı hale getirilmesi katı ve dikey yapılanmaya dayalı hiyerarşik düzen yerine yatay ve herkesin eşit olduğu bir sistemi zorunlu kılmaktadır. Bilgi ekonomilerinde üretim sistemlerinde güvene dayalı iş ilişkisi ve iletişim süreçleri değer yaratan unsurlar olarak kabul edilmektedir.⁶⁹

Yeni ekonomi olarak adlandırılabilen bilgi ekonomisi ile eski ekonomiyi teşkil eden endüstriyel ekonomi arasındaki temel farklılıkları pazar, rekabet, organizasyon ve işgücü yapısındaki değişimlerden oluşan temel başlıklar altında incelemek mümkündür. Endüstriyel ekonominin yavaş ve doğrusal nitelikte olan piyasa değişimleri, yeni ekonomide hızlı ve farklılaşmanın ön planda olduğu dinamik bir yapıya kavuşmuştur. Müşteri güdümünde olan bilgi ekonomisinde şirketlerin ana itici gücünü sermaye yerine insan kaynağı, bilgi üretme yeteneği ve bilgi teknolojilerinden faydalanma düzeyi oluşturmaktadır.⁷⁰ Uluslararası niteliğe kavuşan

⁶⁸ Derek-Carl, 2.

⁶⁹ Gürdal, 65. Aynı doğrultuda Taşçı, 321.

⁷⁰ Bilgi ekonomisi içerisinde işletmelerin rekabetini ele alan bir köşe yazısında bu durum şu şekilde ifade edilmektedir; “Yeni ekonomide yenilik üreten şirketler ‘yenilik içeren’ ürünler ile rekabet edebilmektedir. Bunun sonucunda, bu sektörlerde şirket değerinin önemli bir kısmı, fiziki üretim

rekabette ise artık büyük küçüğü yutar yerine hızlı olan yavaşı yutar kuralı geçerlidir. Beklentilere en hızlı cevap verecek şekilde, esnek ve sürekli bir gelişme içerisinde olan organizasyon yapıları ise endüstriyel ekonominin yavaş ve dikey nitelikli yapısından ayrılmıştır. Aynı doğrultuda evrilme gösteren işgücü niteliğinde de işçilerin ne bildiğinden ziyade, nasıl ve ne kadar hızlı öğrenebildiği önem arz etmektedir.⁷¹

IV. Günümüz Bilgi Toplumu ve Ekonomileri

Temel olarak üretim sistemlerinde bilgi kullanımını ön plana çıkaran bilgi toplum ve ekonomilerinin gelişimi ülkelerin ekonomik gelişmişlik düzeyleriyle aynı paralelde bir seyir izlemektedir. Bu yeni toplum ve ekonomi modelini belirleyen faktörler ile ülkelerin içsel büyüme modellerinde ekonomiyi etkileyen Ar-Ge, vasıflı işgücü, nitelikli eğitim, bilgi ve iletişim teknolojileri gibi etkenler arasında benzerlik bulunmaktadır.⁷² Günümüzde ekonomik açıdan gelişmiş ülkelerin teknoloji alanındaki yatırımlarının önemli seviyede devam ettiği ve diğer ülkelere teknoloji ihracatının yapıldığı bilinen bir diğer durumdur.⁷³ Dolayısıyla bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler ekonomik gelişmişlik açısından bilgi ekonomisi ve toplumu kavramlarını ülkeler için bir gelişmişlik ölçütü haline getirmiştir.⁷⁴

tesisleri, binalar ve arsalardan gelmiyor. Üretilen yeni bilgi ve bu bilgilerden oluşan teknoloji, patent ve marka değerleri, hızlı değişen ve dinamik pazar koşullarında rekabet avantajı sağlayan tanıtım ve pazarlama stratejileri ve organizasyonel yönetim bilgileri artık şirket değerini büyük oranda belirliyor. Kısaca, yeniliğe dayalı sektörlerde, şirketleri ayakta tutan unsur şirketin ürettiği bilgi sermayesi oluyor. Bu tür sermayeye sahip şirketlerde, tepede kalabilmek için, sürekli ve yüksek miktarlarda yeni bilgi yatırımının yapılması gerekiyor.” Metin Ercan’ın ‘Bilgi Sermayesinde Döngü Süresi’ başlıklı köşe yazısı için bkz.

http://www.radikal.com.tr/yazarlar/metin_ercan/bilgi_sermayesinde_dongu_suresi-1219539 (Erişim tarihi: 01.01.2015).

⁷¹ Bilgi ekonomisi ile endüstriyel ekonomi arasındaki farklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Taşçı, 319-322.

⁷² Taşçı, 324-325. Meçik, 117.

⁷³ Nitekim ülkemizin dışa bağımlı olan üretim yapısının değiştirilmesi yönünde teknoloji temelli makro düzeyde tedbirler öngören programlar hayata geçirilmektedir. Bunlardan bir tanesi de Türkiye İhracatçılar Meclisi’nin 2023 İnovasyon Stratejisi’dir. Bu bağlamda ele alınan ‘inovasyon ve teknoloji’ unsurunun alt bileşenleri olarak üretime yönelik yeni unsurlar, üretim esnekliği, sürekli Ar-Ge, büyük veri yönetimi olarak belirlenmiştir. Bu konuda bkz. 24 Mart 2016 tarihli Dünya Gazetesi’nde “2023 İnovasyon Stratejisi İçin 5 Faktör” isimli haber.

⁷⁴ Meçik, 116.

Ekonomilerin hangi ölçüde bilgi ekonomisi niteliği taşıdığını belirlemek için belli göstergelerden yararlanmak mümkündür. Esasen bilgi ekonomisinin kendi parametrelerine dayandırılan söz konusu tespitler için öğreti ve uluslararası kuruluşlar tarafından çeşitli yöntemler öngörülmüştür.⁷⁵ Kanımızca söz konusu yöntemler arasında Dünya Bankası (The World Bank)⁷⁶ tarafından geliştirilen Bilgi Değerlendirme Metodolojisi (KAM 2012), hem Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD)⁷⁷ üyesi ülkelerin hem de ekonomik açıdan gelişmekte olan diğer ülkelerin ekonomik ve sosyal gelişimlerinde bilgiye ne ölçüde yer verdiklerini göstermesi açısından önem arz etmektedir.⁷⁸ Bahse konu metodoloji bünyesinde gayrisafi milli hasıla, insani gelişmişlik, yerel rekabetin yoğunluğu, politik denge, telif hakkı ve lisans ödemeleri, araştırmacı sayısı, yayınlanan bilimsel ve teknik makale sayısı, yüksek teknoloji ihracı, firma seviyesinde teknoloji kullanımı, ortalama eğitim süresi, işsizlik oranı, uzman ve teknik işçilerin toplam işgücüne oranı, işgücü eğitiminin kapsamı, kişi başına düşen bilgisayar ve internet kullanımı gibi 148 adet yapısal ve nitel değişkeni içermektedir.⁷⁹ Bahse konu değişkenler, ülkelerin genel ekonomik performanslarının yanında bilgi ekonomisinin aşağıda belirtilen 4 temel unsuruna işaret etmektedir. Söz konusu unsurlar;

⁷⁵ OECD tarafından belirlenen temel bilgi göstergeleri şunlardır; Ar-Ge harcamaları, teknik personel ve mühendis sayısı, patentler ve teknolojinin uluslararası ödeme dengesi. Bahse konu göstergeler ile öğretilerdeki diğer görüşler için bkz. Meçik, 120-121.

⁷⁶ Dünya Bankası II. Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkilerini ortadan kaldırmak ve özellikle Avrupa'nın yeniden yapılanma sürecine yardımcı olmak amacıyla 1994 yılında kurulmuştur. Bugün itibarıyla bankanın bünyesinde Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (IBRD - International Bank for Reconstruction and Development), Uluslararası Kalkınma Birliği (IDA-International Development Association), Uluslararası Finans Kurumu (IFC-International Finance Cooperation), Çok taraflı Yatırımlar Garanti Ajansı (MIGA - Multilateral Investment Guarantee Agency) ile Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes) gibi 5 adet uluslararası kurum ve kuruluş bulunmaktadır. Günümüzde Dünya Bankası temel olarak dünyadaki yoksulluğun ortadan kaldırılması amacına hizmet etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.worldbank.org/en/about/history> (Erişim tarihi: 01.07.2014)

⁷⁷ OECD II. Dünya Savaşından sonra Avrupa kıtasının yeniden inşası için öngörülen Marshall Planı'nın yürürlüğünü sağlamak amacıyla 1948 yılında kurulmuş uluslararası bir dayanışma örgütüdür. Bugün itibarıyla kuruluşun bünyesinde 34 üye ülke bulunmakta olup, temel amacı ekonomik ve sosyal hayatı geliştirecek politikalar üretilmesine yardımcı olmaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.oecd.org/about/history/> (Erişim tarihi: 01.07.2014).

⁷⁸ Dünya Bankası tarafından geliştirilen söz konusu yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Derek-Carl, 9-10.

⁷⁹ Dünya Bankası'nın bahse konu metodolojisini oluşturan parametreler için bkz. <http://go.worldbank.org/E7ISX99P10> (Erişim tarihi: 22.07.2014).

- mevcut ve yeni bilginin etkin kullanımı ile girişimciliğin artmasını sağlayan ekonomik ve kurumsal yönetim şekli,

- bilginin iyi bir şekilde elde edilmesi, paylaşılması ve kullanımı için eğitimli ve vasıflı insan gücü,

- firmaların, üniversitelerin, araştırma merkezlerinin, danışmanlık şirketlerinin ve diğer organizasyonların artan küresel bilgi stokundan faydalanarak yerel bazdaki ihtiyaçları benimsemesi ve yeni teknoloji üretmesi için etkili bir inovasyon sistemi,

- bilginin etkin şekilde elde edilmesini, dağıtılmasını ve işlenmesini sağlayacak olan enformasyon ve iletişim teknolojilerinden oluşmaktadır.

Dünya Bankası'nın geliştirmiş olduğu metodolojide yukarıda belirtilen değişkenler gerçek değerlerinin yanında ülkeler arasında karşılaştırma yapılmasına olanak vermesi amacıyla 0-10 arası bir skalada yer alan değerlerle standardizasyona tabi tutulmuştur. Metodolojinin sağlamış olduğu farklı göstergeler arasında bilgi ekonomisinin yukarıda belirtilen 4 temel unsurunun tümünü temel alan 'Bilgi Ekonomisi Endeksi' (KEI) 146 ülke ekonomisini karşılaştırmalı olarak inceleme olanağı sunmaktadır.⁸⁰

1. Ekonomik Açıdan Gelişmiş Ülkelerdeki Durum

Günümüz modern ekonomileri ağırlıklı olarak yoğun bilgi kullanımını gerektiren karmaşık üretim sistemlerine dayanmaktadır. Ekonomi alanındaki aktörlerin bu yoğun ve birbirine bağlı sistemlere nasıl yön vereceklerini bilmeleri

⁸⁰ Söz konusu endeks 12 değişken üzerine kurulmuştur. Bu değişkenler; Ekonomik ve kurumsal rejimi temsil eden tarife-tarife dışı engeller, pazara ilişkin düzenlemelerin niteliği ile hukuk kuralları; Eğitim ve insan kaynaklarını temsil eden ortalama eğitim süresi; İnovasyon sistemini temsil eden telif ve lisans hakkı ödeme ve gelirleri, ABD patent ve marka ofisi tarafından verilen patent hakları ile bilimsel ve teknik makaleler; Bilgi ve iletişim teknolojilerini temsil eden kişi başına düşen telefon, bilgisayar ile internet kullanımından oluşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://go.worldbank.org/JGAO5XE940> (Erişim tarihi: 25.5.2014).

ekonomik sürdürülebilirlik açısından büyük önem arz etmektedir. Bazı işverenler bilginin ve bilgiye dayalı varlıkların önemini hızlı bir şekilde kavrayarak, bu zorlu rekabet ortamına adapte olmuşken, bazılarının ise ayakta kalma mücadelesine devam ettiğine tanık olunmaktadır. Krizden kurtulmak, ekonomik büyümenin sürekliliğini sağlamak ve istihdamı artırmak için bütün ekonomik aktörlerin bilgi yoğun üretim sistemlerine düzgün bir şekilde geçiş yapması gerekmektedir.⁸¹ Bu noktada gelir seviyesi yüksek olan ülkelerdeki geçişin diğer ülkelere nazaran daha kolay sağlanabileceği öngörülebilir.

Sektörler açısından öngörülen bu durum makro alanda ülke ekonomileri için de birebir geçerlidir. Günümüzde ülkelerin ekonomik anlamda gelişmişlik seviyeleri patent, ticari marka ve bilimsel yayın sayısı, Ar-Ge istihdam ve göstergeleri, ileri teknoloji ihracatı ile ölçülmektedir.⁸² Bu nedenle bilim ve teknoloji alanında elde edilen gelişmeler, ülkelerin bu doğrultuda politika üretmelerini zorunlu kılmaktadır. Maliyet ve rekabet gereklilikleri açısından söz konusu politikaların yanında, işverenlerin de Ar-Ge yatırımlarına gereken önem vermeleri, işgücünün vasfını artıracak önlemleri almaları, işyerlerini rekabet ortamının zorunlu kıldığı ürün farklılaşmasına en hızlı şekilde cevap verecek şekilde organize etmeleri ekonomik gelişimin sürekliliği açısından birer zorunluluk arz etmektedir.⁸³

Ekonomik büyüme bir ülkenin belli bir zaman diliminde ürettiği mal ve hizmet oranına bağlıdır. Gayrisafi milli hasılda bir önceki döneme göre meydana gelen değişimler, bir ülkenin ekonomik alanda gösterdiği performansın temel belirleyicisidir. Bu noktadan hareketle bilgi ekonomisi ile iktisadi büyüme arasındaki ilişkiyi irdeleyen öğretilerdeki kimi yazarlar üretimdeki artışı sağlayan faktörlerin başında gelen teknolojik gelişmelerin ekonomik büyümenin de belirleyicisi olduğunu belirtmektedirler.⁸⁴ Bilgi ekonomisinin temel bileşenlerinden olan bilgi ve iletişim teknolojisinin kullanımı üretim maliyetlerini azaltması ile üretime giren faktörlerin

⁸¹ OECD (2013), 180.

⁸² Ünal-Seçilmiş, 24.

⁸³ Günümüzde ekonomik anlamda geline noktada yaratıcı tasarım, etkili pazarlama, etkin dağıtım veya tanınmış marka isimleri gibi araçlarla çeşitli ürün farklılığına giderek ek değer elde etmek global rekabet açısından hayati önem taşımaktadır. Bkz. Derek-Carl, 2.

⁸⁴ Kevük, 343. Işık-Kılınç, 38. Yıldırım, 115. Aynı doğrultuda Karşıyakalı, 23-24.

verimliliğini artırmasının yanında ayrıca işgücünün vasfının gelişmesine yol açarak, istihdam olanaklarını da artırmaktadır.⁸⁵

OECD tarafından yürütülen bir araştırmada, ekonomik krize karşı hükümetlerin özellikle bilişim ve iletişim teknolojileri (BİT) sektörünü hedef alan önlemler aldıkları ortaya konulmuştur. Ekonomik krizlerin sonrasında hükümetler özellikle hizmet endüstrisi ve BİT üretimi için yüksek vasıflı işgücünün daha fazla gelişmesini içeren politikalar üretmektedir. Söz konusu araştırmada bahse konu politikanın ekonomik toparlanmaya üç şekilde hizmet edeceği belirtilmektedir;

- BİT sektöründe yer alan işgücü, birçok OECD ülkesinde toplam istihdamın büyük bir kesimini temsil etmekte olup, diğer endüstri dallarında yer alan işgücüne göre istihdam açısından daha iyi yer tutmaktadır. Ekonomik krizden etkilenmekle birlikte BİT sektöründeki istihdamın azalışı, şimdiye kadar diğer sektörlerle göre daha yumuşak olmuştur.

- BİT bilgisi işçiler için diğer birçok sektör için de artık bir ön koşul olarak görülmektedir. Çünkü gerek işleyişteki etkinliği artırmak gerekse ürün gelişimini sağlamak için finans hizmetlerinden otomobil üretimine kadar birçok sektörde uzun süreden beri BİT üretim sistemlerine dahil edilmektedir.

- Ayrıca, işgücü açısından BİT bilgisi gerek kamu sektörü gerekse özel sektör tarafından sağlanan ve önemi giderek artan elektronik hizmetlerde de öncelikli koşul oluşturmaktadır.⁸⁶

OECD tarafından gerçekleştirilen araştırmada görüldüğü üzere, bilgi ekonomisinin temel yapısını oluşturan bilişim ve iletişim teknolojisi alanında OECD ülkeleri tarafından önemli yatırımlar yapılmaktadır. Bahse konu alanda gösterilen yatırımlar özellikle ekonomik krizlere karşı güçlü bir kalkan olarak algılanmaktadır.

⁸⁵ Yapraklı-Sağlam, 577.

⁸⁶ Bahse konu araştırma için bkz. OECD (2010), 260.

Günümüzde bilgi ekonomisi olma gayesi, ülkeler açısından yeni yüzyılın en önemli hedefleri arasında yer almaktadır. Bu hedef doğrultusunda ülkelerin sahip olduğu potansiyeli gösteren Dünya Bankası KAM 2012 Endeksine göre, bilgi ekonomisi açısından en yüksek gelişmişlik seviyesine sahip ilk 15 ülkeye aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.⁸⁷

Sıra	Ülke	KEI
1	İsveç	9,43
2	Finlandiya	9,33
3	Danimarka	9,16
4	Hollanda	9,11
5	Norveç	9,11
6	Yeni Zelanda	8,97
7	Kanada	8,92
8	Almanya	8,9
9	Avusturalya	8,88
10	İsviçre	8,87
11	İrlanda	8,86
12	Amerika Birleşik Devletleri	8,87
13	Tayvan	8,87
14	Birleşik Krallık	8,76
15	Belçika	8,71

Bilgi ekonomisi endeksi ülkelerin ekonomik yapıları dikkate alınarak değerlendirildiğinde, ekonomik gelişmişlik düzeyleri yüksek olan ülkelerin endeksin ön sıralarında yer aldıkları görülmektedir.⁸⁸ Bu açıdan bilgi ekonomisi ile ekonomik gelişmişlik arasında pozitif yönlü bir ilgi bulunmaktadır. Aynı doğrultuda bilgi endeksi tarafından ölçüden bilgi birikimi seviyesi ile ekonomik büyüme arasındaki nedensel ilişkinin varlığı, işçi verimliliğini de göz önünde bulunduran çalışmalarda sayısal ve istatistiksel olarak ortaya konulmuştur.⁸⁹

⁸⁷ Bkz. <http://siteresources.worldbank.org/INTUNIKAM/Resources/2012.pdf> (Erişim tarihi: 06.07.2014)

⁸⁸ Gelişmiş ve gelişmekte olan ülke ekonomileri için bkz. T.C. Kalkınma Bakanlığı, Uluslararası Ekonomik Göstergeler, 2013.

⁸⁹ Bahse konu araştırmalar için bkz. Derek-Carl, Development, 6-8. World Bank (2007), 32-34.

2. Avrupa Birliği'nin Konuya Verdiği Önem

Küreselleşen ekonomi ve giderek artan rekabet ortamında, bilgi toplumu ve ekonomisi kavramına, üye devletlerin yanında, AB tarafından da büyük önem verilmektedir. Bu önem, birliği meydana getiren kurucu antlaşmaların yanında bu antlaşmalar doğrultusunda uygulamaya konulan stratejilerde de kendisini göstermektedir.

A. Kurucu Antlaşmalarda Bilgi Toplumu ve Ekonomisi Düşüncesi

Avrupa Birliği'nin temeli 3 temel antlaşmaya dayanmaktadır. Bunlar; 1951 yılında Paris'te imzalanan "Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma", 1957 yılında Roma'da imzalanan "Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma" ve "Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu Kuran Antlaşma"dır. Kurucu antlaşmalar olarak kabul edilen bu belgelere, 1992 yılında Maastricht'te imzalanan "Avrupa Birliği Antlaşması" da eklenmiştir. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu kuran antlaşma 50 yıllık bir süre için akdedilmiş olduğundan 2002 yılında yürürlüğünü kaybetmiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma ise Avrupa Birliği Antlaşması ile önce "Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma" adını almış, sonrasında Lizbon Antlaşması'nın öngördüğü değişikliklerle "Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma" adı altında yürürlüğünü sürdürmüştür. Sonuç itibarıyla *Avrupa Birliği Antlaşması*, *Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma* ve *Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu Kuran Antlaşma* günümüzde mevcudiyetlerini sürdüren üç kurucu antlaşma olarak kabul edilmektedir.⁹⁰

Birliğin bilgi toplum ve ekonomisine vermiş olduğu önem özellikle birliğin işleyişine ilişkin kurucu antlaşmada açıkça görülmektedir. Bahse konu antlaşmada 'Araştırma, Teknolojik Gelişme ve Uzay' başlıklı bölümü altında bilgi toplumu ve ekonomisine doğrultusundaki stratejilere yön veren düzenlemeler öngörülmüştür

⁹⁰ T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı'nın AB kurucu antlaşmalarına ilişkin olarak hazırlamış olduğu bilgilendirme yazısı için bkz. <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=46106&l=1> (Erişim tarihi: 24.07.2014).

(m.179-190). Birlik sanayisinin rekabet edebilirliği için yenilikçilik ile araştırma ve teknolojik gelişmeden daha fazla yararlanılmasının teşvik edileceği de söz konusu belgede ayrıca hüküm altına alınmıştır (m.173/1). 1 Ocak 1993 tarihinde yürürlüğe giren ve Avrupa'nın bütünleşmesi sürecinde yeni bir aşamayı ifade eden Avrupa Birliği Antlaşması'nda da birliğin bilimsel ve teknolojik gelişmeyi destekleyeceği ifade edilmiştir (m.3).

B. Birlik Düzeyinde Yürürlüğe Konulan Stratejiler

Avrupa Birliği tarafından kurucu anlaşmalarda yer alan bilgi toplumu ve ekonomisi düşüncesi, buna yönelik amacı yerine getirmeyi amaçlayan ve belli kararlarla somut önerileri bünyesinde barındıran stratejik planların hayata geçirilmesine yol açmıştır. Bu planlar arasında 'Lizbon', "i2010" ve 'Avrupa 2020' stratejileri AB'nin yeni ekonomik ve toplumsal yaşama geçiş aşamasında önde gelen planlar arasında yer almaktadır.⁹¹

a. Lizbon Stratejisi

Portekiz'in dönem başkanlığında 23-24 Mart 2000 tarihinde Lizbon'da gerçekleştirilen Avrupa Konseyi toplantısında, AB'nin ekonomik ve sosyal gelişimini hedef alan stratejiler ele alınmıştır. Toplantı sonucunda üzerinde anlaşılan ve kısaca Lizbon Stratejisi olarak adlandırılan sonuç bildirgesinde AB'nin, küreselleşme kaynaklı değişim ile bilgiye dayalı ekonomilerden kaynaklanan güçlüklerle karşı karşıya olduğu ve insan hayatının her aşamasını etkileyen bu değişimlerin AB ekonomisinde radikal değişiklikleri zorunlu kıldığı belirtilmiştir.⁹² Bu doğrultuda bilgi altyapısını kuran, inovasyona dayalı ekonomik reformu sağlayan ve sosyal güvenlik ile eğitim sistemini modernize eden bir programın AB tarafından hayata geçirilmesi gerektiği bildirgede ayrıca ifade edilmiştir. Bahse konu program

⁹¹ Bu stratejiler dışında AB tarafından bilgi toplumu ve ekonomisine geçiş için öngörülen stratejiler ve aksiyon planları için bkz.

http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/index_en.htm. (Erişim tarihi: 27.07.2014).

⁹² Lizbon Stratejisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yiğit, 146 vd.

çerçevesinde sosyal bütünleşme ile sürdürülebilir ekonomik büyümeyle birlikte ‘dünya üzerindeki en rekabetçi ve dinamik bilgi ekonomisi niteliği kazanmak’ izlenecek olan stratejik amaçlar arasında sayılmıştır.⁹³

AB ekonomisinin, ABD ve Japonya gibi ülkelerin sahip olduğu gelişmiş ekonomilerin yanında Çin ve Hindistan’daki yükselen ekonomilerle de kıyaslanarak, zayıf yönlerinin saptandığı ve nedenlerinin üzerinde durulduğu Lizbon Stratejisi’nde, AB ekonomisinin bilgi temelli (knowledge-based) bir ekonomiye dönüşmemiş olması en temel sorun olarak gösterilmektedir.⁹⁴

Bilgi toplumunun önemine de değinilen Lizbon Stratejisi’nde, dijital ve bilgi temelli ekonomilerin büyüme, rekabet ve iş imkânlarının artmasında itici güç haline geldiğinden bahsedilerek bu durumdan en iyi şekilde faydalanmak için birlik organlarına görevler çeşitli görevler atfedilmiştir. Bilgi toplumu ve ekonomisinin gelişimi karşısında AB’nin ekonomik yapısını yeniden dizayn etmeyi amaçlayan strateji çerçevesinde 2000-2010 yılları arasını kapsayan bir dönem için teknolojik yeniliklerden, eğitime kadar birçok alanda önemli kararlar alınmıştır. Özellikle bilgi ekonomisine ve topluma geçiş, Avrupa sosyal modelinin modernleştirilmesi ile sürdürülebilir ekonomik büyüme politikaları üzerinde yükselen bahse konu kararların somut öneriler içerdiği de görülmektedir. Söz konusu öneriler arasında özellikle;

- araştırma ve geliştirme çalışmalarına yönelik olarak üye ülkeler arasındaki eş güdümlü çalışmaların yanında üniversiteler ve özel araştırma kuruluşları arasındaki işbirliğinin artırılması,

- araştırmacıların AB genelindeki serbest dolaşımları ile araştırmacı yeteneklerin birlik içerisinde muhafaza edilmesinin önündeki engellerin kaldırılmasına yönelik adımların atılması,

⁹³ AB Lizbon Stratejisi sonuç bildirgesi için bkz. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00100-r1.en0.htm (Erişim tarihi: 03.08.2014).

⁹⁴ İnan, 69.

- fikri hakların AB genelinde koruması imkanını sağlayacak olan patent enstitüsünün oluşturulması,

- insan kaynaklarına yapılan yatırımların önemli derece yükseltilmesi,

- 18-24 yaş grubu içinde sadece orta öğrenime sahip nüfusun yarıya indirilmesi,

- yaşam boyu öğrenim paralelinde sunulacak olan BT bilgisi, yabancı dil, teknolojik kültür, girişimcilik ve sosyal yetkinlikler gibi yeni temel becerileri belirleyen Avrupa çerçevesinin oluşturulması,

- AB bünyesinde dijital okur-yazarlığı artırmak amacıyla merkezileştirilmiş sertifika prosedürü çerçevesinde temel BT becerilerine yönelik Avrupa diplomasının oluşturulması,

- öğrenci, öğretmenler ve araştırmacıların birlik genelindeki serbest dolaşımları ile Socrates, Leonardo, Youth gibi mevcut AB programlarından en iyi şekilde faydalanmaları önündeki engellerin kaldırılması,

- uygulanacak özel programlar doğrultusunda işgücü vasfının artırılması,

- iş yaşamındaki sosyal aktörlerin inovasyona ve yaşam boyu öğrenmeye ilişkin anlaşma yapmalarının özendirilmesi, çalışma sürelerinin ve biçimlerinin esnekliği paralelinde yaşam boyu öğrenme ile işyeri adaptasyonu arasındaki uyumun kullanılması ve de gelişme gösteren işverenlerin ödüllendirilmesi suretiyle yaşam Avrupa sosyal modelinin temel parçalarından biri olan yaşam boyu öğrenme olgusuna daha fazla önem verilmesi,

- AB üyesi bütün ülkelerde düşük maliyetli ve yüksek hızlı internet hizmetinin sağlanması gibi bilgi ekonomisi ve toplumuna geçmeyi amaçlayan temel altyapının kurulması hakkında planlar yer almaktadır. Avrupa Komisyonu tarafından,

Lizbon Stratejisi'nin başarısının tespitine yönelik gerçekleştirilen çalışmalarda öngörülen süre zarfında olumlu gelişmelere rağmen, hedeflenen sonuçlara ulaşamadığı belirlenmiştir.⁹⁵ Gerek stratejideki eksiklikler gerekse AB'nin kendi politik yapılanmasından kaynaklanan bir takım nedenlere dayandırılan söz konusu duruma karşın, geçen süre zarfında birçok AB üyesi ülke tarafından bilgi ekonomisi ve toplumu olma yolunda, araştırma ve geliştirme harcamaları için gerekli bütçe paylarının ayrılması gibi önemli adımların atıldığı ifade edilmektedir.⁹⁶

Lizbon Stratejisinde özellikle istihdam konusunda elde edilen başarısız sonuçlar üzerine bu plan 2005 yılında yeniden revize edilmiştir. Avrupa Komisyonu tarafından gözden geçirilen stratejide hedeflenen oranlar yerine aksiyon planlarına daha ön planda yer verilmesine karar verilmiştir. Bu bağlamda daha yüksek ekonomik büyüme oranlarına ulaşılması, istihdamın ve kalitesinin artırılması, daha iyi yönetim yeni planın temel hedefleri arasında yer almaktadır.⁹⁷ Önemle belirtmek gerekir ki gözden geçirilmiş stratejide istihdamın ve kalitesinin artırılması konusunda güvenceli esneklik önemli yer tutmaktadır. Avrupa'da istihdamın geliştirilmesi amacıyla öngörülen güvenceli esneklik bir yandan piyasaya daha fazla esneklik kazandırılması bunu yaparken de işçilerin iş güvencesini en üst düzeyde korumayı hedeflemektedir. Güvenceli esneklik konusuna ileriiki bölümlerde ayrıntılı şekilde verileceğinden konu hakkında şimdilik bu kadar bilgi verilmesi uygun görülmüştür.

⁹⁵ Avrupa Birliği Parlamentosu'nun Lizbon Stratejisi'nin değerlendirilmesine yönelik final raporuna göre; Stratejide öngörülen % 70'lik istihdam oranı ile üye ülkeler tarafından gayrisafi yurtiçi hasılanın % 3'ünün araştırma geliştirme çalışmalarına ayrılması gibi hedeflerle elde edilen sonuçlar arasında büyük oranda farklılıklar bulunduğu tespit edilmiştir. Ayrıca Avrupa Birliği ile dünyanın önde gelen endüstrileşmiş ülkeleri arasındaki verimlilik farkının kapatılmasına ilişkin stratejik hedefin gerçekleştirilmesinde de büyük ölçüde başarısız olduğu belirlenmiştir. Bahse konu rapor için bkz. Rodrigez-Warmerdam-Triomphe, 3. Ayrıca stratejinin ilk 5 yıllık dönemdeki başarısını ele alan haberlerde Avrupa bölgesindeki büyümenin sadece %1.6 buna karşın Amerika Birleşik Devletleri açısından bu oranın %3.6 seviyesinde gerçekleştiği saptanmıştır. İlgili haber için bkz. <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/4373485.stm> (Erişim tarihi: 30.5.2014).

⁹⁶ Rodrigez-Warmerdam-Triomphe, 13.

⁹⁷ Gözden geçirilmiş Lizbon Stratejisi hakkında bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:c11325> (Erişim tarihi: 30.5.2014).

b. Büyüme ve İstihdam İçin Avrupa Bilgi Toplumu - i2010

Ekonominin, üretkenliğin ve de istihdamın itici güçlerinden biri olan ve bilgi ekonomilerinin temel dayanağını teşkil eden BİT sektörü Avrupa'nın yakın gelecekteki en iyi yatırım alanlarından bir tanesini oluşturmaktadır. AB'nin gayrisafi yurtiçi hasılasındaki büyüme ile verimlilik artışında başat rol oynayan sektör, birliğin gayrisafi yurtiçi hasılasının %8'i ile işgücünün %6'sını oluşturmaktadır.⁹⁸

Bilgi ekonomisi ve toplumu kavramlarının AB açısından taşınmış olduğu önem karşısında Birlik tarafından 1 Haziran 2005 tarihinde, Lizbon Stratejisi'ne ek olarak, "i2010" Stratejik Planı hayata geçirilmiştir. Bahse konu planda ekonomik büyüme ile istihdamı artırıcı ve ayrıca internet üzerinden modern kamu hizmetleri sağlamayı amaçlayan dijital ekonominin potansiyelini artırıcı aktif politikalar öngörülmüştür. Kapsayıcı bir plan olması nedeniyle bir anlamda şemsiye strateji olarak da adlandırılan söz konusu plan, bilgi toplumu ve medya ilkeleri için ayrıca bir rehber niteliği taşımaktadır.⁹⁹

2005-2010 yılları arasındaki dönem için öngörülen "i2010" stratejisinde AB komisyonu 3 öncelikli politikanın altını çizmektedir. Bunlardan ilki birlik bünyesinde bilgi toplumu ve medya hizmetleri için açık ve rekabetçi tek bir pazarın oluşturulmasıdır. İkinci önemli husus ise bilgi ve iletişim teknolojilerindeki AB yatırımlarını %80 oranında artırmaktadır. Bunun temel nedenini ise günümüzde dünya ekonomisine yön veren ABD ve Japonya'nın söz konusu alanda birlik üyesi ülkelerden çok daha fazla yatırım gerçekleştirmesi oluşturmaktadır. Plan çerçevesinde vurgulanan bir diğer önemli konu ise kapsayıcı Avrupa bilgi toplumunu yükseltmektir. Kapsayıcılıktan amaçlanan ise birlik dahilindeki "varsıllarla

⁹⁸ BİT sektörünün AB için önemi konusunda bkz.

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-05-184_en.htm?locale=en (Erişim tarihi: 01.11.2014).

⁹⁹ i2010 Stratejisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-05-184_en.htm?locale=en (Erişim tarihi: 01.11.2014).

yoksullar” (“haves and have nots”) arasındaki farkı kapatmaktır. Bu doğrultuda komisyonun gerçekleştireceği çeşitli hareket planlarına yer verilmiştir.¹⁰⁰

c. Avrupa 2020 Stratejisi

21. yüzyılın başlarında Avrupa ölçekli yaşanan ekonomik krizin etkilerini sarmak ve birlik ekonomisini dünyanın önde gelen ekonomileri arasında daha rekabetçi bir duruma getirmek amacıyla, AB tarafından 2010 yılında, Avrupa 2020 Büyüme Stratejisi hayata geçirilmiştir.¹⁰¹ Avrupa Komisyonu tarafından oluşturan geçici raporda Avrupa 2020 planının Lizbon Stratejisinin devamı olduğu ifade edilmiştir.¹⁰²

Avrupa 2020 Stratejisi’nin öngörmüş olduğu stratejik hedefler ile Lizbon Stratejisi’nde öngörülen hedefler arasında benzerlik bulunmaktadır. AB tarafından hayata geçirilen yeni stratejinin temel hedeflerini; istihdamı artırmak, gayrisafi yurtiçi hasılasının en az %3’lük kısmını araştırma ve geliştirme faaliyetlerine ayırmak, daha çevreci bir ekonomik kalkınma modeli yaratmak, ortalama öğrenim süresini artırmak ile yoksullukla ve sosyal açıdan dışlanmışlıkla mücadele oluşturmaktadır. Bahse konu stratejide ayrıca öncelikli olarak ele alınması gereken hususlar şu şekilde belirtilmiştir;

- İnovasyon Birliği (Innovation Union): Araştırma ve inovasyon çalışmalarını güçlendirmek için gerekli koşulların ve finansal desteklere erişimin geliştirilmesini,

- Gelişen Gençlik (Youth on Move): Eğitim sistemi ile gençlere iş imkanı sağlayacak programların geliştirilerek, gençlerin iş bulmasının kolaylaştırılmasını,

¹⁰⁰ 2010 Stratejisi kapsamında öngörülen politikalar ve aksiyon planları için bkz. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-643_en.htm (Erişim tarihi:12.01.2015).

¹⁰¹ Bu plan hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yiğit, 152-154.

¹⁰² Bkz. <http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/eu2020.pdf> (Erişim tarihi:12.01.2015).

- Avrupa İçin Elektronik Ajanda (A Digital Agenda For Europe): İnternet altyapısının güçlendirilmesi ile bilgi ve iletişim teknolojisinden daha fazla faydalanmayı,

- Avrupa Kaynak Etkinliği (Resource-Efficient europe): Çevreci-yeşil teknolojinin geliştirilmesi, ulaşım sistemlerinin modernleştirilmesi ile yinelenabilir enerji kanallarının kullanılması ve düşük karbon ekonomisine geçilmesi ile enerji etkinliğinin sağlanması suretiyle ekonomik büyümenin kaynak kullanımına olan bağımlılığını azaltmayı,

- Globalleşen Çağda Endüstriyel Politika (An Endustrial Policy For the Globalisation Era): İş ortamının geliştirmesini, yenilik yaratabilen ve küresel anlamda rekabet edebilen güçlü ve sürdürülebilir endüstriyel altyapının oluşturulmasına destek olmayı,

- Yeni Beceri ve İstihdam İçin Ajanda (An Agenda For New Skills and Jobs): İş piyasasının modernize edilmesini; çalışma hayatında esnekliği, iş güvenliğini ve ayrıca işçilerin vasıflarını geliştirerek işgücünün güçlenmesini,

- Yoksulluğa Karşı Avrupa Platformu (European Platform Against Poverty): Yoksul ve sosyal açıdan dışlanmış kişilerin çalışma hayatına dahil edilerek toplum yaşamına entegrasyonunu

amaçlamaktadır.¹⁰³ AB tarafından öngörülen 2020 stratejik planında da öncelikli hedefin birlik ekonomisinin temel olarak bilginin üretilmesine, kullanılmasına ve dağıtılmasına dayalı bir yapıya kavuşturulması ile bu yapıya uygun işgücünün yetiştirilmesine yönelik olduğu görülmektedir. Aynı zamanda bilgi toplumuna ve ekonomisine kurucu antlaşmalarda verdiği önemi stratejik planlarla hayata geçirmeyi

¹⁰³ European Comission (2012), 3-12. Bahse konu strateji çerçevesinde elde edilen istatistiksel sonuçlar için bkz. http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/europe_2020_indicators/headline_indicators (Erişim tarihi: 12.01.2015).

öngören AB'nin, aynı planlarda çalışma hayatına dönük önemli adımların atılmasının gerekli olduğunu vurguladığı da görülmektedir.

3. Türkiye'deki Durum

Günümüz bilgi toplum ve ekonomileri ülkelerin sahip olduğu teknolojik gelişmişlik seviyesi eğitim kalitesi, patent, faydalı model, bilimsel makale sayısı ile fikri hakların hukuki araçlarla etkin şekilde korunması gibi hususlar göz önünde bulundurularak ölçülmektedir. Bu açıdan Türkiye'nin bilgi toplum ve ekonomisine ilişkin sahip olduğu potansiyel başta Dünya Bankası'nın KAM 2012 Endeksi ile Ar-Ge çalışmalarına milli gelirden ayrılan pay göz önünde bulundurularak belirlenmeye çalışılacaktır.

A. Dünya Bankası KAM 2012 Endeksi

Ülkelerin bilgi ekonomileri açısından gelişmişlik seviyelerinin ölçüldüğü Dünya Bankası KAM 2012 Endeksi'nde 146 ülkeye BİT, eğitim ve inovasyon sistemi ile ekonomik ve kurumsal rejim açısından hem ortalama bazda hem de ayrı ayrı yer verilmiştir. Bu ülkeler arasında Türkiye ortalamada 69. sırada yer almaktadır. Bununla birlikte, eğitim sistemi ile BİT açısından gerçekleştirilen sıralamada ise Türkiye'nin arka sıralara doğru kaydığı dikkatleri çekmektedir.

Yetişkinlerin okur-yazarlık oranının yanı sıra orta ve üzeri eğitim kurumları ile üniversiteye kayıt oranlarının da göz önünde bulundurulduğu eğitim sistemi sıralamasında Türkiye'nin ortalama düzeyde bulunduğu sıradan 25 basamak birden düşerek 94. sıraya kadar gerilediği ve ekonomik açıdan gelişmekte olan birçok ülkenin arkasında yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle eğitim sistemindeki gelişmişlik düzeyinin, bilgi ekonomisine ve toplumuna geçiş sürecinde Türkiye'nin önündeki en önemli sorunların başında geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Kişi başına düşen internet, bilgisayar ve telefona ulaşım oranlarının baz alındığı BİT sıralamasında ise Türkiye Moğolistan ve Ürdün'den sonra 87. sırada

gelmektedir. Bu veriler dikkate alındığında, bilgi ekonomisi ve toplumlarının dayanağını teşkil eden teknolojik alt yapının diğer gelişmekte olan ülkelere nazaran ülkemizde yeterince gelişmiş olduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, Türkiye’de yıllara özgü şekilde hanelerde ve girişimlerde internet ve bilgisayar kullanımında artış yaşanmaktadır. TÜİK’in 2004-2013 Bilgi Toplumu İstatistiği’ne göre; değinilen yıllar itibarıyla hanelerde bilgisayar kullanımı % 24’ten % 50’ye; internet kullanımı ise %19’dan %49’a çıkmıştır. Benzer gelişmenin girişim alanında da yaşandığını söylemek mümkündür. Girişimlerde 2005 yılında %88 olan bilgisayar kullanımının 2013 yılında %92’ye, aynı karşılaştırma dönemlerinde %80 olan internet erişiminin ise %91’e yükseldiği görülmektedir.¹⁰⁴

Türkiye’nin bilgi ekonomisi ve toplumu açısından sınırlı gelişim gösterdiği alanlar ise inovasyon sistemi ile ekonomik ve kurumsal rejim olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu endekste Türkiye, ABD patent ve ticari marka ofisi tarafından tanınan patent başvuruları¹⁰⁵, bilimsel ve teknik makaleler¹⁰⁶ ile toplam telif hakkı ödemeleri gibi değişkenlerin göz önünde bulundurulduğu inovasyon sıralamasında 58., ekonomik ve kurumsal rejim sıralamasında ise 52. sırada yer almaktadır.

Dünya Bankası tarafından hayata geçirilen KAM 2012 Endeksi’ne göre, eğitim kalitesi ve internet gibi temel teknolojik altyapının yaygınlığı açısından pek çok ülkeden geri durumda bulunan Türkiye’nin, bilgi ekonomisi ve toplumunu

¹⁰⁴ TÜİK’in 2004-2013 Bilgi Toplumu İstatistiği için bkz.

<http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist> (Erişim tarihi: 02.01.2015).

¹⁰⁵ Türkiye’de 2002 yılında TPE’ye yapılan toplam patent başvurusu 1.874 olup, bu rakam 2012 yılında 11.599 olarak şekillenmiştir. Bahse konu yıllar arasında TPE’ye yapılan patent başvurularının yıllara sair gelişimi için bkz. http://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/bty75_0.pdf (Erişim tarihi: 02.01.2015). Aynı şekilde, 2002 yılında 85 adet olan Türkiye’nin uluslararası patent başvuruları 2012 yılında %529’luk artışla 535’e ulaşmıştır. Bkz. <http://www.hazine.gov.tr> (Erişim tarihi: 02.01.2015). Bununla birlikte, ülkemizde kabul gören yerli patent sayısı halen sınırlı seviyededir. Bahse konu yıllar arasında TPE tarafından verilen patent tescillerinin yıllara göre dağılımı için bkz. http://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/bty80_0.pdf (Erişim tarihi: 02.01.2015).

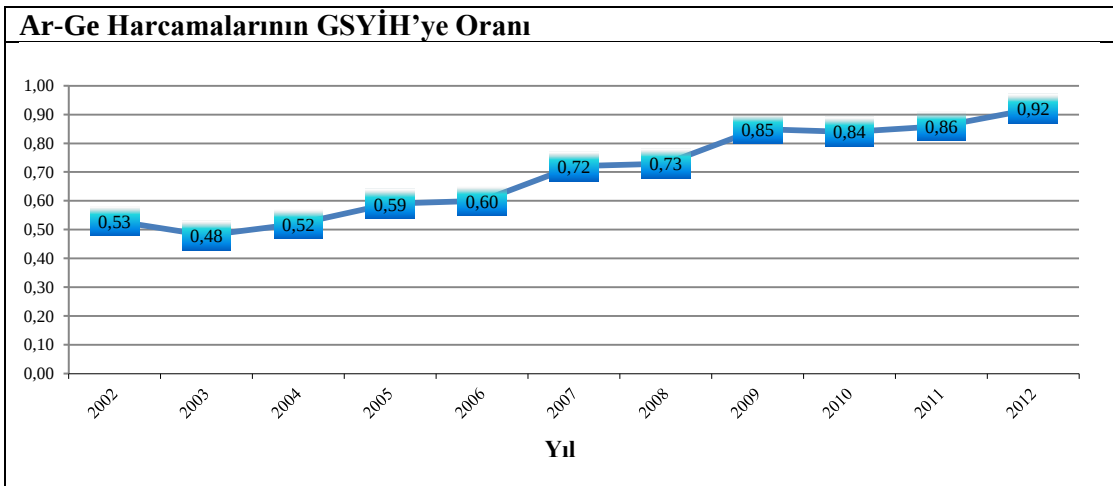
¹⁰⁶ Türkiye’de 2002 yılında yaklaşık 9 bin olan bilimsel yayın sayısı 2012 yılında 25 bine ulaşmıştır. Belirtilen yıllar itibarıyla, Türkiye’deki bilimsel yayın sayısının yıllara sair şekilde gelişimi için bkz. http://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/bty60_0.pdf (Erişim tarihi 04.01.2015). Ayrıca, belirtilen yıllar itibarıyla bilimsel yayın sayısı bakımından Türkiye’nin dünya sıralamasındaki yeri için bkz. http://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/bty70_0.pdf (Erişim tarihi: 04.01.2015).

destekleyen ekonomik ve kurumsal rejim ile inovasyon açısından ise daha iyi konumda yer aldığı görülmektedir.

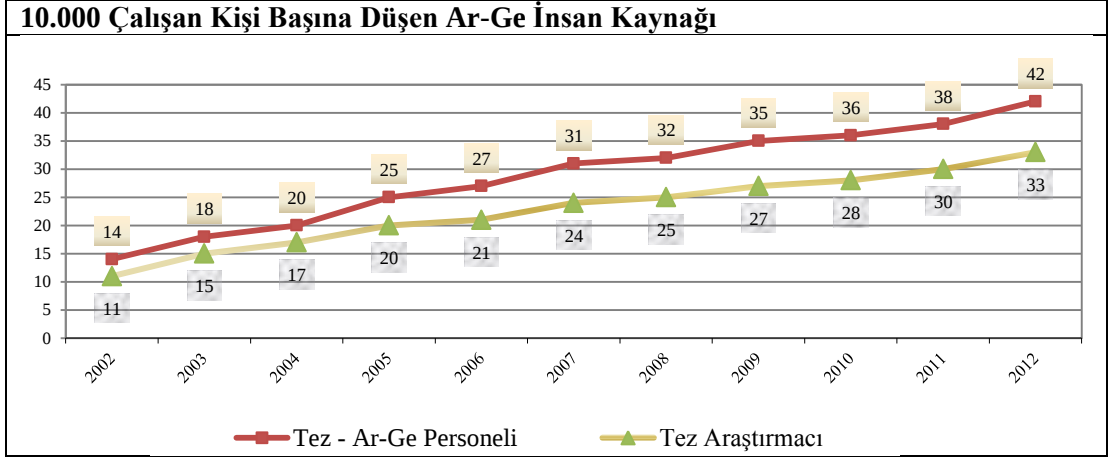
B. Ar-Ge Harcamaları

Bilgi ekonomisinde üretimin esas sermayesini oluşturan bilgiye ulaşmak için yürütülen Ar-Ge çalışmalarının yoğunluğu, bir ülkenin bilgi toplumu ve ekonomisi olma yolunda atmış olduğu adımların temel göstergelerinden bir diğerini teşkil etmektedir. Dolayısıyla bir ülkenin milli gelirinden Ar-Ge çalışmalarına ayırdığı pay o ülkenin aynı zamanda bilgi ekonomisine verdiği önemi de göstermektedir.

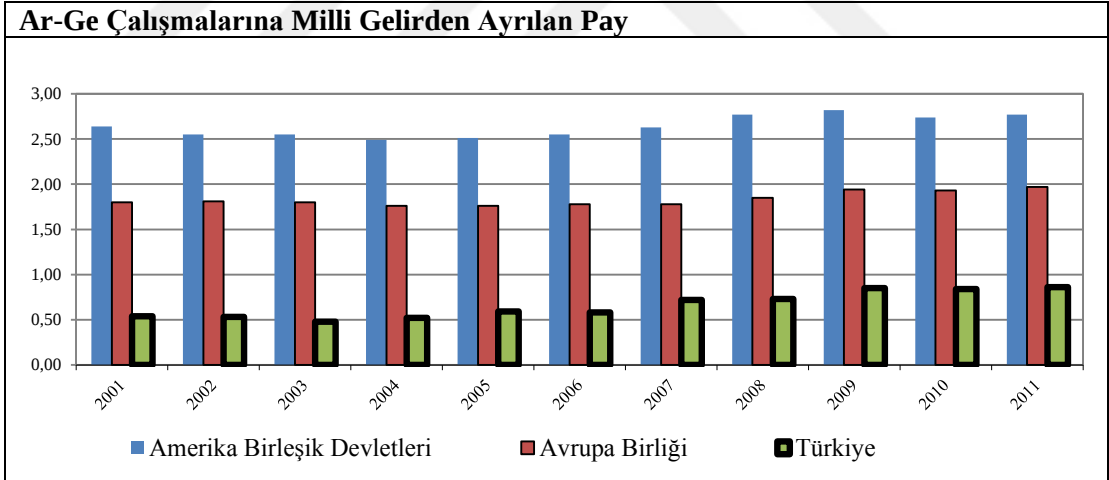
İnovasyon ile ekonomik ve kurumsal rejim sıralamasında Dünya Bankası endeksinde orta sıralarda yer alan Türkiye’de, Ar-Ge çalışmalarının özellikle son yıllarda yukarı yönlü bir ivme kazandığı gözlemlenmektedir. Özellikle 2002-2012 yılları arasında Ar-Ge çalışmalarına yönelik harcamaların ciddi şekilde yükseldiği ülkemizde, bu alandaki personel ve araştırmacı sayısında da önemli bir artış yaşandığı görülmektedir. Bahse konu gelişmelere ilişkin istatistiksel bilgilere aşağıdaki tablolarda sırasıyla yer verilmiştir.¹⁰⁷



¹⁰⁷ <http://www.tubitak.gov.tr> (Erişim tarihi: 04.07.2014).



Türkiye’de Ar-Ge çalışmalarına verilen önem son yıllarda artmakla birlikte, milli gelirden bu alana ayrılan pay, ekonomik açıdan dünyanın önde gelen ülkeleriyle karşılaştırıldığında halen düşük seviyededir. Ülkemizde Ar-Ge çalışmaları için ayrılan pay ile bazı gelişmekte olan ve gelişmiş ekonomilerdeki payların karşılaştırıldığı tabloya aşağıda yer verilmiştir.¹⁰⁸



Yukarıdaki tablodan açıkça görüldüğü üzere, dünyanın önde gelen ekonomilerinde milli gelirden Ar-Ge çalışmalarına ayrılan pay, Türkiye’de ayrılan payın yaklaşık 3 katını oluşturmaktadır. Bu durum, yoğun bilgi kullanımına dayalı yeni rekabet ortamında Türkiye açısından bir diğer dezavantaja işaret etmektedir. Bu nedenle Avrupa Birliği’nin bilgi toplumuna ve ekonomisine yönelik uygulamaya

¹⁰⁸ http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=t2020_20 (Erişim tarihi: 04.07.2014).

koyduğu stratejik hedeflere benzer şekilde Türkiye’de gerekli planlamaların hayata geçirilmesi önem arz etmektedir.

İsviçre’de yerleşik olan Dünya Ekonomik Forumu'nun (World Economic Forum), Türk Sanayici ve İşadamları Derneği (TÜSİAD) – Sabancı Üniversitesi Rekabet Forumu ile çalışmalarını ortak yürüttüğü 2015-2016 Küresel Rekabet Gücü Raporu’na göre, yükseköğretim ve işbaşında eğitim ile inovasyon sıralamasında 140 ülke arasında orta sıralarda yer alan Türkiye’nin uluslararası rekabet gücünün gerileme gösterdiği saptanmıştır.¹⁰⁹ Bilgi toplumu ve ekonomilerine yönelik planların ülkemizdeki işletmelerin rekabet gücünü artıracak da kuşkusuzdur.

¹⁰⁹ http://www.radikal.com.tr/ekonomi/turkiye_kuresel_rekabet_liginde_6_basamak_birden_dustu-1442276 (Erişim tarihi: 01.10.2015)

§ 3.BİLGİ İŞİ VE BİLGİ İŞÇİSİ

Bilginin toplumsal ve ekonomik yaşamda yol açtığı değişimler çalışma hayatını da aynı ölçüde etkilemiştir.¹¹⁰ Bu konuda öğretide farklı çalışmalar yürütülmekle birlikte, bilgi işi ve bilgi işçisi kavramlarına geniş ölçüde yer verildiği görülmektedir.¹¹¹ Hukuk literatüründe ise bahse konu kavramlara dönük bir tanımlamanın bulunduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle aşağıda farklı doktrinlerdeki çalışmalardan faydalanılarak kavramların hukuki anlamlarının ortaya konulmasına çalışılmıştır.

I. Bilgi İşİ Kavramı

İkinci dünya savaşından sonra bilgisayar teknolojisinin ekonominin temel bileşeni haline gelmesiyle birlikte ‘hizmet sağlama’ ve ‘enformasyon’ ekonominin en önemli unsurları arasında yer almıştır.¹¹²

İktisadi bir değer yaratma anlamına gelen çalışma kavramı, ekonomik gelişimin gereklerine uygun olarak şekillenmektedir. Bilgi ekonomilerinde işletmeler için stratejik açıdan en önemli kaynak entelektüel sermayedir.¹¹³ Günümüzde entelektüel sermayeyi esas alan işler yaygınlaşırken, bu tarz işlerde çalışanların sayısı da giderek artmaktadır.¹¹⁴

¹¹⁰ Bilginin çalışma hayatına etkileri konusunda bkz. Aksoy, 401-404. Drucker, The Post Business, 89. Erdem, 542-566. Yüksel, 97-117.

¹¹¹ Bilginin çalışma hayatındaki etkisini yadsımamakla birlikte bunun bir işçi grubuna mal etmek yerine tüm işçiler için geçerli olduğu hususundaki öğretisi görüşü için bkz. Collins, 38-50.

¹¹² Yüksel, 100.

¹¹³ Erdem, Entelektüel Sermaye, 276.

¹¹⁴ Bu süreç Drucker tarafından şu şekilde analiz edilmektedir; ‘Geçen yüzyılda gelişmiş ülkelerdeki insanların ezici çoğunluğu çiftliklerinde, ev hizmetlerinde, esnaf dükkânlarında ve fabrikalarda çalışarak geçimlerini sağlamıştır. Bundan 50 yıl sonra ise Amerika’da beden işçilerinin işgücü içerisindeki oranı yarı yarıya düştü ve fabrika işçileri işgücünün %35’ini oluşturarak işçi sınıfının en geniş kitlesi haline gelmiştir. Günümüzde ise Amerika’daki işgücünün yaklaşık çeyreği geçimlerini fiziksel emeğin ön planda olduğu işlerden sağlamaktadır. Fabrika işçilerinin günümüzde beden işçileri arasındaki ağırlığını koruduğu bilinmekle birlikte, toplam işgücü içerisindeki payı bundan yüzyıl öncesinde olduğu gibi %15 seviyelerine gerilemiştir.’ Bkz. Drucker, The New Workforce, 1. Ekin de bu süreci şu şekilde tarif etmektedir; “Meslekler yüksek derecede uzmanlaşmış ve farklılaşmış bulunmatad ve istihdamın yapısı, eğitim ve vasıf seviyeleri yüksek insanlar talep etmektedir.” Bkz. Ekin, Endüstri, 32.

Bilgi işinin tanımı üzerinde öğretide görüş birliğinin bulunduğunu söylemek güçtür. Kavramın sınırlarının çizilmesindeki zorluğun yanında her doktrin bilgi işini kendi gereklilikleri açısından tanımlamaya çalışmaktadır. Ayrıca, öğretideki çalışmaların genellikle bu tarz işlerdeki verimliliği artırmaya yönelik araştırmalar üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Bu çalışmalardan hareketle bilgi işini en geniş anlamda ‘*hammaddesi ve ürünü bilgi ve enformasyon olan iş*’ şeklinde tanımlamak mümkündür. Bilgi işinin öncelikli faaliyeti ise bilginin elde edilmesi, üretilmesi, saklanması ya da bilginin uygulanmasıdır.¹¹⁵ Bu tarz işlerde zihinsel emek bedensel çalışmaya nazaran ön plandadır.

Kavramsal sınırlarını çizmenin zorluğu karşısında öğretideki bir takım yazarlar UNESCO’nun konuya ilişkin çalışmalarını temel alarak bilgi işini; data ve enformasyonu işlemek suretiyle bilginin elde edilmesini amaçlayan sistematik faaliyetler bütünü şeklinde tanımlamışlardır. Bu faaliyetler pratik hayatta ani yansımaları olamayan teorik çalışmalar olabileceği gibi, yeni ürünlerin, aletlerin, ürünlerin veya süreçlerin icadını amaçlayan pragmatik faaliyetler de olabilir.¹¹⁶ Dolayısıyla, enformasyonun işlenmesi suretiyle yeni bilgiye ulaşılması bu tarz işlerin belirleyici özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Kuşkusuz bu çalışma insanın kendi zihnindeki analiz, yorum, anlama, değerlendirme vb. bir takım bilişsel süreçleri işletmesi suretiyle sağlanacaktır.

Bilginin üretilmesine yönelik zihinsel faaliyetlere örnek olarak gözlem, deney, tercüme, değerlendirme, analiz, keşif ve hesap yapma ile dinleme, okuma, yorumlama, sezinleme, işleme, karar verme, icat etme ve çıkarımlarda bulunma verilebilir. Zihinsel emeğe dayalı geçimlerini sağlayan kişiler arasında ise gazeteciler, araştırmacılar, avukatlar, danışmanlık hizmeti verenler, yönetim kurulu üyeleri ile diğer üst düzey yöneticiler, öğretmenler, sanatçılar vb. bulunmaktadır.¹¹⁷

¹¹⁵ Davenport – Jarvenpaa - Beers, 54.

¹¹⁶ Bkz. Collins, 3.

¹¹⁷ Machlup, 30-31.

Ekonomik anlamda değer ifade etmesi açısından bilginin ilk sahibi tarafından 3. kişilere iletilmesi büyük önem arz etmektedir. Diğer bir deyişle sahibi tarafından paylaşılmadıkça bilginin elde edilmesinden bahsetmek tam olarak mümkün değildir.¹¹⁸ Bu husus bilgi işinde iletişimin önemini de ortaya koymaktadır.

Bilgi işine hukuki açıdan yaklaşıldığında kavramın tanımının yapılmasından ziyade unsurlarının ortaya konulması daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Keza, ekonomik ve teknolojik gelişmeler paralelinde işlerin niteliğindeki değişim zamanın ruhuna uygun olarak yapılan tanımları da anlamsız kılmaktadır. Bu bağlamda, bilgi işinin en önemli özelliği bu tarz işlerin bedensel çalışmadan ziyade düşünsel çabayı ön plana çıkarmasıdır. Gerçekten düşünce gücü olarak ifade edebileceğimiz zihinsel emek kavramı bilginin elde edilme sürecindeki en önemli unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilgi işinde zihinsel emeğin bilginin üretilmesi, saklanması, paylaşılması ve uygulanması süreçlerini içerdiğini söylemek mümkündür.

Bilgi işinde ortaya çıkan bir diğer önemli unsur ise bilginin üretimdeki esas girdiyi ve elde edilmesi amaçlanan temel ürünü oluşturmaktır. Hammaddesi enformasyon olan bir işte çalışan bilgi işçisinin iş görme borcu öncelikle bu hammaddeyi kendi bilişsel sürecinden geçirmesini ve işin amacına uygun bilgi yoğun ürünü elde etmesini kapsamaktadır. İşverenin temel borcu ise ücret ödemesinin yanında işçinin işe dönük bilgiyi elde etmesi için uygun bir iş organizasyonu yaratmasında kendisini gösterir. Öğretide bu organizasyonun işçiye iş görmesinde belli bir özerklik alanı tanıyan, hiyerarşiden uzak çalışma ortamı içermesi gerektiği ifade edilmektedir.¹¹⁹ Dolayısıyla bilgi işinde işverenin bilgi üretimine dönük gerekli iş organizasyonu kurması işverenin temel bir borcu olarak karşımıza çıkmaktadır. Aksi halde işçiden iş görme borcunun gereği gibi ifa edilmesi beklenemez. İşverenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda Türk Borçlar Kanunu'nda hükme bağlanan alacaklının temerrüdü hükümleri gündeme gelebilecektir. İşverenin temerrüdü halinde işçi iş görme edimini yerine getirmeksizin ücrete hak kazanabilir (BK m.408).

¹¹⁸ Machlup, 14.

¹¹⁹ Drucker, The New Workforce, 5.

Bilgi işini diğer işlerden ayıran bir diğer husus ise fordist üretim yöntemini benimseyen iş ilişkilerindeki bağımlılık unsurunun bu işlerde yerini ‘başkasının iş organizasyonunda iş görme’ ölçütüne bırakmasıdır. İlerleyen bölümlerde ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere, bilim ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda şekillenen iş ilişkisine uygun olarak bağımlılık konusunun yeni bir ölçüt çerçevesinde ele alınması hukuki açıdan gereklilik arz etmektedir. Bu husus bilgi işinde aynı zamanda esnek çalışma ilişkilerini de gündeme taşımaktadır.

Bilgi işinde ön plana çıkan bir diğer husus ise bu tarz işlerin ileri vasıflı işçiler tarafından yerine getirebilir nitelikte olmasıdır. Nitekim Yargıtay da 2010 yılında vermiş olduğu bir kararında bankacılık işlerinin nitelikli personel ile gerçekleştirebilir işlerden olduğunu belirtmiş ve belli işlerin ancak belli nitelikteki işçiler tarafından ifa edilebileceğine işaret etmiştir.¹²⁰ Bir sonraki bölümde ele alınacağı üzere doktrinde bilgi işçileri olarak adlandırılan işgücü eğitimden çalışma ilişkilerine kadar diğer çalışanlardan farklı özellikleri bünyesinde barındırmaktadır.

II. Bilgi İşçisi Kavramı

1. Bilgi İşçisinin Tanımı

Bilgi işçisi temelde bir işveren nezdinde iş akdine bağlı olarak iş gören kişidir. İş Hukuku terminolojisinde yeni bir kavram olan bilgi işçisinin ayırıcı özelliği sahip olduğu ileri vasıflarda ortaya çıkmaktadır. Öğretide bu nitelikler arasında iyi bir eğitim geçmişine sahip olma, eğitimin iş ilişkisi süresince devam etmesi, işe yönelik bilginin uzmanlık derecesinde/üst düzeyde olması, bu kişilerin kendilerini işçiden ziyade birer profesyonel olarak görmeleri gibi özellikler sayılmaktadır.¹²¹

Günümüzde bilginin aktarılmasına, alınıp satılmasına herhangi bir şekilde katkıda bulunan veya bilgiyi kendi işinde etkin bir şekilde kullanan kişi bilgi işçisi

¹²⁰ Y9HD, 8.12.2010, E.2010/8024, K.2010/32060, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 06.10.2014).

¹²¹ Drucker, The New Workforce, 2 vd.

olarak nitelendirilmektedir. Bu işçilere örnek olarak planlama, tasarım, araştırma, analiz, organizasyon, programlama, pazarlama gibi görevlerden birisini yerine getiren işçiler bilgi işçilerine örnek olarak gösterilmektedir.¹²²

Bilgi işçisi için öğretilde *altın yakalı işçi* kavramı da kullanılmaktadır. Altın yakalı kavramını kullanan öğreti görüşüne göre bu işçilerin en önemli özelliği problem çözme becerisi, yaratıcılık, yetenek ve zekâ olup bu işçiler rutin olmayan, karışık ve değer biçilmesi güç iş görme borcunu yerine getirmekte ve hiyerarşiden uzak bir çalışma biçimini tercih etmektedir. Bu görüş ayrıca mavi ve beyaz yakalı işçi sınıfı ayrımının eskide kaldığını, beyaz yakalı işçi sınıfının içinden altın yakalı işçi sınıfının doğduğunu ileri sürmektedir.¹²³

Öğretilde yapılan tanımlardan hareketle bilgi işçisi ile altın yakalı işçi arasında bir fark bulunduğunu söylemek güçtür. Diğer taraftan, öğretildeki birçok yazarın terminolojik açıdan bilgi işçisi kavramını altın yakalı çalışana tercih ettiğini söylemek mümkündür.¹²⁴ Altın yakalı çalışan yerine bilgi işçisi kavramının kullanılması konunun anlaşılabilirliği ve işin niteliğini vurgulaması açısından kanımızca da uygun düşmektedir. Zira hukukumuzda mavi-beyaz yakalı işçi ayrımı yer bulmamış, kural olarak iş akdi ile çalışanların tümü işçi sayılmıştır. İşçi sayılmak açısından kişinin bedenlen veya fikren çalışması, yaptığı işin niteliği ve mesleği önem taşımamaktadır. Aralarındaki ilişki iş akdine dayanmak koşuluyla herhangi bir vasıfsız veya vasıflı kol işçisi gibi çalışmasında zihinsel emeği ön plana çıkan bir hukukçu, mühendis, hekim, sanatçı, bilim adamı vb. işçi sayılmaktadır.¹²⁵ Diğer taraftan, İş Kanunu'nun uygulama alanı kural olarak iş akdine dayanan tüm çalışma ilişkilerini kapsamakla birlikte, 'işin veya iş ilişkisinin' niteliğine göre farklılık gösterebilmektedir. Gerçekten de İş Kanunu'nun kapsam dışında bırakılan işlerin belirtildiği 4. maddesine göre; deniz ve hava taşıma işlerinde, 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya

¹²² Erdem, 548.

¹²³ Kelley, 109. Yüksel, 107.

¹²⁴ Bkz. Drucker, The New Workforce, 2. Davenport-Jarvenpaa-Beers, 59. Erdem, 541 vd. Zaim, 589 vd.

¹²⁵ Süzek, 138. Aynı yönde Tunçomağ-Centel, 68.

işletmelerinde, aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işlerinde, bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde ve ev hizmetlerinde çalışanlar hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Kanun ayrıca çıraklar, sporcular, rehabilite edilenleri ve 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde çalışanları da aynı madde gereğince kapsam dışı bırakmıştır. Aynı şekilde, işin niteliği işçilerin İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu veya Borçlar Kanunu kapsamında yer alıp almamasında belirleyici rol oynamaktadır. Kuşkusuz işlerin kendine özgü özelliklerini özel bir çalışma düzenini gerektirmektedir. İş Kanunundaki birçok hükmün her işe uygulanmasının mümkün olmaması da kanunların uygulama alanlarının farklılaşmasında etken olmaktadır.¹²⁶ Dolayısıyla işin niteliğinin ön planda olduğu bilgi işçisi kavramının İş Hukuku terminolojisine uygun düştüğünü söylemek mümkündür.

2. Bilgi İşçisinin Özellikleri

Öğretide bilgi işçilerine yönelik yapılan tanımlarda üç ana unsur ön plana çıkmaktadır. Bunlardan birincisi bilgi işçisinin iş görme borcunun yerine getirilmesinde zihinsel emeğin fiziksel emeğe nazaran ön planda olmasıdır. Bilginin bir işe uygulanması kuşkusuz belli bir oranda düşünce gücünün kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan, bir iş görme sürecinde zihinsel emek ile fiziksel emeğin o işin yerine getirilmesinde ne ölçüde yer aldığını kesin çizgileriyle belirlemek güçtür. Zira yerine getirilen tüm işler istisnasız düşünce gücüyle birlikte fiziksel emeğin kullanımını zorunlu kılmaktadır. Bir bilgisayar mühendisinin program yazılımı için bilgisayar düğmesine basması, bir avukatın duruşmaya katılması, bir doktorun ayakta hastasını muayene etmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Öğretide anılan güçlük dile getirilmekle birlikte, mavi ve beyaz yakalı işçi ayrımında olduğu gibi teorik ve pratik açıdan fiziksel ve zihinsel emek arasında işe katılım oranı açısından bir çizgi çekmenin mümkün olduğu belirtilmektedir.¹²⁷

¹²⁶ İş kanunun kapsamı ve kapsam dışı bırakılan işler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 228 vd.

¹²⁷ Machlup, 379. Drucker, The Next Society, 2.

Kanımızca iş görme borcunu ifa eden bir işçinin işin yerine getirilmesinde hangi açıdan daha fazla efor sarf ettiğini belirlemek mümkündür. Bir bilgisayar mühendisinin yazılım programı geliştirmesinde harcayacağı fiziksel emeğin, sarf edeceği zihinsel eforun yanında büyük bir önemi yoktur. Bu açıdan bilgi işçilerinin iş görme borcunda analiz ve değerlendirme ile bilginin uygulanmasına dönük faaliyetler bir diğer deyişle zihinsel emek ön plandadır.

Bir önceki bölümde ifade edildiği üzere bilgi işi belli bir bilginin elde edilmesi, üretilmesi veya saklanması amacını gütmektedir. İktisat öğretisinde üretim sürecinde bilginin yoğun olarak kullanıldığı mallar bilgi yoğun mallar olarak sınıflandırılmaktadır. Değeri fiziksel özelliklerinden ziyade, içeriğinde barındırdığı bilgiden gelen bu mallara örnek olarak müzik eserleri, yazılım, ilaçlar ve biyoteknoloji ürünleri vb. gösterilmektedir.¹²⁸ Bu bağlamda, bilgi işçisinin iş görme borcu bilgi malının elde edilmesi amacını gütmektedir. Öte yandan, bilginin elde edilmesinden kasıt sadece bilimsel çalışmalar neticesinde ulaşılan veya teknolojiye dönük bilgi değildir. İş görme edimi süresince işçi belli bir bilgi ve tecrübe kullanmak suretiyle yeni bilgiyi elde edebilir. Örneğin, bir doktorun hastasını muayene etmesi neticesinde tanıyı ve tedavi yöntemini belirlemesi, bir avukatın müvekkilini mahkeme huzurunda savunması veya bir finansal analiz uzmanının şirketin mali verileri konusunda edinmiş olduğu düşünce birer bilgidir. Bu kapsamda hazırlanan reçete, savunma dilekçesi veya finansal analiz raporu da bilginin aktarılmasına yarayan birer vasıta görevini görmektedir.

Bilgi işçilerinin bir diğer ayırtıcı özelliği ise bu işçilerin ileri düzeyde niteliklere sahip olmalarıdır. Gerçekten özellikli bilginin belli bir işe uygulanması olarak özetleyebileceğimiz uzmanlık işçilerin ileri vasıflara sahip olmasını zorunlu kılmaktadır. Bu niteliklerin elde edilmesi ise kuşkusuz hayat boyu devam eden iyi bir eğitimi gerekli kılmaktadır. Değinilen noktada bilgi işçileri için sürekli eğitim olmazsa olmaz koşullardan bir tanesidir. Öğretide bilgi işçileri için mesleğe göre değişen teknik bilginin yanında iyi derecede bilgisayar, yazılım, matematik ile çeşitli

¹²⁸ Bilgi yoğun mallar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ekizceleroğlu, 214 – 216.

yönetmel bilgilere sahip olma, okuma ve yazma ile sözlü ifade yeteneğinin gelişmiş olması, en az bir yabancı dil konuşabilme, analitik düşünme, problem çözme ve anlama, liderlik, takım çalışmasına yatkınlık, yeni fikirler üretebilme, uyum, farklı uzmanlıkları bir arada bulundurabilme, değişime açıklık ve öğrenmeyi öğrenme gibi özelliklerin bulunması gerektiği ifade edilmektedir.¹²⁹ Bilgi işçilerinin söz konusu eğitim süreci iş görme borcunun yerine getirilmesi süresince de devam eder. Çünkü çağımızda günden güne değişen bilim ve teknoloji dünyasında bilgi sahibi olmak ve bu bilgiyi işe uygulayabilmek için tüm gelişmelerin yakından takip edilmesi zorunluluk arz etmektedir.

Bilgi işçilerinin en temel gereksinimi eğitimidir. Bu sayede işçiler bilgi işinde çalışma olanağı bulmalarının yanında işin süresi boyunca alacakları eğitimle bilgilerini güncel tutabilirler. Doktor veya avukat gibi bilgi çalışanları için formal eğitim hemen hemen her ülkede sağlanabiliyorken, bilgi teknolojileri alanında ise sadece sınırlı sayıda ülkede sistematik eğitim sunulmaktadır. Bununla birlikte, yakın bir gelecekte gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde bilgi teknolojisi alanında eğitim sunan kurumların sayısının günün ihtiyaçları gereği hızlı bir şekilde artacağı öngörülmektedir.¹³⁰

Bilginin önemli bir kaynak olarak ortaya çıkması artan bir şekilde uzmanlık anlamına gelmekte ve bilgi işçileri kendi ihtisas alanlarında mobil bir çalışan görüntüsü çizmektedir. Bu işçilerin kendi ihtisas alanlarında çalıştıkları sürece aynı üniversite, işyeri ya da ülkede çalışma gibi bir düşünceleri bulunmamaktadır.¹³¹ Bu nedenle öğretideki çalışmaların önemli bir kısmının bilgi işçilerinin işyerlerine olan bağlılıklarını artırmaya yönelik hasredildiği de görülmektedir.

OECD tarafından gerçekleştirilen bir araştırmada bilgi işçilerinin belli başlı özelliklerine yönelik olarak aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.¹³²

¹²⁹ Zaim, 595.

¹³⁰ Drucker, The New Workforce, 4.

¹³¹ Drucker, The New Workforce, 5.

¹³² Bkz. www.oecd.org/unitedkingdom/2101026.pdf (Erişim tarihi: 08.08.2014).

Bilgi İşçilerinin Belli Başlı Karakteristik Özellikleri

(%)	Yöneticiler	Teknik Personel	Diğer Profesyoneller
Mikrobilgisayar kullanımı	68	78	65
İşbaşı eğitim alınıp alınmadığı	64	85	79
Bağımsız çalışabilme	55	53	52
Farklı tip işler arasında sıklıkla geçiş yapma	34	26	27
Daha fazla esneklik beklentisi	45	31	42
Yeni şeyler öğrenmesi	30	40	48
İşe yaygın tecrübe kullanımı	48	52	59
Son 5 yılda vasfın artması	73	65	74
Son 5 yılda görev çeşitliliğinin artması	70	75	72
Son 5 yılda işbaşı eğitimin artması	46	35	47
Son 3 yılda işbaşı eğitim alınıp alınmadığı	55	77	69
Gelecekte işbaşı eğitimi alma olasılığının yüksek olması	41	42	39
Başka bir iş bulmanın güç olması	37	17	28

Tablodan görüldüğü üzere bilgi işçisi niteliği taşıyan işçi grupları arasında inovasyon kullanımı, işbaşı eğitim, katı hiyerarşiden uzak çalışma ortamı önem arz etmektedir. Ayrıca araştırma sonucuna göre işçilerin işten ayrılmaları durumunda yeni bir iş bulma konusunda endişe duymamaları bir diğer dikkat çeken husustur.

Öğretide bilgi işçilerinin bilgi ekonomilerinin yeni kapitalist sınıfını oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre bilgi işçileri toplu bir şekilde yeni ekonomideki üretimin araçlarının sahibi durumundadır. Ayrıca bilgi toplumunda bilgi işçilerinin çalıştıkları işyerlerinde pay sahiplerinin çoğunluğunu teşkil etmeleri onları klasik anlamda da birer kapitalist haline getirmektedir.¹³³ Günümüzde bilgi işçilerinin yeni sermayedar sınıfı oluşturduğunu ileri sürmek için henüz erken sayılsa da bu işçilerin işyerlerine bağlılıklarını artırmak için bazı ülkelerde öngörülen yasal düzenlemeler değinilen öğreti görüşünün ileriye dönük bir projeksiyon sağladığı şeklinde yorumlanabilir. İleriki bölümlerde değinileceği üzere İngiltere'nin 2013 yılında işçilerin çalıştıkları işyerlerinde pay sahibi olmasını kolaylaştırıcı hükümler öngörmesi bu gelişme açısından önemli bir örnek teşkil etmektedir.

¹³³ Drucker, 2.

Bilgi işçisi kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için sanayi işçisi ile karşılaştırılması yerinde olacaktır. Bu yeni işçi türü, klasik anlamdaki mavi yakalı – beyaz yakalı işçi ayrımını ortadan kaldırmaktadır. Bu işçiler ‘kısılması gerekli bir maliyet’ olarak görülmekten ziyade üretimin ana unsuru olmakla birlikte, yaptığı işin miktarından ziyade kaliteli olması, özerk olması ve sürekli bir öğrenme atmosferi içerisinde olmasıyla diğer işçilerden ayrılır.¹³⁴

3. Bilgi İşçilerinin Yaygın Olduğu Sektörler

Günümüz ekonomik koşullarında bilgi işinin ve bilgi işçilerinin tüm sektörler açısından taşıdığı önem giderek artmakta, işletmeler organizasyon yapılarını bu gereklilik karşısında yeniden yapılandırma yoluna gitmektedir. Ülke bazında ise hizmet sektörünün gelişme kaydettiği görülmektedir. Zira yeni işlerin hemen hemen hepsi hizmet sektöründe yaratılmaktadır.¹³⁵

Bilgi ekonomisi içerisinde istihdam açısından gelişme gösteren iktisadi alanların başında hizmet sektörü gelmektedir.¹³⁶ Nitekim Amerika Birleşik Devletleri’nde ve diğer batı ülkelerinde imalat sektöründeki istihdam oranı tarımda yaşanan daralmaya benzer şekilde gerileme göstermekte buna karşın hizmetler sektöründeki istihdam ise yıllara sair bir artış sergilemektedir.¹³⁷ Bu noktada, bilgi toplumu ve hizmet sektörü arasında pozitif yönlü bir ilgi olduğu öğretilen ileri sürülmektedir.¹³⁸

¹³⁴ Ekin, 62.

¹³⁵ Erdem, 557. Nitekim ülkemizde de son yıllarda hizmet sektöründeki istihdamın payı toplam istihdam içerisinde hızla artış göstermiştir. Hizmet sektörünün 1990 yılında %37,8 olan istihdam içerisindeki payı 200 yılında %40’a, 2012 yılında ise %49,4 seviyesine yükselmiştir. Bkz. Ulusal İstihdam Stratejisi.

¹³⁶ Ekin, Küreselleşme, 40.

¹³⁷ ABD’de sektörel gelişimlere ilişkin ayrıntılı bilgi ve ilgili istatistikler için bkz. Drucker, Manufacturing Paradox, 2-5. Ülkemizde de hizmetler sektörünün diğer sektörlerle nazaran daha yüksek bir büyüme oranına sahip olduğu görülmektedir. Bu bağlamda ülkemizde 2015 yılında istihdam edilenlerin %20,6’sı tarım, %27,2’si sanayi, %52,2’si ise hizmetler sektöründe yer almıştır. Bir önceki yıl ile karşılaştırıldığında hizmet sektörünün istihdam edilenler içindeki payı 1,2 puan artarken, tarım sektörünün payı 0,5 puan, sanayi sektörünün payı ise 0,7 puan azalmıştır. Bkz. TÜİK İşgücü İstatistikleri, 2015. http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007# (Erişim tarihi: 24.03.2016).

¹³⁸ Bell, 14. Kaymas, 67.

Bilgi toplumu ve hizmet sektörü arasında istatistiksel anlamda bir korelasyon olsa da bu durum bilgi işçilerinin sadece hizmet sektöründe istihdam edildiği anlamına gelmemelidir. Günümüzün artan küresel rekabet ortamında enformasyonun kullanılarak dönük bilginin elde edilmesi ve kullanılması hemen hemen tüm işletmeler için bir zorunluluk halini almıştır. İmalat alanındaki gerileyen istihdama karşın sektörün ürün çıktısının 2020 yılına kadar yaklaşık 2 kat artacağı öngörülmektedir.¹³⁹ Bu gelişim değinilen sektörde otomasyonun giderek artmakta olduğu şeklinde yorumlanabilir. Nihayetinde, sektördeki bilgi ve teknolojinin işyerinde uygulanmasını ve geliştirilmesini sağlayacak olan bilgi işçilerinin imalat sektörünün zorunlu unsuru olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin, önemli bir lastik markası devrim niteliğindeki teknolojiyi uygulaması sonucunda İtalya'nın Milano kentinde işsiz çalışacak bir fabrika kurmuştur. Üretimin tamamen robotlarla gerçekleştirildiği fabrikada bilgisayarların kontrolünü gerçekleştirecek 4 teknisyen görev yapmaktadır.¹⁴⁰

Bilgi işçileri için teknolojinin kullanımı bilginin kullanılması, paylaşılması ve yeni bilginin elde edilmesi açısından zorunlu bir unsur teşkil etmektedir. Gerçekten de bilgi teknolojilerinin gelişimi bilgi işçilerini de beraberinde getirmiştir. Öte yandan, bilgi işçisi sadece bilgi teknolojileri alanında çalışanları içermez. Bu kavram ayrıca avukatlar, öğretmenler, her çeşit bilim adamı, öğrenci gibi bilgi teknolojisi dışında kalan çalışanları da kapsamaktadır.¹⁴¹

4. Bilgi İşçisinin Verimi

Bilgi işindeki yönetim organizasyonunun sektörün asıl sermayesini oluşturan ve sürekli gelişim gösteren bilgi işçilerinin verimliliğini artırmayı amaçlayan bir model üzerine oturtulması gerekmektedir. Bu gereklilik iş organizasyonunun doğru

¹³⁹ Drucker, Manufacturing Paradox, 2.

¹⁴⁰ Ekin, 61. Almanya'da ortaya çıkan "Endüstri 4.0" kavramı insansız fabrikaları ifade etmektedir. Günümüzde bu uygulamanın en gelişmiş örneklerinden bir tanesi olarak Siemens'in Amberg'deki fabrikası gösterilmektedir. Bu fabrikada işin %75'i birbiriyle bağlantılı ve iletişimde olan üretim hatları tarafından gerçekleştirilmektedir. Bkz. Hilal Sarı'nın "İnsansız Fabrikalar 30 Yılda Türkiye'de" adlı haber yazısı, <http://www.dunya.com/ekonomi/ekonomi-diger/insansiz-fabrikalar-30-yilda-turkiyede-291658h.htm> (Erişim tarihi: 25.02.2016).

¹⁴¹ Ekin, 62.

yapılanması konusunda birçok araştırmayı da beraberinde getirmiştir. Bu konuda Amerika'nın önde gelen biyoteknoloji firmalarının insan kaynaklarından sorumlu işveren vekilleriyle gerçekleştirilen görüşmede, bilgi işçilerinin verimliliğini artırmak için klasik işçi işveren hiyerarşik yapısından uzak, esnek bir çalışma modelinin işyerlerinde uygulandığı ifade edilmektedir.¹⁴² Gerçekten vasıfları ve bilgileri sayesinde bir işyerinde işin yürütümüne ilişkin emir ve otorite altında çalışması zor olan bu işçiler için hiyerarşiden uzak ve esnek çalışma koşullarının uygulanması gerektiği konusunda öğretilerde görüş birliği bulunduğu görülmektedir.¹⁴³ Esneklik konusu ileriki bölümlerde ayrıntılı şekilde ele alınacağından konuyla ilgili bu bölümde sınırlı bilgi verilmesi uygun görülmüştür.

5. Bilgi İşçisi – Vasıflı İşçi Ayrımı

Türk Dil Kurumu vasıflı işçiyi nitelikli işçi, iktisat terimleri sözlüğü ise yüksek düzeyde eğitim ve beceriye sahip, belirli bir konuda uzmanlaşmış olan ve yüksek ücretle çalışan olarak tanımlamaktadır. İş mevzuatında vasıflı işçi tanımı yer almadığı gibi mevzuat vasıflı-vasıfsız işçi ayrımına da yer vermemiştir. Öğreti görüşleri ve Yargıtay kararlarında ise vasıflı işçi kavramının sözlükte karşılık bulan anlamıyla kullanıldığı görülmektedir.

İş görme borcu ağırlıklı olarak bilginin kullanılmasına dayanan bilgi işçileri gerçekte birer vasıflı işçidir. Bu bağlamda doktrinde vasıflı işçi ile bilgi işçisini aynı kavram olarak kullanan yazarlara da rastlanmaktadır.¹⁴⁴ Öte yandan, tüm vasıflı işçilerin birer bilgi işçisi olduğu tezini ileri sürmek kanımızca doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü bu işçilerin en temel özelliği iş görme ediminin zihinsel emeğe dayanmasıdır. Vasıflı işçiler için bunu söylemek güçtür. Çünkü vasıflı bir işçinin iş görme ediminde düşünce gücü ağır basabileceği gibi bedenen çalışması da ağır basabilir. Örneğin, bir duvar ustası sahip olduğu niteliklerinden ötürü vasıflı işçi

¹⁴² The Scientist dergisinde yayınlanan bahse konu söyleşi için bkz. <http://www.the-scientist.com/?articles.view/articleNo/19274/title/How-to-Manage-Knowledge-and---Gold-Collar---Workers/> (Erişim Tarihi: 01.01.2015).

¹⁴³ Drucker, Productivity, 83-88. Davenport, 18

¹⁴⁴ Bkz. Koçak-Usta, 60-61.

niteliği taşıırken, fiziksel güce dayalı üretim gerçekleştiren ve bilginin elde edilmesinden ziyade rutin bir işi yerine getiren bu işçinin bilgi işçisi olduğu söylenemez. Ayrıca, bilgi işçisinin taşıdığı özellikler vasıflı bir işçiye nazaran daha ileri düzeydedir. Problem çözme yetenekleri, yaratıcılıkları, zekaları ve yetenekleriyle istihdam edilen bilgi işçileri işletmenin merkezinde yer alır. Bu işçiler bir anlamda tünelin sonundaki ışığı görebilen kişilerdir.¹⁴⁵

Bir işyerinde işin yürütümüne ilişkin bilginin kullanılması aynı zamanda uzmanlık gerektirir. Bu durum bilgi işçilerinin işyerlerinde kendilerini birer işçi yerine profesyonel diğer bir deyişle uzman olarak nitelendirmelerine yol açmaktadır. Ayrıca, bu işçiler kendilerini fizyoterapist veya antropolog gibi sahip oldukları bilgiyle tanıtmayı tercih ederler.¹⁴⁶ Bu durumun bilgi işçileri ile vasıflı işçilerin iş statüsüne bakış açılarındaki farkı yansıtmaktadır.

6. Bilgi İşçisi – Fikir İşçisi Ayrımı

Fikir işçisi aynı bilgi işçisi gibi zihinsel emeği bedensel çalışmasına üstün olarak hizmet gören kişidir.¹⁴⁷ Öte yandan, fikir işçilerinin zihinsel emeklerini kullanmaları onların bilgi işçisi olduğu anlamına gelmez. Her ne kadar fikir işçilerinin yerine getirmiş olduğu iş bedensel emek yerine düşünce gücünün kullanılmasını ön plana çıkarsa da işçinin iyi bir eğitime sahip olması bu ayrımın belirlenmesinde anahtar rol oynamaktadır. Bilgi işçisinin temel unsurlarından bir tanesi olan eğitimin, fikir işçisi kavramının tespitinde olmazsa olmazlar arasında bulunduğunu söylemek ise güçtür. Örneğin fikir işçilerinin özellikli bir kesimini oluşturan gazeteci vasfını kazanabilmek için eğitim şartı bulunmamaktadır. Bir gazeteci ilkökul mezunu olabileceği gibi üniversite mezunu da olabilir.¹⁴⁸ Bununla birlikte, günümüzde fikir işlerinde eğitimsiz bir çalışanın istihdam edilmesinin güç olduğu haklı olarak ileri sürülebilir. Bu durum, günümüzde bilgi işçilerinin fikir

¹⁴⁵ Ekin, 63.

¹⁴⁶ Drucker, The New Workforce, 2-4.

¹⁴⁷ Özek, 5.

¹⁴⁸ Bkz. Şuğle, http://www.istanbulbarosu.org.tr/komisyonlar/230202_chk_tebliğ.htm (Erişim tarihi: 10.11.2015).

çalışanlarının geniş bir kesimini oluşturduğu gerçeğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, bilgi işçilerinin fikir çalışanlarının geniş bir kesimini oluşturduğunu ileri sürmek kanımızca daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

III. Ulusal Düzenlemelerde Bilgi İşçileri

1924 anayasasının klasik hak ve özgürlüklere yer veren ancak sosyal ve ekonomik haklara yabancı kalan döneminde, ulusal sanayinin devletin öncülüğünde kurulmaya başlamasıyla artan işçi sayısı iş ilişkilerini düzenleyecek bir yasanın hayata geçirilmesini gerekli kılmıştır.¹⁴⁹ Hazırlanan yasa tasarılarından sonra 8.6.1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu 15.6.1937 tarihinde kabul edilmiş ve sonradan yapılan değişikliklerle otuz yılı aşan bir süre yürürlükte kalmıştır. 3008 sayılı yasa beden ve fikir işçisi ayrımı yaparak fikir işçilerini kapsam dışında bırakmıştır.¹⁵⁰ Fikir işçilerinin özellikli bir kesimini oluşturan gazetecilerin iş kanunlarının kapsamına alınması ise ilk kez 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un (Basın İş Kanunu) 13.6.1952 tarihinde yürürlüğe girmesiyle mümkün olmuştur. Basın İş Kanunu'nun 1. maddesine göre, bu yasa hükümleri Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle (dergiler-sürekli yayınlar) haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışanlarla bunların işverenlerine uygulanır.¹⁵¹

3008 sayılı yasanın yürürlükte kaldığı süre boyunca, gazeteciler dışında, bilgi işçilerinin iş ilişkileri özel hukuk prensiplerini içeren Borçlar Kanunu hükümleri tarafından düzenlenmiştir. Genel olarak fikir işçilerinin özelde ise bilgi işçilerinin yasalar tarafından sermayeye karşı sınırlı bir şekilde korunması nedeniyle, bu işçileri kapsamına alan 'Özel Teşebbüs Müstahdemleri' adı altında bir yasa tasarısı 1949 yılında yürütme tarafından yasama organına havale edilse de 1950 yılında hükümetin değişmesi sonucunda bu girişim sonuçsuz kalmıştır.¹⁵²

¹⁴⁹ Sözek, 11.

¹⁵⁰ Saymen, 406.

¹⁵¹ Basın İş Kanunu kapsamı ve yasa hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sözek, 231-233. Gökteş-Çil, 3 vd. Tuncay, Basında İlişkiler, 25 vd., Şakar, Basın İş Hukuku, 39 vd., Şuğle, 28 vd.

¹⁵² Özek, 60-61.

3008 sayılı İş Kanunu'nun koruması dışında bırakılan bilgi işçileri, 12.8.1967 tarihinde uygulamaya giren 931 sayılı İş Kanunu'nun kapsamına dahil edilmiştir.¹⁵³ Fikir işçisi ve beden işçisi açısından herhangi bir ayırım yapılmayan kanunda tüm işçiler için yeknesak düzenlemeler öngörülmüş ve böylelikle bilgi işçileri ilk kez en geniş anlamda İş Kanunu koruması altına alınmıştır. 931 sayılı yasanın biçim yönünden Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine bu yasaya göre önemli bir değişiklik getirmeyen 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu mevzuatımızdaki yerini almıştır. Kuşkusuz bu yasaların yürürlüğe girmesinde ülkemizde yeni bir sosyal, ekonomik ve hukuki düzene geçilmesine vesile olan 1961 Anayasası etkili olmuştur. Anayasanın genel esasları arasında Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu ifade edildiği gibi (m.2), üçüncü bölümünde 'sosyal ve iktisadi haklar' düzenleme altına alınmış (m.35-53) ve çalışma yaşamına ilişkin birçok düzenleme getirilmiştir. Böylece ülkemizde ilk kez çalışma yaşamı ile ilgili önemli haklar tüm çalışanlar açısından anayasal bir güç ve değer kazanmıştır.¹⁵⁴

Ülkemizde yaşanan 12 Eylül 1980 tarihli askeri darbesi sonucunda 1961 Anayasası yürürlükten kaldırılmış ve yeni anayasa 18.10.1982 tarihinde kabul edilmiştir. 1982 Anayasası olarak bilenen anayasanın üçüncü bölümünde 'sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlere' yer vermiş ve bu bölümde çalışma hayatıyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Yürürlüğe girdiği tarihten sonra birçok değişikliğe uğrayan anayasa döneminde 1475 sayılı İş Kanunu'nu yaşanan ekonomik ve sosyal gelişmeler karşısında yetersiz kalması sonucunda yerini 22.5.2003 tarihinde kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu'na bırakmıştır. Günümüzde bilgi işçilerinin çalışma ilişkileri temel olarak 4857 sayılı İş Kanunu tarafından düzenlenmektedir. Bilgi işçisi niteliği taşıyan gazetecilerin işverenleriyle olan ilişkilerine ilişkin hükümler ise özel olarak Basın İş Kanunu kapsamında yer almaktadır. Tüm bu kanunlar karşısında

¹⁵³ Köseoğlu, 26.

¹⁵⁴ Süzek, 12.

genel kanun niteliği taşıyan¹⁵⁵ 6098 sayılı Borçlar Kanunu da bilgi işçilerinin iş ilişkilerine ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir.

1. 5953 sayılı Basın İş Kanunu

Basın İş Kanunu kapsamında yer alan fikir işçilerinin bilgi işçisi anlamına gelmediği, fikri emeğin yanında bu işlerin bilgi işçisi sayılabilmesi için belli vasıfları taşıması gerektiği önceki bölümlerde ele alınmıştır.¹⁵⁶ Diğer taraftan, bilgi işçisi vasfını taşıyan fikir işçileri açısından Basın İş Kanunu bu alandaki ilk yasa olması açısından önem arz etmektedir.

Toplumsal önemi haiz bir meslek olan gazeteciliğe ilişkin Uluslararası Çalışma Örgütü 1928 yılında bir rapor yayımlamıştır. Gazetecilerin yaşam ve çalışma koşullarının ele alındığı söz konusu raporda bu işçilerin çalışma yaşamında özel bir yerinin olduğu vurgulanmış ve özel bir statü tanınmasının zorunluluğu dile getirilmiştir. Büronun bu raporu etkili olmuş ve çeşitli ülkelerde gazeteciler için özel düzenlemeler ortaya çıkmaya başlamıştır.¹⁵⁷

Türkiye’de ise 1949 yılındaki fikir işçilerini de bünyesine alan yasa tasarısının başarısız olması¹⁵⁸, kanun koyucuyu bu işçiler açısından başka bir yöne sevk etmiştir. Bu çerçevede belirli meslek gruplarının ortak ve aynı cins sosyal ihtiyaçlarını kapsayan ayrı ayrı kanunlar çıkarmak prensibi kabul edilmiştir. Böylece her meslek grubunun, özel çalışma şartlarının güdülmesi amacı güdülmüş ve bu amaç ile 5953 sayılı Basın İş Kanunu kabul edilmiştir.¹⁵⁹ Günümüzde ise 4857 sayılı İş Kanunu’nun kural olarak tüm işçileri kapsamına alan yeknesak düzenlemeleri karşısında yasa koyucunun bu tercihten vazgeçtiği söylemek mümkündür.

¹⁵⁵ İş Kanunu ve Basın İş Kanunun’da boşluk bulunan hallerde İş Hukuku’nun özel niteliğine aykırı düşmediği sürece Türk Borçlar Kanunu’nun “hizmet sözleşmesi”ne ilişkin kuralları (m.393 vd.) ile genel hükümleri uygulanır. Süzek, 240-241.

¹⁵⁶ Bkz. § 3, II, 6.

¹⁵⁷ Şuğle, http://www.istanbulbarosu.org.tr/komisyonlar/230202_chk_tebliğ.htm (Erişim tarihi: 10.11.2015).

¹⁵⁸ Bkz. § 3, III, 2.

¹⁵⁹ Özek, 61.

2. Diğer Düzenlemeler

Bilgi işçilerinin çalışma koşulları Basın İş Kanunu dışında Borçlar Kanunu ve İş Kanunu tarafından düzenlenmektedir. Öte yandan, bu yasalarda bilgi işçilerine özel hükümler öngörülmemiş, işçilerin işverenleriyle olan ilişkileri genel ve yeknesak hükümler çerçevesinde ele alınmıştır.

Bilgi işçileri açısından önem taşıyan hususlardan bir tanesi işçi buluşlarına ilişkindir. Zira çalışması daha çok bilginin üretilmesine dayanan bu işçilerin iş görme edimi sonucunda elde edecekleri ürünler üzerindeki işverenlerine karşı hak ve borçları önem arz etmektedir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 427. maddesi işçilerin elde ettiği buluşlar karşısında işçi ve işverenlerin hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesini özel yasalara bırakmıştır. Bu bağlamda, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (PatentKHK) işçi buluşları üzerindeki haklar konusunda özel bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Kararnamenin 'Çalışanların Buluşları' başlıklı 3. kısmının ilk bölümünde 'Özel Hukuk İlişkisi İçinde Olan İşçilerin İşçi Buluşları'na ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.

Patent Hukukunda işçi kavramı İş Kanunu ya da Borçlar Kanunu'ndaki işçi anlamından daha geniş bir içeriğe sahiptir.¹⁶⁰ Özel kanun niteliği taşıyan PatentKHK 16. maddesine göre işçi; bir özel hukuk sözleşmesi veya benzeri bir hukuk ilişkisi gereği, işverene karşı olan kişisel bağlılığı çerçevesinde iş gören kişidir. Görüldüğü üzere bu düzenlemede, işçi niteliğinin belirlenmesinde İş Kanunu gereği temel koşullardan bir tanesi olan iş akdi ile çalışma şartı öngörülmemiştir. Madde gerekçesinde ekonomik bağımlılık bakımından ücret karşılığı çalışmanın şart olmadığı ifade edilmiştir.¹⁶¹ Dolayısıyla, çıraklar ve stajyerler PatentKHK kapsamında işçi sayılmaktadır. PatentKHK buluş yapma faaliyetinin özendirilmesini, bilimsel ve teknolojik alanda ilerleme sağlanmasını ve bu ilerlemenin sanayiye uygulanmasını kendisine amaç olarak edinmiştir (m.1). Bu bağlamda, kararnamenin

¹⁶⁰ Güneş, 14. Keskin, 205.

¹⁶¹ Güneş, 14.

sadece iş akdine bağlı olarak çalışanları değil, özel hukuk sözleşmesine dayanan ve kişisel bağımlılık altındaki diğer çalışanları da kapsamına almasının amacına uygun olduğu söylenebilir.

Kararnamenin 17. maddesine göre işçi buluşları; hizmet buluşları ve serbest buluşlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında hizmet buluşlarının tanımına yer verilmiştir. Buna göre; bir işçinin işyerinde iş görme edimi gereği gerçekleştirdiği veya işverenin büyük ölçüde deneyim ve çalışmalarına dayanan, işçinin iş ilişkisi sırasında yaptığı buluşlar hizmet buluşlarıdır. Dolayısıyla bir buluşun hizmet buluşu olabilmesi için işçinin işletmedeki faaliyetinin gereği olarak yapılmalıdır. Buluş faaliyetin doğrudan sonucu olabileceği gibi dolayısıyla sonucu da olabilir.¹⁶² Kararnamede hizmet buluşu dışında gerçekleştirilen diğer işçi buluşları ise serbest buluş olarak adlandırılmıştır (m.17/3). İşçi buluşlarına ilişkin mevzuatımızda yer alan ayrıma paralel düzenlemelerin Almanya ve İsviçre mevzuatında da yer aldığı görülmektedir.¹⁶³

İşçi buluşları ve bunların fikri mülkiyetiyle ilgili özel hükümler içeren kararname esasen bilgi işçilerinin iş görme edimlerinin sonuçlarına dönük doğrudan düzenlemeler getirmektedir. Her ne kadar kararnamede bilgi işçisinin tanımına yer verilme de buluş elde etmeye dönük çalışmaların iş görme ediminin konusunu oluşturduğu işçinin bilgi işçisi olduğu savını ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Keza, iş görme edimi özellikle bilginin işlenmesi ve yeni bilginin elde edilmesini içeren bilgi işçilerinin bu faaliyeti esasen hizmet buluşu elde etmekle örtüşmektedir.

551 sayılı PatentKHK’de buluş elde eden işçinin işverene karşı hangi haklara ve yükümlülöklere sahip olduğunu düzenleme altına almıştır. Kararnamede buluşun esas sahibinin işçi olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, hizmet buluşu ve serbest buluş ayrımında işçi ve işverenlerin haklarıyla birlikte borçlarına farklı hükümler bağlanmıştır. Hizmet buluşlarında işçinin malvarlığında doğan buluş sahipliği işverenin kararnamede hükme bağlanan yenilik doğuran hakkını kullanılmasıyla

¹⁶² Tekinalp, 470-471.

¹⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Keskinci, 206.

tamamen kendisine devredilmekte veya işveren kısmi kullanım hakkını elde etmektedir (m.19–20). Bu durumda işveren işçiye uygun bir bedeli ödemekle yükümlü olur. Bedelin hesaplanmasında hizmet buluşunun ekonomik değeri, işçinin görevi ve buluşun gerçekleştirilmesindeki işletmenin payı göz önünde bulundurulacaktır (m.22/2). Ayrıca işveren devraldığı buluşa ilişkin koruma sağlamak amacıyla Patent Enstitüsüne başvurmakla da yükümlüdür (m.26).

Kararnamede hizmet buluşuna imza atan işçinin manevi hakkının korunmasına dönük ayrı bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre hizmet buluşunda buluş işverene devredilse dahi işçinin adı patentte belirtilir. İşçinin başvuru veya patent sahibinden buluşu yapan olarak tanınmasını ve adının patentte belirtilmesini isteme hakkı vardır (m.15).

551 sayılı PatentKHK’da hizmet buluşu kapsamında yer almayan buluşlar serbest buluş olarak nitelendirilmiştir (m.17). Kararnamede ayrıca işverenin buluşu yazılı olarak serbest bırakması, buluşa ilişkin kısmi hak talebinde bulunması veya işçinin yazılı talebine kararnamede yer verilen sürelerde cevap vermemesi durumunda hizmet buluşunun serbest buluş niteliği kazanacağı belirtilmiştir (m.21). Serbest buluş halinde de işçi işverene gerekli bildirimini yapmakla yükümlüdür (m.31). Bu durumda işçi buluşuna ilişkin patent başvurusu yapıp yapmama konusunda serbesttir. Böylelikle işçi buluşu kamuya açıklamak yerine ticari sır olarak saklamak suretiyle süresiz yararlanma yolunu tercih edebilir.¹⁶⁴

IV. Bilgi İşçisinin Pay Sahipliği

Günümüzde bilginin işletmeler açısından artan önemi bilgi işçilerinin üretimin asıl gücü haline gelmesine yol açmıştır.¹⁶⁵ Bilginin üretimin temel girdisi olarak kabul edildiği bilgi ekonomilerinde işletmelerin üretim ve rekabet gücünün artırılması bilgi işçilerinin sağlayacağı katma değerle doğrudan bağlantılıdır. Bu

¹⁶⁴ Güneş, 17.

¹⁶⁵ Nitekim ‘Ulusal İstihdam Stratejisi’nde de bilişim çağında vasıflı insan sermayesinin fiziki sermayenin önüne geçtiğinden ve bu bağlamda genç nüfusun iyi değerlendirilmesinin önemli bir fırsata işaret ettiğinden bahsedilmektedir.

durum aynı zamanda bu işçilerin hareket kabiliyetini artırmış, uzun süre aynı işverene bağlı olarak ve aynı işyerinde çalışmak yerini iş ilişkileri açısından en rahat ortamda iş görmeye bırakmıştır. Zira bu işçilerin üretkenliklerinin hiyerarşiden uzak ve esnek çalışma koşullarına bağlı olarak arttığı öğretilde dile getirilen hususların başında gelmektedir.¹⁶⁶

Bilgi işçisinin bağlılığının ve veriminin yükseltilmesi yöntemlerinden bir tanesi çalıştıkları işletmelerde pay sahibi olmalarını sağlamaktır. Gerçekten pay sahipliği elde edilen maddi menfaatlerin yanında işyerlerinde endüstriyel demokrasinin yerleşmesi için de önemli bir enstrümandır. Bu nedenle işçilerin pay sahipliği konusu İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi gelişmiş ülkeler başta olmak üzere Avrupa Birliği ölçeğinde de önem atfedilen hususların başında gelmektedir.

1. Uluslararası Alandaki Düzenlemeler

A. İngiltere’de İşçilerin Pay Sahipliği

İngiltere’de son yıllarda *işçilerin üretkenliklerini ve işyerlerine olan bağlılıklarını artırmaya yönelik* girişilen yasama faaliyetleri dikkat çekmektedir. Bu faaliyetlerin temelde gelişmiş ülkelerde işçi sınıfının giderek önemli bir kesimi haline gelen bilgi işçilerinin verimini ve işyerine olan bağlılıklarını artırmayı hedef aldığını söylemek mümkündür.

Bu faaliyetlerden belki de en dikkat çekici olanı İngiltere’nin İş Kanunu olan Employment Right Act 1996 (ERA)’da 1 Eylül 2013 tarihinde yapılan değişiklik sonucunda ‘pay sahibi işçi’ (employee shareholder) statüsünün ülke mevzuatındaki yerini almasıdır. Yasalaşma sürecindeki tartışmalarla birlikte İş Hukuku doktrini tarafından ciddi eleştiriler yöneltilen söz konusu değişiklik uyarınca; pay sahibi işçi statüsüne geçmeyi kabul eden mevcut işçiler ya da ilk kez bu statüde işe başlayacak

¹⁶⁶ Drucker, Productivity, 83-88.

olan kişiler, işverenlerinden alacakları en az 2.000 pound değerindeki hisse karşılığında, *haksız şekilde işten çıkarma (not to be unfairly dismissed - ERA s.94)*, *esnek çalışma koşullarının uygulanması (request for flexible working - ERA s.80F)* ve *işgücü fazlalığı nedeniyle iş akdinin feshine dayanan tazminat (redundancy payment - ERA s.135)* ile *eğitim ve öğretim izni (request to undertake study or training - ERA s.63D)* gibi temel işçilik haklarından vazgeçmiş sayılacaklardır (ERA s.205A (2)).

İngiltere’de son 30 yıldır işçilerin çalıştıkları işyerlerinde pay sahibi olmaları için teşvik edici adımlar atılmaktadır. Söz konusu alanda, Finans Yasası’ndaki (Financial Act 2000) değişiklikler de dahil olmak üzere, vergi avantajı içeren bir çok plan hayata geçirilmiştir. Bunun temel amacı işçilerin işverenleri ile aralarındaki bağın kuvvetlendirilmesi yoluyla şirketlerin ekonomik performansını artırmaktır.¹⁶⁷ Bununla birlikte, İngiltere’de öngörülen yeni düzenleme her ne kadar işçilerin işyerlerine olan bağlılıklarını ve üretkenliklerini artırmayı amaçlasa da, en temel işçi haklarını dışarıda bırakan iş sözleşmelerinin yapılmasına izin verdiğinden hareketle, iş ilişkisinde bir yıkıma yol açtığı İngiltere doktrininde haklı olarak ileri sürülmektedir.¹⁶⁸

İşçiye verilen pay onu hiyerarşik açıdan işveren ile aynı seviyeye getirmemekle birlikte bu durum işçinin ayrı bir çalışan statüsünde sayılmasını da gerekli kılmamalıdır. Zira işçi pay sahibi olmakla işverenin yönetim hakkını zedelememekte, kara katılım hakkı sağlayan paylar açısından sadece ücretine ek maddi bir çıkar sağlamaktadır. Beraberinde oy hakkı taşıyan paylar için de işçilerin işveren seviyesinde yönetim hakkına sahip olduğunu iddia etmek güçtür. İngiltere İş Kanunu tarafından paylara ilişkin bir üst sınır getirilmemiş olsa da işçilere verilecek payların azınlık payları arasında yer alacağını ve sadece çalıştıkları işe veya işyerine ilişkin görüş bildirme olanağı tanıyacağını şimdiden öngörmek yanlış olmayacaktır.¹⁶⁹ İşçilere çalıştıkları işyerlerine ait paylar vermekle onları işten

¹⁶⁷ Pendleton, 158.

¹⁶⁸ Prassl, 325.

¹⁶⁹ Aynı doğrultuda bkz. Collins, 265.

çıkarmayı kolaylaştıran hükümler arasında bağ kurmanın son derece güç olduğu da öğretide haklı olarak belirtilmektedir.¹⁷⁰

İşçinin çalıştığı işyerinde hem hakim pay sahibi olması hem de bir iş sözleşmesine dayalı olarak iş görmesi de mümkündür. İngiltere yüksek mahkemesinin bu yönde verdiği bir kararda; işveren ve pay sahibi kişi arasında akdedilen iş sözleşmesinin gerçeğe dayalı olması koşuluyla, işçinin aynı zamanda hakim paydaş durumunda olmasının tek başına işçi niteliğini ortadan kaldırmak için yeterli olmadığı belirtilmiş ve davaya konu pay sahibi işçinin iş sözleşmesinin geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. Mahkeme bu kararında iş sözleşmesinin gerçeğe dayanması durumunun ise iş sözleşmesinin bağitlanmasına yol açan nedenlerin ve taraflarca yerine getirilen yükümlülüklerin açıklığa kavuşturulması sonucunda tespit edileceğini belirtmiştir. Mahkeme işçi statüsünü tartıştığı aynı kararında işverenin pay sahibi işçi üzerinde hangi dereceye kadar yönetim hakkına sahip olduğunun her somut olay açısından ayrı önem taşıdığını ve pay sahibi işçinin sadece kendisine hesap vermesinin ve işten çıkarılamamasının değerlendirmede ayrıca göz önünde bulundurulması gerektiğini hükme bağlamıştır.¹⁷¹

Günümüzde bilgi işçilerinin üretkenliklerinin ve bağlılıklarının geliştirilmesi için çalıştıkları işyerlerinde pay sahibi olmalarının yasalarla düzenleme altına alınması önemli bir adımdır. Öte yandan, bu adımların İş Hukuku'nun temel ilkelerinin gözetilerek atılması “sosyal olan” ile “ekonomik olan” arasındaki hassas dengenin kurulması¹⁷² açısından zorunluluk arz etmektedir. İş güvencesine ilişkin hükümler, ILO'nun 158 sayılı sözleşmesi sayesinde uluslararası alanda geniş kabul

¹⁷⁰ Prassl, 316.

¹⁷¹ İlgili mahkeme kararı için bkz. All England Law Reports, 2000, Volume 1, Secretary of State for Trade and Industry v Bottrill - [2000] 1 All ER 915

¹⁷² İş Hukukunun hareket noktası işçilerin korunması ise de, bu husus Anayasamızın 65. maddesi gereğince ekonomik yeterliliklerle sınırlıdır. Bu nedenle hukukumuzda işçinin korunması ilkesine mutlak bir geçerlilik tanınmamakta, “sosyal olan” ile “ekonomik olan” arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu dengenin kurulması İş Hukukunun amaçları arasında yer alan çalışma barışının sağlanmasına da önemli ölçüde yardımcı olur. Bkz. Süzek, 18. Aynı yazar, İş Hukukunun Geleceği, 6-7.

gören temel İş Hukuku ilkeleri arasında yerini almıştır.¹⁷³ Bu sözleşmenin İngiltere tarafından onaylanmamış olması ise getirilen yeni düzenleme ile işçilere tanınan bu temel hakkın ihlal edilmediği anlamını taşımamalıdır.¹⁷⁴

B. Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği'ndeki Yaklaşımlar

Avrupa Birliği'ne üye ülkeler başta olmak üzere ekonomik açıdan gelişmiş birçok ülkede işçilerin pay sahibi olmaları yönünde teşvik edici programlar yürürlüğe konulmaktadır. Bu doğrultuda, Amerika Birleşik Devletleri'nde son yıllarda işçilerin pay sahipliğinde önemli derecede bir artış gözlemlenmektedir. Bu ülkede 1950'li yılların başında yürürlüğe konan ESOPs (employee stock ownership plans) işçilerin çalıştıkları işyerlerinde pay sahibi olmaları için önemli bir olanak yaratmaktadır.¹⁷⁵ Aynı şekilde Avrupa Birliği'ne üye birçok ülkede işçilerin pay sahipliğine ilişkin geleneksel bir uygulamanın olduğu ve bu uygulama çerçevesinde geçmişten günümüze başarılı bir performansın sergilendiği ortaya konulmaktadır.¹⁷⁶

İşçilere sağlamış olduğu menfaatlerin yanında pay sahipliğinin şirketler üzerindeki etkisi geçmişten günümüze öğretinin ilgisini çekmeye devam etmektedir.¹⁷⁷ Şirket karlılığına bağlı kazanımlar pay sahibi işçiler açısından bir menfaat olarak kabul edilmekle birlikte, işçilere tevdi edilen payların oy hakkı taşımamasının ve bu durumun yaygınlaşmasının işverenin yönetim hakkı üzerindeki etkilerine ilişkin önemli bir sorunu gündeme getirdiği ileri sürülebilir. Ancak, işçilerin pay sahibi olmalarına imkan tanıyan şirketlerin sosyo-ekonomik performanslarının ekonomik faaliyetlerin sürdürülebilirliği, büyüme, işgücü etkinliği, karlılık ile yönetim ve karar alma açılarından ölçülen bir araştırmada, bu tip

¹⁷³ ILO'nun 158 sayılı sözleşmesinin onaylayan ülkeler için bkz.

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312303:NO (Erişim tarihi: 07.07.2014).

¹⁷⁴ Türkiye'de 2001 yılından itibaren düzenlemeye kavuşmuş olan iş güvencesi hükümlerinin temelinde ILO'nun 158 sayılı sözleşmesinin onaylanması yatmaktadır. Bkz. Akın, Unfair Dismissal, 587.

¹⁷⁵ Amerika Birleşik Devletleri'nde işçilerin pay sahipliği ve ESOPs konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Logue-Yates, 225-251.

¹⁷⁶ Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52012DC0740> (Erişim tarihi: 07.07.2014).

¹⁷⁷ Bu alanda yapılan kapsamlı araştırmalar için bkz. Hammer-Stern, 78-100. Njoya, 211-241. Noamene-Hasairi, 212-222.

şirketlerin sanıldığıının aksine ekonomik faaliyetlerine uzun süre devam edebildiği, sürdürülebilir büyüme kapasitesine sahip olduğu, işçilerin karar alma ve yönetim sürecinin bir parçası haline gelmeleri sonucunda üretkenliklerin ve verimlerinin arttığı ve ayrıca uzun süre karlı çalışabilen şirketler olduğu ortaya konulmuştur.¹⁷⁸

Avrupa Birliği'ne üye ülkeler tarafından işçilerin çalıştıkları işyerlerinde pay sahibi olmaları konusunda atılan adımlar birlik tarafından da desteklenmektedir. Avrupa Birliği'nin mevzuat önerilerini hazırlamakla sorumlu organı olan Avrupa Komisyonu tarafından 5.4.2011 tarihinde yayınlanan Avrupa Birliği Kurumsal Yönetim isimli Yeşil Kitap'ta işçi ortaklığı, kurumsal yönetim çerçevesinde şirketlerin uzun dönem devamlılığı açısından göz önünde bulundurulması gereken elementlerden birisi olarak belirtilmiştir. Bahse konu kitapta ayrıca işçilerin şirket işlerine dahil edilmesinin bilgi, danışma ve yönetim kurulunda yer alma şeklinde olabileceğini belirtildikten sonra finansal katılımı da bağlantılı olan bu durumun özellikle işçiler için pay sahibi olma yoluyla sağlanabileceği ifade edilmiştir. Yine aynı kitapta işçilerin pay sahibi olmasının bazı Avrupa ülkelerinde geleneksel bir uygulama olarak süregeldiği ve bu uygulamaların işçilerin bağlılığını ve motivasyonunu artırarak, üretkenliğin yükseltilmesi ve sosyal gerilimin azaltılması amacını güttüğü de açıklanmıştır.¹⁷⁹

Avrupa Komisyonu tarafından 12.12.2012 tarihinde yayınlanan Avrupa Şirketler Hukuku ve Kurumsal Yönetim isimli aksiyon planında da konunun önemine ayrıca yer verilmiştir. Bahse konu planda işçilerin şirket işlerine dahil olmalarının pay sahibi olmalarıyla sağlanabileceği hususu tekrar edildikten sonra üye ülke pazarlarının analiz edilmesi sonucunda ulusal ve uluslararası alanda işçilerin pay sahipliğinin gelişmesini sağlayacak etkenlerin belirlenerek, buna yönelik uygun adımların atılacağı da ayrıca ifade edilmiştir.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Söz konusu araştırma için bkz. Jones, 345-349.

¹⁷⁹ Avrupa Komisyonu tarafından 5.4.2011 tarihinde yayınlanan Yeşil Kitap için bkz. http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_en.pdf#page=2 (Erişim tarihi: 07.07.2014).

¹⁸⁰ Avrupa Komisyonu'nun 12.12.2012 tarihli aksiyon planı için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52012DC0740> (Erişim tarihi: 07.07.2014).

2. Türkiye’deki Durum

İş mevzuatında işçilerin pay sahibi olması konusunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Genel olarak pay sahipliği konusu ile buna bağlı hak ve yükümlülükler Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiştir. Öte yandan, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) tarafından 17.09.2015 tarihinde yayınlanan Bankalarda İyi Ücretlendirme Uygulamalarına İlişkin Rehber’de (Ücretlendirme Rehberi) Bankacılık sektöründe yer alan bilgi işçisi niteliğindeki bir takım çalışanlara performansa dayalı ücret yerine pay verilmesi konusunda belli düzenlemeler öngörülmüştür.¹⁸¹ Ayrıca pay sahiplerinin işletmelerdeki çalışmaları sonucunda İş Kanunu hükümlerinden yararlanmalarına ilişkin talepleri çeşitli Yargıtay kararlarına konu olduğu görülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Ücretlendirme Rehberi performansa dayalı ücret uygulamalarını sınırlandırmakta, bu suretle Anayasa’nın 48. maddesinde güvence altına alınan sözleşme özgürlüğüne açık bir müdahale oluşturmaktadır. Bu özgürlüğün sınırlandırılması ise yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak ve ancak kanunla yapılabilir (AY. m.13). Bankacılık Kanunu’nda ise Bankanın aktif kalitesinin veya gelir gider dengesinin bozulması ile özkaynağının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz olduğunun yapılan denetimler sonucunda tespit edilmesi halinde BDDK tarafından ücret ödemelerinde sınırlandırmalar getirilebileceği açıkça hüküm altına alınmıştır (m.68/a). Dolayısıyla böyle bir durum olmaksızın tüm bankaların performansa dayalı ücret ödemelerinde sınırlamalar öngören Ücret Rehberi, Bankacılık Kanunu başta olmak üzere Anayasamıza da aykırılık teşkil ettiği kanısını taşıyoruz.

Diğer taraftan pay sahipliğinin bilgi işçileri açısından taşıdığı önemi ortaya koymak açısından Ücretlendirme Rehberi’nde yer alan bazı düzenlemelerden kısaca

¹⁸¹ Rehber için bkz.

https://www.bddk.org.tr/websitesi/turkce/Mevzuat/Bankacilik_Kanununa_Iliskin_Duzenlemeler/14608bankalarda_iyi_ucretlendirme_uygulamalarina_iliskin_rehber.pdf (Erişim tarihi: 31.12.2015). Rehber 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 93. maddesi ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Tarafından Yapılacak Denetime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in 7/A maddesine dayanılarak hazırlanmıştır (m.3).

bahsetmek uygun olacaktır. Bu bağlamda rehberde öngörülen uygulamanın temel amacının İngiltere'deki uygulamadan¹⁸² farklı olarak, bilgi işçilerinin işyerine bağlılıklarını artırmaktan ziyade, ücretlendirme politikası ile risk yönetimi anlayışının bağdaştırılmasıdır. Nitekim bu husus rehberin 'Amaç ve Kapsam' başlıklı 2. maddesinde açıkça belirtilmiştir.

Ücretlendirme Rehberde bilgi işçisi niteliğindeki bir takım çalışanların ücretlendirilmesine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Düzenlemede özellikli çalışan olarak adlandırılan bu çalışanlar; Bankanın yönetim kurulu üyeleri, üst düzey yönetimi ve bankanın kendi değerlendirmesi sonucunda risk profiline önemli etkisi bulunan bir fonksiyon icra ettiği düşünülen diğer banka çalışanları ile yıllık kazandığı toplam ücretlendirme bakımından bu kişilere denk veya daha üst konumda olan banka çalışanlarından oluşmaktadır (m.7). Bu kapsamda yer alan işçilere ödenecek performansa dayalı ücret¹⁸³ %50'sinin nakit yerine Banka tarafından ihraç edilmiş hisse senetleri öncelikli olmak üzere, hisse senedine dayalı finansal araçlar veya benzeri nakit dışı araçlarla yapılacaktır (m.29). Ayrıca Banka uzun dönemli çıkarları ile uyumlu olmasını sağlamak amacıyla bahse konu finansal araçların özellikli çalışanlarca elden çıkarılmaması için uygun bir zorunlu elde tutma süresi belirleyecek ve bu süre boyunca araçların işçiler tarafından elde tutulmasını temin edecektir (m.30). Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere bilgi işçisi niteliğindeki özellikli işçilere verilecek paylar ile Bankanın yönetiminde söz hakkı olan işçilerin işletme riskini belli oranda üstlenmeleri sağlanmaya çalışılmaktadır. Keza belli bir süre içerisinde elden çıkarılamayacak olan paylar Bankanın başarısına paralel olarak değer kazanacak veya kaybedecektir. Ayrıca Bankalar tarafından özellikli çalışanların performansa dayalı ücretlendirmeleri "değişken ücretlendirmelerin iptali ve geri alınması anlaşmalarına" da konu edilebilecektir (m.31).

İşçilerin pay sahipliği konusunda Yargıtay uygulaması da önem arz etmektedir. Yüksek Mahkeme limited şirket ortağının bu şirketteki çalışması karşılığında İş Kanunu hükümlerinden yararlandırılması talebiyle açılan davalarda,

¹⁸² Bu konuda bkz. § 3, IV, 1, A.

¹⁸³ Rehberde '*değişken ücret*' olarak ifade edilmektedir.

pay sahibinin yönetim hakkını ve emir ve talimat verme yetkisini kullanan tüzel kişi organı (somut işveren)¹⁸⁴ niteliği kazanıp kazanmadığını dikkate almakta ve bu niteliği taşıyan kişilerin İş Kanunu hükümlerine tabi olmayacağını isabetli olarak karara bağlamaktadır.¹⁸⁵ Yargıtay aynı kararlarında somut işveren statüsünde olmayan limited şirket ortağının ise aynı işyerinde işçi olarak çalışmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Gerçekten, şirket ile ortağı arasında bir iş akdinin kurulmasında hukuki bir engel yoktur.¹⁸⁶

Yüksek Mahkeme, şirket ortaklarının İş Kanunu hükümlerinden yararlanma talepleri karşısında, İngiltere iş mahkemesine benzer şekilde, işveren işçi arasındaki iş sözleşmesinin gerçeğe dayalı olmasını göz önünde bulundurmaktadır. Gerçeğe dayalı olmaktan kastedilen ise iş akdinin belirleyici koşulu olan başkasının yönetimi altındaki bir iş organizasyonu içerisinde onun emir ve talimatlarına bağımlı olarak çalışmaktadır.¹⁸⁷ Pay sahibinin çalışmasının somut işveren veya işçi statüsüne dayanıp dayanmadığının belirlenmesinde ise yüksek mahkeme kişisel bağımlılık unsurunu baz almakta ve bu konuda şu örneği vermektedir; *“Limited şirkette %50 den fazla paya sahip olan ortak, şirket sözleşmesinde şirket kararlarının oy çokluğu ile alınması öngörülmüş ise...veya...şirkette iki ortak var ve şirket ana sözleşmesinde % 91 pay çoğunluğu ile karar alınacağı öngörülmüş ve kendisi ile sözleşme akdedilen ortak %10 paya sahip ise, şirkette karar alınmasını engelleyici paya sahip olduğundan işçi sıfatını kazanamayacaktır.”* Ayrıca, aynı kararlarda işçinin salt %50 veya daha fazla pay sahibi olmasının aynı şirkette işçi olarak çalışmasını engellemeyeceği de belirtilmektedir.

İsviçre İş Hukuku öğretisinde ve Federal Mahkeme içtihatlarında da bir şirket (tüzel kişi) ile onun organı işlevini yerine getiren kişi arasında bir iş (akdi) ilişkisinin varlığının kabulü mümkün değildir. Bu, iş akdinin temel ve ayırt edici özelliğini

¹⁸⁴ Tüzel kişilerin organlarının işveren niteliği ve somut işveren konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 148-152.

¹⁸⁵ Y9HD, 28.12.2010, 43459/41339, Kılıçoğlu, 3-5. Y9HD, 12.10.2010, 35169/28779 ve Alpogut'un incelemesi, Değerlendirme 2010, 14 vd. Aynı doğrultuda, Y9HD, 18.2.2011, 4638/3879 ve Y9HD, 10.09.2014, 16961/26011, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, (Erişim tarihi: 07.09.2014).

¹⁸⁶ Süzek, Değerlendirme, 1.

¹⁸⁷ Bağımlılığın iş akdinin belirleyici unsuru olduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı ve ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 245 – 252.

oluşturan, iş ile işveren arasında bulunması zorunlu bağımlılık ilişkisine aykırıdır.¹⁸⁸ Ayrıca, bir genel hukuk ilkesi gereği bir kişi aynı zamanda sözleşmenin iki tarafında yer alamayacağından işveren sıfatı ile işçi statüsünün aynı kişide birleşmesi mümkün değildir.¹⁸⁹ Bu nedenle Yargıtay'ın her somut olaya özgü olarak pay sahibi işçinin sahip olduğu payın niteliğine yönelik değerlendirme yapılmasını istemesi kanımızca yerinde bir yaklaşımdır.

Limited şirketlerde kural olarak her ortak şirketi yönetim ve temsil hakkına sahiptir. Öte yandan, nispeten düşük (sembolik) paya sahip ortakların yönetim hakkına sahip olduğundan bahisle işyerinde işçi olarak çalışamayacağı sonucuna da varılamaz. Buna olanak tanınması kanuna karşı hilelere sebebiyet verebilir.¹⁹⁰ Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu şu sonuca varmıştır: *“Davacının çalışma biçimi ve bunun karşılığı aldığı ücret ile şirket ortağı olarak sağladığı kazanç ve kar durumu, sahip olduğu hisse oranı, şirketteki konumu karşılaştırılmalı ve sonuçta limited şirket ortaklığı ekonomik yaşamında baskın çıktığı takdirde, davacının işçi statüsünde bulunmayıp, tamamen ticari amaçla kazanç sağlayan ve bağımsız çalışan bir kişi olduğu kabul edilmeli ve dava reddedilmeli aksine, hizmet akdi altında bağımlı ve ücrete göre çalışmasının egemen olduğu sonucuna ulaşıldığında işçi sayılarak, buna bağlı hakları kabul edilmelidir.”*¹⁹¹ Yargıtay bu noktada sosyolojik (sosyo-ekonomik) bir yorum yapmakta ve her olayın özelliğine göre ticari amaçla kazanç elde etmenin mi yoksa bağımlı ve ücretli çalışmanın mı baskın olduğunun belirlenmesini istemektedir.¹⁹²

Ülkemizde pay sahibi işçilik konusu daha çok pay sahiplerinin şirketteki iş görme edimlerinin işçi/işveren statüsünde gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında gündeme gelmektedir. Öte yandan, gelişen toplumların konuya verdikleri önem ülkemizde de bu alanda bir düzenleme getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Özellikle çağımızın bilgi toplumu ve ekonomisi yönünde gelişim gösteren sosyo-ekonomik

¹⁸⁸ Süzek, 150.

¹⁸⁹ Süzek, İşveren, 20.

¹⁹⁰ Süzek, İşveren, 21.

¹⁹¹ YHGK, 16.4.2003, 9-308/303, İşveren, Kasım 2003, 15-16 ve Ekmekçi'nin Görüşü,

Değerlendirme, 12-13.

¹⁹² Süzek, İşveren, 21.

yapısında, işçilerin vasıfları giderek artmakta ve bilgi işçilerinin yakın bir gelecekte işçi sınıfının önemli bir zümresini oluşturacağı görüşleri ileri sürülmektedir. Bu durum hiyerarşiden uzak ve esnek bir çalışma düzeninde çalışmayı tercih eden bu yeni işçi sınıfının şirketlerdeki bağlılıklarını ve üretkenliklerini nasıl artırılacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir. Avrupa Komisyonu tarafından kaleme alınan ‘Yeşil Kitap’ta da belirtildiği üzere pay sahipliği işçilerin bağlılığını ve motivasyonunu artırarak, üretkenliklerini yükseltme yolundaki önemli etkenlerden bir tanesidir. İngiltere’de yakın bir geçmişte düzenleme altına alınan işçilerin pay sahibi olması konusunda da aynı gerekçelere dayanıldığı görülmektedir. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında ülkemizde işçilerin pay sahipliği konusuna ayrı bir önem verilmesi kanımızca isabetli bir yaklaşım olacaktır.

§ 4. İŞ AKDİ UNSURLARINDA ORTAYA ÇIKAN ÖZELLİKLER

İş akdinin iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluştuğu İş Kanununda açıkça ifade edilmiştir.¹⁹³ Gerçekten kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasına göre “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” Türk Borçlar Kanunu’nun 393. maddesine göre de “Hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” Tanımda yer alan ‘zaman’ kavramı, iş akdinin temel unsurlarından ziyade bağımlılık unsurunun saptanmasında yardımcı bir ölçüt niteliği taşımaktadır.¹⁹⁴ Değinilen unsurlar farklı özellikler göstermekle birlikte bilgi işçilerinin iş ilişkilerinde de yer almaktadır.

4857 sayılı İş Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denir...” Bu bağlamda çalışmalarını bir iş akdine bağlı olarak yerine getiren bilgi işçileri de klasik işçi tanımı içerisinde yer almaktadır. Yine yasanın 1. maddesinin 1. fıkrasına göre “Bu Kanunun amacı işverenlerle ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektir.” Kanunun gerekçesinden bilgi işçilerinin işverenleriyle olan ilişkilerinde İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılmaktadır.

¹⁹³ İş akdinin unsurları ve tanımı konusunda bkz. Saymen, 392. Oğuzman, 4. Esener, 136-138. Süzek, 243. Çelik, 78. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 53 vd. 4857 sayılı İş Kanununda belirtilen iş akdinin unsurları diğer ülke uygulamalarıyla benzerlik göstermektedir. Örneğin, İngiltere’nin İş Kanunu olan Employment Right Act 1996 da iş sözleşmesi (contract of employment); ister yazılı isterse sözlü olsun bir hizmetin görülmesi veya stajın yapılmasını açıkça belirten ya da bunu ima eden sözleşme olarak tanımlanmış, kanunda genel bir şekilde tanımlanan iş sözleşmesinin geçerlilik koşulları ise İngiltere iş mahkemesi tarafından Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pensions and National Insurance 1968 davasında şu şekilde belirtilmiştir; (i) belli bir bedel ya da ücret karşılığında belli bir işin işçi tarafından bizzat görülmesi (ii) işin başkasının yönetimi/kontrolü altında yerine getirilmesinin işçi tarafından yazılı veya sözlü olarak kabul edilmesi (iii) sözleşmedeki diğer koşulların hizmet akdine uygun olması. Bu noktada işletmedeki önemli malların sahipliği, finansal riskin alınması ve kar elde etme gayesi gibi hususların iş sözleşmesi ile uyumlu olmadığı belirtilmektedir. Karar için bkz. <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/esmmanual/esm7030.htm> (Erişim tarihi: 01.09.2015).

¹⁹⁴ Süzek, 243.

Bilgi işçileri İş Kanunun klasik işçi tanımı içerisinde yer almakla birlikte bu işçilerin iş ilişkisindeki unsurlar diğer işçilerden bazı farklı özellikler göstermektedir. Bu hususlara aşağıda başlıklar altında yer verilmiştir.

I. İş Görme Unsurunun Bilgi İşine Münhasır Olması

İş akdinin varlığından bahsedebilmek için her şeyden önce bir iş görme ediminin işçi tarafından üstlenilmiş olması gerekir (İK 8; BK 393). Burada bahsedilen iş bir gerçek kişi tarafından yerine getirilen ve ekonomik anlamda değer taşıyan her türlü çalışmadır. Genel anlamda iş görme borcunun konusunu oluşturan iş, bedensel, teknik, sanatsal ve bilimsel vb. olabilir.¹⁹⁵

Önceki bölümlerde ifade edildiği üzere bilgi işinde ise iş görme ediminin konusunu belli bir bilginin işlenerek yeni bilginin elde edilmesi oluşturur.¹⁹⁶ Kuşkusuz bu durum belli bir zihinsel emeğin kullanımını da zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla bilgi işçisinin iş ifasında kullandığı zihinsel emek baskındır. Sanat eserleri, biyoteknoloji ve yazılım ürünleri, teknolojik ürünler gibi iktisat öğretisinde bilgi yoğun mallar olarak tasnif edilen mamuller iş görme ediminin konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda, bilgi işçilerinin iş görme edimi diğer işlere nazaran özellik arz etmektedir.

II. Ücretin Artması

İş akdinde bir işin görülmesi diğer tarafın ücret ödemesi karşılığında vaat olunur.¹⁹⁷ Bu durumda bir ücret söz konusu olmadıkça iş akdinin varlığından söz edilemez. Ayrıca, ücret unsuru iş akdinin vekalet akdinden ayrılmasında bir ölçüt niteliği taşır. İş, ücret karşılığında yapılmıyorsa kural olarak taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği vekalet sözleşmesidir.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Süzek, 244. Güzel, 95.

¹⁹⁶ Bu konuda bkz. § 3, II, 2.

¹⁹⁷ Saymen, 393-395. Esener, 167. Aktay-Arıcı-Kaplan, 27, 51. Tunçomağ-Centel, 68.

¹⁹⁸ Süzek, 244. Tunçomağ-Centel, 68.

İş akdinin bir diğer esaslı unsuru olan ücret de bilgi işçisinin iş akdinde özellik gösterir. Bilgi işinde işçi ile işveren arasındaki edimler dengesinde işçiden beklenen yüksek performans ve verimin karşılığını istihdam piyasasındaki ortalama düzeyden daha yüksek tutardaki ücret oluşturmaktadır.¹⁹⁹ Ayrıca, uygulamada prim, aracılık, işin sonucundan pay alma gibi performansa dayalı ücretlere bilgi işinde ‘bonus’, ‘jestiyon’ gibi adlar altında sıklıkla rastlanmaktadır. Bu işlerde işçiye ödenen prim tutarının temel ücretin önüne geçtiği durumlara da rastlanmaktadır.²⁰⁰ Bu durumun işletmenin temel faaliyetinin bilgi işçisinin performansına dayalı olmasından kaynaklı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim prim uygulaması temelde işçiye daha iyi, başarılı ve verimli çalışmaya özendirme amacına yönelik ödenen ek bir ücrettir.²⁰¹ Performansa dayalı ek ödemelerin haricinde bilgi işçilerinin çalıştıkları şirketlerde pay sahibi olmaları da verimlilik artışına yol açabilir.²⁰²

İstihdam piyasasında bilgi işçisine olan talep bu işçilerin ücretlerinin yükselmesine sebep olan bir diğer etkidir. Keza, günümüzde bilgi işçileri hem aranan hem de yüksek ücretle iş bulabilen çalışanlardır.²⁰³ Gelir dağılımında eşitsizliğin nedenlerinin irdelendiği 2011 yılında düzenlenen OECD forumunun ele alan köşe yazısında, ülkelerde kar ve verimlilik dürtüsüyle gerçekleşen ticaret ve sermaye akımlarının daha çok teknoloji yoğun alanlara kaydığı ve bu alandaki vasıflı işgücüne yönelik talebin arttığı dile getirilmiştir. Aynı değerlendirmede, sermayenin daha fazla talep ettiği vasıflı işgücünün, zor yetiştirmesi nedeniyle toplam işgücüne göreceli olarak sınırlı oranda arz edilirken, katma değeri düşük ve sermaye tarafından eskisi kadar talep görmeyen vasıfsız işgücünün daha fazla arz edildiği, böylece

¹⁹⁹ Ücretin emeğin verimliliğine dayalı olduğu ileri sürülen verimlilik teorisi üzerinde en çok durulan görüşlerden bir tanesini oluşturmaktadır. Bu ve diğer teoriler için bkz. Esener, 169-171. Öğretide iş sözleşmesinde öngörülen ücret düzeyinin edim kalitesi ve miktarı açısından örtülü bir kararlaştırma olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Kabakcı, 30-31.

²⁰⁰ Örneğin yurtdışında telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren bir bilgi işçisinin yıllık ücretinin %13’üne kadar işçinin, çalıştığı departmanın ve şirketin performansına bağlı bir kombinasyona dayalı olarak hesaplanacak prim ücretinin bireysel iş sözleşmesinde düzenlendiği görülmektedir. Ayrıca, Bankalarda jestiyon adı altında yapılan prim ödemelerinin genellikle müfettiş, uzman ve yönetici kadroları için öngörüldüğü, kıdeme ve unvana bağlı olarak yıllık prim ödemesinin aylık ücretin önüne geçebildiği durumlar söz konusu olabilmektedir.

²⁰¹ Süzek, 387.

²⁰² Bu konuda bkz. § 3, IV.

²⁰³ Alabay, Bilgi İşçileri ve Altın Yakalılar, <https://dralabay.wordpress.com/2014/01/20/bilgi-iscileri-ve-altin-yakalilar/> (Erişim tarihi: 12.12.2014).

talebin arzı aştığı vasıflı işgücünün ücretlerinin arzın talebi karşıladığı vasıfsız işgücünün ücretine göre katlanarak arttığı belirtilmiştir.²⁰⁴

Günümüzde bilgi işçisi arzının sermayenin bu alandaki talebini karşıladığını ileri sürmek güçtür. Ekonomik gelişimin bilgi ekonomisi yönündeki gelişimi dikkate alındığında istihdam alanındaki talebin bilgi işçileri lehine artacağını öngörmek mümkündür. Arz ve talep dengesizliğinin olduğu piyasa ortamında bu işçilere ödenen ücretin nispeten yüksek bir seyir izleyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

III. Bağımlılık Unsurunda Öne Çıkan Hususlar

İş Kanunun 8. maddesinin 1. fıkrası ile Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinin 1. fıkrasında *işçinin bağımlılığı* iş akdinin zorunlu bir unsuru olarak öngörülmüştür. Aynı zamanda iş akdinde bağımlılık unsurunun varlığı hususunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır.²⁰⁵ Gerçekten işçi iş görme borcunu işverene bağımlı olarak yerine getirmiyorsa ne bir iş akdinden ne de işçi kavramından söz etmek mümkündür. Bağımlılığın iş akdinin ayrıcı unsuru olduğu Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda dile getirilmiş ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına da konu olmuştur.²⁰⁶

Bağımlılık unsurunun anlamı ve ölçütleri pozitif düzenlemelerden ziyade daha çok öğretinin çabaları veya yargı kararlarıyla açıklanmaya çalışılmaktadır. Öğretide iş akdindeki bağımlılık unsurunun bir ekonomik veya teknik bağımlılıktan ziyade, kişisel/hukuki bağımlılığı ifade ettiği haklı olarak ifade edilmektedir.²⁰⁷ Bu

²⁰⁴ Metin Ercan'ın ilgili köşe yazısı için bkz.

http://www.radikal.com.tr/yazarlar/metin_ercan/gelir_dagiliminda_esitsizligin_nedenleri-1048518 (Erişim tarihi: 07.05.2015).

²⁰⁵ Saymen, 395. Esener, 136. Oğuzman, 4. Süzek, 245. Çelik, 79. Ekonomi, 73-74. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 54-55. Narmanlıoğlu, 135 vd., Tunçomağ-Centel, 69. Güzel'e göre bağımlılık aynı zamanda bağımsız çalışmanın da belirleyici bir unsurudur. Bkz. Güzel, 97.

²⁰⁶ Süzek, 245. AYM, 26-27.9.1967, 336/29, RG, 19.10.1968, S. 13031. YHGK, 13.4.1977, 9-1635/355, YKD, Mayıs 1978, 676. Y9HD, 8.11.1984, 8455/9548, YKD, Kasım 1985, 1642. Y9HD 1.10.2009, 5973/24884, Legal İHSGHD, s.24, 1615-1617. Y9HD, 13.07.2009, 876/20602 ve Başterzi'nin incelemesi, İş Sözleşmesi, 175 vd. Y9HD, 18.2.2011, 4638/3879, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı (Erişim tarihi: 03.03.2014).

²⁰⁷ Süzek, 245. Teknik ve ekonomik bağımlılığın işverenin iş organizasyonu içinde onun yararına iş görme ölçütünü destekleyici ikincil bir ölçüt olduğu konusundaki öğretide görüşü için Başterzi,

açından iş akdindeki bağımlılık, işçinin kişiliğinin bir unsuru ve ayrılmaz parçası olan işgücünü işverenin emir ve talimatlarına uygun şekilde sunmasında kendisini gösterir. İşverenin işin görülmesi esnasında belirginleşen talimatları karşısında işçi iş görme edimini işverenin *yönetim, gözetim ve denetimi* altında yerine getirir.²⁰⁸ Dolayısıyla, bu durum bir özel hukuk sözleşmesinin tarafları arasında bulunması gereken eşitliği bozmakta ve iş akdinin tarafları arasında kaçınılmaz olarak bir hukuki hiyerarşi yaratmaktadır. Bu bağlamda iş akdinin yarattığı bağımlılık ilişkisi hem kişisel hem de hukuki olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁰⁹ Hukuki/kişisel bağımlılık ilişkisi özetle şu anlama gelmektedir; işveren işin görülmesi sırasında işçiye bu işin icrası için emir verebiliyor, emir ve talimatlara aykırı davranışları disiplin cezasıyla cezalandırabiliyorsa bağımlılık söz konusudur.²¹⁰

İş ilişkisinde bağımlılık unsurunun saptanması her zaman kolay değildir. Zira bu unsur mutlak değil göreceli bir nitelik taşımaktadır. Diğer bir deyişle, işçinin sahip olduğu vasıflara, yerine getirdiği işin niteliğine, işyerindeki hiyerarşik konumuna ve mesleki durumuna göre bağımlılık sıkı veya gevşek olabilir.²¹¹ Ekonomik ve teknolojik alanda yaşanan gelişimler bu kavramın anlamının ve ölçütlerinin ortaya konulmasını daha güçleştirmektedir.²¹² Geleneksel istihdam modelinde katı hiyerarşik düzen içerisinde çalışan kimselerin bağımlılık ilişkisinden şüphe duyulmazken, bilgi işinde ise iş akdini, vekalet ve eser sözleşmelerinden ayıran bağımlılık duvarının zayıflamakta olduğu görülmektedir. Nitekim bilgi işçisinin hiyerarşik bir yapıdan uzakta çalışma ihtiyacı ve uzaktan çalışma gibi bilgi işinde önem arz eden atipik çalışma türlerinde bağımlılığın tespiti güçlük arz etmektedir.

Değerlendirme, 2-4. Yargıtay ‘iş’, ‘eser’ ve ‘vekalet’ sözleşmelerinin her üçünde de iş görme edimini yerine getiren kişinin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağımlılığının bulunduğunu belirtmektedir. Bu karar için bkz. Y9HD, 29.01.2015, E.2015/1078, K.2015/2742, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı (Erişim tarihi: 01.06.2015).

²⁰⁸ Güzel, 107.

²⁰⁹ Süzek, 245. Ayrıca, denetim yetkisinin bağımlılığın belirlenmesindeki rolü konusunda geniş bilgi için bkz. Başterzi, Değerlendirme, 5 vd.

²¹⁰ Saymen, 395.

²¹¹ Süzek, 247. Güzel, 108.

²¹² Güzel, 85.

1. Kişisel/Hukuki Bağımlılığın Zayıflaması

Bilgi ekonomisi ve toplumu düşüncesinin temelini oluşturan ekonomik ve teknolojik gelişmelerin iş akdinde klasik bağımlılık ilişkisinin zayıflamasına yol açtığı öğretilerde haklı olarak belirtilmektedir.²¹³ Yeni ekonominin beraberinde getirdiği istihdam, üretim ve iş organizasyonu teknikleri, atipik iş akdi türlerinin ortaya çıkmasına ve işin yerine getirileceği yer ve zaman konusunda önemli değişikliklere yol açmaktadır. Gerçekten, teknolojiye yaşanan değişimler bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılarak uzaktan çalışmaya olanak sağlayan istihdam türlerinin doğmasına, geleneksel işyeri kavramının sınırlarının aşılmasına, standart iş sürelerinin değişmesiyle beraber kayan iş süreleri gibi esnek süreli çalışma türlerinin ortaya çıkmasına ve işçinin çalışma zamanını kendisinin belirlemesine olanak tanımaktadır. Bu gelişmeler ise kaçınılmaz olarak işverenin işçi üzerindeki yönetim, gözetim ve denetim olanaklarını azaltmakta ve kişisel/hukuki bağımlılık unsurunun sorgulanmasına yol açmaktadır.

Bilgi ekonomilerinde bağımlılık ilişkisinin zayıflaması 4857 sayılı İş Kanunu'nun genel gerekçesinde şu şekilde açıklanmaktadır; *“Kuşkusuz devrim niteliğindeki bu değişmelerin çalışma hayatına ve iş yasalarına yansımaması düşünülemez. Hatta klasik iş hukuku literatüründe işçinin ve işyerinin tanımında bile ciddi değişmeler ortaya çıkmıştır. İşçinin işyerinde işverene bağımlı olarak bir ücret karşılığında çalışan kişi olduğu biçimindeki tanım artık tüm çalışanları ifade edememektedir. Zira işçi artık yeni teknoloji sayesinde gerektiğinde evinde ya da evinden çalışmaktadır.”*

Yeni ekonominin üretim sürecindeki esas girdisi olan bilgiyi işleyecek olan nitelikli işçilerin çalışma koşullarını ele alan araştırmaların hemen hemen hepsinde klasik bağımlılık ilişkisinden uzak ve yönetime katılımcı çalışma biçimlerinin bu işçilerin verimliliğini artırıcı bir unsur teşkil ettiği ifade edilmektedir.²¹⁴ Ayrıca,

²¹³ Sözek, 248. Güzel, 85 vd., Başterzi, Değerlendirme, 10 vd.

²¹⁴ Davenport, 104. Stewart, Entelektüel Sermaye, 52-56. Zaim, 592. Gürdal, 65. Taşçı, 321. Bilgi işçilerinin verimini artırmaya yönelik Amerika'nın önde gelen biyoteknoloji firmalarında hiyerarşik

uzmanlığın artmasının işverenlerin işçiler üzerindeki yönetim, gözetim ve denetim hakkını kullanmalarını güçleştirdiği de bilinen bir gerçektir.²¹⁵ Bilgi işçilerinin ileri vasıflı işçiler olduğu dikkate alındığında, klasik bağımlılık ilişkisinin bu işçilerin iş ilişkilerini açıklamakta yetersiz kaldığını ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Bu halde bilgi işçilerinin bağımlılık ilişkilerini başkasının ‘iş/hizmet organizasyonunda iş görme’ ölçütüyle açıklığa kavuşturulması mümkündür.

2. Başkasının İş/Hizmet Organizasyonunda İş Görme

Bilgi toplumu ve ekonomisinin çalışma ilişkilerinde yarattığı dönüşüm işverene bağımlılıkları az olan bilgi işçilerinin iş akitlerindeki bağımlık unsurunun anlamı ve ölçütleri üzerinde yeniden düşünmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu gelişmeler ışığında bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı durumlarda batı ülkeleri hukukunda *‘işçinin işverene ait iş organizasyonu içinde onun yararına iş yapması’* unsurunun iş akdinin varlığını ortaya koyan yeni ölçüt olduğu ifade edilmektedir.²¹⁶ Öte yandan bu durum, bağımlılık unsurunun eski anlamını yitirdiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Aksine bu unsur bilgi toplumu ve ekonomilerinde de iş akdinin ayırıcı unsuru olmaya ve önemini korumaya devam edecektir. Ayrıca, başkasının iş/hizmet organizasyonunda iş görme ölçütü hukuki bağımlılığı dışlamayan aksine onu daha belirgin hale getiren bir özelliğe sahiptir.²¹⁷ Bu halde, işverenin emir ve otoritesinin zayıfladığı bilgi işçisinin iş ilişkisinde de bağımlılık unsurunun yeni ölçüt çerçevesinde ele alınması en uygun çözüm olacaktır. Gerçekten bu ölçüt işverenin organizasyonunda yer alan tüm bağımlı faaliyetleri kapsamakta; iş ilişkilerinin modern organizasyonuna yanıt vermekte ve esnek bir anlama sahip olması nedeniyle ekonomik ve teknolojik gelişmelere uyum gösterebilecek özellikler taşımaktadır.²¹⁸

yapıdan uzak ve esnek çalışma biçimlerinin tercih edildiği ifade edilmektedir. Bkz. § 3, 4. Saymen de fikir işçilerinin bağımlılığın yapılan fikri faaliyetin mahiyetine göre değişeceğini isabetli olarak ifade etmiştir. Saymen, 396.

²¹⁵ Güzel, 108. Yargıtay bağımlılık konusunda vermiş olduğu bir kararında vekalet sözleşmesinde vekilin kural olarak uzmanlığı nedeniyle iş sahibinin talimatları ile bağlı olmadığını belirtmiştir. Bkz. Y9HD, 10.11.2014, 10278/33360. Aynı doğrultuda Y9HD, 29.3.2010, 2672/8483, Legal IHSGHD, 27/2010, 1194 vd. ve Alpagut’un incelemesi, Değerlendirme 2010, 11.

²¹⁶ Süzek, 248. Güzel, 109 vd. Başterzi, Değerlendirme, 10.

²¹⁷ Süzek, 249. Güzel, 109.

²¹⁸ Güzel, 110.

İşverenin iş organizasyonu içerisinde iş görme ölçütü, işverenin otoritesine vurgu yapan klasik bağımlılık ilişkisinin yerine, onun çerçevesini çizdiği ve yönetimi altındaki organizasyona işaret etmektedir. Bu bağlamda, bilgi işçilerinin bu organizasyon içerisinde yer almaları kural olarak bağımlılık ilişkisinin varlığına işaret edecektir.²¹⁹ Dolayısıyla, bilgi işinde klasik anlayışın ortaya koyamadığı bağımlılık ilişkisini yeni ölçüt sayesinde tespit etmek olanaklı hale gelmektedir.

İş/hizmet organizasyonundan anlaşılması gereken husus konusunda İş Kanunu'nun 'Tanımlar' başlıklı 2. maddesinin 1-3. fıkralarında düzenlenen 'işyeri' kavramı katkı sunmaktadır. Bu düzenlemelere göre, "*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olamayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.*" Hükümden işyerinin işveren tarafından önceden belirlenen bir amaç etrafında örgütlenen bina, makine, araç ve gereçler gibi maddi olan ve deneyim, buluşlar, fikri sınai haklar gibi maddi olmayan unsurlar ile işgücünün bir araya gelmesinden oluştuğu anlaşılmaktadır. Maddede yer alan iş organizasyonu kavramının kanun koyucu tarafından bilinçli bir şekilde kullanıldığını söylemek mümkündür. Keza İş Hukuku'nun yer itibarıyla uygulama alanını işyeri oluşturur.²²⁰

İş organizasyonu içerisinde işverenin işi veya hizmeti organize etme yetkisi bulunmaktadır.²²¹ Esasen işverenin yönetim hakkının bir uzantısı olarak ortaya çıkan organizasyon yetkisi amacın ve kullanılacak araçların belirlenmesi suretiyle

²¹⁹ Nitekim çalışanın işverene ait bir iş organizasyonu içinde onun yararına iş görmesi bağımlılık unsurunu tamamlayan, bu unsurun belirlenmesine yardımcı bir ölçüt olarak kabul edilir. Bu yardımcı ölçüt sayesinde iş görme edimini yerine getirenler belli bir serbestiye sahip olsalar da işverenin iş organizasyonu içinde yer almaları nedeniyle sıkı bir bağımlılık ilişkisi aranmaksızın işçi sayılacaklardır. Süzek, Akdin Türleri, 30.

²²⁰ İşyeri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 200-228. Doğan Yenisey, 17 vd.

²²¹ Güzel, 111.

kendisini gösterir. Bilgi işçileri bu organizasyon içerisinde bilgiyi elde etme amacına yönelik olarak iş görme edimlerini ifa edecektir. Bu noktada bilgi işçisinin hiyerarşik yapıdan uzaklaşması bağımlılık ilişkisinin ortadan kalktığı şeklinde yorumlanamaz. İşverence belirlenen amacın elde edilmesine dönük olarak gösterilen faaliyet bağımlılık ilişkisinin önemli bir kanıtını teşkil edecektir. Ayrıca, organizasyon yetkisi bilgi işçilerinin iş koşullarının işveren tarafından önceden belirlenmesi hakkını da tanır. Buna örnek olarak, iş görme sürecinde kullanılacak araçların, işin yapılacağı yerin ve zamanın belirlenmesi gösterilebilir.

Bilgi işçisinin işverenin iş/hizmet organizasyonunda yer almasının bağımlılık ilişkisinin varlığını ortaya koymak için yeterli olduğu, yeni ölçütün kişisel/hukuki bağımlılık ilişkisini reddetmediği aksine bunu tamamlayıcı bir nitelik taşıdığı hususuna yukarıda yer verilmiştir. Bu ölçütün klasik bağımlılık ilişkisini tamamlayıcı özelliği ise bilgi işçisinin işverenin organizasyonunda yer almasıyla onun mesleki faaliyetini yerine getirirken özgürlüğünün sınırlı da olsa kısıtlanması anlamına gelir. Gerçekten, iş/hizmet organizasyonu kavramı belli bir derecede hiyerarşi içermektedir. İşçiye tanınan serbestinin derecesi ne olursa olsun yönetim yetkisi iş görme ediminin sınırlarını belirleyecektir. Bu yetkinin ilk yansıması işçinin yapacağı işin belirlenmesinde ortaya çıkar.²²² Dolayısıyla, işverenin organizasyonunda yer alma olgusu nihayetinde onun talimatlarına tabi olmaya götürür.²²³ Öte yandan, bilgi işinde işverenin emir ve talimatları doğrultusunda işin yürütümünü sağlaması düşük bir ihtimaldir. Bu işlerde işçilerin ileri vasıfları işverenin işin yürütümüne dair talimat vermesinin önüne geçer. Bu noktada işçinin bağımlılığı yerine işverenin işçiye bağımlılığı söz konusu olacaktır. Keza bilgi işleri, işçilerin kişisel bilgilerine ve bilişsel yeteneklerine bağlı olan işlerdir. Son tahlilde ise işverenin denetim yetkisini bilgi işçileri üzerinde kullanması da gözetim yetkisine paralel bir seyir izleyecektir. Bununla birlikte, her ne kadar işin ve işçinin niteliği işverenin bizzat denetim yapmasının önünde engel teşkil etse de işveren bağımsız denetim kuruluşlarından veya konusunda uzman 3. kişilerden alacağı hizmet ile denetim yetkisini kullanabilir. İleride ayrıntılı şekilde yer verileceği üzere yabancı hukuk

²²² Güzel, 110.

²²³ Alpagut, Değerlendirme 2010, 6.

sistemlerde kendi adına iş görenlerin ifa ettikleri işin 3. kişiler tarafından kontrol edilemeyeceği kabul edilmektedir. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında bağımsız iş ilişkisinin mevcut olduğu durumda sözleşme tarafının veya 3. kişilerin iş ilişkin detaylarını kontrol hakkı bulunmadığına karar vermiştir.²²⁴

Bilgi işçisinin işverene iş konusunda düzenli bilgi vermesi de denetim yetkisi konusunda karine oluşturabilir. Nitekim ileride değinileceği üzere batı ülkelerinde çalışanın düzenli ve yazılı rapor sunmasının iş ilişkisinin varlığına işaret ettiği belirtilmektedir. Bahse konu hususlar bilgi işinde bağımlılık ilişkisinin tespitinde yardımcı/yan ölçütlerin önemini ortaya koymaktadır.

3. Yan Ölçütlerin Ön Plana Çıkması

Bilgi işçisinin işverene bağlı bir iş organizasyonunun içerisinde yer alıp almadığı, işverenin çalışma saatleri ve işin yapılacağı yeri açık veya genel olarak belirlemesi veya işin yerine getirilmesine yönelik araçları sağlaması gibi hususlar göz önünde bulundurularak belirlenecektir.²²⁵ Bu konuda ayrıca işçilerin kendilerine ait müşterilerinin olup olmadığı, karar verme özgürlüğünün bulunup bulunmadığı, faaliyetin kapsamını tek başına belirleyip belirlemediği, kendi işletmesinin ekonomik riskini taşıyıp taşımadığı, karına sahip olup zararına katlanıp katlanmadığı gibi yardımcı ölçütler de dikkate alınacaktır.²²⁶ Keza bağımlılık azalsa bile işverenin yönetim ve denetiminin kısmen de olsa saptanabildiği durumlarda, diğer yardımcı ölçütlerin de yardımıyla aradaki ilişkinin iş akdi olarak nitelendirilmesi mümkündür.²²⁷

Yardımcı ölçütlerin belirlenmesi konusunda Yargıtay'ın şu kararı önem arz etmektedir. *“İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından*

²²⁴ Barnett v. Texas Employment Comm'n, 510, S.W.2d 361, 363 (Tex. 1974), karar değerlendirmesi için bkz. Franze, 160.

²²⁵ Güzel, 112. Başterzi, 39.

²²⁶ Süzek, 249.

²²⁷ Süzek, Akdin Türleri, 30.

*sağlanması, iş görenin iş görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi ya da yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbir tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin istediği doğrultuda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz.”*²²⁸

A. Bağımsız Çalışma Unsurlarının Dikkate Alınması

Bilgi işinde bağımlı çalışmanın yan ölçütlerini irdelerken bağımsız çalışmanın unsurları da göz önünde bulundurulmalıdır. Zira her iki çalışma türü farklı hukuki ilişkileri içermekle birlikte birbirinin sınırını da oluşturmakta ve biri için geçerli olan diğerrinin olumsuz unsuru anlamına gelmektedir.²²⁹ Gerçekten de özellikle esnek çalışma biçimlerinin gelişme göstermesi bütün hukuk sistemlerinde bağımlı ile bağımsız çalışma arasındaki farkları ortaya koyan ölçütlerin belirlenmesi zorunluluğunu doğurmuştur.²³⁰

Bağımlı çalışanlarla bağımsız çalışanlar arasındaki sınırın çizilmesinde tek bir ölçütün yeterli olmadığı, somut olayın özelliğinin göz önünde bulundurulması ve çalışma ilişkilerinin dinamik yapısının mevcut ölçütlerin gelişmesine veya değişmesine yol açacağı öğretide haklı olarak dile getirilmektedir.²³¹ Yargı

²²⁸ Y9HD 1.10.2009, 5973/24884, Legal İHSGHD, s.24 ve Başterzi'nin incelemesi, Değerlendirme, 11. Aynı doğrultuda Y9HD, 29.3.2010, 2672/8483, Legal İHSGHD, 27/2010, 1194 vd. ve Alpogut'un incelemesi, Değerlendirme 2010, 11. Yine aynı doğrultuda; YHGK, 10.12.2014, 22-1439/1021. Y9HD, 10.11.2014, 10278/33360. Y9HD, 19.01.2015, 1078/2742. Y22HD, 23.2.2015, 3949/6874, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı (Erişim tarihi: 04.05.2014).

²²⁹ Güzel, 97. Bu husus Alman Hukuku'ndaki iş akdi ile hizmet akdi arasındaki farkı oluşturmaktadır. Nitekim, iş akdi Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenen hizmet akdinin özel bir çeşididir. Alman Hukuku'nda hizmet akdi bağımlı ve bağımsız çalışmaları içerirken, iş akdi bağımlı çalışmayı ifade eder. Bkz. Esener, 137. Bu ayrım eski yasa döneminde Saymen tarafından da savunulmuştur. Bkz. Saymen, 401-408.

²³⁰ Başterzi, Değerlendirme, 14.

²³¹ Başterzi, Değerlendirme, 16. Moyne, 27-28.

kararlarına konu olan ve öğreti tarafından da belirtilen diğer yardımcı ölçütlere aşağıda yer verilmiştir.²³²

a. İşin Yönetimi ve Gerçek Denetimi

Yargıtay yukarıda özetine yer verilen kararında bağımlılık ilişkisinin tespitindeki ilk kriter olarak *işin yönetimi ve gerçek denetimin* kimde olduğu hususunu belirtilmiştir. Karara göre; “*özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir.*” Bu noktada önemli olan husus, iş sahibinin kurduğu organizasyon içerisinde iş gören kişi üzerindeki kontrolün derecesidir.²³³

Yabancı hukuk sistemlerinde de taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespitinde ilk etapta kontrol ölçütüne başvurulduğu görülmektedir. Kontrol testi (the control test) adı verilen uygulama gereğince işverenin işçi üzerinde tesis ettiği kontrolün derecesi hukuki ilişkinin tespitinde göz önünde bulundurulana ana kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim İrlanda Yüksek Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir kararda işverenin işçilere hangi işi nasıl yapacakları konusunda verdiği talimatlar taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespitinde temel ölçüt olarak kullanılmıştır.²³⁴ Amerikan Yüksek Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında en önemli unsurun işverenin işçinin performansına etki eden işin yürütümüne ilişkin araçlar ve yöntemler üzerindeki kontrol hakkının derecesi olduğuna hükmetmiştir.²³⁵

Bilgi işçileri her ne kadar kendilerine tanınan özerklik alanı içerisinde hiyerarşiden uzak ve serbest bir çalışma ortamında iş görseler de iş sahibinin

²³² Bahse konu ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başterzi, 32-53. Aynı yazar, Değerlendirme, 16 vd.

²³³ Bu konuda karşılaştırmalı hukukta yer alan örnek kararlar için bkz. Başterzi, 42-43.

²³⁴ Roche v. Kelly [1969] IR 100 karar değerlendirmesi için bkz. Moyne, 28.

²³⁵ Bloom v. Bexar County, Texas 130 F.3d (5th Cir. 1997) karar değerlendirmesi için bkz. Franze, 157.

çerçevesini çizdiği bir organizasyon içerisinde yer almaları işverenin belli bir kontrolü tesis ettiği anlamına gelir. Aynı şekilde bilgi işçilerinin işverene bilgi verme ve hesap verme yükümlülüğü bağımlılık ilişkisinin varlığını gösteren bir diğer önemli olgudur.

Önemle belirtmek gerekir ki günümüzde özellikle büyük işletmelerin sürekli mal veya hizmet alımı gerçekleştirdikleri bağımsız kuruluşlar nezdinde zaman zaman kendi elemanları tarafından denetim faaliyetleri yürütüldüğü görülmektedir. Ancak bu denetimi iş ilişkisinde işverenin işçiye yönelik gerçekleştirmiş olduğu denetimden ayırmak gerekir. Kuşkusuz bağımsız çalışanların birbiri üzerinde gerçekleştirdikleri denetim sözleşme koşullarına taraflarca uyulup uyulmadığına yöneliktir. Buna hak tanıyan düzenlemeler de genellikle sözleşmelerde yer almaktadır. Diğer taraftan iş ilişkisinde ise işveren çalışma koşullarına ve işin yürütümüne ilişkin denetim yetkisini sürekli olarak elinde tutmaktadır. Keza bu hak bağımlılık ilişkisinin somut bir göstergesidir. Dolayısıyla işverenin bilgi işinde 3. kişilerden üzerinden kullanacağı denetim yetkisi süreklilik arz edecektir.

b. İşini Kaybetme Riski Olmaksızın Verilen Görevi Reddetme Hakkı

Yargıtay avukatla iş sahibi arasındaki ilişkiyi irdelediği bir diğer kararında *çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olmasını* da bağımlılık ilişkisinin tespitinde dikkate alınması gereken ölçütlerden birisi olarak kabul etmiştir.²³⁶ Yargıtay bir başka kararında konuya ilişkin olarak şu görüşü ifade etmiştir; “*Vekilin bağımsızlığı mutlak değilse de, iş sahibinin ısrarlı talimatı karşısında uyarması dışında, dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, vekilin bir ölçüde işveren karşısında bağımsızlığını bir ölçüde korumaktadır. Oysa işçi, işin gerçekleştirilmesi yönünden amaca uygun olmadığını düşündüğü bir talimatı, işverenin ısrar karşısında yerine getirmek zorundadır.*”²³⁷

²³⁶ Y9HD, 13.07.2009, 876/20602 ve Başterzi’nin incelemesi, İş Sözleşmesi, 175 vd.

²³⁷ Y22HD, 21.05.2014, 7568/13812, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 22.05.2014). Ayrıca bu konuda yabancı hukuk sistemlerinde yer alan kararlar için bkz. Başterzi, 43-44.

Gerçekten iş ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda işçinin asıl borcunu iş akdiyle çerçevesi çizilen iş görme edimi oluşturur. Bu edimin yerine getirilmemesi ise işçinin iş akdinin feshine kadar uzanan çeşitli yaptırımlara maruz kalmasına yol açabilir. Nitekim 4857 İş Kanunu'nun 25. maddesinin h fıkrasında işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi haklı nedenle fesih nedenleri arasında sayılmıştır.²³⁸ Öte yandan, özellikle avukatlık gibi çalışma koşulları özellik arz eden mesleklerde işçinin tevdi edilen işi kabul etmeme hakkının teorik olarak mevcut olduğu öğretide belirtilmektedir.²³⁹

Bilgi işinde işçilerin yasal bir gerekçe olmaksızın görevi reddetme hakkının mevcut olduğunu ileri sürmek güçtür. Avukatlık ya da doktorluk gibi mesleklerin kendi özelliklerinden kaynaklanan durumlar bir kenara bırakılırsa bilgi işçileri yasalara ve iş akdine uygun olarak kendilerine verilen görevi yerine getirmekle yükümlüdürler. Bunun temelinde ise bu işçilerin işverenlere iktisadi bağımlılıklarından ziyade, hukuki bağımlılıklarından kaynaklanmaktadır. Zira bilgi işçileri herhangi bir nedenle işten ayrılmalarının akabinde bağımsız çalışanlara nazaran daha kolay iş bulma kapasitesine sahip işçilerdir.²⁴⁰ Bu işçilerin sahip olduğu ileri vasıflar ve yerine getirdikleri özellikli işler çalışma koşullarının esnekleştirilmesini gerekli kılmakla beraber kendilerine verilen görevi reddetme hakkı tanımamaktadır. Kuşkusuz bu işçilerin de diğer işçiler gibi yasada ya da sözleşmede yer alan bir takım gerekçelere dayanarak işi reddetme hakkı bulunmaktadır.(İK m.34, İSGK m.13). Dolayısıyla, Yargıtay kararına konu olan işi reddetme hakkı bilgi işindeki bağımlılık ilişkisinin varlığını belirlemede kanımızca önemli kıstaslardan birini oluşturmaktadır.

²³⁸ Benzer düzenlemenin yasanın geçerli feshe ilişkin 18. madde gerekçesinde de yer aldığı ve bu durumun uygulamada sorunlara yol açabileceği konusunda bkz. Güzel, İş Güvencesi, 40.

²³⁹ Başterzi, Değerlendirme, 17.

²⁴⁰ Saymen kendi işini yapan kunduracının fabrikada çalışan teknisyene nazaran (müşterilere olan) iktisadi bağımlılığın daha kuvvetli olabileceğini isabetli şekilde ifade etmiştir. Bkz. Saymen, 397.

c. Aynı İş Sahibine ya da Başka İş Sahiplerine Hizmet Etme

Yargıtay'ın aynı kararında ele aldığı diğer bir ölçüt de işçinin münhasıran aynı işveren nezdinde de çalışıp çalışmadığıdır. Yüksek Mahkeme bu konuyu şu şekilde ifade etmiştir; “Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisinin bulunmasına kanıt oluşturabilir.” Alman Federal İş Mahkemesi de irdelediği iki olayda sadece kuramsal olarak değil pratik olarak da başka müşterilerden iş alma olasılığının bulunmasının çalışmaların bağımsızlığına karine oluşturduğunu kabul etmiştir.²⁴¹

Çalışanın aynı veya birbirinden farklı iş sahibi nezdinde iş görmesi bağımlılık ilişkisine karine oluşturmakla birlikte kanımızca bu ölçüt tek başına yeterli değildir. Diğer bir ifadeyle bilgi işçisinin aynı işverene hizmet etmesi kişisel/hukuki bağımlılık ilişkisinin varlığına işaret edebileceği gibi farklı işverenler nezdinde iş görmesi de aynı anlama gelebilir. Özellikle kısmi çalışmalarda bir işçinin birden fazla işveren nezdinde iş görme edimini yerine getirebileceği öğreti tarafından ifade edilmektedir.²⁴² Dolayısıyla, münhasıran aynı işveren veya başkaları nezdinde çalışmanın bağımlılık ilişkisinin ortaya konulmasında diğer ölçütler tarafından desteklenmesi gerekmektedir.

d. İşin Görülmesinde Ücretli/Ücretsiz Yardımcı Eleman Kullanılması

Yargıtay yukarıda ele alınan kararında *işin görülmesinde yardımcı eleman kullanılmasını* da bağımlılık ilişkisinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken ölçütler arasında saymıştır. Bu karara göre; “Dikkate alınabilecek diğer bir ölçüt de münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından

²⁴¹ Başterzi, 46.

²⁴² Kısmi süreli çalışma asıl iş ilişkisinin yanında bir yan (ek) iş olarak ortaya çıkabilir. Basın İş Kanunu'nun 13. maddesi dışında İş Kanunlarında bu durumu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamakla birlikte iş sözleşmesiyle işçinin yan iş ilişkisine girmesinin engellenmesi kural olarak anayasanın çalışma hakkı ile sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. ve 49. maddeleri ile işçinin kişilik haklarını ihlal edeceğinden (MK 23) geçersiz sayılmalıdır. Süzek, 288. Bağımsız çalışanların da tek iş sahibi nezdinde çalışmasının ve hatta ekonomik olarak bağımlı olmalarının mümkün olduğu hususunda bkz. Başterzi, Değerlendirme, 18. Aynı doğrultuda Y9HD, 19.01.2015, 1078/2742, Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı (Erişim tarihi: 22.06.2015).

ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yaralanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir.” Yargıtay diğer kararlarında da iş görenin ücretli yardımcı kişi çalıştırmasının bağımsız çalışmaya işaret ettiğini ifade etmiştir.²⁴³ Alman Federal İş Mahkemesi de ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı kişi çalıştırmanın bağımsız çalışmaya işaret edeceğini karara bağlamıştır.²⁴⁴

İş akdinden ve yasadan doğan temel borç olan iş görme borcunu işçi bizzat yerine getirmekle yükümlüdür.²⁴⁵ Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nun 395. maddesinde bu husus şu şekilde hükme bağlanmıştır; *“Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.”* Dolayısıyla, iş görenin çalışması sırasında ücretli yardımcı bir şahıstan yardım alması kendi organizasyonun bulunduğu dair güçlü bir kanaatin oluşmasına yol açmaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki Türk Borçlar Kanunu’nda işin işçi tarafından bizzat yerine getirilmesi öngörülmüş olsa da bu kural emredici nitelikte değildir. Gerçekten, işçi ve işveren açık veya örtülü bir biçimde işin üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesi konusunda anlaşabilecekleri gibi bu husus durumun gereğinden de anlaşılabilir. Aynı şekilde bir iş ilişkisi taraflarının işçinin bir yardımcıdan faydalanmasına diğer bir deyişle ifa yardımcısından yararlanılmasına karar vermeleri de mümkündür. Bu halde ifa yardımcısının işin ifası sırasında verdiği zarardan işçi Türk Borçlar Kanunu’nun 116. maddesi gereğince sorumludur.²⁴⁶ Nitekim Yargıtay kapıcılık faaliyeti yerine getiren eşin faaliyetinin ‘eşe yardım’ (ifa yardımcısı) niteliği taşıdığını karara bağlamıştır.²⁴⁷

²⁴³ Y9HD, 13.07.2009, 876/20602 ve Başterzi’nin incelemesi, İş Sözleşmesi, 175 vd. Y9HD, 09.09.2014, 31209/25989, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 22.11.2014).

²⁴⁴ Başterzi, 47.

²⁴⁵ Süzek, 355.

²⁴⁶ Süzek, 356.

²⁴⁷ Y21HD, 14.7.2005, 1799/7500 ve Y10HD, 20.6.2006, 1325/9543, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 01.02.2015).

Yargıtay bağımlı çalışmanın tespitinde kullanılacak ölçüt arayışında isabetli olarak yardımcı kişinin ücretinin iş gören tarafından ödenmesine işaret etmiştir. Bu husus iş görenin ayrı bir iş organizasyonuna sahip olması yönündeki kanaati güçlendirmektedir. Bu bağlamda, yardımcı kişinin ücretinin kimin tarafından ödendiğinin bu ölçütün değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir.²⁴⁸ Öte yandan, Yargıtay'ın vermiş olduğu yeni tarihli kararlarda ücret konusunda herhangi bir görüş belirtmeden sadece ifa yardımcısı kullanılmasının bağımsız çalışmanın göstergelerinden biri olarak kabul edildiği görülmektedir.²⁴⁹

İngiltere Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda hizmet akdinin 3 temel unsurunun bulunduğunu, bunların ise iş görenin çalışmasını belli bir ücret karşılığında başkasını adına yerine getirmesi ve işin ifası sırasında lehine iş görülen kişinin yeterli derecede kontrol sağlaması ile sözleşme şartlarının hizmet akdi niteliğine uygun düşmesinden meydana geldiğini belirtmiştir. Bu bağlamda mahkeme sözleşmede işin borçlu ya da başkası tarafından ifa edilebileceğinin kararlaştırılmasının hizmet akdi niteliğine aykırı olduğundan hareketle iş görenin bağımsız çalışan olduğuna hükmetmiştir.²⁵⁰ İngiliz İş Hukuku öğretisinde iş sözleşmesinin temelinde işçinin şahsi ifa borcunun olduğu ve bu hususun işçi ile bağımsız iş gören arasındaki farkın belirlenmesinde temel alınması gerektiği belirtilmektedir.²⁵¹

Bilgi işinde de iş görme ediminin bizzat işçi tarafından ifa edilmesi önem arz eder. Ancak bu durum işçinin ücretli ifa yardımcısı kullanmasını engellememelidir. Gerçekten yerine getirilecek işin zorluğu ücretli ifa yardımcısı kullanılmasını zorunlu kılabilir. Böyle bir durumda ifa yardımcısının ücreti bilgi işçisi tarafından verilse dahi, işverenin kurmuş olduğu organizasyon içerisinde makul karşılandığı sürece, aradaki ilişkinin iş ilişkisi olarak kabul edilmesi kanımızca uygun olacaktır. Örneğin, uygulamada kimi zaman işveren tarafından bilgi işçisine belirli tutarda bir fon

²⁴⁸ Başterzi, Değerlendirme, 20.

²⁴⁹ Y9HD, 09.09.2014, 31209/25989, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 01.02.2015).

²⁵⁰ Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pensions and National Insurance, [1968] 2QB497, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/esmmanual/esm7030.htm> (Erişim tarihi: 09.03.2015).

²⁵¹ Daly-Doherty, 49.

sağlandığı ve bu fonun yerine getirilmesi güç işlerde teknik destek sağlanması amacıyla işçi tarafından kullanılabilirdiği görülmektedir. Bu gibi durumlarda ifa yardımcısının ücretinin her ne kadar işçi tarafından ödendiği görülse de aslında bu ödeme işçinin içerisinde olduğu bir iş ilişkisinden kaynaklanmaktadır.

e. Malzemenin İşveren Tarafından Sağlanması ve İş Görenin Sermaye Koymaması

Yargıtay bağımlılık ilişkisini ele aldığı bir diğer kararında; malzemenin işveren tarafından sağlanmasını ve iş görenin bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesini bağımlılık unsurunun tespitinde bir diğer ölçüt olarak dikkate almaktadır.²⁵²

Türk Borçlar Kanunu'nun 413. maddesi gereğince işveren, işin görülmesi için gerekli araçların ve malzemenin temin edilmesinden sorumlu tutulmuştur. Maddeye göre; *“Aksine anlaşma veya yerel adet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür.”* Bu hüküm gereğince, aksine anlaşma veya yerel adet olmamasına karşın işverenin bunları sağlamaması nedeniyle işçi iş görme edimini yerine getiremiyorsa alacaklı temerrüdü söz konusu olur. Çünkü araç ve malzeme verme iş ilişkisinde işin yapılmasını mümkün kılan hazırlık fiillerindendir. Bu durumda işçi çalışmaksızın ücrete hak kazanacaktır (BK m.408).²⁵³

İşverenin araç ve malzeme temini borcunun temelinde pazar ekonomisinde üretim araçlarına işverenin sahip olması ve bu nedenle işçinin işverene bağımlı olma düşüncesi yatar.²⁵⁴ Dolayısıyla Yargıtay'ın da kararında belirttiği üzere iş görme fiilinin kişi tarafından herhangi bir sermaye konulmadan, iş sahibi tarafından araç ve malzeme temini iş ilişkisinin varlığı konusunda karine oluşturacaktır. Bununla

²⁵² Y9HD, 13.07.2009, 876/20602 ve Başterzi'nin incelemesi, İş Sözleşmesi, 175 vd.

²⁵³ Süzek, 498.

²⁵⁴ Başterzi, 48. Aynı yazar, değerlendirme, 20.

birlikte, işçi üretim araçlarının sahibi olsa bile bu araçları kendi arzusuna göre kullanamıyorsa bağımsızlıktan söz etmek mümkün değildir.²⁵⁵

Önceki bölümlerde ele alındığı üzere bilgi işinde şirketin sahibinin kim olduğu, üretim araçlarına veya şirket ürünlerine kimin sahip olduğu tam olarak belli değildir.²⁵⁶ İşverenin düşük bir yatırımla işe başlayabildiği bu işlerde şirketin sahip olduğu araç gereç genellikle sadece bilgisayar ve masadan ibarettir. Öte yandan, yatırımın esas unsurunu bu araç ve gereçleri oluşturacak bilgi işçileri oluşturmaktadır. Bu nedenle bilgi işinde araç ve gerecin kim tarafından sağlandığı hususu önemini yitirmekte, bağımlılık ilişkisinin bu ölçüt çerçevesinde tespit edilmesi güçleşmektedir. Bununla birlikte diğer ölçütlerle birlikte işletme riskini alan tarafın belirlenmesi açısından bu unsurun önemini koruduğu ileri sürülebilir.

f. Ücretin Ödenme Şekli

Yargıtay'ın yukarıda ele alınan kararlarında ücretin ödenme şekli de bağımlılık unsurunun tespitinde ele alınan bir diğer yardımcı ölçütü oluşturmaktadır. İş Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrasına göre "*Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.*" Gerçekten ücret, işçinin iş görme borcu karşısında yer alan ve işverenin iş akdinden doğan en temel borcudur.²⁵⁷

İş Kanunu'nun 32. maddesinde ücretin işçi tarafından yapılan bir işin karşılığı olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda, iş mevzuatında ücrete yönelik olarak değişik yöntem ve sistemler kabul edilmiştir. Bu ücret türlerinden zamana göre, parça başına, götürü ve yüzdeye göre ödenen ücretler uygulamada temel ücret şeklinde ödenmekte, prim, komisyon ücreti, kardan pay alma gibi ödemeler ise temel ücrete ek ücretler şeklinde ortaya çıkmaktadır.²⁵⁸

²⁵⁵ Güzel, İşçi Kavramı, 39-40.

²⁵⁶ Bilgi İş konusunda bkz. § 3, I.

²⁵⁷ Süzek, 383.

²⁵⁸ Süzek, 8. Bs., 378.

Yargıtay ücrete ilişkin vermiş olduğu bir kararında taraflar arasında iş görme karşılığında pay verilmesini bağımlılık ilişkisinin dışında bir anlaşma olduğunu hükme bağlamıştır.²⁵⁹ Yargıtay'ın bahse konu kararına göre; *“Taraflar arasında yapılan imzalanmış bulunan 31.12.2002 tarihli protokolle muhasebe işlerini yapması karşılığında %30 payın davacıya devrinin verilmesi yönünde ki anlaşma karşısında aralarında normal işveren-işçi ve ücret ilişkisinin olmadığı belirlenmiştir.”* Gerçekten, İş Kanunu'nun 32. maddesi gereğince ücret, işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. Bu hüküm gereğince iş görme karşılığında ödenecek bedelin, pay veya başka bir ayni karşılık ile ödenmesi taraflar arasında iş akdi dışında başka bir sözleşme bulunduğuna işaret edebilir. Öte yandan önemle belirtmek gerekir ki günümüzde işçilere ücretleri yanında pay verilmesi de yeni bir atipik istihdam türüne işaret etmektedir. Nitekim İngiltere'de özellikle bilgi işçilerine ücretin yanında pay verilmesi suretiyle yeni bir istihdam türünün geliştirilmesi yönünde eğilim bulunmaktadır.²⁶⁰ Bu bağlamda çalışma karşılığı pay verilmesi durumunda doğrudan çalışma ilişkisinin iş akdine dayanmadığı yönünde bir sonuca ulaşmaktan ziyade ileride ele alınacak sosyolojik-ekonomik yorum yoluna başvurarak çalışmanın niteliğinin belirlenmesi daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Önceki bölümlerde ele aldığımız üzere ücret iş akdini vekalet akdinden ayırmaya yarayan belirleyici bir ölçüt niteliği taşımaktadır. Genel anlamda bağımsız çalışanlar yaptıkları işin karşılığında toplu bir para almakta, ödeme ise birçok durumda belli bir edim sonucunun gerçekleşmesine yönelik olarak gerçekleştirilmektedir. Bu işlerde işin görülmesindeki bir gecikme veya hataya iş gören katlanmaktadır.²⁶¹ Bu açıdan iş ilişkisinde herhangi bir edim karşılığı olmaksızın verilen sosyal ücretlerin bağımlılık ilişkisine işaret edeceği haklı olarak ifade edilmektedir.²⁶² Diğer taraftan, iş ilişkisinde ücretin parça başına veya götürü usulü hesaplanması da işin sonucuna göre ortaya çıkan ücretlerdir. Türk Borçlar Kanunu'nun 411. maddesinde işçinin iş akdi gereği işveren için sadece parça başına

²⁵⁹ Yargıtay, 22HD, 21.05.2014, E.2013/7568, K.2013/13812, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 20.03.2015).

²⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 3, IV, 1, A.

²⁶¹ Başterzi, 48. Aynı yazar, Değerlendirme, 21.

²⁶² Başterzi, 48.

veya götürü iş yapmayı üstlendiği durumlarda işverenin yeterli iş vermekle yükümlü olduğunu hükme bağlanmıştır. Aynı kanunun 412. maddesinde ise parça başına veya götürü usulü belirlenen ücretlerde işverenin her işin başlamasından önce ödenecek birim ücreti işçiye bildirmekle sorumlu tutulmuştur. Değinilen hükümler çerçevesinde iş akdinde kararlaştırılan sonuç odaklı ücret ödeme şekilleri, bağımsız çalışmalarda öngörülen ödemelerle paralellik arz etmektedir. Aynı şekilde vekalet akitlerinde de ücret öngörülmesi durumunda bu işin sonucundan ziyade iş görme ediminin karşılığını oluşturmaktadır. Dolayısıyla ücretin ödenme biçimi tek başına bağımlılık ölçütünü ortaya koyma konusunda yeterli değildir.²⁶³ Öte yandan, bu ölçütü bağımlılık ilişkisinin tespitinde diğer kıstaslarla bir arada değerlendirmek mümkündür.

g. Çalışanın Kara ve Zarara Katılıp Katılmaması ve Karar Verme Özgürlüğüne Sahip Olması

Yargıtay çalışmanın niteliğini ortaya koymaya yönelik bir diğer kararında *“Çalışanın işyerinde...kara ve zarara katılıp katılmaması, karar verme özgürlüğüne sahip bulunup bulunmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir.”* görüşünü paylaşmıştır.²⁶⁴ Gerçekten, İş Hukuku’nun doğmasına yol açan sanayi devriminden günümüze kadar geçen süreçte üretim araçlarının sahibi konumunda olan işveren işletmenin karına ve zararına katılmıştır. Yatırım sahibi olarak işveren karşısında işçinin ise ekonomik, teknik ve hukuki bağımlılığı söz konusu olmuştur. Klasik iş ilişkisi kapsamında işçinin kara ve zarara katılıp katılmaması ile karar verme özgürlüğüne sahip olması olgusuna bağımlılık ilişkisinin tespitinde yardımcı bir ölçüt olarak başvurmak mümkündür. Nitekim öğretideki bir görüşe göre işçinin

²⁶³ Güzel, İşçi Kavramı, 24-25. Başterzi, 50. Aynı yazar, Değerlendirme, 21. Aynı zamanda Yargıtay, avukata takip edilen dava ve icra takipleri nedeni ile belirli bir oranda ücreti vekalet yanında aylık olarak ücret öngörülmesinin taraflar arasındaki ilişkiye iş ilişkisi niteliği vermeyeceğini karara bağlamıştır. İlgili karar için bkz. Y9HD, 13.07.2009, 876/20602 ve Başterzi’nin incelemesi, İş Sözleşmesi, 175 vd. Aynı doğrultuda, Y9HD, 09.09.2014, 31209/25989, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (12.04.2015). Yargıtay bu kararında bağımlılık ilişkisini değerlendirdiği avukatın ‘haksız istifa etmesi halinde aldığı gideri ve ücreti iade etme zorunluluğunun bulunması’nı yardımcı ölçüt olarak kabul etmiştir. Ücret konusunda belirtmiş olduğumuz hususlar bu karar için de geçerlidir.

²⁶⁴ Y9HD, 29.01.2015, 1078/2742, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 12.4.2015).

işletmenin ekonomik riskini üzerine almaması bağımlılık unsurunun temelini oluşturur.²⁶⁵

Bununla birlikte, bilgi ekonomilerinin iş ilişkilerinde yol açtığı değişimlerden bir tanesi de işçilerin işyerlerinde pay sahibi olmak suretiyle yönetimde söz konusu olmalarıdır. Pay sahipliği aynı zamanda işçilerin işletmenin karına ve zararına katılmaları anlamına da gelmektedir.²⁶⁶ Dolayısıyla, bilgi işindeki bağımlılık ilişkisinin tespitinde işletmenin karına ve zararına katlanma ölçütü sınırlı bir uygulama alanı bulacaktır.

Önemle belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın anılan kararında yer alan 'karar verme özgürlüğü' bilgi işindeki bağımlılık ilişkisinin tespitinde de önem arz eder. Her ne kadar bu işçilerin çalıştıkları işletmelerde pay sahibi olmaları onlara sadece yönetim konusunda görüş belirtme hakkı tanıyacaktır. İşletmeye ilişkin 'özgürce karar verme' hakkının tek kişide toplanması hali ise bağımlılık ilişkisinin bulunmadığına işaret edecektir.²⁶⁷

h. İşin Aynı İşyerinde Diğer İşçiler Tarafından Görülmesi

İşin aynı işyerinde işçi olarak çalışanlar tarafından da yerine getirilmesi ölçütü eşitlik ilkesi çerçevesinde Alman Federal İş Mahkemesi tarafından geliştirilen bir karinedir. Buna göre aynı işyerinde aynı işi yapanların bir kısmının bağımlı, diğer kısmının bağımsız kabul edilmesi eşitlik ilkesine aykırıdır.²⁶⁸

Kanımızca bilgi işinde bu ölçüt genel anlamda dikkate alınabilir. Öte yandan, üst düzeyde teknik bilginin kullanılmasını gerektiren bu iş türünde konusunda uzman bağımsız çalışanlardan destek alınması her zaman olasılık dahilindedir. Örneğin, bankacılık sektöründe özellikle teknolojik bilgi gerektiren alanlarda sıklıkla bağımsız danışmanlık hizmeti alınmaktadır. Bu bağlamda banka çalışanı ile bağımsız hizmet

²⁶⁵ Esener, 137.

²⁶⁶ Pay sahipliği konusunda bkz. § 3, IV.

²⁶⁷ Bu konuda bkz. bkz. § 3, IV, 2.

²⁶⁸ Başterzi, 48. Aynı yazar, Değerlendirme, 23.

sağlayan kuruluş işçisi arasında aynı işin geliştirilmesi için ortak çaba harcanmaktadır. Dolayısıyla, konuya ihtiyatlı yaklaşılması ve bağımlılık ilişkisinin değerlendirilmesinde diğer yan ölçütlerin de göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır.

i. Sosyolojik ve Ekonomik Yorum

Bağımlılık ilişkisinin değerlendirilmesinde yukarıda yer verilen ölçütlerin yanında yapılacak bir diğer değerlendirmenin iş görenin iş sahibi karşısındaki sosyolojik - ekonomik durumu olduğu öğretide belirtilmektedir.²⁶⁹ Yargıtay da pay sahibi kişilerin işçi niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesine ilişkin yerleşik hale gelen içtihatlarıyla sosyolojik yorum yapma yoluna giderek kişinin şirketteki payının niteliğini göz önünde bulundurmaktadır.²⁷⁰

Bilgi işinde iş görenlerin işverene bağımlı olarak çalışıp çalışmadıklarının belirlenmesinde sosyolojik yorum önem arz etmektedir. Gelişmiş ülkelerde bu işlerde çalışanlara yüksek ücret ödenmesinin yanında işyerine olan bağlılıklarını artırmak amacıyla pay sahibi olmalarının teşvik edildiği görülmektedir.²⁷¹ Bu durum bilgi işçilerinin kendine özgü nitelikleri nedeniyle tespiti zor hale gelen bağımlılık ilişkisinin belirlenmesini daha da güçleştirmektedir. Bu bağlamda, yukarıda yer verilen yardımcı ölçütlerin yanında işçilerin pay sahipliğinin kendi adına çalışan sayılmalarına yol açıp açmadığının sosyolojik ve ekonomik yorum yöntemiyle belirlenmesi kanımızca önem arz etmektedir. Netice itibarıyla bilgi işçisinin sahip olduğu pay oranı ve şirketteki konumunun karşılaştırılması neticesinde pay sahipliği ve işçilik niteliğinden hangisi ekonomik yaşamda ağır basıyorsa çalışmanın niteliği de ona göre belirlenecektir.

²⁶⁹ Bkz. Başterzi, Değerlendirme, 23.

²⁷⁰ Süzek, 152. Yargıtay'ın ilgili kararı için bkz. bkz. § 3, IV, 2.

²⁷¹ Bu konuda bkz. § 3, IV.

B. İşyeri ve Zaman Ölçütünün Yetersizliği

Bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı durumlarda işin yapılma zamanı ve işyeri kavramları işverenin kurduğu iş organizasyonunda yer almanın temel ölçütlerini oluşturmaktadır. Özellikle *işin yapılma zamanı* ölçütünün Yargıtay'ın bağımlılığın belirlenmesine ilişkin kararlarında dikkate alındığı görülmektedir.²⁷² Gerçekten işin sözleşmede belirlenen veya işverenin öngördüğü sürelerde yapılması bağımlılığın bir göstergesi olup taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği iş akdi olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır. Öte yandan, ileriki başlıklarda ele alınacağı üzere işçinin çalışma süresini kendisinin belirlediği kayan ya da vasıflı kayan süreli gibi esnek çalışmalarda taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin saptanması güçlük arz etmektedir. Böyle bir durumda iş organizasyonu içerisinde öngörülen zaman diliminde işçinin esnek çalışma süreleriyle çalışması söz konusuysa bu durumda hukuki bağımlıktan söz edilebilir. Öte yandan, esnek çalışma sürelerinin söz konusu olduğu çalışmalarda zaman unsurunun bağımlılık ilişkisinin belirlenmesinde tek başına yeterli bir unsur olmadığı öğretide haklı olarak ifade edilmektedir.²⁷³

Bilgi işçilerinin çalışmalarını kendilerinin belirlediği bir süreçte organize etmeleri *zaman ölçütünün* hukuki bağımlılığın tespitinde kullanılmasını güçleştirmektedir. Örneğin, kendisine yönetmesi için tevdi edilen bir yatırım fonundan beklenen kar maksimizasyonunu sağlamak amacıyla yatırım şirketinde çalışan bilgi işçisi dünya piyasasındaki gelişmeleri yakından takip etmek zorundadır. Ülke piyasalarının farklı zaman dilimlerinde işlem görmesi karşısında ise çalışanın çalışma süresini kendi belirlediği şekilde organize etmesi ise zorunluluk arz etmektedir. Dolayısıyla çalışan işe yönelik çalışma süresini kendisi belirleyecek bu durum ise onun kendi adına çalışan sayılmasına sebep olmayacaktır.

Benzer şekilde günümüzde işyeri kavramının klasik anlamından çıkarak işverenin iş organizasyonunu ifade eden bir anlam kazanması, bu ölçütün de

²⁷² Y9HD, 22.3.2004, 5846/5621, Çalışma ve Toplum, s.3, 176-178. Ayı doğrultuda Y10HD, 12.3.2009, 24085/3263, Legal İHSGHD, s. 23, 1255-1257 ve Başterzi'nin incelemesi, Değerlendirme, 12. Y22HD, 4.3.2015, 32759/9039, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 24.9.2015).

²⁷³ Başterzi, Değerlendirme, 13. Güzel, İşçi Kavramı, 121-122.

bağımlılık ilişkisini ortaya koyan bir ölçüt olmasını güçleştirmektedir. Bu halde, bilgi işçilerinin bağımlılık ilişkisini ortaya koyacak diğer ölçütlere de başvurulması gerekmektedir. Öte yandan, bilgi işinde zaman ve işyeri unsurlarının tamamen göz ardı edilmesi gerektiğini ileri sürmek de doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bağımlılık ilişkisinin tespitinde tek başına yetersiz olan zaman ve işyeri unsurlarının diğer yan ölçütlerle birlikte değerlendirilmesi önemli kıstasların başında gelmektedir.

C. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Kullanılan Ölçütler

Bilgi ve teknolojik gelişmelerin standart çalışma ilişkilerinde yol açtığı değişiklikler bir işverenin organizasyonunda yer alan işçilerin kişisel/hukuki bağımlılık ilişkisini ortaya koyacak yan ölçütlerin geliştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Gerçekten başkasının iş organizasyonunda iş görme ölçütü işçiyle işveren arasındaki bağımlılık ilişkisini ortaya koyabilmekteyse de birçok durumda yetersiz kalmış ve yan ölçütlerle desteklenme ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.²⁷⁴ Bu kapsamda yabancı ülkelerde kullanılan ölçütler ülkemiz uygulamalarına da ışık tutacak niteliktedir.

Gerçekten yabancı ülke uygulamalarında bu konuda ekonomik gerçeklik testi (economic reality test), kontrol testi (control test), entegrasyon testi (integration test) ve ekonomik test (economic test) adı altında birçok ölçütün ele alındığı görülmektedir.²⁷⁵ Bu unsurlar taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini belirlemede yardımcı bir çerçeve çizmekte, öte yandan bağımlı bağımsız çalışan ayrımının kesin tanımını sunmamaktadır. Dolayısıyla bahse konu kıstaslar her somut olay özelinde değerlendirilecektir.²⁷⁶ Nitekim bu ölçütlerin temelde birer test olmadığı, her somut olay özelinde dikkate alınacak birer unsur teşkil ettiği bir diğer yüksek mahkeme kararında dile getirilmiştir.²⁷⁷

²⁷⁴ Başterzi, 39.

²⁷⁵ Moyne, 28. Daly-Doherty, 44-49.

²⁷⁶ Daly-Doherty, 44.

²⁷⁷ Minister for Agriculture and Food v Barry, [2009] 1 IR 215 at 239, karar değerlendirmesi için bkz. Daly-Doherty, 48.

a. Ekonomik Gerçeklik Testi

İngiltere’de 20. yy.’ın sonlarına doğru kişisel/hukuki bağımlılığın belirlenmesi amacıyla işçinin *kimin yararına çalıştığına* ve *risk üstlenip üstlenmediğine* bakılmasını esas alan bir yaklaşım benimsenmiştir. Esas olarak istihdam ilişkisinin ekonomik yapısı üzerine odaklanan bu yaklaşım giderek çalışma yaşamının diğer boyutlarını da dikkate alan bir nitelik kazanmıştır.²⁷⁸ Gerçekten bu değerlendirmede çalışanın işin görülmesi sırasında 3. kişi istihdam edip etmediği veya finansal risk üstlenip üstlenmediği gibi etkenler dikkate alınır.²⁷⁹ Ortaya çıkan bu sinama modeline İngiltere’de “girişimcilik testi” ya da “ekonomik gerçeklik testi” adı verilmektedir.²⁸⁰

İngiltere Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda; bağımlı-bağımsız çalışma ayrımının belirlenmesi için önceden belli bir listenin verilmesinin mümkün olmadığı, öte yandan çalışan üzerindeki *kontrolün* tek başına belirleyici etken olmamak şartıyla her zaman dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Kararda ayrıca çalışanın *kendi ekipmanlarını kullanıp kullanmadığının*, *3. kişi istihdam edip etmediğinin*, *hangi dereceye kadar finansal risk üstlendiğinin*, *yatırım ve yönetim konusunda aldığı sorumluluğun ölçüsünün*, *iş görme borcunun ifası sırasında yönetim hakkından istifa edip etmediğinin* göz önünde bulundurulacağı açıklanmıştır.²⁸¹ Aynı görüşün İrlanda Yüksek Mahkemesi tarafından çalışanın sosyal güvenlik hakkının irdelendiği bir kararda da paylaşıldığı görülmektedir.²⁸² Bu kararda çalışanın *işin ifasına dönük ekipmanları ya da yatırımı sağladığı*, *3. kişi istihdam ettiği*, *elde edilecek gelirin ifa sonucuna bağlı olduğu* hallerde bağımsız çalışma koşullarının daha kolay tespit edileceği vurgulanmıştır. Ekonomik gerçeklik

²⁷⁸ Başterzi, 39. Aynı yazar, Değerlendirme, 14-15. Daly-Doherty, 45

²⁷⁹ Daly-Doherty, 45. Amerika’da ise girişimcilik testi işçilerin kanun kapsamında yer alıp almadığını belirlemeye yöneliktir. Nitekim asgari ücret, fazla mesai ücreti ve asgari çalışma yaşına ilişkin hükümler öngören Wages and Fair Labor Standarts Act (FLSA) yasasını kapsamına ticaret veya ticari mal üretiminde çalışan işçileri esas almıştır. Bkz. Desai, 69-71.

²⁸⁰ Başterzi, 39. Aynı yazar, Değerlendirme, 14-15. Daly-Doherty, 45

²⁸¹ Market Inverstigations Ltd. v Minister of Social Security [1969] 2QB173, karar için bkz. <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/esmmanual/esm7040.htm> (01.11.2015). Bu karar ve değerlendirmesi için ayrıca bkz. Başterzi, 40.

²⁸² Henry Denny & Sons v Minister for Social Welfare, [1998] 1 IR 34 at 50, karar için bkz. International Labour Law Reports 18, 61-78.

testinde diğerk birçok ölçütün yanında çalışanın sosyal ve ekonomik durumunun da göz önünde bulundurulduğunu söylemek mümkündür. Bu yönüyle ekonomik gerçeklik testi Yargıtay kararlarına konu sosyolojik-ekonomik yorumla örtüşmektedir.

Amerika’da da çalışanların kendi adına mı yoksa başkası hesabına mı iş gördüğünün belirlenmesi konusunda ekonomik gerçeklik testine başvurulmaktadır. Bu bağlamda ekonomik test çalışanın ekonomik olarak işverene bağımlılığının derecesini ölçer. Dolayısıyla, bağımlılığın artması kişisel/hukuki bağımlı çalışmaya işaret etmektedir.²⁸³

Amerikan iş mahkemeleri tarafından ekonomik gerçeklik testinde 5 kriter dikkate alınmaktadır. Bu unsurlar; *edim alacaklısının kontrol derecesi, tarafların işin ifası için ortaya koyduğu sermayenin ölçüsü, iş görenin kara veya zarara katılım oranının edim alacaklısı tarafından belirlenen derecesi, işin yerine getirilmesinde gerekli olan yetenek ve girişimcilik ile taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sürekliliğidir.*²⁸⁴

Ekonomik gerçeklik testi Almanya ve diğerk batı ülkeleri tarafından da çalışma ilişkisinin bağımlı mı yoksa bağımsız mı olduğuna ilişkin ayırmda uygulanagelen bir ölçüt olmuştur.²⁸⁵

b. Kontrol Testi

İngiliz iş mahkemeleri tarafından iş görmek kendi adına veya başkası adına olup olmadığının belirlenmesinde en çok üzerinde durulan ölçütlerden bir tanesi kontrol testidir.²⁸⁶ İrlanda Yüksek Mahkemesi tarafından inşaat işinde çalışan bir kişinin işin ifasında kazaya uğradığı sırada işçi olup olmadığının tartışıldığı bir davada, alacaklının hangi işin yerine getirileceğı ve nasıl yürütüleceğı konusunda

²⁸³ Franze, 157.

²⁸⁴ Desai, 60. Franze, 157.

²⁸⁵ Başterzi, 42.

²⁸⁶ Daly-Doherty, 44.

yönetim hakkına sahip olup olmadığının taraflar arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesinde temel etken olduğu belirtilmiştir.²⁸⁷ Öte yandan, bu testin vasıflı çalışanlar açısından yeterli bir ölçüt teşkil etmediği isabetli olarak ifade edilmektedir.²⁸⁸

Kontrol testi Amerikan İş Mahkemesi tarafından da uzun süre uygulanmıştır. Hibrid testi²⁸⁹ olarak da adlandırılan bu ölçüt gereğince edim alacaklısının iş süreçleri, işe ilişkin detaylar ile iş görme borcunun yerine getirilmesindeki yöntemler üzerinde kontrol hakkının bulunması durumunda kişisel/hukuki bağımlılık ilişkisinin var olduğu kabul edilmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında işverenler tarafından sağlanan kontrole örnek olarak; işin başlama, bitiş süresi ve ifa yerinin belirlenmesi, çalışma saatlerine ilişkin düzenleme getirilmesi, belli bir iş açısından toplam çalışma süresinin belirlenmesi, işe ilişkin malzeme ve ekipmanların seçilmesi, işin sonucuna yönelik yöntem ve tutumların saptanması gösterilmiştir.²⁹⁰

c. Entegrasyon Testi

Bilgi işçilerinin istihdam alanındaki yerinin artması işverenin bunlar üzerindeki kontrol yetkisini sınırlandırmış ve bu durum batı ülkelerinde bağımlı-bağımsız çalışan ayrımının saptanması konusunda yeni ölçütlerin ele alınmasını gerekli kılmıştır. Bunlardan bir tanesi olan entegrasyon testinde iş görenin işverene ait organizasyonun bütünleyici bir parçası olarak istihdam edilip edilmediği dikkate alınmaktadır. Bu konuda İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda; avans isteme hakkı bulunmakla birlikte eserini yayınlatma borcu bulunmayan bir gazeteci ile aynı gazetede yılda 50 hafta çalışma yükümlülüğü altında olan bir gazeteci karşılaştırılmış, her iki gazeteci de aynı işi görmesine karşın eser yayınlatma yükümlülüğü olmayan gazeteci bağımsız çalışan sayılmıştır.²⁹¹

²⁸⁷ Roche v Kelly [1969] IR 100 karar değerlendirmesi için Moyne, 28.

²⁸⁸ Moyne, 28. Daly-Doherty, 44.

²⁸⁹ Hibrid testi taraflar arasındaki ekonomik gerçeklikleri önemli bir unsur olarak görmekle birlikte esas olarak işverenin kontrolünün derecesine odaklanmaktadır. Bkz. Franze, 160.

²⁹⁰ Thompson v. Travelers Indem. Co., 789 S.W.2d 277, 278 (Tex. 1990) karar değerlendirmesi için bkz. Franze, 160.

²⁹¹ Sunday Tribune [1984] IR 505, karar değerlendirmesi için bkz Daly-Doherty, 45.

İsrail Yüksek Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında entegrasyon testini kabul etmiştir. Karara göre entegrasyon testi; iş görme borcunu işyeri dışında ifa eden kişinin kendisine ait bir bağımsız bir işyeri bulunup bulunmadığını belirlemeye yöneliktir. Bu bağlamda testin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki temel bileşeni bulunmaktadır. Gerçekten işçinin başkasının iş organizasyonu içerisinde yer alması olumlu unsur oluştururken, işyeri dışından sağlanan hizmetin bağımsız bir faaliyete dayanmaması ise olumsuz unsur meydana getirmektedir. Entegrasyon testine başvuran mahkeme kararlarında ayrıca sözleşmenin çalışanı iş görme borcu altında sokup sokmadığı, iş sahibinin işe alma ve fesih hakkının bulunup bulunmadığı, iş görenin alacaklının emir ve talimatlarıyla bağlı olup olmadığı gibi hususlar da göz önünde bulundurulmaktadır.²⁹²

d. Ekonomik Test

İngiliz öğretisinde ekonomik test olarak adlandırılan bu ölçüt gereğince bağımlı bağımsız çalışan ayrımında dikkate alınacak unsurlardan bir tanesi de borçlunun alacaklıya karşı ekonomik yönden bağımsız olup olmadığıdır.²⁹³ Bu bağlamda ekonomik açıdan bağımsızlık çalışanın iş görme borcunu kendi hesabına ifa ettiğine karine oluşturabilir.

e. Vergi Makamı Testi

Amerikan mahkemeleri bağımlı-bağımsız çalışan ayrımında vergi dairelerinin bu konudaki uygulamalarına başvurmaktadır.²⁹⁴ Vergi makamı testi (The Internal Revenue Services Test) olarak adlandırılan bu ölçütte bağımlı çalışma ilişkisi için gerekli olan kontrol hususuna işaret eden 20 unsur dikkate alınmaktadır. Bu unsurları finansal kontrol, davranışsal kontrol ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin türü olmak üzere üç ana kategoriye ayırmak mümkündür. Finansal kontrolde işverenin işyerindeki yatırımı, işçilere ödenen ücret, kara ve zarara katılım gibi unsurlar söz

²⁹² Meir Ben-Gigi v Histadrut, (1987/1988) 19 P.D.A. 541, karar değerlendirmesi için bkz. Ruth, 16.

²⁹³ Moyne, 28.

²⁹⁴ Franze, 155.

konusuyken, davranışsal kontrol işçinin işyerindeki ve işin yürütümüne ilişkin edimini organize edilmesine ilişkindir. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin türü ise yazılı sözleşme koşulları, işverenin işçiye sağladığı sigorta, emeklilik hakkı, tatil ve hastalık ödemeleri, hukuki ilişkinin süresi, işçinin iş görme ediminin işletme açısından taşıdığı önemin derecesi gibi hususları kapsamaktadır.²⁹⁵ Rehber niteliği taşıyan bahse konu unsurlar özetle şu şekildedir;²⁹⁶

Emir ve talimat: İşçilerin işin ne zaman, nerede ve nasıl yerine getirileceğine ilişkin talimatlara uymalara beklenmektedir. Edim alacaklısının emir ve talimatlara uyulmasını isteme hakkının bulunduğu ilişkilerde kontrol unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir.

Mesleki Eğitim: Edim alacaklısı tarafından sağlanan bir eğitimin iş gören tarafından kabul edilmesi halinde bağımlılık ilişkisinin var olduğu kabul edilmektedir. Nitekim bağımsız çalışanlar işin yerine getirilmesinde kendi metotlarını uygulamakta ve karşı taraftan bu konuda bir eğitim almamaktadır.

Entegrasyon: İş gören tarafından ifa edilen edimin alacaklı tarafından önem taşıdığı hallerde borçlunun belli bir iş organizasyonu içerisinde yer aldığı kabul edilmektedir. Organizasyon içerisinde bulunmanın işverenin emir ve talimatlarına muhatap olma anlamına geleceği ifade edilmektedir.

Şahsi İfa: İşverenlerin edim sonucu kadar işin yerine getirilmesine ilişkin yöntemi belirleme hakkı olduğu varsayıldığından iş ilişkisinde işçi şahsi ifa borcu altındadır. Ayrıca işçilerin genellikle yükümlü oldukları işin ifası için başka işçi kullanma hakkı bulunmadığı öte yandan bağımsız çalışanların bu hakka sahip belirtilmektedir.

²⁹⁵ Bu kategoriler ve ayrıntıları için bkz.

https://www.irs.gov/publications/p15a/ar02.html#en_US_2016_publink1000169489 (Erişim tarihi: 11.12.2015).

²⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Franze, 155-156.

Çalışma Süresinin ve Yerinin Belirlenmesi: Bağımlı çalışma ilişkisinde işverenin çalışma saatlerini belirleme hakkının olduğu aksi durumda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bağımsız çalışmaya dayandığı kabul edilmektedir. Ayrıca tam gün veya işyerinde çalışmanın talep edilmesi bağımlı çalışmaya işaret etmektedir.

İşe Alma, Yönetme ve Yardımcı İşçi: Taraflar arasındaki hukuki ilişkide iş görenin işe alma, yönetme ve yardımcı işçilere ücret ödeme gibi haklarının bulunduğu hallerin bağımsız çalışmaya işaret ettiği belirtilmektedir.

Devam Eden İlişki: Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin devamlılığının iş ilişkisine işaret ettiği kabul edilmektedir. Ayrıca bu ilişkinin düzensiz bir şekilde aralıklarla devam etmesinin iş ilişkisi niteliğini engellemeyeceği ifade edilmektedir.

Yöntemin Belirlenmesi: Edim alacaklısının işin yürütümünü belli bir düzende veya sırada istemesinin bağımlılık ilişkisine işaret ettiği belirtilmektedir.

Yazılı veya Sözlü Rapor: İş görenin sözleşmenin karşı tarafına karşı düzenli ya da yazılı rapor sunmasının taraflar arasındaki iş ilişkisinin varlığına yönelik göstergelerden biri olarak varsayılmaktadır.

Zamana Göre Ücret: Saatlik, haftalık ya da aylık ödemelerin bağımlı çalışma ilişkisinin mevcudiyetini ortaya koyabileceği belirtilmektedir.

Harcamaların Ödenmesi: Çalışanın işin ifasına dönük harcamalarının ve ulaşım giderlerinin alacaklı tarafından düzenli şekilde ödenmesinin işçi-işveren ilişkisini gösteren unsurlardan biri olarak kabul edilmektedir.

Malzemenin Sağlanması: Edim alacaklısı tarafından işin ifası için önemli malzemelerin ekipmanların ve malzemelerin sağlandığı durumlarda iş görenin genellikle işçi olduğu varsayılmaktadır.

Önemli Ölçüde Yatırım: Edim borçlusunun işe dönük önemli derecede yatırımının bulunması bağımsız çalışma ilişkisinin varlığı konusunda karine teşkil etmektedir.

Kara veya Zarara Katılım: İş görenin işletmenin karına veya zararına katlanmasının genellikle bağımsız çalışmaya işaret edeceği vurgulanmaktadır.

Aynı Anda Birden Fazla Kişi Nezdinde Çalışma: İş görenin aynı anda birden fazla kişi nezdinde çalışması da bağımsız çalışma karinelerinden bir tanesini oluşturmaktadır.

Çalışmanın Alenileştirilmesi: İş görenin düzenli ve istikrarlı bir şekilde iş görme edimini kamunun yararlanmasına sunmasının bağımsız çalışmaya işaret edeceği belirtilmektedir.

Fesih Hakkı: İş görenin herhangi bir zaman sorumluluk üstlenmeksizin sözleşmeyi feshedebilmesinin genellikle iş ilişkisinin varlığının göstergelerinden biri olduğu kabul edilmektedir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1992 yılında vermiş olduğu bir kararda ekonomik gerçeklik testini iş mevzuatının koruması dışında olanları da amaca aykırı olarak kapsama almasıyla nedeniyle reddetmiştir. Mahkeme aynı kararında bağımlı-bağımsız çalışma ilişkisinin tespitinde alacaklının işin yürütümüne ilişkin yöntemleri kontrol hakkına sahip olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Bu hususun sorgulanmasında ise işin gerektirdiği vasıflar, malzeme ve ekipmanların kim tarafından sağlandığı, işin görüldüğü yer, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin süresi, istihdam olunanın mevcut işinin yanında başka işlerde görevlendirilip görevlendirilemediği, borçlunun çalışma sürelerine ilişkin takdir hakkının derecesi, ücret ödemesinin yöntemi, işe alımda veya yardımcı kişilerin ücretlerinin ödenmesinde çalışanın rolü, iş görme edimi konusunun işletmenin rutin faaliyetleri arasında yer alıp almadığı, alacaklının işletme faaliyetleri içerisinde yer alıp almadığı, sözleşmenin çalışana sağladığı haklar, çalışanın vergi yükümlülüğü gibi

hususlar göz önünde bulundurulacaktır.²⁹⁷ Mahkemenin bu kararından iş ilişkisindeki kontrolün önemine vurgu yaptığı ve bunun tespitinde vergi makamlarının uygulamasına paralel yöntem izlediği görülmektedir. Ayrıca, mahkeme tarafından uygulanan bu yeni yönteme Amerikan İş Hukuku öğretisinde ERISA²⁹⁸ ya da Darden testi adı da verilmektedir.²⁹⁹

f. Diğer uygulamalar ve Atipik Çalışmalara Özgü Düzenlemeler

Atipik iş ilişkisine tabi olarak çalışanların kişisel/hukuki bağımlılığının tespiti amacıyla tek bir ölçüte dayanılması mümkün değildir. Bu konuda karşılaştırmalı hukukta uygulanan yöntemler de göz önünde bulundurularak farklı tekniklerin geliştirilmesi önem arz etmektedir. Zira süreklilik arz eden bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler çalışma türlerini de değiştirmeye devam etmektedir. ILO'nun 95. Uluslararası İşçi Konferansı neticesinde düzenlenen 2006 Yılı İstihdam İlişkileri Raporu'nda hukuki/kişisel bağımlılık ilişkisinin tespiti konusunda farklı ülke uygulamalarına yer verilmiştir.³⁰⁰ Yine ILO tarafından yayınlanan 21. Avrupa İş Mahkemeleri Yargıçları Toplantısı Raporu'nda da bağımlılık ilişkisini ele alan yargı kararlarına değinilmiştir.³⁰¹

Bu konudaki örneklerden ilkinin İspanya oluşturmaktadır. İspanya'da kişisel/hukuki bağımlılık konusunda mahkemeler tarafından farklı kararlar verilmesi üzerine içtihadı birleştirme yoluna gidilmiştir.³⁰² İspanya Sosyal Dairesi tarafından 2013 yılında verilen içtihadı birleştirme kararında işin ifasının belli bir plana bağlanmaması ve çalışan tarafından da dinleme süresi talep edilmemesi bağımsız

²⁹⁷ Nationwide Mut. Ins. Co. v. Darden, 503 U.S. 318 (1992), karar değerlendirmesi için bkz. Franze, 158.

²⁹⁸ ERISA, Amerikan iş mevzuatındaki Employee Retirement Income Security Act'in kısaltılmış halidir. Mahkeme kararının bu yasanın uygulamasına ilişkin olması nedeniyle uygulanan yönteme ERISA testi adı verilmektedir.

²⁹⁹ Franze, 158.

³⁰⁰ Rapor için bkz.

<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf> (Erişim Tarihi: 01.01.2016)

³⁰¹ Rapor için bkz.

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_222067.pdf (Erişim tarihi: 13.01.2016).

³⁰² İspanya Sosyal Dairesi'nin 07.09.2013 ve 2569/2012 sayılı kararı için bkz. 21. Avrupa İş Mahkemeleri Yargıçları Toplantısı Raporu, 151-156.

çalışmanın unsurları arasında sayılmıştır. Ayrıca çalışanların kendi iş organizasyonlarına sahip olması bağımsız çalışmanın temel göstergesi olarak kabul edilmiştir.³⁰³

Almanya’da ise 1999 yılının Haziran ayında yürürlüğe giren Sosyal Güvenlik Yasası’nda; işçi çalıştırılmaması, genellikle aynı alacaklı nezdinde hizmet görülmesi, aynı işin düzenli olarak yerine getirilmesi, ifa edilen işin önceden işçi olarak yerine getirilmesi, çalışmanın kendi adına iş görmeye vücut verecek herhangi bir özellik taşımaması gibi durumlar karşısında çalışanların işçi sayılmaları karine olarak kabul edilmiştir.³⁰⁴

Güney Afrika’da ise iş görenin ekonomik olarak edim alacaklısına bağlı olması ile son üç ay içerisinde her ay ortalama 40 saat alacaklı lehine çalışması bağımlı çalışma ilişkisine karine oluşturacağı kabul edilmiştir. Öte yandan, çalışanın yıllık en az 10 bin USD gelir elde etmesi durumunda bu ölçütler uygulanmayacaktır. Ayrıca çalışma hayatıyla ilgili devlet kurumuna çalışanların iş mevzuatının amacına uygun olarak işçi olarak kabul edilmesi yönünde yasalar tarafından yetki tanınmıştır. Bazı ülkelerde ise belli atipik çalışma türleri doğrudan bağımlı iş ilişkisi olarak kabul edilmiştir. Örneğin Şili’de evde çalışanlar doğrudan işçi olarak kabul edilmektedir. Finlandiya iş kanunda ise işçinin evde çalışmasının kanunun uygulanmasını engellemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Benzer şekilde Yeni Zelanda’da iş görme edimini evlerinde uzaktan yerine getirenler bağımsız çalışan olmaları halinde dahi işçi kabul edilmiştir. Venezuela’da ise aralarında sürekli bir alım satım ilişkisi kurulan taraflardan evde çalışanlar işçi statüsünde sayılmaktadır.³⁰⁵ Avrupa Birliği’nde ise bazı açılardan evde çalışmaların modern bir türü ve bilgi toplumunda

³⁰³ İspanya Sosyal Dairesi’nin 07.09.2013 ve 2569/2012 sayılı kararı için bkz. 21. Avrupa İş Mahkemeleri Yargıçları Toplantısı Raporu, 151-156. (XXIst Meeting of European Labour Court Judges 30 September – 1 October 2013 Vienna, Austria). Rapor için bkz.

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_222067.pdf (Erişim tarihi: 13.02.2016).

³⁰⁴ Bkz. ILO: 2006 Yılı İstihdam İlişkileri Raporu, s.34-35. Başterzi Almanya uygulamasında ayrıca bu koşulların yanında haftada en az 15 saat çalışmak ve haftalık 400 Euro’dan fazla kazanmamak ve sözleşmenin diğer tarafına sunulan iş görme ediminin genellikle o tarafında kendi işçileri tarafından da görülüyor olması koşullarını da belirttikten sonra işçi karinesi için bahse konu koşullardan en az üçünün çalışan tarafından sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Başterzi, 53.

³⁰⁵ ILO: 2006 Yılı İstihdam İlişkileri Raporu, 35-37.

önemli bir atipik çalışma modeli olarak kabul edilen tele çalışmalara ilişkin çerçevede anlaşmada³⁰⁶ bu tip çalışmaların istihdam statüsünü etkilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bilgi işleri açısından önem taşıyan uzaktan çalışma konusuna ileriki bölümlerde ayrıntılı şekilde yer verilecektir.

Son olarak Portekiz’de bağımlı bağımsız çalışan konusunda yaşanan sıkıntıların önüne geçmek için yasal düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenleme gereğince; taraflar arasındaki ilişki kişisel/hukuki bağımlılık ilişkisine dayanmasa bile ekonomik açıdan bağımlı olarak iş görenlerin iş mevzuatında yer alan kişi hakları, eşit davranma yükümlülüğü, ayrımcılık yasağı, işyerinde sağlık ve güvenlik kuralları ve diğer hükümlerden sağlanan haklardan faydalanmalarına yasalar tarafından izin verilmiştir.³⁰⁷

Yukarıda yer verilen uygulamalardan anlaşıldığı üzere yabancı ülkelerde özellikle evde çalışma ve tele çalışma gibi atipik iş ilişkilerinde çalışanların genellikle işçi sayılması gibi bir anlayışın hakim olduğu görülmektedir. Kanımızca istihdam türünün belirsiz olduğu bu tip durumlarda çalışanların iş mevzuatının sağladığı korumadan yararlandırılması yönünde yasal çalışmalar yapılması sosyal adalet düşüncesine uygun bir yaklaşım olacaktır.

g. İstihdam Statüsü Rehberi

İngiltere’de çalışanların istihdam statülerinin belirlenmesine yönelik olarak 2014 yılında uygulama rehberi hayata geçirilmiştir.³⁰⁸ İnternet üzerinden hizmet veren uygulamada çalışanların nitelikleri ve akdettikleri sözleşme çerçevesinde iş görme borçlarına ilişkin çeşitli soruları cevaplanması istenmektedir. Bu sorular arasında örnek olarak; *‘sözleşme gereğince çalışanın işe gidemediği durumda yerine başkasını göndermekle yükümlü olup olmadığı’*, *‘çağrılan bu kişilere çalışanların ödeme yapmakla yükümlü olup olmadıkları’*, *‘işin yürütümüne ve sonucuna ilişkin*

³⁰⁶ Bu anlaşma için bkz. <https://www.etuc.org/framework-agreement-telework> (Erişim tarihi: 23.02.2016).

³⁰⁷ ILO: 2006 Yılı İstihdam İlişkileri Raporu, 35-37.

³⁰⁸ Bkz. <https://www.gov.uk/guidance/employment-status-indicator> (Erişim tarihi: 01.02.2016).

emir alıp almadıkları', 'sözleşmenin diğer tarafınca çalışanın başka işte görevlendirilip görevlendirilemediği' gibi sorular yer almaktadır. Uygulama rehberinde çalışanın istihdam statüsünün en doğru şekilde belirlenebilmesi için soruların sayısı ve detayı artmaktadır. Cevapların neticesinde sistem tarafından bir değerlendirme yapılmakta çalışanın kendi adına mı yoksa başkası hesabına çalıştığına yönelik bilgi gerekçeli şekilde açıklanmaktadır. Bahse konu gerekçede İngiliz İş Mahkemeleri ve Öğretisi tarafından benimsenen ekonomik gerçeklik testinin esas alındığı görülmektedir.

h. İstihdam Statüsü Grubu

İrlanda'da işçi ve işveren kuruluşları ile devletin ortaklaşa yürüttüğü çalışma neticesinde 2002 yılında ücret artışlarını sabitleme ve istihdam politikasına ilişkin diğer konuları da ele alan bir ulusal anlaşmaya varılmıştır. Refah ve İyiniyet Programı olarak adlandırılan (Programme for Prosperity and Fairness-PPF) bu anlaşma çerçevesinde sosyal taraflar bağımlı ve bağımsız çalışma ayrımındaki güçlüğü aşılması amacıyla İstihdam Statüsü Grubu (Employment Status Group) adında bir kurumun oluşturulmasına karar vermişlerdir. Ülkede işçi olmalarına karşın bağımsız çalışan olarak kabul edilen sınıfın giderek artması karşısında oluşan kaygı nedeniyle İstihdam Statüsü Grubunun temel görevi işçi sınıfına ilişkin tekdüze bir tanım oluşturarak bağımlı ve bağımsız çalışan konusundaki yasal boşluğu doldurmaktadır.³⁰⁹

Gerçekten iş mevzuatının tanıdığı olduğu hakların yanında, işçilerin ve işveren yükümlülüklerinin yasalara uygun olarak belirlenebilmesi amacıyla çalışmanın bağımlı veya bağımsız olup olmadığının tespiti büyük önem taşımaktadır. Nitekim bu konuda yapılacak yanlış bir sınıflandırma tarafların yasalarda öngörülen müeyyidelere maruz kalmalarına dahi yol açabilecektir. İşçi ve bağımsız çalışanlar için öngörülen vergi yükümlülükleri de bu sınıflandırmanın doğru bir şekilde yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenlerle İstihdam Statüsü Grubu bağımlı ve

³⁰⁹ Bkz. ILO'nun 2006 Yılı İstihdam İlişkileri Raporu, s.33.

bağımsız çalışma ayrımında yardımcı olabilecek bir takım ölçütler geliştirmiştir. Her olay bazında ele alınacak bu unsurlar yasal olarak bağlayıcı olmamakla birlikte, işçi ve işveren kuruluşları ile ilgili devlet organları tarafından onaylanmış olması nedeniyle uyumsuzluklarda göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir.

Bağımlı ve bağımsız çalışma ilişkisinin tespitine yönelik uygulama esasları olarak adlandırılan bu göstergeler kısaca; *kontrolün bulunup bulunmadığı, gerekli malzeme ve ekipmanların kim tarafından temin edildiği, yardımcı kişi istihdam edilip edilmediği, finansal risk üstlenilip üstlenilmediği, yatırım ve yönetimde sorumluluk alınıp alınmadığı, sözleşmeden kaynaklanan işin görülme sürecinin kim tarafından organize edildiği, çalışma sürelerinin belirlenip belirlenmediği, bir ya da birden fazla işveren nezdinde çalışıp çalışılmadığı, ulaşım gibi giderlerin karşılanmasına dönük ödeme sağlanıp sağlanmadığı, fazla çalışma ücreti veya bunun karşılığı serbest zaman kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı gibi ölçütlerdir.*³¹⁰

³¹⁰ ILO'nun 2006 Yılı İstihdam İlişkileri Raporu, s.33.

§ 5. BİLGİ İŞİNDE YABANCI İŞÇİ

Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin çalışma hayatındaki etkisi sadece iş ilişkilerini değiştirmekle sınırlı kalmamakta bu değişiklikler yeni istihdam türlerinde işgücü ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Diğer bir ifadeyle bilgi işlerinin istihdam piyasasında giderek yaygın bir nitelik taşıması bu alanda istihdam edilecek nitelikli işgücü ihtiyacını da gündeme getirmektedir. Bu bağlamda ülkeler öncelikle kendi vatandaşlarıyla akabinde ise yabancı işgücüyle bu alandaki gereksinimi karşılama çabası içerisine girmektedir. Nitekim az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelere ekonomik anlamda gelişmiş olan ülkelere yaşanan beyin göçü maalesef ülkemizin de içinde bulunduğu birçok ülke için ciddi bir sorun teşkil etmektedir.

Dolayısıyla ülkemizde de gelişim gösteren bilgi işlerinde öncelikle yerel işgücüyle bahse konu alandaki istihdamın karşılanması bunun yetersiz kalması durumunda ise yabancı bilgi işçilerini ülkemiz istihdamına kazandıracak politikalara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu çerçevede öncelikle halihazırda yürürlükte bulunan 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanun ele alınmış, bu kanun döneminde yapılan değişiklikler ve bu alanda halihazırda TBMM gündeminde bulunan yasa tasarısının hükümleri değerlendirilmeye çalışılmıştır.

I. Çalışma Hakkı ve Özgürlüğü İlkesi

Türk Dil Kurumu sözlüğünde çalışma kavramı '*bir sonucu elde etmeye dönük emek harcamak*' şeklinde ifade edilmektedir.³¹¹ Bu itibarla oldukça geniş bir anlam içeren çalışma kavramının İş Hukuku'ndaki yansıması ise daha çok ekonomik değerle ilgilidir. Gerçekten bu hukuk dalında çalışma kavramı ekonomik bakımdan değerlendirilebilen emeği ifade etmektedir.³¹² Aynı zamanda bir kişinin hizmetinden karşılıksız/bedava yararlanma anlamına gelen³¹³ angarya yasağına ilişkin anayasal düzenlemeden (m.18) çalışmanın ekonomik bir anlam içerdiği sonucu çıkarmak mümkündür.

³¹¹ Türk Dil Kurumu sözlüğü için bkz. <http://www.tdk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 01.08.2015).

³¹² Süzek, 244.

³¹³ Bkz. tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 01.08.2015).

Çalışma hakkı ve özgürlüğü yakın kavramlar olmakla birlikte farklı anlamlar içermektedir. Çalışma hakkının kişilerin çalışacak bir işe sahip olmaları ve çalışmanın engellenemeyeceği anlamına geldiği doktrinde belirtilmektedir.³¹⁴ Ayrıca, çalışma hakkının bir işe sahip olmakla sınırlı olmadığı; iş güvenliği, çocuk, kadın ya da gençlerin özel olarak koruması, adil ücret, ücretli tatil ve dinlenme ile sosyal güvenliğe ilişkin hakların da anayasal çalışma hakkının içeriğini oluşturduğu öğretide ifade edilmektedir.³¹⁵

Anayasamızın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı 3. bölümünde herkesin dilediği alanda çalışma hürriyetine sahip olduğu özel olarak düzenlenmiştir (m.48). Bu bölümde ayrıca çalışmanın herkese tanınan bir hak ve ödev olduğu ayrıca hüküm altına alınmıştır (m.49). Bu şekliyle çalışma hem bir hak hem de bir özgürlük olarak herkes açısından Anayasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.³¹⁶ Ayrıca, Anayasada devlet çalışma hayatını geliştirmek ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur (m.49/2).³¹⁷ Kuşkusuz devlete yüklenen bu görev kişilerin sahip olduğu anayasal çalışma hakkının sağlanması ve korunmasının karşı edimini oluşturmaktadır. Zira kişiler çalışma hakkından ancak iş ve çalışma olanağı mevcutsa yararlanabilir.

Çalışma özgürlüğü ise kişinin istediği işi seçmekte hür olması, istediği işi yerine getirirken kimsenin engellemesine maruz kalmaması ve çalışmanın serbest bir faaliyet olması anlamına gelmektedir.³¹⁸ Bu kavram aynı zamanda hem bağımlı hem de bağımsız çalışanları ilgilendiren bir nitelik taşımaktadır. Bağımsız çalışma özgürlüğü endüstriyel ve ticari faaliyette bulunma hürriyetini yani özel teşebbüs özgürlüğünü ifade etmektedir. Bu açıdan işveren işyerini serbestçe seçme, işine devam etme veya sona erdirmeye, iş ilişkisi kurma ya da sona erdirmeye hak ve

³¹⁴ Esener, 12.

³¹⁵ Kaboğlu, 464. İçermiş olduğu birden fazla hak nedeniyle çalışma hakkını çalışma hakları olarak ifade eden öğretici görüşü için bkz. Şen, 19.

³¹⁶ Öte yandan Anayasa’nın 16. maddesinde yabancılar için temel hak ve özgürlüklerin milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. Yabancıların çalışma hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının anayasal gerekçesi konusunda bkz. Er, 180-182. İstar, 191.

³¹⁷ Çalışma hakkı karşısında devletin yükümlülükleri ve Türkiye’deki durum konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Talas, 407 vd.

³¹⁸ Tanör, 99.

özgürlüğüne sahiptir. Bağımlı çalışma özgürlüğü ise işçinin istediği işte çalışma, istediği iş ilişkisine girme veya bu ilişkiden ayrılma hak ve özgürlüğünü içermektedir.³¹⁹ Kuşkusuz bu hak ve özgürlüklerin sınırları kanunlar tarafından belirlenmektedir.

Anayasa'nın 48. maddesinin 1. fıkrasında çalışma hürriyetinin yanında sözleşme özgürlüğü de teminat altına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre *“Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.”* Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde de *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”* hükmü öngörülmüştür. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin anayasal esas ve borçlar hukuku ilkesi İş Hukuku'nda da karşılığını bulmuştur. İş Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkra düzenlemesine göre; *“Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler.”* Öğretide çalışma özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğünün birbirini tamamladığı³²⁰, “sözleşme yapıp yapmama” ve “sözleşmenin karşı tarafını seçme” hürriyetinin sözleşme özgürlüğü kapsamında yer aldığı³²¹ ifade edilmektedir. Bu bakımdan her iki özgürlük türü de iş hayatının korunması ve geliştirilmesi açısından olmazsa olmazlar arasındadır.

Çalışma hak ve özgürlüğü uluslararası alandaki temel düzenlemelere de konu olmuştur. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23. maddesinin 1. fıkrasında; *“Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.”* Bu hak ve özgürlük Avrupa Sosyal Şartı'nda ise *“Herhangi bir Akit Tarafın vatandaşları, inandırıcı, ekonomik veya sosyal nedenlere dayalı kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla, diğer bir Akit Taraf ülkesinde, o ülke vatandaşları ile eşit koşullar altında kazanç getirici herhangi bir merkezi işte çalışma hakkına sahiptir”* şeklinde düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede de çalışma hak ve özgürlüğünün herkese tanındığı görülmektedir. Öte yandan, Avrupa Sosyal

³¹⁹ Cin, 19.

³²⁰ Tunçomağ-Centel, 5.

³²¹ Ateş, 79.

Şartı inandırıcı, ekonomik veya sosyal nedenlere bunları sınırlandırıcı bir takım düzenlemeler getirilebileceğini kabul etmiştir.

II. Yabancı Bilgi İşçisiyle İş Akdi Kurma Özgürlüğü ve Sınırları

Çalışma hakkı ve özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler 20. yy'dan itibaren çeşitli ülkelerin anayasalarında açıkça öngörülmeye başlamıştır.³²² Öte yandan, devletler bu hakların kişi açısından kapsamının düzenlenmesinde farklı uygulamalara yönelmişlerdir. Gerçekten Anayasamızda olduğu gibi bu hakları “herkes” için öngören düzenlemelerin yanında, Almanya ve İtalya gibi ülkeler sadece kendi vatandaşlarını kapsamına alan hükümler getirmiştir.³²³ Çalışma hakkını “herkes” için öngören anayasal düzenler de ekonomik, siyasi veya sosyal gayelerle bu hakkı yabancılar açısından kanunlar yoluyla sınırlandırma yoluna gitmiştir. Bu kısıtlar ekonomik, sosyal veya siyasi nedenlere dayanabilir. Ekonomik nedenlere dayalı sınırlamaların amacı ülkeye girecek yabancı işçi sayısının kontrol altında tutularak yerli işgücünün korunmasıdır. Siyasi sebeplerdeki gayede ise ülkenin milli güvenliği söz konusudur. Yerli ve yabancı nüfus oranı arasındaki dengenin korunması, kültürel ve sosyal açıdan farklı bir sınıfın ortaya çıkması önlenmesi ise sosyal nedenlere dayalı sınırlandırmaların amacını oluşturmaktadır.³²⁴

4857 sayılı İş Kanunu işçinin vatandaşlığı konusunda herhangi bir yasaklayıcı hüküm öngörmemiştir.³²⁵ Öte yandan, iş mevzuatında hizmet akdi kurma hürriyeti bu hukuk dalının sosyal amacına uygun olarak belli sınırlandırmalara tabi tutulmuştur.³²⁶ Bunlardan yabancı işçi çalıştırılması konusunda getirilen kısıtlar bilgi işindeki istihdamın yerli işgücüyle sağlanamaması karşısında belli tartışmaları gündeme getirmektedir. Nitekim 1960'lı yılların başından itibaren yurtdışına işçi

³²² Çalışma hakkı ve özgürlüğünün anayasal düzenlemeye kavuşturulmasına ilişkin tarihsel süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cin, 22-36.

³²³ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'na göre; “*Bütün Almanlar mesleklerini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçmek hakkına sahiptir.*” (m.12/1), İtalya Cumhuriyeti Anayasası 4. Maddesinin 1. Fıkra hükmüne göre ise; “*Cumhuriyet tüm vatandaşlarının çalışma hakkını tanır ve bu hakkı etkin hale getirecek koşulları düzenler.*” (m.4/1).

³²⁴ Cin, 38.

³²⁵ Yabancıların iş akdi kurma serbestisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz, 190-193.

³²⁶ İş akdi kurma özgürlüğünün sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 323-339.

ihraç eden ülkemiz son yıllarda ülkemiz vasıflı işgücüne duyduğu ihtiyaç nedeniyle işgücü ithal eder duruma gelmiştir.³²⁷ Bu kapsamda bilgi işinde yabancı işçi istihdamına ilişkin ulusal düzenlemelere ve Avrupa Birliği uygulamaları ile konuyla ilgili halihazırda TBMM gündeminde bekleyen yasa tasarısına ilerleyen başlıklarda yer verilmiştir.

1. Yabancı ve Yabancı İşçi Tanımı

Yabancılar hukukunda bir kişinin yabancı olup olmadığına yönelik iki teoriden söz edilmektedir. Bunlardan ilkinin oluşturan klasik teoriye göre; yabancı kavramının temelini kişinin vatandaşlık bağı oluşturmaktadır. Bu bağlamda haklardan yararlanmada ön plana çıkan husus kişinin devletle olan hukuki ve siyasi bağıdır. Yabancılar tanınan hakları ise devlet serbestçe belirler. Anayasamızda da yabancılar için temel hak ve hürriyetlerin milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilirliği ifade edilmiştir (m.16). Diğer taraftan sosyolojik teori ise kişinin devletle olan bağından ziyade sosyal gerçeklere önem vermektedir. Bu görüşe göre hayatlarının devamı için aynı ülkede toplanan kişiler vatandaşlıklarına bakılmaksızın eşit haklardan yararlanmalıdır.³²⁸ Günümüzde devletler kendi hukuklarında yabancı kavramını belirlerken ağırlıklı olarak klasik teoriyi esas almaktadır. Ülkemizde de yabancı kavramı klasik teori çerçevesinde tanımlanmaktadır. Gerçekten 29.5.2009 tarihinde kabul edilen 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun tanımlar başlıklı 3. maddesine göre yabancı; *“Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi”* olarak tanımlanmıştır.

Doktrinde yabancı kavramı bir devletin ülkesinde bulunmakla birlikte o devletin tabiiyetini iddiaya hakkı olmayan kişi şeklinde tanımlanmaktadır.³²⁹ Dolayısıyla bir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olmayan kişiler o devlet açısından yabancı sayılırlar.³³⁰ Buna göre yabancı, başka bir devletin vatandaşı olabileceği gibi

³²⁷ Cengiz, 187.

³²⁸ Bahse konu teoriler için bkz. Göger, 3-4

³²⁹ Berki, 172. Göger, 4. Nomer, 49. Çelikel-Gelgel, 16. Altuğ, 8. Aybay, 11-13. Gülgören, 7.

³³⁰ Ekşi, 1.

vatansız veya mülteci de olabilir.³³¹ Bu tanımlardan hareketle yabancı işçiyi Türkiye’de bir işveren nezdinde iş akdine bağlı olarak iş gören yabancı olarak tanımlamak mümkündür.

2. Yabancı Bilgi İşçisi İstihdamının Önemi

Günümüz ekonomilerinin bilgi çerçevesindeki evrimi bu alandaki istihdamın günden güne önem kazanmasına yol açmaktadır. Sınırlı sayıdaki bilgi işçisi arzı karşısında devletlerin genellikle yabancı ülkelerin nitelikli işçilerini kendi istihdam alanlarına kazandırma yoluna gittikleri görülmektedir. Çoğunlukla geri kalmış ülkelere gelişmekte ya da gelişmiş olan ülkelere gerçekleşen bilgi işçisi göçü, göç veren ülkelerin ekonomilerinde yapısal sorunların doğmasına yol açmaktadır. Negatif korelasyonun söz konusu olduğu bu olguda göç alan ülkelerin ekonomik gelişmişlik düzeyinin ise olumlu yönde etkilendiğini söylemek mümkündür.

Toplumda beyin göçü olarak adlandırılan bilgi işçisi göçü sorunuyla ülkemizin uzun yıllardır mücadele içerisinde olduğu bilinen bir gerçektir.³³² Aynı zamanda özellikle son yıllarda Ortadoğu coğrafyasında yaşanan ekonomik ve siyasi problemler nedeniyle bölge ülkelerindeki niteliksiz işgücünün ülkemize göç etmesi istihdam alanındaki bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Nitekim Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın 2014 yılının Mayıs ayında yayınlanmış olduğu Ulusal İstihdam Stratejisi’nin ‘giriş’ bölümünde ülkemizdeki yapısal işsizliğin yüksek olma nedenlerinden bir tanesi olarak işgücü niteliğinin düşük olması gösterilmiştir. Buna göre 2012 yılında Türkiye’de işgücünün %61,5’i ve işsizlerin %55,9’u lise altı eğitim seviyesindekiler ve okuryazar olmayanlardan oluşmaktadır.

³³¹ Cin, 5.

³³² Esener’e göre vasıflı işçilerin yurtdışına gitmesi işgücü eksikliğini olumsuz şekilde etkilemekte bu durum Sosyal Politika açısından olumsuzluğa işaret etmektedir. Bkz. Esener, 14. Bilgi işçilerinin göç nedenleri ve çözüm yolları konusundaki öneriler hakkında bkz. Başaran, 133 vd. Doktrinde beyin göçü şu şekilde tanımlanmaktadır; iyi eğitim görmüş, düşünen, üreten, kalifiye işgücünün araştırma yapmak ve çalışma amacıyla en verimli oldukları dönemde bir başka ülkeye gidip geri dönmemeleri durumudur. Bu tanım için bkz. Kaya, 1. Türkiye’deki beyin göçünün tarihsel süreci için bkz. Bakırtaş-Kandemir, 966 vd.

Bilgi işçileri ile niteliksiz işçiler arasındaki dengesiz dağılım bir ülkenin bilgi toplumu ve ekonomisi olma yönündeki önemli engellerden bir tanesini teşkil eder. Bu dengesizliğin aşılması ileri vasıflı işgücünü oluşturan bilgi işçilerinin vatandaşlık bağına bakılmaksızın istihdamını gerekli kılmaktadır. Bu doğrultuda ekonomik açıdan gelişmiş ülkeler tarafından bu işçilerin istihdama kazandırılabilmesi için çalışma ve ikamet izni gibi konularda bir takım imtiyazlar tanınmaktadır. Diğer taraftan, ülkelerin kendi vatandaşlarının istihdamını korumak/sağlamak amacıyla yabancı işçi çalıştırması konusunda belli sınırlamalar da mevcuttur. Ekonomik gerekliliklerin devletlerin bu yöndeki politikalarına yön verdiğini söylenebilir.

3. Yabancı Bilgi İşçisi İstihdamına İlişkin Ulusal Mevzuatta Öngörülen Düzenlemeler

Yabancıların ülkemizde çalışabilmeleri için öncelikle Pasaport Kanunu ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na göre giriş yapmaları gerekmektedir.³³³ Yabancıların çalışmalarına ilişkin düzenlemeler ise temel olarak 27.2.2003 tarihinde kabul edilen 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'da (YÇİHK) öngörülmüştür.³³⁴ Ayrıca 4817 sayılı yasada her türlü çalışma izninin verilmesi, sınırlandırılması, iptali, çalışma izninden muaf tutulacak yabancılar ile bildirim yükümlülüklerinin nasıl yerine getirileceğine ilişkin usul ve esasların kanuna göre çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır (m.22/1). Bu düzenleme paralelinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği (YÇİHY) 29.08.2003 tarihinde mevzuatımıza kazandırılmıştır.³³⁵ Bu yönetmeliğin belli hükümleri de aynı bakanlığın 21.01.2010 tarihli yönetmeliği ile değişikliğe uğramıştır.³³⁶ Bunun yanında 6458 sayılı yasa da çalışma izni konusunda bir takım düzenlemeler getirmektedir.

³³³ Cengiz, 195.

³³⁴ Aktay-Arıcı-Kaplan, 80.

³³⁵ Yönetmelik için bkz. Resmi Gazete 29.08.2003 - 25214

³³⁶ Değişiklik yönetmeliği için bkz. Resmi Gazete 21.01.2010 - 27649

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek olan yabancılara ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin ayrıntısına ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 2003 yılında yayınlanan Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyraklı Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik'te yer verilmiştir.³³⁷

A. 4817 Sayılı Yasada ve İlgili Yönetmeliklerde Öngörülen Hükümler

4817 sayılı yasanın 1. maddesinde yabancıların Türkiye'deki çalışmalarını izne bağlamak ve bu yabancılara verilecek çalışma izinleri ile ilgili esasları belirlemek kanunun amacı olarak belirtilmiştir. Yasanın izin alma yükümlülüğü ve izin verme yetkisinin düzenlendiği 4. maddesinin 1. fıkrasına göre ise *“Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, yabancıların Türkiye'de bağımlı ya da bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin almaları gerekir.”* Bu madde gereğince ister bağımlı ister bağımsız olsun yabancıların çalışmaya başlamalarından önce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan izin alma şartı koşularak³³⁸, Anayasa'nın 48. maddesinde herkes için öngörülen çalışma hakkı yabancılar açısından ilgili kurumun iznine tabi tutulmuştur. Böylelikle istenmeyen yabancı işçilerin iş piyasasına girmesinin engellenmesinin yanında yabancı işçi çalıştırmak suretiyle işsiz kalabilecek yerli işçilerin korunması ve ayrıca ileri vasıflı işçileri işe almada öncelik hakkının tanınması sağlanmış olacaktır.³³⁹

Aynı maddenin 2. fıkrasında yabancıların çalışmaya başlamadan önce izin almalarının istisnasına yer verilmiş ve ülke menfaatlerinin gerekli kıldığı hallerde veya mücbir sebeplere dayalı olarak çalışmaya başladıktan sonra da izin alınabileceği belirtilmiştir. Ancak bu durumda da çalışmaya başlamadan önce ilgili makama bilgi verilmesi ve bakanlık onayının alınması ile çalışmaya süresinin 1 ayı geçmemesi

³³⁷ Yönetmelik için bkz. Resmi Gazete 29.08.2003-25214.

³³⁸ 4817 sayılı kanunun 2. maddesi gereğince kuruluş kanunlarında yabancı istihdamı konusunda yetkilendirilen Başbakanlık, Milli Savunma Bakanlığı, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, TÜBİTAK gibi kurumlar kendi bünyelerindeki yabancı istihdamı konusunda karar merciidir. Ayrıca, Ekonomi Bakanlığı serbest bölgelerde çalışan yabancılara, Yükseköğretim Kurulu ise yabancı öğretim elemanlarına çalışma izni vermektedir. Bkz. Önder, 338.

³³⁹ Cin, 88.

koşulları da aynı madde hükmünde öngörülmüştür. Kanunda ilgili bakanlığın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olduğu ifade edilmekle birlikte (m.3) ilgili makam tabirinden hangi kurumun kastedildiği hususunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak gerek yasa gerekse yönetmelik hükümlerinden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın izin başvurularını değerlendirmede başlıca yetkili kurum³⁴⁰ olarak düzenlendiği dikkate alındığında çalışmaya başladıktan sonra bilgi verilecek olan makamında da aynı bakanlık olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür.

4817 sayılı kanunun kabulünden önce yabancıların çalışma izinlerine ilişkin 71 kanun ve 10 kanun hükmünde kararnamede doğrudan ve dolaylı hükümler yer almakta, 13 farklı makamın ise izin verme yetkisi bulunmaktaydı.³⁴¹ Bu düzenlemeler paralelinde yabancıların çalışmaları konusunda Türk Hukukunda geçerli temel ilkenin “yasak” olduğu öğretilde ifade edilmiştir.³⁴² Bunun temel sebebi ise Osmanlı döneminde kapitülasyonlar yoluyla yabancılara çalışma alanında tanınan geniş özgürlük alanının doğurduğu olumsuz sonuçlardır.³⁴³ Ayrıca bahse konu durum yabancı çalışmasına ilişkin ülkemizde sağlıklı bir veri tabanı oluşturulması, kayıt dışılıkla mücadele, haksız rekabetin önlenmesi, denetim konusunda aksaklıkların yaşanmasına yol açmıştır.³⁴⁴

4817 sayılı yasa gerek izin hususunda tek kurumu yetkili kılması gerekse mevzuattaki dağınık görünümü ortadan kaldırması sebebiyle yabancıların çalışma izinleri konusunda atılan önemli yasama faaliyetlerinden bir tanesini oluşturmaktadır.³⁴⁵ Bu husus yasanın genel gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır; *“Cumhuriyetin kuruluşundan günümüze kadar yetmişin üzerinde kanunda yabancıların istihdamı ile doğrudan ya da dolaylı hükümler yer almış bu durum, mevzuatımızda dağınık ve çok başlı bir yapı yaratmış, yabancıların çalışmalarının düzenlenmesinde yetersiz kalmıştır....Dağınık mevzuat yapımız kayıt dışı yabancı istihdamının artmasında ve bu durum ile etkin bir şekilde mücadele verilmesinde*

³⁴⁰ Cengiz, 196.

³⁴¹ Cin, Çalışma İzni, 3. Alp, Yabancılar, 36. Ayrıca bu kurumlar için bkz. Arslan, 5.

³⁴² Alp, Yabancılar, 34.

³⁴³ Çelikel, 109.

³⁴⁴ Arslan, 6.

³⁴⁵ Uygulamada bahse konu dağınıklığın devam ettiği konusunda Arslan, 6.

olumsuz yönde etkili olmuştur. Ülkemizde çalışma barışı, ücret düzeni, sendikal düzen üzerinde olumsuz etkileri belirginleşmeden ve ülkemizin uluslararası taahhütlerinin karşılanması bakımından yabancıların ülkemizdeki çalışmalarının izne bağlanmasını ve izinlerin prensip olarak tek merkezden verilmesini sağlayacak bir kanuni düzenleme büyük önem taşımaktadır.”

4817 sayılı yasa yabancıların çalışma izinleri konusunda iki temel düzenleme öngörmektedir. Bunlardan birincisi 11.6.1932 tarihli ve 2007 sayılı Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun’un yürürlükten kaldırılması (m.35), ikincisi ise yabancıların çalışabilmesinin izin alınması koşuluna bağlanarak çalışma izni tür ve koşullarına ilişkin hükümlerdir. Bu kapsamda çalışma izni belli şartları taşıyan yabancılara verilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşlarına çalışma izni verilmesi konusunda önemli ayrıcalıklar tanınmıştır.

4817 sayılı kanun yabancıların çalışma özgürlüğünün genişletilmesi konusunda önemli düzenlemeler getirmekle birlikte diğer yasalarda yer alan yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere dair hükümleri saklı tutmuştur (m.13/2).³⁴⁶ Gerçekten ülkemizde yabancılara tanınan çalışma hakkı her iş ve mesleğin icrası için kabul edilen yasalarda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren, kabul edilen yasalarda o iş ve mesleği yapacak kişilerin vatandaşlığı ya da yabancılığı konusunda herhangi bir koşul öngörülmediği takdirde, yabancıların o işi yapabileceği buna karşın “Türk vatandaşı olmak” şeklinde bir kayıt yer alması durumunda yapamayacağı esas kabul edilmiştir.³⁴⁷ Bu konuda örnek olarak avukatlık, eczacılık, gözlükçülük, veterinerlik, noterlik, Türk deniz araçlarında kaptanlık, çıraklık, katiplik, tayfalık, amelelik, iskele ve rıhtım hamallığı, gazete ve dergilerin sorumlu yazı işleri müdürlüğü, gümrük müşavirliği ve

³⁴⁶ Bu kanunlar Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu, Kabotaj Kanunu, Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun, Gözlükçülük Hakkında Kanun, Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Veteriner Hekimleri Birliğinin ve Odalarının Teşekkü Tarzına ve Gmreceği İşlere Dair Kanun, Exzacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun, Basın Kanunu’nda yabancıların çalışmasına yönelik sınırlamalar bulunmaktadır. Ayrıca bazı meslek gruplarında yabancıların çalışması özel izne tabi kılınmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz, 199-206.

³⁴⁷ Çelikel, 109.

yardımcılığı ve borsa komisyonculuğu gibi işler gösterilmektedir.³⁴⁸ Bu bağlamda YİÇHK'nun genel gerekçesinde her ne kadar mevzuatımızdaki dağınıklığın önlenmesi amacı belirtilse de bu hususun devam ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla avukatlık, eczacılık ve borsa komisyonculuğu gibi bilgi işlerinde yabancı istihdamındaki sınırlamalar halen devam etmektedir.³⁴⁹

4817 sayılı yasanın “Çalışma İzinleri ile Çalışma İzni Muafiyet ve Sınırlamaları” başlıklı üçüncü bölümü, yasanın 4. maddesinde öngörülen izin müessesini dörde ayırmıştır. Bu izinler süreli çalışma izni (m.5), süresiz çalışma izni (m.6), bağımsız çalışma izni (m.7) ve istisnai hallerde verilen çalışma iznidir (m.8). Bu izinlerin düzenlenme sırası ve içeriği yabancıların çalışma izni konusunda yasa koyucunun aşamalı bir düzenleme getirmek istediği izlenimi yaratmaktadır.³⁵⁰ Aşağıda başlıklar halinde özellikle bilgi işçileri açısından önem taşıyan süreli ve süresiz çalışma izni ile istisnai hallerde verilen çalışma iznine yer verilmiştir.

a. Süreli Çalışma İzinleri

Yabancıların Türkiye’de çalışmak istemesi ve belli şartları taşıması halinde önce süreli çalışma izni verilecektir. Gerçekten 4817 sayılı yasanın ‘Süreli çalışma izni’ başlıklı 5. maddesine göre; *“Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe süreli çalışma izni iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişiklikleri dikkate alınarak, yabancıların hizmet akdinin veya işin süresine göre, belirli bir işyeri veya işletmede ve belirli bir meslekte çalışmak üzere en çok bir yıl geçerli olmak üzere verilir.”* Düzenlemenin lafzi yorumundan hareketle ‘verilir’ ifadesinden bunun bir zorunluluk olarak anlaşılabileceğini ifade eden öğretici görüşüne rastlamak mümkündür.³⁵¹ Öte yandan, yasa maddesinin tüm fıkralarıyla birlikte

³⁴⁸ Alp, Yabancılar, 37.

³⁴⁹ Türk vatandaşlarına özgülenen iş ve meslekleri yabancılara yasaklayan yirmiye yakın kanunun halen yürürlükte olduğu, belirtilmektedir. Arslan, 4.

³⁵⁰ Alp, Yabancılar, 38.

³⁵¹ Çelikel, 118.

dikkate alınması neticesinde bunun idareye tanınan bir takdir hakkından ibaret olduğu sonucu çıkmaktadır.³⁵²

Madde hükmünde öngörülen *iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler ve istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişiklikleri* anlam itibarıyla oldukça geniş ifadeler olmakla birlikte yasa koyucu tarafından idareye geniş bir takdir hakkının tanındığını görülmektedir. Kuşkusuz bu durum ekonomik gereklilikler karşısında idarenin istihdam alanını düzenlemesinde belli bir esneklikten yararlanmasını amaçlamaktadır. Bu doğrultuda istihdamın yabancı bilgi işçisi çalıştırmasını gerekli kıldığı hallerde idarenin takdir hakkını bu yönde kullanması beklenmektedir. Yine kanunda bir yıllık çalışma süresinin akabinde, aynı işyeri veya işletme ve aynı meslekte çalışmak üzere çalışma izninin üç yıla kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir (m.5/2). Üç yıllık çalışmanın sonrasında ise aynı meslekte ve dilediği işverenin yanında çalışmak üzere, çalışma izninin süresi altı yıla kadar uzatılabilir (m.5/3). Bu düzenlemelerde ilk uzatım süresinde işçinin aynı işyeri ve meslekte, ikinci sürede ise aynı meslekte ancak dilediği işveren nezdinde çalışma hususları ekonomik gereklilikler ve yabancıların kademeli bir şekilde istihdama dahil edilmeleri açısından yerinde düzenlemelerdir.

Yabancılarla çalışma izninin verilmesi ve izin sürelerinin uzatılması konusunda 4817 sayılı yasanın 14. maddesinde belirtilen değerlendirmeleri³⁵³ yapacak olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, bu hususta Türkiye İş Kurumu tarafından periyodik olarak dört haftalık sürelerde hazırlanacak olan ‘il bazında yabancıların istihdamının uygun görülmediği iş ve meslekler’ başlıklı rapordan yararlanacaktır (YÇİHY m.13/3).

³⁵² Aynı yönde Alp, Yabancılar, 39.

³⁵³ Değerlendirme göz önünde bulundurulacak hususlar; iş piyasası, çalışma hayatı ve ekonomik konjonktürdeki gelişmeler, ülke içerisinde o işi yapacak başka bir kişinin olup olmadığı, çalışma talebinin kamu yararı, ahlakı, asayiş ve genel sağlık açısından tehdit oluşturmamasıdır. Ayrıca yabancıların çalışabilecekleri mesleklerin belirlenmesinde ilgili mercilerin mesleki yeterlilik dahil görüşlerinin alınması gerektiği yasada belirtilmiştir (m.13/1). Bu kapsamda başvurulacak merciler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, 16.

Yine düzenlemede bilgi işçileri açısından önem taşıyan husus izin sürelerinin uzatılması halinde bu işçilerin aynı meslek dalında çalışmaya devam edecek olmalarıdır. Gerçekten yasa gereğince 6 yıllık çalışma iznine sahip olan bilgi işçileri bu izin sürelerinde mesleklerinden farklı işlerde çalışamayacaklardır. Kuşkusuz yabancı işçi istihdamını izin verilen alanla sınırlandırmak ve yerli işçileri korumak amacıyla öngörülen bu düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilir. Keza belli bir meslek dalındaki istihdam açığı için çalışmasına izin verilen yabancı bilgi işçisinin farklı mesleklerde çalışmasının ekonomik açıdan izahı mümkün değildir. Ayrıca bu sınırlama süreli çalışma izninde süresiz çalışmaya geçişte kademeli bir sistem öngören yasanın ruhuna da uygundur.

Çalışma izni verilmesi konusunda önem taşıyan bir diğer düzenleme ise 4817 sayılı yasanın 14/b maddesinde karşımıza çıkmaktadır. ‘İzin isteminin reddi’ başlığını taşıyan söz konusu madde uyarınca çalışma izni veya çalışma izninin uzatılması istemi başvurulmuş iş için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunması halinde reddedilir. Bu durumun tespiti ve sonuçlarına ilişkin düzenlemeler ise YİÇHY’nin 13. maddesinin 4. fıkrası ile 21. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenlemeler gereğince bakanlık İşKur tarafından bildirilen raporlarda çalışma izni talebinde bulunulan iş için ülke içinden aynı nitelikte talep olduğunun bildirilmesi halinde bir değerlendirmeye gidecektir. Bu değerlendirmede başvuru sırasında istenecek belgelerin yanı sıra yabancının istihdamını haklı kılacak, işin özel niteliği ile yabancı personelin bonservis, referans mektubu, görevlendirme yazısı ya da kabul yazısı gibi yetkili makamlarca onaylı bilgi ve belgeler dikkate alınacaktır (YİÇHY m.13/4). Ayrıca bakanlık bu değerlendirmede İşKur’a tekrar müracaat ederek ek bilgi ve belgeleri ileterek de görüş alabilecektir (YİÇHY m.13/5). Bu değerlendirme neticesinde yabancı işçinin belgelere dayanan yetenekleri, yerli işçiye tercih edilmesini haklı göstermelidir.³⁵⁴ Bu düzenlemeler istihdam konusu iş için aynı yetkinlikte yerli işçi olması durumunda yabancı bilgi işçisi çalıştırılmasının önüne geçilmesi amacını

³⁵⁴ Alp, Yabancılar, 40.

gütmektedir. Sosyal nedenlerle öngörülen bu hükmün ülkedeki yerli işçi istihdamını geliştirmeye yönelik olduğu açıktır.

Bununla birlikte Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından aranan başvuru koşulları arasında mevzuatta yer almayan bir kota sistemine yer verilmiştir. Buna göre; izin verilebilmesi için yabancının çalışacağı işyerinde en az 5 Türkiye Cumhuriyeti vatandaşının istihdamı zorunlu tutulmuştur. Ayrıca, aynı işyeri için birden fazla yabancı için çalışma izni talebinde bulunulması durumunda, her bir yabancı için yerli işçi istihdam koşulu ayrı ayrı aranacaktır. İzin isteyen yabancının şirket ortağı olması halinde ise bu şart, Bakanlıkça verilecek bir yıllık çalışma izninin son altı ayı için aranacaktır. Bu koşulun bir takım bilgi işçileri açısından istisnasına da düzenlemede yer verilmiştir. Buna göre ileri teknoloji gerektiren işlerde veya aynı vasıflarda Türk Uzmanın bulunmadığı hallerde bu kriter uygulanmayacaktır.³⁵⁵

Bakanlık tarafından öngörülen kriterinin her ne kadar YÇİHY'nin 13. maddesi dayanılarak belirlendiği ifade edilse de anılan maddede ve mevzuatımızda Bakanlığa bu yönde bir takdir hakkı tanındığını ileri sürmek güçtür. Her ne kadar ileri teknoloji gerektiren işlerde belli sayıda yerli işgücü istihdamı şartı aranmasa da bilgi işinin sadece teknolojik bilgi gerektiren işlerden ibaret olmadığı dikkate alındığında bu koşulun ülkemizin bilgi işçilerine olan gereksiniminin karşılanmasını olumsuz etkileyeceğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Yerli işçilerin korunmasına ilişkin hükümler yabancı ülke mevzuatlarındaki düzenlemelere paraleldir. Örneğin, Alman Sosyal Yasası III'ün 285. maddesi gereğince yabancı işçinin çalıştırılabilmesi ancak ilgili iş için bir Alman vatandaşı veya çalışma hakkı bakımından aynı haklara sahip bir yabancı bulunmuyorsa mümkündür.³⁵⁶ Avrupa Birliği'ne üye diğer ülkelerdeki istihdamda yerel işçilerin öncelik hakkı ise Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi tarafından 19.10.1980 tarihinde alınan 1/80 sayılı kararın 8. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Bu

³⁵⁵ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yabancıların çalışma izni için öngördüğü koşullar için bkz. <http://www.calismaizni.gov.tr/calisma-izni/izin-degerlendirme-kriterleri/> (Erişim tarihi: 20.02.2016).

³⁵⁶ Alp, Yabancılar, 40.

karara göre; “Bir üye devletin iş bulma kurumları, kendilerinde kayıtlı bulunan açık işleri, usulüne uygun olarak kaydedilmiş Topluluk işgücü ile dolduramadıkları takdirde, söz konusu açık işleri, işsiz olarak kayıtlı bulunan ve o üye devletin topraklarında yasal olarak ikamet eden Türk işçileri ile doldurmaya çalışırlar.”

b. Süresiz Çalışma İzni

4817 sayılı yasanın 6. maddesinin ilk düzenlenen şekline göre Türkiye’de kanuni ve kesintisiz sekiz yıl ikamet etme veya altı yıl kanuni çalışma koşullarından birini gerçekleştiren yabancılar iş piyasasındaki durum ve çalışma yaşamındaki gelişmeler dikkate alınmaksızın ve belirli bir işletme, meslek, mülki veya coğrafi alanla sınırlandırılmaksızın süresiz çalışma iznine hak kazanabilmekteydi. Ancak, 10.9.2014 tarihinde kabul edilen 6552 sayılı yasa 22. maddesi ile bu düzenleme şu şekilde değiştirmiştir; “Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe ve 11.4.2014 tarihinden önce süresiz çalışma izni verilmiş olan yabancıların çalışma hakkı saklı kalmak kaydıyla; 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu uyarınca uzun dönem ikamet iznine sahip olanlar veya Türkiye’de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izni ile kalmış olan veya en az sekiz yıl kanuni çalışması olan yabancılara, süresiz çalışma izni verilebilir.”

Getirilen yeni düzenlemede dikkati çeken ilk husus Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Yabancılar Kanunu) uyarınca uzun dönem ikamet iznine sahip olanlara eski dönemden farklı olarak süresiz çalışma izninin tanınmış olmasıdır. Yabancılar Kanunu’nun amacı yabancıların Türkiye’ye girişleri, Türkiye’de kalışları ve ülkeden çıkışları ile koruma talep eden yabancılara sağlanacak korumanın kapsamına ve uygulamasına ilişkin usul ve esasları ile İç İşleri Bakanlığı’na bağlı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemektedir (m.1). Uzun dönem ikamet izni ise kanunun 42. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir; “Türkiye’de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle kalmış olan ya da Göç Politikası Kurulunun belirlediği şartlara uyan yabancılara, Bakanlığın onayıyla valilikler tarafından süresiz ikamet izni verilir.” Maddenin açık hükmü karşısında İçişleri Bakanlığının onayıyla valilikler

tarafından süresiz ikamet izni verilen yabancılar da süresiz çalışma izni hakkına sahiptir.

Yabancılar Kanunu'nun 43. maddesinde; sosyal yardım almama, kendisini veya varsa ailesinin geçimini sağlayacak yeterli ve düzenli gelire sahip olma gibi hususlar uzun dönem ikamet izninin kazanılmasında aranan koşullar arasında sayılmıştır. Öte yandan, aynı maddenin 2. fıkrası gereğince ise Göç Politikaları Kurulu tarafından belirlenen koşullar çerçevesinde yer alan yabancılara kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmama koşulu dışında 43. maddede hükmü uygulanmayacaktır. Dolayısıyla bu kapsamda yer alan yabancılar yalnızca kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmama şartını yerine getirmeleri durumunda uzun süreli ikamet ve süresiz çalışma iznine hak kazanacaktır.

Yabancılar Kanunu'na göre Göç Politikaları Kurulu İçişleri Bakanlığı'nın başkanlığında, Göç İdaresi Genel Müdürü, çeşitli bakanlık üyeleri ve sivil toplum kuruluşları temsilcilerinden oluşan bir yapıyı haizdir (m.105/1). Ayrıca kanunun 105/2. maddesi gereğince yılda en az 1 kez toplanması öngörülen kurulun görevleri arasında Türkiye'nin göç politika ve stratejilerini belirlemek ve uygulamasını takip etmek, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının önerileri çerçevesinde Türkiye'nin ihtiyaç duyduğu yabancı işgücüne ilişkin esasları belirlemek ve yabancılara verilecek uzun dönem ikamet iznine ilişkin şartları belirlemek gibi hususlar yer almaktadır (m.105/3). Günümüzde anılan Kurulun vermiş olduğu kararların çoğunlukla Suriye özelinde olmak üzere Ortadoğu coğrafyasında yaşanan siyasal ve sosyal problemlerden etkilenen yabancılara yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda, ekonomik açıdan az gelişmiş/gelişmekte olan ülkelerden Türkiye'ye yaşanan yoğun göç dalgasının niteliksiz işgücünü bilgi ekonomisi yönündeki gelişmeleri sınırlandırmaktadır.

4817 sayılı yasada süresiz çalışma iznine ilişkin olarak öngörülen bir diğer değişiklik ise yasanın ilk düzenlemesinde yer alan 6 yıllık çalışma süresinin 8 yıla çıkarılmasıdır. YÇİHY'te ise bu konuda bir değişikliğe gidilmemiş, toplam altı yıllık çalışması olan yabancılara süresiz çalışma izninin verileceği düzenlenmiştir (m.31).

Öğretide eski kanun döneminde yasa yapıcının 6 yıllık süreli çalışma izni sonrası ikinci aşama olarak süresiz çalışma iznini öngördüğü ifade edilmekteydi.³⁵⁷ Yeni düzenlemede ise 6 yıllık çalışma süresini tamamlayan ve süresiz çalışma iznine hak kazanmak isteyen yabancılar 8 yıllık kanuni süreyi tamamlamak için süreli izin müessesini kanımızca baştan başlatmaları gerekmektedir. Nitekim yasanın mevcut düzenlemesinde “...çalışma izninin süresi altı yıla kadar uzatılabilir” ifadesine yer verilmiştir (m.5/3). Bu bağlamda yasa metnine bağlı kaldığımızda baştan 6 yıllık bir izin hakkının tanınmadığı, devam eden izin süresine üst sınır getirildiği sonucuna varmak mümkündür. Nitekim YÇİHY’in süreli çalışma izninin uzatılması başlıklı 27. maddesinde artırılan sürelerin ilave olarak dikkate alınacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu durumda örneğin, 6 yıllık yasal çalışmasını tamamlayan yabancı bir mühendisin süresiz çalışma iznine hak kazanması için önce bir yıllık akabinde ise üç yıllık çalışma iznine başvurması söz konusu olacaktır. Bu durumun ise çalışılan süreyle orantılı bir şekilde çalışma iznini uzatan 4817 sayılı yasanın sistematığıne aykırı olduğunu söylemek mümkündür.

4817 sayılı yasa değişikliğe uğramadan önce iş piyasasındaki durumun ve çalışma hayatındaki gelişmelerin dikkate alınmaksızın ve belirli bir işletme, meslek, mülki veya coğrafi alanla sınırlandırılmaksızın süresiz çalışma izninin verilebileceği düzenlemiştir (m.6). Öğretide idarenin süreli çalışma izni verilmesi konusundaki takdir hakkının yasanın açık hükmü karşısında süresiz çalışma izinlerinde olmadığı isabetli olarak ifade edilmiştir.³⁵⁸ Öte yandan, getirilen değişiklik ile ‘değerlendirme’ ve/veya ‘sınırlandırma’ yapmama hususunun yasa metninden çıkarıldığı ve eski madde hükmünde döneminde yer alan ‘verilebilir’ ifadesinin yeni düzenlemede de korunduğu görülmektedir. Dolayısıyla süresiz çalışma izinlerinde de artık Bakanlığa takdir hakkının tanındığı sonucunu çıkarmak mümkündür. Bu bağlamda idare tarafından süresiz çalışma izninin tanınmasından önce de ülkedeki istihdam durumu göz önünde bulundurulacak ve bunun sonucunda izin talebi ya reddedilecek ya da belli sınırlamalara tabi tutulacaktır. Ekonomik konjonktürdeki ya da istihdam piyasasındaki değişikliklerin süresiz izin talebinin reddine yol açacağı söylenebilir.

³⁵⁷ Alp, Yabancılar, 41.

³⁵⁸ Alp, Yabancılar, 41.

Bu hususun ise ülkemizin istihdam piyasasında uzun süreli iş görme düşüncesi taşıyan bilgi işçileri için caydırıcı nitelikte olabileceği kanısını taşıyoruz.

c. İstisnai Çalışma İzni

4817 sayılı “*İstisnai haller*” başlığını taşıyan 8. maddesi ile YİÇHY’in aynı başlıklı 43 ila 54. maddelerinde belirtilen yabancılara yasada öngörülen sürelerle tabi olmaksızın çalışma izni alma hakkı tanınmıştır.³⁵⁹

Yasada istisnai çalışma hakkının evlilik, vatandaşlık veya devletlerarası ilişkiler gibi bir takım sosyal ve siyasal nedenlere dayalı olarak sınırlı sayıdaki yabancılara tanınmıştır.³⁶⁰ Ayrıca bilimsel, kültürel veya sportif faaliyetler amacıyla belli bir sürenin üzerinde geçici olarak Türkiye’ye gelecek yabancılara da istisnai çalışma izninin verilebileceği düzenlenmiştir. Ülkemizdeki bilimsel, teknik ve sportif gelişmelere katkı sağlayabilecek bilgi işçisi niteliğindeki bu kişilere istisnai çalışma hakkının tanınması yerinde bir düzenlemedir.

³⁵⁹ Bu düzenlemenin eleştirisi için Alp, Yabancılar, 48.

³⁶⁰ Bu kişiler; Bir Türk vatandaşı ile evli olan ve eşiyle Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan veya evlilik birliği en az üç yıl sürdükten sonra sona ermiş olmakla birlikte Türkiye’de yerleşmiş olan yabancılar; 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 19, 27 ve 28 inci maddeleri çerçevesinde Türk Vatandaşlığını kaybedenler ve bunların füruu; Türkiye’de doğan veya kendi millî kanununa, vatansız ise Türk mevzuatına göre rüşt yaşını doldurmadan Türkiye’ye gelen ve Türkiye’de meslek okulu, yüksekokul veya üniversiteden mezun olan yabancılar; 2510 sayılı İskân Kanununa göre muhacir, mülteci veya göçebe olarak kabul edilen yabancılar; Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşları ile bunların Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşı olmayan eş ve çocukları; Yabancı devletlerin Türkiye’deki büyükelçilikleri ile konsolosluklarında ve uluslararası kuruluşların temsilciliklerinde görevli diplomat, idarî ve teknik personelin hizmetinde çalışanlar ile karşılıklılık ilkesi çerçevesinde olmak ve görev süresiyle sınırlı kalmak üzere Türkiye’de bulunan büyükelçilikler, konsolosluklar ve uluslararası kuruluşların temsilciliklerinde görevlendirilen diplomatlar ve idarî ve teknik personelin eş ve çocukları; Bilimsel ve kültürel faaliyetler amacıyla bir ayı aşan ve sportif faaliyetler amacıyla dört ayı aşan süre ile geçici olarak Türkiye’ye gelecek yabancılar; Kanunla yetki verilen bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarınca sözleşme veya ihale usulleriyle mal ve hizmet alımı, bir işin yaptırılması veya bir tesisin işletilmesi işlerinde çalıştırılacak kilit personel niteliğindeki yabancılar-Uluslararası koruma başvurusunda bulunan ve İçişleri Bakanlığınca şartlı mülteci statüsü verilen yabancı ve vatansız kişilerden oluşmaktadır.

d. Bağımsız Çalışma İzni

4817 sayılı yasanın 7. maddesi gereğince Türkiye’de en az beş yıl kanuni ve kesintisiz olarak ikamet etmeleri koşulunu yerine getiren yabancılara Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından bağımsız çalışma izni verilebilir. Yine aynı yasanın 3. maddesinde bağımsız çalışan; başka şahısları istihdam etsin veya etmesin kendi ad ve hesabına çalışan yabancı şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle yabancı bağımsız çalışan serbest meslek sahibi olabileceği gibi işçi istihdam etmesi halinde işveren de olabilecektir.

YİÇHY yabancıların bağımsız çalışmasını ‘Bağımsız Çalışma İzinlerinin Verilmesi ve Uzatılması ile Uzatmanın İkametle İlişkisi’ başlıklı 3. Bölümünde 36 vd. madde hükümlerinde düzenlemiştir. Yönetmelikte bağımsız çalışma isteyen yabancılarla ilgili olarak kanunda öngörülme-yen ek bir koşulun daha yer aldığı görülmektedir. Bu düzenlemeye göre bağımsız çalışma izninin verilebilmesi için 5 yıllık ikamet süresinin yanı sıra çalışmanın ekonomik kalkınma için katma değer yaratması ve istihdam üzerine olumlu etki yapması gerekmektedir (m.36/1). İstihdamın üzerindeki etkinin belirlenmesinde ise ilgili mercilerin görüşleri alınacaktır (m.36/2). Görüldüğü üzere yabancıların bağımsız çalışma talepleri karşısında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı çalışmanın ekonomik katkısını ilgili mercilerin görüşlerini alarak değerlendirecek ve kararını buna göre şekillendirecektir. Öğretide, yasada açık bir düzenleme olmamasına karşın bu iznin de ‘belli bir iş veya mesleğe’ yönelik olarak verileceği isabetli olarak ifade edilmektedir.³⁶¹ Çünkü ekonomiye katkının belirlenebilmesi için izin başvurusunun belli bir işe veya mesleğe hasredilmesi gerekmektedir. YİÇHY bağımsız çalışma izninin değerlendirilmesinde dikkate alınmak üzere, yabancının faaliyetinin ulusal ekonomiye sağlayacağı katkı ve yabancının icra edeceği faaliyete ilişkin yeterli miktarda gelire sahip olduğunu kanıtlayan belgelerin Bakanlığa iletilmesinin talep edilebileceği belirtilmiştir (m.40).

³⁶¹ Cin, 94.

Yabancıların bağımsız çalışma izninin verilmesinde yerine getirecekleri işlerin ulusal ekonomiye katkı sağlanmasının aranması ekonomik gereklilikler karşısında önem arz etmektedir. Öte yandan, günümüz bilgi ekonomileri ve toplumlarında sermayenin yerini bilgi işçilerinin aldığı gerçeği karşısında yabancı tarafından icra edilecek faaliyete ilişkin gelir beyanından ziyade bu faaliyetin ekonomiye katkısı kanımızca daha büyük önem arz etmektedir. Özellikle kuruluşunda yüksek meblağlı bir sermaye gerektirmemekle birlikte bilgi işçilerinin yoğun olarak çalıştığı ‘Startup’³⁶² türündeki şirketlerin özellikle gelişmiş ülkelerde hızla yayıldığı gözlemlenmektedir.³⁶³

e. Kilit Personel

Kilit personel Türkiye’de kurulu bir tüzel kişinin yönetiminde, denetiminde, personel alımında ya da çıkarılmasında görev alan işveren vekilidir.³⁶⁴ (YÇİHY m.3). Düzenlemeden hareketle kilit personelin temelde bir bilgi işçisi olduğunu söylemek mümkündür.

4817 sayılı yasada kilit personel istisnai çalışma hakkının tanındığı yabancılar arasında sayılmıştır. Ayrıca 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile bu yasanın 3. maddesine dayanılarak çıkarılan Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı

³⁶² Startup kelimesinin Türkçe karşılığı İngilizce sözlüklerde “sıfır noktasından işe başlayan bir şirket” olarak çevrilmektedir (www.zargan.com). Diğer taraftan, yabancı ülkelerde giderek yaygınlaşan ve bilgi ekonomilerinin yeni şirket türünü ifade eden bu kavram ‘girişimcilik’ten farklı anlamlar içermektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. <http://blog.radikal.com.tr/medya-televizyon/startup-nedir-37588> (Erişim tarihi:12.11.2015). Startup kuruluşunda düşük sermaye gerektiren, daha önce hiçbir yerde bulunmayan bir ürünü ya da hizmeti sağlama amacı güden ve ilk aşamasında ticari fikrin geliştirilmesi, test edilmesi ve pazarlanması amacını güden şirket anlamına gelmektedir. Bkz. <http://www.investopedia.com/ask/answers/12/what-is-a-startup.asp> (Erişim tarihi: 01.12.2015).

³⁶³ Başarılı startup türü şirket örnekleri olarak bugün değerleri milyar dolarla ifade edilen Uber, Airbnb, Lending Club gibi şirketler gösterilmektedir. Bkz; <http://www.forbes.com/sites/briansolomon/2014/12/17/the-hottest-startups-of-2014/> (Erişim tarihi: 03.12.2015).

³⁶⁴ İlgili maddede kilit personel şu şekilde tanımlanmıştır; ‘Türkiye’de kurulu bir tüzel kişinin üst yönetiminde ya da yürütme pozisyonunda çalışmak, şirketin tamamını veya bir bölümünü yönetmek, şirketin denetçilerinin, idari veya teknik personelinin işlerini denetlemek veya kontrol etmek, şirkete yeni personel almak ya da mevcut personelin işine son vermek veya bu konularda teklif yapmak alanlarından en az bir tanesinde görev alan veya bu konularda yetki sahibi; şirket ortağı, yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyesi, genel müdür, genel müdür yardımcısı, şirket müdürü, şirket müdür yardımcısı ve benzeri mevkilerde görev yapan kişidir.’ Kilit personel konusunda ayrıca bkz. Arslan, 11, 14-15.

Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik'te (YPY) özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda ve irtibat bürolarında çalışacak kilit personele ilişkin çeşitli düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerde de kilit personelin niteliğinde bilgi işçilerinin ülkemiz istihdamında yer almasına yönelik önemli imtiyazların tanındığı görülmektedir.³⁶⁵ Öte yandan, özellikle üst düzey yöneticiler için tanınan bu imtiyazın istihdam piyasasının genel ihtiyaçları çerçevesinde ele alınmasının daha uygun bir yaklaşım olacağı düşüncesini taşıyoruz.

f. Çalışma İzninden Muafiyet

Mevzuatımızda yabancı uyruklu işçilerin Türkiye'de çalışmaları 4817 sayılı yasa gereğince belli bir izin prosedürüne bağlanmakla birlikte, gazete ve dergilerin yabancı uyruklu çalışanları ile yabancı basın organları çalışanları çalışma izninden muaf tutulmuştur.³⁶⁶ Bilgi işçisi niteliği taşıyan bu kişilerin çalışma izninden muaf tutulması isabetli bir düzenlemedir. Öte yandan, bilgi işi/işçisi çerçevesinde tek tek meslek türüne muafiyet tanımak yerine piyasadaki ihtiyaçların göz önünde bulundurularak genel ve esnek bir düzenlemenin getirilmesi yerinde bir uygulama olacaktır.

Yasada dikkat çekici bir diğer düzenleme de ilgili kanunlarca kendisine yabancı işçi istihdam etme konusunda yetki tanınan kamu kurumlarının YİÇHK hükümlerine tabi olmaksızın sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bilgi

³⁶⁵ Kilit personelin çalışma izni konusunda yetkili kurum Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığıdır (YPY m.5). Bu işçilere çalışma izni konusunda tanınan imtiyazlardan bazıları şunlardır; yabancı işçiler için aranan 4817 sayılı yasanın 14. maddesinin b fıkrasında aranan çalışılacak iş için 4 haftalık süre içerisinde yerel işçi aranması koşulu kilit personel statüsündeki yabancı işçiler için aranmaz (YPY m.13). kilit personel için mesleki yeterlilik konusunda ilgili merciden görüş alınmaz, bu kişiler YÇHY'nin 21. maddesinin 2. fıkrasında gerekli koşulan mesleki yeterlilik istem ve yeterlilik prosedürleri ile lisans istem ve prosedürlerine tabi değildir (YPY m.14), 4817 sayılı yasanın 12. maddesinde yabancı işçilerin çalışma izinlerinin Bakanlık tarafından sonuçlandırılması için öngörülen 30 günlük süre kilit personel için yönetmelikle 15 güne indirilmiştir (YPY m.12/1).

³⁶⁶ Çalışma izninden muaf tutulan yabancılar arasında; 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 29. maddesinin 2. cümlesi ile 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 13. maddesi ve 231 sayılı Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü'nün Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına girenler; Bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşlarınca kanunla verilen yetkiye dayanarak çalışma izni verilen veya istihdam edilen ve karşılıklılık ilkesi, uluslararası hukuk ve Avrupa Birliği hukuku esasları dikkate alınarak çalışma izninden muaf tutulan yabancılar yer almaktadır (YÇİHK m.2/1-2).

vermek koşuluyla yabancı işçi çalıştırmalarına serbesti tanınmasıdır. Kamu kurumlarına yabancı işçi çalıştırılması konusunda tanınan bu serbestinin aynı konuda ağır ve dağınık prosedürleri yerine getirmek zorunda olan özel sektör işverenleri açısından eleştiriye açık bir yönü olduğunu ileri sürmek mümkündür.

g. Çalışma İzni veya Çalışma İzninin Uzatılması Talebinin Reddi

4817 sayılı yasanın 14. maddesinde çalışma izni veya çalışma izninin uzatılması talebinin reddedileceği haller düzenlenmiştir.³⁶⁷ Buna göre; “a) iş piyasasındaki durumun, çalışma hayatındaki gelişmelerin ve istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişikliklerinin çalışma izni verilmesine elverişli olmaması, b) başvurulmuş iş için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunması, c) İçişleri Bakanlığı’nın olumsuz görüş bildirmesi, d) yabancının çalışmasının milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık için tehdit oluşturması” halinde çalışma izni talepleri reddedilebilecektir. Ayrıca bu durumlardan bir tanesinin çalışma izninin devamı sırasında saptanması halinde çalışma izni iptal edilebilecektir (m.15).

Kanunda ret/iptal sebepleri arasında sayılan hallerden ilk ikisi yukarıdaki bölümlerde ele alındığı üzere bir ülkenin kendi istihdam politikasını belirlemesi hakkı açısından siyasi ve sosyal nedenlere dayanmaktadır. Yine maddede yer alan son iki halin gerekçesini ise kamu güvenliği ve kamu yararı oluşturmaktadır. İşçinin taşıdığı niteliklerin çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesinde idare tarafından dikkate alınabileceğini söylenebilir. Nitekim iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler işçinin niteliğini de dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu

³⁶⁷ Düzenlemenin ilk halinde ret sebepleri arasında (c) bedinde yer alan ‘yabancının geçerli bir ikamet tezkeresinin bulunmaması’ hali 6458 sayılı yasanın 123. maddesi ile değişikliğe uğramış ve yeni düzenleme gereğince bu durum ‘İçişleri Bakanlığının olumsuz görüş bildirmesi’ olarak yeni şeklini almıştır. Ayrıca maddenin (d) bendinde düzenlenen; ‘izin talebi reddedilen yabancının aynı işyeri, işletme veya aynı meslek için izin talebinin reddedildiği tarihten itibaren bir yıl geçmeden yeniden izin talebinde bulunması’ durumu da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 14/01/2015 tarihli, 2014/108 Esas ve 2015/8 Karar sayılı kararı.

bağlamda işçinin bilgi işçisi niteliği taşıyıp taşınmamasının piyasa ihtiyaçları çerçevesinde idarenin takdir hakkında rol oynayacağı söylenebilir.

Kanunun uygulama yönetmeliğinin 21. maddesinin 1. fıkrasında yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere dair diğer kanunlarda yer alan hükümlere aykırı davranıldığına tespiti halinde çalışma izni talebinin reddedileceği belirtilmiştir. Aynı yasanın 2. fıkrasında ise mesleki hizmetler kapsamında çalışacak yabancılardan meslekten men edilenlerin veya akademik yeterliliğe sahip olmayanların başvurularının kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kendisine belli bir meslekte çalışma izni verilmesi talebinde bulunan bir bilgi işçisinin bu konudaki yetkinliğini de kanıtlaması gerekmektedir. Nitekim bahse konu yönetmelikte mesleki hizmetler kapsamında çalışacaklar için ulusal ve uluslararası mesleki örgütlerden meslekten men cezası almadıklarını, mesleklerini icra ettiklerini ve mesleki yeterliliklerini gösterir son altı ay içerisinde almış oldukları belgeleri başvuru formlarına eklemeleri gerektiği hükme bağlanmıştır (m.21/2).

h. Çalışma İzninin İptali ve Geçerliliğini Kaybetmesi

Çalışma izninin ilk kez ya da uzatılması taleplerinin reddinin yanında yasalara uygun bir çalışma izninin çeşitli nedenlerle iptal edilmesi yahut geçerliliğini kaybetmesi de söz konusu olabilir.

4817 sayılı yasanın 15. maddesinde çalışma izninin iptali düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; izin isteminin reddine ilişkin durumlardan birinin varlığının veya çalışma izni talep dilekçesinde eksik veya yanlış bilgi verildiğinin tespit edilmesi halleri ile istihdam piyasası, çalışma hayatı ve ekonomik konjonktür koşullarına bağlı olarak çalışma izni Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından iptal edilebilecektir.

Çalışma izninin geçerliliğini kaybetmesi ise aynı yasanın 16. maddesinde düzenlenmiştir. Bu çalışma izni normal şartlar altında süresinin bitmesiyle geçersiz hale gelir. Öte yandan, haklarında sınır dışı edilme kararı alınan, Türkiye'ye girişi

yasaklanan, pasaport veya bunun yerine geçen belgenin geçerlilik süresini uzatmayan veya mücbir sebepler haricinde aralıksız olarak altı aydan fazla yurt dışında kalan yabancının da çalışma izni geçerliliğini kaybedecektir.

Çalışma izninin iptal edilmesi ve geçerliliğini kaybetmesinin aynı hukuki sonuca tabi olduğu söylenebilir. Nitekim her iki halde de çalışma izni iptal ya da geçersizlik tarihinden itibaren geleceğe etkili olarak herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bu bağlamda çalışma izni iptal edilen ya da geçersiz hale gelen yabancının bu izni tekrar edinmek istemesi halinde gerekli koşulları taşıması şartıyla yasada belirtilen başvuru prosedürlere tekrar başlaması gerekmektedir.

B. 6458 Sayılı Yasa Gereğince Çalışma İzni Şartları

Çalışma izni konusunda 6458 sayılı yasada da önemli hükümler öngörülmüştür. Kanunun 27. maddesinin 2. fıkrasına gereğince çalışma izni verilebilmesi veya iznin uzatılabilmesi için yabancının Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar kapsamında yer almaması gerekmektedir. Bu kapsamda yer alan yabancılar ise; ülkeye giriş için pasaport, pasaport yerine geçen belge, ikamet veya çalışma izni bulunmayan ya da bu belgeleri hileli yollardan edindiği anlaşılanlar; vize, vize muafiyet ya da ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar ile kendisine vize verilmeyecekler olarak aynı yasada belirtilmiştir (m.7).

Dolayısıyla çalışma iznini veya eşdeğer bir belgeyi hileli yollardan edindiği belirlenen ve 4817 sayılı yasanın 15. maddesi gereği çalışma izni iptal edilen yabancıya bir daha çalışma izni verilmemesi söz konusu olabilecektir.

C. Yabancı İşçi Çalıştırmaya İlişkin Yasaklara Aykırılığın Yaptırımları

Yabancı işçi çalıştırma hakkındaki düzenlemelere aykırılık halinde uygulanacak olan yaptırımlar idari ve hukuki olmak üzere ikiye ayrılır. Bu konuda cezai müeyyide ise öngörülmemiştir. Mevzuatımızda bilgi işçilerine yönelik özel

düzenlemeler yer almadığından bu yaptırımlar işçinin vasfından ve yerine getirdiği işten bağımsız olarak yabancılık unsuru taşıyan tüm iş ilişkisine uygulanacaktır.

a. Hukuki Yaptırımlar

Yabancıların çalışmasına ilişkin hükümlere aykırı şekilde kurulan iş akitleri karşısında idari yaptırımlar dışında bu akitlerin akıbeti konusunda mevzuatımızda bir düzenleme öngörülmemiştir. Diğer bir deyişle kanuna aykırı şekilde kurulan iş akitlerine geçersizlik yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yasada açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yabancıların çalışmasına ilişkin getirilen yasakların tarafların ehliyetine getirilen bir sınırlama ya da yasaklayıcı norm olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşlerin olduğu görülmektedir. Gerçekten bazı yazarlarca bu yasakların taraf ehliyetine getirilen bir sınırlama olduğu savunulmaktadır.³⁶⁸ Öte yandan, öğretideki diğer bazı yazarlar ise yabancıların çalışma iznine ilişkin hükümleri yasaklayıcı norm olarak değerlendirmektedir.³⁶⁹ Kanımızca yabancıların çalışma yasaklarına ilişkin hükümlerin yasaklayıcı norm olarak nitelendirilmesi daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki yasaklayıcı düzenlemeler özünde birer emredici normdur.³⁷⁰ Öte yandan yasaklayıcı normlar taraflara düzenleme yetkisi tanınan belli bir alanda bazı davranışları yasaklamasına karşın dar anlamda emredici normlar bir alanı tamamen tarafların irade serbestine kapatmaktadır.³⁷¹ Dolayısıyla emredici bir hükümle düzenlenen bir konuda ayrıca bir kanuni yasaklama söz konusu olmaz. Kanun koyucu irade özerkliğini emredici kanun hükümleriyle

³⁶⁸ Saymen, 460-461. Esener, 143. Tunçomağ-Centel, 80-82, Çelik, 117. Mahmutoglu-Astarlı, 445. Narmanlıoğlu, 188-190. Ökçün, 21-22. Cengiz Urhanoğlu, 188 vd.

³⁶⁹ Süzek, 341-342. Doğan Yenisey, Emredici Yapı, 72, 284. Benzer şekilde en az çalışma yaşına ilişkin bir Yargıtay kararının ele alan Akyiğit, konunun ehliyetine ilişkin değil, muhtevaya getirilen bir yasak olduğunu belirtmektedir. Bkz. Akyiğit, 12.

³⁷⁰ Öğretide her iki kavramı da kapsayan bir kavram olarak geniş anlamda emredici hükümler deyiminin kullanılabileceği belirtilmektedir. Bkz. Süzek, 340. Kocayusufpaşaoğlu, 537. Doğan Yenisey yasaklayıcı normlar için dar anlamda emredici norm tabirini kullanmaktadır. Bkz. Doğan Yenisey, Emredici Yapı, 67.

³⁷¹ Süzek, 340-341. Kocayusufpaşaoğlu, 534-544. Doğan Yenisey, Emredici Yapı, 67-68, 283. Ayrıca belirtmek gerekir ki emredici hükümler taraf iradeleriyle bertaraf edilmeleri mümkün olmadığından buna ters düşen sözleşme yapılırsa sözleşme hükmü değil, emredici hüküm uygulama alanı bulur. Kocayusufpaşaoğlu, 534.

sınırlandırmadığı alanlarda bazı düşüncelerle belli davranışları yasaklamış olabilir. Bu düşüncelerin kapsamına sözleşme vasıtasıyla elde edilecek kanun tarafından uygun bulunmayan sonuç yahut sözleşmenin yapılmasına eşlik eden özel durumlar girebilir.³⁷² Nitekim yabancıların çalışma yasaklarına ilişkin hükümler bu işçilerle hiçbir suretle iş akdi kurulamamasını düzenlememekte, sadece belli iş alanlarında ya da belli koşulları taşımayan yabancılarla iş akdi kurulmasını yasaklamaktadır. Bir normun emredici hukuk kaidesi olup olmadığı çok kere ifadesinden anlaşılmaz. Dolayısıyla hükmün niteliğini tayin için dayandığı esasın ve hükmün konulmasındaki amacın araştırılması gerekir.³⁷³ Konuya bu açıdan yaklaşıldığında da yabancıların çalışmasına ilişkin düzenlemelerin birer yasaklayıcı norm niteliği taşıdığını söylemek mümkündür.

Yabancıların çalışması alanındaki düzenlemelerin nitelendirilmesi önemlidir. Zira emredici normlar ile yasaklayıcı normların yaptırımı birbirinden farklılar arz edebilir. Emredici normların yaptırımı ilke olarak geçersizlik iken, yasağa aykırılığın yaptırımı sadece belli bir haktan mahrum kalma ya da para cezası da olabilir.³⁷⁴ Dolayısıyla yasaklayıcı bir normun yaptırımı her zaman sözleşmenin geçersizliği olmak zorunda değildir.³⁷⁵ Yasaklayıcı bir hüküm beraberinde işlemin geçersiz olduğunu öngörmüşse ortada sorun yoktur, aksi halde yaptırım normun anlam ve amacına göre belirlenecektir.³⁷⁶

Kanımızca yabancıların çalışmasına ilişkin hükümlere aykırılık durumunda geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır. Zira burada çiğnenen yasaklayıcı kanun hükmü sözleşmenin tarafına ilişkin olup hükmün anlam ve amacı geçersizlik yaptırımını

³⁷² Kocayusufpaşaoğlu, 536-537.

³⁷³ Oğuzman-Öz, 74. Hatemi-Gökyayla, 71-72. Nomer, 57. Kocayusufpaşaoğlu, 534.

³⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, 538. Süzek, 342.

³⁷⁵ Doğan Yenisey, Emredici Yapı, 284. Öte yandan Alman Medeni Kanunu'na göre yasaklayıcı hükümlere aykırılığın yaptırımı aksi bir düzenleme yoksa geçersizliktir. Bkz. aynı yazar, 68.

³⁷⁶ Süzek, 342. Kocayusufpaşaoğlu kanunda yer alan bir hükmün tam yasaklayıcı hüküm mü yoksa sınırlı ölçüde tam olmayan bir yasaklayıcı hüküm mü bir başka deyişle işlemin geçersizliğine yol açamayan bir düzen hükmü niteliği taşıyıp taşımadığının cevabını bulabilmek için ilgili yasaklayıcı hükmün anlam ve amacını araştırmak ve bunların bir geçersizlik yaptırımı gerektirip gerektirmediğini bulmak gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla, hükmün amacı kanuna aykırı işlemin geçersiz sayılması ile sağlanabiliyorsa bu yola gidilecek, akdi halde işlem geçerliliğini koruyacak fakat ceza, disiplin cezası gibi bir başka yaptırım gündeme gelecektir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 539.

gerekli kılmaktadır.³⁷⁷ Diğer taraftan bu yaptırımın sonuçları ileride değinileceği üzere yabancıların çalışmaları alanındaki hangi düzenlemenin ihlal edildiğiyle doğrudan ilgilidir.

Yabancıların çalışma izni hükümlerine aykırı olarak iş görmeleri farklı durumlarda söz konusu olabilir. Her ne kadar 4817 sayılı yasa ile yabancıların Türkiye’de çalışma alanları genişletilmişse de, yabancıların çalışamayacakları iş ve mesleklere dair hükümler saklı tutulmuştur (YÇİHK m.13/2). Bu kapsamda örneğin yabancıların avukatlık (1136 sayılı yasa m.3), doktorluk, dişçilik, hasta bakıcılığı, ebelik (1219 sayılı yasa m.3 vd.), kaptanlık, dalgıçlık, tayfalık (815 sayılı yasa m.3) gibi işlerde iş görmeleri yasaklanmıştır. Diğer taraftan 4817 sayılı yasada yabancıların çalışmasına izin verilen işlerde iş görmelerine ilişkin temel düzenlemeler de öngörülmüştür. Bu nedenle çalışma izni hükümlerine aykırı şekilde kurulan iş akitlerine uygulanacak olan hukuki yaptırımları; yabancıların Türk vatandaşlarına hasredilen işlerde çalışmaları ile çalışmalarının yasak olmadığı işlerde çalışma izni hükümlerine aykırı şekilde iş görme hallerine özgü şekilde bir ayrıma tutarak incelemekte fayda bulunmaktadır.

aa. Yabancıların Türk Vatandaşlarına Saklı Tutulmuş Bir İşte Çalışması

Avukatlık, noterlik, doktorluk gibi Türk vatandaşlarına saklı tutulmuş bilgi işlerinde yabancı işçi çalıştırılması halinde kurulan iş akdinin kesin hükümsüzlükle geçmişe etkili olarak batıl olduğu konusunda İş Hukuku öğretisinde görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkündür.³⁷⁸ Gerçekten sadece Türk vatandaşlarına

³⁷⁷ İsviçre Federal Mahkemesi çalışma izni olmayan yabancının iş akdinin geçersiz sayılması halinde bundan sadece işverenin fayda göreceğini, işverene karşı hiçbir hak ileri süremeyen işçinin ise zarar göreceğini belirttikten sonra, bu durumun sözleşmenin zayıf durumdaki işçinin korunmasını öngören iş sözleşmesine ilişkin kanun hükmüne uygun düşmeyeceğini ve bu yüzden sözleşmenin geçerli sayılması gerektiği görüşündedir. Yüksek Mahkeme ayrıca yasaklayıcı hüküm açıkça belirtmese dahi daha ağır basan bir kamu yararının bulunduğu hallerde buna rağmen yapılan sözleşmelerin ise kesin hükümsüz sayılması gerektiği görüşündedir. Kocayusufpaşaoğlu, 541.

³⁷⁸ Süzek, 328. Ekonomi, 97. Tunçomağ-Centel, 90. Narmanlıoğlu, 191. Doğan Yenisey, Emredici Yapı, 290. Akyiğit, Kesin Hükümsüzlük, 232. Ergin, Çalışma İzni, 1372-1373. Cengiz Urhanoglu, 207. Cin, 166.

hasredilen işlere ilişkin normun amacı kamu düzenini³⁷⁹ sağlamak suretiyle üçüncü kişilerin menfaatini korumak olduğundan sözleşmeler tarafların bunu bilip bilmemesinden ayrı olarak geçersizlikle sakatlanmıştır. Dolayısıyla bu hükümlere aykırı sözleşmeler hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrasına göre kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanacaktır. Bu düzenlemeye göre; *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”*

Kesin hükümsüzlükle batıl bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olarak kabul edilir ve hiçbir zaman geçerlilik kazanmadığı için hukuki sonuç da doğurmaz. Butlanla batıl olan bir sözleşmedeki hukuki sonuçların elde edilmesi isteniyorsa tarafların yeni bir muteber sözleşme akdetmeleri gerekmektedir. Ayrıca, butlan herkes tarafından her zaman ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından da resen nazara alınır.³⁸⁰

Yukarıda yer verilen açıklamalar paralelinde Türk vatandaşlarına hasredilen bilgi işlerinde yabancılarla akdedilen iş sözleşmeleri baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bu bağlamda, kesin hükümsüzlükle batıl bir sözleşmeye dayanarak çalışan yabancı kişi işçi sayılmayacak ve mevzuatımızda işçiler için öngörülen haklardan yararlanamayacaktır. Bu durumda, iş görme edimini ifa eden kişi sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil kurallarına dayanarak bazı taleplerde bulunabilecektir.³⁸¹ Yargıtay da 2007 sayılı kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında doktrinde yer alan görüşlere paralel olarak şu görüşe varmıştır; *“...2007 sayılı Türkiye’de Türkiye’de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen San’at ve Hizmetler Hakkında Kanun çıkarılmış olup, bu kanun kapsamına girmekle beraber bir hizmet sözleşmesi yapılmış ise, bu sözleşme BK m.20’ye göre batıldır. Bu nitelikte bir sözleşmeye dayanan kişi kıdem tazminatı isteğinde bulunamaz (Ancak haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca bazı isteklerde bulunabilir).”*³⁸²

³⁷⁹ Kamu düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Yenisey, 158 vd.

³⁸⁰ Oğuzman-Öz, 127 vd. Eren, 334. Resioğlu, 123-124. Akıntürk, 56-57.

³⁸¹ Tunçomağ-Centel, 79. Ekonomi, 161. Narmanlıoğlu, 153. Çenberci, 107. Cin, 166.

³⁸² Y9HD, 20.11.1980, 9950/11992 sayılı kararı için bkz. Cin, 166.

bb. Çalışma İzni Olmayan/İptal Edilen Yabancıyla Kurulan İş Akdinin Hüküm ve Sonuçları

Öğretide çalışma yasaklarına ilişkin normlara aykırılığın yaptırımı konusundaki görüş birliğinin aksine çalışma izni olmayan yabancıların akdettiği iş sözleşmelerinin akıbeti konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu yaklaşımlardan ilkinde göre çalışma izni olmaksızın yabancıyla yapılan iş sözleşmesi geçerli olup iznin alınamaması halinde sözleşme işveren tarafından feshedilebilir.³⁸³ Diğer taraftan öğretideki bir kısım yazarlar ise çalışma izninden yoksun olan yabancılarla yapılan iş sözleşmelerinin geçersiz olduğu görüşündedir.³⁸⁴ Yargıtay'ın da çalışma izni olmayan bir yabancıyla yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüştüğüne ilişkin kararı olduğu gibi³⁸⁵, bir diğer kararında ise çalışma izninden yoksun yabancıların iş sözleşmesinin kurulmadığı sonucuna vardığı görülmektedir.³⁸⁶

4817 sayılı yasanın öngördüğü düzenlemelere aykırılık haline özgü herhangi bir hukuki yaptırım öngörmemesi hukukumuzda farklı görüşlerin doğmasına yol açmıştır. Öğretideki farklı görüşlerin temelinde yasada yer alan düzenlemelerin çalışma yasaklarında olduğu gibi kamu düzenine ilişkin olup olmadığı tartışması yatmaktadır. Belirtmek gerekir ki 4817 sayılı yasa temel olarak ülkenin işgücü piyasasını ve çalışma hayatını korumaya dönük düzenlemeler içermektedir. Gerçekten izin verilen işlerde yabancıların çalışmaya başlamadan önce izin almaları gerekliliğine (m.4/1), çalışma izninin sınırlandırılmasına (m.11, m.13), izin isteminin reddine (m.14), çalışma izninin iptali (m.14) ve geçerliliğini kaybetmesine (m.15) ilişkin hükümler işgücü piyasasını koruma suretiyle kamu düzenini sağlama amacı güden düzenlemeler niteliğindedir.³⁸⁷ Dolayısıyla çalışma izni olmayan yabancıların

³⁸³ Akyiğit, Kesin Hükümsüzlük, 26. Ergin, Çalışma İzni, 1387-1388. Cengiz Urhanoğlu, 208. Cin, 180.

³⁸⁴ Süzek, 329. Tunçomağ-Centel, 89. Tunçomağ, 98. Mollamahmutoğlu-Astarlı, 445.

³⁸⁵ Y9HD, 07.06.2005, E.2004/24583, K.2005/20488, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 01.11.2015).

³⁸⁶ Y9HD, 26.09.2006, E.2006/20061, K.2006/24888 karar ve Ergin'in değerlendirmesi için bkz. Ergin, 215 vd.

³⁸⁷ Süzek, 328-329. Nitekim, 4817 sayılı yasanın 14. maddesinin e bendinde çalışma izninin reddi hali olarak "Yabancıların çalışmasının milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık için tehdit oluşturması" hali düzenlenmiş ve bu kurumun kamu düzeni ile ilgili olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde ilerleyen bölümlerde yer verileceği üzere yabancı işçi

akdettiği iş sözleşmesinin geçersiz sayılması yasanın öngörmüş olduğu amacın sağlanması açısından en uygun yoldur. Diğer taraftan buradaki geçersizlik geçmişe değil geleceğe etkilidir.³⁸⁸

Günümüzde bilgi toplumunun gereklilikleri işgücünün bu yönde organize edilmesini zorunlu kılmaktadır. İleride ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere konuya ilişkin öngörülen yasa tasarısında yabancı bilgi işçilerinin ülkemiz istihdamına kazandırılmasına dönük önemli adımlar atılmaktadır. Aksi yöndeki düşünce çalışma izni olmayan yabancıların iş sözleşmelerinin ancak işverenlerin istekleri halinde feshedilebileceği anlamına gelir ki bu durum ülkemiz istihdam piyasasının bilgi toplumu yönünde evrilmesi yönündeki amacın gerçekleştirilmesini kanımızca engeller niteliktedir. Bu noktada kuşkusuz kamusal menfaat ön plandadır.

Çalışma izni olmadan akdedilen iş sözleşmelerinin batıl sayılmaması gerektiğini ileri süren öğreti görüşüne yöneltilebilecek bir diğer eleştiri de; bu görüşün kabul edilmesi halinde mevzuata aykırı şekilde yabancı çalıştıran işveren ve yabancı işçinin fiili çalışma ilişkisini sürdürme iradeleri taşımaları halinde iş sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı konusudur. Gerçekten bu görüşe göre mevzuata aykırılık teşkil eden iş ilişkisini sona erdirecek durum işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesine dayanmaktadır. Öte yandan, işverenin bu yönde bir irade taşımaması halinde iş ilişkisinin emredici kurallara aykırı bir şekilde devam edeceği şekilde hukuki temelden yoksun bir durum ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki izin olmaksızın yabancı işçi çalıştıran işverenin iradesinin iş ilişkisinin devamı yönünde olacağını öngörmek de yanlış olmayacaktır. Kanımızca izin hükümlerine aykırı iş gören yabancıların iş sözleşmesine kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulamak istihdam piyasasını düzenleme amacını güden 4817 sayılı yasanın ruhuna daha uygun bir yaklaşım oluşturmaktadır.

istihdamına ilişkin yasa tasarısının genel gerekçesinde bu alandaki politikanın özellikle '*bilgi ekonomisi ve bilgi işçisi*' ekseninde tekrar ele alındığı görülmektedir. Düzenlemelerin bu yönüyle kamu düzeniyle doğrudan bağlantılı olduğunu söylemek mümkündür.

³⁸⁸ Süzek, 328. Doğan Yenisey, Emredici Yapı, 293. Mollamahmutoğlu-Astarlı, 504-505.

cc. Yabancınn İşe Başlamasından Sonra Çalışma İzni Alamaması Durumu

4817 sayılı yasanın 4. maddesinin 2. fıkrasına göre; ülke menfaatlerinin gerekli kıldığı hallerde veya mücbir nedenlere bağılı olarak, çalışmaya başlamadan önce ilgili makama bilgi vermek koşuluyla, çalışma süresi bir ayı geçmemek ve Bakanlık onayı almak suretiyle çalışma izni işe başladıktan sonra da verilebilir. Bu düzenleme gereğince çalışma izni olmaksızın iş görmeye başlayan yabancınn iş sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulmuş olacak, ilgili sürenin sonunda Bakanlık onayının alınması halinde geçerliliğini koruyacak, iznin alınmaması halinde ise yine geleceğe etkili olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacaktır. Yabancı işçinin çalışma iznine hak kazanacağına yönelik inancının korunması gerekliliğı karşısında kesin hükümsüzlük yaptırımının geleceğe etkili sonuç doğurmasının yasanın amacına uygun olacağı kanısındayız.

b. İdari Yaptırımlar

Yabancı bilgi işçisinin çalışma iznine aykırı ifası karşısında işçi ve işverenler için 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda öngörülen idari yaptırımlar söz konusu olacaktır.

aa. Sınır Dışı Etme Kararı

Çalışma izni almaksızın Türkiye'de iş gören yabancı bilgi işçileri için öngörülen yaptırımlardan ilki 6458 sayılı yasada hükme bağlanan bilgi işçisinin sınır dışı edilmesidir. Yasanın 54. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendine göre; "Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler" hakkında sınır dışı etme kararı alınır. Sınır dışı etme kararı ise Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınacaktır (m.53/1). Bu karar gereğince yabancı bilgi işçisi menşe ülkesine veya transit gideceğı ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebilir

(m.52/1). 6458 sayılı yasada sınır dışı etme müessesine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.^{389,390}

bb. İdari Para Cezası

Yabancı bilgi işçilerinin 4817 sayılı kanuna aykırı şekilde çalışmasına bağlı hükümler yasanın 21. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; Çalışma izni olmaksızın iş sözleşmesi gereğince faaliyette bulunan yabancı işçiye beş yüz Türk Lirası, bu kişileri çalıştıran işveren veya işveren vekiline ise her bir yabancı için beş bin Türk lirası idari para cezası verilir. İlaveten, çalışma izni bulunmayan yabancının sınır dışı edilmesi durumunda işveren veya işveren vekili yabancı ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamak zorundadır (m.21/3). Ayrıca yasada denetlemeye ilişkin çeşitli hükümler de yer almaktadır.³⁹¹

³⁸⁹ Haklarında sınır dışı kararı alınan yabancı işçilere ülkeyi terk etmeleri için on beş ila otuz gün arasında bir süre tanınır. Öte yandan, kaçma veya kaybolma riski bulunanlara, yasal giriş veya yasal çıkış kurallarını ihlal edenlere, sahte belge kullananlara, asılsız belgelerle ikamet izni alamaya çalışanlara veya aldığı tespit edilenlere, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlara bu süre tanınmaz (m.56/1). Ayrıca bu kişiler hakkında valiliklerce idari gözetim kararı alınacak ve bu karar uyarında izinsiz yabancılar sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezlerine götürüleceklerdir (m.57/2). Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresi altı ayı geçemez. Bununla birlikte bu süre, sınır dışı etme işlemlerinin yabancının iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması halinde, en fazla altı ay daha uzatılabilir (m.57/6).

³⁹⁰ Sınır dışı etme ve idari gözetim kararına itiraz hakkı 6458 sayılı yasada ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre hakkında sınır dışı etme kararı alınanlar, bu karara karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde idare mahkemesine başvurma hakkına sahiptir. Mahkemenin sınır dışı etme konusunda vermiş olduğu karar kesin olup, yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilemez (m.53/1). Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar ise bu karara karşı sulh ceza mahkemesine başvurabileceklerdir. Mahkemenin verdiği karar kesin olmakla birlikte yasal yollara başvuru idari gözetimi durdurmaz (m.57/6).

³⁹¹ 4817 sayılı yasada denetleme yetkisinin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı açık şekilde düzenlenmiştir. Yasanın 20. maddesinin 1. fıkrasına göre; yabancı çalışmasına ilişkin hükümlere uygun davranılıp davranılmadığı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı iş müfettişleri ve Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişleri tarafından denetlenir. Ayrıca genel ve özel bütçeli idarelerin teftiş ve denetim elemanları ile kolluk kuvvetlerinin kendi mevzuatları gereğince işyerlerinde yapacakları her türlü denetim, inceleme ve kontrol sırasında yabancı çalıştıran işverenlerle yabancıların kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği Bakanlığa bildirilir. (m.20/2). Yapılan denetim ve bildirimler sonucunda Bakanlık bölge müdürünce gönderilen tutanaklara ve denetim raporlarına göre yasada yer alan idari yaptırımlar uygulanabilecektir (m.20/3).

4817 sayılı yasada; yabancı işçilerin çalışmaya başladığı ve herhangi bir nedenle hizmet akdinin sona erdiği tarih ile çalışma izni verilmesine karşın otuz gün içerisinde çalışmaya başlamayanlar için bu sürenin bitiminden itibaren işverenler tarafından en geç on beş gün içerisinde durumun İç İşleri Bakanlığı'na bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir (m.18). Yine yasada bildirim yükümlülüğünü süresinde yerine getirmeyen işverene bu kapsamdaki her bir yabancı işçi işçinin iki yüz elli Türk Lirası idari para cezası verilir (m.21/1). Yasanın gerek çalışma iznine gerekse bildirim yükümlülüğüne ilişkin hükümlerine aykırı fiillerin tekrarı halinde idari para cezaları bir kat artırılarak uygulanır (m.21/4).

4817 sayılı yasanın yanında 6458 sayılı yasada çalışma izni bulunmaması nedeniyle haklarında sınır dışı etme kararı alınan yabancılardan süresi içerisinde ülkeden ayrılmayanlar ile haklarında idari gözetim kararı alınanların bu kararlar ilgili işlemler sırasında kaçanlara bin Türk lirası idari para cezası uygulanır (m.102/1,c,ç). Bu kabahatlerin bir takvim yılı içinde tekrarı halinde ise para cezaları yarı oranında artırılarak uygulanır (m.102/2). Ayrıca idari para cezalarının uygulanması, diğer idari tedbirlerin uygulanmasına engel değildir (m.102/3).

4817 ve 6458 sayılı yasalarda idari para cezalarına karşı itiraz yolu özel olarak düzenlenmemiştir. Öte yandan, bu konuda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun uygulanacağını söylemek mümkündür. Zira kanunda idari yaptırım kararına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerin diğer yasalarda aksine düzenleme bulunmadıkça uygulama alanı bulacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

İdari para cezası yaptırımları Türk vatandaşlarına hasredilen işlere ilişkin hükümler öngören diğer bazı özel yasalarda da öngörülmüştür. Örneğin, 815 sayılı Kabotaj Kanunu'nun 5. maddesine göre; bu kanunda yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan hakları kullanan yabancılara beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir ve gemi ve sair deniz taşıtları seferden alıkonulur.

Yabancı işçi çalıştırmaya yönelik düzenlemelere aykırılığın yaptırımını idari para cezası olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan bu yaptırımlar idari nitelikte de olsa

özünde para cezasıdır ve ceza hukukunda yapılan “nispi para cezası” ve “maktu para cezası” ayrımı bunlar için de söz konusudur.³⁹² 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 17. maddesinin 1. bendinde de idari para cezalarının maktu veya nispi olabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 7. bendinde ise idari para cezalarının yeniden değerlendirilmesine ilişkin önemli bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre idari para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanırken bu hüküm nispi para cezaları için uygulanmaz. Dolayısıyla maddede öngörülen yöntemle belirlenen yeniden değerlendirme oranı maktu para cezaları için söz konusu olacak nispi para cezaları ise yasada belirtilen tutar uygulanacaktır.

Öğretide kanunda miktarı kesin olarak belirlenen para cezaları maktu para cezası, cezanın miktarı kesin olarak belirlenmiş olmayıp da suç nedeniyle verilen zararlar ya da fail tarafından elde edilen yararlar orantılı olarak belirlenen para cezaları nispi para cezası olarak tanımlanmaktadır.³⁹³ Bu bağlamda yabancı işçi çalıştıran işverenlere uygulanacak idari yaptırımların nispi nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Keza mevzuata aykırı şekilde çalıştırılan yabancı işçi sayısına ve fiilin ağırlığına göre yaptırımın ağırlığı da artmaktadır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu’nda öngörülen özürlü istihdam etmemenin yaptırımının da benzer şekilde işçi sayısına bağlı olduğundan nispi nitelikte olduğu ifade edilmektedir.³⁹⁴ Bu husus kuşkusuz yaptırımların zaman içerisinde caydırıcılık niteliğini kaybetmesine yol açacaktır. Benzer bir eleştiri 4857 sayılı İş Kanunu’nda öngörülen yaptırımlar açısından da dile getirilmektedir.³⁹⁵

³⁹² Akyiğit, İdari Para Cezaları, 45.

³⁹³ Dönmezer-Erman, 677. Çolak-Altun, 251.

³⁹⁴ Ekmekçi, İtiraz Usulündeki Değişiklikler, 51.

³⁹⁵ Akyiğit, İdari Para Cezaları, 45. Caniklioğlu-Canbolat, 5. Ekmekçi, İdari

D. Yabancı İşçi İstihdamına İlişkin Yasa Tasarısı

a. Tasarının Genel Gerekçesi

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yabancı işçi istihdamına ilişkin yeni bir yasa tasarısı hazırlanmış ve 24.11.2014 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuştur.³⁹⁶ Yasalaşma sürecinde meclis gündeminde bekleyen tasarı özellikle yabancı bilgi işçileri açısından önemli düzenlemeler getirmektedir.

Tasarının genel gerekçesinde Türkiye'nin son yıllarda göç veren ülke statüsünden çıkarak içerisinde bulunduğu coğrafyada artan savaşlar, ekonomik darboğazlar, göç veren ülkelerin işsizlik sorunu ya da düşük gelir politikaları gibi daha çok ekonomik nedenler karşısında cazibe merkezi haline geldiği belirtilmektedir.³⁹⁷ Yine gerekçede 2009 yılında yabancıların çalışma izni başvurusu on bin iken 2014 yılının ilk on ayında bu sayının altmış bine yaklaştığı vurgulanmaktadır. Ayrıca, seçici bir yabancı istihdamı politikasına bağlı sektörel esneklik sağlayacak önleyici uygulamaların 4817 sayılı Kanunda yer almamasının kayıt dışılıkla mücadeleyi güçleştirdiği gerekçede ifade edilmektedir.

Yukarıda yer verilen hususların yanında gerekçenin önemli bir bölümünde ülkemize son yıllarda yapılan iş göçünün niteliğindeki değişiklik üzerinde durulmaktadır. Bu bağlamda, yüksek vasıflı işgücü için ortaya çıkan küresel işgücü piyasasından Türkiye'nin de nasibini aldığı, birincil işgücü piyasasında çalışan nitelikli ve vasıf düzeyi yüksek yabancı çalışanların istihdamında artış olduğu, bu gelişmelerin gerisinde kalan 4817 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliklerin gözden geçirilmesinin gerekli olduğu tasarının gerekçesinde belirtilmiştir. Bu kapsamda nitelikli yabancı çalışanların birincil işgücü piyasasına girişinin önündeki engellerin kaldırılmasının da yasanın amaçları arasında yer aldığı ifade edilmektedir. Ayrıca,

³⁹⁶ Tasarı metni için bkz.

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=176457
(Erişim tarihi: 11.10.2015).

³⁹⁷ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 06.03.2003-15.12.2012 tarihleri arasında yaklaşık 100 bin süreli ve süresiz çalışma izni verilmiş olup, fiilen çalışanlar 30 bin civarındadır. Önder, 339.

ülkemizin ihtiyaç duyacağı yeni iş alanları ve sektörlerde ortaya çıkacak işgücü açığının öncelikle yerli işgücü ile karşılanmasına yönelik geliştirilecek politikaların yanında yerli yabancı işgücü dengesinin kurularak, nitelikli yabancı işgücünden de yararlanılmasının desteklendiği gerekçede belirtilen bir diğer husustur.

Bahse konu gerekçeden hareketle tasarıda bilgi ekonomisinin gereklilerinin özümsemiği, bu alanda ihtiyaç duyulan nitelikli işgücünün yerel işgücünün istihdamı politikasına öncelik vermek suretiyle yabancılar işçilerden sağlanacak destek ile giderileceği başarılı bir şekilde anlatım bulmuştur. Tasarının genel gerekçesinin günümüz ekonomik koşulları ile ilerleyen bölümlerde yer verilecek olan Avrupa Birliği üyesi ülkelerdeki politikalar ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

b. Yabancı Bilgi İşçisi İstihdamına Yönelik Düzenlemeler

Yabancı istihdamına ilişkin yasa tasarısı ileri nitelikli işgücünün ülkemiz istihdamına kazandırılması konusunda önemli düzenlemeler öngörmektedir. Bu doğrultudaki belli başlı düzenlemelere aşağıda başlıklar halinde yer verilmiştir.

aa. Yabancı İstihdamı Politikası ve Danışma Kurulu

Tasarı ile ileri vasıflı işgücünün ülke istihdamına kazandırılması konusunda atılan önemli adımlardan ilki yabancı istihdam politikası ve Yabancı İstihdam Politikası Danışma Kurulu'nun oluşturulmasına ilişkin düzenlemedir (m.4). Buna göre, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından istihdam ve ekonomik alanındaki gelişmeler ve uluslararası alandaki değişimler ile Göç Politikaları Kurulu kararları dikkate alınarak yabancı istihdam politikası oluşturulacak ve bu politikanın oluşturulmasında Yabancı İstihdam Politikası Danışma Kurulu'nun kararları göz önünde bulundurulacaktır. Maddede ayrıca bu politikanın belirlenmesinde kamu kurum ve kuruluşları ile meslek kuruluşlarının yanında işçi ve işveren kuruluşlarının görüşlerinin de alınacağını hükme bağlanmıştır (m.4/3). Düzenlemeyle işgücü göçü yönetiminde dikkate alınacak olan temel politikanın hangi yöntemle ve hangi kurum tarafından belirleneceğinin altı çizilmiştir. Bu bağlamda, madde hükmünün yabancı

istihdamı konusunda günlük ekonomik ve siyasi gelişmeler çerçevesinde şekillenecek olan belli bir esnekliği beraberinde getirdiğini söylemek mümkündür.

Belirtilen düzenlemeye paralel olarak yasa tasarısı yabancılara verilecek olan çalışma izinlerinin bu alandaki politika çerçevesinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verileceğini de hükme bağlamıştır (m.7). Ayrıca tasarının 9. maddesinin 1. fıkrasında; “*Çalışma izni başvurusu yabancı istihdam politikasına göre değerlendirilir*” hükmü öngörülmüş ve politikanın etkinliği bir kez daha vurgulanmıştır. Yine benzer şekilde yabancı politikasına uygun olmayan başvuruların reddedileceği düzenleme altına alınmıştır (m.11/a). Bu düzenlemelerle idareye çalışma izinlerinin verilir verilmemesi konusunda politika çerçevesinde belli bir esneklik sağlanmıştır.

Yabancı İstihdam Politikası Danışma Kurulu’nun hangi üyelerden oluşacağı da tasarıda yer almaktadır (m.5). Buna göre kurul; Çalışma Bakanlığı Müsteşarı başkanlığında, Bakanlık Yabancı İstihdamı Genel Müdürü, Dışişleri Bakanlığı Konsolosluk İşleri Genel Müdürü, Ekonomi Bakanlığı Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürü, İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürü ve Kalkınma Bakanlığı Sosyal Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdüründen oluşur. Kamu kesiminden geniş bir katılımı öngören düzenlemede aynı zamanda toplantı gündemine göre konuyla ilgili bakanlık ve ulusal veya uluslararası kurum ve kuruluşlar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, işçi ve işveren kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarının temsilcileri ve öğretim üyelerinin toplantıya davet edilebileceği öngörülmüştür. Ülkenin yabancı istihdamını belirlemede etkin rol oynayan Danışma Kurulu’nun gerçekleştirdiği toplantılara devlet dışındaki kuruluşlar tarafından da katılma hakkı tanınması konuyla ilgili tüm tarafların görüşlerinin alınması konusunda kanımızca yerinde bir düzenlemedir. Yine aynı düzenleme gereğince kurul yılda en az iki kez toplanır.

bb. Yabancı İstihdamının İzlenmesi ve Değerlendirilmesi

Yasa tasarısının getirmiş olduğu bir diğer yenilik de yabancı istihdamı taleplerinin alınıp, değerlendirileceği ve bunun etkilerinin izleneceği değerlendirme ve izleme sisteminin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından kurulacak olmasıdır (m.6). Madde gerekçesinde bu sistem ile çalışma izni ve muafiyet başvurularının alınmasının yanında, yabancı istihdamının etkilerinin izlenmesinin ve kayıt dışılıkla etkin mücadele edilmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir.

Yabancı işgücünün değerlendirilmesinin ve izlenmesinin bu alandaki politikaların oluşturulmasında önemli bir işlev göreceğini söylemek mümkündür. İzleme ve değerlendirme sisteminin etkin bir şekilde işlemesi de kuşkusuz yabancı istihdamına ilişkin analiz yapmaya elverişli bir veri tabanının oluşturulmasını gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda elde edilecek sonuçlar yabancı istihdamının yerli işgücü de dahil olmak üzere ekonomi ve istihdam üzerinde yaratmış olduğu etkilerin saptanması açısından önem arz edecektir. Dolayısıyla yasa tasarısının öngördüğü izleme ve değerlendirme sistemi kanımızca yerinde bir düzenlemedir.

cc. Çalışma İzni ve İstisnalar

4817 sayılı kanunun yabancı istihdamında öngördüğü süreli ve süresiz çalışma izni uygulaması yeni tasarıda tarafında da benimsenmiştir. Ayrıca, süreli ve süresiz çalışma izinlerine ilişkin hükümlerin tasarıda büyük oranda korunduğu görülmektedir (m.12-13). Bu bağlamda yabancıların ülkemizdeki istihdamda yer alabilmeleri öncelikle bu alanda başvuru yapmalarına ve bu başvuruların idare tarafından uygun bulunmasına bağlıdır.

Yasa tasarısında çalışma izni konusunda getirilen en önemli değişikliklerden bir tanesi çalışma izni istisnalarına ilişkindir. 4817 sayılı yasanın ‘istisnai haller’ başlığı altında yer alan düzenleme uyarınca; maddede yer alan belli kişilere kanunda öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın çalışma izni verilmesi konusunda Çalışma

ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na takdir hakkı tanınmıştır.³⁹⁸ Bu düzenleme yeni tasarıda da öngörülmüş olup kanundaki düzenlemeden farklı olarak eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli işgücü olarak değerlendirilen kişiler (m.22/1,a) ile alandaki başarısı uluslararası alanda tanınan kişilerden bilimsel ve kültürel amaçla Türkiye'ye gelenler istisna kapsamına alınmıştır (m.22/1,ı). Madde gerekçesinde nitelikli yabancı işgücünün ülkemize çekilmesi ile alanındaki başarıları uluslararası alanda tanınan yabancıların ülkemize sağlayacakları katkı göz önünde bulundurularak bu kişilerin istisna kapsamına alındığı belirtilmiştir.

Tasarıda yer verilen kanun sistematğine uymayan haller^{399 , 400} dışında nitelikli işgücünün ülkemize kazandırılması amacıyla öngörülen düzenlemeler kanımızca bilgi ekonomisi paralelindeki gelişmelere uygundur. İleride yer verileceği üzere Avrupa Birliği'ne üye ülkeler tarafından ileri vasıflı işgücü ihtiyacının yabancı işçi istihdamı yoluyla karşılandığı, bu işgücünün istihdama kazandırılması amacıyla çeşitli yasama faaliyetlerine girildiği görülmektedir. Bu bağlamda, ülkemizde de yerel işgücü dengesi gözetilerek, ileri vasıflı yabancı işgücün istihdama kazandırılması ekonomik gelişmelere katkı sağlayacaktır.

³⁹⁸ Bu düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi ve öğreti eleştirisi için bkz. § 5, 3, c.

³⁹⁹ Tasarıda çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancılara; çalışma izni başvurusu (m.8), başvurunun değerlendirilmesi (m.9) ve reddi (m.11) ile süreli ve süresiz çalışma izinlerine (m.12-13) ilişkin maddelerin uygulanmasında istisnalar tanınabileceği düzenlenmiştir (m.22). Öte yandan bu hüküm kanımızca tartışmaya açıktır. Zira tasarının istisna tanınabilecek düzenlemeler arasında saydığı çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesine ilişkin madde hükmünde (m.9), istihdam politikasına vurgu yapılmıştır. Öte yandan, tasarının 22/1 maddesinde istisnaların istihdam politikasına uygun olarak değerlendirileceği hükme bağlanmasına karşın başvurularda bu politikayı temel alan 9. madde hükmünün uygulanmayacağı belirtilmesi kanun sistematğine aykırıdır. Ayrıca, tasarının genel gerekçesinde istihdam politikasının tasarının öngörmüş olduğu en önemli düzenlemeler arasında sayılmadığı ve bu politika çerçevesinde idareye yabancı istihdamı konusunda belli bir esneklik tanındığı belirtilmiştir. Buna karşın istisna başvuruları için istihdam politikasının uygulama dışı bırakılması kanımızca yerinde değildir.

⁴⁰⁰ İstisnaya ilişkin maddede uygulanmayacak olan hükümler arasında süresiz çalışmaya ilişkin düzenleme (m.13) sayılmış olsa da, uygulama dışı bırakılan maddenin 2. fıkrası; *"Bu Kanunun 22 nci maddesinde sayılan yabancılardan, başvurusu olumlu değerlendirilenlere, ilk beş yılı geçiş süresi olmak kaydıyla süresiz çalışma izni verilir"* hükmünü getirmektedir. Bu haliyle, istisna kapsamında yer alan yabancılara ilişkin düzenleme tasarının başka bir maddesi ile kaldırılmaktadır. Kuşkusuz bu durumun da kanun sistematğine uygun olduğunu ileri sürmek güçtür.

4. Avrupa Birliği Uygulamaları

Avrupa Birliği'nin bilgi işi ve işçisine verdiği önem birliğin kuruluş anlaşmalarına yansımıştır.⁴⁰¹ Bilgi ekonomisinin giderek artan önemiyle birlikte Birlik nezdinde bilgi işçisine duyulan ihtiyacın karşılanması gerekliliği doğmuştur.

Avrupa İstatistik Ofisi'nin (Eurostat) verilerine göre; Avrupa Birliği'nin çalışabilir nüfusu (20-64 yaş aralığı) 2010 yılından itibaren %0,4 oranında gerileme göstermiştir. Bu durumun 2040 yılına kadar her yıl devam etmesi beklenmektedir.⁴⁰² İşgücündeki gerilemeyle beraber Avrupa Birliği'nin bilgi/yenilikçi ekonomiye geçiş stratejisi olan Lisbon Ajandası'nın⁴⁰³ gereklilikleri Birliğin bilgi işçisine olan gereksinimin bir diğer yönünü ortaya koymaktadır.

Birlik üyesi ülkeler tarafından bu ihtiyacın karşılanması için yerli işgücünün vasıflarının artırılmasının yanında yabancı vasıflı işçilerin de istihdama kazandırılması yönünde adımlar atılmaktadır. Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin Yasal Göç Üzerine Hareket Planı'nda (Policy Plan on Legal Migration) vasıflı işçilerin hızlı bir şekilde seçimi ve ülkeye kabul edilmesi yönünde bir direktifin hayata geçirilmesi planlanmaktadır.⁴⁰⁴

A. Çalışma ve Oturma İzni Uygulaması

Avrupa Birliği üyesi ülkelerin istihdam alanında yabancı işçilerin yer alabilmeleri çalışma ve oturma izinleriyle düzenleme altına alınmıştır. Birlik üyesi

⁴⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. § 2, IV, 2, A.

⁴⁰² Avrupa Birliği Komisyonu'nun; "Demografi ve Ekonomi: Çalışan Nüfusun Gerilemesi Avrupa'nın Büyüme Beklentisini Nasıl Etkiler" (Demographics And The Economy: How A Declining Working Age Population May Change Europe's Growth Prospects) adlı raporu için bkz. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=2402&furtherNews=yes> (Erişim tarihi: 12.11.2015).

⁴⁰³ Lisbon Stratejisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. § 2, IV, 2, B, c.

⁴⁰⁴ Avrupa Göçmen Ağı (European Migration Network) tarafından hazırlanan "İleri Vasıflı Yabancı İşçilerin Avrupa Birliğine Giriş ve İkamet Koşulları" (Conditions of Entry and Residence of Third Country Highly-Skilled Workers in the EU) adlı rapor için bkz. http://ec.europa.eu/homeaffairs/doc_centre/immigration/docs/studies/emn_highly_skilled_workers_study_synthesis_report_may07.pdf (Erişim tarihi: 12.11.2015).

lkelerde çalışma izinleri genellikle 12-24 ay aralığında değişen belirli süreler için verilmektedir. Diğer taraftan, bu ülkelerde yabancı bilgi işçilerinin istihdama kazandırılması için oturma ve çalışma izinlerinde belli imtiyazların tanındığı görülmektedir. Örneğin, Almanya’da sanatçılar, akademisyenler, uzmanlıkları kabul edilen işçiler ve yönetici pozisyonundaki çalışanlara iş teklifinin mevcut olması ve ailesiyle birlikte geçimini sağlayacak tutarda gelir elde etmesi durumunda, süresiz oturma izni verilebilmektedir. Benzer şekilde Belçika’da da yabancı işçilerin öngörülen minimum creti elde etmesi (2006 yılında yıllık 55.193 Pound) ve yönetici pozisyonunda yer almaları halinde süresiz çalışma izni tanınabilmektedir. İrlanda, İtalya, Yunanistan ve Hollanda’da ise yabancı bilgi işçilerinin istihdama kazandırılması için hızlandırılmış başvuru ve kabul programları mevcuttur. İngiltere’de yabancı işçilerin çalışma iznine hak kazanmaları için kesin bir iş teklifinin mevcudiyeti aranırken bu durum bilgi işçileri için geçerli değildir. Ayrıca bu işçilerin başvuruları İleri Vasıflı Göçmen Programı (Highly Skilled Migrant Programme – HSMP) erevesinde değerlendirilmektedir. Yine Hollanda’da bilgi işçileri için ayrı bir çalışma izni aranmamakta, oturma izni ise iş sözleşmesinin süresine göre verilmektedir. Eğer sözleşme belirsiz süreli ise oturma izni azami 5 yıllık bir süre için öngörülmekte, süre bitiminde ise yenilenebilmektedir. İrlanda’da ‘alışma Vizesi Programı’ ile bilgi ve bilgisayar teknolojileri, yapı işleri ve medikal, sağlık ve sosyal güvenlik alanında çalışacak yabancı uzmanların ülkedeki istihdamını kolaylaştırıcı adımlar öngörülmektedir. Bu alanda çalışacak işçilerin standart yetkinlikleri karşılaması için ilgili sertifikaların alanlarındaki yetkili kuruluşlardan temin edilmesi beklenebilmektedir. Sertifikasyon uygulaması Belçika’da da önem taşımakta, bilgi işçilerinin alanlarındaki vasıflarını ilgili sertifikalarla kanıtlamaları istenebilmektedir.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ Bkz. Avrupa Göçmen Ağı (European Migration Network) tarafından hazırlanan “İleri Vasıflı Yabancı İşçilerin Avrupa Birliğine Giriş ve İkamet Koşulları” (Conditions of Entry and Residence of Third Country Highly-Skilled Workers in the EU) adlı rapor için bkz. http://ec.europa.eu/homeaffairs/doc_centre/immigration/docs/studies/emn_highly_skilled_workers_study_synthesis_report_may07.pdf (Erişim tarihi: 12.11.2015).

B. Kota Sistemi

Avusturya, Estonya, Yunanistan, İtalya ve Litvanya gibi ülkelerde yabancı işçi istihdamı konusunda farklı türlerde kota sistemi uygulanmaktadır. Bu sistemde istihdam alanındaki işgücü ihtiyacı belirlendikten sonra, çalışma izni talepleri devletin ilgili birimleri tarafından bu ihtiyaç çerçevesinde sonuçlandırılmaktadır. Bununla birlikte istihdam alanındaki ihtiyacı karşılamak için kota sistemine belli istinaslar da tanınmaktadır. Örneğin Avusturya’da medya çalışanı, sanatçı, araştırmacı, iş sağlığı ve güvenliği yöneticisi gibi bilgi işçilerinin kota sistemi dışında tutulduğu görülmektedir. Yine İtalya’da akademisyenler ve çevirmenler gibi bilgi işçileri için kota sistemi uygulanmamaktadır. İngiltere, Hollanda, İsveç, İrlanda ve Belçika’da da kota sistemi bulunmamakta, yabancı işçi istihdamı daha çok bu alandaki talep doğrultusunda şekillenmektedir. Bu ülkelerde özel şirketler ve işverenler yabancı işçi istihdamında önemli rol oynamaktadır. Ülkemizdekine benzer şekilde belli bir alandaki işçi gereksinimi yerel işçilerle karşılanamıyorsa, bu alandaki talep diğer ülkelere kadar genişletilmektedir.⁴⁰⁶

C. Yabancı Bilgi İşçisini İstihdama Kazandırma Programları

Avrupa Birliği ölçeğinde yabancı bilgi işçilerini istihdama kazandırmak amacıyla çalışma ve oturma izinlerinde öngörülen imtiyazların yanında, belli ülkelerde aynı amaca dönük çeşitli programlar da uygulamaya konulmuştur. Bu programların daha çok ülkelerin belli alanlardaki işgücü gereksinimi karşılama amacıyla yürürlüğe konulduğu görülmektedir.⁴⁰⁷

İngiltere’de yüksek vasıflı işçileri istihdama kazandırmak amacıyla 2002-2008 yılları arasında özel bir program devreye alınmıştır. Yüksek Vasıflı Göçmen Programı (The Highly Skilled Migrant Programme-HSMP) adlı bu uygulama

⁴⁰⁶ Kota sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Göçmen Ağı (European Migration Network) tarafından hazırlanan “İleri Vasıflı Yabancı İşçilerin Avrupa Birliğine Giriş ve İkamet Koşulları” (Conditions of Entry and Residence of Third Country Highly-Skilled Workers in the EU) adlı rapor. Bkz.http://ec.europa.eu/homeaffairs/doc_centre/immigration/docs/studies/emn_highly_skilled_worker_s_study_synthesis_report_may07.pdf (Erişim tarihi:12.11.2015).

⁴⁰⁷ Bu programlara örnek olarak Almanya’nın 2000-2004 yılında bilişim teknolojisi uzmanları için yürürlüğe koyduğu yeşil kart uygulaması, Estonya’nın akademisyenler, Polonya’nın se sağlık sektörü çalışanları için yürüttüğü programlar örnek olarak gösterilebilir.

uyarınca yabancı çalışanların, ister bağımlı ister bağımsız olsun, çalışma ilişkileri sona erse dahi ikamet hakları devam etmektedir. Puan sistemine dayanan bu uygulamada başvurular kişinin önceki işlerden elde edilen gelir/ücret, nitelikleri, yaşı ve İngiltere deneyimine sahip olup olmadığı gibi hususlar üzerinden değerlendirilmekte, 75 puan üzerindeki başvurular kabul edilmektedir. Dünya'daki en iyi 50 üniversiteden işletme alanında yüksek lisans diplomasına (Master of Business Administration-MBA) sahip olan bilgi işçileri ise otomatik olarak 75 puan koşulunu sağlamış olarak kabul edilmektedir. HSMP programının yerini 2008 yılında Tier 1 (General) uygulaması, bunun yerini ise 2011 yılında Tier 1 (Üstün Yetenekli-Exceptional Talent) kategorisi almıştır.⁴⁰⁸ Diğerlerinden farklı olarak üstün yetenekli kategorisinde ayrıca İngiltere'deki yetkili kuruluş onayı getirilmiştir. Ayrıca bu program çerçevesinde başvurabilmek için fen ve beşeri bilimler, mühendislik, sağlık, dijital teknoloji veya sanat alanında tanınan/gelecek vaat eden bir vasfa sahip olunması gerekmektedir. Başvurusu kabul edilenlere istediği alanda 5 yıla kadar bağımlı veya bağımsız çalışma izni ile ailesine geçici ikamet izni hakkı tanınmaktadır. İngiltere'de 5 yıl süreyle bulunmanın akabinde ise süresiz oturma iznine başvurma hakkı kazanılmaktadır.⁴⁰⁹

İngiltere'deki bilgi işçilerinin istihdamına yönelik teşvik edici programların benzerine İrlanda tarafında da yer verilmiştir. Bu bağlamda, diğerlerinden farklı olarak bilgi işçilerinin istediği işveren nezdinde iş görmesine ve ayrıca aile üyelerinin de çalışmasına hak tanınmaktadır. Bu programdan önce İrlanda'da ülkemizdekine benzer şekilde kilit personel uygulamasına yer verilmiş, öte yandan ucuz işçi transferi suretiyle kötüye kullanılması nedeniyle programa 2002 yılında sonlandırılmıştır. İsveç'te de vasıflı işçilerin istihdamını amaçlayan teşvik edici stratejiler hayata geçirilmiştir. Bu bağlamda, yabancı işçilere konaklama kolaylıkları, dil kursları sağlanması ve vasıflarının tanınması gibi çeşitli imtiyazlar tanınmıştır.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Tier 1 (Exceptional Talent) uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/484659/T1__ET__v9_0.pdf (Erişim tarihi:10.12.2015).

⁴⁰⁹ Bkz. <https://www.gov.uk/tier-1-exceptional-talent/overview> (Erişim tarihi:10.12.2015).

⁴¹⁰ Bkz. Avrupa Göçmen Ağı (European Migration Network) tarafından hazırlanan “İleri Vasıflı Yabancı İşçilerin Avrupa Birliğine Giriş ve İkamet Koşulları” (Conditions of Entry and Residence of

§ 6.BİLGİ İŞÇİSİNİN ÖZEN BORCU

I. Özen ve Özen Borcu Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu’nu özen kavramına yer vermemekle birlikte, bu kavrama 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun çeşitli maddelerinde rastlamak mümkündür.⁴¹¹ Bu düzenlemelerin hemen hepsinde özen kavramı belli bir davranışsal ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı kavrama kanunun hizmet sözleşmelerine ayrılan altıncı bölümünde de rastlanmaktadır. Yasanın 396. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*İşçi yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.*” Madde metninden anlaşılacağı üzere işçilere birer yükümlülük olarak yüklenen ve bilgi işi açısından önem taşıyan bu kavramın içeriğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Türkçe’de özen kavramı; “Bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, itina ve ihtimam” anlamına gelmektedir.⁴¹² Dolayısıyla bir işe yönelik özen gösterilmesi gerekli çabanın, dikkatin ve azmin sarf edilmesini zorunlu kılmaktadır. Kuşkusuz özen kavramının içeriği eğitim, tecrübe, liyakat, yetenek gibi unsurlara bağlı olarak kişiden kişiye farklılık gösterecektir. Bu kavram olumlu özellikleri bünyesinde barındırmasının yanında belli bir sonuca ulaşmak için akıl ve iradenin birlikte kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, özen kavramı belli bir davranışın ölçüsü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴¹³

Özen kavramının yukarıda yer verilen tanımından hareketle kavramın dürüstlük kuralıyla doğrudan bağlantılı olduğu sonucuna varmak mümkündür. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkra hükmüne göre; “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak*

Third Country Highly-Skilled Workers in the EU) adlı rapor, s.23-24. http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/immigration/docs/studies/emn_highly_skilled_workers_study_synthesis_report_may07.pdf (Erişim tarihi: 12.12.2015).

⁴¹¹ Borçlar Kanunu’nun 66., 67., 71., 192., 316., 372., 377., 396., 464., 471., 472., 506., 507., 529., 534., 572., 592., 614., 628. ve 641. maddelerinde özen kavramına yer verilmiştir.

⁴¹² Bkz. www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 11.03.2016).

⁴¹³ Başpınar, 42.

zorundadır.” Kişilerin borçlarını yerine getirirken özenle hareket etmeleri dürüstlük kuralının bir gereğidir. Öğretide de özen borcunun, geniş anlamda dürüstlük kuralının hizmet sözleşmesindeki görünümü olduğu ifade edilmektedir.⁴¹⁴ Yargıtay da özen borcunun dürüstlük kuralının bir gereği olduğunu belirtmektedir.⁴¹⁵

Özen borcu, edim yükümlülüğünün ifa edilmesinde gerekli olan irade, dikkat, azim gibi sübjektif unsurların yanında borçlunun şahsında bulunması gereken bedeni ve fikri niteliklerden oluşan bir bütünü ifade eder.⁴¹⁶ Dolayısıyla, işçinin temel edim yükümü olan işin ifasında beklenen dikkati göstermesi ve sahip olduğu yetenekleri işe uygun şekilde kullanması özen borcunun konusunu oluşturur.⁴¹⁷ Bu bağlamda gerek eğitim geçmişi gerekse iş görme biçimleriyle diğer işçilerden ayrılan bilgi işçilerinin özen borcunun da özellik arz ettiğini söylemek mümkündür.

İşçinin özen borcu bağımsız bir borç olmayıp, iş görme borcu içerisinde yer alan ve onu tamamlayan tali bir yükümlülüktür.⁴¹⁸ Yan edim yükümlülüğü olması nedeniyle ancak geçerli bir iş sözleşmesinin varlığı halinde söz konusu olan bu borç sözleşmede ayrıca belirtme dahi işçinin sorumlulukları arasındadır.⁴¹⁹ Özen borcu, işçinin iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesine hizmet etmekte ve bunun ihlali asli edim yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurmaktadır.⁴²⁰

Öğretide bazı yazarlar tarafından özen borcunun işçinin sadakat borcu kapsamında yer aldığı ileri sürülmektedir.⁴²¹ Her ne kadar gerek özen borcu gerekse sadakat borcu işçinin işverene karşı dürüstlük kuralı gereği olumlu bir takım davranışlarda bulunmasını gerekli kılssa da her iki kavramın işçi açısından farklı anlamlar taşıdığı kanısını taşıyoruz. Zira sadakat borcu, iş akdinin tarafları arasında kişisel ilişkiler kuran niteliği gereği, işçi tarafından işverenin ve işyerinin çıkarlarını

⁴¹⁴ Başpınar, Özen Borcu, 124.

⁴¹⁵ Y9HD, 20.4.2008, E.2007/35822, K.2008/10336, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı (Erişim tarihi: 08.11.2015).

⁴¹⁶ İzveren, 1310.

⁴¹⁷ Uşan, 109. Makas, 152.

⁴¹⁸ Süzek, 361. Akman, 425.

⁴¹⁹ Makas, 151.

⁴²⁰ Süzek, 361.

⁴²¹ Demir-Demir, 4.

koruma, işverene ekonomik, ticari ve veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma şeklinde kendisini göstermektedir.⁴²² Bu bağlamda sadakat borcu hizmet sözleşmesinin bir yan yükümü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴²³ Özen borcu ise işçinin asli yükümlülüğü olan iş görme borcunun kapsamında yer alan ve bu borcu somutlaştıran bir yan edim yükümlülüğüdür. Borçlar Kanunu'nun özen ve sadakat borcunu ayrı şekilde düzenleyen 396. maddesi de bu kanımızı destekler niteliktedir.

İşçinin özen borcunun kapsamına kendisine teslim edilen makine, ekipman, teçhizat ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak da girmektedir.⁴²⁴ Bu husus Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde hükme bağlanmıştır; *“İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür.”* Dolayısıyla, işçiye işi ifa için bırakılan araç ve gereçleri kurallara uygun olarak kullanmaması özen borcuna aykırılık nedeniyle iş görme yükümlülüğünün ihlaline sebebiyet verebilir.

Görüldüğü üzere özen borcu hem iş görme borcunun içerisinde yer alan hem de işçilerin sorumluluğunun derecesini belirleyen bir nitelik taşımaktadır. Bu kapsamda bilgi işinde özen borcu konusundaki açıklamalara aşağıda bu yükümlülüğün tespiti ve sorumluluk bazında ayrı başlıklar halinde yer verilmiştir.

II. Bilgi İşinde Özen Yükümlülüğünün Derecesi

İşçinin özen borcunun derecesinin tayininde, yapılacak işin gerekli kıldığı meslek bilgisi ve eğitim derecesi (objektif kriterler) ile işverenin bildiği veya bilmesi gereken işçinin yetenek ve özellikleri (sübjektif kriterler) önem taşır.⁴²⁵ Dolayısıyla, bu borcun tespitinde gerek işin gerektirdiği özellikler gerekse işçilerin sahip olduğu

⁴²² Süzek, 368.

⁴²³ Yenisey, 305. Makas, 152.

⁴²⁴ Uşan, 106. Makas, 158. Akman, 425.

⁴²⁵ Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 105. Akman, 425-426. Makas, 155. Kabakcı, 61.

vasıflar rol oynamaktadır.⁴²⁶ Zira iş sözleşmesi, mameleki edimlerin mübadelesinden farklı olarak, iş görme borcunun fiziki ve fikri yeterliğe bağlı olarak ifa edilmesini gerektirir.

Öğretide işçinin işini ifa ederken göstermesi gereken özenin derecesi konusunda önceden genel ve objektif bir ölçü verilemeyeceği haklı olarak belirtilmektedir.⁴²⁷ Öte yandan, bilgi işinin kendine has özelliklerinin bu işlerdeki özen yükümünü diğer işlere nazaran ağırlaştırdığını söylemek kanımızca mümkündür. Zira girdisi ve nihai çıktısı bilgi olan ve yoğun olarak zihinsel çabaya dayanan bilgi işinin ifası ileri düzeyde meslek bilgisi ve eğitim derecesine sahip vasıflı işçilerin istihdamını gerekli kılmaktadır.

Bilgi işinde ifanın niceliği kadar niteliği de önem taşımaktadır.⁴²⁸ Bu durum özen borcunun derecesinin belirlenmesinde kullanılan objektif ve sübjektif ölçütlerin bilgi işinde ön plana çıkmasına yol açmaktadır. Nitekim öğretide işçinin sorumluluğunun düzenlendiği Borçlar 400/2 maddesinin aynı zamanda özen borcunun tayininde temel teşkil ettiği belirtilmektedir.⁴²⁹ Düzenlemeye göre; *“...sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur.”* Dolayısıyla işçinin özen borcunun tespitinde somut işin şartlarını esas alan objektif ölçütlerin yanında işçinin sübjektif nitelikleri de dikkate alınacaktır.⁴³⁰ Bu konuda örneğin, bilgisayar yazılım programı geliştiren bir şirkette alanında uzmanlığa sahip mühendislik eğitime sahip işçi ile aynı işyerinde operasyonel işleri yerine getirmekle yükümlü olan çalışandan işin ifasında beklenen özenin derecesi farklı olacaktır. Bilgi işçisinin hizmet akdindeki

⁴²⁶ Kabakçı, 59.

⁴²⁷ Narmanlıoğlu, 204. Makas, 155. İşçinin iş görme ediminin kalitesine ve nicelik yönünden yeterliliği konusunda performansa dayalı ücretin, iş sözleşmesinin, işverenin yönetim hakkının somut ölçü oluşturmadaki güçlük konusunda bkz. Kabakçı, 29-40.

⁴²⁸ Drucker, Productivity, 4.

⁴²⁹ Kabak, 60.

⁴³⁰ Öğretide birçok durumda tarafların zımnen kararlaştırmaları nedeniyle ortak sözleşme iradesinden borçludan beklenen özenin belirlemeye yeterli olmayacağı belirtilmekte, bu durumda sözleşmenin niteliği ve borçlunun üstlendiği edim ile borçlunun özelliklerinin dikkate alınarak özenin derecesinin belirleneceği ifade edilmektedir. Bu nedenle profesyonel bir edim yüklenen veya ileri vasıfları nedeniyle sözleşme yapılan borçlunun özenin derecesi çok daha yüksek olacaktır. Bkz. Baycık, 101.

ücret unsurunun diğer iş sözleşmelerine nazaran farklılık arz etmesi de bu kanımızı destekler niteliktedir. Keza, işveren tarafından işçiye ödenen ücret alışılmışın üzerinde ise, bu durum işçiden beklenen özen ve sorumluluğun daha fazla olduğuna karine teşkil eder.⁴³¹ Bu bağlamda bilgi işinde işçinin ağırlaştırılmış özen yükümünden bahsetmek mümkündür.

İşçiye yüklenen özenin derecesinin belirlenmesinde öncelikle iş akdine başvurulacaktır. Nitekim Yargıtay da 16.02.2009 tarihinde vermiş olduğu bir kararında kusurlu ifası nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen bir işçinin hangi yükümlülüğü ihlal ettiğinin öncelikle iş akdi dikkate alınarak belirleneceğini hükme bağlamıştır.⁴³² Ancak, doğası gereği özen derecesinin tümünden sözleşme ile belirlenmesi olanaksız olduğuna göre, sözleşmede hüküm bulunmayan durumlarda, işçiyle aynı meslek dalında veya faaliyet alanında beklenen özenin işçi tarafından gösterilmesi gerekmektedir.⁴³³ Ayrıca özen borcu edimin sadece ifasının kalitesiyle değil niceliğiyle de ilgilidir.⁴³⁴ Bilgi işçisi için de geçerli olan bu durum karşında sözleşmede hüküm bulunmadığı hallerde özen borcunun tayini için aynı veya benzer faaliyet alanlardaki işlerde beklenen nitelikler dikkate alınacaktır.

İşin gerekliliklerinin yanında işçinin sahip olduğu nitelikler de özen borcunun tayinin de önem taşır.⁴³⁵ Bilgi işinde ise işçinin sahip olduğu vasıfların özen derecesinin belirlenmesinde daha ön planda olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim bilgi işçileri sahip oldukları vasıfları işin ifasına doğrudan yansıtmalıdır. Aksi durum ileriki başlıklarda ayrıntılı şekilde yer verildiği üzere iş akdinin geçerli ya da haklı nedenle feshine varan bir takım yaptırımlara yol açabilir. İş Kanunu'nun geçerli fesih nedenlerinin düzenlendiği 18. maddesine ilişkin gerekçede işçinin gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olması geçerli fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Kuşkusuz işçinin vasıflarından kaynaklanan beklenti her olayın ve durumun özelliğine göre şekillenecek, sahip olunan vasıfların

⁴³¹ Ekonomi, 123.

⁴³² Y9HD, 16.02.2009, E.2008/16671., K.2009/2451, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 12.01.2016).

⁴³³ Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 105.

⁴³⁴ Kabakcı, 60.

⁴³⁵ Süzek, 354. Ekonomi, 123.

üzerinde ifa istenemeyecektir. Aksi durumun genel anlamda dürüstlük kuralına aykırı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Yargıtay da işçiden yerine getirmesi beklenen standartların makul ve gerçekçi olması gerektiğine hükmetmektedir.⁴³⁶

III. Bilgi İşinde Özen Borcuna Aykırılık

Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinin 1. ve 2. fıkraları gereğince işçiler iş görme borcunu özenle ifa etmelerinin yanında işin görülmesi için kendilerine tevdi edilen işverene ait araç ve gereçleri özenle kullanmakla da yükümlüdürler. Bilgi işinde ise gerek işin gerektirdiği nitelikler gerekse işçinin sahip olduğu vasıflar işçinin özen yükümlülüğünün artmasına yol açmaktadır. Nitekim kanun koyucu da işçinin iş ilişkisinin somut koşullarına bağlı olarak değişen özen borcu karşısında, bu borca dayalı olarak belirlenen kusur sorumluluğunu için Borçlar Kanunu'nun sorumluluğun genel esaslarının düzenlendiği 114. maddesinin yanında ayrıca 400/2 madde hükmünü öngörmüştür.⁴³⁷ Özen yükümlülüğünün iş görme borcuna bağlı olan tali niteliği nazara alındığında bilgi işçisinin işin ifasında ağırlaştırılmış özen yükümüne aykırı hareketi iş görme borcunun ihlali sonucunu doğuracaktır.

İş görme borcunun kötü ifa yoluyla ihlali karşısında bilgi işçisi diğer işçiler gibi tazminat, ücretinden yoksun kalma, disiplin cezaları, geçerli veya haklı nedenle işten çıkarma gibi yaptırımlarla karşı karşıya kalabilir.⁴³⁸ Ayrıca bu işçiler kusuru nedeniyle işverene vermiş olduğu zararlardan da sorumludur. Bu zararın karşılanması için işçiler Borçlar Kanunu'nun 112 vd. ile 400. madde hükümleri ve sorumluluk hukuku çerçevesinde sorumlu tutulabilir.

Borçlar Kanunu'nun 400. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur.*” Ayrıca, kötü ifa sonucunda işverenin mülkiyeti altındaki veya zilyedi olduğu araç ve gereçlerin işçinin 30 günlük ücreti tutarında ödeyemeyecek derecede zarara uğraması halinde işveren haklı

⁴³⁶ Y9HD, 17.2.2011, E.2009/48864, K.2011/3669, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 12.01.2016).

⁴³⁷ Kabakcı, 57.

⁴³⁸ Süzek, 362.

nedenle fesih hakkını kullanabilecektir⁴³⁹ (İK m.25/II, ı). Öğretide iş görme borcunun yerine getirilmesinde beklenen özenin somut duruma ve işçinin özelliklerine göre belirleneceği belirtilmektedir. Bu kapsamda örneğin, bir kalfadan deneyimli bir mühendisin, bir sağlık elemanından ise bir hekimin özetle vasıfsız bir işçiden vasıflı bir işçinin gösterebileceği özenin beklenemeyeceği haklı olarak ifade edilmektedir.⁴⁴⁰ Aksi takdirde işçi ortaya çıkan zarardan gerekli özeni göstermemesi nedeniyle sorumlu tutulamaz. Nitekim Yargıtay da işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde sahip olduğu vasıfların net bir şekilde belirlenmesi gerektiğine hükmetmektedir. Bu doğrultuda yüksek mahkeme 27.02.2008 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, işin ifası neticesinde ortaya çıkan zararın organizasyonel ve yönetsel nedenle kaynaklandığı belirten bilirkişi raporunu yeterli görmemiş, zarara sebebiyet veren işçinin, işletmedeki sorunlara rağmen, bilgi ve becerisinin zararı önlemeye yetecek düzeyde olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁴¹

Bir işçinin bilinen veya bilinmesi gereken vasıflarının üzerindeki işlerde görevlendirilmesi özen borcunun ihlalini oluşturmayacaktır. Öte yandan, işçinin iş görüşmesinde işi elde edebilmek amacıyla sahip olmadığı vasıfları kendisinde göstererek işvereni yanıltması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu durum karşısında işveren akdetmiş olduğu iş sözleşmesini ahlak ve iyiniyetli kurallarına uymayan hallere dayanarak haklı nedenle feshedebilecektir⁴⁴² (İK m.25/II, a). Bu

⁴³⁹ Öğretide işçinin zarara yatkın işlerde sorumluluğunu sınırlandırılan Borçlar Kanunu'nun 400/2. maddesi ile İş Kanunu'nun otuz günlük ücreti aşan zararlarda işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine izin veren madde hükmünün birbiriyle çeliştiği ve uyumlu hale getirilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Süzek, 365. ILO'nun 158 sayılı sözleşmesinin 11. maddesinde işçiye ciddi bir hizmet kusuru, yani işverenin bildirim süresi içerisinde kendisini çalıştırmasının makul sayılamayacağı türden bir kusur, atfedilmedikçe işçi makul bir bildirim süresine veya onun yerine tazminata hak kazanacağı düzenlenmiştir. Bu halde işçinin hafif kusurundan kaynaklanan davranışları haklı nedenle feshe sebebiyet vermemelidir. Dolayısıyla böyle bir fesih iş güvencesi kurallarına uygun yani geçerli bir nedene dayalı olmalıdır. Bkz. Güzel, İş Güvencesi, 40.

⁴⁴⁰ Süzek, 363. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 106.

⁴⁴¹ Y9HD, 27.02.2008, 2007/9302 E, 2008/2652 K. Aynı doğrultuda, Y9HD, 01.03.2007, 2006/20139 E., 2007/5593 K. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 12.12.2015).

⁴⁴² Nitekim bu durum aynı zamanda sözleşme tarafının sözleşme görüşmelerindeki kusurundan doğan sorumluluğunu da (Culpa in contrahendo) genel prensipler çerçevesinde gündeme getirebilecektir. Öğretide 'Culpa in contrahendo'dan kaynaklanan sorumluluğun temelinde sözleşmenin kurulması sürecinde, sözleşmenin varlığına ve geçerliliğine yönelik güvenin boşa çıkmasına kusuruyla sebep olan görüşme tarafının sorumluluğunun yer aldığı belirtilmektedir. Bkz. Akın, Güvenin Korunması,

husus bilgi işi için de önem arz etmektedir. Zira bilgi işlerinde aranan ileri vasıflar iş görüşmesinde kişilerin belli saiklerle işverene karşı gerçeğe uygun olmayan beyanlarda bulunmasına yol açabilir.⁴⁴³ Bu durumda işveren haklı nedenle fesih hakkının yanında uğramış olduğu zararların tazmini için sorumluluk hukuku çerçevesinde işçiye karşı tazminat talebinde de bulunabilecektir (İK m.26/2).

IV. Bilgi İşçisinin Sorumluluğunun Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde Sınırlandırılması

Çağımızın gittikçe hız kazanan sanayileşme hareketlerine ve teknolojik gelişmelere paralel olarak, tehlikeli ve zarara yatkın işlerin sayısı giderek artış göstermektedir. Bu işlerin ortak özelliği, özenli bir işçinin bile ara sıra kişinin yetmezliğine dayanan, küçük bir takım dikkatsizlikleri neticesinde hata yapması olasılığının varlığı, diğer taraftan ise hafif kusura karşın ortaya çıkan zarar miktarının yüksek olmasıdır.⁴⁴⁴ Bilgi işlerinin de kural olarak bu kapsamda yer aldığını söylemek mümkündür. Keza işçinin zihinsel emeğine bağlı olan bu işlerde hafif kusurla yer verilebilecek aksaklıkların yüksek miktarda zarara yol açması ihtimal dâhilindedir. Nitekim bu işçiler genellikle işverenlerin ekonomik faaliyeti açısından önem taşıyan görevleri yerine getirmektedir.

Tehlikeli ve zarara yatkın işlerde bilgi işçisinin sorumluluğunun sınırlandırılması gerekmektedir. Sorumluluğun sınırlandırılması işçinin doğan zarardan mesul tutulmaması ya da belli bir ölçüye kadar sorumlu tutulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

28. Ayrıca iş görüşmelerinde gerçek dışı beyanda bulunan işçinin iş sözleşmesinin haklı feshi culpa in contrahendo sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bkz. Yürekli, 569.

⁴⁴³ İş görüşmeleri sırasında işçinin kendisine yöneltilen sorulara cevap verme yükümlüğünün yanında talep edilmese dahi işin yürütümünü etkileyen hususlarda bilgi vermekle sorumlu olduğu öğretide belirtilmektedir. Bkz. Eyrenci, Personel Seçimi, 245.

⁴⁴⁴ Soyer, 388. Frankfurt Eyalet İş Mahkemesi 1956 yılında vermiş olduğu bir kararında tehlikeli ve zarara yatkın işleri ve işçinin sorumluluğunun hafifletilmesi şu şekilde açıklamıştır; “*Sorumluluğun hafifletilmesi, işçinin, işin yerine getirilmesinde ve bütün çalışma süresi boyunca aynı yükseklikteki yoğun gayret ve dikkati göstermesi gereken tehlikeye yatkın işlerde söz konusu olur; çünkü bu dikkatin (ister yorgunluk, ister çevrenin etkisi nedeniyle) gevşemesi halinde, işçinin ücretine oranla aşırı ölçüde büyük olan zararlar, derhal meydana gelir. Böyle zararlar son bir tahlilde kişinin yetmezliğine (devamı yoğun gayretin olanaksızlığına) dayanırlar ve bu sebeple az çok kaçınılamazdır. Eğer müteşebbis böyle bir işi bizzat yerine getirmeye çalışsaydı, o da keza bu kusurlu harekette bulunabilecekti. Öyleyse o, bu iş için başkasını çalıştırdığından, daha iyi bir durum elde edememelidir. Böyle zararlar daha ziyade genel müteşebbis rizikosuna dahildir.*” Bkz. Akman, 427.

1. İşletme Rizikosu ve Diğer Gerekçeler

Genel itibarıyla yoğun zihinsel çaba ve dikkat gerektiren işlerinden oluşan bilgi işinde işçilerin hafif kusurlarında dahi işveren nezdinde ücretlerine oranla yüksek tutarda zararların doğmasına yol açma ihtimali yüksektir.⁴⁴⁵ Örneğin, bir banka yöneticisinin gerekli dikkati göstermesine karşın hatalı ödemelere yol açma ihtimali güçlü bir olasılık olarak her zaman söz konusudur. Aynı şekilde bir avukatın, doktorun, sanatçının özetle bir bilgi işçisinin göstermiş olduğu özene rağmen bir takım hatalara yer yapma ihtimali üst düzeyde zihinsel emek gerektiren bu işlerin doğasında bulunmaktadır. Aynı zamanda işçinin hafif kusuru neticesinde ortaya çıkan zararın da bilgi işinde yüksek olacağını şimdiden öngörmek yanlış olmayacaktır. Keza bu tarz işlerde işçilerin yüksek ücretlerle yerine getirdikleri edim işletmenin ekonomik geleceği açısından büyük önem arz etmektedir. Kuşkusuz ifa edilen işin zarara yatkınlığını her somut olay bazında ayrı ayrı ele almakta fayda bulunmaktadır. Öte yandan, bilgi işinin kural olarak zarara yatkın işler kategorisinde yer aldığını söylemek kanımızca mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki yerine getirilen işin tehlikeli/zarara yatkın kapsamında yer alıp almadığı her somut olay bazında ele alınacaktır.⁴⁴⁶

Çağdaş İş Hukuku'nun gelişim sürecinde tehlikeli ve zarara yatkın işlerde işçilerin sorumluluğunun sınırlandırılması gerekliliğinin işletme rizikosu görüşüne dayandırıldığı görülmektedir. İlk olarak Alman İş Mahkemeleri tarafından ortaya atılan bu görüşe göre; ekonomik çıkarı işçinin emeğine bağlı olan işverenin işyerinde kusur sonucu oluşan zararlar, işletme rizikosuna dahil edilmelidir. Zararın

⁴⁴⁵ İsviçre'de işçi örgütlerinin işçinin hafif ihmali nedeniyle işverene verdiği zarardan sorumlu tutulmaması yönündeki talepleri İsviçre kanun koyusu tarafından kabul edilmemiştir. Bunun gerekçesini ise teknolojinin ilerlemesi ve her alanda komplike makine ve ekipmanlarla iş görülmesi nedeniyle işçinin hafif ihmali dahi işveren nezdinde büyük zararlar verebilmesinin mümkün olması ve bu nedenle işverenin haklı menfaatinin korunması oluşturur. Bkz. Baycık, 110.

⁴⁴⁶ Bkz. Baycık, 137. Aynı yazar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1984 tarihinde verdiği bir kararda, teknik büroda başmühendis olarak çalışan işçinin iş görme edimine iş hacminin büyüklüğü nedeniyle çok önemli ve komplike bir nitelik taşıyan maliyet raporlarının hazırlanması işinin de dahil edilmesi karşısında, küçük bir hatanın büyük zararlara sebebiyet verebilmesi ihtimali nedeniyle, işin mesleki risk kapsamında saydığını belirtmektedir. Mahkemenin bir diğer kararında ise tüm sipariş ve hesaplardan sorumlu olan bir işçinin birçok hesapla ilgilenmesi ve bazı hesapları kendi tahminine dayalı yapmasının mesleki risk olarak kabul edildiği yine aynı yazar tarafından örnek olarak gösterilmiştir. Bkz. Baycık, 139.

oluşmasında işverenin katkısı olmasa bile zarar işletmenin faaliyet sahası ile ilgili bulunuyorsa buna işveren katlanmalıdır. Zira işletmenin faaliyetinde yer alan tüm olaylar işverenin hukuki çevresine dahildir ve bunun sonuçlarına yalnız işveren katlanacaktır. Bu görüş aynı zamanda çevre teorisi olarak da adlandırılmaktadır.⁴⁴⁷ Gerçekten işverenin yararı için yapılan işte işçinin hafif kusuru sonucu ortaya çıkan zararın işletme rizikosuna dahil edilmesi hakkaniyete uygun bir yaklaşımdır. İşverenin lehine görülen bir işin ifası neticesinde ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi işçinin hayatına mal olabilecekken, işveren sigorta ya da diğer yöntemlere başvurarak zararı bertaraf edebilmesi de hakkaniyetin bir diğer boyutunu oluşturmaktadır.

Alman hukukundaki bazı yazarlara göre ise işletme rizikosunun temel dayanağını işverenin tehlikeli işin kaynağını teşkil etmesi oluşturmaktadır.⁴⁴⁸ Bu tehlike kaynağı, her işteki özel durumdan, işyerinden veya işte kullanılan bir maddenin tehlikeli olmasından ileri gelebilir. Örneğin, bir atom santralinde uranyum ile uğraşan bir işçinin işi bu kapsamdadır.⁴⁴⁹

Bilgi işinde işçilerin hafif kusurları ile sebebiyet verdikleri zararlardan sorumlu tutulmaları başka açılardan da hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Gerçekten bilgi işçilerinin her türlü kusurundan sorumlu tutulması, ileri vasıfları nedeniyle ifası güç bir işte çalışan işçilerin, daha düşük yeteneklere sahip ve bu nedenle zarar doğurma ihtimali daha az olan işlerde çalışan işçiler karşısında daha katı ölçüde sorumlu tutulmasına yol açacaktır. Bu durum ise bir bakıma vasıflı işçilerinin cezalandırılması anlamına gelecektir.⁴⁵⁰ İşçinin almış olduğu yüksek tutarlı ücretin işletme açısından alınan rizikonun karşılığı olduğunu da ileri sürmek güçtür, zira ücret riskin değil işçinin iş görme borcunun karşılığını oluşturmaktadır.

Bilgi işçilerinin zarara yatkın ve tehlikeli işlerde sorumluluklarının sınırlandırılması hizmet akdi ile sağlanabileceği gibi yargı organları da bu yönde

⁴⁴⁷ Akman, 428.

⁴⁴⁸ Soyer, 391, dp.33.

⁴⁴⁹ Akman, 429.

⁴⁵⁰ Akman, 428.

kararlar alabilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin getirdiği hükümler karşısında yargı kararlarının önemi bir kat daha artmıştır.

2. Sorumluluğun Yargı Organı Tarafından Sınırlandırılması

Türk Borçlar Kanunu'nda önemli bir yenilik olarak kusurlu ifa neticesinde işverene zarar verilen hallerde, işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde, işin tehlikeli olup olmasının göz önünde bulundurulması gerektiği düzenlenmiştir ⁴⁵¹ (BK m.400/2). Madde gereğince tehlikeli ve zarara yatkın işlerde işçilerin hafif kusurlarından sorumlu tutulmaması gerektiği doktrinde belirtilmektedir. ⁴⁵² Bununla birlikte, bilgi işçilerinin özen borcunun nispeten yüksek düzeyde olması kusurlarının hafif olarak nitelendirilmesi olasılığını zayıflatmaktadır. Nitekim Yargıtay işçinin özen borcuna ilişkin vermiş olduğu kimi kararlarında işçilerin beceri ve niteliklerini kusurun tespitinde dikkate alınması gereken unsurlar arasında saymıştır. ⁴⁵³ Bu durumda vasıfsız işçi için hafif ihmal olarak değerlendirilebilecek bir kusurun derecesi bilgi işçisi açısından daha ağır olacaktır. ⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Soyer bu hükmün getirilmeden önce de ortak kusur teorisinden hareketle, zarara yakın işlerde işçinin sorumluluğunun hafifletilmesi veya ortadan kaldırılmasını isabetli olarak ileri sürmüştür. Yazara göre zarara yatkın bir işin ifasının talep edilmesi her an bir zararın gerçekleşmesi olasılığını taşır. İşçinin bu tür bir işi başlangıçta kabul etmeme imkanı yoktur ve işin yürütümü sırasında işverence yönetim hakkına dayanılarak verilen talimatlara aykırı davranması da mümkün değildir. Böylelikle işveren aslında kendi çıkarını tehlikeye atmaktadır. Bu durum ise ortaya çıkan zararın bir kısmına işverenin katlanmasını gerekli kılar. Bkz. Soyer, 393-395.

⁴⁵² Süzek, 364. Yasa metninde sadece tehlikeli işlere vurgu yapılmakta, tehlikeli olmamakla birlikte zarara yatkın olan işler konusunda bir düzenleme ise yer almaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1971 yılında yapılan değişiklikte ise işletme rizikosu görüşü benimsenmiş ve zarara yatkın işlerde işçiyi korumayı ve sorumluluğunu hafifletmeyi öngören yasal düzenlemeler öngörülmüştür. Dolayısıyla, mehz kanunda işçilerin sadece tehlikeli işler karşısında değil zarara yatkın işlere karşı korunması amacı güdülmüştür. İşletme rizikosuna ilişkin olarak yukarıda yer verilen görüşler paralelinde Borçlar Kanunu'ndaki yasal düzenlemenin zarara yatkın işler olarak yorumlanması gerektiği yazar tarafından haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. aynı yazar, 364. İsviçre Federal Mahkemesi işçinin hafif kusuru bulunsa dahi somut durumun bütün koşullarını dikkate alarak işçinin sorumluluk yüklenip yüklenmeyeceğine, sorumlu tutulacak ise bunun miktarına karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Federal Mahkemenin örnek kararları için Bkz. Baycık, 147-149.

⁴⁵³ Y9HD, 27.02.2008, E.2007/9302, K.2008/2652. Aynı doğrultuda, Y9HD, 01.03.2007, E.2006/20139, K.2007/5593, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 11.11.2015).

⁴⁵⁴ Aynı zarar verici olaydan birinde işçinin yetenek ve nitelikleri dikkate alınarak daha hafif bir sorumluluk gündeme gelebilecekken, işçinin üstün yetenek ve özelliklerinin söz konusu olduğu halde sorumluluk daha ağır bir nitelik taşıyabilir. Bkz. Baycık, 165.

Alman Hukukunda tehlikeli ve zarara yatkın işlerde işçinin sorumluluğunun sınırlandırılmasında ve zararın işletme içerisinde denkleştirilmesinde somut olayın özellikleri, işçinin işyerinde davranışları ve daha önceden bir zarara yol açıp açmadığı, işçinin aldığı ücret, işverenin risk analizi sonucunda yaptırdığı sigorta, işçinin yaşı, eğitimi, kişisel durumu ve somut olaydaki kusur derecesi ile oluşan zararın büyüklüğünün nazara alındığı belirtilmektedir.⁴⁵⁵ Gerçekten bilgi işinde ifa edilen işin başlı başına risk taşıması nedeniyle işçinin kastı veya ağır ihmali dışındaki hallerde sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu bağlamda, Alman Hukukundaki sorumluluğun sınırlandırılmasında olduğu gibi bilgi işçileri açısından da somut olayın özellikleri ile birlikte işçinin daha önceden bir zarara yol açıp açmadığı, zararın yüksekliği, riskin sigorta edilebilirliği, işçinin işletmedeki konumu, ücreti, kıdemi, yaşı, kişisel durumu gibi hususların orta derece kusurdaki sorumluluğun tespitinde dikkate alınması kanımızca uygun olacaktır.⁴⁵⁶ Ağır ihmalde ise bilgi işçileri de diğer işçilerde olduğu gibi zararın tamamından sorumlu olacaktır.

3. Sorumsuzluk Anlaşması

Bilgi işçisinin işin ifasında özen yüküme aykırı hareketi nedeniyle işverene zarar vermesi durumunda sorumluluğu belli hallerde sözleşmeyle de sınırlandırılabilir. Öğretide sorumsuzluk anlaşması olarak adlandırılan bu sözleşme⁴⁵⁷, tarafların zararın doğumundan önce açık veya zımnen yaptıkları ve ileride alacaklı lehine gündeme gelebilecek tazminat isteme hakkını kısmen veya tamamen ortadan kaldıran hukuki bir işlemdir.⁴⁵⁸

Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin 2. fıkrasında; *“Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”* kuralı öngörülmüştür. Düzenlemede her ne kadar hizmet sözleşmesine dayanan her

⁴⁵⁵ Akman, 432-433. Alman Hukukunda temel alınan bu ölçütler İsviçre yargısında da dikkate alınmaktadır. Bkz. Baycık, 146.

⁴⁵⁶ Aynı yönde bkz. Süzek, 364-365. Orta derece kusur konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Baycık, 116-117.

⁴⁵⁷ Oğuzman-Öz, 347.

⁴⁵⁸ Eren, 1042. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, 880. Reisoğlu, 312.

türlü sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olduğu ifade edilse de öğretide bu hükmün zarara yatkın işlerde işçinin hafif kusurundan sorumlu tutulmamasına veya bu yöndeki sorumsuzluk anlaşmasına engel oluşturmayaacağı belirtilmektedir.⁴⁵⁹ Bu çerçevede Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesinin amacına uygun yorumundan hareketle sadece işveren lehine getirilen sorumsuzluk kayıtlarının geçersiz olacağını ileri süren görüşlere de rastlanmaktadır.⁴⁶⁰ Kanımızca, Borçlar Kanunu'nun 400. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen işçinin kusurunun tespitinde işin tehlikeli veya zarara yatkın olup olmadığının göz önünde bulundurulacağı hususu ile hakkaniyet ilkesi dikkate alındığında işçinin hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtlara geçerlilik tanınması uygun olacaktır.

İşçi ve işveren her ne kadar zarara yatkın işlerde işçinin hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk sözleşmesi akdetme hakkına sahip olsa da bu durum işçinin orta derece ihmali, ağır kusuru ve kastı için geçerli değildir. Bu yöndeki anlaşmalar Borçlar Kanunu'nun 115/2. madde hükmü gereğince kesin hükümsüzlük ile batıl sayılacaktır.⁴⁶¹ Öte yandan, belirtmek gerekir ki kesin hükümsüzlük yaptırımı zararın doğumundan önce akdedilen sorumsuzluk anlaşmalarına uygulanır, zararın doğumundan sonra akdedilen ve işçinin sorumluluğunu ortadan kaldıran sözleşmeler ibra niteliğinde olup geçerlidir.⁴⁶²

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu Borçlar Kanunu m.115/3 düzenlemesi karşısında borçlunun yetkili makamın verdiği izinle iş görme borcunu ifa etmesi halinde hafif kusurundan sorumlu olup olmayacağıdır. Bahse konu düzenlemeye göre; *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun*

⁴⁵⁹ Süzek, 8. Bs., 356. Akın da konuya iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri açısından yaklaşmakta ve BK 115 madde hükmünün işverenlerin işyerlerindeki iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal ettiklerinde bu duruma hafif kusurlarıyla sebebiyet verseler dahi sorumluluktan kurtulamayacaklarını belirtmektedir. Yazar yasanın lafzından hareketle aynı durumun işçiler için de geçerli olduğunu belirttikten sonra İş Hukuku'nun genel prensipleri ile olaya yaklaşıldığında böyle bir anlaşmanın yapılmasına engel olunmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Akın, Alt İşverenlik, 68.

⁴⁶⁰ Makas, 175.

⁴⁶¹ Süzek, 365.

⁴⁶² Oğuzman-Öz, 347. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, 880. Reisoğlu, 312. Akın, Alt İşverenlik, 66.

hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 6. maddesi 1/a alt bendi gereğince işveren çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve on ve daha fazla çalışanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde diğer sağlık personeli görevlendirir. Ayrıca aynı düzenlemede işverenin söz konusu hizmeti ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden temin etmesine de izin verilmiştir.⁴⁶³ İşverenin çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi veya sağlık personeli seçmesi halinde bu çalışanların özünde birer bilgi işçisi olacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca bu kişilerin bahse konu nitelikleri sağlamaları için yetkili kurumların düzenlediği eğitimlere girmeleri, sınavlarda başarılı olmaları ve yine aynı kurumlardan belli sertifikaları temin etmeleri gerekmektedir.⁴⁶⁴ Bu durum kuşkusuz Borçlar Kanunu m.115/3’de ifade edilen işin yetkili makamlar tarafından verilen izne işaret etmektedir. Madde düzenlemesi gereğince bu işçilerin hafif kusurundan sorumlu olmayacaklarına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüz sayılacaktır.⁴⁶⁵ Diğer bir ifadeyle kanun ya da yetkili makamın izniyle iş gören bilgi işçilerinin hafif kusurlarına ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları geçersizdir. Nitekim madde gerekçesine bakıldığında bu düzenlemenin yasa veya yetkili makam tarafından verilen her türlü izinle yerine getirilen işlerde değil uzmanlığı gerektiren işler için öngörüldüğü ve 818 sayılı yasadan farklı olarak uzmanlığın ve iznin bir arada bulunduğu hallerde hafif kusurun kesin varlığı halinde de olsa sorumsuzluk kaydına yer verilmesinin uygun görülmediği, bu nedenle bu tür hallerde hakime takdir yetkisi verilmeksizin kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı ifade edilmektedir.

⁴⁶³ İş sağlığı ve güvenliği konusunda işyerinin örgütlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, İşyeri Örgütlenmesi, 5 vd.

⁴⁶⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, Alt İşverenlik, 69-74.

⁴⁶⁵ Akın, Alt İşverenlik, 74.

§ 7. BİLGİ İŞÇİSİNİN İŞ AKDİNİN GEÇERLİ FESHİ

I. Geçerli Fesih Kavramı

Çağdaş İş Hukukunun temel gayelerinden bir tanesi iş güvencesinin sağlanmasıdır.⁴⁶⁶ Bu gaye uluslararası alandaki düzenlemelere de yansımıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) nun 2 Haziran 1982 yılında kabul ettiği Hizmet İlişkinine Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme doğrudan iş güvencesine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Ayrıca, bu sözleşmenin uygulama esaslarını göstermek üzere aynı yıl 161 sayılı tavsiye kararı alınmıştır. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 30. maddesinde de her işçinin topluluk hukuku ve ulusal yasalar ve uygulamalara göre haksız işten çıkarmaya karşı korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

ILO'nun 158 sayılı sözleşmesi TBMM tarafından 10.8.1994 tarihinde onaylanmıştır. Hukukumuzda işçilere ilk kez 15 Mart 2003 yürürlük tarihli 4773 sayılı yasa ile tanınan iş güvencesi 4857 sayılı yasadaki düzenlemelerle nihai şeklini almıştır. Bu çalışmaların temelinde 158 sayılı ILO Sözleşmesi yer almaktadır.⁴⁶⁷ Sözleşmenin tüm ekonomik faaliyet alanlarında ve hizmet sözleşmesiyle istihdam edilenlere uygulanacağı açıkça hükme bağlanmıştır (m.2/1). Ayrıca, sözleşmenin 2/4 ve 5. maddelerinde belli durumlara özgü istisnalar getirilmesine de imkân tanınmıştır.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında geçerli fesih kurumuna yer vermiştir. Değinilen maddeye göre; *“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.”*

⁴⁶⁶ Günay, 153. Güzel, İş Güvencesi, 16.

⁴⁶⁷ Taşkent, İş Güvencesi, 163. Mevzuatımızda ILO'nun 158 sayılı sözleşmesine aykırı düzenlemeler konusunda bkz. Güzel, İş Güvencesi, 20 vd.

Yasa maddesinden anlaşılacağı üzere geçerli fesih, iş güvencesine ⁴⁶⁸ tabi işçilerin iş akitlerinin işverenin tek taraflı irade beyanıyla yine yasada yer alan hallerde feshedilmesine olanak tanıyan bir kurumdur. Geçerli neden olarak yasada yer alan haller işverenin fesih hakkını sınırlandırarak işçiyi “keyfi” fesihlere karşı korumaktadır. ⁴⁶⁹ Geçerli feshe yol açan sebepler İş Kanunu’nun 25. maddesinde düzenlenen haklı fesih nedenleri kadar ağır olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen, iş ilişkisinin devamını işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemez durumda kılan hallerdir. ⁴⁷⁰ Ayrıca, işveren bu nedenlerin varlığını ispatlamakla yükümlü tutulmuştur (İK m.20/2).

Geçerli fesih nedenlerine yasa maddesinde yer verilmemiş, bu kavramın doldurulması yargı kararları ile öğretiyeye bırakılmıştır. Madde hükmünde sendika üyeliğinin ve sendikal faaliyetlerin, hak arama özgürlüğünün, ayrımcılık yasağı kapsamına giren durumların, kadın işçilerin yasada özel olarak korunduğu çalışma yasaklarında işe gelmemenin, hastalık ve kaza hallerinde iş sözleşmesinin askıda kaldığı sürede işçinin geçici devamsızlığının feshe sebebiyet vermediği özellikle vurgulanmıştır. Görüldüğü üzere yasada işçiyi koruyan haklardan en önemlileri sayılarak bunların fesih için geçerli neden oluşturmayacağı kabul edilmiştir. ⁴⁷¹

Bilgi işçilerinin sahip oldukları ileri vasıflar açısından diğer işçilere nazaran istihdam piyasasında yer almalarının daha kolay olduğunu ileri sürmek mümkündür. ⁴⁷² Aynı şekilde bu işçilerin ücretleri nispeten yüksek bir tutarda olacaktır. Ancak tüm bu hususlar bu işçilerin iş güvencesinden mahrum bırakılmalarının gerekçesini oluşturmamalıdır. Zira iş güvencesi hükümleri bir bakıma iş mevzuatında yer alan işçi haklarının kağıt üzerinde kalmasını önleyen bir işlev görmektedir. ⁴⁷³ İş güvencesine ilişkin hükümler aynı zamanda işçilerin verimi artırmaya ve çalışma barışının kurulmasına da yardımcı olur. Gerçekten işten

⁴⁶⁸ İş güvencesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 576-591. Aktay-Arıci-Kaplan, 185-190. Çelik, 212-223. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 179-183. Taşkent, İş Güvencesi, 155 vd.

⁴⁶⁹ Aktay-Arıci-Kaplan, 185. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 176. Güzel, İş Güvencesi, 17, 36.

⁴⁷⁰ Süzek, 8. Bs., 570. Alpagut, İş Güvencesi, 92. Ulucan, 25. Aynı yönde Yargıtay 9HD, 1.7.2010, E.2009/24402, K.2010/21299 ve Ali Güzel’in Değerlendirmesi, Güzel, Değerlendirme 2010, 190.

⁴⁷¹ Ulucan, 26.

⁴⁷² Drucker, The Post Business, 91.

⁴⁷³ Taşkent, 161.

çıkarılma endişesinden uzak bir çalışma ortamında bilgi işçisi daha huzurlu ve verimli çalışacak, işyerinde gerçek bir çalışma barışı kurulabilecektir.⁴⁷⁴

Geçerli fesih nedenlerini işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler ile işletme gerekleri olarak iki ana gruba ayırmak mümkündür.⁴⁷⁵ Bilgi işçilerinin yerine getirmiş olduğu faaliyetlerin işletmeler açısından taşıdığı önem karşısında geçerli fesih nedenlerinden bir tanesi olan işçinin yetersizliğinin ayrı bir başlık altında ele alınması uygun olacaktır.

II. Bilgi İşçisinin Yetersizliği Nedeniyle Fesih

İşçinin yetersizliği ve davranışları, haklı nedenle derhal feshe sebebiyet verecek kadar ağır olmamakla birlikte, işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan ve iş görme borcunun gerektirdiği şekilde yerine getirmesini engelleyen hallerden bir tanesidir.⁴⁷⁶ İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedeni işçinin iş görme borcunu yeterli bir biçimde ifa edememesi veya edemeyecek olması tartışmasını içerir. Bu tür nedenler, işçinin kişisel yetenekleri ve özellikleriyle doğrudan bağlantılıdır. Buradaki ayırıcı unsur, işçinin vasıflarının iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesini olanaksız kılmasıdır.⁴⁷⁷

İş Kanunun 18. maddesine ilişkin gerekçede işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplere örnek olarak; işçinin benzer işi görenlerden daha az verimli çalışması⁴⁷⁸, beklenenden daha düşük düzeyde performans göstermesi, işe yoğunlaşmanın giderek azalması, işe yatkın olmama, işin gerektirdiği şekilde yapılmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işini uyarılara rağmen eksik kötü veya yetersiz olarak yapması, öğrenme ve kendini yetiştirme

⁴⁷⁴ Süzek, 573. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 177. Ulucan, 19.

⁴⁷⁵ Süzek, 591.

⁴⁷⁶ Süzek, 591. Ulucan, İş Güvencesi, 45. Kabakçı, 161 vd.

⁴⁷⁷ Ulucan, 30. Yeterlilik kavramı bir işin yerine getirilmesi için sahip olunması gereken özellikleri ifade eder. Bu kapsamda kavram işin ifasında ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerilere işaret etmektedir. Bkz. Kar, 35.

⁴⁷⁸ İşçinin veriminde kendisi dışındaki bir takım etkenlerin söz konusu olabilmesi nedeniyle bu örneğin işçinin benzer işi görenlerden daha düşük performans göstermesi şeklinde anlaşılması gerektiği hususunda bkz. Baysal, 84.

yetersizliği, sık sık hastalanma, emeklilik yaşına gelme gibi haller gösterilmiştir.⁴⁷⁹ Kuşkusuz bu nedenler gerekçede sayılanlarla sınırlı değildir. Geçerli nedenlerin ayırıcı özelliğinin yargı kararları ve öğreti tarafından zaman içerisinde ortaya konulacağı aynı madde gerekçesinde belirtilmiştir.

Bilgi işçilerinin özen borcunun nispeten ağır olması ve bu işçilerinden üst düzey performans beklenmesi iş ilişkisinde yetersizlik sebebine dayalı fesihlerin kolayca gündeme gelmesine sebebiyet verebilir. Örneğin, sermaye piyasalarında hisse alım satımını gerçekleştiren bir işletmede çalışan bilgi işçisinin iş görme ediminin gereği olan yurtiçi ve yurtdışı piyasaları yakından takip etmemesi kötü ifaya yol açabilecektir. Yargıtay, bir işçiden beklenebilecek kötü ifanın iş sözleşmesi açısından fesih nedeni olmayacağını, öte yandan beklenen hata payının üzerinde yer verilen hatalı üretim ve hizmetin iş sözleşmesinin feshi açısından önem arz edebileceğini belirtmektedir.⁴⁸⁰

Öğretide İş Kanunun 18. maddesinin gerekçesinde yetersizlik örnekleri arasında sayılan işçinin düşük performansı ve az verimli çalışmasının iş görme borcunun ifasındaki görünümünün eksik, kötü veya yetersiz ifa şeklinde olacağı isabetli şekilde ifade edilmektedir.⁴⁸¹ Bu husus madde gerekçesinde işçinin davranışlarına vurgu yapılan geçerli fesih nedenleri arasında da sayılmaktadır. Gerekçeye göre; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek işçinin davranışlarından doğan nedenlerle iş sözleşmesinin geçerli feshine

⁴⁷⁹ Gerekçe için bkz: <https://tisk.org.tr/eyayinlar>. Ayrıca, gerekçede işçisinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin işyerinde olumsuzluklara yol açması durumunda geçerli nedenle feshe sebebiyet verebileceği vurgulanmıştır. Dolayısıyla, işçinin yetersizliği, soyut olarak tek başına geçerli bir fesih nedeni değildir, bunun yanında ikincil bir koşul olarak yetersizliğin işyerinde olumsuzluklara yol açması aranacaktır. Bkz. Güzel, İş Güvencesi, 44. İşçinin diğer işçilerden daha az verimli çalışmasına ilişkin objektif ölçüt ile beklenenden daha düşük performans göstermesine hakkındaki sübjektif ölçütün birbirinin zıddı olduğu ve gerekçede art arda verilmesinin anlamsız olduğu yönündeki öğreti görüşü için bkz. Kabakçı, 65.

⁴⁸⁰ Y9HD, 11.10.2010, E.2009/27693, K.2010/28547, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 14.12.2015).

⁴⁸¹ Kabakçı, 18. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih halleri ile davranışlarından kaynaklanan haller çoğu kez örtüşmektedir. Öte yandan, işçinin yetersizliğine dayalı haller işçinin iş ilişkisi üzerine olumlu ya da olumsuz etki edebilecek bir davranışı ya da irade beyanını gerekli görmemekte, onun kişisel özelliklerinden kaynaklanan nedenler feshe yol açmaktadır. Dolayısıyla işçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle feshin ayırımında işçinin iradesinin belirleyici olup olmadığına bakılmalıdır. Alman Hukuku'nda işçinin hastalığı ve özellikle de alkol veya uyuşturucu bağımlılığına dayalı fesihlerde bu ayırımın önem taşıdığı vurgulanmaktadır. Bkz. Güzel, İş Güvencesi, 44-45.

yol açabilir. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki işçinin yetersizliği nedeniyle iş aklının geçerli feshinde kusur şartı aranmaz.⁴⁸² Diğer taraftan işçinin davranışlarına dayanan geçerli nedenle fesih hallerinde kusur şartı aranacaktır. Nitekim Yargıtay 20.4.2008 tarihli bir kararında işçinin kusuruna dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından ötürü işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden, geçerli fesih nedeninden de bahsedilemeyeceğini hükme bağlamıştır.⁴⁸³

Kanımızca iş görme ediminin eksik ya da kötü ifası bilgi işçisinin yetersizliğinden kaynaklanıyorsa geçerli fesih için kusur şartının aranmasına gerek bulunmamalıdır. Yargıtay, iş görme borcunun ifasında düşük performans sergilenmesi halinin işçinin yetersizliğinden mi yoksa kendi isteğinden mi kaynaklandığına dair tespiti çoğu zaman güç olduğunu bu nedenle her iki durumda da işçiye ihtar çekilmesi gerektiğini belirtmektedir. Böylece yetersizlik nedeniyle ihtara gerek duymaksızın iş sözleşmesini fesheden işverenin gerçekte işçinin davranışına dayanan bir durumun tespiti halinde geçersiz feshin sonuçlarıyla karşılaşma tehlikesinden kurtulacağını yüksek mahkemenin aynı kararında ifade edilmektedir.⁴⁸⁴

Önceki bölümde belirtildiği üzere zarara yatkın işlerden olan bilgi işinde eksik ve/veya kötü ifa sonucu işveren nezdinde 30 günlük ücreti tutarını aşan miktarda zarar yolan açan bilgi işçisinin orta ve üzeri derecede kusurunun olduğunun saptanması halinde iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25. maddesine uygun olarak haklı nedenle feshedilebilecektir.

Bilgi işçisinin yetersizliği mesleki bilgisinden veya fiziki özelliklerinden kaynaklanabilir. Bu bağlamda yetersizlik konusuna mesleki ve fiziksel yetersizlik başlıkları altında aşağıda yer verilmiştir.

⁴⁸² Süzek, 593. Kabakçı, 195. Ulucan, 31.

⁴⁸³ Y9HD, 20.4.2008, E.2007/35822, K.2008/10336, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 14.01.2016).

⁴⁸⁴ Y9HD, 11.10.2010, E.2009/27693, K.2010/28547. Öğretideki bir görüşe göre İş Kanunun 18. maddesi uyarınca işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenleri ile yasanın 25/II. maddesinde düzenlenen fesih halleri aynı zamanda bir disiplin yaptırımı niteliğindedir. Bkz. Güzel, İş Güvencesi, 44-45.

1. Mesleki Yetersizlik

Başarılı bir eğitim geçmişine, işin yürütümüne ilişkin akıl yürütme yeteneğine veya tecrübeye sahip olunması işçinin iş görme ediminin ifasında yeterli olduğu anlamına gelmez. Bu bakımdan işçinin özelliklerine uygun verimi ve performansı işinde sergilemesi de gerekmektedir.⁴⁸⁵ Dolayısıyla bilgi işçisinin sahip olduğu ileri vasıflar yeterliliği konusunda beklenti oluşturmakla beraber bu niteliklerin işin ifasına da yansıtılması gerekmektedir. Ayrıca, bu işçilerin iş piyasasına göre aldıkları nispeten yüksek tutarlı ücretin karşılığını edimler dengesindeki işverenin haklı beklentisi oluşturur.

Bilgi işçisinin kendisinden beklenen üst düzey performansı sergileyememesi iş akdinin geçerli nedenle feshine sebebiyet verebilir. Kuşkusuz işverenin keyfi feshini önlemeyi amaçlayan iş güvencesi hükümleri bilgi işçisinin performansının ve veriminin objektif bir şekilde ölçülmesini zorunlu kılmaktadır. Bu husus taşıdığı önem nedeniyle yüksek mahkemenin birçok kararına ve doktrindeki çalışmalara konu olmuştur. Performans ölçümünün bilgi işi açısından taşıdığı önem nedeniyle konuya aşağıda ayrı bir başlık altında yer verilmiştir.

Bilgi işçileri açısından önem taşıyan bir diğer durum ise yabancı işçiler açısından karşımıza çıkmaktadır. Ülkelerin bilgi işindeki istihdam açığını giderme konusunda izledikleri yöntemlerden bir tanesi yabancı bilgi işçilerine verilen çalışma izinleridir.⁴⁸⁶ Yabancı işçilerin bu izinleri kaybetmeleri durumunda mesleki yetersizliğe dayanarak iş akitlerinin geçerli nedenle feshedilebileceği öğretide ifade edilmektedir.⁴⁸⁷ Öte yandan, kanımızca çalışma izninin iptali halinde yabancı işçinin iş akdinin kesin hükümsüzlük ile batıl sayılması daha uygun bir çözüm olacaktır.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ Süzek, 597-598. Kabakçı, 90. Ekmekçi, 20. Kar, 35.

⁴⁸⁶ Bu konuda bkz. § 5, II, 2.

⁴⁸⁷ Süzek, 599. Ulucan, İş Güvencesi, 49-50.

⁴⁸⁸ Bu konuda bkz. § 5, II, 3, C, a.

2. Fiziki Yetersizlik

Bilgi işçisinin iş görme edimini gereği gibi yerine getirememesinde mesleki yetersizliğinin dışında bir takım fiziki nedenler de rol oynayabilir. Gerçekten işçinin uğradığı kaza, hastalık hali veya hayatın olağan bir durumu olan yaşlılık işçinin ürettiği işin kalitesinde veya miktarında azalmalara sebebiyet verebilir. Fiziki yetersizlik halleri olarak sınıflandırılacak bu hallere aşağıda başlıklar halinde yer verilmiştir.

A. Bilgi İşçisinin Hastalığı veya Kazaya Uğraması

Hastalık veya kaza tek başına iş akdinin feshi için geçerli bir neden değildir.⁴⁸⁹ Bu durumun bir fesih nedeni olabilmesi için işçide ortaya çıkan hastalık veya kaza halinin işyerinin normal akışını bozması ve iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesini engellemesi gerekir.⁴⁹⁰

Bilgi işçilerinin şahsi ifa yükümlülüğünün diğerlerine nazaran ön planda olduğu ve geçici işçi ikamesinin güç olduğu bilgi işinde işçinin hastalanması veya kazaya uğramasının işin normal akışını bozması güçlü bir olasılıktır. Öte yandan, işçinin maruz kaldığı hastalık veya kaza karşısında iş akdinin işverence feshedilmesine kanun koyucu bir sınırlama getirmiştir. Bu durum aynı zamanda işverenin işçiyi gözetme borcunun bir gereğidir.⁴⁹¹ Gerçekten İş Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrasının f bendi gereğince; “*Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresi içerisinde*” işçinin iş akdi feshedilemez. Dolayısıyla, hastalık veya kaza halinde bilgi işçisinin iş akdi işe devamsızlık süresinin ancak İş Kanunu'nun 17. maddesinde

⁴⁸⁹ Öğretide, hastalık halinin mevcut iş ilişkisindeki edimlerin değimi niteliğini ortadan kaldırması halinde geçerli fesih nedenine sebebiyet vereceği belirtilmektedir. Bu nedenle Alman ve Fransız hukuklarında olduğu gibi uzun süren ya da kısa sürmekle birlikte sık sık gerçekleşen hastalık geçerli feshin doğumuna yol açar. Bkz. Güzel, İş Güvencesi, 50.

⁴⁹⁰ Süzek, 593. Çelik, 222. Fransız Hukuku'nda işyeri hekimi tarafından belirlenmiş yetersizlik dışında kimsenin sağlık durumu ve sakatlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı ayırım yasağı kapsamında pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bkz. Güzel, 51. Alman Federal İş Mahkemesi'nin ilke haline gelen kararında işçinin performansının ortalama düzeyin altına indiği hallerde hastalık gibi haller makul gerekçe olarak kabul edilmiştir. Bkz. Kabakçı, 45.

⁴⁹¹ Güzel, İş Güvencesi, 50.

öngörülen 2-8 haftalık bildirim sürelerinin altı hafta aşması durumunda haklı nedenle feshedilebilecektir. Böylece kanun koyucu hastalık veya kaza nedeniyle uzun süreli devamsızlığın işyerinin normal akışını bozması halinde dahi işçinin iş akdinin yasa da belirtilen sürenin aşılması durumunda haklı nedenle feshedilebileceğini hükme bağlamıştır. Yüksek Mahkemenin de uygulaması bu yöndedir.⁴⁹²

Öğretide işçinin sık sık hastalanması ve rapor almasının iş görme edimini olumsuz etkilemesi ve işyerinin normal akışını bozması durumunda işverenin geçerli fesih hakkının doğacağı isabetli olarak belirtilmektedir.⁴⁹³ Yargıtay'ın 26.01.2015 tarihinde vermiş olduğu bir kararda da bahse konu öğreti görüşü aynen kabul edilmiştir.⁴⁹⁴ Bilgi işinde işçilerin şahsi ifalarının taşıdığı önem bu işçilerin sık sık hastalanmasının işin normal yürütümünü olumsuz etkilemesi kuvvetle muhtemeldir.

B. Bilgi İşinde Yaşlılığın Geçerli Feshe Neden Olmaması

İş Hukuku'nda yaşlılık fizyolojik bir risk olarak görülmektedir.⁴⁹⁵ Bu bağlamda yaşlılık, fiziksel bir durumdan ziyade işçinin ifasını olumsuz etkilemesi ihtimali nedeniyle İş Hukuku'nun ilgi alanına girer.⁴⁹⁶ Aksi halde yaşlılığın İş Hukuku alanında bir risk olarak görülmesinin gerekçesinin bulunmaması gerekir.

⁴⁹² Y9HD, 18.02.2008, 2007/24530 E., 2008/171 K. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 15.12.2015).

⁴⁹³ Süzek, İşçinin Yetersizliği, 571. Centel, 12. İş Kanununda sık hastalanmanın ne anlama geldiği düzenlenmemiştir. Öte yandan, Alman Mahkemelerindeki uygulamalara bakıldığında işçinin yıllık çalışma süresinin, ortalama olarak %14-25 arasında devamsızlık yaptığının anlaşılması halinde sık sık hastalanmadan söz etmek olanaklıdır. Bkz. Güzel, İş Güvencesi, 51. Kılıçoğlu'na göre işçinin sık sık kısa süreli hastalanmasını 3 temel koşul içerisinde değerlendirmek gerekir. Bunlardan ilki objektif vakalara dayanarak işçinin gelecekte tekrar hastalanacağını akdin feshi anında öngörülmesi, ikincisi sık sık hastalanmasının işin yürütümünü olumsuz etkilemesi, üçüncüsü ise somut olayın özelliklerine dayanarak işverenin hastalık nedeniyle işyerindeki aksaklıklara gerekip gerekmediğinin incelenmesidir. Bkz. Kılıçoğlu, İş Güvencesi, 162.

⁴⁹⁴ Y22HD, 26.01.2015, E.2015/131, K.2015/945, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 18.01.2016).

⁴⁹⁵ Akı, 3. Arıcı, 363. Aynı yazar İK m. 53/5'ten hareketle kanun koyucunun 50 yaş ve üzerinde çalışan işçileri yaşlı işçi olarak kabul ettiği sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. Arıcı, Yaşlı İşçi, 932-933.

⁴⁹⁶ İş hukuku öğretisinde salt yaşlılık halinin veya yaşlılık aylığına hak kazanmanın geçerli bir fesih nedeni sayılmayacağı belirtilmektedir. Bkz. Süzek, 594. Akı, 6. Aynı şekilde Yargıtay da kişinin yaşlılığının tek başına geçerli feshe sebebiyet vermeyeceğini hükme bağlamaktadır. Bkz. Y9HD, 21.11.2006, E.2006/22624, K.2006/30737. Y22HD, 15.09.2011, E.2011/333, K.2011/749, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 22.01.2016).

Zira yaşlılık kişiden kişiye farklı etkileri olan bir durumdur.⁴⁹⁷ Vasıflı işçilerin nitelikleri arasında yer alan tecrübenin yaşla da yakından ilgili bir husus olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Dolayısıyla her ne kadar fizyolojik bir risk olarak nitelendirilse de yaşlılık halinin işçinin iş görme edimine olumsuzluk bir etkisi yoksa fesih açısından makul bir neden oluşturmaz.⁴⁹⁸ İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde ifadesini bulan '*geçerli nedenlerin iş ilişkisinin devamını önemli ve makul ölçüler içinde sürdürülmez hale getiren niteliği*' de yaşlılığın veya yaşlılık aylığı bağlanmasının tek başına fesih nedeni sayılamayacağının bir diğer gerekçesini oluşturmaktadır.⁴⁹⁹

Mevzuatımızda sağlık, güvenlik ve eğitim gereksinimi gibi bir takım kamusal gerekçelerle çalışma hayatında işçilere yönelik asgari yaş sınırı öngörülmüş öte yandan üst sınır belirlenmemiştir.⁵⁰⁰ Dolayısıyla işçi yaşı ne olursa olsun iş görme edimini sözleşmeye ve kendisinden beklenen performansa uygun ölçüde ifa edebildiği sürece çalışmasına devam edecektir. Ayrıca sosyal güvenlik alanında yaşlılık aylığı bağlanması amacıyla öngörülen yaş sınırının temelinde işçinin istihdam alanından zorla çıkarılması değil, kendi iradesiyle bu tercihi yapması yatar.⁵⁰¹ Nitekim Yargıtay bir işçinin verimsizliğine ilişkin bir iddia ileri sürmeksizin salt yaşının 67 olması nedeniyle iş akdinin feshini geçerli kabul etmemiştir.⁵⁰² Öğretide işyerine yıllarını vermiş ancak yaşlılık nedeniyle veriminde belli bir azalma olan işçinin bu durum nedeniyle iş akdinin feshedilmesinin işverenin işçiyi gözetme borcuna ve dürüstlük kuralına aykırı olduğu, yapılan feshin geçersiz kabul edilmesi gerektiği, en azından işçinin yaşlılık aylığına hak kazanmasının beklenmesinin dürüstlük kuralına uygun olacağı haklı olarak ifade edilmektedir.⁵⁰³

⁴⁹⁷ Arıcı, 363.

⁴⁹⁸ Arıcı, Yaşlı İşçi, 938.

⁴⁹⁹ Öğretide salt yaşlılık veya yaşlılık aylığına hak kazanma nedeniyle yapılan fesihlerin Avrupa Topluluğu'nun 27 Kasım 2000 tarihli direktifinin (2000/78/EG) 1. ve 2. maddesi uyarınca ayrımcılık yasağına girdiği belirtilmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, İş Güvencesi, 162. Ayrıca yabancı ülke mevzuatlarında yaşlı işçilere yönelik ayrımcılık yasakları konusunda bkz. Arıcı, Yaşlı İşçi, 945-946.

⁵⁰⁰ Çalışma hayatında asgari yaş sınırına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler için bkz. Akın, Child Worker, 57-61. Şahin, 95 vd.

⁵⁰¹ Arıcı, 364. Tuncay-Ekmekçi, 324.

⁵⁰² Y9HD, 10.11.2003, 18926/18920 sayılı kararı ve Akı'nın değerlendirmesi için bkz. Akı, 9.

⁵⁰³ Süzek, Fesih, 129.

Bilgi işinde işçilerin vasıflarının ön planda olması ve yoğun bir zihinsel emek kullanımını gerektirmesi bu işlerde yaşlılık halinin özel bir şekilde ele alınmasını gerekli kılar. Öğretideki çalışmalara bakıldığında konunun daha çok bedensel emeğe dayalı işler bazında ele alındığı görülmektedir. Öte yandan, yaşlılık halinin zihinsel emeğin yoğun olduğu işlerdeki etkisinin farklı olduğunu ileri sürmek mümkündür.⁵⁰⁴ Örneğin, 65 yaşına gelmiş bir avukatla aynı yaştaki taşıma işinde çalışan işçinin yeterlilik dereceleri de farklı olacaktır.

Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında ve karşılaştırmalı hukukta, üretilen işin kalitesinin ve niceliğinin tespitinde objektif unsur teşkil eden aynı ya da benzer işi ifa edenlerin performanslarının yanı sıra işçinin kendi niteliklerinin de göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir.⁵⁰⁵ Bu durum özen borcu gereği işin ifasını elinden geldiğince iyi yapmakla yükümlü olan bilgi işçisinin performans ölçümünde kişisel yeterliliklerinin de dikkate alınması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu bağlamda yaşlılık halinin bilgi işinin ifasındaki sınırlı dereceye kadar yarattığı olumsuz etki, akdin geçerli feshi için hukuka uygun bir neden teşkil etmeyecektir. Kuşkusuz işçinin yaşlılık halinin işin ifasında ortaya çıkardığı aksaklık işin sürdürülmesini önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemez kılıyorsa bu hale dayanılarak yapılan fesihlerin geçerli nedene dayandığı söylenebilir.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde “*işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma*” hali geçerli fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Gerçekten işletme gereklerine dayalı fesihlerde öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin seçilmesi mümkündür.⁵⁰⁶ İşletmesel nedenlerin birden fazla işçinin iş akdinin feshini gerekli kıldığı durumlarda yaşlılık aylığına hak kazananlara öncelik verilmesinin işverenin işçiyi gözetme borcunun bir gereği olduğu öğretide de ileri sürülmektedir.⁵⁰⁷ Nitekim Yargıtay da işletme içi ve dışı nedenlerden meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında

⁵⁰⁴ Aynı doğrultuda Baysal, 95-96.

⁵⁰⁵ Bu konuda bkz. § 7, III.

⁵⁰⁶ Süzek, 594, aynı yazar, İşçinin Yetersizliği, 573.

⁵⁰⁷ Aynı yönde Alp, 162.

emekliliğe hak kazananların objektif ve genel bir uygulama çerçevesinde seçilmesini geçerli neden kabul etmektedir.⁵⁰⁸

Uygulamada personel yönetmelikleri yanında bazı toplu iş sözleşmelerinde yaşlılık aylığına hak kazanan ve belli bir yaşa gelmiş işçilerin iş sözleşmesinin feshedilebileceğine ilişkin kayıtların yer aldığı görülmektedir. Bu kayıtların geçerliliği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre; işyerinde rasyonel bir personel politikası oluşturmak yargı denetimi dışında işletmesel bir karara dayanır. Bu nedenle kariyer planlaması çerçevesinde belli bir yaşa ulaşan işçilerin iş akitlerinin feshine olanak tanıyan kayıtlara geçerlilik tanınması gerekir.⁵⁰⁹ Buna karşılık öğretideki diğer yazarlar ise İş Kanunun 18/1. madde hükmü emredici nitelikte olduğunu ve bu hükümlerin işçi aleyhine personel yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmeleriyle değiştirilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.⁵¹⁰ Yargıtay ise emeklilik aylığına hak kazanma ve belli bir yaşa gelmiş olma halinde iş akdinin feshedilebileceğini düzenleyen toplu iş sözleşmesindeki veya iç yönetmeliklerdeki kayıtları objektif ve genel olması koşuluyla geçerli kabul etmektedir.⁵¹¹ Kanımızca salt yaşlılık aylığına hak kazanmanın iş akdinin feshine yol açacağına ilişkin kayıtlara İş Kanunun emredici nitelikteki 18. maddesi karşısında geçerlilik tanınmamak gerekir. Bu hususun işletmesel karara dayandığını da ileri sürmek güçtür. Çünkü eşitlik ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 10. maddesi ile İş Kanunu'nun 5. maddesi bu yöndeki işletmesel kararın hukuki yönden sakat olduğunu ortaya koymaktadır.⁵¹² Ayrıca, Avrupa Birliği'nin işçiler arasında yaş yönünden ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin 2000/78 sayılı yönergesi de değinilen kayıtların geçersiz olduğunu ortaya koyan bir diğer düzenlemedir. Ayrıca özellikle bilgi işçileri açısından tecrübenin de önemli bir

⁵⁰⁸ Y9HD, 23.12.2010, 2009/43936 E., 2010/39458 K., Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 26.01.2016).

⁵⁰⁹ Ekonomi, Emeklilik, 136-138. Demir, 476.

⁵¹⁰ Süzek, 595-596. Akı, 8-9. Alp, Emeklilik Hakkı, 157-158.

⁵¹¹ Y9HD, 19.01.2014 22196/261 ve aynı dairenin 22.01.2014 23815/950 sayılı kararı ve Demir'in değerlendirmesi için bkz. Demir, 476. Öte yandan, yüksek mahkeme 2006 yılında vermiş olduğu bir kararında reorganizasyona gidilen bir Bankada işgücü fazlalığı oluşmamasına karşın yaşlılık aylığına hak kazanan işçilerin iş akitlerinin feshinin geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Y9HD, 10.04.2006, E.2006/5883, K.2006/9359., Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 26.01.2016).

⁵¹² Arıcı, Yaşlı İşçi, 939.

rol oynadığı dikkate alındığında salt yaşa dayanılarak oluşturulan istihdam politikalarının geçerliliği hukuken tartışmalı hale gelmektedir.

3. Bilgi İşçisinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih

Bilgi işçisinden kaynaklanan bir diğer geçerli fesih nedeni işçinin davranışlarıdır. İşçinin davranışları bilgi işçileri için diğer işçilerden farklılık arz etmemekle birlikte, kanımızca bazı haller bu işler açısından özellik arz etmektedir. Ayrıca işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenleri önceden kazuistik bir şekilde saymak da mümkün değildir. Nitekim konunun yargı kararları ile zaman içerisinde netleşeceği İş Kanunu'nun 18. maddesine ilişkin gerekçesinde de belirtilmiştir. Diğer taraftan işçinin davranışlarına dayanan fesih hallerinde kusurun esas olduğunu söylemek mümkündür. Diğer bir deyişle bilgi işçisinin kusuru olmadıkça iş akdinin davranışa dayalı geçerli feshi mümkün değildir. Bu kapsamda iş yavaşlatma, itaat etmeme gibi davranışlara; işi yerine getirmekten, verilen talimatlara uygun bir şekilde iş görmekten ve fazla çalışmaları yapmaktan kaçınma geçerli fesih nedeni olarak karşımıza çıkabilir.⁵¹³

İş Kanunu'nun 25. maddesinde işverenin haklı nedenle fesih hakkı düzenlenmiş olup maddenin II. bendinde işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri örnek olarak sayılmıştır. Yine kanunun 18. madde gerekçesinde geçerli sebeplerin 25. maddede belirtilenler kadar ağır olmamakla birlikte işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen haller olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda İş Kanunu m.25'de sayılan hallerden bir tanesi olan işçinin iş görülmelerinde işvereni yanıltması hali kanımızca bilgi işinde önem arz etmektedir.

Bu kapsamda ele alınacak ilk husus bilgi işçisinin iş görüşmesinde işvereni yanıltması durumudur. İş Kanunu m.25/II, a madde hükmü uyarınca iş akdinin yapıldığı sırada işçinin bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflara

⁵¹³ Odaman, 27.

veya koşullara sahip olmadığı halde aksini ileri sürerek işvereni yanıltması haklı nedenle derhal fesih nedenidir. Diğer yandan öğretilerde işçinin görüşmeler esnasında işvereni yanıltmasının işyerinin işleyişini olumsuz etkilemesi halinde geçerli fesih sebebi sayılabileceğı de belirtilmektedir.⁵¹⁴ Dolayısıyla işçinin işvereni yanıltmasının geçerli nedenle veya haklı nedenle feshe yol açıp açmadığının ayırımında bu yanıltmanın iş sözleşmesinin esaslı noktalarına ilişkin olup olmadığı önemli rol oynamaktadır. Keza esaslı noktalar sözleşmenin niteliğine, genel iş anlayışına ve koşullara göre tarafların mutlaka üzerinde uyuşması gereken noktalardır.⁵¹⁵ Bu noktalara yönelik yanıltma işin yürütümünde yol açtığı aksamanın ağırlığını da göz önünde bulundurularak belirlemek mümkündür.

Bu bağlamda bilgi işinde işçinin işvereni yanıltmasının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine vücut verme ihtimalinin daha yüksek olduğu ileri sürülebilir. Keza bu tarz işler doğrudan işçinin niteliğine bağılı olduğundan işçinin niteliğı bir anlamda sözleşmenin esaslı noktasını oluşturmaktadır. Örneğın bir finans kuruluşunda kurumsal/yüksek montalı kredilerinin tahsisinde görev yapmak üzere işe alınan bir işçinin yüksek düzeyde finansal analiz bilgisine sahip olduğunu belirtmesine karşın bu konudaki bilgisinin orta düzeyde olduğu anlaşılırsa işverenin haklı nedenle fesih hakkı gündeme gelebilecektir.

III. Bilgi İşinde İşçinin Performansının Ölçülmesi

İşçinin iş görme borcunun ifasında harcadığı emeğın ve işin üretimine kattığı emeğın kalitesi performansını, bu emeğın sonucunu olarak ortaya çıkan üretim düzeyi ise verimine işaret eder.⁵¹⁶ Dolayısıyla performans ve verim İş Hukuku'nda birbirini tamamlayan iki kavramdır. Gerçekten işçinin düşük performansında yüksek verim beklenemeyeceğı gibi düşük verimli bir işin yüksek performans sonucu

⁵¹⁴ Süzek, 604.

⁵¹⁵ Reisoğlu, 55-56.

⁵¹⁶ Süzek, 597. Baysal, 84. Kar, 36. İnsan Kaynakları Yönetimi alanında ise performansın işçinin belli bir zamanda gerçekleştirmiş olduğu ve mesleksi, sektörel veya şirketsel koşullara bağılı olarak değışebilen bir dizi çıktı olarak tanımlandığı görülmektedir. Bkz. Öztürk-Demir; 49.

oluşturduğunu ileri sürmek anlamsız olacaktır.⁵¹⁷ Ayrıca, işçinin iş görme borcunu somutlaştıran özen yükümünün edimin kaliteli ve niceliğini kapsaması performans ve verim ölçütlerinin bir arada değerlendirilmesini gerektirmektedir.⁵¹⁸

Performans değerlendirmesi neticesinde işinde üst düzey özen göstermesi beklenen bilgi işçisinin iş akdi feshedilebilir. Bu nedenle performans değerlendirmesi bilgi işinde önem taşıyan konular arasında yer almaktadır. Bu değerlendirme temelde işçilerin yeterliliklerinin ve belirli bir zaman süresindeki davranışlarının ölçülmesi ve sonuçların belirli bir doğrultuda işlenmesidir. Buradaki amaç işçilerin arasında başarı sıralamasından ziyade, işyeri ve işletme hedeflerinin çalışanlar tarafından anlaşılma derecesinin belirlenmesi, amaçların asgari düzeyde yerine getirilmesinin temin edilmesi ve süreklilik arz eden dinamik bir çalışma ortamının tesisidir. Bu bağlamda, işçilerin performanslarını geliştirmek ve yetersiz işçilerin gelişmeye ihtiyaç duydukları alanların belirlenmesi temel hedefler arasında yer alır. Dolayısıyla bilgi işinde eğitim önem arz eden konuların başında gelmektedir.⁵¹⁹ Nitekim değerlendirme sayesinde işyerinde çok yönlü iletişim tesis edilerek kişisel gelişimin sağlandığı ve örgütsel gelişime katkı sağlandığı da öğretide ifade edilmektedir.⁵²⁰

1. Öğreti Görüşleri ve Yargıtay Uygulaması

İş mevzuatımızda performans ölçümü uygulamasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Her işin ve işçinin farklı nitelikler barındırması nedeniyle kanun koyucunun bu noktada bilinçli bir şekilde düzenleme getirmediği söylenebilir. Diğer taraftan İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde işçinin yetersizliğine ilişkin örnek olarak verilen diğerlerinden daha az verimli çalışma ve beklenenden düşük performans gösterme hallerinin performans ölçütleri olarak gerek öğreti görüşlerine gerekse Yargıtay kararlarına konu olduğu görülmektedir.

⁵¹⁷ Öğretide işçinin performansının yüksek olmasına karşın çalışma koşulları, makine ve teknoloji kullanımı, iş organizasyonu gibi faktörlerin verimliliğin düşük kalmasına etki edebileceği haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Kar, 36.

⁵¹⁸ Kabakcı, 60.

⁵¹⁹ Kar, 36.

⁵²⁰ Bayram, 48.

İşçinin yeterlilik düzeyinin aynı ya da benzer işi yerine getiren diğer işçilerle karşılaştırılması performans ölçümünde objektif bir ölçüt sağlamaktadır. Nitekim bu durum gerekçede vurgulanan '*geniş kapsamlı geçerli neden kavramına objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırılması*' amacına uygundur. Öte yandan, gerekçede işçinin '*gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma*' örneğinin verilmesi öğretideki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Öğretideki bir görüşe göre; gerekçede öngörülen objektif ölçüt işçilerin sergileyeceği performansın bir nevi alt sınırını oluşturmaktadır. İşçinin taşıdığı vasıfların ortalamanın üzerinde olması halinde ise ortalama performans yerine işçiden beklenen performans dikkate alınacaktır.⁵²¹ Öğretideki diğer bir görüşe göre ise ortalama performansın alt sınır kabul edilmesi bir paradoks yaratır. Çünkü ortalama sınırın altında çalışan işçilerin çıkarılması halinde alt sınır sürekli yükselecek ve sadece en yetenekli işçiler feshe karşı korunacaktır.⁵²² Öte yandan, bu görüşün de temelde objektif performans ölçütünü savunduğunu söylemek mümkündür.

Kanımızca performans değerlendirilmesinde bilgi işçisinden beklenen performans düzeyi ile ortalama seviyenin birlikte ele alınması en uygun çözüm olacaktır. Gerekçede her ne kadar geçerli nedenlerin *objektif ölçütlerle* içeriğinin belirlenmesi gerektiği ifade edilse de bu husus performans ölçümünde tek başına bu kıstasa dayanılması anlamına gelmemelidir. Aksi halde bir işçiyi taşıdığı düşük vasıflar nedeniyle ortalama performansın altında kalacağını bile bile işe alan işverenin arzu ettiği zaman fesih yoluna gitmesine olanak tanınmış olur ki bu durum işverenin keyfi feshini sınırlandırmayı amaçlayan İş Kanunu'nun 18. maddesine uygun düşmez. Ayrıca istihdam piyasasının evrildiği bilgi işinde aynı veya benzer işte çalışan kıstasına başvurmak kanımızca güçlük arz etmektedir.⁵²³ Çünkü bu tarz işlerin ifasında bilgi işçilerinin eğitim, zihinsel kapasite, tecrübe gibi kendilerine özgü vasıfları önemli rol oynar. Bu nedenle performans ölçümünde işçinin taşıdığı niteliklere ağırlık verilmesi uygun olacaktır. Böylelikle işçinin performansı

⁵²¹ Baysal, 90-91.

⁵²² Kabakcı, 65.

⁵²³ Öğretide ortalama performans düzeyinin tespitinde İş Kanunu'nun ayrımcılıkla ilgili maddelerinden (m.12, 13) hareketle 'emsal içi' benzeri bir ölçütten faydalandığı görülmektedir. Bkz. Baysal, 93. Ayrıca bu düzeyin belirlenmesinde emsal işçilerin olabildiğince objektif gruplandırılması gerekir. Bkz. Kabakcı, 122.

ortalamanın altına düştüğü hallerde bu durum işçinin işveren tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken düşük vasıflarından kaynaklanıyorsa iş akdi geçerli nedenle feshedilemeyecektir. Zira işveren iş akdinin kurulmasında işçinin vasıflarının değerlendirilmesi rizikosunu üzerine almaktadır.⁵²⁴ Tam tersi şekilde sahip olduğu vasıflar ortalama düzeyin üzerinde performans sergilemesini gerektiren hallerde bunu sağlayamayan bilgi işçisinin iş akdi geçerli nedenle feshedilebilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki bir önceki bölümde ele alındığı üzere iş akdinin kurulması sırasında işçinin iş sözleşmesinin esaslı noktalarına ilişkin olarak işvereni yanıltıcı beyanlarda bulunması akdin haklı nedenle feshine vücut verecektir (İK m.25/II,a).

İşçinin sübjektif niteliklerinin dikkate alınması özellikle bilgi işinde çalışan ileri nitelikli işçilerin performanslarının ölçümüne uygundur. Çünkü taşıdıkları ileri nitelikler nedeniyle yüksek ücretle işe alınan bu işçilerden üst düzeyde performans göstermesi işverenler açısından haklı bir beklenti oluşturur. Ayrıca, bireysel çabaların ön planda olduğu bu iş yapısında işçiden beklenen performansın gösterilip gösterilmediği önem taşımaktadır. Dolayısıyla ortalamanın üzerine performans göstermekle birlikte taşıdığı vasıfları işine yansıtamayan bir bilgi işçisinin sözleşmesinin geçerli feshi söz konusu olabilecektir. Öte yandan, sübjektif unsur ölçütüne ağırlık verilmesi işçinin performansının düşük olduğu durumlarda işverenden hangi dereceye kadar iş sözleşmesi sürdürmesinin bekleneceği sorusunu gündeme getirmektedir. Ayrıca, performans ölçümünün sadece işçinin taşıdığı niteliklere göre yapılması da güçlük arz etmektedir. Sonuçta işletme riskini üstlenen

⁵²⁴ İşveren işçiyi işe alırken özenli davranma yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle işverenin, kusurlu davranarak, işe uygun niteliklere, gerekli eğitim ve tecrübeye sahip olmayan işçiyi işe alması bizatihi kusur oluşturur. Bu hususun istisnasını, işçinin sözleşme görüşmeleri esnasında koruma yükümlülüğü gereği işvereni bilgilendirmek sorumluluğunun bulunması ile işçinin işvereni yanıltması oluşturur. Bunun dışındaki konularda işverenin işin niteliği ve iş ilişkisinin özelliğinin gerekli kıldığı hususları hukuka uygunluk sınırları içerisinde araştırması gerekmektedir. Bkz. Baycık, 181. Aynı yazar, işverenin işçinin yetenek eksikliğini ya da niteliklerini bilmesine karşın yahut dürüstlük kuralları gereğince bilmesi gerekmesine rağmen, işçiyi işe alması halinde işçinin sorumluluğunun dahi hafifletileceği ya da ortadan kalkacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda Federal Mahkemenin, genel müdür olarak işe alınan ve on yılı aşkın bir süredir aynı işyerinde çalışan bir işçiye karşı çalıştığı süre boyunca karşı işletmenin zarar etmesi nedeniyle işverence açılan bir tazminat davasında, zararın işçinin yetersizliğinden kaynaklanmış olabileceğini öte yandan işçinin yeteneksizliğini bilerek onu istihdam eden işverenin zarara aslında kendisinin sebep olduğunu hükme bağladığı örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Baycık, 169-170. İş akdinin kurulmasında tarafların yükümlülükleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eyrenci, Personel Seçimi, 241 vd.

işverenin işyerinde belli düzeydeki bir performansın devamını beklemesine de hak tanınmalıdır.

Öğretide bu konuda işçinin yeterlilik düzeyinin saptanmasından ziyade işveren nezdinde oluşan olumsuzluklardan hareket eden bir yaklaşım tarzının belirlendiğini söylemek mümkündür. Zira işverenin tolerans sınırının belirlenmesinde işçinin performans düşüklüğünün işveren nezdinde yarattığı olumsuz etki önem arz etmektedir. Bu nedenle işverenin tolerans sınırının belirlenmesinde işçinin yetersizliğinin işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozup bozmadığı, iş görme borcunun gereği şeklinde ifasını engelleyip engellemediği dikkate alınması gerektiği ileri sürülebilir.

İş Kanunu'nun 20/2. maddesi gereğince feshin geçerli bir nedene dayandığını ispatla yükümlü olan işverenin bilgi işçisinin beklenen vasıfları sergileyemediğini kanıtlaması güçtür. Bu nedenle performans ölçülmesinde işçinin subjektif özelliklerine ağırlık verilmesi kanısını taşımakla birlikte işçinin performansının ortalamanın altında kaldığının kanıtlanması durumunda ispat yükünün işçiye geçtiğinin kabul edilmesi kanımızca uygun olacaktır. Bu durumda işçi sahip olduğu vasıflarla iş görme edimini en iyi şekilde yerine getirme konusunda çaba sarf ettiğini kanıtlamakla yükümlü olacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki özellikle iş ilişkisinin devamı sırasında ortaya çıkan hastalık, kaza gibi bir takım nedenlerin işverenden makul ve önemli ölçüler içerisinde iş ilişkisi sürdürmesini beklenemez kıldığı durumlarda geçerli fesih hakkının doğduğunun kabul edilmesi gerekir. Zira işveren tarafından önceden değerlendirilemeyen ve işçinin düşük performansına yola açan nedenlerin gelecekte de devam etmesi, işverenin işin ifasının gelecekte de devam edeceği yönündeki haklı beklentisini olumsuz yönde etkileyebilir.⁵²⁵ Taraflar

⁵²⁵ Fransız İş Hukuku öğretisinde hastalığın feshe yol açıp açmadığının değerlendirilmesinde tarafların çıkarlarının dengelenmesi göz önünde bulundurulmaktadır. Diğer bir anlatımla işçinin işini koruyabilmesi yaşamını devam ettirecek ekonomik güce sahip olması açısından büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle haklı bir fesihten söz edebilmek için işverenin iş ilişkisinin sonlandırılmasında işçinin çıkarından daha üstün bir çıkarının bulunması aranmaktadır. Bu bağlamda, işveren nezdinde bir zararın oluşup oluşmadığı ve bu durumun işveren tarafından katlanılmaz duruma gelip gelmediği titiz bir şekilde tespit edilmelidir. Bu hususun değerlendirilmesinde; üretim sürecindeki aksamalar, yedek işgücü, hastalığın iş güvenliğini tehlikeye sokup sokmadığı, hastalığın olası süresi, işçinin açısından ise yaşı, kıdemi, geçim yükümü, işletme ve piyasadaki konumu vb. dikkate alınacaktır. Bkz.

arasındaki güven ilişkisinin sarsıldığı hallerde işverene geçerli fesih hakkının tanınması gerekmektedir.

Alman İş Hukuku öğretisinde ve Federal İş Mahkemesi kararında iş görme borcunun nitel ve nitel içeriği hakkındaki baskın görüş işçinin kişisel özelliklerini esas alan subjektif performans ölçütüdür. Bu görüşe göre, iş sözleşmesi gereğince işçinin borcu eser sözleşmelerinden farklı olarak sonuç sorumluluğundan ziyade işin amacına dönük çalışmadır. İşçi iş görme borcunu fikri yetileri ile yerine getirecektir. Dolayısıyla, işçinin edimi kişisel performansı ile sınırlıdır ve bunun somut içeriği, işçinin becerilerine ve bilgi birikimine bağlıdır. Bu görüşe göre ortalamanın üzerinde becerilere sahip olan bir işçi yüksek performans, altında olan bir işçi ise düşük performans ile iş görecektir.⁵²⁶

Yargıtay ilke haline gelen kararlarıyla performans ve verime dayalı fesihlerde işçilerin performansının objektif bir değerlendirme sistemi ile belirlenmesini, yapılan değerlendirmenin ise soyut ve ölçülebilir nitelikte olmasını aramaktadır.⁵²⁷ Yüksek Mahkeme performans değerlendirme sistemine ilişkin 23.9.2003 tarihinde vermiş olduğu bir diğer kararında ise şu görüşleri paylaşmıştır; *“İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir sebebe dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir sebebin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Şartlara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli sebep için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşamaması tek başına geçerli sebep olmamalıdır. İşçinin kapasitesi*

Güzel 52. Kanımızca işverenin hastalık vb. gibi hallere dayanarak iş akdini feshi yoluna gittiğinde işçiyi gözetme borcu kapsamında taraflar arasındaki çıkar dengesinin gözetilmesi söz konusu olabilir.

⁵²⁶ Kabakçı, 43-45.

⁵²⁷ Y9HD, 24.09.2007, E.2007/13994, K.2008/7831. Aynı daire, 12.04.2010, E.2010/7476, K.2010/10029. Y22HD, 26.9.2011, E.2011/532, K.2011/1195. Aynı daire, 23.12.2013, E.2013/36477, K.2013/29961, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 24.01.2016).

*yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli sebep söz konusu olabilir.”*⁵²⁸

Yüksek Mahkeme aynı kararında performans değerlendirme kriterlerinin önceden işçiye tebliğ edilmesi gerektiğini ve işçiden beklenen yetkinliklerde, işyerine uygun davranışlarda ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterlerin esas alınması gerektiğini belirtmektedir. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sisteminin kurulması ve geliştirilmesi gerektiğini aynı kararda belirtilmektedir.

Yargıtay bir başka kararında ise işçinin makul bir süreçte aynı işi yapanlara göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediğinin, düşük performansın varlığı halinde bunun geçici olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir.⁵²⁹ Yüksek Mahkemenin bu kararlarından hareketle performans ölçümü konusunda objektif unsurları baz aldığını söylemek mümkündür.

Yüksek Mahkeme vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında ise ortalama performansın yanında işçiye özgü vasıfların da göz önünde bulundurulması gerektiğini isabetli şekilde belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre; *“İşçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmasının iş sözleşmesinin geçerli fesih nedeni oluşturabilmesi için, iş sözleşmesi feshedilen işçi ile aynı veya benzer işi öğren işçinin verimi arasında bir karşılaştırma yapılır. Bu konuda işveren, işçinin verimindeki eksikliği tespit etmek için tam bir veri araştırmakla yükümlüdür. Ancak bu karşılaştırma yapılırken, her insanın farklı yapı ve farklı çalışma*

⁵²⁸ Y22HD, 23.9.2013, E.2013/24004, K.2013/19408. Aynı doğrultuda, Y9HD, 08.04.2008, E.2007/27829, K.2008/7831. Y9HD, 9.3.2009, E.2008/20570, K.2009/6142. Y9HD, 12.11.2010, E.2009/35487, K.2010/33765. Y9HD, 17.2.2011, E.2009/48864, 2011/3669, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 09.12.2015). Yargıtay’ın performans değerlendirme sistemi hakkında ortaya koyduğu kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kar, 37 vd.

⁵²⁹ *“Yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı, uygun ise davacının makul bir süreçte aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği, böyle bir performans eksikliği varsa bunun arızı mi yoksa sürekli mi olduğu ve bunun sonucunda bir üretim düşüklüğü meydana gelip gelmediği saptanmalı, bu durumlar 18. madde içerisinde değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.”* Y9HD, 24.6.2004, E.3740, K.15625 sayılı kararının incelemesi için bkz. Taşkent, (Değerlendirme), 68-69.

kabiliyetine sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.” ⁵³⁰ Bu karardan yola çıkarak yüksek mahkemenin hem işin/işyerinin koşullarını hem de işçinin vasıflarını dikkate alan karma bir performans ölçütü benimsediğini söylemek mümkündür. ⁵³¹

İşçinin sübjektif niteliklerine bağlı olan iş görme borcu aynı zamanda bu borcun dinamik yapısını da ortaya koymaktadır. Keza, iş görme borcu teknolojik değişimlere bağlı olarak sürekli evrim geçirmektedir. Bu değişimin bilgi işinde daha fazla hissedildiğini söylemek mümkündür. Bu durum işçilerin mesleki bilgilerini sürekli güncel tutmalarını gerekli kılar. Bu eğitimin sağlanması ise işçiden üst düzey performans beklentisi içerisinde olan işverenin yükümlülüğündedir.

2. İşçinin Mesleki Bilgisinin Sınav Yöntemiyle Ölçülmesi

Bilgi işlerine yönelik olarak uygulamada kimi zaman, performans değerlendirme formlarının yanında, işverenler tarafından işçilerin bilgi seviyesinin değerlendirilmesi amacıyla sınav uygulamasına da gidildiği görülmektedir. Özellikle Bankalarda müfettiş ya da uzman kadrosunda görevli işçiler ile ilaç firmalarında satış mümessili olarak çalışanların sahip olduğu bilgi seviyesinin değerlendirilmesinde sınav yöntemi yaygın olarak kullanılmaktadır. Genellikle “yeterlilik” adı verilen bu sınavlarda belli bir puanın altında sonuç alan işçilerin iş akitlerinin mesleki yetersizlik nedeniyle feshi dahi gündeme gelebilmektedir.

Sınav yöntemiyle işçilerin performansının değerlendirilmesine yönelik mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Hukuku öğretisinde ise işçilerin performansının ölçülmesi konusunda çoğunlukla Yargıtay’ın yerleşik kararlarıyla belirlemiş olduğu ölçütler üzerinde durulduğu görülmektedir. Öte yandan, bilgi işinde kullanılan hammaddenin bilgi, elde edilen ürünün ise bilgi

⁵³⁰ Y9HD, 3.6.2008, E.2007/37515, K.2008/13801 sayılı kararının değerlendirmesi için bkz. Kabakcı, 69. Yazara göre Yargıtay’ın geçerli feshe konu olan performans değerlendirmesi uygulaması sübjektif bir nitelik taşımaktadır.

⁵³¹ Öğretide işçinin özen borcunun somut işin özelliklerini esas alan objektif ölçüte göre belirleneceği esas olmakla birlikte işçinin sübjektif özelliklerinin de dikkate alınacağının vurgulanmasının iş görme borcunun aslında işçinin kişiliğine uyarlanmış olacağı isabetli olarak ifade edilmektedir. Bkz. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 99. Kabakcı, 60-61.

yoğun mallar olarak tasnif edildiği dikkate alındığında sınav yöntemiyle işçilerin bilgi seviyesinin ölçülmesi önem arz etmektedir. Zira işe yansıttığı performansın yanında dinamik bir süreç olan iş ilişkisinde bilgi işçinin mesleki bilgisini geliştirip geliştiremediği, sahip olduğu bilginin işin görülmesi açısından gelecekte yeterli olup olmadığı, işveren tarafından sağlanan eğitimlerin işçiler tarafından özümseyip özümsemediği bilgi işinin ifası açısından büyük önem arz etmektedir. Örneğin, bankacılık sektöründe sürekli değişim gösteren mevzuat ve teknolojik değişimler karşısında işçilerin performansını ve verimi belirleyecek olan husus gündemi ne kadar takip ettiğiyle doğrudan ilgilidir. Aynı şekilde hastalıklara bağlı olarak sürekli yenilenen ilaçlara yönelik bilgilerin satış mümessilleri tarafından hangi ölçüde bilindiği bu ürünlerin satışı ve pazarlanması açısından büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda, sınav sistemi işçilerin sahip olduğu bilgi düzeyinin ölçme yöntemlerinden bir tanesi olarak kabul etmek kanımızca mümkündür.

Yargıtay'ın işçi performansının ölçülmesinde ortaya koyduğu objektif ölçütlerin belirlenmesi, standartların işyerine özgü, gerçekçi ve makul olması, standartları karşılayamamanın sürekli olması, kapasitesi olan işlerde işçilerin hedeflere ulaşmak için yeterince gayret göstermemesi koşullarının bilgi işinde, belirli aralıklarla uygulanacak, sınav yöntemiyle karşılanabilir. Öte yandan, bu sistem işçinin işini özenle yapmasını gerektiren bilgi seviyesine sahip olup olmadığını göstermesi açısından önem arz etmekteyse de işverenlerin salt sınav sonucuna dayanarak iş akdini feshetmesi hukuka aykırı bir uygulamayı beraberinde getirebilecektir. Çünkü geçerli feshin düzenlendiği İş Kanunu'nun 18. maddesindeki mesleki yeterlilik ancak işin ifası sonucunda tespit edilebilecek bir nitelik taşımaktadır. Diğer bir deyişle, işin ifasını özenli bir şekilde yerine getirmekle birlikte işveren tarafından uygulanan sınavdan işçinin düşük not alması gibi bir ihtimal her zaman mevcuttur. Ayrıca ürettiği işin kalitesi veya miktarı düşük olan bir işçinin sadece bu sınava yönelik çalışması neticesinde yüksek puan alması özen borcuna uygun davrandığı anlamına gelmez. Bu nedenlerle, bilgi işinde işçinin mesleki bilgisini ölçmeye dönük sınav uygulaması ancak performans ölçümüne ek ve onu tamamlayıcı bir sistem olarak kabul edilmesi uygun olacaktır. Böylece işveren işyerinde kurmuş olduğu performans değerlendirme sisteminin yanında uygulamaya

koyduğu sınav sistemiyle işçinin eksik yönlerini tespit edebilecek ve gerektiğinde mesleki eğitim sağlayarak bu eksiklerin giderilmesini sağlayabilecektir. İşçinin kendisine verilen eğitimi özümsememesi veya mesleki bilgisini geliştirmemesi yanında işini özenle ifa etmediğinin tespit edilmesi durumunda ise işveren akdin geçerli feshine başvurabilecektir. Nitekim Yargıtay ilaç mümessili olarak çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin geçerli feshinde sınav sonuçlarına dayanıldığı ve davacının performansının yetersiz olduğu gerekçesiyle iş akdinin feshini geçerli bulan ilk derece mahkemesinin kararını işverenin performans düşüklüğünü kanıtlayamaması nedeniyle bozmuştur. Yargıtay'ın bu kararında özellikle işverenin iç yazışmasında işçinin iyi düzeyde performans gösterdiğini belirtmesine dayandığı anlaşılmaktadır.⁵³² Yüksek Mahkeme yeni tarihli bir diğer kararında ise uçuşa ilişkin çeşitli eğitimlerde birden fazla başarısız olan pilotun iş sözleşmesinin feshini geçersiz saymış, bunun gerekçelerinden bir tanesi olarak da iç yönetmelikte işveren tarafından eğitimde başarısız olanların eğitiminin yenilenmesi yönünde karar alınabilir hükmüne karşın, son çare ilkesi gereği eğitimin sağlanmadan, fesih yoluna gidilmesini gösterilmiştir.⁵³³ Kanımızca iç yönetmelikte bu yönde bir hüküm yer almasa dahi eğitimlerde başarısız olan işçilerin iş akitlerinin feshedilmesinden ziyade son çare ilkesine de uygun olarak çalışma koşullarında değişikliğe gidilmesi daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Bu kapsamda işçinin niteliklerine uygun mevcut bir işin bulunması halinde işçinin burada görevlendirilmesi iş güvencesi hükümlerine de uygun düşecektir.

İşveren tarafından performans değerlendirmesine ek olarak başvurulacak sınav sisteminin bir takım nitelikleri bünyesinde barındırması gerektiğini söylemek mümkündür. Yargıtay'ın performans ölçümüne uygun ilke kararları paralelinde uygulanacak sınavın aynı durumdaki tüm işçilere uygulanması, soruların işçinin mevcut mesleki bilgi seviyesini ölçmeye yönelik olması, makul ve gerçekçi olması aranmalıdır. Örneğin işyerinde avukat olarak çalışan bir işçiye finans konusunda

⁵³² Y9HD, 28.06.2010, E.2009/23840, K.2010/20703, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı (Erişim tarihi: 01.02.2016).

⁵³³ Y9HD, 26.11.2015, E.2015/22971, K.2015/33588, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı (Erişim tarihi: 01.02.2016).

soruların sorulmasının gerçekçi bir yönü bulunmamaktadır. Yine ilaç mümessili olarak çalışan bir işçiden gerekmediği halde uygulamadaki tüm ilaçlara ilişkin bilgilere sahip olmasının beklenmesinin hukuka uygunluk tarafı bulunmamaktadır. Zira işçilerin taşıdığı vasıfların çok üzerinde bilgi gerektiren soruların sorulması da amaca uygun değildir. İşçilerin bilgi açısından eksik olduğu noktaların belirlenerek sağlanacak eğitimin akabinde ikinci bir sınava tabi tutulmaları da performans düşüşünün sürekli olmasını arayan ve feshin son çare olduğunu belirten yüksek mahkeme kararlarıyla da tutarlı bir yaklaşım olacaktır.

3. Bilgi İşçisinin Veriminin 360 Derece Değerlendirme Sistemiyle Ölçülmesi

Uygulamada işçinin verimliliğini ölçmeye yönelik birçok bireysel performans değerlendirme sistemi uygulanmaktadır.⁵³⁴ Bunlardan bir tanesi de son yıllarda yaygınlık kazanan ve özellikle Bankalar gibi nispeten yüksek sayıda işçinin istihdam edildiği büyük ölçekli işletmelerde sıklıkla kullanılan 360 derece performans değerlendirme sistemidir. Bu sistemin yaygın hale gelmesinin temelinde hiyerarşik yapıya dayanan tipik istihdam modelinin artık günümüzde geçerliliğini yitirmesi oluşturmaktadır. Nitekim bu sistemde standart iş ilişkilerinde geçerli olan yukarıdan aşağı olan tek yönlü olan performans değerlendirmeleri yerini farklı kaynaklardan beslenen değerlendirmeye bırakmaktadır.⁵³⁵

Uygulamada ‘360 Derece Performans Değerlendirme ve Geri Besleme’, ‘360 Derece Performans Geri Bildirimi’, ‘Çok Kaynaklı Performans Değerlendirme’ gibi isimlerle anılan bu sistem, performansa ilişkin bilgiyi işçiyle farklı ilişkilere sahip değişik kaynaklardan ve perspektiften toplamayı amaçlayan bir performans değerlendirme sistemidir.⁵³⁶ Bu kaynaklar arasında; hakkında değerlendirmede

⁵³⁴ Bu yöntemler arasında; sıralama, kritik olay, amaçlara göre değerlendirme, davranışsal beklenti, grafik değerlendirme, öz değerlendirme gibi performans değerlendirme sistemlerini saymak mümkündür. Bkz. Bayram, 51. Bahse konu yöntemler ve diğer performans ölçüm sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için Helvacı, 161-167. Akı, 84-90. Çimen, 20-41. Bulut, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/07a/05.htm> (Erişim tarihi:22.11.2015)

⁵³⁵ Fleenor-Prince, 51

⁵³⁶ Çimen, 28-29.

bulunulan işçinin amiri, çalışma arkadaşları, müşteriler, tedarikçiler ve içinde bulunduğu çalışma ortamındaki diğer çalışanları saymak mümkündür.⁵³⁷

360 derece değerlendirme sistemi fikri işyerlerinde çalışan memnuniyeti anketlerine dayanmaktadır. Bu sistemin temelinde bilginin tek bir merkeze (işveren) dayanarak elde edilmesinden ziyade birden fazla kaynaktan sağlanmasının daha kapsamlı ve objektif olması düşüncesi yatmaktadır.⁵³⁸ Gerçekten bu sistem sayesinde farklı kaynaklardan bilgi edinilmesi nedeniyle işçinin performansının daha geçerli ve güvenilir bir şekilde ölçülmesi beklenmektedir.⁵³⁹ Her ne kadar bu ölçüm sistemi insana bağlı değer yargılarına ve görüşlerine dayanması nedeniyle subjektif bir nitelik taşıyorsa da değerlendirmenin farklı kaynaklardan sağlanması işçinin verimi konusunda farklı kaynaklardan veri sağlayacaktır. Ayrıca bu sistemi diğer performans değerlendirme yöntemlerinden ayıran yön işçinin geliştirmesi beklenen yönleri hakkında kendisine kapsamlı ve gerçekçi bir geri bildirimde bulunulması imkanı sunmasıdır.⁵⁴⁰

Kuşkusuz işçinin performansı hakkında elde edilecek olan bilginin gerçekçi olması değerlendirenlerin bağımsız olmasına bağlıdır. Bu durum özellikle işveren vekilleri hakkında değerlendirmede bulunan işçiler için önem arz etmektedir. Nitekim üstleri hakkında olumsuz değerlendirme yapan işçilerin iş ilişkisinin devamında kötü muamele görme riski her zaman söz konusudur. Bu nedenle değerlendirmeye katılan işçilerin diğer çalışanlar veya işveren tarafından etkilenmesine izin verilmemesi ve hakkında değerlendirme yapılan kişiden çekinmemelerini sağlayacak etkin bir araçların işyerinde hayata geçirilmesi önemli bir konudur. Bu bağlamda uygulamada 360 derece değerlendirmeye katılan işçilerin görüşlerini işyerindeki diğer çalışanların bilmesine izin vermeyecek şekilde kapalı usulde yapılması sağlanmaktadır.

⁵³⁷ Helvacı, 167. Akı, 85. Bayram, 52.

⁵³⁸ Fleenor-Prince, 51.

⁵³⁹ Helvacı, 167.

⁵⁴⁰ Bayram, 53.

Objektif ölçütlere uygun şekilde sağlanan 360 derece değerlendirme yöntemi işçinin performansı hakkında işverene belli düzeyde bilgi sağlayacaktır. Öte yandan, işverenler tarafından tek başına bu sonuçlara dayanarak bilgi işçisinin iş akdinin verimsizlik nedeniyle feshedilebilmesine izin verilmemelidir. Nitekim bu sistem işyerinde uygulanan temel performans değerlendirme sisteminin yerine geçmekten ziyade bunu tamamlayıcı bir nitelik göstermektedir. Ayrıca bu yöntem temel olarak işçilerin güçlü ve zayıf yönlerini anlamaya hizmet etmektedir.⁵⁴¹ Keza sistemin 360 derece olarak adlandırılmasının temelinde işçiye performansı hakkında tam bir geri bildirim yapılmasının sağlanmasıdır.⁵⁴² Ayrıca her ne kadar işçinin bağlantılı olduğu çeşitli kaynaklardan bilgi elde etme olanağı bulunmaktaysa da sistemin temelinde subjektif görüşler bulunmaktadır. Öğretide de değerlendirmeye katılanların sayısı arttıkça değerlendirme konusunda yapılan hataların artabileceği ve hiyerarşik yapıların değerlendirme sonuçlarını olumsuz etkilediği isabetli şekilde ifade edilmektedir.⁵⁴³ Amerika Birleşik Devletleri'nde de nesnel, iş bağlantılı etkenlere dayanılmadıkça subjektif özellikler içeren değerlendirme sistemleri Mahkemeler tarafından kabul edilmemektedir.⁵⁴⁴

Dolayısıyla işveren tarafından 360 derece değerlendirme sistemine dayanılarak bilgi işçisinin verimsiz olduğu noktalar ortaya konulabilecek ve işçiden bu yönleri gidermesi beklenecektir. İşçinin bu eksiklikleri gidermemesi ve objektif ölçüm teknikleriyle veriminin yetersiz olduğunun ortaya konulması halinde son çare ilkesi de gözetilerek işçinin iş akdi geçerli nedenle feshedilebilecektir. Öte yandan, kanımızca bilgi işçisinin 360 derece değerlendirme sistemiyle verimsizliğinin ortaya konulması halinde işverence İş Kanunu m. 22'ye uygun olarak çalışma koşullarında değişiklik yapılması önerisinde bulunulması kanımızca mümkündür. Bilgi işinde çalışma koşullarının değiştirilmesi konusuna ileride yer verilecektir.

⁵⁴¹ Bayram, 53-54. Çimen, 36-38. Wimer-Nowack, <http://www.360degreefeedback.net/media/13CommonMistakes.pdf>. (Erişim tarihi:22.03.2016).

⁵⁴² Çimen, 35.

⁵⁴³ Çimen, 39.

⁵⁴⁴ Mote-Heil, <http://www.referenceforbusiness.com/encyclopedia/Per-Pro/Performance-Appraisal-and-Standards.html> (Erişim Tarihi: 22.03.2016)

IV. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Nedeniyle Fesih

1. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Kavramı

İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında işçinin yeterliliğinin veya davranışlarının dışında işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri de geçerli fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Öğretide işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinin, toplu işçi çıkarmaları düzenleyen İş Kanunu'nun 29/1. maddesi ile işyerinin devrine ilişkin aynı kanunun 6/5. maddesinden hareketle, işletmenin ekonomik, teknolojik, yapısal (reorganizasyon) ve benzeri gerekleri ifade ettiği belirtilmektedir. Gerçekten toplu işçi çıkarmaya ilişkin madde hükmünde; *“İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri ve işin gerekleri sonucu toplu işçi”* çıkarabilir hükmü öngörülmüştür. Kanunun işyerinin devrini ilişkin maddesinde ise; *“Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları ... saklıdır”* düzenlemesi getirilmiştir.⁵⁴⁵

İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde işletme, işyeri ve iş gereklerinin işçi ile bağlantısı olmaksızın ortaya çıkan nedenler olduğu vurgulandıktan sonra bunların işyeri dışından veya içinden olmak üzere iki türlü olabileceği belirtilmiştir. İşyeri dışından kaynaklanan sebeplere örnek olarak ise iş hacminde gerileme, enerji ve hammadde sıkıntısı ile ülkede ve piyasada yaşanan ekonomik sıkıntıları göstermek mümkündür. İşyeri içi sebepler olarak ise yeni çalışma yöntemlerinin ve teknolojinin uygulanması, işyerinin daraltılması, işyerindeki bazı bölümlerin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi örnekler gerekçede belirtilmiştir.⁵⁴⁶

Görüldüğü üzere işçinin yeterliliği veya davranışlarının dışında işverenlerin aldıkları bir takım işletmesel kararlar da işçilerin iş akitlerinin geçerli feshine de yol açabilir. Zira ekonomik anlam ve boyut temelde işgücü piyasasına yaslanır. Bu nedenle işletmenin faaliyetleriyle özdeşleşen istihdam kavramı işçiyi işletmeye bağlamakta ve kaçınılmaz olarak ekonomik faaliyetlerdeki konjonktürel

⁵⁴⁵ Süzek, 604. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 187.

⁵⁴⁶ Aktay-Arıci-Kaplan, 191.

dalgalanmalardan etkilenmektedir.⁵⁴⁷ İşverenin işletmesel kararların temelinde ise Anayasa'nın çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesi bulunmaktadır.⁵⁴⁸ Öte yandan, aldığı kararın işçilerin iş akitlerinin feshine yol açtığını ileri süren işveren ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlerin varlığını ispatla yükümlüdür. Ayrıca, geçerli fesihten bahsedebilmek için ortaya çıkan işletme gereği işyerinde işgücü fazlası yaratmalı, işletme gerekleriyle fesih arasında illiyet bağı bulunmalı⁵⁴⁹ ve feshin son çare olması gerekmektedir.⁵⁵⁰ Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.⁵⁵¹ Her hakkın kullanılmasında olduğu gibi işverenin fesih hakkını kullanması durumunda da dürüstlük kuralına uygun davranılması gerekmektedir. Aksi durum feshin geçersizliğine ve işçilerin işe iadesine yol açabilir.⁵⁵²

2. Bilgi İşinde Yapısal ve Teknolojik Değişimlerin Önemi

Bilgi işinin piyasadaki ve teknoloji alanındaki değişimlere hızlı ve etkili şekilde uyum sağlayabilmesi açısından yapısal ve teknolojik gerekçelere dayanan

⁵⁴⁷ Güzel, 59.

⁵⁴⁸ Bu husus aynı zamanda işverenin işletmesel kararının yerindelik denetiminin dışında olduğuna işaret etmektedir. Öte yandan, bu kararın işçilerin feshine yol açtığı durumda karar keyfilik kontrolüne tabidir. Bkz. Kılıçoğlu, İş Güvencesi, 172. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında işletmesel kararın hatalı olup olmadığının yargı denetimine tabi olmadığını, mahkemelerin görevinin işletmesel kararın fiilen hayata geçirilip geçirilmediği ile bu durumun işçinin işyerinde çalışma imkanını ortadan kaldırıp kaldırmadığının belirlenmesi olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, işletmesel kararın yargı denetimi dışında tutulmasının bu kararın hukuk düzeninin öngörmüş olduğu sınırlar arasında alınmış olmasına bağlı olduğu vurgulanmıştır. Bu hususun MK madde 2'de hükme bağlanan dürüstlük kuralına dayandırıldığı görülmektedir. Bkz. Y7HD, 11.11.2015, E.2015/21502, K.2015/22196. Ayrıca yüksek mahkeme işletme gerekleri nedeniyle yapılan fesihten sonra işletmeye alınan işçilerin iş akdi feshedilen işçinin niteliklerini taşıyıp taşımadığının dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Y22HD, 09.11.2015, E.2015/29778, K.2015/30551.

⁵⁴⁹ İş güvencesinin temelinde işverenin keyfi feshini önleme kaygısının olduğu dikkate alındığında illiyet bağının tüm fesih halleri için geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Fransız yargısına konu olan bir olayda; otel personeli müşterilerin sabah kahvaltısında masalarında bıraktıkları yiyecekleri evine götürdüğü gerekçesiyle işten çıkarılmış, öte yandan bu feshin temelde işçinin işverenle eşi arasındaki boşanma davasında tanıklık yapmasından kaynaklı olduğu anlaşılmış ve mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmiştir. İlgili karar ve değerlendirme için bkz. Güzel, İş Güvencesi, 47.

⁵⁵⁰ Süzek, 604.

⁵⁵¹ Y9HD, 12.02.2015, E.2015/1199, K.2015/6314. Y9HD, 19.11.2015, E.2015/21984, K.2015/32979, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim Tarihi: 01.02.2016).

⁵⁵² Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 188.

fesih halleri önem arz etmektedir.⁵⁵³ Bu çerçevede örneğin bankalar nezdindeki kredi karar süreçlerinin günümüzde makinalara devredilmesi, bu faaliyeti yerine getiren çalışanların iş görme edimlerinin konusuz kalmasına yol açmaktadır. Diğer taraftan, bu sürecin işletilmesi konusunda teknik bilgi sahibi olan bilgi işçilerinin istihdam edilmesi ise işletmeler açısından daha fazla önem arz etmektedir. Benzer şekilde, dava açılması, duruşmalara katılım vb. süreçlerin elektronik sistemler üzerinden yapılabilir hale gelmesi, teknolojiyi iyi kullanabilen avukatların istihdamını gerekli kılarken, bu alandaki istihdamın sınırlanmasına da yol açabilmektedir. İşletme rizikosunu taşıyan işverenin bir takım ekonomik gerekçeler veya beklentiler karşısında işyerindeki üretim yöntemini değiştirmesi, çalışma biçimde değişikliğe gitmesi özetle işyerinde yapısal bir takım değişiklikler gerçekleştirmesi nedeniyle işgücü fazlalığının ortaya çıkması durumunda işverene yasa tarafından geçerli fesih yoluyla iş ilişkisini sona erdirmeye olanağı tanınmıştır.

Yargıtay vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında 41 adet işyeri hekiminin görev yaptığı işyerinde, işverenin uzman hekimlerle çalışmayı tercih ederek pratisyen hekimlerin işine son verdiği bir olayda feshin işletmesel karara dayandığı ve bu kararın yargı denetimi dışında olduğu gerekçesiyle işçilerin işe iade talebinin reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁵⁴ Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu bu karara katılmak kanımızca mümkün değildir. İlgili kararda işverenin işletmesel kararından bahsedilmiş, öte yandan bu kararın ekonomik, teknolojik veya yapısal gerekçelere dayandığına ilişkin herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır. Her ne kadar işverenin işletmesel kararının yerinde olup olmadığı yönünde yargı organı tarafından bir denetim yapılmamaktaysa da bu kararın işçilerin iş akitlerinin feshine yol açtığı durumlarda gerçek ve objektif nedenlere dayanıp dayanmadığının sorgulanması gerekmektedir. Ayrıca, yapısal bir takım gereklilikler olsa dahi bu durumun işgücü fazlalığına yol açması gerekliliği gerek öğreti gerekse yargı tarafından kabul edilmektedir. Aksi durum işverenin işyerinde uzmanlığı nispeten

⁵⁵³ Günümüzde İş Hukuku salt iş sözleşmesi temelinde yükselen dar anlamdaki ilişkilerin hukuku değil, bunun yanında ve ek olarak, aynı zamanda ekonomik değişim ve teknolojik dönüşümlere geçirt veren ve uyum sağlamak zorunda olan bir nitelik taşımaktadır. Bkz. Güzel, İş Güvencesi, 59.

⁵⁵⁴ Y22HD, 22.01.2015, E.2014/35516, K.2915/726, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 12.02.2016).

daha düşük düzeyde olan işçilerin iş akitlerini istediği zaman sona erdirebilmesi anlamına gelecektir. Nitekim yüksek mahkeme bir diğer kararında ise ekonomik güçlüklerle dayalı yeniden yapılanma nedeniyle işçilerin iş akitlerinin feshinde, işverenin kurumsal bir ciddiyet ve tutarlılık içinde hareket etmesini, şüpheyandırmayan ve birbiriyle tutarlı belgelerle yeniden yapılanmayı ve bu yapılanma sonucunda işyerinde işgücü fazlası oluştuğunu kanıtlaması gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁵⁵

3. Bilgi İşinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi ve Uygulaması

İş mevzuatında feshin son çare olması ilkesine yer verilmemiştir. Ancak İş Kanunu'nun geçerli fesih kurumu düzenleyen 18. maddesine ilişkin gerekçede; işverenlerden feshe son çare olarak bakmasının beklenildiği ve geçerli sebep kavramına uygun yorum yapılırken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının araştırılmasının gerektiği belirtilmiştir. Öğretideki baskın görüş iş akitlerinin feshinde son çare ilkesinin uygulanması gerektiği yönündedir.⁵⁵⁶ Yargıtay'ın da yerleşik hale gelen kararlarıyla iş akitlerinin feshinde son çare ilkesini gözettiği görülmektedir.⁵⁵⁷

Hukukumuzda temelini dürüstlük kuralında (MK m.2) bulan feshin son çare olması ilkesi uyarınca işveren, iş akdinin feshinden önce sözleşmenin devamlılığını ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesi için gerekli çabayı göstermelidir.⁵⁵⁸ Dolayısıyla işverenin işletmesel kararlar ulaşılmak istediği sonuca fesih dışında işçiler

⁵⁵⁵ Y22HD, 26.01.2015, E.2015/466, K.2015/1140, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 14.02.2016). Yüksek Mahkeme başka bir kararında ise; işverenin ileri teknoloji kullanabilen işçi istihdam etme etmek istemesi ve bu nedenle işyerinde emek yoğun çalışan mevcut işçilerin iş sözleşmesini feshettiğini ileri sürmesi karşısında iş akitleri feshedilen işçilerin yeni teknoloji kullanıp kullanmadığının, işyerinde teknolojik gelişme nedeniyle yapısal ve yönetsel değişiklik gerekip gerekmediğinin, yüksek eğitimli ileri teknoloji kullanabilen işçiye gereksinim olup olmadığını özetle alınan işletmesel kararın gerçek nitelik taşıyıp taşımadığını araştırması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar için bkz. Kar. İşe İade, 104, dn.32.

⁵⁵⁶ Süzek, 620. Güzel, İş Güvencesi, 77. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 188. Çelik, 227-228. Alp, 155. Kabakcı, 242 vd. Aksi yönde bkz. Ekmekçi, 168.

⁵⁵⁷ Y9HD, 27.10.2003, E.2003/18257, K.2003/17985. Y9HD, 06.10.2008, E.2008/30271, K.2008/25206. Y9HD, 06.05.2015, E.2015/8820, K.2015/16532. Y22HD, 04.03.2015, E.2015/4595, K.2015/8943. Y7HD, 11.11.2015, E.2015/21502, K.2015/22196, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 11.01.2016).

⁵⁵⁸ Süzek, 614. Güzel, İş Güvencesi, 77 vd.

açısından daha hafif somut belli tedbirlerle ulaşıp ulaşamadığını araştırması gerekmektedir. Feshin son çare olması ilkesini ve uygulamasını açıklığa kavuşturan mülga 4773 sayılı yasanın gerekçesine göre; iş akdinin feshinde *“işverenden beklenen, fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerinin geliştirmesi, işi zamana yayarak, işçileri başka işlerde çalıştırma yolları arayarak, işçiye yeniden eğiterek sorunu aşması ve feshe son çare olarak bakmasıdır.”* Kuşkusuz bu haller son çare ilkesine birer örnek teşkil etmekte ve kavramın içeriğinin doldurulması açısından önem arz etmektedir. Yargıtay’ın da son çare ilkesinin gözetildiği kimi kararlarında gerekçede yer alan bu örnekleri baz aldığı görülmektedir.⁵⁵⁹

Bilgi işinde de feshin son çare olması ilkesi gözetilmelidir. Nitekim önceki bölümlerde değinildiği üzere işçinin vasıflarının artması onun iş güvencesi hükümlerinden mahrum bırakılması sonucunu doğurmamalıdır. Keza bu hükümler iş mevzuatında yer alan kuralların kağıt üzerinde yazılı kalmaktan kurtararak uygulamaya yansımaları sağlamakta ve bu suretle çalışma barışının kurulmasına katkı sağlamaktadır.

A. İşçinin Eğitimi

Bilgi işinde feshin son çare olması ilkesi kapsamında alınabilecek önlemler arasında eğitim ön sırada gelmektedir.⁵⁶⁰ Bu işlerin ileri vasıflı işçilerin istihdamını gerekli kılması ve teknolojik gelişimlere paralellik arz eden dinamik yönü, işçilerin mesleki yeterliliklerinin işin yürütümü süresince üst düzeyde olmasını gerekli kılmaktadır. Aksi halde, işçinin mevcut işinde gösterdiği performansın zaman içinde düşmesi veya işyerine uygulanacak teknoloji karşısında mesleki bilgisinin yetersiz kalması yahut son çare gereğince önerilen yeni işe yönelik bilgisinin sınırlı olması

⁵⁵⁹ Y22HD, 26.01.2015, E.2014/36543, K.2015/1132. Y22HD, 22.01.2015, E.2014/34156, K.2015/912, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 12.01.2016). Ayrıca Yargıtay 2006 yılından itibaren verdiği kararlarında işçinin yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan fesihlerde de son çare ilkesini aramıştır. İlgili kararlar için bkz. Kabakcı, 243.

⁵⁶⁰ Feshin son çare olması ilkesi karşısında fesih türlerine göre alınabilecek tedbirler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kabakcı, 251 vd.

geçerli feshi gündeme getirebilecektir. Bu nedenle eğitim bilgi işinde iş ilişkisinin devamlılığını sağlayan önemli kurumlardan bir tanesidir.

Öğretide fesin son çare olması ilkesi gereğince eğitimin önemli bir kurum olduğu konusunda görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkündür. Öte yandan, doktrinde son çare ilkesi gereğince işverenin işçisine hangi tür eğitimleri sağlayacağı yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Gerçekten kimi yazarlara göre işverenin yükümlüğü işçinin mevcut işindeki yetersizliği giderecek eğitimin yanında işçinin başka bir işte görevlendirilmesini sağlayacak eğitimin sağlanmasını kapsamaktadır. Diğer bir deyişle feshe başvurmadan önce işçiye mesleki gelişim eğitimi sağlanmalı, bunun yetersiz kalacağının anlaşılması halinde ise işçi meslek kazandırma eğitimine tabi tutulmalıdır.⁵⁶¹ Öğretideki baskın görüş ise feshin son çare olması kapsamında mesleki gelişim eğitiminin başvurulmasının beklenir bir yol olduğunu, öte yandan meslek kazandırma eğitiminin ölçülülük yönüyle işverenden beklenebilir nitelikte olmadığı yönündedir.⁵⁶² Buna göre işçiye sağlanacak eğitim işverenden beklenebilir nitelikte olmalıdır. Dolayısıyla eğitim uzun süre devam etmemeli, makul bir sürede tamamlanabilmeli, aşırı masraflı olmamalı, istenilen sonuca ulaşmaya elverişli ve işçiye gerekli vasıfları kazandırabilecek nitelik taşımalıdır. Ayrıca işçinin yaşı, eğitim düzeyi, öğrenme yeteneği de eğitimin elverişliliği konusunda önemli rol oynar.⁵⁶³

Kanımızca da iş ilişkisinin sürdürülmesi için işçiye sağlanacak eğitimin işverene aşırı yük getirmeyen bir nitelik taşımamalıdır. Öte yandan, bilgi işçilerinin iyi bir eğitim geçmişine sahip olması ve belli bir düzeyde algılama yeteneğine sahip olması karşısında işçilere sağlanacak meslek kazandırma eğitiminin işverene de yük teşkil etmeyecek bir nitelik göstereceğini söylemek mümkündür. Kuşkusuz bu hususun her olay bazında değerlendirilmesi zorunludur. Ancak ölçülülük ilkesi bağlamında makul olan meslek kazandırma eğitiminin de işveren tarafından sağlanmasının gerektiği ileri sürülebilir. Zira iş ilişkisinin korunmasının amaç olduğu

⁵⁶¹ Kabakcı, 276.

⁵⁶² Süzek, 618. Alp, 160-161. Alpagut, İş Güvencesi, 7.

⁵⁶³ Süzek, 618.

iş güvencesi sisteminde maliyet açısından meslek içi eğitimle aynı tutarda olan eğitimlerin de işveren tarafından sağlanması dürüstlük kuralının bir gereğidir.⁵⁶⁴

B. Başka İşte Görevlendirme

Son çare ilkesi gereğince bilgi işleri açısından önem taşıyan bir diğer tedbir de işçilerin aynı işverene nezdinde başka işte istihdam edilip edilemeyeceğidir. İşverenin feshin son çare olması ilkesi gereğince iş akdi feshine başvurmada önce işçinin başka bir birimde çalıştırılıp çalıştırılmayacağı göz önünde bulundurmakla yükümlü olduğu gerek öğreti gerekse yüksek mahkeme tarafından kabul edilmektedir. Bu noktada karşımıza çıkan soru bilgi işçilerinin geçerli feshin varlığı halinde işyerinde işinin niteliklerine uygun bir iş mevcutken daha düşük vasıf gerektiren işlerde istihdam edilip edilemeyeceğidir. Kanımızca konuya geçerli fesih nedenleri açısından yaklaşmakta fayda bulunmaktadır. Gerçekten iş ilişkisinin sonlandırılmasını gerektiren nedenler işçinin şahsından bağımsız, işletmesel bir takım nedenler sonucu gerçekleşmişse, bilgi işçisinin niteliklerine uygun, eski işine benzer bir iş mevcutken daha düşük vasıflar gerektiren bir iş önerilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Diğer taraftan bilgi işçisinin şahsından özellikle de mesleki yetersizliğinden kaynaklı fesih nedenlerinin mevcut olduğu durumlarda ise işverenden işçiye aynı ya da daha üst düzeyde bir iş önermesi beklenmemelidir. Zira fesihte son çare ilkesinin amacı işçinin mutlak suretle çalışması değil, iş ilişkisinin devamı sırasında ortaya çıkan edimler dengesini işveren aleyhine bozan nedenlerin feshine nazaran daha hafif tedbirlerle giderilmesini sağlamaktadır.

Yargıtay değişiklik feshini (İK m.22) açıkladığı bir kararında geçerli nedenlerin varlığı halinde işçinin işinin değiştirilmesi konusunda şu kararı vermiştir; *“İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde ... fiilen teklifi edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenebilir beklenemeyeceğinin; bir başla anlatımla,*

⁵⁶⁴ Aynı yönde Kabakçı, 278.

kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir. ...değişiklik feshi, ancak, çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise, ultima-ratio olarak gündeme gelebilir. Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca aynı şekilde ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmaması gerekir. İşveren ayrıca, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin olarak daha az radikal olan bir teklifte bulunmalıdır.

İşçiye, mümkünse, onun açısından en az olumsuzluk teşkil eden teklifte bulunulmalıdır. Şüphesiz, işveren önerdiği değişiklik teklifinin feshin tek alternatifi olduğu; başka içerikte bir değişiklik önerisinin yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılırsa, işçi tarafından teklifin kabul edilmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi yapılmaz.”⁵⁶⁵

Yargıtay vermiş olduğu bu kararla feshin son çare olması kapsamında işçinin başka bir işte çalıştırılması ölçüsü olarak; değişiklik teklifinin ölçülü olmasını, işçinin bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenip beklenmeyeceğini ve işçiye en az zarar verecek teklifin sunulması gerektiğini belirtmiştir. Bu durumun istisnası ise mevcut teklif dışında başka içerikte bir değişiklik önerisinin yapılmasının mümkün olmamasının oluşturduğu aynı kararda ifade edilmiştir. Yargıtay’ın yer verilen kararı kanımızca isabetlidir. Yüksek Mahkeme genel anlamda son çare kapsamında yapılacak tekliflerde yer verilecek ilkeleri belirlemiş, her somut olay kendi dinamiğinde değerlendirileceğinden bunun istisnasına da yer vermiştir. Dolayısıyla, bilgi işçisinin yetersizliğinden kaynaklanan bir durumda bu işçiye aynı nitelikte ileri vasıf gerektiren bir işin teklif edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmak mümkündür.

⁵⁶⁵ Y9HD, 18.08.2008, E.2007/23508, K.2208/20604 Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 15.02.2016) Aynı yönde, Y9HD, 18.01.2012, 2009-37886/2012-812 sayılı kararı ve Akın’ın Değerlendirmesi için bkz. Akın, Esaslı Değişiklik, 38 vd.

§ 8.ESNEKLİK KAVRAMI

I. Esnekliğin Tanımı

Günümüzde işletmelerin içerisinde bulunduğu küresel ve yoğun rekabet ortamında bilgi işçilerinden en üst düzeyde verim elde edilmesi işverenler açısından hayati önem taşımaktadır.⁵⁶⁶ Bu işçilerin yüksek performans sergilemesi ise geleneksel yönetim modellerinin haricinde kişisel azimleri ve kendilerini yönlendirmeleriyle mümkündür.⁵⁶⁷ Ayrıca bilgi üretiminin diğer iş görme edimlerinin ifasından farklı olarak yoğun bir zihinsel emek kullanımı gerektirmesi ve çalışanların kişisel özelliklerine bağlı olması bilgi işçisinin kendisine en uygun çalışma ortamında iş görmesini gerekli kılmaktadır. Bilgi işinde işçilerin sahip olduğu ileri vasıfların bağımlılık ilişkisinin zayıflamasına yol açtığı da bir diğer gerçekliktir.⁵⁶⁸ Bilgi işçileri açısından belirtilmesi gereken bir diğer özellik ise bu işçilerin sahip olduğu ileri vasıfların işverenler karşısında diğer işçilere nazaran belli bir pazarlık gücü sağlamasıdır. Bu hususların hepsi işçilerin sermaye karşısında sömürülmesi endişesi taşıyan yasa koyucunun öngördüğü katı kuralların belli ölçüde yumuşatılarak iş ilişkisinin taraflarına kendilerine en uygun çalışma koşullarını belirleyebilme konusunda özerk bir alan bırakılmasını gerekli kılmaktadır. Bu

⁵⁶⁶ Bu durum sadece işletmeler açısından değil insan bir ülkenin refah düzeyinin de yükseltilmesiyle ilişkilidir. Nitekim ABD’li ekonomist Paul Krugman’ın da ifade ettiği üzere bir ülkenin refah seviyesini artırması son tahlilde aktif işgücü başına üretim düzeyini yükseltmesi yani verimliliğine bağlıdır. Faktör niceliğinde değişiklik olmadan çıktı artışını artıran verimlilik nitelikli işgücü ile inovasyonun birlikte kullanımını gerekli kılmaktadır. Bkz. Adnan Nas’ın 23.02.2016 tarihli Dünya Gazetesi’ndeki köşe yazısı.

⁵⁶⁷ Drucker-Maciariello, 281. Gerçekten insan kaynaklarını ve makineleri en üst düzeyde çalıştırabilen işletmeler günümüzde ayakta kalabilmektedir. Bunu sağlamanın yollarından bir tanesi de işletme için esneklikten geçer. Avrupa Komisyonu tarafından hazırlattırılan Beyaz Kitaba göre iç esneklik için her işi yapabilecek beceriye sahip personele, entegre çalışma düzenine, esnek çalışma saatlerine ve performansa dayalı ücret sistemine sahip olunması gerekmektedir. Bkz. Tuncay, Esneklik, 152.

⁵⁶⁸ İşçilerin vasıflarının ilerlemesi esnekliğin bir diğer gerekçesini oluşturmaktadır. Bkz. aynı yönde, Noyan, 96. İş süreçlerinde yaşanan değişim Güzel tarafından şu şekilde ifade edilmektedir; *‘Bilindiği üzere geleneksel istihdam belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ile tam gün ve belirli bir işyeri içinde çalışma modeline dayanır. Bu modelde Kamu İş Hukuku kuralları (sosyal kamu düzeni kuralları), fabrikada seri üretim yapan (fordist model) ve işverene göre ekonomik açıdan güçsüz olan işçileri korumayı amaçlar. Bu bağlamda işin düzenlenmesine ilişkin kamu hukuku kuralları, bir yandan işçileri korumayı hedeflerken, bir yandan tüm işçileri için aynı statüyü oluşturma çabasını gösterir. Dolayısıyla hukuk normu ile büyük ölçüde fordist üretim tekniğine uyumludur. Öte yandan, günümüzde fordist üretim yöntemi özellikle kapitalist toplumlarda önemini yitirmeye başlamış “yalın üretim”, “esnek uzlaşma”, “Toyotizm”, “Post-Fordist” gibi isimlerle anılan yeni bir üretim sistemi doğmaya başlamıştır. İşte ötede bu sistemle işin düzenlenmesine ilişkin yürürlükteki hukuk normları arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmıştır’* Güzel, Esneklik, 209-210.

bağlamda sanayileşme süreciyle ortaya çıkan işçinin korunması düşüncesine karşı günümüzde esneklik talepleri ileri sürülmektedir.⁵⁶⁹

Bilgi işinde esnekliği gerekli kılan bir diğer durum da teknolojik gelişmelerdir. Gerçekten teknoloji alanında sağlanan ilerlemeler nitelikli işgücünün istihdamını gerekli kılmasının yanında, çalışma sürelerinin kısılmasına ve kapasiteye göre düzenlenmesine yol açmaktadır. Ayrıca bu gelişmeler işin yürütümünü merkezden uzaklaştırmaktadır. Dolayısıyla teknolojik ilerlemeler iş sürelerinin esnekleşmesini ve bireyselleştirilmesini beraberinde getirmektedir.⁵⁷⁰

Öğretide esneklik konusunda bilgi işi/işçisi haricinde iki gerekçeye daha yer verildiği görülmektedir. Bunlar ekonomik krizler ve durgunluk nedeniyle istihdam piyasasındaki olumsuzluklar ile işletmelerin teknolojiyle beslenen çetin rekabet ortamına uyum sağlaması gerekliliğidir.⁵⁷¹ Bununla birlikte, İş Hukuku doktrininde esneklik konusunda işletmesel gerekliliklere ağırlık verildiği söylenebilir. Kuşkusuz bunun temelinde işçinin çalışabileceği bir işyeri olduğu müddetçe bir işe sahip olacağı ve gelirinin süreklilik arz edeceği gerçeği yatmaktadır.⁵⁷²

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlatılan bir raporda esnekliğin bireylerin, sistemlerin ve organizasyonların yeni davranış biçimleri ve yapılanmalar geliştirmek suretiyle değişen koşullara başarılı bir şekilde uyum gösterme becerisi olarak tanımlanabileceği belirtilmiştir.⁵⁷³ Esnekliğin temel hedefi teknolojik, ekonomik ve sosyal gelişmelerin yarattığı işyeri-işletme ve aynı paralelde işçi ve işveren ihtiyaçlarına anında ve kolay bir şekilde cevap verebilecek değişikliklerin gerçekleştirilmesine engel olmayan bir sistemin kurulmasıdır.⁵⁷⁴ Özetle esneklik

⁵⁶⁹ Süzek, Akdin Türleri, 17.

⁵⁷⁰ Bkz. Tuncay, 164.

⁵⁷¹ Süzek, 19. Aynı yazar, Akdin Türleri, 17. Tuncay, Esneklik, 151-152, 163-164. Ekmekçi, Esneklik, 79. Günay, 175.

⁵⁷² Ekonomi, Sayısal Esneklik, 6.

⁵⁷³ Bkz. European Commission, Social Europe Flexibility and Work Organization Supplement 1/95, s.2.

⁵⁷⁴ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 6. Ayrıca, esnekliğin sadece kendini değişen koşullara ayarlamayı (savunma esnekliği) içermediği, aktif stratejiler olan yeni ürünler geliştirmeyi, yeni pazarlar bulmayı ve işgücünün ilerideki gelişmelere uygun eğitimini de kapsadığı isabetli olarak belirtilmektedir. Bkz. Tuncay, Esneklik, 152.

mevcut toplumsal ve ekonomik gelişmelere işçilerin ve işverenlerin hızlı ve kolay bir biçimde uyumunu amaçlar. Ayrıca, toplumsal ve ekonomik gelişmelerin dinamik bir yapıya sahip olması çalışma hayatındaki esnekliği gerekli kılan bir diğer nedendir. Bu bakımdan esnekliğin İş Hukuku'nun nihai amacı olan hassas dengenin kurulmasına önemli ölçüde hizmet edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Esneklik ekonomik ve teknolojik değişimlere uyumu hedeflemekte öte yandan bu kavramın sınırlarının belirlenmesi önem arz etmektedir. Keza esneklik gerekçesiyle temelde birbirine zıt menfaatlerin oluşturduğu iş ilişkisinde işçinin işveren karşısında tamamen savunmasız bırakılması kuşkusuz İş Hukuku'nun temel gayesine aykırılık oluşturacaktır. Bu bağlamda öğretilerde esnekleşmenin kuralsızlaştırma anlamına gelmediği haklı şekilde ifade edilmektedir.⁵⁷⁵ Zira kuralsızlaştırma emredici normların azaltılması suretiyle işçinin tamamen iş mevzuatının koruma dışında bırakılması sonucunu doğurmaktadır. Diğer taraftan esnekliğin mümkün olduğu kadar işçinin korunması, gerekli olduğu ölçüde ise kurallardan uzaklaşma sonucunu doğuracağı öğretilerde isabetli şekilde ifade edilmektedir.⁵⁷⁶ Gerçekten esneklik çerçevesinde emredici normlara getirilecek çok sayıda istisnai hüküm ile tarafların ekonomik ve sosyal değişimlere uyumu sağlanabilir.⁵⁷⁷ Bu şekilde taraflar devlet müdahalesi olmaksızın çalışma şartlarını toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş akitleri ile arzu ettikleri şekilde düzenleyebileceklerdir.

Esnekleşme konusunda gözden kaçırılmaması gereken bir diğer nokta, işçinin korunmasının temel gayeler arasında yer almasının devamıdır.⁵⁷⁸ Esneklik sistemiyle ve yeni düzenlemelerle uyumlu bir şekilde sağlanacak olan bu koruma öğretide güvenceli esneklik olarak ifade edilmektedir.⁵⁷⁹ Kuşkusuz bu koruma tek taraflı olmayacak, işverenin de değişimlere uyum sağlamasına imkan tanınarak hassas dengenin korunması amaç edinilecektir.

⁵⁷⁵ Süzek, 20. Aynı yazar, Akdin Türleri, 18. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 5. Tuncay, 154. Yavuz, 618.

⁵⁷⁶ Ekonomi, Esnekleşme, 61.

⁵⁷⁷ Ekonomi, Sayısal Esneklik 5.

⁵⁷⁸ Tuncay, 154.

⁵⁷⁹ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 6.

4857 sayılı İş Kanunu eski döneme göre mevzuatımıza belli bir esneklik getirmiştir. Kanunun genel gerekçesinde ve ilgili madde gerekçelerinde esnekliğe vurgu yapıldığı görülmektedir.⁵⁸⁰ Öte yandan, kanun tasarısını hazırlayan Bilim Kurulu taslağında konuya daha fazla önem verilmesine karşın yasama faaliyetleri sırasında ‘bilinçli’ veya ‘bilinçsiz’ bir takım önerilerle katı kuralların önemli ölçüde geri getirilmesi öğretide eleştiri konusu yapılmaktadır.⁵⁸¹ Günümüzde İş Kanunu’nun daha esnek bir yapıya kavuşturulması yönündeki yasama faaliyetlerine devam edildiğini söylemek mümkündür.⁵⁸² Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından da esnekliğin günümüz ticari ve ekonomik şartları açısından taşıdığı önem kabul edilmiştir.⁵⁸³

II. Bilgi İşinde Sayısal ve Fonksiyonel Esneklik

Günümüzde esnekliğin etkilerini atipik çalışma türlerinin ortaya çıkmasında ve standart iş sürelerinin değişmesinde görmek mümkündür. Dolayısıyla bilgi ekonomisinin beraberinde getirdiği esneklik anlayışı çalışma hayatının tüm alanlarında kendisini hissettirmektedir.⁵⁸⁴ Öğretide esneklik kavramı işgücünün sayısı, niteliği, değişimlere uyumu ve çalışma süreleri açısından farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır.⁵⁸⁵ Bilgi işinde ise esneklik türlerini sayısal ve fonksiyonel ayrımında ele almak mümkündür.

⁵⁸⁰ Bkz. İK m.8, m.13, m.41, m.46, m.56, m.63, m.90.

⁵⁸¹ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 6.

⁵⁸² Bu konudaki faaliyetlere örnek olarak geçici iş ilişkisinin kurulmasına ve uzaktan çalışmaya ilişkin düzenlemeler öngören 8.2.2016 tarihli yasa tasarısını göstermek mümkündür. Halihazırda Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından kabul edilen tasarı yasalaşmak üzere TBMM Başkanlığı’na sunulmuştur.

⁵⁸³ Anayasa Mahkemesi’nin 19.10.2005 tarihli, 2003/66 E., 2005/72 K. sayılı kararı. Ayrıca karar için bkz. RG. 24.11.2007, S. 26710.

⁵⁸⁴ Yavuz endüstri devriminden hemen sonra çalışma hayatında liberalizmin hakim olduğu dönemi ‘serbestlik dönemi’, istihdam koşullarının kötüleşmesi üzerine devletlerin çalışma koşullarını düzenlediği dönemi ‘müdahaleci dönem’, bilgi ekonomisi içerisinde işçinin ve işverenin birlikte korunması gerekliliği nedeniyle çalışma sürelerinde ve istihdam biçimlerinde esnekliğin önem kazandığı evreyi ise ‘esneklik dönemi’ olarak adlandırmaktadır. Bkz. Yavuz, 618. Süzek ise bu hususu sanayileşme ile başlayan İş Hukuku’nun bugüne kadarki gelişiminin daha ziyade hassas dengelerin de gözetilerek işçinin korunması yönünde olduğu ancak son zamanlarda bu düşüncenin karşısına İş Hukuku’nun esnekleştirilmesi talepleri ile çıkılmaya başlandığı şeklinde belirtmektedir. Bkz. Süzek, 17.

⁵⁸⁵ Tuncay, 155-156.

1. Sayısal Esneklik ve Önemi

Sayısal esneklik işverenlerin ekonomik ve teknolojik koşullara, piyasadaki değişkenlere ve üretim tekniklerine bağlı olarak istihdam ettiği işgücü sayısını ve niteliğini belirleyebilmesi anlamına gelir.⁵⁸⁶ Ayrıca iş sözleşmesinin türünün belirlenmesine ve iş yürütümünün başka işverenlerin işçileriyle yerine getirilmesine olanak tanıyan düzenlemelerin (dış esneklik) de sayısal esneklik kapsamında ele alınması gerektiği belirtilmektedir.⁵⁸⁷ Ekonomi ağırlıklı disiplinlerde sayısal esnekliğin çekirdek ve çevre işgücünün ayrılmasına hizmet ettiği, işletme için gerekli ve nitelikli işgücünün çekirdek işgücünü, ihtiyaç duyulduğu kadar ve gerektiği zaman başvurulacak işgücünün ise çevre işgücünü oluşturduğu belirtilmektedir.⁵⁸⁸ İş hukuku öğretisinde ise bu yönde bir ayrım bulunmamaktadır.

Bilgi ekonomilerinde sayısal esneklik konusu yadsınamaz bir önem taşımaktadır. Zira bilgi yoğun sektörde yer alan işletmelerin ekonomik hayatta varlıklarını sürdürebilmeleri için teknolojik değişimlere uyum göstermeleri ve bilgi işçilerinden üst düzeyde verim sağlamalarıyla mümkündür. Teknoloji paralelinde yapısal bir takım değişikliğe gidilen işyerlerinde bu nedenle istihdam fazlalığı gündeme gelebilecektir. Ayrıca teknolojinin işyerlerinde uygulanmasının bir diğer önemli etkisi de istihdamda vasıfsız işçilerin yerini giderek nitelikli işçilerin almasıdır. Bu bağlamda düşük performans ya da niteliğe sahip işçilerin yerine bilgi işçisi istihdamı işveren açısından bir gereklilik arz edebilir. Ayrıca teknoloji doğrultusunda seyreden dinamik gelişime uyum göstermeyen bilgi işçileri de yarının vasıfsız işçileri durumuna geleceklerdir.⁵⁸⁹ Bilgi işinde gündeme gelmesi kuvvetle

⁵⁸⁶ Güzel, Esneklik, 210. Tuncay, 155. Demir-Gerşil, 69.

⁵⁸⁷ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 8.

⁵⁸⁸ Bkz. Noyan, 101.

⁵⁸⁹ Örneğin bilgisayar yazılım programı geliştirilmesine yönelik ekonomik faaliyetin yürütüldüğü bir işyerinde işçilerin bu alandaki anlık gelişmeleri dahi takip etmeleri beklenmektedir. Nitekim işyerinin ekonomik devamlılığı ekonomik değeri teknolojik değişimler nedeniyle zamana bağlı olarak azalan bilgi yoğun malın satışına bağlıdır. Dolayısıyla işletmenin ekonomik devamlılığı bilgi yoğun malın üretiminde başrol oynayan işçinin mesleki bilgisini sürekli güncel tutmasıyla mümkündür. Aksi durumda işveren ya ekonomik faaliyetine son verecek ya da işçinin iş sözleşmesinin feshi yoluna gidecektir. Ayrıca işyerinde ekonomik ve teknolojik gelişmeler nedeniyle reorganizasyona gidilmesi işgücü fazlalığına da yol açabilir. Bahse konu durumlar ekonomik açıdan faaliyetini sürdürmek isteyen işverene sayısal esnekliğin tanınmasını zorunlu kılmaktadır.

muhtemel olan bu durumlar ve benzeri haller sayısal esnekliğin gerekliliklerini oluşturmaktadır. Bu bağlamda iş mevzuatımızda yer alan süreli fesih (m.17) ve iş güvencesi (m.18-21) düzenlemeleri işverenlere sayısal esneklik sağlarken aynı zamanda işçileri koruyucu hükümler içermektedir.

İş Kanunu'nda yer alan alt işveren (m.2/6), geçici iş ilişkisi (m.7), belirli süreli çalışma (m.11), kısmi süreli (m.13), çağrı üzerine çalışma (m.14), deneme süresi (m.15), takım sözleşmesi (m.16) çalışmaya ilişkin hükümler bir yandan sayısal esnekliği sağlayan diğer taraftan işçilerin koruyan düzenlemeleri bünyesinde barındırmaktadır.⁵⁹⁰ Ayrıca bu esneklik türünün kısmi çalışma, iş paylaşımı, ödünç iş ilişkisi, tele-çalışma gibi atipik iş türlerini de ortaya çıkardığı öğretilde ifade edilmektedir.⁵⁹¹ Bu bağlamda belirli süreli çalışma ve halihazırda TBMM gündeminde yasalaşmayı bekleyen uzaktan çalışma bilgi işi açısından önem taşıyan atipik istihdam türleridir. Bu konudaki açıklamalara ileride ayrıntılı şekilde yer verilecektir.

2. Fonksiyonel Esneklik ve Önemi

Fonksiyonel esneklik temelde işgücünün nitelik ve becerileri doğrultusunda teknolojik koşullara, üretim yöntemleri ile iş yüküne uyum gösterecek biçimde farklı işlerde çalıştırılabilmeleridir.⁵⁹² Özetle bu esneklik türü işçinin farklı işlerde çalıştırılmasında ortaya çıkmaktadır. Öğretilde fonksiyonel esneklik aynı zamanda iç esneklik olarak da adlandırılmaktadır.⁵⁹³ Bu bağlamda fonksiyonel esneklik özellikle işin düzenlenmesi ve ücret konularında kendisini göstermektedir.⁵⁹⁴

⁵⁹⁰ Bununla birlikte özellikle belirli süreli, geçici iş ilişkisi ve alt işveren uygulamasına yönelik düzenlemelerin sayısal esneklik ihtiyacına yeterince cevap vermediği öğretilde ifade edilmektedir. Bkz. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 8 vd.

⁵⁹¹ Bkz. Güzel, Esneklik, 210.

⁵⁹² Ekonomi, Sayısal Esneklik, 8. Demir-Gerşil, 70-71. Aynı zamanda bu esneklik türü bir anlamda savunma niteliğindeki sayısal esnekliğe nazaran saldırı niteliği kazanmaktadır. Çünkü bu fonksiyonel esneklik işletmeyi kalite, katılım, işgücünün değişkenliği konusunda yatırım yapmaya zorlayacaktır. Ayrıca bu esneklik türü insan kaynakları yönetimi alanında benimsenecek yeni stratejiler çerçevesinde işten çıkarmalara bağlı maliyetleri azaltmak amacıyla tercih edilme eğilimi göstermiştir. Bkz. Güzel, Esneklik, 211.

⁵⁹³ Noyan, 106.

⁵⁹⁴ Güzel, Esneklik, 209.

Fonksiyonel esneklik işgücünün sayısından ziyade vasıf ve yetenekleriyle ilgilidir.⁵⁹⁵ Esnekliğin fonksiyonel yönünün bilgi işçileri açısından ayrı bir önem taşıdığını söylemek mümkündür. Zira sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesi, süreklilik arz eden bir ilişki olup değişiklik iş ilişkisinin bir parçasıdır.⁵⁹⁶ Bilgi işlerinde ise değişiklik ihtiyacının diğer işlere nazaran daha fazla hissedildiği ileri sürülebilir. Gerçekten bilgi işçileri sahip oldukları ileri vasıflar sayesinde iş sözleşmelerine uygun olarak birden fazla işi yerine getirebilecek nitelikte işçilerdir. Bu nedenle teknoloji ve talebin gerekli kıldığı değişiklikler bilgi işçilerinin fonksiyonel esnekliği ile sağlanabilecektir. Örneğin işverenin işletmesel gereklilikler nedeniyle bir gazetecinin aynı zamanda idari görevde görevlendirilmesi talebi yasalara uygun olarak işçiler tarafından kabul edilmesi halinde yeni bir iş görme borcu doğuracaktır. Kanımızca bu yöndeki işveren taleplerinin yasal düzenlemelere uygun olması için her şeyden önce bilgi işçilerinin vasıflarının bu talepleri karşımaya uygun olması gerekmektedir.⁵⁹⁷

III. Esnekliğin Yasa Tarafından Sınırlandırılması

Bilgi işinde iş ilişkisinin süreklilik arz eden özelliği bu ilişkinin zaman içerisinde diğer işlere nazaran ortaya çıkması daha muhtemel olan işçilerin mesleki yetersizliklerinin veya işletme gereklerinin baskısı altındadır. Ekonomik riski taşıyan işveren, anayasal girişim özgürlüğü çerçevesinde işyerinde gerekli her türlü teknik ve organizasyonel değişiklikleri yapmak, işyerini açmak veya kapatmak, yeni alanlara yönelmek gibi işletmesel kararları almakta serbesttir. Bu husus aynı zamanda sayısal ve fonksiyonel esnekliğin de önemli bir yönünü ortaya koymaktadır. Öte yandan işletmesel kararların alınmasında tam bir serbestiye sahip olan işveren bu politikalar işçileri etkilediği oranda sözleşmeler hukukunun temel ilkesi olan ahde vefa (pacta sunt servanda) ile karşı karşıya kalmaktadır.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ Tuncay, 156.

⁵⁹⁶ Doğan Yenisey, Çalışma Koşulları, 97.

⁵⁹⁷ Bu konuda ele alınması gereken bir diğer konu da bazı bilgi işçilerinin (özellikle gazeteciler) sosyal politika açısından her türlü işte çalıştırılmayacağıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şuğle, Başka İşte Çalışma, 189-190.

⁵⁹⁸ Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 39-43. Doğan Yenisey, Çalışma Koşulları, 97.

İşverenin esneklik gerekçesiyle ahde vefa ilkesine aykırı uygulamaları yasal sınırlamalara tabidir. İş mevzuatında işverenlerin bu yöndeki uygulamalarını engellemeyi amaçlayan birçok hüküm yer almakla birlikte kanımızca en önemli düzenlemeler iş sözleşmesinin feshine (m.17-21) ve çalışma koşullarında değişikliğe (m.22) ilişkin yasal düzenlemelerdir.

1. Sayısal Esnekliğin Sınırlandırılması

İşverenin teknolojik ve ekonomik gelişmelere uyum göstermesi sürecinde işçilerin korunması güvenceli esneklik düşüncesinin bir gereğidir. Bu bağlamda iş mevzuatımızda yer alan bir takım hükümler işverenlere sayısal ve fonksiyonel esneklik sağlarken aynı zamanda işçileri de koruyucu hükümler ihtiva etmektedir. Bu düzenlemelerin güvenceli esneklik düşüncesiyle uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

İşverene sayısal esneklik tanınması yaşanan her teknolojik değişim karşısında iş akdinin herhangi bir sınırlama olmaksızın feshedilebileceği şeklinde yorumlanamaz. Aksi durum temel ilke olan ahde vefa ilkesine aykırılık teşkil eder. Keza bu ilke gereğince sürekli borç ilişkilerinde tarafların sözleşmenin kuruluş aşamasında gelecekte tahmin edilemeyen hususları dikkate aldıkları ve öngöremeyecekleri değişiklikleri baştan kabul ettikleri farz edilmektedir.⁵⁹⁹ Öte yandan, çalışma koşullarının sonradan değiştirilmesi gerekliliği karşısında işçinin sözleşmesinin varlığı ile işverenin değişiklik ihtiyacı arasında bir dengenin sağlanması gerekmektedir.⁶⁰⁰ Nitekim İş Hukuku'nun temel amacı ekonomik olanla sosyal olan arasındaki dengenin sağlanmasıdır.⁶⁰¹ Gerçekten kendisinin ve ailesinin tek geçim kaynağı ücret olan işçinin her türlü teknolojik değişimin karşısında işsiz kalacağını ileri sürmek dengenin işveren lehine bozulması anlamına gelecektir. Bu nedenle iş mevzuatımızda öngörülen süreli feshe (m.17), iş güvencesine (m.18-21) ve işçileri bu güvenceden mahrum bırakan belirli süreli iş sözleşmelerine (m.11)

⁵⁹⁹ Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 23.

⁶⁰⁰ Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 23 vd.

⁶⁰¹ Süzek, 18.

ilişkin hükümler işverene sayısal esneklik tanıyan ve bilgi işçilerinin de korunması amacını güden düzenlemelerin başında gelmektedir.⁶⁰²

İşverenin sayısal esnekliği işçilerin korunması düşüncesiyle yasalar tarafından sınırlandırıldığı gibi sözleşmeler yoluyla da yasadaki düzenlemelerin ötesinde kısıtlamalar getirmek mümkündür. Kuşkusuz yasada mutlak emredici normlarla düzenlenen alanlarda tarafların anlaşarak farklı hükümler öngörmeleri mümkün değildir. Örneğin iş güvencesi kapsamında yer alan işçilerin iş sözleşmelerinin geçersiz veya haksız feshinde işçinin işe iade edilmemesi halinde uygulanan iş güvencesi tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen ücret tutarındaki yaptırımın mutlak emredici nitelikte olduğu İş Kanunu 21/6 madde hükmünde belirtilmiştir. Benzer şekilde Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun sendika özgürlüğüne ilişkin 25/8 madde hükmündeki düzenlemeler de mutlak emredici niteliktedir. Öte yandan nispi emredici hükümlerin yer aldığı alanlarda kuşkusuz işçi lehine sayısal esnekliği sınırlandırıcı bir takım düzenlemelerin getirilmesi mümkündür. Öğretide de özellikle fesih hakkı açısından hakkın özüne dokunmamakla birlikte işçilerin lehine belli sınırlamaların getirilebileceği ifade edilmektedir.⁶⁰³

2. Fonksiyonel Esnekliğin İş Kanunu'nun 22. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Bilgi işinde işverenlerin ekonomik ve teknolojik değişimlere ve rekabet gerekliliklerine uyum sağlayabilmeleri için fonksiyonel esnekliğe kavuşturulmaları önemlidir. Kuşkusuz bu durum çalışma koşullarında değişiklik yapma ihtiyacını gündeme getirmektedir. Sözleşen tarafların sözleşmeyi akdettikleri tarihte belirledikleri koşullarla bağlı kalması ise ahde vefa ilkesinin bir gereğidir.⁶⁰⁴ Bu çerçevede işverenin fonksiyonel esnekliğe kavuşturulması ile ahde vefa ilkesi arasında bir denge kurulması gerekmektedir.

⁶⁰² Bu konuda bkz. § 7, II, III, IV.

⁶⁰³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 746-753.

⁶⁰⁴ Başbuğ, 8-9.

İş Kanunu'nun 22. maddesinde fonksiyonel esneklik çerçevesinde gerçekleştirilen uygulamaların iş sözleşmesinin esaslı noktalarına müdahale etmesi ve işçi aleyhine sonuçlar yaratması durumu özel olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemenin 1. fıkrasına göre; *“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.”*

Madde düzenlemesinden anlaşıldığı üzere işverenin iş sözleşmesinin esaslı noktalarına müdahale niteliği taşıyan değişiklik taleplerinin hukuki sonuç doğurması ancak belli koşulların gerçekleşmesi halinde söz konusu olacaktır. Buna göre işveren çalışma koşullarındaki⁶⁰⁵ esaslı değişiklik talebini işçiye yazılı olarak bildirecek, buna uygun yapılmayan veya işçi tarafından altı işgünü içinde yine yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler ise işçiye bağlamayacaktır. Öğretide yazılı şekil şartının yasal düzenlemeye kavuşturulmasıyla, tek taraflı dayatılan değişiklikler karşısında işçinin sessizliğini kabul olarak yorumlayan Yargıtay kararlarının yol açtığı sorunların aşıldığı belirtilmektedir.⁶⁰⁶ Bu bağlamda işveren tarafından sözleşmenin içeriğine ilişkin yazılı bir değişiklik icabı ve bu icabın işçi tarafından yazılı şekilde kabulü taraflar arasında değişiklik sözleşmesine vücut verecektir.⁶⁰⁷ Ayrıca iş sözleşmesinin bağitlanmasıyla ilgili genel prensipler değişiklik

⁶⁰⁵ Yargıtay çalışma koşullarını isabetli olarak geniş yorumlama eğilimindedir. Yargıtay'ın bir kararında çalışma koşulları; Anayasa, yasalar, toplu ve bireysel iş sözleşmeleri ile personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü olarak ifade edilmiştir. Bu kapsamda ayrıca sosyal yardımlar da çalışma koşullarına dahildir. Y9HD, 18.01.2012, 2009-37886/2012-812 sayılı kararı ve Akın'ın Değerlendirmesi için bkz. Akın, Esaslı Değişiklik, 38 vd.

⁶⁰⁶ Bu konuda bkz. Süzek, Değişiklik Feshi, 24. Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 57, 62. Alpogut, Geçerlilik Sorunu, 53. Doğan Yenisey, Çalışma Koşulları, 99.

⁶⁰⁷ Doğan Yenisey, 99.

sözleşmeleri için de geçerli olacaktır.⁶⁰⁸ Diğer taraftan Yargıtay işçinin sessiz kalmakla birlikte değişikliği kabul ettiği kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul eden davranışlar içerisine girmesini İş Kanunu'nun 22/2 maddesi bağlamında çalışma koşullarının anlaşarak değiştirilmesi olarak yorumlamaktadır.⁶⁰⁹

İş Kanunu m.22 düzenlemesi işverenin salt yönetim hakkına dayanarak işçinin iş sözleşmesiyle, personel yönetmeliğiyle ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmasının önüne geçmiştir. Nitekim tüm karşılıklı borç ilişkilerinde olduğu gibi iş akdinde işçinin ahde vefa bakımından korunmaya değer menfaati işverenin tek taraflı edim belirleme yetkisinin sıkı sınırlar içerisinde kalmasını gerekli kılar.⁶¹⁰ Bu bağlamda iş sözleşmesinin feshinin aksine tek taraflı değiştirilmesinin hukuki temeli bulunmamaktadır.⁶¹¹

Kural olarak bilgi işçisinin iş görme borcu iş sözleşmeleri tarafından belirlenir. İşverenin yönetim hakkı ise normlar hiyerarşisinin en altında yer aldığından iş mevzuatı veya sözleşmesinin düzenlemediği alanlarda devreye girer. Dolayısıyla işverenin işçiye sözleşmeyle belirlenenden aleyhte farklı bir iş vermesi aleyhe esaslı değişiklik sayılır ve İş Kanunu'nun 22. maddesinin uygulanması gerekir.⁶¹² Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında genel olarak işin niteliğinin, işyerinin, çalışma sürelerinin ve ücretin değiştirilmesi esaslı değişiklik halleri olarak ele alınmaktadır.⁶¹³ Nitekim Yargıtay'a göre iş sözleşmesinin esaslı unsurları olan

⁶⁰⁸ Civan, 92.

⁶⁰⁹ Akın, Esaslı Değişiklik, 47. Başbuğ, Yönetim Hakkı, 65.

⁶¹⁰ Alpagut, Esaslı Şartlar, 54.

⁶¹¹ Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 27. Aynı yazar, İkramiyenin Kaldırılması, 3088. Doğan Yenisey, Çalışma Koşulları, 106.

⁶¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 682 vd. Aynı yazar, Değişiklik Feshi, 7-31. Akın, Esaslı Değişiklik, 38-50. Alpagut, Esaslı Şartlar, 52 vd. Yenisey Doğan, Çalışma Koşulları, 93-115. Tulukçu, 1099-1142. Uşan, Değişiklik Feshi, 211-271. Civan, 84 vd. Manav, 209-252.

⁶¹³ Süzek, Değişiklik Feshi, 11. Aynı yönde Y9HD, 17.11.2015, E.2015/27488, K.2015/32721, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı. Öte yandan iş akdinde yapılacak iş bir meslek veya meslek dalı olarak (mühendis, hukukçu, ekonomist vd.) işveren o mesleğe veya meslek dalının kapsamında yer alan her türlü işin görülmesini talep hakkına sahiptir. Süzek, Değişiklik Feshi, 13. Ayrıca ücret seviyesinin ve iş süresinin korunması koşuluyla işçinin aynı değerde, statüde ve işyerinde başka bir işte görevlendirilmesi gibi çalışma koşullarını yatay bir hareket alanında belirlendiği değişiklikler işverenin yönetim hakkı kapsamında yer alır. Bu alanda gerçekleştirilen dikey değişiklikler ise esaslı

işçinin iş görme, işverenin ise ücret ödeme borcu çalışma koşullarının en önemlileridir.⁶¹⁴ Ayrıca bilgi işçisinin aynı değerde başka bir işte görevlendirilmesi esaslı değişiklik oluşturmayacaksa da bu işin işçinin niteliğine uygun olmaması halinde değişikliğin esaslı olduğu sonucuna varmak mümkündür.⁶¹⁵ Zira çalışma koşullarında esaslı değişiklikler, işçinin durumunu ağırlaştıran ve dürüstlük kuralı gereğince işçiden kabul etmesi beklenemeyecek ölçüdeki değişiklikler olarak tanımlanmaktadır.⁶¹⁶ Bilgi işçisi iş koşullarında esaslı bir değişiklik taşımayan işverenin hukuka uygun talimatını ise iş görme ve itaat borcu gereği yerine getirmekle yükümlüdür.⁶¹⁷ Nitekim çalışma koşulu değişikliği işverenin yönetim hakkı çerçevesinde kalıyorsa esaslı değişiklik sayılmaz ve İş Kanunu m.22'nin uygulama alanına girmez.⁶¹⁸ Aksi durum işçinin sözleşmesinin haklı nedenle feshi veya diğer disiplin uygulamalarının gündeme gelmesine yol açabilir.

İş Kanunu'nun 22. madde hükmünün uygulanması için işçinin iş güvencesi kapsamında yer almasına gerek yoktur.⁶¹⁹ Öte yandan, işverenin fonksiyonel esnekliği belirli süreli iş sözleşmelerinde daha katı bir şekilde sınırlandırılmıştır. Nitekim özellikle kısa bir dönemi kapsayan belirli süreli iş sözleşmelerinde işverenin esneklik ihtiyacı belirsiz süreli iş akitlerine nazaran daha azdır.⁶²⁰ Bu bağlamda belirli süreli iş sözleşmesinde işverenin işçinin rızasını almaksızın çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapamaz. Bu yönde bir rıza bulunmadıkça işverenin çalışma koşullarına riayet etmemesi işverenin temerrüdünü oluşturur ve işçi Borçlar Kanunu madde 408 gereğince bakiye sözleşme süresine ilişkin ücretini talep edebilir. Bu durumda işçi haklı fesih hakkını kullanması durumunda da aynı tazminata hak kazanacaktır. İşçinin rıza göstermemesi nedeniyle iş sözleşmesinin işverence haksız

değişiklik olarak değerlendirilmelidir. Alpagut, Esaslı Şartlar, 56. Aynı yazar, Geçerlilik Sorunu, 55. Aynı yönde Süzek, 688.

⁶¹⁴ Y9HD, 18.01.2012, 2009-37886/2012-812 sayılı kararı ve Akın'ın Değerlendirmesi için bkz. Akın, Esaslı Değişiklik, 38 vd.

⁶¹⁵ Süzek, Değişiklik Feshi, 13, 14. Alpagut, Esaslı Şartlar, 57.

⁶¹⁶ Süzek, 4. Bs., 602. Doğan Yenisey, Çalışma Koşulları, 95. Başbuğ, Yönetim Hakkı, 55.

⁶¹⁷ Süzek, 92-93.

⁶¹⁸ Süzek, 686. Mollamahmutoğlu, 293. Akın, Esaslı Değişiklik, 46. Alpagut, Geçerlilik Sorunu, 55. Başbuğ, Yönetim Hakkı, 43. Başterzi, Feshe Karşı Koruma, 60-61. Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 170. Civan, 89. Manav, 213.

⁶¹⁹ Süzek, 685. Aynı yazar, Değişiklik Feshi, 8, 9. Akın, Esaslı Değişiklik, 48. Başbuğ, 65.

⁶²⁰ Civan, 136.

feshedilmesi durumunda ise Borçlar Kanunu'nun 438. maddesi gereğince işveren yine işçinin bakiye sürelerle ilişkin ücreti kadar tazminat tutarını ödemekle yükümlüdür.⁶²¹

İşverenin fonksiyonel esnekliği konusunda bir diğer sınırlama toplu iş sözleşmeleriyle belirlenen çalışma koşulları açısından söz konusudur. Gerçekten toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma koşulları işi ve işverenin anlaşmasıyla değiştirilemez ve böyle bir değişiklik İş Kanunu m.22'nin uygulama alanı dışında kalır. Bu sözleşmeden kaynaklanan çalışma koşulları ancak bu sözleşmenin taraflarınca değiştirilebilir.⁶²²

İş Kanunu'nun 22. madde hükmü gereğince işçi çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmemesi durumunda işveren öngördüğü değişikten vazgeçmek veya iş akdini feshetmek zorunda kalmaktadır. Öğretide İş Kanunu m.22'ye dayanılarak yapılan fesihlere değişiklik feshi adı verilmektedir.⁶²³ 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı yasadan farklı olarak hukuki sonuçlarına katlanmak üzere sözleşmenin işveren tarafından feshedilmesi prensibini benimsemiştir. İşverenin değişiklikte ısrar etmesi durumunda ise somut olayın özelliğine göre işveren temerrüdü veya iş akdinin haksız feshi söz konusu olacaktır. Ayrıca işverenin çalışma koşullarını uygulamaması işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme olanağı da tanımaktadır.⁶²⁴ Bu düzenlemeler esneklik çerçevesinde işçinin de korunmasını amaçladığından kanımızca fonksiyonel esnekliğe uygundur.

3. İş Akdinin Değiştirilmesinde Geçerli Neden Kavramının Esneklik Çerçevesinde Değerlendirilmesi

İşverenin bilgi işçisiyle akdettiği sözleşmeden ve diğer kaynaklardan doğan çalışma koşulları iş ilişkisinin devamı sürecinde ortaya çıkan ekonomik ve teknolojik değişimlerin etkisi altındadır. Diğer bir söyleyişle iş sözleşmesi taraflar arasında

⁶²¹ Süzek, Değişiklik Feshi, 9. Alpagut, Esaslı Şartlar, 58.

⁶²² Süzek, 686. Aynı yazar, Değişiklik Feshi, 9. Çelik, 576-577. Başbuğ, Feragat, 71. Civan, 86.

⁶²³ Süzek, Değişiklik Feshi, 7 vd. Doğan Yenisey, 99. Başbuğ, Yönetim Hakkı, 67.

⁶²⁴ Süzek, Değişiklik Feshi, 26.

sürekli borç ilişkisi yaratması nedeniyle ani edimli sözleşmelerden farklı olarak zaman içerisinde değişime açıktır. Sözleşme taraflarının mevcut gelişmelere hızlı ve çabuk bir şekilde adapte olabilmeleri taraflara belli bir derecede esneklik tanımakla mümkün olabilir.⁶²⁵

Çalışma koşullarının değişen şartlara uyumlu hale getirilmesi aynı zamanda iş ilişkisinin devamlılığı açısından hayati önem arz etmektedir. Bu konuda ortaya çıkan sorun işverenin tek taraflı irade beyanıyla mı yoksa tarafların anlaşması suretiyle mi çalışma koşullarının değiştirileceği noktasında toplanmaktadır. Gerçekten işverenin tek taraflı irade beyanıyla çalışma koşullarında değişikliğe gidebilmesine üstünlük tanımak ahde vefa ilkesine aykırılık teşkil edebilir. Bu bağlamda İş Kanunu'nun 22. maddesi işverenin tek taraflı irade beyanı ile *sözleşme koşullarını* değiştirmesinin önüne geçmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrası ise iş ilişkisinin tabi olduğu tüm çalışma koşullarının tarafların anlaşmasıyla her zaman değiştirilebileceğini hükme bağlamaktadır.⁶²⁶

Çalışma koşullarının değiştirilmesi konusunda İş Kanunu m.22'nin benimsediği yöntem ve şekli şartlar açık olmakla birlikte, işverenin çalışma koşullarını değiştirme konusunda ortaya koyduğu iradenin aynı kanunun 18. maddesinde hükme bağlanan geçerli fesih nedenlerine dayanmasının zorunlu olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Gerçekten iş ilişkisinin devam ettiği süreçte işçinin vasıflarında meydana gelen bir takım değişiklikler İş Kanunu m.18'de öngörülen geçerli fesih nedeni kadar ağır olmamakla birlikte işvereni çalışma koşullarında değişiklikler yapmaya yöneltebilir. Kanımızca bahse konu değerlendirmenin yapılabilmesi için işverenin iş güvencesi kapsamında olan bilgi işçileri için işyerinde sınav uygulamasına gitmesi örneğinden hareket etmek mümkündür. Bu bağlamda performansında herhangi olumsuzluk bulunmamakla birlikte işverenin uyguladığı sınavdan başarısız olan işçinin iş akdi işveren tarafından geçerli nedenle feshedilemez. Zira mesleki yeterliliğinin objektif ölçütlerle ölçülmesi

⁶²⁵ Civan, 84.

⁶²⁶ Bu anlaşmanın da IK madde 22/1'de belirlenen usul dairesinde yapılması konusunda bkz. Süzek, Değişiklik Feshi, 25.

sonucunda herhangi bir olumsuzluk bulunmadığı varsayımına dayanan işçinin salt sınavda başarısız olması nedeni İş Kanunu m.18 anlamında bir geçerli neden teşkil etmeyecektir.⁶²⁷ Diğer taraftan işverenin sınav sonucu işe yönelik mesleki bilgisinin yetersiz olduğu anlaşılan işçinin başka bir işte çalışmasını önerip öneremeyeceği fonksiyonel esneklik çerçevesinde önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanımızca sorunun öncelikle değişiklik feshinin içeriği ve anlamı kapsamında ele alınması gerekmektedir. İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasında “..... işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir” hükmü öngörülmüştür. Öğretide değişiklik feshi yoluna giden işverenin fesih nedeni olarak İş Kanunu m.18’de hükme bağlanan geçerli fesih nedenlerine dayanması gerektiği, aynı yasanın 22. maddesinin işverene fesih için farklı bir fesih nedeni sunmadığı isabetli olarak ifade edilmektedir.⁶²⁸ Yargıtay da ilke haline gelmiş kararıyla öğretinin görüşünü benimsemiştir.⁶²⁹ Gerçekten yasa hükmünde açıkça işçinin 17 ila 21. madde hükümlerine dayanarak dava açabileceğinin belirtilmesi, işverenin değişiklik feshinde de İş Kanunu m.18 ile bağlı olduğunun açık bir göstergesidir. Ayrıca değişiklik feshinde işverenin daha hafif gerekçelerle iş sözleşmesinin feshine gidebileceğini kabul etmek kötü niyetli bir takım işverenlerin İş Kanunu m.18 hükmünü dolanmak amacıyla çalışma koşullarında değişiklik yapma yoluna gitmelerine olanak sağlanmış olur. Kuşkusuz kanuna karşı hile yolunun açılması anlamına gelen bu durumuna kanunen cevaz verilemez. Yine farklı fesih nedenlerinin kabul edilmesi durumunda yeterli iş güvencesine sahip olmayan işçiler işverenlerin değişiklik önerilerini kabul etmek zorunda kalması söz konusu olur ki bu durum İş Kanunu m.22’de amaçlanan işçinin irade özgürlüğü ile karar vermesinin önüne geçmektedir. Ayrıca İş Kanunu m.18’in

⁶²⁷ Bkz. § 7, III, 2.

⁶²⁸ Süzek, Değişiklik Feshi, 26-28. Alpagut, Geçerlilik Sorunu, 56. Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 155-156. Başbuğ, 74, 76. Doğan Yenisey, 103.

⁶²⁹ Y9HD, 15.12.2008, E.2007/34586, K. 2008/33685 ve Yenisey’in değerlendirmesi için bkz. Doğan Yenisey, Çalışma Koşulları, 104.

emredici ve sınırlı yapısı daha hafif bir fesih sebebinin gündeme gelmesine engel olmaktadır.⁶³⁰

İş Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan değişiklik feshi aynı yasanın 18. maddesinin dışında daha hafif bir fesih sebebi yaratmamaktadır. Öte yandan işverenin çalışma koşullarında değişikliğe gitmesi için mutlaka yasanın 18. maddesinde yer alan geçerli fesih nedenleri ağırlığında bir gerekçeye dayanması da kanımızca zorunda değildir.⁶³¹ Diğer bir ifadeyle işveren sınavdan kalan bir bilgi işçisinin iş akdini geçerli nedenle feshedemeyecek ancak işçiye niteliklerine uygun farklı bir işte çalışmasını önerebilecektir. Kuşkusuz değişik sözleşmesinin hukuki sonuç doğurabilmesi bilgi işçisinin bu değişiklik önerisini kabul etmesine bağlıdır. Aksi bir düşünce işverenlerin oldukça sınırlı, sadece İş Kanunu madde 18'de hükme bağlanan nedenlere dayanarak değişiklik teklifinde bulunabilecekleri anlamına gelir ki bunun fonksiyonel esnekliğe uygun olduğunu savunmak güçtür.⁶³²

IV. Bilgi İşinde Esnekliğin İş Akitleriyle Genişletilmesi

Bilgi işinde esneklik teknolojik ve ekonomik değişimlere uyum sağlanarak iş akitlerinin varlığını devam ettirmeleri açısından bir zorunluluk arz etmektedir.⁶³³ Diğer taraftan değişikliklere uyum gösterilmesi için çalışma koşullarını değiştirilmesini belli kurallara bağlayan İş Kanunu değişiklikten etkilenecek olan işçinin serbest iradesiyle karar vermesini amaçlamıştır.⁶³⁴

4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan belli düzenlemeler işçilerin korunması kaygısıyla özellikle sayısal esneklik uygulamalarını sınırlandırmaktadır. Gerçekten iş güvencesine (İK m.18-21), belirli süreli iş sözleşmesine (İK m.11), alt işverenlik kurumuna (m.2/6,7) ve geçici iş ilişkisine (m.7) ilişkin emredici nitelikteki düzenlemeler işveren tarafından işyerinde çalışacak işçi sayısının belirlenmesi konusunda belli sınırlar getirmektedir. İş mevzuatının işverenlere yüklemiş olduğu

⁶³⁰ Süzek, Değişiklik Feshi, 28. Akın, Esaslı Değişiklik, 48.

⁶³¹ Aynı yönde Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 155.

⁶³² Aynı yönde, Doğan Yenisey, 102, 107-108, 110.

⁶³³ Civan, 85.

⁶³⁴ Doğan Yenisey, Çalışma Koşulları, 99.

yükümlülüklerden kaçınmasının önüne geçmek için öngörülen bu hükümler sayısal esnekliğin iş akitleriyle genişletilmesini de engellemektedir. Diğer taraftan ileride ele alınacağı üzere işçinin haklı menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda belirli süreli iş sözleşmelerine geçerlilik tanımak kanımızca mümkündür.

Sayısal esnekliğin iş akdinin feshine de vücut veren yönü iş güvencesi ilkesini esas alan iş mevzuatına sahip ülkeler açısından daha sıkı sınırlamalara tabidir. Ülkemizde de iş güvencesi ilkesinin benimsendiği iş mevzuatı düzenlemeleri karşısında fesih kurumunun iş akitleriyle işçi aleyhine genişletilmesi kanımızca mümkün değildir. Nitekim iş sözleşmesinin kurulmasında büyük ölçüde irade serbestliği ilkesi kabul edilmişken, sözleşmenin sona ermesi İş Hukuku'nun kamu düzeni niteliği ve emredici tarafının baskın bir şekilde kendisini gösterdiği bir aşamadır.⁶³⁵ Aksine bu esnekliğin işçi lehine daraltılması konuyla ilgili birçok iş mevzuatı hükmünün nispi emredici niteliği nedeniyle mümkündür.

İş mevzuatı sayısal esneklik uygulamalarını işçilerin korunması düşüncesiyle belli sınırlamalara tabi tutarken fonksiyonel esnekliğin genişletilmesi konusunda iş ilişkisi taraflarına daha geniş bir hareket alanı tanımıştır. Gerçekten iş sözleşmesini değişen koşullara uyarlama ihtiyacı duyan taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir (İK m.22/2). Ayrıca iş mevzuatımız uyarınca işverenin iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan değişiklik kayıtlarından da yararlanma olanağı bulunmaktadır.⁶³⁶ Değişen koşullara uyum konusunda ayrıca işverenin yönetim hakkı, işlem temelini çökmesi nedeniyle yargıcın müdahalesi veya tamamlayıcı yorum yöntemini de saymak mümkündür.⁶³⁷

Değişiklik kaydı işverene çalışma koşullarında değişiklik yapma ve yaptığı değişikliği sözleşme hükmü getirme yetkisi tanımaktadır. Öte yandan, bu kayıtların

⁶³⁵ Doğan Yenisey, Çalışma Koşulları, 96.

⁶³⁶ Nitekim Alman, İsviçre ve Fransız hukuklarında da iş sözleşmelerinde yer alan değişiklik kayıtlarıyla işverene yönetim hakkı kapsamı dışında kalan konularda tek taraflı değişiklik yapma hakkı tanınmaktadır. Bkz. Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 187-188.

⁶³⁷ Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 80 vd. Civan, 85. Öte yandan, tarafların akit yapılırken üzerinde durdukları fakat anlaşılmadıkları bir konu varsa tamamlayıcı yorum yöntemine başvurulamaz. Bkz. Oğuzman-Öz, 146.

işverene değiştirici yenilik doğuran hak tanıdığı ve değişikliğin iş sözleşmesi sınırları içerisinde kaldığı ifade edilmektedir.⁶³⁸ Diğer bir söyleyişle değişiklik kayıtları ile sözleşme bağlılığına son vermek veya sözleşmeden ayrılmak değil iş sözleşme kapsamında kalınan ve sözleşmeye uygun bir davranışta bulunulması hali söz konusudur. Öğretide ayrıca değişikliği saklı tutma kaydının sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçinin başlangıçtaki rızasıyla ortaya çıkan veya öne alınmış bir değişiklik sözleşmesi olduğu da belirtilmektedir.⁶³⁹ Öğretide ayrıca değişiklik kayıtları karşısında işverenin genişletilmiş yönetim veya özel yönetim hakkına sahip olduğundan da bahsedilmektedir.⁶⁴⁰ Yargıtay da muhtelif kararlarında tarafların gerektiğinde işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine ilişkin düzenlemeler öngörmeleri halinde işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz etmektedir. Bu durumda işveren hakkın kötüye kullanılması yasağına ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkına sürekli olarak kavuşmuş olacaktır.⁶⁴¹

İşverenin yönetim hakkını genişletici kayıtlar iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliklerinde yer alabilir.⁶⁴² Yargıtay da 2007 yılında vermiş olduğu bir kararında toplu iş sözleşmesi ile saklı tutulan değişiklik kayıtlarına geçerlilik tanımıştır.⁶⁴³ Her ne kadar İş Kanunu madde 22 değişikliği saklı tutma konusunda bir düzenlemeye yer vermemekteyse de aksi yönde bir düzenleme de içermemektedir. Dolayısıyla Anayasal dayanağı bulunan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tek yanlı değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır.⁶⁴⁴

⁶³⁸ Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 259.

⁶³⁹ Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 255. Aynı yazar, İçerik Denetimi, 37. Uşan, Değişiklik Feshi, 245. Civan, 100.

⁶⁴⁰ Akın, Esaslı Değişiklik, 46. Alp, İçerik Denetimi, 37. Başbuğ, Yönetim Hakkı, 40-41. Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 187. Civan 101.

⁶⁴¹ Y9HD, 24.11.2015, E.2015/23380, K.2015/33399 Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

⁶⁴² Alpagut, Geçerlilik Sorunu, 60. Uşan, Değişiklik Feshi, 245. Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 195. Civan, 102.

⁶⁴³ Y9HD, 01.10.2007, E.2007/14259, K.2007/28745.

⁶⁴⁴ Süzek, Değişiklik Feshi, 16. Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 257. Uşan, Değişiklik Feshi, 246. Civan, 117.

Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeleri (m.20-24) bireysel iş sözleşmelerinde öngörülen değişiklik kayıtları konusunda öğretide farklı görüşlerin doğmasına yol açmıştır. Öğretideki bir görüşe göre Borçlar Kanunu'nun 24. maddesi gereğince genel işlem koşullarıyla belirlenen değişiklik kayıtları yazılmamış sayılacağından, işyeri iç yönetmelikleri ve tip iş akitlerinde yer alan kayıtlar geçersiz sayılacaktır. Diğer taraftan bu görüşe göre işçilerle ayrı ayrı yapılacak bireysel iş akitlerine değişiklik kayıtlarının konulmasına ise engel bulunmamaktadır.⁶⁴⁵

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise Borçlar Kanunu'nun m.24 hükmü İş Hukuku'nun özelliklerine uygun olmadığından iş ilişkilerinde uygulama alanı bulmaz.⁶⁴⁶ Öte yandan, içerik denetimini düzenleyen yasanın 25. madde hükmü iş ilişkilerinde uygulama alanı bulacaktır.⁶⁴⁷ Nitekim burada dürüstlük kuralına aykırı olarak işçi aleyhine veya işçinin durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olan sözleşme kayıtları geçersiz sayılmıştır.⁶⁴⁸

Yargıtay'ın da Borçlar Kanunu'nun kabulünden sonra değişiklik kayıtlarının geçerliliğiyle ilgili olarak daireler arasında farklı görüşlerin benimsendiği görülmektedir. Gerçekten Yargıtay 7. ve 9. Hukuk Dairelerinin yasanın genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önceki işverenin genişletilmiş yönetim hakkına vurgu yapan kararlarına aynen devam ettiği görülmekte, 22. Hukuk Dairesi'nin ise yasanın ilgili hükümlerini ele alma eğilimde olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁴⁹

⁶⁴⁵ Süzek, 691. Aynı yazar, Genel İş Koşulları, 8-9. Akın, Alt İşverenlik, 80-81. Aynı yazar, Esaslı Değişiklik, 50.

⁶⁴⁶ Alpagut, Değerlendirme 2010, 54-56. Alp, 413-416. Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 212.

⁶⁴⁷ Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 212.

⁶⁴⁸ Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 214. Civan ise Almanya'daki uygulamalardan yola çıkarak BK'nun genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerinin İş Hukuku'nun karakteristiğine uygun düşmemesi nedeniyle gerçek olmayan bir boşluk oluşturduğunu ve bu konuda uyarlamanın zorunlu olduğunu savunmaktadır. Yazara göre bu boşluğun doldurulması BK madde 25'de hükme bağlanan içerik denetimiyle doldurmak mümkündür. Civan, 133.

⁶⁴⁹ Yargıtay' Dairelerinin bahse konu uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Civan, 119-120.

İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'nu düzenlemelerinde işçilerin nitelikleri göz önünde bulundurularak herhangi bir sınıflandırma yapılmamıştır. Diğer bir deyişle iş mevzuatımızda öngörülen düzenlemeler işçilerin sahip olduğu nitelikler dikkate alınmaksızın fiziksel ve zihinsel emeğe dayalı olarak yapılan işlerde aynı şekilde uygulanmaktadır. Günümüzde ise bilgi işçilerinin sahip olduğu ileri vasıflarla iş yasalarına hakim olan işçinin korunmasına yönelik amacı belli ölçüde karşılayabildiğinden bahsetmek mümkündür. Nitekim bu işçilerin işverenlerle karşı olan pazarlık gücü diğer işçilere nazaran daha fazladır. Ayrıca bilgi işçisi sayısının istihdam piyasasında giderek artması ve işletmelere değişen koşullara uyum kabiliyeti kazandırılması İş Hukuku'nda işçileri koruma kaygısıyla getirilen düzenlemelerin esnekleştirilmesini de zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarında değişiklik kayıtlarını geçersiz sayan madde hükmünün (m.24) esneklik gereklilikleri ve bilgi işçilerinin nitelikleri karşısında bilgi işlerinde uygulanmaması gerektiği kanısını taşıyoruz.⁶⁵⁰

Konuya hukuk tekniği açısından yaklaştığımızda da aynı sonuca varmak mümkündür. Keza genel hükümler *iş hukukunun özel karakterine aykırı düşmediği ölçüde ve işçi-işveren ilişkisinin ağır basan toplumsal yanının elverdiği oranda uygulanabilir*.⁶⁵¹ Ayrıca Borçlar Kanunu'nun bu kanun karşısında özel nitelikte olan İş Kanunu'ndan daha sonraki bir tarihte yürürlüğe girmesi her iki yasa da somut olaya ilişkin olarak öngörülen birbirine aykırı düzenlemelerin bulunması durumunda genel kanunun mu yoksa özel kanunun mu uygulanacağı sorununu gündeme getirmektedir.⁶⁵² Böyle bir durumda başvurulması gereken yöntem kavram hukukçuluğu ile serbest hukukçuluk arasında '*altın ortayı*' yakalamış sayılabilecek olan '*menfaat-değerlendirme*' hukukçuluğudur.⁶⁵³ Dolayısıyla uygulanacak hükmü belirlerken kanunun hazırlık çalışmaları ve amacı başta olmak üzere tüm yorum araçlarına başvurularak yapılacak yorum sonucunda kanun koyuncunun iradesinin

⁶⁵⁰ Öte yandan işverenin iş sözleşmelerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin koymuş olduğu değişiklik kayıtlarına geçerlilik tanınmamalıdır. Zira bu hususun esneklik ile ilgili bir yönü yoktur. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Akın Alt İşverenlik, 80 vd.

⁶⁵¹ Esener, 4. Süzek, 8. Bs., 37-38.

⁶⁵² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman-Barlas, 82-83. Akipek-Akıntürk, 106-109. Zevkliler-Acarbey-Gökyayla, 89-92. Süzek, 254-257.

⁶⁵³ Serozan, 183-184.

saptanması gerekmektedir.⁶⁵⁴ Amaca uygun yorum (ratio legis) yönteminin yanında ayrıca *somut olayın özellikleri ve yargının olası pratik sonuçlarına* da başvurulmak suretiyle yasa hükmünün amacının belirlenmesi uygun olacaktır.⁶⁵⁵ Diğer bir ifadeyle bu konuda isabetli sonuca ulaşmak için genel kanunun farklı bir düzenleme getirmekle *neyi amaçladığı, hangi ihtiyaçla yeni bir düzenleme getirmek istediği, menfaat çatışmasını* hangi yönde çözmek istediği araştırılmalıdır.⁶⁵⁶ Bu bağlamda Borçlar Kanunu İş Kanunu'ndaki kuralı bertaraf veya muhafaza etmeyi amaçlayabileceği gibi, her iki yasa düzenlemesinin bir arada yaşamlarını sürdürdüğü, birbirini tamamladıkları sonucuna varmanın mümkün olduğu öğretide belirtilmektedir.⁶⁵⁷ Borçlar Kanunu'nun 24. madde gerekçesine⁶⁵⁸ bakıldığında ise düzenlemenin sözleşmede karşı taraf aleyhine değişiklik yapma hakkının saklı tutulduğu hallerde, düzenleyenin bu yetkisine dayanarak sözleşmeyi tek yanlı dilediği gibi değiştirme yolunun kapatıldığı ve buna benzer örneklerin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nda da yer aldığı (m.6,10) ifade edilmiştir. Dolayısıyla madde gerekçesinden hareketle özellikle özel hukuk sözleşmelerinde aranan taraflar arasındaki eşitliğin bulunmadığı hallerde değişiklik kayıtlarının geçersiz sayılması gerektiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, bu düzenlemenin gerek ülkemizin gerekse AB'nin istihdam planlarında özellikle vurgulanan güvenceli esneklik kurumuyla birlikte yorumlanması gerektiğini ileri sürmek mümkündür. Sözleşme taraflarına değişen koşullara daha kolay bir şekilde uyum yeteneği kazandırılması amacı güden bahse konu müessese iş mevzuatımızdaki birçok kuralın da bu yönde yorumlanmasını gerekli kılmaktadır. Nitekim ileride ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere öğretide belirli süreli iş sözleşmelerinin yaygınlaştırılması, iş sürelerine esneklik kazandırılması gibi düşünceler günümüzde daha sık bir şekilde dile getirilmektedir. Bu bağlamda İş Kanunu'nun 22/2. maddesinin güvenceli

⁶⁵⁴ Oğuzman-Barlas, 83.

⁶⁵⁵ Serozan, 183.

⁶⁵⁶ Oğuzman-Barlas, 83. Zevkliler-Acarbey-Gökyayla, 91-92. Süzek, 257.

⁶⁵⁷ Oğuzman-Barlas, 83. Akipek-Akıntürk, 108. Süzek, 257.

⁶⁵⁸ 6098 sayılı TBK gerekçesi için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı: Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Ankara 2011. Nitekim, BK madde 20'nin gerekçesine bakıldığında da bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üretimi ve pazarlaması yapan girişimcilerin bireysel sözleşmelerinde kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmış sözleşme koşulları hazırladıkları, bunun ise Borçlar Kanunu'nun temelinde yer alan ve tarafların sözleşmenin her hükmünü pazarlık konusu yaptıkları bireysel sözleşmelere aykırılık teşkil ettiği kaygısı dile getirilmektedir. Bu konuda bkz. Akın, Alt İşverenlik, 75 vd.

esneklik kurumuna hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Nitekim bu madde gereğince tarafların aralarında anlaşarak sözleşme koşullarını her zaman değiştirebileceğini hükme bağlamakta, daha önce ifade edildiği gibi öğretide ise değişiklik kayıtlarının bu yönde öne alınmış bir sözleşmeye vücut verdiği belirtilmektedir. Dolayısıyla iş mevzuatının katı düzenlemelerinin yumuşatılması gerekliliği karşısında Borçlar Kanunu m.24'ün daha çok işçi dışında tüketici veya kiracı gibi yasalar tarafından özel olarak korunması gereken kişiler için hüküm ifade etmesi iş ilişkileri açısından ise İş Kanunu m.22/2'ye öncelik verilmesi gerektiği düşüncesini taşıyoruz. Bununla birlikte bu tür kayıtlar Borçlar Kanunu m.25 gereğince içerik denetimine tabi tutulacak ve dar yorumlanmaya devam edecektir.⁶⁵⁹

İşverene çalışma koşullarında değişiklik yapmasına hak tanıyan kayıtlar fonksiyonel esnekliği artırıcı bir işlev görmektedir. Gerçekten bu durumda işveren işçiden veya işletmeden kaynaklanan nedenler karşısında iş sözleşmesinde esaslı değişikliklere tek taraflı olarak gidebilecektir. Öte yandan işverenin böyle bir yetkiye sahip olması işçinin tamamen korumasız bırakıldığı anlamına da gelmez. İşveren genişletilmiş yönetim hakkını kullanırken hakkaniyete uygun davranmakla yükümlüdür.⁶⁶⁰

Öğretide işverene çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkı tanıyan kayıtların dar yorumlanması gerektiği, bu bağlamda somut ve sınırlı şekilde belirlenen kayıtlara geçerlilik tanınabileceği haklı olarak ifade edilmektedir.⁶⁶¹ Bunun temelinde işverenin tek taraflı olarak hazırladığı ve kendi iradesi doğrultusunda dikte ettiği değişiklik kayıtlarının işçiler tarafından genellikle kabul edilmesi yatmaktadır.⁶⁶² Bu hakkın objektif iyi niyet ve dürüstlük kuralı (MK 2) çerçevesinde kullanılması gerektiği dikkate alındığında somut olayın özelliğine göre hakkın kötüye kullanılması ve daraltıcı yorum yöntemi yarışacaktır.⁶⁶³ Yine öğretide bu tür kayıtların içerik denetimine tabi olduğunu ileri süren görüşlere rastlandığı

⁶⁵⁹ Akın, Alt İşverenlik, 81.

⁶⁶⁰ Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 193.

⁶⁶¹ Süzek, Değişiklik Feshi, 18.

⁶⁶² Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 196.

⁶⁶³ Süzek, Değişiklik Feshi, 18.

gibi ⁶⁶⁴ Yargıtay'ın da 2006 yılında vermiş olduğu bir kararında hakkaniyet denetimini benimsediği görülmektedir. ⁶⁶⁵ Genel işlem koşulları açısından içerik denetiminin yasal dayanağı ise Borçlar Kanunu'nun 25. maddesi ile mevzuatımıza kazandırılmıştır. ⁶⁶⁶

Her ne kadar iş sözleşmesinin akdedilmesi sırasında bilgi işçisinin pazarlık gücünün diğer işçilere nazaran daha fazla olduğu söylenebilirse de işverenin değişiklik kayıtları içeren sözleşmeleri işçilere dikte etme olasılığı her zaman mevcuttur. ⁶⁶⁷ Bu nedenle iş akdindeki değişiklik kayıtlarının dar yorumlanması gerekliliği bilgi işleri açısından da kanımızca geçerli sayılmalıdır.

V. Avrupa Birliği'nde Güvenceli Esneklik

1. Güvenceli Esneklik Kavramının Gelişimi

Avrupa Birliği'nde ekonomik büyümenin düşük kalması ⁶⁶⁸, işsizlik sorunun yaşlanan nüfusla birlikte yapısal bir hale dönüşmesi ⁶⁶⁹, maliye politikalarının yeterince devreye sokulmaması ⁶⁷⁰ ve bilginin günümüzde üretimde temel girdi haline gelmesi gibi etkenler çalışma hayatını önemli ölçüde etkilemiştir. Kuşkusuz bu sorunların/gelişmelerin sadece birlik nezdinde yaşandığı söylemek mümkün değildir. Dünyadaki birçok ülke de benzer ekonomik gelişmelerle yüz yüzedir.

⁶⁶⁴ Alp, Sözleşmenin Değiştirilmesi, 23-27. Aynı yazar, İçerik Denetimi, 42-43. Başbuğ, Yönetim Hakkı, 41. Tulukçu, 1131.

⁶⁶⁵ YHGK, 11.10.2006, E.2006/9-613, K.2006/644 Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi:26.02.2016).

⁶⁶⁶ Süzek, Genel İş Koşulları, 8. Bu konuda geniş bilgi için ayrıca bkz. Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 192-218. Civan, 229 vd.

⁶⁶⁷ Nitekim öğretilerde işçiler nitelikli olsalar dahi pazarlığın daha çok ücret konusunda olacağı isabetli şekilde belirtilmektedir. Bkz. Alp, İçerik Denetimi, 41.

⁶⁶⁸ AB Merkez Bankası ekonomik büyümeyi artırıcı önlemler almaya devam edilmektedir. Bkz. <http://www.dunya.com/dunya/uluslararasi-kuruluslar/faiz-artik-ecbnin-ana-araci-degil-293242h.htm> (Erişim tarihi: 20.03.2016)

⁶⁶⁹ 2016 yılı Ocak ayı itibarıyla Avrupa bölgesinde mevsimsel etkilerden arındırılmış işsizlik oranı %10,3'tür. Bu konuda bkz.

http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Unemployment_statistics#Recent_developments_in_unemployment_at_a_European_and_Member_State_level (Erişim tarihi: 20.03.2016)

⁶⁷⁰ Günümüzde AB'nin maliye politikalarının devreye sokulması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. <http://www.mahfiogilmez.com/2016/03/avrupa-daha-cok-para-dagitma-karar-ald.html#more> (Erişim tarihi: 20.03.2016)

Birlik nezdinde yapısal işsizlik sorununa çözüm bulmak ve ekonomik şokların karşılanması amacıyla 1993 yılında kabul edilen “Büyüme, Rekabet Edebilirlik ve İstihdam” başlıklı Beyaz Kitap’ta istihdam konusu ilk kez gerçek anlamda ele alınmıştır. Yapısal işsizlikle sorununun ele alındığı söz konusu belgede esneklik gereği de vurgulanmıştır.⁶⁷¹ Beyaz Kitap’tan günümüze ‘esneklik’ kavramı yerini ‘güvenceli esnekliğe’ (flexicurity) bırakmıştır. Gerçekten küreselleşme ile ortaya çıkan ‘güvenceli esneklik’ kavramı AB istihdam politikasının temel unsurlarından birini oluşturmuş ve politikaların belirlenmesinde yön gösterici olmuştur.⁶⁷²

AB nezdinde istihdam ve ekonomi alanında yaşanan sorunların devam etmesi Birliğin çeşitli tedbirlere başvurmasına yol açmıştır. Avrupa Konseyi’nin Cardiff (1998), Köln (Haziran 1999), Lizbon (Mart 2000), Stockholm (Mart 2001) ve Barselona (Mart 2002) Zirvelerinde istihdam politikasına yön veren ilkeler kabul edilmiştir. Konsey’in Lüksemburg Zirvesinde (1997) ise istihdam piyasası ve sosyal politikalar ile ilgili reform çalışmalarının temelini oluşturan Avrupa İstihdam Stratejisi (European Employment Strategy) hayata geçirilmiştir. Bu stratejinin temel hedefi tam istihdam, çalışma kalitesinin ve verimliliğinin artırılması ile sosyal birlikteliğin teşvik edilmesidir.⁶⁷³ Ayrıca strateji yasama faaliyetlerinden ziyade kıyaslama yapmak, öğrenmek ve gözlemlemek üzerine kuruludur.⁶⁷⁴ Her ne kadar yasama faaliyetlerinin dışında tutulsa da plan dahilinde elde edilen sonuçların yasal çalışmaların temelini oluşturacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca Avrupa Konseyi tarafından 2000 yılında istihdam stratejisi kapsamında belirlenen politikaların yürütülmesi amacıyla İstihdam Komitesi (Employment Committee) kurulmuştur.⁶⁷⁵

⁶⁷¹ Alpogut, Güvenceli Esneklik, 8.

⁶⁷² Avrupa Birliği nezdinde esneklik kavramının tarihsel gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Alpogut, Güvenceli Esneklik, 7-17.

⁶⁷³ Alpogut, Güvenceli Esneklik, 9.

⁶⁷⁴ Bu konuda bkz. http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/european_employment_strategy.html (Erişim tarihi: 11.03.2016).

⁶⁷⁵ Bu konuda bkz. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=115&langId=en> (Erişim tarihi:11.03.2016)

Avrupa İstihdam Stratejisi kurulduğu günden itibaren çeşitli değişikliklere uğramış, 2005 yılında ise Lizbon planının⁶⁷⁶ bir parçası olarak revize edilmiştir. Ayrıca bu dönemde Lizbon planı üzerine kurulu Avrupa Bilgi Toplumu – İ2010 ve Avrupa 2020 stratejileri de devreye alınmıştır. Bu planların temel amacı Avrupa Birliği'nin bir yandan bilgi ekonomisi etrafında daha rekabetçi bir ekonomiye sahip olmasını sağlarken diğer yandan ise yapısal işsizlik sorununu ortadan kaldırmaktır.⁶⁷⁷ Nitekim Avrupa Komisyonu'nun güvenceli esneklikle ilgili yayınlamış olduğu final raporunda⁶⁷⁸ Lizbon planının devamı olan Avrupa 2020 stratejisinde güvenceli esnekliğin temel politika olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Bu kapsamda stratejide güvenceli esnekliğin dayandığı 4 temel unsurundan bahsedilmektedir. Bunlar; *esnek ve yasal açıdan geçerli sözleşmesel düzenlemeler, kapsayıcı yaşam boyu öğrenme yöntemleri, etkin istihdam piyasası politikaları ve etkin bir sosyal güvenlik sistemidir*. Esnek ve yasalara uygun sözleşmesel düzenlemelerin işletmelere değişikliklere daha etkin ve hızlı bir şekilde uyum sağlama becerisi kazandırma amacı taşıdığı raporda ayrıca belirtilmektedir.

Lizbon Stratejisi, öngörülen istihdam oranlarına ulaşamaması üzerine, 2005 yılında revize edilmiştir.⁶⁷⁹ Diğer taraftan planın başarıya ulaşamayacağının Avrupa İstihdam Komitesi⁶⁸⁰ tarafından 2003 yılında düzenlenen bir raporda⁶⁸¹ ifade edildiği görülmektedir. Bu raporda Lizbon planındaki hedeflerin Avrupa Birliği'nin güçlü ekonomik yurtiçi hasılanın ve düşüş eğilimi gösteren işsizlik oranlarının var olduğu bir ortamda öngörülmesinin başarısızlığa yol açtığı belirtilmiştir. Raporda ayrıca hedeflerin öngörüldüğü zamandan itibaren AB'nin ekonomik büyüme ve istihdam oranlarında ciddi bir gerileme yaşandığı, bu sorunlar karşısında ise Birlik üyesi

⁶⁷⁶ Lizbon Stratejisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. § 2, IV, 2, B, a.

⁶⁷⁷ Avrupa İ2010 ve 2020 Stratejileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. § 2, IV, 2, B, b ve c.

⁶⁷⁸ Bkz. <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10227&langId=en> (Erişim tarihi: 12.03.2016).

⁶⁷⁹ Bkz. § 2, IV, B, a.

⁶⁸⁰ Avrupa İstihdam Komitesi Avrupa'nın temel sorunlarından bir tanesi olan işsizlik sorunun çözümü amacıyla AB komisyonu tarafından 2003 yılında kurulmuştur. Komitenin temel amacı gözden geçirilmiş Avrupa İstihdam Stratejisinin üye ülkelerde başarılı bir şekilde uygulanması için gerekli olan reform tedbirlerini belirlemektir. Bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:c11321> (Erişim tarihi:12.03.2016).

⁶⁸¹ Rapor için bkz.

http://www.ciett.org/fileadmin/templates/eurociett/docs/Kok_Report_2003_Jobs_Jobs_Jobs.pdf (Erişim tarihi:12.03.2016).

Ülkelerin ekonomik ve teknolojik değişimlere cevap verebilecek konuma getirilmesinin kilit rol oynadığı ifade edilmiştir. Bunun sağlanması için de önceliğin *iş alanlarının genişletilmesine, istihdamın artırılmasına, araştırma yöntemlerinin ve yeni metotların geliştirilmesi ile yaygınlaştırılmasına ve güvenceye bağlı esnekliğin* geliştirilmesine verilmesinin gerekli olduğu raporda ifade edilen bir diğer önemli konudur. Netice itibarıyla *bilgi ekonomisi ve esnekliğin i ie geçtiği bir yapının geliştirilmesi* gerektiği fikrinin raporun özünü oluşturduğunu söylemek mümkündür.

Avrupa ekonomisinin mevcut değişikliklere en iyi şekilde cevap verebilmesi için istihdam piyasasında yüksek derecede esnekliğin sağlanması gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Bunun da modern iş organizasyonlarının oluşturulması, iş sözleşmesi ve çalışma koşullarında çeşitliliğin sağlanması yoluyla elde edileceği belirtilmektedir. Nitekim Avrupa İstihdam Komitesi tarafından ye devletlere aşağıda belirtilen alanlarda düzenlemeler getirilmesi çağrısında bulunulmuştur;

- işveren ve işçilerin menfaatlerine uygun olarak standart iş sözleşmelerinde esnekliğin sağlanması,
- aynı menfaatlere uygun olarak çeşitli seçenekler sağlayan diğer türdeki iş sözleşmelerinin rolünün gözden geçirilmesi,
- farklı türdeki iş akitlerine bağlı olarak çalışan tüm işçiler için yeterli güvencenin sağlanarak istihdam alanında ortaya çıkabilecek iki katmanlı bir uygulamanın önüne geçilmesi,
- istihdam alanındaki aracılardan önündeki engellerin kaldırılarak geliştirilmesi,
- bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımının yaygınlaştırılması ile iş sürelerinin esnekleştirilmesi suretiyle iş organizasyonunun modernize edilmesi,
- kısmi süreli çalışmanın önündeki engellerin kaldırılarak bu çalışma türünün işçi ve işverenler açısından tercih edilebilir kılınması,
- işgücünün hareket kabiliyetini destekleyen ve farklı istihdam türleri arasında geçiş yapmayı kolaylaştıran sosyal güvenlik sisteminin kabul edilmesi.

Avrupa Konseyi'nin güvenceli esnekliğin hedefi konusunda temsilciler komitesine 2008 yılında sunduğu diğer bir raporda⁶⁸² ise Avrupa İstihdam Stratejisi ve Lizbon Stratejisinin istihdam piyasasına yönelik kabul etmiş olduğu kilit hedeflerden bir tanesinin güvenceli esneklik olduğu, bunun ise iş ilişkisinin taraflarının menfaatine uygun olarak esnekliğin ve güvencenin kuvvetlendirmesi anlamına geldiği ifade edilmiştir. Nitekim gözden geçirilmiş Lizbon Stratejisi'nde de güvenceli esneklik konusuna vurgu yaptığı görülmektedir.⁶⁸³

Güvenceli esneklik kavramı bilgi ekonomisi ve toplumu çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir kavramdır. Keza Avrupa'daki yapısal işsizliğin önlenmesi, ekonomik gelişmenin sağlanması, rekabet ve verimliliğin korunması, ekonomik ve teknolojik değişimlere işletmelerin etkili ve hızlı bir şekilde uyum göstermesi amacıyla güvenceli esneklik bilgi ekonomisi ve toplumuna vurgu yapan Lizbon Stratejisi kapsamında ele alınmıştır. Bu kapsamda değinilmesi gereken bir diğer nokta da güvenceli esnekliğin sadece iş mevzuatının katı kurallardan arındırılması olarak değerlendirilmemesi gerektiğidir. Gerçekten bu kurum aynı zamanda *aktif işgücü politikaları, işçilere yaşam boyu eğitim ve öğrenim olanağı ve gelir güvencesi sunan güçlü bir sosyal güvenlik programını* da ifade etmektedir.⁶⁸⁴

2. Yeşil Kitap'ta Güvenceli Esneklik

Avrupa Komisyonu'nun 22 Kasım 2006 tarihli Brüksel zirvesinde 21. yüzyılda İş Hukuku'nun modernize edilmesi amacıyla "21. Yüzyılın Zorluklarına Karşı İş Hukukunun Modernleştirilmesi" başlığını taşıyan Yeşil Kitap (Belge) kabul edilmiştir.⁶⁸⁵ Günümüzün değişen iş organizasyonu ve iş akitlerindeki yeni eğilimlerin analiz edildiği bu belgede reform girişimlerdeki kilit noktalar belirlenmiştir. Belgede *güvenceli esneklik, değişim sürecinde sosyal diyalogun rolü,*

⁶⁸² Avrupa Konseyi'nin bahse konu raporu için bkz.

<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1515&langId=en> (Erişim tarihi: 11.03.2016)

⁶⁸³ Gözden geçirilmiş Lizbon Stratejisi konusunda bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:c11325> (Erişim tarihi: 12.03.2016)

⁶⁸⁴ Alpagut, Güvenceli Esneklik, 11. Yıldız, 203.

⁶⁸⁵ Yeşil Kitap için bkz.

[www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2006\)0708_/com_com\(2006\)0708_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2006)0708_/com_com(2006)0708_en.pdf) (Erişim tarihi: 12.03.2016)

*atipik iş sözleşmelerinin yaygınlaşması ve değişimlerin işçi haklarıyla uyumu ön plana çıkan konular arasında bulunmaktadır.*⁶⁸⁶ Avrupa Birliği nezdinde oluşan güvenceli esneklik fikri ‘Yeşil Kitap’ta kuvvetli bir şekilde vurgulanmıştır.⁶⁸⁷

Yeşil Kitap’ın amacı kaliteli istihdam olanaklarını beraberinde getiren sürdürülebilir büyümenin sağlanması amacıyla İş Hukuku’nun hangi yönde değişim gerektiği konusunda çözüm bulmaktır. Bu bağlamda İş Hukuku’nun modernize edilmesi için küreselleşme ve bilgi ekonomine geçiş sürecinde işçi ve işletmelerin değişimlere uyum becerisinin artırılması hedeflenmektedir. Belgede ayrıca küreselleşen rekabet ortamında Avrupa nüfusunun yaşlandığı belirtildikten sonra ekonomik gelişimin ve yüksek verimliliğin sağlanmasının istihdam piyasasının esnekliğine bağlı olduğu ifade edilmiştir. Öte yandan, daha fazla esneklik ile en üst düzeyde güvencenin bir arada temin edilmesinin Avrupa istihdam pazarının karşı karşıya olduğu en büyük zorluk olduğunun raporda altı çizilmiştir.

Avrupa istihdamının esneklik açısından karşılaştığı bir diğer sorun ise istihdam piyasasında işçiler açısından iki türlü bir yapının ortaya çıkmasıdır. Gerçekten atipik sözleşmeler yoluyla istihdamın artırılması amaçlanırken farklı türdeki iş akitlerine bağlı olarak çalışan işçilerin iş güvencesinde ayrı uygulamalara gitmek önemli bir sorun teşkil etmektedir. Yeşil Kitap’ta ve Avrupa İstihdam Komitesinin 2003 tarihli raporunda⁶⁸⁸ bu tarz uygulamaların yasal düzenlemelerle önüne geçilmesinin önem arz ettiği belirtilmektedir.

Yeşil Kitap hukuken bağlayıcı bir nitelik taşımamakla birlikte güvenceli esneklik kavramının Avrupa Birliği istihdam politikasının çekirdek unsuru haline geldiğini göstermesi açısından anlamlıdır. Bu belgede yer alan hedefler ve yapılması gerekenler özetle şu şekilde belirtilmiştir;⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ Weiler, <http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/commission-presents-green-paper-on-modernising-labour-law> (Erişim tarihi:12.03.2016).

⁶⁸⁷ Alpagut, Güvenceli Esneklik, 11.

⁶⁸⁸ Bahse konu rapor için bkz. § 8, V., 1, dn. 636.

⁶⁸⁹ Bkz. Alpagut, Güvenceli Esneklik, 12.

- Standart iş ilişkileri esnekleştirilmekle birlikte bunun aktif iş piyasası politikaları, yaşam boyu eğitim ve işçilerin yeteneklerinin artırılması yönündeki uygulamalarla desteklenmesi gerekmektedir.

- İstihdam politikasında belli bir işi korumaktan ziyade istihdamı koruyucu nitelikte düzenlemeler kabul edilmelidir. Bu düzenlemeler geçiş sürecinde desteklenen ve işçi lehine tedbirlerdir. Bu konuda örnek olarak Danimarka gösterilmektedir. Bu ülkede zayıf feshe karşı koruma yasaları, yoğun iş piyasası tedbirleri, ciddi eğitim kurumları ve yüksek ama katı kurallara bağlanmış işsizlik yardımları kabul edilmiştir.

- Haksız rekabete ve işçi istismarına yol açan kayıt dışı istihdam endişe verici boyutlara ulaşmış olup ve tür çalışmaların önlenmesi amacıyla çeşitli tedbirler öngörülmelidir.

- İş sürelerinde esneklik ve geçici çalışma teşvik edilmeli öte yandan korucu düzenlemelere de yer verilmelidir.

3. Küresel Ekonomik Kriz Döneminde Avrupa’da Güvenceli Esneklik

2007 yılının ortalarında Amerika Birleşik Devletleri’ndeki ipotekli konut piyasasında yaşanan olumsuzlukların etkisiyle ortaya çıkan ve türev ürünler üzerindeki baskısıyla özellikle finans sektöründe ağırlıklı olarak hissedilen küresel ekonomik kriz Avrupa’yı da etkisi altına almıştır.⁶⁹⁰ Krizin etkisiyle 2008 yılının Eylül ayından itibaren Avrupa Birliği ekonomisinin resesyona girmesine neden olmuş, ekonomik büyüme AB’nin tümünde gerileme gösterirken işsizlik oranları da hızla artmıştır. Ekonomik bunalımın etkisiyle 2009 yılının Mayıs ayı itibarıyla AB’nin tümünde işsiz sayısı 21,5 milyona yükselmiştir. 2011 yılının Mayıs ayında ise bu oran Eurostat verilerine göre 22,4 milyona çıkmıştır.⁶⁹¹

⁶⁹⁰ Küresel ekonomik krizin nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Göçer, 19 vd.

⁶⁹¹ Yiğit, 150.

Avrupa’da özellikle 2008 yılından itibaren hissedilen ekonomik kriz döneminde güvenceli esneklik kurumunun başarı gösterip göstermediğinin tespit edilmesi önem arz etmektedir. Keza bu kurumun dayandığı temellerden bir tanesi işverenlere ekonomik etkenler karşısında işletmelerini ayakta tutabilmeleri için gerekli hareket alanını yaratmaktır. Avrupa’daki kriz döneminde güvenceli esnekliğin sergilediği performansın ortaya konulması ise hukuki açıdan sağlam temellere oturtulan bu kurumun uygulamada da arzu edilen sonuçları gösterip göstermemesi açısından önem arz etmektedir.

Güvenceli esneklik kurumunun kriz döneminde başarı sağlayıp sağlamadığı Avrupa Komisyonu’nun 2013 yılına ait bir raporunda belirlenmeye çalışılmıştır.⁶⁹² Rapora göre kriz döneminde Avrupa ülkelerinin güvenceli esneklik uygulamasına başvurmasında artış yaşanmıştır. Diğer taraftan kriz döneminde özellikle Baltık ve Doğu Avrupa ülkelerinde işe alım oranları ciddi şekilde düşerken işten çıkarma oranları ciddi şekilde yükselmiştir. Avrupa’nın tüm bölgelerinde önceki yıllara göre aynı derecede iş güvencesine sahip olan işçi sayısında da düşüş görülürken geçici veya kısmi süreli çalışan sayısında ise artış yaşanmıştır. Bu bağlamda Avrupa istihdamındaki yüksek esnekliğe iyi planlanmış bir politik stratejinin sonucu olarak değil ekonomik faaliyetlerin daralmasının bir sonucu olarak ulaşıldığı raporda varılan sonuçlardan bir tanesidir.

Değinilen raporda ayrıca genç işçilerin ve düşük eğitime sahip işçilerin kriz ortamından en fazla etkilenen işçi grupları arasında yer aldığı belirlenmiştir. Buna göre Avrupa’nın doğu ve güney ülkelerinde genç işsizlik oranı 2008-2012 arasındaki süre zarfında diğer işçilere nazaran iki kat artmıştır. Bu oran İtalya, Çek Cumhuriyeti ve Romanya gibi ülkelerde çok daha (yaklaşık beş katı) fazladır. Esnekliğin tipik bir örneği olarak gösterilen belirli süreli sözleşmeler kriz ortamında özellikle genç işçi grubunda hızlı bir yükseliş sergilemiştir. Öte yandan, bu durumun işçilerin tercihinden ziyade kriz ortamında bozulan istihdam piyasasının yaratmış olduğu baskı sonucunda olduğu anlaşılmaktadır. Düşük eğitime sahip genç işçiler için ise

⁶⁹² Bu rapor için bkz. <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10227&langId=en> (Erişim tarihi: 14.03.2016)

daha vahim bir tablo ortaya çıkmaktadır. Özellikle belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından ortaya çıkan düşük ücretlerin, daha fazla kariyer aralıklarının, düşük istihdam olanaklarının, işverenlerin düşük düzeydeki insan kaynağı yatırımlarının ve gelecekteki emeklilik haklarının düşük düzeyde kalmasının ‘korkutucu’ bir tablo çizdiği raporda ayrıca vurgulanmıştır.

Raporda en dikkat çekici noktalarından bir diğeri ise güvenceli esnekliğin yüksek düzeyde istihdam, istihdam alanında yüksek devir oranı ve aynı ölçüde güvenceyi amaçlamasına karşın kriz ortamında bu unsurların sağlanamamış olmasıdır. Avrupa Birliği’nde 2008-2010 yılları arasında işsizlik fonu ödemeleri her sene %9 oranında artış göstermiştir. Bu yükseliş beklenenin (2010 yılı gayrisafi milli hasılanın %2,9-%3,1 aralığında) çok üzerindedir. Öte yandan, kriz döneminde Avrupa Birliği’nde uygulanan bütçe üzerindeki katı kısıtlamalar ve yurtiçi hasılların azalması nedeniyle gerekli sosyal güvenlik yardımları ise sağlanamamıştır. Ayrıca işverenler üzerindeki ekonomik ve finansal baskılar da işçilerin eğitime yönelik yatırımlarda gerilemeye sebebiyet vermiştir.

Rapordan çıkan sonuç kriz döneminde istihdam alanında esneklik uygulamalarının artmasına karşın işçiler açısından gerekli güvencenin aynı ölçüde sağlanamamış olmasıdır. Diğer taraftan güvenceli esnekliğin başarılı bir şekilde uygulandığı İskandinav ülkelerinde işsizlik ve ekonomik büyüklük açısından krizin etkilerinin katı kuralların uygulandığı ülkelere nazaran daha az hissedildiği ifade edilmektedir. Ancak artan esnekliğin uzun dönemde ekonomik avantaj mı sağlayacağını yoksa sosyal eşitsizlikleri artırması sebebiyle toplumsal yapının dolayısıyla da ekonominin bozulmasına mı yol açacağını belirsiz olduğu bahse konu raporda ifade edilmektedir.

Avrupa’da 1990 yıllardan bu yana tüm istihdam politikalarında vurgulanan güvenceli esneklik müessesesi 2008 yılında tecrübe edilen ekonomik kriz döneminde önemli bir sınavdan geçmiştir. Bunun sonucunda ise güvenceli esneklik uygulamalarının ekonomik büyüme ve istihdam alanında arzu edilen ölçüde başarı sağlayamadığı anlaşılmaktadır. Başarısızlığın temel etkenlerinden bir tanesi ise

ekonomik baskıların işverenleri esneklik uygulamalarına iterken işçiler için gerekli olan iş ve gelir güvencesinin aynı oranda artırılmamasıdır. Bu bakımdan iş mevzuatının katı hükümlerinin yumuşatılmasından yanında işçilerin iş ve gelir güvencelerini sağlayacak tedbirlerin alınması büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda güvenceli esnekliğin sadece iş mevzuatının yumuşatılmasına yönelik olarak değil aynı zamanda işçi vasıflarını artırmaya dönük mesleki eğitim ve örgün eğitimin kuvvetlendirilmesi, kriz döneminde işsiz kalanlara yeterli gelir güvencesinin sağlanması, işçilerin hukuki hakları konusunda bilgilendirilmesi hususlarını da göz önünde bulunduran bütüncül bir politika çerçevesinde ele alınması uygun olacaktır. Bilgi toplumu ve ekonomisi doğrultusundaki gelişmeler de bu yöndeki bir politikanın ele alınmasını kanımızca zorunlu kılmaktadır. Nitekim bu husus başta Avrupa İstihdam Stratejisi olmak üzere Lizbon ve Avrupa İ2020 planlarında da kuvvetli bir şekilde vurgulanmaktadır.

VI. Türkiye’deki Durum ve Ulusal İstihdam Stratejisi

Ülkemizde bireysel iş ilişkisini düzenleyen temel kurallar 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer almaktadır. Bu yasadan önce yürürlükte olan 1475 sayılı yasanın katı düzenlemeler içerdiği⁶⁹³ buna nazaran 4857 sayılı yasada daha esnek bir yapının öngörüldüğü öğreti tarafından ifade edilmektedir.⁶⁹⁴ Nitekim esneklik gerekliliği yeni yasanın gerekçesinde de bilgi toplumu ve Avrupa Birliği uygulamaları çerçevesinde dile getirilmiştir. Diğer taraftan 4857 sayılı yasanın gerekli esnekliği taşımadığı yönünde öğreti görüşlerine de rastlanmaktadır.⁶⁹⁵

4857 sayılı yasanın genel gerekçesinde üretimde bilginin öneminin sermayenin önüne geçtiği ve çalışanların vasıf derecelerinin beden işçiliğinden fikir işçiliğine kaydığı belirtildikten sonra küresel rekabetin esnekleşme olgusunu zorunlu olarak gündeme getirdiği ifade edilmiştir. Ayrıca gerekçede 1475 sayılı yasanın

⁶⁹³ Tuncay, Esneklik, 169-179.

⁶⁹⁴ Süzek, 22. Ekonomi, Telafi Çalışması, 1248. Eyrenci, Değerlendirme, 15 vd.

⁶⁹⁵ 4857 sayılı İş Kanunu’nun yasalaşma sürecindeki değişikliklerle katı bir yapıya büründüğü konusunda. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 8-9. 4857 sayılı yasanın iş güvencesi hükümlerine dayanan dava sürelerinin uzun olmasının ve özellikle sosyal seçime ilişkin Yargıtay uygulamalarının mevzuatımızdaki esnekliği azalttığı konusunda bkz. Alpagut, Güvenceli Esneklik, 19-21.

Çalışma hayatını derinden etkileyen teknoloji devriminin getirdiği değişimi zamanında saptamayıp gerekli uyumu göstermediği, uygulamada halihazırda var olan esnek çalışma türlerinin yarattığı yasal boşluğun yargı organı ve öğretinin yoğun çabalarıyla giderilmeye çalışıldığı vurgulanmıştır. 4857 sayılı yasanın eski yasa dönemine nazaran daha ağdaş ve esnek bir yapıyı beraberinde getirdiği yasanın genel gerekçesinden anlaşılmaktadır.

Ülkemizde istihdam politikalarının belirlenmesi konusunda 2014 yılında yeni bir aşamaya geçilmiştir. Nitekim alışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından Avrupa İştihadam Stratejisi’ne benzer bir plan 2014 yılının Mayıs ayında ‘Ulusal İştihadam Stratejisi’ adı altında hayata geçirilmiştir.⁶⁹⁶ Genel olarak ele alındığında stratejinin ülkemiz istihdam piyasasına ilişkin genel bir değerlendirmede bulunduğu, bu değerlendirmenin sektörel bazda ayrıştırıldığı ve küresel, ekonomik ve teknolojik bazda yaşanan değerişimler karşısında istihdamın artırılması ve iş kalitesinin yükseltilmesine ilişkin temel hedeflerin belirlendiği görülmektedir. Stratejinin belirlenmesinde katılımcı bir anlayışın sergilendiği görülmektedir. Planın hazırlık sürecinde kamu kurum ve kuruluşları, meslek örgütleri, işçi ve işveren konfederasyonları, sivil toplum kuruluşları, bilim dünyası, basın yayın organları ve siyasetçilerin katılımıyla çalıştaylar yürütüldüğü stratejinin ‘giriş’ bölümde belirtilmektedir. Ülkemizde alışma hayatıyla ilgili tüm kesimlerin katılımıyla bütüncül bir istihdam stratejisinin oluşturulması kanımızca yerinde bir uygulamadır. Nitekim stratejinin ‘giriş’ bölümünde çalışma hayatının tüm kesimlerinin istihdam alanındaki sorun ve ihtiyaçların değerlendirilerek sunulan çözümlerin bir strateji çerçevesinde hayata geçirilmesi konusunda hemfikir olduğu belirtilmektedir.

Ulusal İştihadam Stratejisi’nin giriş kısmında *eğitim ve istihdam ilişkisinin güçlendirilmesi, işgücü piyasasında güvence ve esnekliğin artırılması, özel politika gerektiren grupların istihdamının artırılması, istihdam ve sosyal koruma ilişkisinin güçlendirilmesi* olmak üzere dört temel politika üzerinde durulmaktadır. Bu bağlamda istihdam planının Avrupa İştihadam Stratejisi’ne paralellik arz ettiğini

⁶⁹⁶ RG:30.05.2014, 29015.

söylemek mümkündür. Stratejinin temel aldığı politikalar belirlenirken ekonomi politikalarının istihdamı teşvik edecek şekilde sürdürülmesi, işgücü verimliliğinin artırılması, işgücü piyasalarının katılıktan arındırılması, çalışanların istihdam güvencesinin artırılması, istihdama katılımları güçlük arz eden ve özel politika gerektiren grupların işgücüne katılımının desteklenmesi konularına dikkat edildiği belirtilmiştir. Bu noktada vurgulanması gereken husus ise plan çerçevesinde gerçekleştirilecek eylemlerin *sosyal koruma çatının genişletilmesi ve güvenceli esneklik kurumunun temel alınması* anlayışı çerçevesinde ele alınacağıdır.

Ulusal stratejide turizm, inşaat, finans, bilişim ve sağlık sektörlerine yönelik durum saptaması yapılmıştır ve bu sektörler bazında belli hedefler belirlenmiştir. Bunun temelinde ise bu sektörlerde büyüme potansiyelinin ve büyümede istihdam esnekliğinin yüksek olduğunun/olacağının öngörülmesi yatmaktadır. Yine emek yoğun sektörlerden tarım ve tekstil ve hazır giyime yönelik sektörel istihdam stratejileri de belirlenmiştir. Stratejide sektörel bazda hedeflerin belirlenmesi uygun bir yaklaşımdır. Zira her sektör istihdam konusunda birbirinden farklı nitelikler içermektedir. Gerçekten kimi sektörler bilgi yoğun üretim yöntemlerini içerirken kimilerinde ise emek yoğun üretim ön plana çıkmaktadır.

Kaleme alınış ve yürürlüğe konuluş şeklinden ulusal stratejinin hukuken bağlayıcı bir metin olmaktan ziyade yasa koyucuya istihdam alanındaki çalışmalar konusunda yol gösterici politikaları belirleyen temel bir belge niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır. Planda ayrıca öngörülen hedefler doğrultusunda eylem planları hazırlanmış ve bu planların belirlenmesinde *etkinlik ve uygulanabilirlik* kriterleri esas alınmıştır.

Stratejide ilkesel kararların yanında somut bir takım hedeflere de yer verilmiştir. Bu kapsamda 2015 yılında⁶⁹⁷ %10,3 olan işsizlik oranının 2023 yılına kadar %5 seviyesine indirilmesi, %46 olan istihdam oranının ise aynı yıl itibarıyla %55 dolaylarına yükseltilmesi, yine 2014'te %22 olarak gerçekleşen tarım dışı

⁶⁹⁷ 2015 yılı istihdam verileri için bkz. TÜİK İşgücü İstatistikleri, 2015.
http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007# (Erişim tarihi: 24.03.2016)

sektörlerde kayıt dışı çalışanların⁶⁹⁸ ise bahse konu dönem itibarıyla %15 düzeyine indirilmesi planlanmaktadır.

Ulusal İstihdam Stratejisi'nde temel alınan ilke ve hedeflerden hareketle güvenceli esneklik konusunda *iş değil istihdamı korumak prensibinin*⁶⁹⁹ kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu husus planın 'İlkeler' başlıklı bölümünde *'işin değil kişilerin istihdam edilebilirliklerinin garanti altına alınarak işsizliğin neden olduğu risklerden kişilerin korunmasının amaçlandığı'* şeklinde ifade edilmektedir.

Ulusal İstihdam Stratejisi'nin bilgi toplumu ve ekonomisi çerçevesinde bir dönüşümü benimsediği söylenebilir. Nitekim planda güvenceli esnekliğin önemli unsurlarından da bir tanesi olan eğitim-istihdam ilişkisinin güçlendirilmesi konusuna 'Temel Politika Eksenleri' başlığı altında yer verilmiştir. Bu bölümde yapılan durum analizinde bilginin dolayısıyla da beşeri sermayenin 1990'lardan başlayarak önemi artırdığı vurgulanmaktadır. Dolayısıyla bu süreçte işgücü piyasasının ihtiyaçlarına dönük bilgi ve becerilerin artırılması amacı taşıyan eğitimlerin önem taşıdığı vurgulanmıştır. Ülkemizde işgücünün eğitim düzeyi maalesef arzu edilen seviyenin oldukça altındadır. Bu hususa ulusal stratejide de açıkça değinilmiştir. Ayrıca planda da ifade edildiği üzere bilgi ekonomilerinin önemli unsurlarından bir tanesi olan hayat boyu öğrenmeye katılım oranlarının Avrupa Birliği'nin oldukça gerisindedir. Bu bağlamda stratejinin temel hedeflerinden bir tanesi işgücünün vasfını artırmaya yönelik eğitimlerin geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması oluşturmaktadır. Bu bağlamda 2023 yılına kadar iş piyasasının ihtiyaç duyduğu tüm mesleklerde standartların ve yetkinliklerin kazandırılması ile 2011 yılında %2,9 oranında olan toplam hayat boyu öğrenmeye katılım oranının bahse konu dönem itibarıyla %15 düzeyine çıkartılması hedeflenmektedir.

⁶⁹⁸ Tarım dışı sektörlerde 2014 yılı itibarıyla kayıt dışı çalışan sayısı/oranı için bkz. <http://www.gib.gov.tr/fileadmin/beyannamerehberi/2015kayitdisi.pdf> (Erişim tarihi: 13.03.2016)

⁶⁹⁹ Stratejide güvenceli esneklik konusunda Hollanda uygulaması örnek gösterilmektedir. Bu ülkede iş mevzuatındaki dönüşüm iş güvencesinden istihdam güvencesine doğru eğilimi yansıtmaktadır. Bu konuda bkz. Çakır, 87. Alpagut da Avrupa'daki güvenceli esneklik anlayışında işçinin yaşam boyu aynı işyerinde kalmasına dayalı sistem yerine İşgücü değişimi öngören, işten çıkarma zorluklarını kaldıran ve istihdama iş değiştirme kolaylığı sağlayan bir sistemin benimsendiğini ifade etmektedir. Bkz. Alpagut, Güvenceli Esneklik, 17.

Konumuz açısından önem taşıyan güvenceli esneklik kurumu ulusal stratejide ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Fordist üretim modelinin yerini üretim, satış ve istihdam süreçlerinde Post-Fordist üretim modeline bıraktığı günümüz şartlarında üretim yöntemlerindeki değişim işçilerin niteliğindeki olumlu yöndeki farklılaşmayı da beraberinde getirmektedir.⁷⁰⁰ Nitekim planda da bu husus Post-Fordist üretim tarzının farklı işler yapan vasıflı işgücünün gerektirdiği şeklinde açıklanmaktadır. Ayrıca bilgi teknolojilerindeki hızlı gelişimin güvenceli esneklik gerekliliklerinden bir tanesi olduğuna plan kapsamında da değinilmektedir. Bu bağlamda güvenceli esnekliğin en önemli bileşenlerinden birinin esnek çalışma biçimlerinin olduğunun belirtildiği stratejide en yaygın esnek çalışma biçimleri arasında kısmi süreli çalışma, belirli süreli çalışma, özel istihdam büroları aracılığıyla geçici süreli çalışma, uzaktan çalışma, çağrı üzerine çalışma, evden çalışma, iş paylaşımı ve esnek zaman modeli ile çalışma sayılmıştır.⁷⁰¹

Ulusal İstihdam Stratejisinde işgücüne esneklik kazandırmak için öngörülen hedefler arasında ise 2023 yılına kadar; kısmi süreli çalışanların toplam istihdam içerisindeki oranının AB seviyesine yükseltilmesi, işçi istihdam etme oranının OECD ortalamasına ilerletilmesi ile esnek koşullarda çalışanların sendikal ve sosyal güvenlik haklarında iyileştirme sağlanması sayılmıştır. Bu hedeflere ulaşılması için öngörülen politikalar arasında ise esnek çalışma biçimlerinin artırılmasına yönelik yasal çalışmaların yapılması, esnek çalışma konusunda iş ilişkisinin bilinçlendirilmesi, aktif işgücü piyasası tedbirleri ile esnek çalışmanın yaygınlaştırılması, aşırı çalışmanın önlenmesine yönelik tedbirler alınması, tüm işçilerin erişebileceği kıdem tazminatı reformunun hayata geçirilmesi gibi unsurlar sayılmıştır.

İstihdam planında yer alan sektör stratejilere bakıldığında ise bilgi toplumu ve ekonomisi açısından önem taşıyan bilişim sektöründeki öngörülen politika ve hedefler konumuz açısından önem arz etmektedir. Planda bilişim sektörünün

⁷⁰⁰ Bu konuda bkz. § 3, II.

⁷⁰¹ Özel istihdam büroları ve uzaktan çalışmaya ilişkin yasa tasarısı halihazırda TBMM gündeminde beklemektedir. Tasarı için bkz. www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0597.pdf (Erişim tarihi: 03.03.2016)

dünyada en hızlı büyüyen sektörlerden bir tanesi olduğu isabetli şekilde belirttikten sonra ülkemiz açısından bu alanda yapılan yatırımlarda hızlı bir artış yaşandığı vurgulanmıştır.⁷⁰² Öte yandan bilişim sektörünün ülkemizde arzu edilen düzeyde gelişemediği belirtilen bir diğer durumdur. Bu alandaki hedeflere bakıldığında ise her yıl 10 bin bilişim uzmanının yetiştirileceği ve bu sektördeki istihdamın 2023 yılına kadar 2013 yılı sonuna göre %50 oranında artırılacağı planlandığı görülmektedir. Buna yönelik politikalar arasında ise işgücünün niteliğinin sektör ihtiyaçları doğrultusunda geliştirilmesinin, bu alandaki yeni ürün ve istihdamı artırmaya yönelik araştırmaların destekleneceğinin, girişimcilik ve ihracata dönük teşviklerin artırılacağı, toplumsal ve kültürel alanda bilişim teknolojileri kullanım oranının ve değişim sürecine uyum becerilerinin yükseltileceğinin belirtildiği görülmektedir.

Ulusal İstihdam Stratejisinde güvenceli esneklik temelinde bir takım yasal düzenlemelere gidileceği ve bu yapının oluşturulurken işgücü vasıflarının yükseltmeye dönük programlar ile etkin bir sosyal güvenlik sisteminin geliştirilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bilgi toplumu ve ekonomisi çerçevesinde bahse konu politika ve bu çerçevede öngörülen hedefler kanımızca uygun yaklaşımlardır. Öte yandan, öğretilde bir takım yazarlarca istihdam stratejisinin güvencesiz çalışma koşullarını beraberinde getirdiği ileri sürülmektedir.⁷⁰³ Bu yazarların görüşlerini ülkemizde var olan yüksek oranda kayıt dışı işgücünün zaten oldukça esnek bir yapı sunduğu ve stratejide öngörülen hedeflerin işverenler lehine olduğu şeklinde özetlemek mümkündür. Bu görüşteki yazarlar stratejide öngörülen politikalar etrafında işçi haklarından feragat edileceği yönündeki kaygılarını haklı bir şekilde ifade etmektedirler. Bununla birlikte kanımızca öngörülen politika ve hedefler işverenlerin yanında işçilere de önemli kazanımlar ihtiva etmektedir. Politikaların esneklik temelli olmasının yanında işgücünün vasfını artırmaya dönük eğitim programlarının geliştirilmesi, tüm işçiler için kıdem tazminatı öngörülmesi, işçilerin sosyal yardımlara daha fazla ve etkin

⁷⁰² 2012 Yılı Yatırım Yılı Programı verilerine göre 2000 yılında bilişim sektöründeki kamu yatırımları için merkezi bütçeden ayrılan 577 milyon TL'lik ödeneğin 2012 yılında 2,5 milyar TL'ye yükseltildiği raporda ifade edilmektedir.

⁷⁰³ Bu konuda bkz. Özveri, 158 vd. Güler, 155 vd.

şekilde ulaşmasının sağlanması, istihdama katılması güç olan kadın ve genç işçiler için özel politikalar geliştirilmesi, aktif istihdam politikalarının geliştirilmesinin öngörülmesi gibi hususlar işçiler açısından kanımızca birer kazanım teşkil etmektedir.

Diğer taraftan Avrupa’da uygulamaya konulan planların temelini oluşturan güvenceli esneklik kurumu maalesef ekonomik kriz döneminde başarılı olamamıştır. Bunun temel nedeni ise işverenlerin esneklik uygulamalarını ekonomik ve finansal baskılar karşısında artırırken işçiler için güvence unsurunun yeterince gözetilmemiş olmasıdır. Ayrıca bu dönemde kriz nedeniyle uygulanan bütçe kısıtları sosyal yardımların işçilere yeterli seviyede ulaşamamasına da yol açmıştır.⁷⁰⁴ Bu bağlamda ülkemizin sosyo-ekonomik gerçeklikleriyle birlikte Avrupa’nın tecrübe ettiği ekonomik kriz ortamında güvenceli esneklik kurumunun doğurduğu sonuçlar analiz edilerek istihdam politikalarının belirlenmesi kanımızca daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Bu yaklaşım çerçevesinde bilgi toplumu ve ekonomisine evrilme sürecinde işgücü piyasasına esneklik sağlanması kadar bu esneklik karşısında işçilerin yaşam standartlarını yükseltici tedbirlerin alınması da büyük önem arz etmektedir.⁷⁰⁵

⁷⁰⁴ Bu konuda bkz. § 8, V, 3.

⁷⁰⁵ Güzel, Esneklik, 220.

§ 9. BİLGİ İŞİNDE ESNEKLİK UYGULAMALARI

Ülkemizin ve Avrupa Birliği'nin istihdam planlarında güvenceli esneklik çerçevesinde oluşturulacak aktif işgücü piyasası politikalarıyla atipik (standart dışı) çalışma biçimlerinin yaygınlaştırılmasının önemine vurgu yapılmaktadır. Bu sayede işgücü piyasasında oluşturulacak esneklik ile 'işin' değil 'istihdamın' korunması prensibinin hayata geçirilmesinin amaçlandığı görülmektedir.⁷⁰⁶ Gerek Ulusal İstihdam Stratejisi'nde gerekse AB'nin Yeşil Kitap ve güvenceli esnekliğe ilişkin 2013 yılı final raporunda Danimarka ve Hollanda esneklik güvence dengesini başarılı şekilde uygulayan örnek ülkeler arasında sayılmıştır. Konunun daha iyi anlaşılması için bu iki ülke uygulamalarına kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

Danimarka işgücü piyasasında son derece esnek bir yapıya ve yüksek bir gelir güvencesine sahiptir. Bu esneklik özellikle kısmi ve belirli süreli çalışanların istihdam piyasasında önemli bir yer tutmasıyla sağlanmaktadır. Bu bağlamda Danimarka'nın uygulamakta olduğu istihdam politikası 'altın üçgen' olarak adlandırılmaktadır. Bu üçgenin ayaklarını düşük düzeyde iş güvencesi ve esnek bir işgücü piyasası, cömert bir işsizlik sigortası uygulaması, aktif işgücü piyasası politikaları ve işsizlere yönelik yoğun ve yüksek düzeyde fon akımı oluşturmaktadır. Hollanda da ise iş güvencesi ve sosyal güvenlik konusunda katı kuralların öngörüldüğü iş mevzuatı hükümleri 1980 yılından sonra yumuşatılmıştır. Günümüzde Hollanda'da dönüşüm iş güvencesinden istihdam güvencesine doğru bir eğilimi yansıtmaktadır. Öte yandan her iki ülkede de özellikle sayısal esnekliğe gidilirken gerek iş mevzuatı gerekse sosyal güvenlik sistemiyle işçilere belli bir gelir güvencesinin sağlandığı görülmektedir.⁷⁰⁷

4857 sayılı İş Kanunu iş güvencesini ilke olarak benimsemekle birlikte kapsam açısından uygulamada sınırlı düzeyde bir güvence sağlamaktadır. Ülkemizde

⁷⁰⁶ İş mevzuatında mümkün olduğu kadar istihdamı engelleyen değil istihdam yaratmaya dönük hükümlerin yer alması gerektiği öğretide haklı şekilde dile getirilmektedir. Bkz. Süzek, İş Hukukunun Geleceği, 7.

⁷⁰⁷ Hollanda ve Danimarka'nın esneklik konusundaki politika ve uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çakır, 85-89. Danimarka uygulaması için ayrıca bkz. Gündoğan, 29-35.

otuzun altında işçi çalıştıran küçük ve orta nitelikteki işletmeler ile altı aylık kıdem in altındaki işçiler iş güvencesi hükümleri kapsamı dışındadır (İK m.18/1). 2010 yılı itibarıyla 10 kişiden az işçi çalıştırılan mikro ölçekli işletmelerin ülkemizdeki toplam işletme sayısı içerisindeki payının %95,28 olduğu⁷⁰⁸ dikkate alındığında etkin bir iş güvencesi sisteminin bulunduğunu ileri sürmek güçtür. Bu bağlamda ülkemiz ve AB istihdam politikalarında yer alan “işin korunmaması” fikrinin ülkemiz uygulamasında zaten bulunduğu söylemek yanlış olmayacaktır.

İlaveten ülkemizde halen mevcudiyetini sürdürmekte olan yüksek düzeydeki kayıt dışı çalışma⁷⁰⁹ istihdam piyasasında yasalara uygun şekilde sağlanması gereken esneklik uygulamaları açısından önemli bir sorun oluşturmaktadır. Benzer şekilde geleneksel olarak ekonomik katma değeri düşük olan sektörlerde salt işçi maliyetlerini düşürmek amacıyla esnek çalışma biçimlerinin oldukça yaygın bir şekilde uygulandığı öğretilde ifade edilmektedir.⁷¹⁰ Bu bağlamda esneklik uygulamalarına yasal zemin hazırlanırken ülkemizdeki kayıt dışı istihdam sorununun çözülmesi büyük önem arz etmektedir. Ayrıca esneklik getirilecek alanlar ülkemizin koşul ve ihtiyaçlarına uygun olarak dikkatle seçilmeli ve bunun sınırları da emredici kurallarla belirlenmelidir.⁷¹¹

Güvenceli esneklik konusunda başarı sağlayan ülkelerde %80'lere varan istihdam oranlarının olduğu görülmektedir.⁷¹² Ülkemizde ise bu oran 2015 yılı itibarıyla %46 seviyesindedir.⁷¹³ Dolayısıyla ülkemiz gibi düşük istihdam oranının olduğu ülkelerde bu oran artırılmadan işçilerin istihdama katılım yoluyla belli bir güvenceye sahip olacağından bahsetmek mümkün değildir. İstihdama katılımın ise bilgi işçileri nezdinde yüksek olduğunu söylemek mümkündür.

⁷⁰⁸ Bayülken-Kütükoğlu, 25

⁷⁰⁹ TÜİK'in 2015 yılı Ekim ayı verilerine göre ülkemizde herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olmadan çalışanların toplam istihdam içerisindeki oranı %33,6 olarak şekillenmiştir. Bkz. www.tuik.gov.tr/PdfGetir.do?id=21568.

⁷¹⁰ Kuban, 74.

⁷¹¹ Süzek, Akdin Türleri, 18.

⁷¹² Gündoğan, 30.

⁷¹³ Bkz. TÜİK İşgücü İstatistikleri, 2015. http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007# (Erişim tarihi: 24.03.2016).

Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer önemli nokta ise güvenceli esneklik uygulamasında ‘iş’ yerine ‘istihdamın’ korumasını amaçlayan ülkelerde ekonomik büyüme riskinin işçilere yüklendiği gerçeğidir. Gerçekten AB kriz döneminde başarısız olan güvenceli esneklik kurumunun faturasının işçiler tarafından ödendiği görülmektedir.⁷¹⁴ Yaşanılan bu somut örnek esneklik uygulamasına giderken çalışanların dinlenme hakkı, işçi sağlığının korunması, adil ücret gibi temel işçi haklarının korunmasının zorunlu bir gerekçesini oluşturmaktadır. Ayrıca İş Hukuku’nda zorunlu esnekleştirmelere gidilirken hassas dengenin bozulmamasına dikkat edilmelidir.⁷¹⁵

Ülkemizde esneklik uygulamalarının zorluğu yanında istihdam piyasasının evrildiği bilgi toplumu ve ekonomisi paralelinde aktif işgücü politikalarıyla işçi haklarını da gözeten yeni istihdam biçimlerinin geliştirilmesi kanımızca önem arz etmektedir. Kuşkusuz atipik iş türlerini önceden sınırlı bir şekilde saymak esneklik ihtiyacının doğasına aykırıdır. Öte yandan, bilgi toplumu ve ekonomisi açısından önem arz ettiğini düşündüğümüz belirli süreli çalışma, evde çalışma ve tele çalışmaya ilerleyen bölümlerde yer verilmiştir.

I. Atipik İş Sözleşmeleri Yoluyla Esneklik

İstihdam piyasasında esneklik sağlamak için iş ilişkisine uygulanacak olan hükümlerin iş mevzuatının katı düzenlemeleri yerine iş sözleşmeleri yoluyla belirlenmesi önem arz etmektedir. Diğer taraftan bu esnekliğin sağlanmasında yasal düzenlemeler mümkün olduğu ölçüde işçilerin korunmasına hizmet etmeye devam edecektir. Bu bağlamda atipik sözleşmelerin yasal zemine bağlanmasında özel hukuk sözleşmelerinde bulunan eşitliğin iş ilişkisinde bulunmadığı her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Bu husus bilgi işçileri açısından da geçerlidir. Nitekim bu işçilerin ileri vasıflara sahip olması işverenler karşısında diğer işçilere nazaran avantaj sağlamakla birlikte hiçbir şekilde sözleşmeler hukukuna hakim olan taraflar arasındaki eşitliği sağlamaz.

⁷¹⁴ Bu konuda bkz. § 8, V, 3.

⁷¹⁵ Süzek de iş sürelerinde esnekleştirmeye gidilirken işçilerin temel haklarının korunması gerekliliğinden bahsetmektedir. Bkz. Süzek, Akdin Türleri, 18.

Atipik iş sözleşmelerinin yasal düzenlemelere kavuşturulması sadece istihdam piyasasına esneklik kazandırılmasına hizmet etmemekte aynı zamanda piyasada mevcut olan mevzuat dışı istihdam türlerinin yasalara uyumlu hale getirilmesini de sağlamaktadır. Bu bakımdan atipik iş sözleşmelerinin istihdam piyasasına esneklik sağlama ve uygulamadaki çalışma biçimlerini belli bir yasal zemine oturtma şeklinde iki yönlü bir etkisinden bahsetmek mümkündür.

1. Atipik Çalışma Kavramı

İş Kanunu'nun 9. maddesinde Anayasa'nın 48. maddesine uygun olarak sözleşme serbestisi ilkesi öngörülmüştür. Bu maddeye göre; *“Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler. İş Sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır. Bu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmi süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabilir.”* Düzenlemeden anlaşıldığı üzere iş mevzuatı tarafından iş ilişkisi taraflarına yasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla istedikleri türde iş akdi yapma özgürlüğü tanınmıştır.⁷¹⁶ Bu bağlamda 4857 sayılı Kanun'da bazı atipik çalışma türlerine yer verilmiştir.⁷¹⁷ Gerçekten teknolojik ve ekonomik gelişmeler sonucunda sanayi toplumunun yerini bilgi toplumunun alması bazı yasal kuralların esnekleştirilmesini zorunlu kılmakta ve yeni istihdam türlerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.⁷¹⁸

Öğretide atipik çalışma kavramı tipik (standart) iş ilişkilerinden yola çıkılarak tanımlanmaktadır.⁷¹⁹ Bu çerçevede atipik çalışma; işverenin işyerinde belirsiz süreli ve tam gün çalışma esasına dayalı tipik çalışma ilişkisinden farklı olarak işin

⁷¹⁶ Süzek, 257.

⁷¹⁷ Bu kapsamda örnek olarak sürekli/süreksiz iş akitleri (m.10), belirli süreli iş akdi (m.11-12), deneme süreli iş akitleri (m.15/1), takım sözleşmesi (m.16/1), kısmi süreli iş akdi (m.13), çağrı üzerine çalışma (m.14/1), geçici (ödünç) iş ilişkisi (m.7) gibi atipik istihdam türleri sayılabilir. Ayrıca Borçlar Kanunu'nda evde çalışma (m.461 vd.) ve pazarlamacılık sözleşmesine (m.448-460) ilişkin hükümler öngörülmüştür. İş mevzuatımızda yer alan atipik istihdam türleri ile mevzuatta yer almamakla birlikte uygulamada sıklıkla rastlanan aynı tür çalışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 258-313. Aynı yazar, Akdin Türleri, 19 vd.

⁷¹⁸ Çelik-Caniklioglu-Canbolat, 118. Kuban, 51-52.

⁷¹⁹ Süzek, 20. Aynı yazar, Akdin Türleri, 17. Engin, 117.

yapıldığı yer, haftalık çalışma süresi, sözleşmenin süresi ile işverenin emir ve talimatı altında çalışma konularında farklılık gösteren iş ilişkilerini kapsamaktadır. Bir başka söyleyişle atipik çalışmalar tipik çalışma şekillerinin tüm unsurlarını esnetmekte ve standart dışı hale getirmektedir.⁷²⁰ Kanımızca işveren tarafından işçilere sağlanan farklı ekonomik faydaları da atipik iş sözleşmesi kapsamında saymak mümkündür. Keza günümüzde İngiltere’de özellikle bilgi işçilerine gelir güvencesinin yanında bağımlılıklarını artırmak amacıyla ücret yanında pay verilmesi de gündeme gelmektedir. Bu uygulamanın Avrupa Birliği tarafından da benimsendiğini söylemek mümkündür.⁷²¹

Öğretide atipik çalışmanın tanımı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu çalışma türünü ‘işten’ ziyade ‘işçileri’ baz alarak tanımlayan görüşe göre; belirli ve kısmi süreli çalışanlar gibi işverene sınırlı veya geçici şekilde bağımlı olanlar; tele çalışanlar ve evde çalışanlar gibi işyerleriyle aralarında sınırlı bir fiziksel bağ olanlar; istihdam alanındaki araçlar vasıtasıyla çalışan işçiler gibi işverene yönetsel açıdan sınırlı bir şekilde bağımlı olan işçiler atipik çalışanları oluşturmaktadır. Diğer taraftan atipik çalışmanın sadece bu ayrıma dayanmadığı gerekçesiyle öğretide farklı görüşler de ortaya çıkmıştır. Gerçekten işverenin işçiler üzerindeki kontrolün derecesi göz önünde bulundurularak atipik ve tipik çalışma türü ayrımının yapılmasını savunan yazarlar olduğu gibi atipik iş görmeyi tipik çalışma koşullarından açık şekilde ayrılan çalışmalar olarak tanımlayan görüşler de bulunmaktadır.⁷²² Bu konuda ülkemizde ortaya çıkan öğretî görüşlerinin yer verilen son tanım çerçevesinde olduğunu söylemek mümkündür.

Kanımızca atipik çalışmanın tipik çalışma koşullarından hareket edilerek belirlenmesi mümkündür. Nitekim esneklik gereklilikleri iş ilişkisi taraflarını çalışmanın tipik unsurlarından ayrılarak yasal çerçevede kendi ihtiyaçlarına uygun yeni koşullar belirlemelerine sevk etmektedir. Bu bağlamda atipik iş sözleşmesini doğrudan iş sözleşmesinin tipik unsurlarını taşımayan sözleşmeler olarak tanımlamak

⁷²⁰ Karadeniz, 82.

⁷²¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. § 3, IV.

⁷²² Atipik çalışmanın tanımı konusunda farklı görüşler için bkz. George-Chattothyay, 2-3.

mümkündür. Yine belirtmek gerekir ki zaman içerisinde bu tarz sözleşmelerin yaygın hale gelmesi mevcut tanımın da değiştirilmesini gerekli kılabilir.⁷²³

ILO'nun da atipik iş sözleşmelerine yaklaşımı yukarıda yer verilen tanıma paraleldir. Buna göre, standart iş sözleşmeleri ile belirlenen alanın dışında yer alan atipik çalışma koşulları; geçici veya belirli süreli iş akitlerini, geçici istihdam ilişkisini, kendi hesabına çalışan olmakla birlikte bağımlı çalışan sayılanları, kısmi süreli çalışmayı, kısa/değişken ve çoğu zaman öngörülemeyen çalışma saatleri içeren sıra dışı kısmi süreli çalışmayı kapsamaktadır. Ayrıca özellikle son yıllarda gelişen ve gelişmekte olan ülkeler tarafından tercih edilen bu çalışma türünün⁷²⁴ zaman zaman taraflar arasındaki iş ilişkisinin belirlenmesinde güçlük yarattığı belirtilmektedir. Bu durum ayrıca yasalarla güvence altına alınan işçi haklarının kullanılması ile sosyal güvenlik yardımlarından faydalanma konusunda bazı sorunlara yol açmaktadır.⁷²⁵

2. Bilgi İşinde Öne Çıkan Atipik İstihdam Türleri

Bilgi işinde atipik iş sözleşmeleriyle oluşturulacak istihdam türlerini önceden kazuistik bir yöntemle belirlemek mümkün değildir. Keza bu tür çalışma biçimleri teknolojik, ekonomik, rekabet gereklilikleri çerçevesinde değişmeye/gelişmeye devam etmektedir. Bu çerçevede aşağıda özellikle uygulamada bilgi işleri açısından yaygın şekilde yer alan ve aktif işgücü politikalarıyla istihdamın geliştirilmesine olanak tanıyan belirli süreli iş sözleşmesi ile uzaktan çalışmanın temelini oluşturan tele çalışma ve evde çalışmaya yer verilmiştir.

⁷²³ George-Chattopadhyay, 3.

⁷²⁴ Örneğin İngiltere'de 1965 yılında Atipik istihdam toplam işgücünün %17'sini oluştururken, bu oran 1975'te %23, 1985'te %30, 1991 yılında ise %40 olmuştur. Federal Almanya'da ise 1967 yılında başlayan bu uygulama sonucunda 1973 yılında işgücünün %6'sı, 1980 yılına ise toplam işgücünün %40-45'i esnek çalışma ilişkisi içerisinde bulunmuştur. Aynı trend ABD'de de gözlenmektedir. Bkz. Yavuz, 619.

⁷²⁵ Bkz. <http://www.ilo.org/global/topics/employment-security/non-standard-employment/lang-en/index.htm> (Erişim tarihi:10.03.2016).

A. Belirli Süreli İş Akitleri

Bilgi işinde özellik arz eden atipik istihdam türlerinden bir tanesi belirli süreli iş akdine dayalı yapılan çalışmalardır. Nitekim bilgi ekonomisi düşüncesi paralelinde değişen çalışma ilişkilerinde belirli süreli iş akitleri istihdamın teşviki açısından önemli işlevler üstlenmektedir.⁷²⁶

Avrupa Birliği ülkelerinde belirli süreli iş sözleşmeleri esneklik uygulamaları çerçevesinde ele alınmaktadır.⁷²⁷ Bu ülkelerde aktif işgücü politikalarının temelinde yer alan⁷²⁸ belirli süreli iş sözleşmelerinin yaygınlaştırılması düşüncesi Ulusal İstihdam Stratejisi'nin 2016 yılı eylem planı arasında da yer almaktadır. Planda işgücü piyasalarına esneklik sağlayan bir sözleşme türü olan belirli süreli iş sözleşmelerinin kullanımının kolaylaştırılması amacıyla İş Kanunu'nda bir takım değişikliklere gidileceği belirtilmektedir.⁷²⁹ Bu bağlamda öncelikle mevzuatımızda belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümlere, bu düzenlemeler çerçevesinde şekillenen Yargıtay uygulamaları ile öğreti görüşlerine ve konuyla ilgili uluslararası düzenlemelere izleyen başlıklarda yer verilmiştir.

⁷²⁶ Belirli süreli iş sözleşmelerinin istihdamı teşvik eden araçlardan bir tanesi olduğu öğretide de belirtilmektedir. Bkz. Süzek, İş Hukukunun Geleceği, 11.

⁷²⁷ Blomeyer, 198. Taşkent, Esaslı Neden, 21.

⁷²⁸ Avrupa ülkelerinde istihdamın artırılması diğer bir söyleyişle işverenlerin yatırıma özendirilmesi, istihdam alanlarının yaratılması amacıyla belirli süreli iş akdinin esnekleştirilmesi yoluna gidilmektedir. Bkz. Süzek, 261. Nitekim Eurofound' göre AB bünyesindeki birçok ülkede (Almanya, Portekiz, Norveç ve İspanya Hariç) 2008 yılından bu yana belirli süreli iş sözleşmesi oranı yükselmektedir. 2013-2014 yıllarının ikinci çeyreği itibarıyla en yüksek artışın Güney Kıbrıs (%2,4) ve Yunanistan'da (%2) yaşandığı 14 AB ülkesinde belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan sayısı artarken 11 AB ülkesinde ise düşmüştür. Karşılaştırma dönemleri itibarıyla AB üyesi 28 ülke genelinde belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar %0,03 oranında artış göstermiştir. Bahse konu yükselişin nedeni olarak bu istihdam türünün işverenlere sayısal esneklik konusunda avantaj sağlaması gösterilmektedir. Bu bağlamda işverenin istihdam oranını ekonomik koşullara göre ayarlayabildiği belirtilmektedir. Bu konuda bkz.

<http://www.eurofound.europa.eu/tr/observatories/eurwork/articles/working-conditions-industrial-relations-law-and-regulation/fixed-term-contracts-individual-employment-relations-q3-2014-eurwork-topical-update> (Erişim tarihi: 23.05.2015). Öte yandan özellikle Almanya, Fransa ve İspanya'daki gerilemede 2008 yılında yaşanan ekonomik ve finansal krizin etkili olduğu belirtilmektedir. Bkz. Aleksynka-Muller, 1.

⁷²⁹ Eylem planı için bkz.

http://www.uis.gov.tr/media/1298/igucu_piyasasinda_guvence_ve_esnekligin_saglanmasi_2015.pdf (Erişim tarihi: 23.03.2016).

a. Belirli Süreli İş Akdi Kavramı

İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında belirli süreli sözleşmenin tanımı yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre; *“Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.”* 4857 sayılı İş Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri ILO'nun “İş Sözleşmesine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme” ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 99/70 sayılı yönergesi ile yürürlüğe giren “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması”na⁷³⁰ (Çerçeve Anlaşma) dayanmaktadır.⁷³¹ Borçlar Kanunu ise belirli süreli iş sözleşmesini 430. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Maddenin 1. fıkrasına göre; *“Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer.”*

Öğretide belirli süreli iş sözleşmeleri işçi ve işveren arasında akdedilen ve sona ermesi belli bir süreye ya da önceden belirlenmiş bir olaya bağlanan sözleşme olarak tanımlanmaktadır.⁷³² Çerçevede anlaşmada belirli süreli sözleşmeyi tanımlamamış bunun yerine belirli süreli işlerde çalışan tanımına yer vermiştir. Buna göre belirli süreli işlerde çalışan işçi, sözleşmenin ya da istihdam ilişkisinin sona ermesinin belli bir tarihe ulaşılması, belli bir görevin tamamlanması ya da belli bir olayın meydana gelmesi gibi objektif koşullarla belirlenen ve işveren ve çalışanlar arasında doğrudan yürürlüğe giren iş sözleşmesine ya da istihdam ilişkisine sahip kişidir.⁷³³ ILO'nun 158 nu.lı Sözleşmesi'nde de belirli süreli iş sözleşmesinin öğreti

⁷³⁰ Bu yönerge ve çerçeve anlaşma için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31999L0070> (Erişim tarihi: 23.03.2015).

⁷³¹ Kanunun 11. maddesine ilişkin gerekçede bu husus şu şekilde açıklanmaktadır; “Maddede belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri tanımlanmış, tarafların bu tür sözleşmeleri meydana getirmedeki serbestileri ILO'nun “İş Sözleşmesine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmesi” ve Avrupa Birliği çalışma müktesebatı, özellikle Konseyin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması”na uygun sınırlamalara tâbi tutulmuştur.” 4857 sayılı Kanun maddeleri ve gerekçeleri için bkz. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Yenilenmiş 4. Baskı.

⁷³² Aleksynka-Muller, 1.

⁷³³ Cengiz Urhanoğlu, Belirli Süreli, 80.

ve çerçeve anlaşmaya paralel bir şekilde tanımlandığı söylenebilir. Keza sözleşmenin 2. maddesinde sözleşmenin belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalışan işçilere de uygulanacağı hükme bağlanmıştır.⁷³⁴

b. 4857 Sayılı Yasada Belirli Süreli İş Akdi Kurma ve Yenileme Sınırları

Belirli süreli iş sözleşmeleri niteliği gereği belirli bir süreye ya da olaya bağlı olduklarından herhangi bir fesih beyanına gerek olmaksızın sözleşmede belirlenen koşulların gerçekleşmesiyle kendiliğinden sona erer. Dolayısıyla bu sözleşmeye bağlı olarak çalışanlar iş güvencesi hükümleri başta olmak üzere işçiler için feshe bağlanan kıdem tazminatı ve ihbar öneli gibi bir takım haklardan da yararlanamazlar.⁷³⁵ Dolayısıyla bu sözleşmelerin yapılmasının sınırlandırılması özellikle iş güvencesi sistemini benimsemiş olan hukuk sistemlerinde özel bir önem taşımaktadır.⁷³⁶

Bu bağlamda iş güvencesi sistemini kabul etmiş olan (m.18-21) 4857 sayılı yasa da belirli süreli iş sözleşmesi yapma özgürlüğünü sınırlandırılmış ve bu tür sözleşmelerin yapılması objektif koşulların varlığına bağlamıştır (m.11/1). Bu koşullar; *işin (niteliği gereği) belirli bir süreli veya belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ya da belli bir olgunun ortaya çıkmasıdır*. Ayrıca değinilen yasa maddesinde ‘gibi’ sözcüğü bu üç duruma benzer hallerde de belirli süreli iş akdinin kurulmasını mümkün kılmaktadır.⁷³⁷

Öğretide *(niteliği gereği) belirli süreli iş* deyiminden iş sözleşmesinin yapıldığı sırada işin sona erme anının bilindiği veya bilinebildiği ya da öngörülebildiği işlerin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.⁷³⁸ Yine yasada yer

⁷³⁴ ILO’nun 158 sayılı Sözleşmesi için bkz.

http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm (Erişim tarihi: 12.11.2015).

⁷³⁵ Süzek, 260. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 125-126.

⁷³⁶ Güzel-Özkaraca-Ugan, 475. Tuncay, İş Sözleşmesi Türleri, 128.

⁷³⁷ Bu husus Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından şu şekilde dile getirilmiştir; “...*kanunda gösterilen bu nedenler tahdidi olarak değil; örnek kabilinden verilmiş; benzer hallerde belirli (süreli) iş sözleşmesi kurulması imkanını açık tutmuştur.*” Bkz. Y9HD, 27905/11203, 20.04.2009 ve Başterzi’nin incelemesi, Menfaatler Dengesi, 425.

⁷³⁸ Süzek, 262. Alpagut, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, 78. Ulucan, İş Sözleşmesi Türleri, 42.

verilen *belli bir işin tamamlanması* koşulu ise zaman içerisinde devam edip giden bir işi değil tamamlanmasıyla sona erecek bir çalışma anlamına gelmektedir. Her ne kadar bu koşul belirli süreli iş ölçütü içerisinde ele alınabilirse de işin tamamlanması ifadesi, işin devamı sırasında çeşitli nedenlerle bitirilmesi için işgücü ihtiyacının ortaya çıktığı durumları da kapsamaktadır.⁷³⁹ Yine belirli süreli iş sözleşmesinin bağtlanabilmesi için yasada öngörülen belirli bir olgunun ortaya çıkması koşulu da işletmenin normal faaliyetine dahil olmayan veya bu faaliyet kapsamında olmakla birlikte yeni bir durumun ortaya çıkması nedeniyle geçici olarak işgücüne ihtiyaç duyulmasını ifade etmektedir.⁷⁴⁰ Özet olarak kanunda örnek olarak sayılan tüm bu hallerde tarafların sözleşmenin süresini objektif olarak yeterli derecede öngörebilmeleri yatmaktadır.⁷⁴¹

İş Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasında objektif nedenler olmaksızın zincirleme şeklinde art arda yapılan iş sözleşmesinin belirsiz süreli sayılacağı hükme bağlanmıştır. Maddeye göre; *“Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıcından itibaren belirsiz süreli kabul edilir.”* Yine aynı maddenin 3. fıkrasında ise esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli olma özelliğini koruyacakları hükme bağlanmıştır. Borçlar Kanunu da değinilen düzenlemeye paralel bir hüküm getirilmiş ve esaslı bir sebebin varlığı halinde üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabileceği hüküm altına almıştır (BK m.430/2).

Yukarıda yer verilen esaslı nedenlerin bulunmamasına rağmen art arda belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına kanunen cevaz verilmemiş, bu durumda sözleşmenin belirsiz süreli iş akdi sayılacağı hükme bağlanmıştır. Öte yandan, belirli süreli iş akitlerinin esaslı neden olmaksızın zincirleme şekilde yapılması durumuna özgü öngörülen bu yaptırımın sözleşmenin akdedilme aşaması için öngörülmemesi

⁷³⁹ Süzek, 8. Bs., 255.

⁷⁴⁰ ‘Belirli bir işin tamamlanması’ ve ‘belirli bir olgunun ortaya çıkması’ koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 262-264. Ayrıca aynı yazar kanunun maddesinde yer alan benzeri durumlara örnek olarak ise sanatsal faaliyetlerde önem arz eden halkın beğenisi ve talebini göstermektedir. Bkz. Süzek, 264-265.

⁷⁴¹ Belirli süreli iş akdinin kurulabilmesi için amacın yanında sözleşmenin sona erme süresinin taraflarca objektif olarak yeterli açıklıkta öngörülebilir olması yönündeki öğreti görüşleri için bkz. Esener, 142. Süzek, 269. Ekonomi, Belirli Süreli, 23. Başterzi, Değerlendirme, 64.

öğretide tartışmalara yol açmıştır. Bu konudaki baskın görüş İş Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “objektif koşul” ile 2. ve 3. fıkralarında yer alan “esaslı neden” kavramlarının esasen aynı anlama geldiğidir. Dolayısıyla sözleşmenin ilk kez akdedilmesinde ve/veya zincirleme halde devam etmesinde objektif koşulların/esaslı nedenlerin varlığı aranacaktır.⁷⁴² Aksi halde ilk kez akdedilen belirli süreli sözleşme de belirsiz süreli sayılır ve bu tür iş akitlerinin hukuki rejimine tabi olur.

Öğretide yer alan bir diğer görüşe göre ise belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez akdedilmesinde herhangi bir objektif koşul/esaslı neden aranmamalıdır. Bu görüşün temelinde AB’nin 99/70 sayılı yönergesinde bu tür sözleşmelerin ilk kez akdedilmesinde objektif koşul aranmaması yer almaktadır. Ayrıca bu görüş taraftarlarınca yasada yer alan esaslı neden ve objektif koşul ifadeleri farklı anlama geldiği ve bu durumun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu savunulmaktadır.⁷⁴³

Kanımızca yasada yer alan ‘objektif koşul’ ve ‘esaslı neden’ kavramları arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Keza 4857 sayılı İş Kanunu’nun 11. maddesi iş güvencesi hükümlerini dolanmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi kurma yoluna giden işverenlerin bu tarz uygulamalarının önüne geçmeyi

⁷⁴² Süzek, 270. Aktay-Arıci-Kaplan, 56, 58. Ekonomi, Değerlendirme, 2007, 16. Çelik, 88. Narmanlıoğlu, 218 vd. Ulucan, İş Sözleşmesi Türleri, 45-46. Eyrenci, Değerlendirme, 25. Güzel-Özkaraca-Ugan, 757-758. Başterzi, Değerlendirme, 62. Aynı yazar, Menfaatler Dengesi, 433. Avrupa Konseyi’nin 99/70 sayılı yönergesinde belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez yapılmasında objektif nedenlerin aranmadığı ancak 4857 sayılı Kanunda bunun aksinin öngörüldüğü hususunda bkz. Başterzi, Belirli Süreli Sözleşme, 128-131. Ayrıca, İş Kanunun 11. maddesinde Avrupa Birliğinin 99/70 sayılı yönergesine atıf yapılsa da yasa hükmünün açıklığı karşısında değinilen yönergeye başvurulamayacağı ve kanundaki düzenlemenin yönergeye aykırı olmadığı Fransa, İspanya ve Portekiz’de de benzer sınırlamaların olduğu konusunda bkz. Başterzi, Değerlendirme, 71-72. Kabakçı, Belirli Süreli, 129. Aksi yönde Taşkent, Sözleşme Serbestisi, 16 vd. Aynı yazar, Esaslı Neden, 22 vd.

⁷⁴³ Belirli süreli iş sözleşmesinin güvenceli esneklik kuramını ve madde dayanağını oluşturan uluslararası düzenlemeler çerçevesinde yorumlanması gerektiği, bu bağlamda kanunda belirtilen objektif koşulların geçerlilik koşulu değil, sözleşmenin sonunun belirlemeye yönelik örnekler teşkil ettiğine ilişkin öğretici görüşü için bkz. Taşkent, Sözleşme Serbestisi, 19vd. Ayrıca, aynı yazar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 430. maddesinde yer alan “...esaslı bir sebebin varlığı halinde üst üste belirli süreli hizmet akdi kurulabilir.” hükmünün belirli süreli sözleşmelerin ilk kez yapılmasında değil zincirleme akdedilmesi durumunda esaslı neden aranmasını gerekli kıldığını belirtmektedir. Bkz. Taşkent, Esaslı Neden, 19 vd. Aynı doğrultuda; Güneş – Mutlay, 241.

amaçlamıştır.⁷⁴⁴ Yine iş güvencesinin temel bir ilke olarak kabul edilmesi iş sözleşmesinin belirsiz süreli yapılmasının asıl, belirli süreli olmasının ise istisna olduğu şeklinde yorumlanmasını gerektirir.⁷⁴⁵ Nitekim 99/70 sayılı AB yönergesinin temelini oluşturan çerçevede anlaşmada da Avrupa Sosyal Taraflarının belirsiz süreli iş sözleşmelerini temel sözleşmeler olarak kabul ‘ettiği’ ve ‘edeceği’ anlaşmanın ‘giriş’ bölümünde açıkça vurgulanmıştır. Yargıtay’ın da içtihat haline gelen kararlarıyla bu görüşe katıldığı görülmektedir.⁷⁴⁶

Bu ilke kuşkusuz iş sözleşmesinin akdedilmesi sırasında sözleşmeyi süreye bağlama konusunda üstün konumda olan işverenin kendi menfaatine üstünlük tanınmasının önlenmesi düşüncesine dayanmaktadır.⁷⁴⁷ Ayrıca belirtmek gerekir ki objektif koşul ifadesinden, taraf iradelerinden ziyade, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını haklı kılan durumun 3. kişilerce objektif olarak değerlendirilebilmesi anlamı çıkmaktadır.⁷⁴⁸ Diğer taraftan, Türk Borçlar Kanunu’nda hizmet sözleşmelerinin ilk kez süreye bağlanmasında herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. (BK m.430). Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu’na tabi iş ilişkilerinde ilk kez belirli süreli sözleşmenin akdedilmesine kanun tarafından izin verildiğini söylemek mümkündür. Ayrıca, istihdamın artırılmasına yönelik olarak birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk kez akdedilmesinde belli esnekleştirmelere gidilmesi gerektiği öğretide ifade edilmektedir.⁷⁴⁹ Bu konuyla ilgili açıklamalara ileriki başlıklarda yer verilecektir.

⁷⁴⁴ Süzek, 260.

⁷⁴⁵ Süzek, 259. Ekonomi, Belirli Süreli, 20-21. Ulucan, İş Sözleşmesi Türleri, 39. Tuncay, İş Sözleşmesi Türleri, 128. Güzel-Özkaraca-Ugan, 484. Kabakçı, 124.

⁷⁴⁶ Y9HD, 30543/22081, 20.06.2005, Legal İSGHD, s.9, 296. Y9HD, 18955/9551, 24.03.2005, Legal İSGHD, s.7, 1334. Y9HD, 20114/6285, 12.03.2007 ve Keser’in incelemesi, 111-117. Aynı doğrultuda, Y9HD, 31272/10447, 28.04.2008, Legal İSGHD, s.19, 2008, 1131. Y9HD, 20.04.2009, E.2008/27905, K.2009/11203.Y9HD, 22.06.2010, 35227/21068. Y22HD, 25.11.2014, 29932/33246. Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı (Erişim tarihi: 11.11.2015).

⁷⁴⁷ Başterzi, Menfaatler Dengesi, 427.

⁷⁴⁸ Başterzi, Menfaatler Dengesi, 426.

⁷⁴⁹ Süzek, 262. Avrupa Birliği’ne üye birçok ülkede sosyal politika hedeflerine ulaşmak ve bu suretle kamu menfaati sağlamak amacıyla ilk kez belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasında ve zincirleme şekilde devamında belli sınırlar dahilinde esneklik öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başterzi, Menfaatler Dengesi, 433 vd.

c. Belirli Süreli İş Sözleşmesine Yönelik Sınırlayıcı Hükümlerin AB ve ILO Normları Çerçevesinde Değerlendirilmesi

İş güvencesi sistemini kabul eden İş Kanunu'nun (m.18-21) belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri (m.11) bu sözleşmenin gerek kurulma gerekse yenilenme aşamasında objektif koşulların varlığını aramaktadır. 99/70 sayılı AB yönergesinin temelini oluşturan çerçevede anlaşmanın 'genel hususlar' kısmında güvenceli esneklik kurumuna vurgu yapılmakla beraber aynı bölümde belirsiz süreli iş sözleşmelerinin istihdamın genel yapısını yansıttığı, bu tür sözleşmelerin çalışma yaşamının kalitesini ve işçilerin performansını yükselttiği belirtildikten sonra belirli süreli sözleşmelerin '*objektif koşullara dayalı olmasının*' ise kötüye kullanılmasını önlemeye hizmet ettiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda 99/70 sayılı yönergede sadece iş sözleşmelerinin yenilenmesinde objektif koşullara bağlanabileceğini öngörmemekte, bu tür çalışmaların kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla *objektif koşullara dayalı olabileceğini* de kabul etmektedir. Dolayısıyla İş Kanunu m.11'de iş sözleşmelerinin ilk kez yapılmasında objektif koşul aranmasının yönergeye aykırı bir yönü kanımızca bulunmamaktadır.⁷⁵⁰

AB üyesi devletlerinde belirli süreli iş sözleşmelerinin uygulanmasıyla ilgili belirli sınırlamalara gittiği görülmektedir. Gerçekten Eurofound'un belirli süreli sözleşmelerin Avrupa'daki uygulamasına ilişkin gerçekleştirmiş olduğu 2015 yılına ait değerlendirmede⁷⁵¹ bazı üye devletlerin belirli süreli iş sözleşmelerinin uygulanmasını sınırlandırmaya yönelik tedbirler alındığından bahsedilmektedir. Bu tedbirlerin genellikle belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üst akdedilmesine üst sınır getirilmesi şeklinde olduğu gibi bazı istihdam alanları için de belli kısıtlar öngörülmüştür. Örneğin Hırvatistan'da kanun değişikliğinden önce işçilerin sadece aynı işi yapmaları halinde belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste yenilenmesi haline özgü 3 yıllık üst sınır bulunmaktayken, değişiklikten sonra işçinin aynı işveren

⁷⁵⁰ Aksi yönde Taşkent, Esaslı Neden, 21.

⁷⁵¹ Bu değerlendirme için bkz.

<http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/working-conditions-industrial-relations-law-and-regulation/fixed-term-contracts-individual-employment-relations-q3-2014-eurwork-topical-update> (Erişim tarihi:23.03.2016).

nezdinde gördüğü işin niteliğinden bağımsız olarak üst üste iş sözleşmesi yapılması halinde aynı sınır getirilmiştir. Hollanda da ise yenilenen belirli süreli sözleşmeler için öngörülen 36 aylık üst sınır 24 aya indirilmiştir. Ayrıca bu iki yıllık sürede en fazla 3 adet zincirleme şeklinde belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına izin verilmektedir. İrlanda’da ve Estonya’da ise eğitim ve araştırma sektörlerinde istihdam edilen işçiler için sınırlamalar öngörülmüştür. İrlanda’da öğretim alanında zincirleme şekilde akdedilecek belirli süreli iş sözleşmelerinin uzunluğu 4 yıldan 2 yıla düşürülmüştür. Bu değişikliklerin amacının belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının önlenmesi olduğu aynı çalışmada belirtilmektedir.

158 sayılı ILO Sözleşmesi’nin 2. maddesinde de taraf devletlerin sözleşmenin doğurduğu yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvenceleri sağlamaları gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu durum kuşkusuz iş sözleşmelerinin yenilenmesi kadar ilk kez kurulmasında belli tedbirlerin alınmasını gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla İş Kanunu’nda öngörülen objektif koşullar 158 sayılı ILO Sözleşmesi’ne uygunluk teşkil etmektedir. Diğer taraftan bu düzenlemenin etkin bir sosyal güvenlik ve istihdam politikası bağlamında yani güvenceli esneklik çerçevesinde değerlendirilmesi de mümkündür.

Nitekim Yargıtay’ın 2009 yılında vermiş olduğu bir kararında⁷⁵² 158 sayılı sözleşmenin ve 1999/70 sayılı AB yönergesinin bir taraftan esnek çalışmayı özendirirken diğer taraftan güvenliğe yer vererek denge kurmaya çalıştığı açık bir şekilde ifade edilmiştir.

⁷⁵² Y9HD, 11.06.2009, E.2008/1006, K.2009/16612, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi:24.03.2016)

d. Bilgi İşçisi Niteliğinin Belirli Süreli İş Akdi Kurulmasını Mümkün Kılmaması

İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirsiz ve belirli süreli iş sözleşmelerinin ayırıcı ölçütü olarak '*iş ilişkisi*' ve '*işin niteliği*'⁷⁵³ baz alınmıştır. Gerçekten değinilen maddede iş ilişkisinin belli bir süreye bağlı olmaması durumunda sözleşmenin belirsiz süreli olacağı hükme bağlandıktan sonra *işin belirli süreli olması* veya *belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması* ya da *belli bir olgunun ortaya çıkması* gibi objektif koşulların varlığı halinde sözleşmenin belirli süreli olarak akdedilebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla işçinin nitelikli olmasıyla belli süreli iş sözleşmesi akdetme arasında kanunda herhangi bir ilişki öngörülmemiştir.⁷⁵⁴ Bu bağlamda işverenlerin bilgi işçisiyle objektif koşullar olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi akdetmesi kanun tarafından engellenmiştir.

Yargıtay'ın belirli süreli iş sözleşmesi koşullarını irdelediği eski tarihli kararlarında işçi tarafından ifa edilen işin vasıflı veya vasıfsız olmasının göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Gerçekten yüksek mahkeme belli bir süre vasıflı işlerde, nitelikli işçi istihdamının gerekli olmasından hareketle, belirli süreli iş akdi kurulmasının mümkün olduğu, öte yandan vasıfsız işlerde ise iş akdinin belirli süreli olamayacağı yönünde kararlar vermiştir.⁷⁵⁵ Yargıtay'ın belirli süreli iş sözleşmesinin koşulları arasında işçinin niteliğini dikkate alan kararları öğreti tarafından haklı olarak eleştirilmiştir.⁷⁵⁶

Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında ise Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesi ile ILO'nun 158 sayılı sözleşmelerinde atıfta bulunulduğu ve bu bağlamda işçinin niteliğinin iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılmasında dikkate

⁷⁵³ İşin niteliği ifadesinden 'nitelikli veya niteliksiz iş' ayrımından ziyade işin belli bir süreye bağlanıp bağlanmadığını ortaya koyan koşulların bulunup bulunmadığı kastedilmiştir.

⁷⁵⁴ Süzek, 265.

⁷⁵⁵ Bu konudaki Yargıtay kararları için sırasıyla bkz. Y9HD, 23.06.1999, 10538/11343, Münir Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Emsal Kararları 1999, Kamu-İş, Ankara, 2002, 42-43. Y9HD, 22.04.2004, 20073/9321. Y9HD, 13.06.2005, 25545/21051. Y9HD, 10.04.2006, 4580/8990, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı (Erişim tarihi: 06.09.2015). Aynı daire 16.10.2006, 5882/27048 ve Alp'in İncelemesi, 142-144. Y9HD, 18.03.2010, 22539/7180, Legal İHSGHD, 26, 650-651.

⁷⁵⁶ Süzek, 265-266. Güzel, Değerlendirme, 24. Başterzi, Değerlendirme, 76.

alınmasını gerektiren bir husus olmadığı belirtilmektedir. Yüksek Mahkemenin bir kararında şu hususlar ifade edilmiştir; “Somut olayda davacı avukatın işçi statüsünde çalıştığı sabittir. Avukatlık işi niteliği gereği belirli süreli değildir. Her ne kadar taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi imzalanmış ise de yapılan işin niteliği gereği taraflar arasındaki iş sözleşmesi belirsiz süreli olduğundan mahkemece bakiye süre ücretine hükmedilmesi hatalıdır.”⁷⁵⁷

Kanımızca belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin mevcut düzenlemeler dikkate alındığında yerine getirilen işin veya işçinin niteliğinin bu tür sözleşmelerin kurulup kurulmaması konusunda herhangi bir etkisinin bulunmaması gerekir. Her ne kadar bilgi işçileri açısından taşıdıkları nitelikleri diğer işçilere nazaran belli bir istihdam güvencesi sağlasa da yasa da bu yönde bir istisnai düzenlemenin getirilmediği gerçeği karşısında objektif koşullar olmaksızın akdedilen iş sözleşmeleri belirsiz süreliye dönüşecektir (m.11/2). Ayrıca bilgi işçilerini belli bir süre yanlarında çalıştırmak isteyen işverenlerin asgari süreli iş sözleşmesi yapma yoluna gitmeleri konusunda mevzuatımızda herhangi bir engel bulunmamaktadır.⁷⁵⁸

e. Bilgi İşinde Güven ve Başarı Temelinin Belirli Süreli İş Akdi Kurulmasına İmkân Vermemesi

Bilgi işinde işçilerin taşımış olduğu ileri düzeyde vasıflar iş akdiyle üstlenmiş oldukları sorumlulukların yüksek olması sonucunu doğurması mümkündür. Kuşkusuz bu durum işçinin ücretinin yüksek düzeyde olmasının da karlılığını oluşturmaktadır. Zira bilgi işinde edimler dengesinde işçiden beklenen yüksek performansın karşılığını istihdam piyasasına nazaran daha yüksek düzeyde belirlenen ücret oluşturmaktadır.⁷⁵⁹

Öğretide yönetici konumunda çalışan işçilerden hareketle iş ilişkisi tarafları arasındaki güven ilişkisinin nispeten yüksek olduğu, güven ve başarı temeline dayalı

⁷⁵⁷ Y9HD, 30.05.2012, 16589/18956, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 22.09.2015). Aynı doğrultuda Y9HD, 07.12.2009, 10191/33822 ve Başterzi’nin İncelemesi, Değerlendirme, 73.

⁷⁵⁸ Süzek, 265. Ayrıca, Asgari süreli iş akdi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. aynı yazar, 276.

⁷⁵⁹ Bu konuda bkz. § 4, II.

iş ilişkisinin belirli devreler halinde gözden geçirilmesi ihtiyacının belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasında objektif koşul oluşturabileceği ileri süren görüşlere rastlanmaktadır. Ayrıca bu görüşü savunan yazarlar üst düzey yöneticilerin iş güvencesi kapsamında yer almaması nedeniyle (İK m.18/5) belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesinde hakkın kötüye kullanılmasından da söz edilmeyeceğini ileri sürülmektedir.⁷⁶⁰

Bilgi işçisinin üretimin asli unsurunu oluşturduğu ve bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı bilgi işinde başarı ve güven unsurunun önem taşıdığını söylemek mümkündür.⁷⁶¹ Bu iş ilişkisinde işletmenin başarısı bilgi işçisinin üretkenliğiyle paralellik arz eder. Bu bağlamda, üst düzey yöneticiler için öngörülen başarı ve güven temelinin belli sürelerle gözden geçirilmesi ihtiyacının bilgi işinde de söz konusu olacağı haklı olarak ileri sürülebilir. Ayrıca bu işçilerin sahip oldukları ileri vasıflar sayesinde istihdam piyasasında diğerlerine nazaran daha kolay bir şekilde yer bulacaklarını söylemek de mümkündür. Kuşkusuz bu durum bilgi işçilerine belli bir düzeyde iş güvencesi sağlamaktadır.

Bilgi işçileri her ne kadar iş güvencesi konusunda diğerlerine nazaran daha avantajlı durumda olsalar da kanımızca bu durum onların iş mevzuatı korumasından daha az yararlanmalarının gerekçesini oluşturmamalıdır. Nitekim bilgi işçilerinin sahip olduğu ileri vasıflar sadece işin görülmesinde bir takım kolaylıklar sağlamakta bu işçilerin hukuki statüsünde herhangi bir değişiklik yaratmamaktadır. Diğer bir deyişle bu işçilerin işverenlere olan kişisel, hukuki ve ekonomik bağımlılıkları azalmakla birlikte devam etmekte bu durum da bir özel hukuk sözleşmesinde bulunması gereken eşitliğin işçiler aleyhine bozulduğu anlamına gelmektedir. Keza sözleşme özgürlüğü, sadece şekli değil, ekonomik koşulları ve entelektüel düzeyleri açısından gerçek anlamda eşit iki tarafın varlığında geçerli olabilir. Bu durum iş ilişkisinde yapısal bir eşitsizliği ortaya çıkarmaktadır.⁷⁶²

⁷⁶⁰ Başterzi, Değerlendirme, 77. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 61.

⁷⁶¹ Drucker, 82 vd.

⁷⁶² Kabakçı, Belirli Süreli, 124.

Bilgi işçisiyle akdedilen iş sözleşmesi de başarı ve güven temeline dayanmaktadır. Öğreti tarafından bu temelde iş mevzuatının katı düzenlemelerin esnekleştirilmesi yönünde haklı bir çabaya girildiği anlaşılmaktadır. Öte yandan mevcut yasal düzenlemeler karşısında başarı ve güven temeline dayalı belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasının mümkün olmadığı kanısını taşıyoruz. Keza İş Kanunu m.11 uyarınca belirli süreli iş sözleşmesinin kurulabilmesi için iş sözleşmesinin sona ereceği tarihin önceden az ya da çok objektif şekilde öngörülebilir olması şarttır. Ayrıca günümüzde işverenlerin denetime ilişkin olarak konusunda uzman 3. kişilerden için hizmet alma olanağının gelişmesi bilgi işçileriyle kurmuş olduğu ilişkileri her zaman denetleme olanağını kendilerine sağlamaktadır. Bu nedenle bilgi işçilerinin güven ve başarılı temelli çalışmalarının gözden geçirilmesi onları iş güvencesi hükümlerinden mahrum bırakmadan gerçekleştirmek mümkündür. Diğer taraftan yapılacak yasal değişiklik ile belirli süreli iş sözleşmelerinin güvenceli esneklik temelinde yaygınlaştırılması mümkündür.

f. Bilgi İşçisinin Haklı Menfaatinin Belirli Süreli İş Akdi Kurulmasına Etkisi

Öğretide işverenin üstün konumunu kullanarak işçiyi bir takım temel haklardan mahrum bırakmasının önlenmesi amacıyla belirli süreli sözleşme kurma serbestisinin sınırlandırıldığı, öte yandan işçilerin haklı menfaatleri söz konusu olduğunda belirli süreli iş sözleşmesine geçerlilik tanınabileceği haklı olarak ifade edilmektedir. Bu hususa örnek olarak da Almanya’da yürürlükte bulunan Kısmi Süreli Çalışmalar ve Belirli Süreli Sözleşmeler Yasası’nda, işçinin menfaatine uygun kişisel nedenlerin belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını haklı kılan objektif nedenler arasında sayıldığı gösterilmektedir.⁷⁶³ Kanımızca, işçinin haklı menfaatlerinin söz konusu olduğu durumlarda objektif nedenler olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesine geçerlilik tanımak Anayasanın çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin 48. maddesine uygun düşecektir.

⁷⁶³ İşçinin haklı menfaatinin belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasında objektif neden oluşturması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Başterzi, Değerlendirme, 79-81. Aynı yazar, Menfaatler Dengesi, 437 vd. Kabakçı, Belirli Süreli, 139-141.

Kanımızca istihdam alanında hareket kabiliyetine sahip olan bilgi işçilerinin iş görmelerini işverene belirli bir süre için taahhüt etmeleri istisnai durumlar için söz konusu olacaktır. Dolayısıyla haklı menfaate dayalı belirli süreli iş sözleşmesinin bilgi işinde sınırlı bir uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür. Öte yandan belirli süreli iş akdi teklifinin yanında iş sözleşmesinin sona ermesi halinde örneğin belirsiz süreli iş sözleşmesi feshine bağlı tazminatların da ödeneceğinin de kararlaştırılması durumunda bilgi işçinin haklı menfaatinden bahsetmek mümkündür. Benzer şekilde emeklilik süresine az kalmış bir işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinin akabinde emekliliğe hak kazanması için belirli süreli olarak tekrar istihdam edilmesi de işçinin menfaatine uygun olduğundan sözleşmenin akdedilmesinde objektif haklı neden olarak kabul edilebilir.⁷⁶⁴ Yine hukukumuzda olduğu gibi Almanya’da da belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulmasında haklı nedenlerin varlığı aranmakta, öte yandan işçinin lehine olduğu durumlarda bu tür sözleşmelerin akdedilmesine de izin verilmektedir. Bu kapsamda örneğin belirli süreli sözleşme konusu işin eğitim süresinde ya da yan iş olarak yapıldığı, bu tür çalışmaların işçinin içerisinde bulunduğu olumsuz şartlardan korunması işlevine sahip olduğu ve işçinin talebinin bulunduğu durumlarda belirli süreli iş akdi kurulmasına izin verilmektedir.⁷⁶⁵

Yargıtay’ın konuya ilişkin kararlarına bakıldığında ise İş Kanunu m.11 hükmünün mutlak emredici nitelikte kabul edildiği görülmektedir.⁷⁶⁶ Diğer bir ifadeyle bu kararlarda belirli süreli iş sözleşmesinin işçinin haklı menfaatine dayanıp dayanmadığı yönünde bir değerlendirmenin yapılmamaktadır. Kanımızca işçinin haklı menfaatiyle talebinin söz konusu olduğu durumlarda bu tür çalışmalara objektif nedenlerden bağımsız olarak hak tanınması yerinde olacaktır.

⁷⁶⁴ Bahse konu örnek ve diğer örnekler için bkz. Başterzi, Menfaatler Dengesi, 439.

⁷⁶⁵ Kabakçı, Belirli Süreli, 130-131.

⁷⁶⁶ Y7HD, 31.10.2014, E. 2014/3838, K.2014/19888. Y9HD, 29.09.2014, E.2012/30439, K.2014/28374. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 24.03.2016).

g. Belirli Süreli İş Sözleşmesi Akdedilebilmesinin Azami Süre ve Sayı ile Sınırlandırılması Gerekliliği

Ülkeler tarafından belirli süreli iş akdinin kurulmasının kötüye kullanılmasını önleyici düzenlenmelerin getirilmesi Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı yönergesinin amaçları arasında yer almaktadır (m.2/b). Aynı amaç "Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında" 158 sayılı ILO sözleşmesinin temelinde de yer almaktadır.⁷⁶⁷ Bu sözleşme TBMM tarafından uygun görülerek onaylanmış ve mevzuatımızdaki yerini almıştır. Yargıtay da belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda vermiş olduğu kararlarda değinilen düzenlemelere atıfta bulunmaktadır.⁷⁶⁸

99/70 sayılı yönergede belirli süreli sözleşmenin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla alınması gereken tedbirler arasında belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesini haklı kılan objektif nedenlerin aranmasının yanında zincirleme şekilde akdedilmesinin süre ve sayı açısından sınırlandırılması gerektiği belirtilmiştir. (m.5/1 a,b,c). Bu düzenleme doğrultusunda ülkemizde belirli süreli iş sözleşmesinin kötüye kullanılmasını engelleyici tedbirler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesiyle mevzuatımıza kazandırılmıştır.

4857 sayılı yasanın 11. maddesi yukarıda yer verildiği üzere belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez akdedilmesinde ve yenilenmesinde belirli sınırlamalar getirmiş ve buna uygun yaptırımlar⁷⁶⁹ öngörmüştür. Öte yandan, yasada belirli süreli iş sözleşmenin süre ve adet ile sınırlandırılmaması bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasanın lafzi yorumundan işverenlerin aynı işçisiyle istenilen adette ve sonu öngörülme-yen sürede belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebileceği sonucu çıkmaktadır. Kuşkusuz bu durum tüm işçilerle birlikte bilgi işçileri için de iş güvencesi hükümlerinden yoksun şekilde iş görme sonucunu doğuracaktır.

⁷⁶⁷ Başterzi, Menfaatler Dengesi, 446.

⁷⁶⁸ Bkz. dn. 692 ve 703'de belirtilen mahkeme kararları.

⁷⁶⁹ Bu yaptırımların işçi lehine uygulanması konusunda bkz. Kabakçı, Belirli Süreli, 131 vd.

Öğretide belirli süreli iş sözleşmesinin mevzuatta süre ve adet olarak sınırlandırılmaması haklı olarak eleştirilmektedir.⁷⁷⁰ Yargıtay da uzun yıllar devam eden belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılması gerektiği görüşündedir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2005 yılında vermiş olduğu bir karara göre; “İş hukukunda esas olan belirsiz süreli iş sözleşmeleridir. Davacı altı yıl gibi bir süreyle işveren nezdinde çalışmıştır...Özel Kanunlar haricinde altı yıl gibi bir sürede ardarda yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri 4857 sayılı İş Kanununun 11. maddesi amacı dışına çıkacağından işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı kabul edilmelidir.”⁷⁷¹

Haklı nedenlerin varlığını sürdürdüğü süre boyunca belirli süreli iş akdi kurabilmenin sınırının dürüstlük kuralı olduğu öğretide ifade edilmektedir.⁷⁷² Gerçekten, objektif nedenlerin varlığı halinde de, işçinin yasadan doğan haklarının önlemek ve özellikle iş güvencesi hükümlerinin dolanmak amacıyla, uzun yıllar belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kullanılması bir hakkın kötüye kullanılması oluşturur.⁷⁷³ Diğer taraftan yasal düzenlemelerle zincirleme şekilde kurulan belirli süreli iş akitlerine bir sınırlama getirilmesi kanımızca uluslararası düzenlemelere uygun bir yaklaşım olacaktır.

h. Ulusal İstihdam Stratejisinde Belirli Süreli İş Akitleri

İşsizlik ve istihdam oranlarının geliştirilmesi amacıyla işgücü piyasasında esneklik öngören Ulusal İstihdam Stratejisi’nde⁷⁷⁴ belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından ülkemizin (%12,2) Avrupa’nın gerisinde (%14,1) kaldığı ve mevzuatımızda yer alan katı kurallar nedeniyle bu istihdam türüne bağlı çalışmanın yaygınlaşmadığı belirtilmektedir. Stratejide ayrıca belirli süreli iş sözleşmelerinin işgücü piyasasına esneklik sağlayan önemli araçlarından biri olduğu, öte yandan bu sözleşmelere ilişkin mevzuatımızda yer alan esaslı bir neden olmadıkça üst üste

⁷⁷⁰ Süzek, 271. Taşkent, Belirli Süreli, 17. Başterzi, Değerlendirme, 74 vd.

⁷⁷¹ Y9HD, 5.5.2005, 12170/15792, Çalışma ve Toplum, 4, 231-232. Süzek, 271. Güzel, Değerlendirme, 31-32., Başterzi, Değerlendirme, 75.

⁷⁷² Süzek, 271-272. Güzel, Değerlendirme, 31-32. Başterzi, Değerlendirme, 75.

⁷⁷³ Süzek, 271-272.

⁷⁷⁴ Strateji hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. § 8, VI.

yapılamama şartının bu uygulamanın yaygınlaşmasını engellediği belirtilmektedir. Bu bağlamda istihdam planında yer verilen açıklamalardan belirli süreli sözleşmenin kurulmasına ve yenilenmesine ilişkin objektif şartların strateji tarafından katı kurallar olarak yorumlandığı anlaşılmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinin ülkemizdeki uygulamasına ilişkin durum tespitinin yanında strateji çerçevesinde hazırlanan 2015 yılı Eylem Planı'nda⁷⁷⁵ 2016 yılı içerisinde *'belirli süreli iş sözleşmeleri için belirlenen süre içerisinde tekrarlanma imkânı'*nın sağlanacağı tedbirler arasında sayılmıştır. Konuya ilişkin açıklamada ise *'işgücü piyasalarına esneklik sağlayan bir sözleşme türü olan belirli süreli iş sözleşmelerinin kullanımının kolaylaştırılması amacıyla İş Kanununda gerekli düzenleme'* yapılacağını ifade edildiği görülmektedir.

Bu bağlamda strateji çerçevesinde öngörülecek yasal çalışmalar ile İş Kanunu m.11'de yer alan belirli süreli iş sözleşmelerinin gerek kurulmasında gerekse yenilenmesinde aranan esaslı nedenlerde esnekleştirilmeye gidileceği öte yandan zincirleme şekilde akdedilen bu tür sözleşmelerin belli bir süre ve/veya sayı ile sınırlandırılacağı söylenebilir.

i. Bilgi Ekonomilerinde Belirli Süreli İş Akitleriyle Esneklik Sağlanmasının Önemi

Bilgi toplumu ve ekonomilerine geçiş sürecinde istihdam yaratmaya dönük aktif işgücü politikaları ve güçlü bir sosyal güvenlik sistemiyle desteklenen güvenceli esneklik kurumunun önemi gerek ülkemiz gerekse AB ülkeleri tarafından kabul edilen istihdam planlarında kuvvetli bir şekilde dile getirilmiştir. Bu bağlamda 'iş' yerine 'istihdamın' korunması düşüncesi güvenceli esneklik kurumunun temel aldığı dayanaklardan bir tanesi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁷⁶

⁷⁷⁵ Bkz. <http://www.uis.gov.tr/TemelPolitikaEksenleri/IPGES> (Erişim tarihi:14.03.2016).

⁷⁷⁶ Bkz. § 8, V, VI

Belirli süreli iş sözleşmeleri istihdamın teşvik edici özellik taşımaları nedeniyle bilgi ekonomileri açısından önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle bu tür çalışmaların yeni iş alanlarının yaratılması, işverenleri yatırıma özendirmesi, ilk kez işe gireceklere veya işsizlere belli bir süre için de olsa iş bulunması gibi gerekçelerle teşvik edici rol oynadığı öğretilde ifade edilmektedir.⁷⁷⁷ AB ülkelerinde istihdamın geliştirilmesi amacıyla belirli süreli istihdam yoluna başvurulduğu öte yandan mevzuatımızın bu amaca hizmet etmeyen katı düzenlemeler içerdiği de haklı şekilde belirtilmektedir.⁷⁷⁸

Diğer taraftan belirli süreli iş sözleşmeleriyle bir yandan istihdamı geliştirme amacı güderken diğer taraftan işçilerin kötü uygulamalara karşı korunması da büyük önem arz etmektedir. ILO'nun 158 sayılı sözleşmesinde de taraf devletlerin sözleşmenin uygulanmasının doğuracağı yükümlülüklerden kurtulmak için belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasına karşı yeterli güvenceler öngörmeleri açıkça hükme bağlanmıştır (m.2). Nitekim bu çerçevede AB'nin 99/70 sayılı yönergesinde belirli süreli sözleşmenin yenilenmesi halinde alınabilecek tedbirlere yer verildiği görülmektedir (m.5). Ayrıca yönergede belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının önlenmesi gerektiği belirtilmekle birlikte sözleşmenin kurulmasının haklı nedenlere dayanması konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu tip sözleşmelerin, zincirleme yapılmasında esaslı neden aramak ve bunu da belli bir süre ve sayı ile sınırlandırmak koşuluyla, ilk kez kurulmasında haklı nedenlere bağlanmaması kanımızca mümkündür.

Bilgi ekonomilerinde önemli bir istihdam aracı olan belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasına olanak tanınması için kuşkusuz yasal değişiklikle mümkün olacaktır. Öte yandan bu değişikliğe giderken ülkemizin sosyo-ekonomik özelliklerinin göz önünde bulundurulması zorunluluk arz etmektedir. Ayrıca Avrupa'nın 2008 yılında yaşamış olduğu ekonomik ve finansal kriz döneminde

⁷⁷⁷ Taşkent, Esaslı Neden, 24. Başterzi, Belirli Süreli Sözleşme, 186 vd. Ayrıca yeni kurulan işyerlerinde belli bir süreyle objektif neden aranmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasının sağlanması yönündeki öğreti görüşü için bkz. Süzek, İş Hukukunun Geleceği, 12.

⁷⁷⁸ Süzek, İş Hukukunun Geleceği, 12. Ekonomi, Belirli Süreli, 19. Alpogut, Güvenceli Esneklik, 7. Başterzi, Belirli Süreli Sözleşme, 185. Yıldız, 209.

esneklik kurumunun geçirmiş olduğu sınavın istihdam piyasasındaki etkilerinin yasal çalışmalarda göz önünde bulundurulması uygun olacaktır. Bu bağlamda kanımızca ‘Start-Up’ adı altında kurulan bilgi yoğun ancak finansal açıdan zayıf küçük ölçekli işletmelerde esaslı nedenler olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasına yasa tarafından izin verilebilir. Böylelikle ekonomik gelişmişlik açısından önem taşıyan bilgi yoğun malların üretim düzeyinin ve bilgi işçisi istihdamının yükseltilmesine destek sağlanmış olacaktır. Nitekim AB’nin 99/70 sayılı yönergesinin ‘giriş’ kısmında belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin standartların uygulanmasında sektörel etkenlerin göz önünde bulundurulması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

B. Uzaktan Çalışma

Uzaktan çalışma kavramı olarak işçinin klasik anlamda işyerine bağlı olmaksızın iş görme edimini yerine getirebildiği çalışma türü olarak tanımlanmaktadır.⁷⁷⁹ Öğretide bu kavram evde ve tele çalışmaları da kapsayan bir üst başlık olarak kullanılmaktadır.⁷⁸⁰ Bilgi işi açısından bu tür çalışmalar bir yandan bilgi işçilerine çalışma süresini ve yerini belirleme serbestisi tanırken işverenlere de geniş bir işçi havuzundan faydalanarak konusunda uzman işçilere daha rahat ulaşma olanağı sunmaktadır. İş ilişkisi taraflarına sunduğu olanakların yanında özellikle tele çalışmanın bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler paralelinde yaygınlaşması uzaktan çalışmanın bilgi işleri açısından önemini ortaya koymaktadır.

Avrupa Yaşam ve Çalışma Koşullarını İyileştirme Vakfı (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions - Eurofound) tarafından gerçekleştirilen “Avrupa Çalışma Hayatındaki Gelişmeler-2014” adlı raporunda⁷⁸¹ evde çalışma ve tele çalışmanın hızla yayılmaya devam ettiği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda İngiltere’de 2014 yılında çalışan nüfusun %14’ü yani 4,2 milyon çalışan ev işçisi olarak istihdam edilmiştir. Bu rakamın 1998

⁷⁷⁹ Civan, Uzaktan Çalışma, 527.

⁷⁸⁰ Alp, Tele Çalışma, 797. Civan, Uzaktan Çalışma, 527. Soysal, 147.

⁷⁸¹ Rapor için bkz.

https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1551en.pdf (Erişim tarihi:17.03.2016).

yılından itibaren yaklaşık 1,3 milyon kişi artışı tahmin edilmektedir. Ayrıca meslek gruplarına bakıldığında evde çalışmanın özellikle yöneticiler (%15), uzmanlar (%35) ve vasıflı diğer işçiler (%24) gibi bilgi işçileri tarafından tercih edilen bir çalışma türü olduğu anlaşılmaktadır.

a. Evde Çalışma

aa. Evde Çalışma Kavramı

Evde çalışma kavramı Borçlar Kanunu'nun 461. maddesinde tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre; *“Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir.”* 4857 sayılı yasada çeşitli istihdam türlerinde ‘iş sözleşmesi’ kavramına yer vermesine karşın (m.11-13-14) Borçlar Kanunu'nun ‘hizmet sözleşmesi’ni kullanması farklı yorumlara yer verebilecek niteliktedir. Öte yandan bu kavramların her ikisinin de aynı anlama geldiği, Borçlar Kanunu'nun *‘Hizmet Sözleşmeleri’* başlıklı altıncı bölümünde yer verilen düzenlemelerinin iş mevzuatına dahil olduğu öğretide haklı şekilde belirtilmektedir.⁷⁸² Bu bağlamda evde çalışanlara ilişkin İş Kanunu hükümleri ile Borçlar Kanunu'nun evde hizmet sözleşmesi hükümleri arasında bir çelişki ve farklı düzenleme olması durumunda hem sonraki kural olmaları hem de genel kanun içindeki özel kural niteliği taşımaları sebebiyle Borçlar Kanunu'nda yer alan kurallar uygulanacaktır.⁷⁸³ Bununla birlikte öğretide İş Kanunu'nun özel nitelikte olması nedeniyle ancak yasada boşluk bulunan hallerde Borçlar Kanunu'na gidilebileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır.⁷⁸⁴

Öğretide evde çalışmalar için çalışmanın klasik istihdam modeline dayanan işyeri dışında bir çalışma olduğu⁷⁸⁵, çalışma yerinin genellikle işçinin kendi evi olacağı⁷⁸⁶, iş görmenin bir veya birden çok işveren için yalnız veya aile üyeleri ile

⁷⁸² Süzek, 254.

⁷⁸³ Süzek, 294.

⁷⁸⁴ Caniklioğlu, 79. Alpagut, Kanun Hükümleri, 125-129.

⁷⁸⁵ Kandemir, 144.

⁷⁸⁶ Tuncay, Hizmet Akdinin Türleri, 28. Hueck, 119.

birlikte olabileceği ⁷⁸⁷, işverenin nihai tüketici olmaması gerektiği ⁷⁸⁸ ifade edilmektedir. Evde çalışma kavramını kısaca işçinin tercih ettiği bir çalışma yerinde işverenin emir ve talimatı altında olmaksızın ücret karşılığı mal veya hizmet sağlaması şeklinde tanımlamak mümkündür. Ayrıca belirtmek gerekir ki evde çalışma için işçinin tüm çalışmasını işyeri dışında gerçekleştirmesi zorunlu değildir. Dolayısıyla işçinin çalışmasının bir kısmını işyerinde ifa etmesi çalışmanın evde çalışma olarak nitelendirilmesine engel sayılmamalıdır. ⁷⁸⁹ Bu noktada ayırıcı unsurun işçinin çalışma yerini belirleme konusunda serbestiye sahip olmaması olduğunu söylemek mümkündür.

Yasada yer alan ve öğretilde ifade edilen tanımlardan hareketle evde çalışmalar için ön plana çıkaran husus çalışmanın klasik anlamda işyerinin dışında gerçekleştirilmesidir. Her ne kadar mevzuatımıza yeni kazandırılmış olsa da evde çalışma bir istihdam türü olarak Almanya’da 18. yy’da yaşanan Sanayi Devrimiyle birlikte ortaya çıkmıştır. ⁷⁹⁰ Günümüzde de özellikle gelişmekte olan ülkelerde yaygınlaşan bir çalışma biçimidir. ⁷⁹¹ Bu çalışma geçmiş tarihlerde tekstil ve hazır giyim alanında yoğunlaşmış bir çalışma şekli olmakla birlikte günümüzde reklamcılık, çeviri, programcılık gibi bilgi işlerinde de yaygınlaştığı görülmektedir. ⁷⁹² Önemle belirtmek gerekir ki bir evin gündelik işleyişine ilişkin faaliyetlerin yerine getirildiği ev hizmeti ile evde çalışma farklı kavramlardır. ⁷⁹³

ILO’nun evde çalışmaya ilişkin 2015 yılına ait bir raporunda evinde ya da asıl işyeri dışında iş görenler olarak kabul edilen evde çalışanlar işçi ve bağımsız çalışan ayrımında ele alınmıştır. Buna göre; parça başına ücretle veya belli bir itfa planına bağlı çalışanlar olarak da bilinen evde çalışan işçiler; bir işverene veya aracıya

⁷⁸⁷ Süzek, Akdin Türleri, 29. Civan, Uzaktan Çalışma, 528.

⁷⁸⁸ Huws-Podro, 2.

⁷⁸⁹ Huws – Podro, 2.

⁷⁹⁰ Tuncay, Hizmet Akdinin Türleri, 28.

⁷⁹¹ Süzek, Akdin Türleri, 29. Tuncay, Hizmet Akdinin Türleri, 28. Eurostat’ın verilerine göre günümüzde Avrupa’daki çalışan kesimin %4,9’u evde çalışmaktadır. ABD’de ise bu oran %2,4’tür. Bu ülkelerde evde çalışmayı genelde kadın işçiler tarafından tercih edildiği görülmektedir. Bkz. Civan, Uzaktan Çalışma, 528.

⁷⁹² Süzek, 291. Aynı yazar, Akdin Türleri, 29. Tuncay, 28. Engin, 128. Civan, 528.

⁷⁹³ Civan, 529.

doğrudan ya da dolaylı bağımlı şekilde iş gören, ücreti genellikle parça başına olarak ödenen kişilerdir. Diğer taraftan kendi adına yani bağımsız çalışanlar ise kendi ürününü tasarlama, üretme ve pazarlama olanağına sahip olmakla birlikte küçük işletme olarak kabul edilemeyecek olan çalışanlardır. Raporda ayrıca ev hizmetlerinde çalışanların evde çalışan sınıfında yer alamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Evde çalışmada bağımlı ve bağımsız çalışanlar arasında, aynı türde işi görmekle birlikte, temelde önemli bir farkın bulunduğu da altı çizilmektedir. Bu bağlamda evde çalışan işçilerin işverenlerle genellikle karmaşık, gizli veya yasalar tarafından tanınmayan bir ilişkisi içerisinde olduğu, bu ilişkide bir veya daha fazla aracının da yer aldığı, diğer taraftan bağımsız çalışanların ise kendi pazarlama süreçlerini belirleyebildikleri ifade edilmektedir.⁷⁹⁴

bb. Evde Çalışmanın Hükümleri

4857 sayılı İş Kanunu'nda evde çalışmaya ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır.⁷⁹⁵ Evde çalışmaya ilişkin hükümler 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda öngörülmüş olup bu kanunun 461-469 maddelerinde evde çalışmaya ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun kabulünden önce evde çalışmaların hukuki niteliği hakkında öğretide farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir. Öğretideki bazı yazarlar yasadan önce evde çalışanların bağımsız bir girişimci niteliği taşımadıkları takdirde⁷⁹⁶ Borçlar Kanunu'nun 322. madde hükmü gereğince işçi sayılmaları gerektiği haklı şekilde dile getirilmiştir.⁷⁹⁷ Bu maddeye göre; “ *İşçi parça üzerine yahut götürü çalışıp da iş sahibinin nezareti altında bulunmaz ise işlenen madde ve işin akit mucibince icrası noktasından mesuliyeti hakkında istisna akdine dair*

⁷⁹⁴ ILO: Home-Based Workers: Decent Work and Social Protection Trough Organization and Empowerment. Rapor için bkz. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-jakarta/documents/publication/wcms_436853.pdf (Erişim tarihi: 11.03.2016).

⁷⁹⁵ Öte yandan halihazırda TBMM gündeminde olan yasa tasarısı genel gerekçesinde güvenceli esneklik ve bilgi toplumuna vurgu yapılmış; bu kapsamda tasarıda uzaktan çalışmaya ilişkin özel hükümler öngörülmüştür. Tasarı için bkz. www.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0597.pdf (Erişim tarihi: 17.03.2016).

⁷⁹⁶ Bağımsız çalışmanın unsurları hakkında bkz. § 4, III, 3, A

⁷⁹⁷ Süzek, Akdin Türleri, 30. Engin, 132. Civan, Uzaktan Çalışma, 548-550. Aksi yönde Tuncay, Hizmet Akdinin Türleri, 29.

hükümler, kıyasen tatbik olunur.” Nitekim yabancı ülkeler de evde çalışanların işçi sayılmaları yönünde genel bir eğilim olduğunu söylemek mümkündür.⁷⁹⁸

Günümüzde evde çalışmalarda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kural olarak iş akdine dayandığı kabul edilmelidir. Bu bağlamda öncelikle ifade edilmesi gereken husus 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun evde çalışmaların iş sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilebileceğini hükme bağlamasıdır (m.461). Gerçekten evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, işveren tarafından verilen işin iş görenin tercih edebileceği bir yerde tek başına ya da aile üyelerinin katılımıyla hizmet akdi çerçevesinde ifa edilmesine izin vermektedir. Evde çalışmaya ilişkin hükümlerin Borçlar Kanunu’nun ikinci kısmının ‘*hizmet sözleşmeleri*’ başlığını taşıyan altıncı bölüm/üçüncü ayırım altında düzenlenmesi bu tür çalışmalarda kural olarak iş akdine dayanan bir hukuki ilişkinin kabulünü gerektirmektedir. Ayrıca düzenlemelerde Borçlar Kanunu’nun evde çalışmayı düzenleyen hemen hemen tüm maddelerinde (BK 461-468) ‘evde çalışan’ ‘işçi’ olarak nitelendirilmektedir.⁷⁹⁹

Dolayısıyla evde çalışanlar açısından yan ölçütler vasıtasıyla hukuki/kişisel bağımlılık ilişkisinin ortaya konulması halinde ortada öncelikle bir iş ilişkisinin varlığı kabul edilecek ve yukarıda ifade edildiği üzere özel nitelik taşıması nedeniyle Borçlar Kanunu’nun evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Diğer taraftan öğretideki bir görüşe göre bağımlılık ilişkisinin varlığının tespiti halinde evde çalışanlara sadece İş Kanunu hükümlerinin uygulanacak, aksi halde Borçlar Kanunu’nun evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri gündeme gelecektir.⁸⁰⁰ Bu görüşün temelinde bağımlılık ilişkisi altında bulunana işçilerin sırf evde çalışmaları nedeniyle işçi statüsünden çıkarılmamaları gerektiği düşüncesi yer almaktadır. Öte yandan, Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin esasen atipik bir iş sözleşmesini düzenlediği dikkate alındığında bu görüşe katılmak kanımızca mümkün değildir.

⁷⁹⁸ Bu konuda bkz. § 4, 3, C, h. Ayrıca bkz. Tuncay, Hizmet Akdinin Türleri, 28-29. Civan, Uzaktan Çalışma, 531-532. Engin, 131. Aydınöz, Huws-Podro, 5.

⁷⁹⁹ Süzek, 292.

⁸⁰⁰ Alp, Tele Çalışma, 816.

Karar verme özgürlüğüne sahip, müşterilerini ve satış fiyatını belirleme serbestisi olan, kazanca ve zarara katlanan kısaca işletme riskini taşıyan kişiler evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kapsamına girmez. Bağımsız girişimcinin işverene ekonomik açıdan bağlı olması da işçi niteliğinin kazanılması açısından yeterli değildir.⁸⁰¹ Zira bu durum çalışanın bağımsız bir girişimci niteliği taşımasından kaynaklanmaktadır.⁸⁰²

Uygulamada sıkça rastlandığı üzere bu istihdam modeline dayanan çalışmalarda işçilerin üstlendiği edim yükümü sürekli bir faaliyetin yerine getirilmesinden ziyade edim sonucuna yöneliktir. Nitekim öğretilerde de evde çalışmanın zaman esasına göre değil daha çok parça başına yapıldığı belirtilmektedir.⁸⁰³ Bu bağlamda işçinin kişisel/hukuki bağımlılığının zayıflaması sonuç sorumluluğunu ve ekonomik bağımlılığı ön plana çıkarmaktadır.⁸⁰⁴ Bu durum klasik istihdam modelinden farklı atipik bir çalışma sistemini de beraberinde getirmektedir. Borçlar Kanunu'nda öngörülen hükümlerin de bu paralelde olduğunu söylemek mümkündür. Kuşkusuz iş akdinin unsurlarında öne çıkan bu durum işverenin iş organizasyonunda yer alan evde çalışanların “bağımlılık” ölçüsü nedeniyle işçi sayılmalarının önüne geçmemelidir. Diğer bir ifadeyle evde çalışan işçileri diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran unsur tipik iş sözleşmelerinde olduğu gibi bağımlılık unsurudur. Bu nedenle evde çalışanlara Borçlar Kanunu hükümleri ile İş Kanunu düzenlemeleri birlikte uygulanmalıdır.⁸⁰⁵

Evde çalışmalarda işçinin borcu sadece özenle çalışma yükümlülüğünü değil, Borçlar Kanunu m.463 gereği başarılı bir sonuca ulaşma yükümlülüğünü de içermektedir.⁸⁰⁶ Bu maddenin 1. fıkrasına göre; “İşçi, işe zamanında başlamak, işi

⁸⁰¹ Süzek, 293.

⁸⁰² Süzek, Akdin Türleri, 30. Yabancı ülkelerde de evde çalışanların hukuki statüsünün belirlenmesinde bağımlılık ilişkisinden hareket edilmektedir. Ancak bir kişinin klasik anlamda işçi mi yoksa bağımsız çalışan mı olduğunun tespitinde tereddüt edilen durumlara özgü olarak Almanya ve Fransa gibi ülkelerde işçi benzeri kategorisi oluşturulmuştur. Bu kategoride çalışma kişisel/hukuki açıdan bağımlılığa dayanmamakta öte yandan ekonomik bağımlılık içermemektedir. Ayrıca bu tarz işlerde çalışanlar işçiler gibi sosyal korunmaya ihtiyaç duymaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Civan, Uzaktan Çalışma, 543-545.

⁸⁰³ Süzek, Akdin Türleri, 30. Tuncay, Hizmet Akdinin Türleri, 28.

⁸⁰⁴ Engin, 135. Alp, Tele Çalışma, 849.

⁸⁰⁵ Aksi yönde bkz. Ergin, Özel Hizmet Sözleşmeleri, 210-211.

⁸⁰⁶ Engin, 133.

kararlaştırılan zamanda bitirmek ve çalışmanın sonucunu işverene teslim etmekle ykmldr.” Maddenin 2. fıkrasında ise işçinin sonuç sorumluluğuna uymamasının yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre; *“İş, işçinin kusuruyla ayıplı olarak görülmüşse işçi, giderilmesi mümkün olan ayıpları, masrafı kendisine ait olmak üzere gidermek zorundadır.”* Bu bağlamda örneğin kendi evinde ya da tercih ettiği bir çalışma ortamında çevirmen olarak çalışan bilgi işçisi hazırlamış olduğu çeviride hataya yer vermesi durumunda bunları ya şahsen gidermek ya da masrafları kendisine ait olmak üzere bir başkasına yaptırmakla yükümlü olacaktır. Bilgi işçisinin edimini işverene ait işyerinde yerine getirmesi durumunda ise yer vermiş olduğu ayıplı edim sonucunu giderilmesini masrafları kendisine ait olmak üzere 3. kişiden talep etme yükümlülüğü kanımızca bulunmamaktadır. Zira bu durumda işçinin ayıplı ifasına yol açan etkenler işyerindeki çeşitli disiplin hükümlerinin uygulanmasını gündeme getirecektir. Örneğin bilgi işçisinin ayıplı ifasında mesleki yetersizliği söz konusu ise geçerli fesih gündeme gelebileceği gibi hafif kusurunun yer aldığı durumlarda daha hafif nitelikteki yaptırımlar söz konusu olabilecektir. Kuşkusuz işçi kusuruyla işverene verdiği zararlardan da genel hükümler gereğince sorumludur. Dolayısıyla bilgi işçisinin işyerindeki ifasında yeterliliğine ve davranışlarına, evde çalışmasında ise işin sonucuna dönük hükümlerin devreye gireceğini söylemek mümkündür. Bu durum ise bağımlılık ilişkisinin çeşitli istihdam modellerinde farklı derecelerde olmasından kaynaklanmaktadır.

İşçinin iş görme edimini sonuç borcuna yaklaştıran bir diğer hüküm ise Borçlar Kanunu’nun 465. maddesinde yer almaktadır. Düzenlemeye göre işveren, işçinin üreterek teslim ettiği ürünü inceler, varsa bulduğu ayıpları teslimden başlayarak bir hafta iinde işçiye bildirmekle sorumludur. İşverenin süresinde bildirimde bulunmadığı hallerde ürünü mevcut durumuyla kabul etmiş sayılacağına da aynı düzenlemede yer verilmiştir.

Borçlar Kanunu evde çalışanlara ödenecek ücrete konusunda da farklı düzenlemeler getirmiştir. Bu noktada kanun işin aralıklı veya aralıksız şekilde ifa edilmesi ayırımında farklı hükümler öngörmüştür. Bu kapsamda işçinin aralıksız olarak çalışması halinde creti on beş günde bir veya işçinin rızasının alınması kaydıyla ayda bir, aralıklı olarak çalıştırılması halinde ise ürünün her tesliminde

ödenir (m.466). Yasa tarafından aralıklı çalışmalarda ücretin ürünün teslimine bağlı şekilde ödeneceğinin öngörülmesi özellikle aralıklı çalışmalarda sonuç ediminin önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.

Borçlar Kanunu evde çalışmanın süresini de İş Kanunu'ndan farklı şekilde düzenlemiştir.⁸⁰⁷ Borçlar Kanunu'nun 468. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“İşçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme belirsiz süreyle yapılmış sayılır; diğer durumlarda sözleşmenin belirli süreyle yapıldığı kabul edilir.”* Bu bağlamda iş mevzuatındaki düzenlemeler paralelinde ortaya çıkan iş sözleşmesinin belirsiz süreli kurulmasının asıl belirli yapılmasının ise istisna olduğu kuralının evde çalışmalar için geçerli olmadığı anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle yasal düzenlemeden evde çalışmalar için belirli süreli çalışmanın asıl belirsiz süreli çalışmanın ise istisna olduğu sonucuna varmak kanımızca mümkündür. Zira parça esasına dayanan bu tip çalışmalarda çalışmanın aralıksız şekilde devam etmesi ancak istisnai bir uygulama olarak karşımıza çıkacaktır.⁸⁰⁸ Kuşkusuz parça başına çalışmanın süreklilik arz ettiği durumlarda evde çalışma belirsiz süreli iş akdine dayanacaktır. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki sırf iş mevzuatının belirsiz süreli iş sözleşmeleri için doğurmuş olduğu ihbar ve kıdem ödemesi gibi yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla işveren tarafından işçiye fasılalarla iş verilmesi hakkın kötüye kullanımı sonucu doğurabilir. Bu tarz durumlarda sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi kanımızca uygun olacaktır. Borçlar Kanunu'nun bahse konu maddesinde deneme süreleri açısından da farklı hükümler öngörülmüştür. Bu bağlamda evde çalışan işçiye deneme amacıyla bir iş verilmişse, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme deneme süresi için kurulmuş sayılacaktır. Dolayısıyla klasik istihdam modelinde yer alan 2 aylık (toplu iş sözleşmesi 4 ay-İK m.15/1) evde çalışmalar için geçerli değildir.

⁸⁰⁷ Süzek, 295.

⁸⁰⁸ Engin de ev iş sözleşmesinde kuralın parça başı çalışma olduğunu ve bu tür çalışmanın niteliği gereği iş görme ediminin zamana yayılmayacağı ve sadece belirli bir edimin ifa edilmesiyle sözleşmenin sona ermesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Engin, 135.

b. Tele Çalışma

Tele çalışmalar da evde çalışmalar gibi uzaktan çalışmanın bir türü olup işçiye asıl işyerinin dışında çalışma olanağı sunmaktadır. Öğretide tele çalışmanın bilgisayar ve iletişim teknolojileri alanındaki gelişmelerin ortaya çıkardığı bir atipik bir çalışma şekli olduğu belirtilmektedir.⁸⁰⁹ Bu çalışma türünü sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçiş ürünü olarak yorumlayan öğreti görüşlerine de rastlanmaktadır.⁸¹⁰ Gerçekten bu çalışma şeklinde işçi asıl işyeri dışında bu işyeriyle arasında elektronik bir iletişim ağı bulunan büro ya da evde iş görme borcunu ifa etmektedir.⁸¹¹ Yine öğretide yer verilen bir diğer tanıma göre ise tele çalışma işin, işyeri ve üretim olanaklarından uzak bir şekilde yerine getirildiği, çalışanın iş arkadaşlarıyla kişisel bağlantısı olmamakla birlikte onlarla teknolojik olanakları kullanarak iletişim kurabildiği bir çalışma türüdür.⁸¹² Bir diğer görüş ise tele çalışmayı bilgi ve iletişim teknolojisi kullanılarak bir iş organizasyonuna uzaktan iletişim sağlanarak işin işyeri dışında görüldüğü çalışma şekli olarak tanımlamaktadır.⁸¹³

ILO da tele çalışmayı yeni teknolojilerin sağladığı iletişim olanakları vasıtasıyla asıl işyerinden uzak bir mekânda diğer işçilerden ayrı şekilde yapılan çalışmalar olarak nitelendirmektedir.⁸¹⁴ AB'nin Tele Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması'nda ise bu çalışma türüne ilişkin olarak bir iş akdi kapsamında işin enformasyon teknolojisi kullanılarak organize edildiği ve/veya görüldüğü çalışma türü olup bu şekilde işyerinde görülmesi mümkün olan bir iş düzenli olarak işyeri dışında yerine getirildiği belirtilmektedir.⁸¹⁵ 6111 sayılı yasa tasarısında⁸¹⁶ ise tele çalışma şu şekilde tanımlanmıştır; *“İşçinin bir mal veya hizmet üretmek amacıyla işletme merkezi dışında genellikle evde ya da işyeri dışında bir büroda iş edimini*

⁸⁰⁹ Süzek, 296.

⁸¹⁰ Soysal, 135. Erdem, Tele Çalışma, 51.

⁸¹¹ Süzek, 296. Hueck, 119.

⁸¹² Erdem, Tele Çalışma, 53.

⁸¹³ Alp, Tele Çalışma, 800.

⁸¹⁴ ILO'nun tele çalışmaya ilişkin tanımı için bkz. Soysal, 136.

⁸¹⁵ Alp, Tele Çalışma, 798.

⁸¹⁶ Tasarı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0971.pdf> (Erişim tarihi:11.03.2016). Tasarısının evde ve tele çalışmaya ilişkin düzenlemeler öngören 61. maddesi sonraki tarihlerde tasarıdan çıkarılmış ve yasalaşmamıştır.

yerine getirdiği, haberleşme ve bilgisayar ağı ile işletmeyle bağlantı kurulan, işyerine bağımlılığın az olduğu yazılı sözleşmeye dayalı iş ilişkisidir.” (m.61) Tanımda vurgulanan “yer” ve “teknolojik bağlantı” unsurları çalışmanın özelliğini vurgulamaktadır. Nitekim öğretilerde işçinin asıl işyerinde bulunması zorunluluğunun kalmasının ve işveren, iş arkadaşları ve müşteriler ile iletişim kurulmasının teknoloji sayesinde gerçekleşmesinin tele çalışmanın kabulü için yeterli olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda ayrıca işçinin işveren ile sürekli çevrimiçi (online) bağlantısı kurmasına gerek olmadığı, düzenli bir şekilde bilgi-iletişim teknolojilerinden yararlanarak iş görenin ve görülen işin sonuçlarının teknolojik iletişim araçlarıyla işverene iletilmesinin yeterli olduğu da ifade edilmektedir.⁸¹⁷ Bu bağlamda iş süresinin en az yarısının tele çalışan olarak işyeri dışında geçirilmesi bu çalışma türü için yeterli sayılmaktadır.⁸¹⁸

Yukarıda ele alınan tanımlardan hareketle tele çalışmanın üç temel unsurunu vurgulamak mümkündür. Gerçekten *işverenin organizasyonu, işin görüldüğü yer ve teknolojik imkânlar* öğretilerdeki tele çalışmaya ilişkin birçok tanımın temel unsurunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda tele çalışmayı kısaca asıl işyeri dışında iş gören çalışanların işyeriyle olan iletişimlerinin teknoloji vasıtasıyla sağlandığı istihdam türü olarak tanımlamak mümkündür.⁸¹⁹

Tele çalışmanın geçmişi evde çalışmalar kadar eski değildir. Ayrıca bu tür çalışmayı evde çalışmadan ayıran en önemli unsur işçilerin *bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımı* suretiyle işverenlere olan bağımlılıklarının daha fazla olmasıdır.⁸²⁰ Bu nedenle birçok ülkede evde çalışma konusunda öngörülen yasal düzenlemeler tele çalışma kapsamında istihdam edilenler için uygulanmamaktadır.⁸²¹ Zira her iki çalışma türü asıl işyeri dışında işin ifa edilmesi açısından benzermekteyse de ifanın teknolojiye dayalı olup olmaması açısından ayrılmaktadır. Gerçekten tele çalışmalar bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılması ile esnekliğin

⁸¹⁷ Alp, Tele Çalışma, 799.

⁸¹⁸ Soysal, 133, 136.

⁸¹⁹ Martino-Wirth, 530.

⁸²⁰ Hueck, 119. Alp, Tele Çalışma, 848. Soysal, 135.

⁸²¹ Martino-Wirth, 544.

iç içe geçmesinden oluşan atipik çalışma türleridir. Bu tür çalışmaların olumlu yönleri işçilerin özerkliğini ve hareket kabiliyetlerini artırmak suretiyle üretimin düzeyinin yükseltilmesinde, çalışma koşullarının iyileştirilmesinde, fiziksel sınırlamalar olmaksızın her türlü işçi için yeni istihdam olanakları yaratılmasında görmek mümkündür.⁸²² Bu açıdan tele çalışmanın bilgi işi ve işçisi açısından taşıdığı önem yadsınamaz bir nitelik taşımaktadır.

Eurofound'un Avrupa'daki tele çalışmalara ilişkin 2010 yılı raporunda teknoloji alanında son on yılda yaşanan gelişmelerin bazı Avrupa ülkelerinde tele çalışmanın hızla yaygınlaşmasına yol açtığı belirtilmektedir. Bu bağlamda tele çalışmanın en yoğun yapıldığı ülke sıralamasında Çek Cumhuriyeti, Danimarka ve Belçika ön sıralarda yer alırken Bulgaristan ve Malta ise son sırada bulunmaktadır. Avrupa Birliği genelinde ise çalışan nüfusun %7'si çalışma zamanlarının en az çeyreğinde tele çalışmaya katılmakta, %1,7'si ise hemen hemen tüm çalışma zamanlarını tele çalışma şeklinde geçirmektedir.⁸²³ Bu çerçevede kısmi şekilde gerçekleştirilen tele çalışmaların, tam süreliyle nazaran dört katı oranında daha fazla yaygın olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumun tele çalışmanın istihdamdaki esnekliği artırmasının bir sonucu olduğu raporda belirtilmektedir. Yine rapora göre tele çalışma yüksek vasıflı işçiler arasında daha yaygındır. Bu durum da tele çalışmaların bilgi işçileri açısından taşıdığı önemi ayrıca ortaya koymaktadır.

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler atipik iş sözleşmelerinin ortaya çıkmasına yol açmasının yanında bu çalışmaların zaman içerisinde evrim geçirmesine de yol açmaktadır. Gerçekten bilim ve teknoloji alanında yaşanan gelişmeler tele çalışmaların evde esaslı, tele esaslı ve gezici çalışma şeklinde alt türlere ayrılmasına yol açmıştır.⁸²⁴ Evde çalışma esaslı tele çalışmalarda işçiler iş

⁸²² Martino-Wirth, 529.

⁸²³ Rapora göre 2000 yılında Avrupa Birliği'ne üye 15 ülkede gerçekleştirilen tele çalışma oranı %5,3, aday ülkelerde ise %4,2 olarak şekillenmiştir. Son 15 yılda tele çalışma şeklindeki istihdam oranının yaklaşık %3 oranında arttığı anlaşılmaktadır.

⁸²⁴ Öğretide bunların yanında ayrıca on-site tele çalışma ve dönüşümlü tele çalışmanın da varlığından bahsedilmektedir. On-Site çalışmalarda işçi başka bir işverenin işyerinde kendisi için ayrılan yerde iş görme edimini ifa etmektedir. Dönüşümlü tele çalışmada ise çalışan sadece evden, tele merkezden veya gezici olarak değil, belirlenen organizasyon içerisinde birden fazla yerde veya hepsinde iş görülmesi söz konusudur. Bu çalışma türleri hakkında bkz. Alp, Tele Çalışma, 803-804. Kuşkusuz

görme edimini düzenli bir şekilde elektronik iletişim araçlarını kullanmak suretiyle evlerinden yerine getirmektedir. Bu çalışma türü de kendi içerisinde tam gün ve kısmi süreli ev esaslı tele çalışmalar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Tam gün ev esaslı çalışma genellikle data girişi, telefon cevaplama veya tele satış şeklinde düşük vasıflı büro işlerini kapsarken, kısmi süreli ev esaslı tele çalışmalar ise finansal analizciler, yazılım mühendisleri gibi bilgi işçilerinin haftanın bir ya da iki günü asıl işyerinde geri kalan zamanda ise evde çalışarak ifa ettikleri işlerden meydana gelmektedir. Bu bağlamda ev esaslı tele çalışmaların evde çalışmalarla ortak yönlerinin bulunduğunu söylemek mümkündür. Tele merkezli esaslı çalışmada ise işverenlerin maliyetleri düşürmek amacıyla kurdukları, bilgisayar ve iletişim olanaklarıyla donatılmış, işyerleri söz konusudur. Bu merkezleri de kendi içerisinde komşu bürolar, uydu tele çalışma merkezileri ve teleköyler olarak alt gruplara ayırmak mümkündür. Tele çalışmanın bir diğer alt tür olan gezici tele çalışmada ise işin görüldüğü sabit bir yerden ziyade arabadan, otelden, yoldan kısacası işin her ortamda yapılmasına izin veren bir istihdam türü söz konusudur.⁸²⁵

Tele çalışmalarla ilgili atipik iş sözleşmelerinin gelişmesi bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişimine bağlı olarak artacaktır. Diğer taraftan bu tür çalışmalar yaygınlaşırken işçilerin temel haklarının korunması da önem arz etmektedir.⁸²⁶ Bu tür çalışmalar her ne kadar çalışma koşulları ve istihdam piyasaları açısından avantajları bünyesinde barındırmaktaysa da ileride ele alınacağı üzere bazı dezavantajları da içermektedir.

Tele çalışmalarla ilgili mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu tarz işlerde çalışanların bağımlı şekilde iş görmeleri halinde İş Kanunu'nda yer alan düzenlemeler bu işçiler için de uygulama alanı bulacaktır. Diğer taraftan işverene kişisel/hukuki bağımlılığı olmadığı halde ekonomik bağımlılık içerisinde iş gören tele çalışanlara Borçlar Kanunu'nun evde hizmet sözleşmesi hükümlerinin

teknolojik gelişimler karşısında yapılan işin türüne, çalışma şekline, yerine ve kullanılan teknolojiye göre çeşitli sınıflandırmalara gitmek mümkündür.

⁸²⁵ Bu çalışma türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Martino-Wirth, 530. Alp, Tele Çalışma, 802-804. Civan, Uzaktan Çalışma, 536-537. Soysal, 145-153. Aydınöz, 58-63.

⁸²⁶ Martino-Wirth, 538.

uygulanacağı yönündeki öğreti görüşüne⁸²⁷ katılmıyoruz. Her ne kadar bu görüşün karşılaştırmalı hukukta yer alan, ekonomik bağımlılık altındaki kendi adına çalışanları ‘işçi benzeri’ kategorisinde sayarak iş mevzuatının koruması kapsamına alan, eğilimlere uygun olduğu söylenebilirse de kanun sistematığımızda ‘işçi benzeri’ müessesine yer verilmemiştir. Ayrıca bu görüşün temelinde işverenlerin tele çalışanları bağımsız çalışan göstermek suretiyle iş ve sosyal güvenlik hükümlerinden kaçış amacı olarak kullanmalarının önüne geçmenin yer aldığı anlaşılmaktadır. Önceki bölümde ele alındığı üzere Borçlar Kanunu’nun evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri işçinin sonuç sorumluluğunu ön plana çıkarmakla birlikte kişisel/hukuki bağımlılık unsurunu reddetmemektedir. Dolayısıyla bu hükümlerin uygulanması için her şeyden önce işçinin kişisel/hukuki bağımlılığının söz konusu olduğu bir ilişkinin mevcudiyeti gerekmektedir.⁸²⁸ Ayrıca işverenlerin kötü niyetli uygulamalarının önüne geçmek amacıyla bağımsız çalışanların hizmet sözleşmesi hükümlerinin korumasına almak yerine önceki bölümlerde yer verilen *yan ölçütler*⁸²⁹ vasıtasıyla bağımlılık ilişkisinin ortaya konulması yasanın sistematığına daha uygun bir çözüm tarzı olacağı kanısını taşıyoruz.

Bağımlı şekilde iş gören tele çalışanlara Borçlar Kanunu’nun evde hizmet sözleşmesi hükümlerinin (m.461-469) uygulanıp uygulanmayacağı konusunun da ayrı bir şekilde ele alınması gerekmektedir. Keza Borçlar Kanunu’nun bahse konu düzenlemeleri de iş mevzuatı kapsamında yer almaktadır.⁸³⁰ Diğer taraftan yasanın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin tüm tele çalışanlara uygulanabileceği yönünde bir kanıdan ziyade, tele çalışma türlerinin göz önünde bulundurularak bir çözüme gidilmesi daha uygun olacaktır. Gerçekten bazı tele çalışma türleri evde çalışmaya bir kısmı ise standart istihdam türlerine daha yakındır. Nitekim tele merkez, uydu büro gibi yerlerde gerçekleştirilen tele çalışmada işçinin esasen belli bir işyerinde iş görmesi söz konusu olduğundan bu tür çalışmalar hakkında İş Kanunu’ndaki hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Evde tele çalışan ile işveren arasında kişisel/hukuki bağımlılığın tespit edilebildiği hallerde ise evde

⁸²⁷ Alp, Tele Çalışma, 804.

⁸²⁸ Süzek, 254. Aydınöz, 20.

⁸²⁹ Bu konuda bkz. § 4, 3.

⁸³⁰ Süzek, 254.

çalışmaya ilişkin Borçlar Kanunu düzenlemelerinin de göz önünde bulundurulmasının gerekli olduğunu söylemek mümkündür.⁸³¹ Bu çerçevede istisna akdine özgü unsurlar içermeyen faaliyetlerde Borçlar Kanunu'ndaki evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı öğretide haklı şekilde dile getirilmektedir.⁸³²

c. Bilgi İşinde Uzaktan Çalışmanın Önemi

Bilgi işinde işçinin verimiyle klasik istihdam modelindeki işveren işçi arasındaki hiyerarşik yapı arasında zıt yönlü bir ilişki bulunmaktadır.⁸³³ Diğer bir söyleyişle bilgi işçisinin kendisi açısından en rahat çalışma ortamda iş görmesi verimini artıran bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda işçiye üst düzeyde performans göstereceğine inandığı çalışma ortamında iş görme olanağının tanınması uzaktan çalışmaya yönelik istihdam türlerinin bilgi işi açısından önemli ortaya koymaktadır. Nitekim öğretide de bu tür istihdamın işçinin ailesiyle birlikte vakit geçirme, çalışma zamanını belirleme, işyerine gidip gelme külfetinden kurtulma gibi avantajlar sunduğu belirtilmektedir.⁸³⁴ Ayrıca bu tip çalışmalar işçilerin motivasyonunu yükselttiği gibi işverenler için de geniş bir işçi havuzundan faydalanma olanağı sunmaktadır.⁸³⁵

Eurofound tarafından Avrupa'daki tele çalışmalara ilişkin olarak 2010 yılında yayınlanan bir raporda⁸³⁶ Avrupa'da uzaktan çalışanların %82,8'i çalışma ve bitiş saatlerini kendilerinin belirlediği ifade edilmektedir. Raporda ayrıca uzaktan çalışanlarla yapılan görüşme neticesinde bu işçilerin %51,1'inin belli bir işe başlama ve bitiş saatinin olmadığını, %53,7'si ise çalışma saatlerini kendilerinin belirlediğini ifade ettiği belirtilmektedir. Bu kapsamda uzaktan çalışma ilişkisinin bilgi işinde

⁸³¹ Aydınöz, 15.

⁸³² Alp, Tele Çalışma, 815.

⁸³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 3, II, 4.

⁸³⁴ Süzek, Akdin Türleri, 538. Alp, Tele Çalışma, 800. Hueck, 118-119.

⁸³⁵ Civan, Uzaktan Çalışma, 528, 538-539.

⁸³⁶ Rapor için bkz.

http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s.pdf

ihtiyaç duyulan esnekliği ve işçinin zaman üzerindeki egemenliğini sağladığı ileri sürülebilir.

Kanımızca Borçlar Kanunu'nda evde çalışmaya ilişkin hükümler işgücü piyasasının esnekleştirilmesi açısından önemli bir adıma işaret etmektedir. Gerçekten bu sayede evde çalışan işçilerin haklarını koruyucu hükümler öngörülerek istihdam çeşitliliğinin artırıldığını söylemek mümkündür. Bu bağlamda tele çalışmaya ilişkin düzenlemelerin de mevzuatımıza kazandırılması esneklik uygulamaları açısından önem arz etmektedir. Nitekim ileride ele alınacağı üzere halihazırda TBMM gündeminde olan yasa tasarısı uzaktan çalışmaya ilişkin düzenlemeler içermektedir.

d. Uzaktan Çalışmanın Sakıncaları

Öğretide uzaktan çalışmanın işçiler açısından bir takım riskler de barındırdığı ifade edilmektedir. Bu konuda özellikle işçinin sosyal izolasyona maruz kalması, kendisine genelde sınırlı bir serbest zamanın kalması ile sağlık ve sosyal güvenlik önlemlerinin yeterince alınamaması konularında bir takım haklı endişelerin dile getirildiği görülmektedir.⁸³⁷

Gerçekten uzaktan çalışma işçilere çalışma zamanlarını serbest şekilde ayarlama ve özel hayat ile iş yaşamının gereksinimleri arasında uyum sağlama konusunda bir takım avantajlar sunmakla birlikte işçilerin asosyal bir yapıya bürünmelerine de yol açabilir. Bu durum çalışmanın ekonomik bir kavram olduğu kadar sosyal bir yön taşımasıyla da ilgilidir.⁸³⁸ İşçiler işyerinde geçirdikleri zaman içerisinde sadece iş görme edimini ifa etmemekte aynı zamanda diğer işçilerle sosyal bir takım ilişkilere girmektedir. Uzaktan çalışanın iş arkadaşlarından uzaklaşması ayrıca işe ilişkin fikir alışverişinde bulunma ortamından yoksun bırakarak işçilerin kariyer gelişimi de olumsuz etkileyebilmektedir.⁸³⁹ Ayrıca sosyal izolasyon işçilerin

⁸³⁷ Süzek, 294. Tuncay, 28. Alp, Tele Çalışma, 800. Civan, Uzaktan Çalışma, 540-542. Aydınöz, 180. Quinlan, 8. Martino, 541. Hueck, 119.

⁸³⁸ Civan, Uzaktan Çalışma, 540.

⁸³⁹ Aydın, 360.

örgütsel bağlılığını zayıflattığından sendikal alanda da bir takım sorunlara yol açmaktadır.⁸⁴⁰

Nitekim Eurofound'un tele çalışmaya ilişkin 2010 yılı raporunda da uzaktan çalışmanın doğurduğu sorunlara değinilmiştir. Bu kapsamda bir takım AB üyesi ülkelerde işçilerin sosyal izolasyonunu önleyecek yasal ve sözleşmesel hükümlerin öngörüldüğü belirtilmektedir. Örneğin, Portekiz iş mevzuatında işverenler uzaktan çalışanların işyeri ve diğer işçilerle düzenli aralıklarla iletişim kurmasını sağlayacak araçları geliştirmekle yükümlü tutulmuştur. Almanya'da ise uzaktan çalışmaya ilişkin bazı sözleşmelerde işçilerin işyerine gelerek düzenli şekilde toplantılara katılmasına yönelik düzenlemeler öngörülmektedir. Lüksemburg'da da ulusal tele çalışma sözleşmesi işverenleri uzaktan çalışanları sosyal izolasyona maruz kalmasını önleyecek gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutmaktadır. İspanya'da ise sanal eğitim ortamlarıyla yaratılan sınıflarla uzaktan çalışanların sosyal izolasyona maruz kalmasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bahse konu yasal hüküm ve uygulamaların hepsi uzaktan çalışan işçilerin sosyal izolasyondan korunmasına yönelik ülkeler tarafından önemli adımların atıldığına ortaya koymaktadır.

Uzaktan çalışma konusunda ortaya çıkan bir diğer sakınca ise işçiye yeterince serbest zaman kalmamasında kendisini göstermektedir.⁸⁴¹ Gerçekten bu çalışma türü işçiye zaman üzerinde egemenlik hakkı tanımakla birlikte işçi her zaman fazla çalışma riski altındadır.⁸⁴² Bu durum işveren tarafından verilen talimatlarla veya iş yüküyle ortaya çıkabileceği gibi işçi de daha fazla kazanç elde etme güdüsüyle bu tarz çalışmalara girişebilir. Ayrıca her ne kadar uzaktan çalışmalar işçiler için belli bir özerklik alanı yaratmaktaysa da teknolojik imkanların işçileri her zaman

⁸⁴⁰ Soysal, 157. Nitekim Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu'nun (DİSK) güvencesiz ve örgütlenmeden uzak bir istihdam yapısı sunması gerekçesiyle evde çalışmaya karşı olduğu, tele çalışmalarda işçilerin tercihinin ön planda olmasını savunduğu görülmektedir.

Bkz. <http://disk.org.tr/2016/01/konfederasyonumuzun-uzaktan-calisma-ve-ozel-istihdam-burolarina-mesleki-anlamda-gecici-is-iliskisi-kurma-yetkisi-verilmesi-hakkindaki-gorusleri/>

⁸⁴¹ Civan, Uzaktan Çalışma, 540. Yüksel, 112.

⁸⁴² Bu konuda bir diğer sorun uzaktan çalışan işçinin fazla çalışmasının tespitinde görülmektedir. Yargıtay 2006 yılında vermiş olduğu bir kararında uzaktan çalışan ilaç satış temsilcisinin çalışma zamanını kendisinin belirlediğinden hareketle işçinin fazla çalışma ücreti talebinin reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Y9HD, E.2005/23905, K.2006/5769 ve Ulucan'ın değerlendirmesi için bkz. Ulucan, Kayan İş Süreleri, 181 vd.

ulaşılabilir kılması işçiler üzerinde dinlenme sürelerinde dahi işverenin talimatını bekleme yönünde psikolojik bir baskı yaratabilir. Nitekim bu husus uygulamada uzaktan çalışanların sıklıkla dile getirdiği endişelerin başında gelmektedir. Her ne kadar iş mevzuatımızda çalışma ve dinlenme süreleri açısından işçilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktaysa da bu hükümlerin özellikle evde çalışmalar açısından uygulanabilirliği güçlük arz etmektedir. Zira evde çalışmalarda tele çalışmalarda olduğu gibi işçinin iş başında geçirdiği sürenin denetlenmesini sağlayan teknik bir olanak bulunmamaktadır.

Uzaktan çalışmanın kanımızca doğurduğu en önemli sorunlardan bir tanesi işverenin işçiyi gözetme borcunda ortaya çıkmaktadır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesi ve Borçlar Kanunu'nun 417/2. maddesi gereğince işverenler işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla sorumludur. Bu düzenlemeler gereğince işverenler bilim, teknik ve teknolojinin ulaştığı düzeye göre işyerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli her türlü önlemi almak zorundadırlar.⁸⁴³ Diğer bir ifadeyle işveren tecrübesizlik, bilgisizlik, finansal durumun bozukluğu, benzer işyerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığı, iş güvenliği konusunun özel uzmanlık gerektirdiği gibi bir takım nedenler ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.⁸⁴⁴ Bu kapsamda işveren tarafından işçiyi gerekli eğitimin sağlanmaması ve denetimin yapılmaması da bir kusur halidir.⁸⁴⁵ Uzaktan çalışmaya ilişkin uluslararası düzenlemelerde de işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusu ayrı şekilde ele alınmıştır. Bu bağlamda ILO'nun 177 no.lu sözleşmesinin 7. maddesinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ulusal mevzuatta öngörölen tedbirlerin evde çalışmanın özellikleri de göz önünde bulundurularak bu çalışmalara da uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı düzenlemede ulusal mevzuat ile evde çalışmalardaki belirli işlerin ve bazı tür maddelerin kullanımının yasaklanmasına ilişkin koşulların belirlenmesi de istenmektedir. Bu sözleşmeye bağlı 184 sayılı tavsiye kararında da iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda yetkili makamlar, işverenler ve evde çalışanlar açısından ayrı ayrı sorumluluklar belirlenmiştir. Bu kapsamda yetkili makamlar

⁸⁴³ Arıcı, İş Sağlığı, 98.

⁸⁴⁴ Süzek, 435. Akın, 59-63. Aynı yazar, İş Sağlığı, 305. Baycık, Maden İşçileri, 102-103. Aynı yazar, İşverenin Yükümlölükleri, 43, 233. Civan, Uzaktan Çalışma, 562-567.

⁸⁴⁵ Akın, Kusurun Takdiri, 155.

işverenler ve evde çalışanların uyması gereken sağlık ve güvenlik önlemlerinin anlatıldığı kılavuzları hazırlamak ve dağıtmakla görevlidir. İşverenler ise bilgilendirme veya eğitim yoluyla evdeki tehlikeler ve alınacak önlemlerle ilgili işçileri bilinçlendirmek, işin ifasına yönelik alet ve donanımları iş güvenliğine uygun şekilde organize etmek, evdeki çalışanlara her türlü koruyucu donanımları ücretsiz şekilde sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Evde çalışanların ise öngörülen sağlık ve güvenlik önlemlerine uyması, gerek kendi gerekse iş gördüğü yerdeki diğer kişilerin de güvenlikleri için işin ifasında kullanılan alet ve malzemelerin kullanımına gerekli özeni göstermesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca evde çalışmalarda ortaya çıkabilecek çalışanı, ailesini veya kamu güvenliğini yakın ve ciddi şekilde etkileyebilecek bir tehlikenin varlığı durumunda çalışmanın uygun önlemler alınincaya kadar yasaklanmasının gerektiği bahse konu tavsiye kararında belirtilmektedir. Avrupa Birliği'nin Tele Çalışma Hakkında Çerçeve Sözleşmesi'nin 8. maddesine göre de işveren AB'nin 89/391 sayılı 'İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliğine Yönelik Önlemlerinin İyileştirilmesine Yönelik Önlemler' başlıklı yönergesi ile buna bağlı diğer düzenlemelere, ulusal mevzuata ve iş akdine uygun olarak tele çalışanın sağlık ve güvenliğini sağlamakla sorumludur (m.8).⁸⁴⁶

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde işverenin gözetme borcuna vurgu yapılmakla birlikte uzaktan çalışmanın niteliği gereği işveren bu alanda gerekli denetimleri yapma olanağından mahrumdur. ILO'nun 177 no.lu sözleşmesinde evde çalışmalar için ulusal yasalarda etkin bir denetim ve yaptırım sisteminin oluşturulması (m.9), 184 sayılı tavsiye kararında gizliliğe saygı çerçevesinde kamu görevlileri tarafından yapılacak denetim (m.8), Avrupa Çerçeve Anlaşması'nda ise işverenlerin veya diğer yetkililerinde de çalışma yerinde denetim yapabileceği (m.8) hüküm altına alınmıştır. Öte yandan, özellikle evde çalışma açısından bu denetimin sağlanması güçlük arz etmektedir. Keza Anayasal güvence altında olan konut dokunulmazlığı (AY m.21) ve özel hayatın gizliliği (AY m.20) hükümleri bu konuda gerek işverenler gerekse resmi kurumlar tarafından bu konuda etkin bir denetim yapılmasının önüne geçmektedir.⁸⁴⁷ Diğer ülke uygulamalarında ise bu tarz

⁸⁴⁶ Civan, Uzaktan Çalışma, 562.

⁸⁴⁷ Engin 144.

denetimlere izin verildiği görülmektedir.⁸⁴⁸ Kanımızca iş sağlığı ve güvenliğine yönelik denetimlerin işçinin onayını almak suretiyle ülkemizde de gerçekleştirilmesine izin verilmelidir.

Evde çalışanın iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına tutulması durumunda işveren ancak yapılan işle ortaya çıkan olumsuz durum arasında uygun illiyet bağının bulunması durumunda sorumlu olacaktır.⁸⁴⁹ Diğer taraftan uzaktan çalışmanın niteliği gereği işverenin bazı tedbirleri alma olanağı bulunmadığından veya işçinin iş kazasının oluşumunda ortak kusurunun bulunduğu hallerde işverenin tazminat sorumluluğu azalacak veya ortadan kalkacaktır.⁸⁵⁰

e. Uzaktan Çalışmaya İlişkin Uluslararası Düzenlemeler

Evde ve tele çalışmanın istihdam alanında taşıdığı önem uluslararası alanda da konunun ayrı düzenlemelerde ele alınmasını gerekli kılmıştır. Bu kapsamda ILO ve Avrupa Birliği'nin uzaktan çalışmaya ilişkin düzenlemeleri önem arz etmektedir.

aa. ILO-Evde Çalışma Hakkındaki 177 No.lu Sözleşme ve 184 sayılı Tavsiye Kararı

Uluslararası Çalışma Örgütü 1996 yılında evde çalışmanın geliştirilmesi ve bu alanda istihdam edilen işçilerin korunması amacıyla 177 no.lu sözleşmeyi ve 184 no.lu evde çalışmaya ilişkin tavsiye kararını kabul etmiştir.⁸⁵¹ Sözleşmede evde çalışmalara ilişkin temel işçilik hakları ele alınmış, tavsiye kararında ise bu hakların üye devletler tarafından hayata geçirilmesi için ulusal bazda alınacak tedbirlerin detaylarına yer verilmiştir. Bahse konu düzenlemeler hâlihazırda Türkiye tarafından onaylanmamıştır.⁸⁵²

⁸⁴⁸ Örneğin İngiltere, Fransa, Polonya gibi ülkelerde işçinin onayı ile gerekli denetim yapılabilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Civan, Uzaktan Çalışma, 564.

⁸⁴⁹ Süzek, Akdin Türleri, 31. Engin, 143. Civan, 566. Ayrıca işverenin gözetme borcuna aykırılıkta uygun illiyet bağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, Nedensellik Bağı, 31 vd.

⁸⁵⁰ Süzek, Akdin Türleri, 31.

⁸⁵¹ Bahse konu sözleşme ve kararın Türkçe çevirisi için bkz. Alp-Sönmez, 16 vd.

⁸⁵² Türkiye tarafından onaylanan ILO sözleşmeleri için bkz.

<https://www.csgeb.gov.tr/media/2078/%C4%B1losozlesmeleri.pdf>

Sözleşmenin 1. maddesinde evde çalışma ev işçisi temelinde ele alınmıştır. Buna göre evde çalışma; çalışanın ulusal mevzuat ya da mahkeme kararları çerçevesinde bağımsız çalışan olarak dikkate alınması için gerekli özerklik ve ekonomik bağımsızlık derecesi olmadıkça, işin ifası için gerekli malzeme ve donanımın kim tarafından sağlandığından bağımsız olarak, asıl işyeri dışında tercih ettiği bir ortamda ücret karşılığında iş görmesi olarak ifade edilmiştir. Ayrıca aynı maddede işveren tanımına da yer verilmiştir. Buna göre işveren doğrudan veya ulusal mevzuatta tanımlanmasından bağımsız olarak bir aracı vasıtasıyla kendi faaliyetleri çerçevesinde eve işveren gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.

Sözleşme gereğince üye ülkeler evde çalışmayı geliştirecek bir politika gerçekleştirmekle yükümlü tutulmuştur (m.3). Bu politika çerçevesinde üye devletler evde çalışanlara öncelikle muamele eşitliğinin sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Bu eşitliğin özellikle asgari yaş ve analık açısından korunma, kendi kuruluşlarını kurma ve faaliyetlerine katılma, sağlık ve güvenlik, ücret güvencesi, eğitim ve sosyal güvenlik gibi temel işçilik hakları açısından sağlanması gerektiği belirtilmektedir (m.4).

Yukarıda yer verilen düzenlemelerden anlaşılacağı üzere ILO evde çalışmaların varlığını kabul etmekle birlikte bu kapsamda çalışanların haklarını koruyucu temel düzenlemeler getirmektedir. Muamele eşitliği temelinde sağlanacak bu hakların öngörülmesi için üye devletler tarafından belli bir politika benimsenecektir. Sözleşmeye taraf ülkeler aynı zamanda evde çalışmaya ilişkin ulusal politikanın periyodik olarak gözden geçirilmesiyle de sorumludurlar (m.3). Genel olarak değerlendirildiğinde evde çalışmalara ilişkin iş mevzuatımızda yer alan hükümlerin ILO'nun 177 sayılı sözleşmesine uygun olduğunu söylemek mümkündür.

bb. Tele Çalışma Hakkında Avrupa Çerçeve Anlaşması

Avrupa Komisyonu, Avrupa İstihdam Stratejisi çerçevesinde çalışma koşullarının esnekleştirilmesi, verimliliğin ve rekabet edebilirliğin yükseltilmesi ve esneklik ile güvenlik arasındaki gerekli dengenin sağlanmasını doğrultusunda iş

organizasyonunun modernize edilmesi amacıyla Avrupa Sosyal Tarafları⁸⁵³ (Sosyal Taraflar) 2001 yılında görüşmeye davet etmiştir. Bu çerçevede tarafların gerçekleştirdiği görüşmelerden bir tanesi de tele çalışmalara ilişkindir. Bu görüşmeler neticesinde tele çalışmalar konusunda tek uluslararası belge olma niteliği taşıyan⁸⁵⁴ ‘Tele Çalışma Hakkında Avrupa Çerçeve Anlaşması’⁸⁵⁵ 16 Temmuz 2002 tarihinde kabul edilmiştir.

Çerçeve sözleşmenin ‘Genel Hususlar’ başlıklı bölümünde tele çalışmaların oldukça geniş bir alan içerisinde yer alan uygulamaları kapsadığı bu nedenle Sosyal Tarafların bu konuda geniş bir tanım benimsediği ifade edilmektedir. Bu bağlamda sözleşmede söz konusu çalışma şekli şu şekilde tanımlanmaktadır; *‘tele çalışma, iş sözleşmesi/ilişkisi çerçevesinde belli bir işin bilgi teknolojilerinin kullanılması suretiyle, işyerinde görülebileceği gibi, temelde asıl işyeri dışında ifa edilmesi amacıyla oluşturulan bir iş organizasyonudur’* (m.2). İlgili maddenin devamında bu tanım kapsamında iş görenler tele çalışan olarak adlandırılmıştır. Düzenlemelerden tele çalışmanın iş sözleşmelerini ve bu bağlamda işçileri kapsadığı anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin aynı bölümünde Sosyal Tarafların tele çalışmayı iş organizasyonunun modernize edilmesinde etkili bir araç olarak gördükleri, bu bağlamda çalışanlara iş ve çalışma hayatlarını uyumlaştırabilecekleri özerk bir ortamın yaratıldığı ifade edilmektedir. Ayrıca Avrupa’nın bilgi toplumu olma yönündeki çabalarının esneklik, güvence ve iş kalitesinin bir arada sağlandığı bu tarz çalışmaların desteklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine aynı kısımda sözleşmenin gönüllülük ilkesine dayandığı vurgulandıktan sonra Birlik üyesi ülkelere bu sözleşmeye uygun hareket etme konusunda çağrıda bulunulmuştur.

⁸⁵³ Söz konusu taraflar ETUC (The European Trade Union Confederation/Avrupa Sendikalar Konfederasyonu), UNICE (Avrupa İşverenler Konfederasyonu/Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe–Günümüzde BusinessEurope adıyla anılmaktadır), UEAPME (The European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises–Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Birliği) ve CEEP’ten (European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest–Kamu İştirakli ve Kamusal İşletmeler Merkezi) oluşmaktadır.

⁸⁵⁴ Aydınöz, 7.

⁸⁵⁵ Anlaşma için bkz. http://www.ueapme.com/docs/joint_position/Telework%20agreement.pdf (Erişim tarihi:18.03.2016).

Sözleşmenin 3. maddesi tele çalışmanın taraflarca kararlaştırılması ve koşullarına ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Gerçekten maddenin 1. fıkrasında tele çalışmanın gönüllülük esasına vurgu yapılmıştır. Bu bağlamda işverenler işçileri tele çalışma konusunda herhangi bir baskı yapamaz. Ayrıca aynı maddenin 2. fıkrasında tele çalışmaların işin doğası gereği bir parçası olabileceği gibi iş sözleşmesine sonradan da eklenebileceği belirtilmiştir. Tarafların sonradan tele çalışma konusunda değişiklik yapması halinde bu konuda her iki tarafın da rızasının gerekli olduğu maddede açıkça vurgulanmıştır. Ayrıca maddenin 2. fıkrası gereğince ister işin doğal bir parçası olsun ister sonradan kararlaştırılsın işveren işçiye tele çalışmanın koşulların içeren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür.

Tele çalışmanın gönüllülük esasına dayalı olduğunu hükme bağlamasının yanında kanımızca sözleşmede yer alan bir diğer önemli düzenleme de tele çalışanların statüsüne ilişkindir (m.3/4). Düzenlemede tele çalışmanın yerine getirilen iş süreci açısından bir değişiklik yarattığı bununla birlikte tele çalışanın istihdam statüsünde bir değişiklik yaratmadığına açıkça yer verilmiştir. Dolayısıyla işverenin tele çalışma önerisinin işçi tarafından reddedilmesi gibi sebeplerin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi veya çalışma koşullarının değiştirilmesi açısından bir neden oluşturmayacağı madde hükmünde açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda işin doğasından kaynaklanmayan tele çalışmalara sonradan geçmenin bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılabileceği de ifade edilmiştir (m.3/5).

Sözleşmenin 4. maddesinde çalışma koşulları düzenlenmiştir. Düzenlemede öncelikle tele çalışanlarla asıl işyerinde aynı işi ifa eden emsal işçi arasında ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan tele çalışmanın kendine özgü bir takım özellikleri nedeniyle bireysel ve toplu iş sözleşmelerinde özel hükümlerin öngörülebileceği de kabul edilmiştir.

Çerçeve anlaşmada ayrıca tele çalışmalarda verilerin korunmasına (m.5), özel hayatın gizliliğine (m.6), araç ve gerece (m.7), iş sağlığı ve güvenliğine (m.8), işin düzenlenmesine (m.9), eğitime (m.10) ve kolektif haklara (m.11) ilişkin hükümler de yer almaktadır.

Yukarıda yer verilen düzenlemelerden anlaşılacağı üzere tele çalışma evde çalışmada olduğu gibi sadece işin yerine getirilmesi açısından farklı bir yöntem oluşturmakta, işçinin istihdam statüsünü değiştirmeyi gerekli kılmamaktadır. Bu bağlamda işin özelliğinden kalan durumlar saklı kalmak kaydıyla tele çalışan işçilere asıl işyerinde çalışan emsal işçiler için tanınanlardan farklı haklar öngörülmemesinin sözleşmenin üzerinde durduğu temel konulardan bir tanesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Eurofound'un tele çalışmalara ilişkin 2010 yılı raporunda çerçeve anlaşmanın Sosyal Taraflar tarafından kabul edilen diğer anlaşmalardan farklı olarak herhangi bir AB yönergesine bağlanmadığı, bu nedenle özerk bir nitelik taşıdığı vurgulanmıştır. Bu bağlamda sözleşme özerk türdeki ilk Avrupa Sözleşmesi olma niteliği taşımaktadır. Avrupa Endüstri İlişkileri Sözlüğü'nde⁸⁵⁶ özerk sözleşmeler Avrupa Sosyal Tarafları arasında bağitlanmakla birlikte herhangi bir AB yönergesine bağlanmayan bu açıdan sözleşme taraflarına bağlı kurum, kuruluş ve kişiler açısından ulusal düzeyde sözleşmenin uygulanması yükümlülüğü doğuran sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle her ne kadar AB yönergesine bağlanmamış olsa da sözleşme hükümlerinin AB üyesi devletleri bağlayıcı hükümler öngördüğü söylenebilir.

AB'nin kurucu anlaşması olan Roma Anlaşması'nın 139/2. maddesinde Sosyal Taraflarca akdedilen ve AB yönergesine bağlanmayan sözleşmelerin gönüllü ve özerk olduğu belirtilmiştir. Tele Çalışma Hakkında Avrupa Çerçeve Anlaşması gibi sözleşmeler önceden gönüllülük esasına dayanan sözleşmeler olarak nitelendirilmekle birlikte yeni çalışma programı olan 'Sosyal Diyalog 2006-2008' in yürürlüğe girmesiyle birlikte Sosyal Taraflar terminoloji değişikliğine gitmiş ve akdettikleri sözleşmeleri özerk sözleşmeler olarak tanımlamışlardır. Dolayısıyla bu anlaşmalar bünyesinde yaptırım gücü barındırmamakla birlikte, Sosyal Taraflara bağlı kurum, kuruluş ve kişiler yönünden hukuken bağlayıcıdır.

⁸⁵⁶ Sözlük için bkz. <http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary> (Erişim tarihi: 01.03.2016).

f. Uzaktan Çalışma Hakkında Yasa Tasarı

Günümüzde çalışma hayatının bilim ve teknolojik gelişmelere bağlı evrimi iş mevzuatımızın daha esnek bir yapıya bürünmesini zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede halihazırda TBMM gündeminde olan 08.02.2016 tarihli yasa tasarısı⁸⁵⁷ bünyesinde uzaktan çalışmaya ilişkin bir takım düzenlemeler içermektedir.

aa. Tasarının Genel Gerekçesi

Tasarının genel gerekçesinde Avrupa Birliği'nde ortaya çıkan güvenceli esneklik kavramına vurgu yapılmaktadır. Bu kapsamda güvenceli esneklik uygulamalarıyla işletmelerin rekabet gücünün ve değişen koşullara uyum yeteneğinin artırılmasının hedeflenirken diğer yandan da çalışanların istihdam ve gelir güvencesinin sağlanmasının hedeflendiği belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca Ulusal İstihdam Stratejisi'ne paralelinde açıklamalara yer verildiği de görülmektedir. Bu bağlamda stratejide ifadesini bulan 'işin korunması amacını güden iş güvencesi yerine aktif işgücü politikaları ile desteklenen istihdam güvencesi' fikrinin tasarı tarafından da kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ülkemizde bir sorun haline gelen yapısal işsizlik sorununa ve bu sorunların çözümüne dönük reformlara ihtiyaç duyulduğu gerekçede ayrıca ifade edilmiştir.

Tasarının gerekçesinde yer verilen ve konumuz açısından önem taşıyan bir diğer husus da bilim ve teknoloji alanındaki gelişmelere yapılan vurgudur. Özetlemek gerekirse bu alanda yaşanan gelişmelerin işçilerin kendi çalışma sürelerini ayarlayabilmesi suretiyle iş ve özel yaşam dengesi kurmasına izin verdiği, işçinin bağımlılığını azaltarak asıl işyerinden uzak çalışmasına olanak tanıdığı belirtilmektedir. Ayrıca uzaktan çalışmanın özellikle bilgisayar-elektronik, bankacılık, sigorta, haberleşme, basın yayın ve e-ticaret sektöründe ortaya çıktığı, mobil telefon ve internette yaşanan gelişmelerin uzaktan çalışmayı desteklediği ve istihdamı artırıcı bir rol oynadığına da yer verilmiştir.

⁸⁵⁷ Tasarı için bkz. www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0597.pdf (Erişim tarihi: 03.03.2016).

bb. Tasarının Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri

Uzaktan çalışma kavramına yasa tasarısının 2. maddesinde yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre; “Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.” Ayrıca çalışma koşullarına yazılı iş sözleşmesinde yer verileceği, uzaktan çalışanlarla emsal işte çalışan işçiler arasında farklı işlem yapılamayacağı ve işverenin uzaktan çalışan işçinin sağlık ve güvenliğinin korunması konusunda gerekli tedbirleri alma konusundaki yükümlülüğüne yasada yer verilmiştir.

Kanımızca tele çalışma ve evde çalışmanın uzaktan çalışma adı altında tek bir hüküm altında düzenlemesi her iki çalışma türünün de ortak özellikler içermekle birlikte farklı istihdam türleri olması nedeniyle yerinde değildir.⁸⁵⁸ Gerçekten evde çalışma sonuç sorumluluğu nedeniyle istisna sözleşmesine daha yakınken, tele çalışanın iş ilişkisinde bağımlılık unsurunun daha ön planda olması bu çalışmayı tipik iş ilişkisine yaklaştırmaktadır.⁸⁵⁹ Diğer bir ifadeyle tele çalışan bilgisayar ve diğer iletişim araçları vasıtasıyla işverenin emir ve talimatı altındayken, evde çalışan daha bağımsız bir görünüm sergilemektedir. Bu husus da kuşkusuz işin düzenlenmesinden, alınacak sağlık ve güvenlik önlemlerine kadar bu işçilerin farklı hükümlere tabi şekilde çalışmasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda evde çalışmaya yönelik mevzuatımızda yer alan özel hükümlerin tele çalışmanın niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanması gerektiği öğretide isabetli şekilde belirtilmektedir.⁸⁶⁰ Düzenlemenin gerekçesine bakıldığında ise uzaktan çalışmanın tanımının yapıldığı görülmekle birlikte birbirinden farklı iki istihdam türünün neden tek çatı altında düzenlendiği ise açıklanmamıştır. Bu bağlamda tasarının bu haliyle yasalaşması her iki çalışma türüne uygulanacak hükümler açısından uygulamada bir takım sorunlara yol açacak niteliktedir.

⁸⁵⁸ Alp, Tele Çalışma, 796-797. Ayrıca, 23. dönem 5. yasama yılına ait 1/971 sayılı kanun tasarısının 61. maddesinde ise evden çalışma ve tele çalışma isabetli şekilde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu tasarı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0971.pdf> (Erişim tarihi: 17.03.2016).

⁸⁵⁹ Eyrenci-Bakırcı, 48.

⁸⁶⁰ Aydınöz, 22-23.

Yasa tasarısına yöneltilebilecek bir diğer eleştiri de madde hükmünün uzaktan çalışmalarda işverenin gözetim borcunu nasıl yerine getireceği konusunda bir düzenlemeye yer vermemesidir. Gerçekten maddede her ne kadar işverenin uzaktan çalışan işçinin sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmişse de önceden ifade edildiği üzere bu çalışma türünün niteliği gereği işverenin gözetim borcunu yerine getirmesi güçlük arz etmektedir. Bu noktada resmi iş güvenliği denetiminin yasal düzenlemelere uygun olarak gerektiğinde zor kullanarak yapılabilmesine olanak tanıyan özel düzenlemelere yer verilmesi de uygun olacaktır.⁸⁶¹ Nitekim öğretide de eski yasa tasarısına ilişkin olarak işçinin işyeri ile temasının sağlanması, özel hayatın korunması, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işveren ve kamu görevlilerin işçinin evine müdahalesinin nasıl olacağı, pahalı olan donanımlar karşısında işçinin korunması, çalışma süresinin belirlenmesi ve ispatına ilişkin kurallar ile toplu iş sözleşmesi açısından işçinin hangi işyerine bağlı olacağı gibi hususların açıkça öngörülmesi gerektiği dile getirilmektedir.⁸⁶² Diğer taraftan öğreti tarafından haklı şekilde dile getirilen bu hususların yeni yasa tasarısında ele alınmaması kanımızca önemli bir eksikliğe işaret etmektedir.

II. Bilgi İşinde Önem Arz Eden Esnek Süreli Çalışmalar

Günümüzde modern teknolojiye ve bilgi işçilerinin iş görmesine dayalı üretim sistemlerinin yaygınlaşması, atipik istihdam türlerinin doğmasının yanında, çalışma sürelerinin de esnekleştirilmesini gerekli kılmaktadır. Gerçekten İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra teknolojik alanda yaşanan gelişmeler ile bilgi toplumuna geçiş hızlandıkça yeni düşünce makinaların temposuna bağlı yaşam koşullarına, mekanik eşlenmeye karşı çıkmış; trafiğin yoğunlaşmasına da neden olan belirli saatte işe başlama ve bitirme yerine, “esnek zaman”, “çalışma sürelerinde esneklik”, “esnek çalışma süreleri” çerçevesinde birleşen görüşlerin doğmasına yol açmıştır.⁸⁶³

Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi yönündeki talepler bu konuda katı düzenlemelerin yer aldığı 1475 sayılı İş Kanunu döneminde öğreti tarafından sıklıkla

⁸⁶¹ Engin, 144. Civan, Uzaktan Çalışma, 565.

⁸⁶² Alp, Tele Çalışma, 850.

⁸⁶³ Ekonomi, Esneklik, 72.

dile getirilmiştir.⁸⁶⁴ Öte yandan, 4857 sayılı İş Kanunu ile eski yasanın çalışma yaşamının ortaya çıkardığı ihtiyaçları karşılamaktan uzak, kat nitelikteki çalışma sürelerine ilişkin düzenlemeleri esnekleştirilmiş, çalışma süreleri (m.63) ve fazla çalışmalar (m.41) yeniden düzenlenmiş, çalışma sürelerinin denkleştirilmesi (m.63/2), telafi çalışmaları (m.64) ile kısa çalışmalar (4447 sayılı yasa, ek m.2) konusunda hükümler öngör÷lmüştür.⁸⁶⁵

Bilgi işinde çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi kaçınılmaz bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. İşletmelerin değişen koşullara uyumunun yanında bilgi işçilerinin işin ifasında sergilediği performans zaman üzerinde egemenlik kurmalarıyla doğru orantılıdır. Diğer bir ifadeyle bilgi işçisi yüksek verimle iş görebilmesi açısından işe başlangıç bitiş saatlerini, günlük çalışma süresinin uzunluğunu, dinlenme sürelerini serbest şekilde belirleyebilmelidir. Bu bağlamda günümüzde uygulanan esnek süreli çalışma modelleri o şekilde artmış ve çeşitlenmişti ki bunların hepsini kazuistik bir şekilde açıklamak mümkün değildir.⁸⁶⁶ Diğer taraftan bilgi işçisine çalışma süresini belirleyebilme olanağı sağlayan kayan (esnek) iş süresi ile çalışmadığı süreleri telafi etmesine olanak sağlayan telafi çalışmaları önem arz etmektedir.

1. Kayan (Esnek) İş Süresi

Kayan iş süresi çalışma hayatında ilk uygulanan esnek çalışma sürelerinden biridir. Gerçekten 1960 yıllarının ortalarında Almanya'da başlatılan ve bunun akabinde İsviçre'de uygulamaya konulan bu çalışma şekli, daha sonraki tarihlerde yaygınlık kazanmış, Fransa, İtalya, İskandinav ülkeleri ve İngiltere gibi Avrupa ülkeleri ile ABD, Kanada ve Japonya'daki birçok işletmede kayan iş süreleri benimsenerek uygulamaya konulmuştur.⁸⁶⁷ Avrupa Birliği'nde ise kayan iş süresi en yaygın şekilde Danimarka'da ve Almanya'da uygulanmakta, AB'ye yeni üye olan ve güney ülkelerinde ise az bilinen ve uygulanan bir çalışma türü olarak karşımıza

⁸⁶⁴ Sözek, 804. Ekonomik, Esneklik, 62 vd. Eyrenci, Esneklik, 172-173. Güzel, Esneklik, 214 vd.

⁸⁶⁵ Sözek, 22. Yıldız, 206.

⁸⁶⁶ Eyrenci, Esneklik, 164.

⁸⁶⁷ Eyrenci, Esneklik, 164.

çıkılmaktadır. Ayrıca bahse konu çalışma şekli yöneticiler, uzmanlar, teknisyenler gibi bilgi işçileri arasında daha yaygın şekilde uygulanmaktadır.⁸⁶⁸

Kayan iş süresi; işçinin önceden belirlenen blok sürede çalışma koşulu ile günlük işe başlama ve bitirme zamanını ve/veya ortalama günlük çalışma süresini aşmadan günlük çalışma süresinin uzunluğunu da belirleyebildiği bir çalışma şekli olarak nitelendirilmektedir.⁸⁶⁹ Uygulama açısından kayan iş süreleri basit ve nitelikli olmak üzere iki türlü ayrıma tabi tutulmaktadır.

A. Basit Kayan İş Süresi

Basit kayan iş süresi uygulamasında önceden belirlenen günlük iş süresi içerisinde işçi sadece işe başlama, ara dinlenmesi ve işin bitim zamanını kendisi belirleyebilmektedir.⁸⁷⁰ Böylelikle bilgi işçisi bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle belirlenen günlük çalışma süresini tamamlamak kaydıyla işe erken başlayıp işten erken ayrılabilir ya da tam tersi şekilde geç başlayıp geç sona erdirebilecektir. Ayrıca basit kayan iş süresinde işçinin işin başlama ve bitiş saatlerini serbestçe tayin edilmesinin ya bir defada uzun süre aynı şekilde ya da sürekli olarak değişen şekilde belirleme hakkına sahip olacağı öğretide belirtilmektedir.⁸⁷¹ Kanımızca bilgi işçisine işe başlama ve bitiş saatlerini kendi isteği yönünde değişen şekilde belirleme hakkının tanınması verimliliği artırıcı bir nitelik taşımaktadır.

B. Nitelikli Kayan İş Süresi

Nitelikli kayan iş süresi işçinin belli bir (blok) çalışma süresi içerisinde iş görme koşuluyla fazla ya da eksik çalışmasını belirli bir zaman dilimi içinde (hafta, ay) daha az ya da fazla çalışmak suretiyle denkleştirme olanağına sahip olduğu bir

⁸⁶⁸ Plantenga-Remery, 53-54.

⁸⁶⁹ Eyrenci, Esneklik 164-165. Ulucan, Kayan İş Süreleri, 177. Ekmekçi, Esneklik, 80. Günay, Esneklik, 182.

⁸⁷⁰ Eyrenci, Esneklik, 165. Ulucan, Kayan İş Süreleri, 177.

⁸⁷¹ Hueck, 117.

çalışma türüdür.⁸⁷² Kısaca bu tür çalışmalar işçinin sadece işe başlama ve bitiş saatleri üzerinde değil, günlük çalışma süresinin uzunluğu konusunda da serbestçe karar verebildiği çalışma şeklidir.⁸⁷³ Böylelikle işçi fazla çalıştığı süreleri serbest zaman olarak kullanabilmekte veya eksik sürelerle gördüğü ifasını zaman içerisinde telafi edebilmektedir. Dolayısıyla işçi fazla çalışma yaptığı süreyi eksik çalışarak denkleştirecek ve belirli bir zaman diliminde ortalama süreyi aşmadığı için fazla çalışma ücretine hak kazanamayacaktır.⁸⁷⁴ Ayrıca bu çalışma türünün daha ziyade uzaktan çalışma yönteminin uygulandığı işyerleri için geçerli olduğu, öte yandan asıl işyerinde görülen çalışmalar için de bu yöntemin kullanılabileceği belirtilmektedir.⁸⁷⁵

C. Kayan İş Süresi Çerçevesinde Farklı Uygulamalar

Öğretide kayan iş süreleri temelde ikiye ayrıldığı belirtilmekle birlikte standart dışı sürelerle çalışma imkanı sunan bu sistemde farklı yöntemlerin de belirlenmesi mümkündür. Kuşkusuz hem kayan iş süreleri hem de bu çerçevedeki farklı uygulamalar için iş ilişkisi taraflarının karşılıklı birbirine uygun irade beyanları aranacaktır.

Kayan iş süreleri ve farklı uygulamaların belirlenebilmesi için belli hususların taraflarca önceden belirlenmesi şarttır. Bu unsurlar;

- kayan iş süresinin belirlenmesinde temel alınacak günlük normal (asıl) iş süresi,
- asıl iş süresinin öncesine ve sonrasına eklenen sürelerle kayan iş süresinin yapılabileceği zaman aralığı. Örneğin sabah 07.00 ile akşam 21.00 arasında 8 saatlik çalışma süresinin kaydırılarak uygulanması,
- işçinin işyerinde bulunmasının zorunlu olduğu çekirdek zaman,

⁸⁷² Eyrenci, Esneklik, 165. Ulucan, Kayan İş Süreleri, 177-178. Ekmekçi, Esneklik, 80. Günay, Esneklik, 9.

⁸⁷³ Hueck, 117.

⁸⁷⁴ Ekmekçi, Esneklik, 80.

⁸⁷⁵ Ulucan, Kayan İş Süreleri, 178.

- fazla çalışma ile eksik çalışmanın dengeleneceği zaman aralığı ve bu yöntemin uygulanma usulü
- kayan iş süreleri ile fazla çalışmaların birlikte uygulanması halinde hangisine öncelik tanınacağı⁸⁷⁶

Bu bağlamda kayan iş süresi çerçevesinde farklı uygulama olarak bilgi işçisinin müşteri yoğunluğunun üst düzeyde olduğu 14.00-16.00 saatleri arasında asıl işyerinde bulunması zorunluluğu koşularak işe başlama ve bitiş saatlerini ya da günlük çalışma süresinin uzunluğunu belirleme olanağı kendisine tanınabilecektir.

Önemle vurgulamak gerekir ki çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi bir yandan iş sağlığı ve güvenliği kuralları ile yakından ilgilidir. Bu nedenle yapılan farklı uygulamaların yasal ara dinlenme ve günlük en fazla çalışma süresi dikkate alınarak uygulanması zorunludur. Nitekim iş sürelerini esnekleştirmenin sınırını işçilerin sağlığının korunması oluşturur.⁸⁷⁷

D. Kayan İş Süresi Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Kayan iş süresi uygulaması bilgi işçisinin verimini artırıcı nitelik taşımaktadır. Zira bu şekilde işçinin yoğun trafik saatleri işe gitme ya da işten çıkma zorunluluğu ortadan kalkacak, özel hayat ile iş yaşamının gerekliliklerini kendi ihtiyaçları doğrultusunda dengeleme imkânı ortaya çıkacaktır. Aynı zamanda bu tür uygulamaların işçinin işe geç gelmesi nedeniyle disiplin yaptırımına veya fazla çalışma yapma zorunluluğuna maruz kalmaması nedeniyle çalışma barışına hizmet edeceğini söylemek de mümkündür. Nitekim öğretilerde de bu tür çalışma ilişkilerinin her şeyden önce zaman üzerinde egemenlik sağladığı için işçinin çıkarına hizmet ettiği belirtilmektedir.⁸⁷⁸

⁸⁷⁶ Ulucan, Kayan İş Süreleri, 179.

⁸⁷⁷ Süzek, 807.

⁸⁷⁸ Hueck, 117.

Kayan iş süresi uygulamasının olumlu yönlerinin yanında işletmeler açısından *sistemin programlanması, çalışanların denetlenmesi ve iletişimi* hususlarında bir takım sorunlar içerdiği de söylenebilir. Gerçekten her şeyden önce bu tür uygulamalar işveren tarafından işyerinde etkin bir organizasyon kurmasını gerekli kılmaktadır. Ayrıca işçinin iş görmesi için işletmenin daha uzun bir süre açık kalması da söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla bu tür uygulamaların işletme giderlerinde belli bir artışı beraberinde getirmesi muhtemeldir. Bunlara ek olarak çalışanların farklı zaman dilimlerinde iş görmesi özellikle düzenin ve zamanlamanın önem taşıdığı işler açısından uygulama zorluğu taşıyabilir. Bu farklılığın müşteri teması olan çalışanlar ve personel arasında bir iletişim problemini ortaya çıkarması da söz konusu olabilecektir.⁸⁷⁹

Kanımızca kayan iş süresinin işyerlerinde uygulanıp uygulanmaması bahse konu sorunların işverenler tarafından ne ölçüde karşılandığıyla yakından ilgilidir. Özellikle bankalar gibi büyük ölçekli kuruluşlarda müşteri ve çalışan iletişimi teması söz konusu olmayan birimlerde çalışan işçiler açısından bu tür uygulamalara yer vermek, uygulamanın olumlu yönleri göz önünde bulundurulduğunda, tercih edilebilir bir nitelik taşımaktadır. Nitekim uygulamada özellikle basit kayan iş süresi uygulamasının reklamcılık, bankacılık, hukuk ve denetim gibi bilgi işçilerinin yoğun olduğu sektörlerde hızla yayıldığını gözlemlenmektedir. Almanya'da da kayan iş süreli çalışmanın banka ve sigorta şirketlerinde uygulama alanı bulunduğu belirtilmektedir.⁸⁸⁰

E. İş Mevzuatımız Açısından Kayan İş Süreleri Uygulaması

Mevzuatımızda kayan iş sürelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer taraftan İş Kanunu'nun 63. maddesinin 1. fıkrasında genel bakımdan haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat olduğu ve aksi kararlaştırılmadıkça bu sürenin haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda 4857 sayılı yasanın eski yasa

⁸⁷⁹ Eyrenci, Esneklik, 165-166. Hueck, 118.

⁸⁸⁰ Hueck, 117.

döneminde kabul edilen çalışma sürelerinin iş günlerine eşit şekilde bölünerek uygulanacağı hükmüne nazaran daha esnek bir yapıyı kabul ettiğini söylemek mümkündür. Nitekim İş Kanunu'nun 63. maddesinin 2. fıkrasında tarafların anlaşması ile haftalık çalışma süresinin işyerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ve bu halde iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin, normal haftalık çalışma süresini aşmayacağı hükme bağlanmıştır. Yine düzenlemeye göre denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile 4 aya kadar artırılabilir. Öğretide bu düzenlemenin çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi konusunda AB'nin 93/104 sayılı yönergesine uygun şekilde öngörüldüğü belirtilmektedir.⁸⁸¹ Bu esaslar çerçevesinde belirlenen çalışma sürelerine ilişkin uygulama şekilleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 06.04.2004 tarihli resmi gazetede⁸⁸² yayınlanan İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde (Çalışma Süreleri Yönetmeliği) düzenlenmiştir.

Mevzuatımızda her ne kadar özel bir düzenlemede yer verilmemişse de İş Kanunu m.63 çerçevesinde işçi ve işverenin anlaşma yoluyla kayan iş süreleri uygulamasına gitmesi kanımızca mümkündür. Zira maddede açıkça tarafların anlaşması ve günlük en fazla çalışma süresine uymak kaydıyla haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda bilgi işçisi günlük işe başlama ve bitiş saatlerini ve/veya günlük çalışma süresinin uzunluğunu farklı şekilde belirleyebilecektir. Diğer taraftan özellikle nitelikli kayan iş süresinin açısından kanunen öngörülen bir sınırlama olduğundan bahsedilebilir. Zira kanunda bilgi işçisinin çalışma süresinin farklı şekilde belirlenmesi durumunda bu sürenin denkleştirilmesi açısından 2 aylık bir süre öngörülmüştür. Bu sürenin toplu iş sözleşmeleri ile 4 aya kadar artırılması mümkündür.

Denkleştirme süresi açısından özellik arz eden bir durum bilgi işçisinin kendi menfaati açısından bu süreyi daha uzun belirlemek istemesi halinde nasıl bir yöntem izleneceğidir. Diğer bir deyişle bilgi işçisi daha verimli olduğunu düşündüğü ve özel

⁸⁸¹ Süzek, 804. Aynı yazar, İş Hukukunun Geleceği, 20.

⁸⁸² RG:06.04.2004, 25425.

yaşamı ile iş hayatını gerekliliklerini daha rahat bir şekilde ayarlayabildiğini ileri sürmesi halinde denkleştirme süresinin daha uzun dönemlerde öngörülüp öngörülemediği konusunda nasıl bir çözüm izleneceğidir. Kanımızca yasada belirlenen süreler, bireysel iş akitleriyle 2 ay toplu iş akitleriyle ise 4 ay, işçilerin sağlığını korumak amacıyla öngörülen azami süreler olup denkleştirme açısından taraflarca daha uzun sürelerin belirlenmesi mümkün değildir.⁸⁸³ Öte yandan, yasada yapılacak bir değişiklikte taraflara daha uzun bir denkleştirme süresinin tanınması sağlanabilir. Nitekim haftalık 5 saatlik çalışma süresiyle başlayan ve her hafta kademeli şekilde 5 saat artan, haftalık 65 saatlik çalışma süresine ulaşmasının akabinde ise aynı sürede azalan bir sistemde 6,5 aylık denkleştirme döneminde haftalık olağan çalışma süresini aşılmamaktadır. Kuşkusuz bu hesaplamanın farklı sürelerle ve daha uzun denkleştirme dönemini gerektiren bir süre için de yapılması mümkündür. Tarafların menfaati açısından böyle bir uygulamaya ihtiyaç olması halinin söz konusu olabileceği dikkate alındığında denkleştirme süresi açısından daha esnek bir yapının yasa tarafından öngörülmesi kanımızca yerinde olacaktır. Nitekim öğretilerde de 2 aylık denkleştirme süresinin nispeten kısa olduğu haklı olarak ifade edilmektedir.⁸⁸⁴ Ayrıca bu konuda yapılacak olan yasa değişikliğinde denkleştirme süresinin uzatılmasında işverenlerin bir takım kötü niyetli uygulamalarının önüne geçmek amacıyla işçilerin taleplerinin ön planda tutulması kanımızca uygun olacaktır. Nitekim İngiltere’de işçilerin haklı gerekçeleri bulunması durumunda işverenden esnek süreli çalışma konusunda yazılı istekte bulunmaları halinde bu taleplerin karşılanması konusunda yasal bir zorunluluk bulunmaktadır.⁸⁸⁵ Öğretilerde de esnekleştirme konusunda sadece işverenlerin değil ‘*zaman üzerinde egemenlik*’ yaratması nedeniyle işçilerinde menfaatlerinin bulunduğu haklı olarak belirtilmektedir.⁸⁸⁶

⁸⁸³ Eyrenci, Değerlendirme, 42. Caniklioğlu, 7.

⁸⁸⁴ Süzek, 806. Aynı yazar, İş Hukukunun Geleceği, 20.

⁸⁸⁵ Bu konuda bkz. <https://www.gov.uk/flexible-working/applying-for-flexible-working> (Erişim tarihi: 01.01.2016).

⁸⁸⁶ Hueck, 109.

Diğer taraftan önemle belirtilmesi gereken bir diğer konu denkleştirme süresi içerisinde bilgi işçisinin sağlığının korunması gerekliliğidir.⁸⁸⁷ Mevzuatımızda günlük çalışma süresinin üst sınırı 11 saat olarak belirlenmiştir. Gerçekten Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 3. fıkra hükmüne göre günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz. Dolayısıyla denkleştirme süresi içerisinde bilgi işçisi 11 saatin üzerinde çalıştırılmayacaktır. Diğer taraftan bu düzenleme işçinin korunması açısından yeterli değildir. Zira işçi her ne kadar günde 11 saatin üzerinde çalışamayacak olsa da denkleştirme süresi içerisinde 3 hafta üst üste 66 saat çalışmasını engelleyen bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Nitekim bu durum işçinin sağlığını olumsuz etkilemesi nedeniyle kabul edilemez niteliktedir. Bu nedenle yapılacak yasal düzenleme ile denkleştirme döneminde haftalık azami çalışma süresi için makul bir sınır öngörülmesi yerinde olacaktır.⁸⁸⁸

Bu noktada kısaca Avrupa Birliği'nin çalışma sürelerine ilişkin öngördüğü düzenlemelerden ve ülke uygulamalarından bahsetmek yerinde olacaktır. AB'nin 2003/88/EC sayılı yönergesi çalışma süreleri konusunda temel düzenlemeler öngörmektedir.⁸⁸⁹ Yönergenin 'Kapsam ve Tanımlar' başlıklı 1. maddesine göre yönergenin amacı işçilerin sağlık ve güvenliklerini sağlamak amacıyla işverenin iş organizasyonunda uygulanacak olan çalışma süreleri konusunda asgari koşulları öngörmektedir. Bu bağlamda yönergede yer alan standartlar asgari düzeyi yansıtmakta olup üye ülkeler tarafından yasal düzenlemelerle bunların üzerinde işçi lehine haklar öngörülmesi mümkündür. Yönergede işçinin 24 saatlik bir zaman dilimi içerisinde kesintisiz 11 saat dinlendirilmesi (m.3), günlük çalışma süresinin 6 saati aştığı durumlarda işçilere ara dinlenme hakkı tanınması (m.4), işçinin 7 günlük bir zaman diliminde günlük 11 saatlik dinlenme süresine ek olarak kesintisiz 24 saat dinlendirilmesi (m.5) gibi çalışma ve dinlenme süreleri açısından asgari düzenlemeler öngörülmüştür. Birçok AB üyesi ülkede günlük 8 saat (Belçika,

⁸⁸⁷ Anayasamızda yer alan işçinin korunması, çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve çalışanlara dinlenme hakkının tanınmasına yönelik hükümler asıl amaçlarının dışında işçilerin iş süreleri açısından korunmalarına da hizmet etmektedir. Bkz. Arıcı, Çalışma Süreleri, 53.

⁸⁸⁸ Süzek, 807. Aynı yazar, İş Hukukunun Geleceği, 20.

⁸⁸⁹ Yönerge için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003L0088>
(Erişim tarihi:21.03.2016).

Bulgaristan, Estonya, Finlandiya, Almanya, Litvanya, Letonya, Polonya, Portekiz, Romanya ve İsveç) ile 12,5 saat (Malta) arasında değişen sürelerle azami çalışma süresi öngörülmüştür. Diğer taraftan Güney Kıbrıs, Danimarka, İrlanda, İtalya ve İngiltere’de ise bu yönde bir sınırlama bulunmamakta olup bu ülkelerdeki günlük azami çalışma süreleri yasal dinlenme sürelerine göre değişkenlik göstermektedir.⁸⁹⁰ Bu bağlamda iş mevzuatımızda yer alan 11 saatlik günlük azami çalışma süresinin uzunluğu iş sağlığı ve güvenliği açısından kanımızca tartışmaya açıktır.⁸⁹¹

Konumuz açısından altı çizilmesi gereken bir diğer hüküm ise yönergenin *‘haftalık en fazla çalışma süresinin’* düzenlendiği 6. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenleme göre üye devletler işçilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından korunması gerekliliğini göz önünde bulundurarak haftalık çalışma süresinin yasal hükümler veya idari düzenlemeler ya da bireysel/toplu iş akitleriyle sınırlandırılması gerektiği belirtilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkra hükmüne göre ise 7 günlük bir zaman diliminde, fazla çalışmalar da dâhil olmak üzere, ortalama çalışma süresi 48 saati aşamaz. Bu düzenleme gereğince ülkemizde de fazla çalışmaları kapsayacak şekilde haftalık azami çalışma süresinin öngörülmesi işçinin sağlık ve güvenliğini koruyacağı gibi esnek uygulamalar için daha sağlam bir zeminin oluşmasını sağlayacaktır. Nitekim AB tarama sürecinde de bu konunun gündeme geldiği ve ülkemizden bilgi istendiği öğretide belirtilmektedir.⁸⁹² Bu konuda AB üyesi ülkelerdeki uygulamalara baktığımızda ise AB üyesi 16 ülkede (Güney Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Romanya, Slovenya ve İngiltere) 48 saatlik haftalık azami çalışma süresi getirildiği, diğer birçok AB üyesi ülkede ise (Avusturya, Bulgaristan, Estonya, Finlandiya, Litvanya, Polonya, Portekiz, Slovakya, İspanya ve İsveç) bu sınırın 40 saat olarak belirlendiği görülmektedir. Sadece Belçika’da haftalık azami çalışma süresi 38 saat olarak belirlenmiştir.⁸⁹³

⁸⁹⁰ Plantenga-Remery, 29.

⁸⁹¹ Günlük azami çalışma süresinin uzunluğunun özellikle yaşlı işçilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından üzerinde durulması gereken bir husus olduğu öğretide haklı şekilde dile getirilmektedir. Bkz. Arıcı, Yaşlı İşçi, 941.

⁸⁹² Sözek, 807.

⁸⁹³ Plantenga-Remery, 29.

2. Telafi Çalışması

Telafi edici çalışma, belli sebeplere bağlı olarak işçinin hiç çalışmayarak veya eksik sürelerle gördüğü işin ifasını belirli bir zaman dilimi içerisinde (hafta, ay) normal çalışma süreleri üstünde fazla çalışma ücreti ödenmesine gerek kalmaksızın çalışması suretiyle telafi etmesidir.⁸⁹⁴ Telafi çalışması belli bir denkleştirme dönemi içerisinde haftalık normal çalışma süresi içerisinde çalışılması halinde işçiye fazla çalışma ücreti verilmesine gerek olmaması nedeniyle kayan iş sürelerine benzetmekle birlikte mevzuatımız gereğince bu uygulama işverenin talebine/onayına bağlı olduğundan kayan iş sürelerinden farklılık arz etmektedir. Ayrıca telafi çalışmasına özgü olarak yasada belli sınırlamalar da bulunmaktadır (İK m.64/2). Öte yandan, telafi çalışması için de bilgi işçisine “zaman üzerinde egemenlik” tanıyan bir diğer uygulama çeşidi oluşturduğunu söylemek mümkündür. Her ne kadar bu çalışmada işverenin talebi ve onayı ön planda olsa da bilgi işçisinin telafi çalışması yönündeki makul talebinin karşılanması verimini artırmasıyla ilgili olduğundan telafi çalışması bilgi işinde önemli bir esneklik aracı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Batı ülkelerinde çalışma sürelerinde esneklik ihtiyacı çerçevesinde telafi edici çalışma kanun hükümlerinde yer almaktadır. Gerçekten İsviçre İş Kanunu’nun 11. ve 13. maddelerinde telafi çalışması hükümlerine ayrılmıştır.⁸⁹⁵ Hukukumuzda ise telafi edici çalışmalar bahse konu yabancı hukuk düzenlemesinden gerek telafi çalışması yapılabilecek süre gerekse bu çalışmaya yol açabilecek nedenler açısından daha geniş kapsamlı şekilde düzenlenmiştir.⁸⁹⁶ 1475 sayılı İş Kanunu döneminde çalışma sürelerine yönelik katı hükümler öngörüldüğünden tarafların anlaşması söz konusu olsa dahi işçinin çalışmadığı süreler için sonradan normal çalışma süresinin üzerinde iş görmesinin fazla çalışmaya yol açtığı öğretisi tarafından belirtilmektedir.⁸⁹⁷

⁸⁹⁴ Süzek, 815. Ekonomi, Telafi Çalışması, 1249. Eyrenci, Esneklik, 166.

⁸⁹⁵ Eyrenci, Esneklik, 167.

⁸⁹⁶ Ekonomi, Telafi Çalışması, 1250.

⁸⁹⁷ Süzek, 815. Aktay-Arıci-Kaplan, 246. Ekonomi, Telafi Çalışması, 1249. Eyrenci, Değerlendirme, 46. Aynı yazar, Esneklik, 167. Astarlı, <http://legalbank.net/belge/telafi-calismasi/824898>. (Erişim tarihi: 01.01.2016).

Telafi çalışması İş Kanunu'nun 64. maddesi ile Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 7. maddesinde hükme bağlanmıştır. Düzenlemenin 1. fıkrasına göre; *“Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Bu çalışmalar fazla çalışmaya veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz.”* Bu düzenlemeden hareketle telafi çalışması yaptırılacak haller arasında zorunlu nedenlerle işin durması⁸⁹⁸, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi ve benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma süresinin önemli derecede altında çalışılması ile işçinin talebi üzerine kendisine izin verilmesidir. Bilgi işinde işçinin zaman üzerinde egemenlik kurması önem arz ettiğinden işçinin talebi üzerine kendisine izin verilmesi hali ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

Telafi çalışmasının öngörüldüğü kanun maddesinde işin tamamen tatil edilmesinin yanında işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışması halinde de telafi çalışması yapılabilmesine olanak tanımıştır. Öğretide normal çalışma süresinin önemli ölçüde altında çalışılmasından kısmi süreli çalışma için İş Kanunu m.13'te gerekçesinde getirilen ölçütten yararlanılması gerektiği belirtilmektedir. Bu durumda gerekçede öngörüldüğü üzere normal çalışma süresinin en az üçte biri kadar bir süre kısaltılması durumunda telafi çalışması yapılmasına izin verilecektir.⁸⁹⁹ Diğer taraftan bizim de katıldığımız görüşe göre üçte birlik süre hesabında normal haftalık çalışma süresi değil günlük çalışma süresi nazara alınmalıdır.⁹⁰⁰ Keza bu şekildeki bir hesaplamanın telafi çalışması uygulamasının amacına uygun şekilde kullanılmasına hizmet edeceğini söylemek mümkündür.

⁸⁹⁸ Bu nedenlerin mücbir neden olarak yorumlanmaması konusunda bkz. Ekonomi, Telafi Çalışması, 1251-1252. Eyrenci, Değerlendirme, 47. Baycık, Güvenceli Esneklik, 246. Yargıtay'ın işletme güçlüğü/ekonomik zorlukları telafi çalışmasına imkan veren zorunlu neden olarak kabul ettiği kararı için bkz. Y9HD, 17.03.2008, E.2007/27667, K.2007/11104 ve Astarlı'nın eleştirisi, <http://legalbank.net/belge/telafi-calismasi/824898>. Ekonomik gerekçelerle telafi çalışması yaptırılacağı konusunda bkz. Ekmekçi, Telafi Çalışması, 33.

⁸⁹⁹ Süzek, 816. Aktay-Arıci-Kaplan, 247. Ekonomi, Telafi Çalışması, 1253. Eyrenci, Değerlendirme, 47.

⁹⁰⁰ Ekonomi, Telafi Çalışması, 1254.

İş Kanunu m.64/1 madde hükmüne göre işveren tarafından telafi çalışması bu çalışmayı gerektiren halin sona ermesinden itibaren iki ay içinde yaptırılmalıdır. Bu süre mutlak emredici nitelikte olup taraflarca uzatılması mümkün değildir.⁹⁰¹ Ayrıca bu çalışma için telafi edici çalışmaya yol açan olayın gerçekleşmesinin beklenmesinin şart olmadığı bu olayın öngörülebilir olması durumunda önceden de fazla çalışmak suretiyle telafi çalışması gerçekleştirilebileceği öğretide belirtilmektedir.⁹⁰² Diğer taraftan bu uygulamanın dar ve sınırlı bir şekilde yorumlanması da işçinin korunması açısından uygun olacaktır.⁹⁰³

A. Bilgi İşçisinin Telafi Çalışması Koşuluyla İzin Talebi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 64. maddesinde telafi çalışması yaptırılacak hallerden bir tanesi olarak işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi durumu öngörülmüştür. Ayrıca maddede telafi çalışması için belirlenen hallerde işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir hükmünden *telafi çalışmasına karar verme ve uygulama yetkisinin* işverene ait olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda bilgi işçisi izin talebinde bulunduğunda çalışmadığı sürenin karşılığı olarak telafi çalışması önerisini de talebiyle birlikte belirtebilir. Diğer yandan işveren de işçinin izin talebi karşısında telafi çalışması yapması gerektiğini düşünüyorsa durumu işçiye bildirmesi gerekmektedir. Bu konuda herhangi bir uyuşmazlık çıktığında ispat yükünün işverende olması nedeniyle izin talebini ve telafi çalışması kaydını açıkça gösteren yazılı bir belgenin bulunması ispat açısından kolaylık sağlayacaktır.⁹⁰⁴ Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki işçinin yasadan veya iş sözleşmesinden kaynaklanan bir izin hakkı kullanması durumunda telafi çalışması söz konusu olmayacaktır.⁹⁰⁵

⁹⁰¹ Ekonomi, Telafi Çalışması, 1256.

⁹⁰² Süzek, 817. Ekonomi, 1256-1257. Astarlı, <http://legalbank.net/belge/telafi-calismasi/824898>. Aksi yönde, Ekmekçi, Telafi Çalışması, 31.

⁹⁰³ Ekonomi, Telafi Çalışması, 1257.

⁹⁰⁴ Ekonomi, Telafi Çalışması, 1254.

⁹⁰⁵ Süzek, 817.

Telafi çalışmasına ilişkin madde hükmünden anlaşıldığı üzere bu çalışmayı işyerinde uygulama yetkisi işverene aittir.⁹⁰⁶ Diğer bir ifadeyle işçilerin talepleri karşısında telafi çalışması yapılıp yapılmayacağına işveren karar verecektir. Bunun temelinde ise işverenin işçiye mevzuatta yer alan ve sözleşmede öngörülen hallerin dışında izin verme zorunluluğunun bulunmaması yatmaktadır.⁹⁰⁷ Kuşkusuz işveren işçinin bu yöndeki talebini kabul de edebilir. Ayrıca bilgi işçisinin verimini artıracak bir unsur olan *zaman üzerinde egemenliğin* sağlanması için telafi çalışması koşuluyla makul nedenlere dayanan izin taleplerinin işverence karşılanması gerekliliğinden bahsetmek mümkündür. Her ne kadar telafi çalışmasına ilişkin yasal düzenlemede işçinin talebinin işveren tarafından kabul edilmesini öngörülmüşse de yapılacak yasal değişiklik ile haklı gerekçeleri olan işçilere işverenin onayı olmaksızın taraflı irade beyanı ile telafi çalışması yapma hakkı tanınabilir.

Bu bağlamda örneğin işçiye, kanunda yer alan mazeret izni kadar ağır olmayan, bununla birlikte özel hayatın gereklilikleri nedeniyle serbest zaman gerektiren bir takım hallerde, çalışmadığı dönem için telafi çalışması yapma olanağının tanınması kanımızca taraflar arasındaki iş ilişkisinin korunmasına hizmet edebilir. Kuşkusuz işçiye tanınan bu hak yasa tarafından belirlenen durumlarda ve sınırlı süreler için söz konusu olacaktır. Örneğin mazeret izni (İK Ek m.2) gerektiren haller kadar ağır olmamakla birlikte uzak bir akrabanın vefatı, işçinin evlenmesi yerine nişanlanması veya eşin yeni doğum yapması gibi hallere özgü olarak telafi çalışması yapma hakkının tanınması işçiye zaman egemenliği sağlanması açısından uygun olacaktır. Bu suretle zamana dayalı ücret sisteminin öngörüldüğü işyerlerinde işçilerin ücret kaybına uğramaksızın esnek çalışmalarının da önü açılmış olacaktır.

B. Telafi Çalışmasında Bilgi İşçisinin Sağlığını ve Güvenliğini Koruyucu Hükümler

İş Kanunu'nun 64. maddesinde telafi çalışması yaptırılacak işçinin sağlık ve güvenliğini koruyucu hükümler de öngörülmüştür. Maddenin 2. fıkrasına göre bu

⁹⁰⁶ Aktay-Arıcı-Kaplan, 247.

⁹⁰⁷ Ekmekçi, Telafi Çalışması, 34.

alışmalar günde en çok çalışma suresini (11 saat) aşmamak koşulu ile günde üç saatte fazla olamaz. Tatil gunlerinde telafi çalışması yaptırılmayacağı aynı dzenlemede hkme bağlanmıştır.

Öğretide yer alan bir görüşe göre işyerinde çalışılmayan cumartesi günleri akdi tatil niteliğinde olmayıp bu gün de iş günlerinden bir tanesidir. Bu bağlamda işçiye sadece günlük çalışma sürelerinde değil normalde çalışmadığı cumartesi gününde telafi çalışması yaptırılması mümkündür.⁹⁰⁸ Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira kanunda işçiye tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır (m.64/2). Kuşkusuz bu hüküm işçinin dinlenmesi amacına hizmet etmektedir. Her ne kadar kural olarak Cumartesi günü İş Hukuku açısından işgünü niteliğindeyse de iş akdinde işçinin hafta sonları alıştırılmayacağına ilişkin kayıtlar işçinin dinlendirilmesi amacını güden tatil niteliğindeki düzenlemelerdir. Bu nedenle işçiye cumartesi günü telafi çalışması yaptırılabilceğini ileri süren öğreti görüşüne katılmıyoruz. Nitekim Yargıtay da 2008 yılında verdiği bir kararında iş akdinde Cumartesi günü çalışmamasını akdi nitelikte bir tatil saymış ve bu günde işçiye telafi çalışması yaptırılmayacağını kabul etmiştir.⁹⁰⁹ öte yandan, işverenin Cumartesi günü telafi çalışması yapılması teklifinin işçi tarafından kabul edilmesine geçerlilik tanınması uygun olur. Çalışma koşullarının toplu iş sözleşmesiyle belirlendiği işyerlerinde ise işverenin bahse konu teklifinin ancak işçinin lehine olduğu durumlarda işçi tarafından kabul edilmesine geçerlilik tanınacaktır (STİSK m.36/1).

A. Telafi çalışmasında cret

İş Kanunu'nun 64. maddesinin 1. fıkrasında telafi çalışmalarının fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmayacağı hükme bağlanmıştır. Öte yandan, telafi çalışmasında işçiye ödenecek ücret konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Kuşkusuz telafi çalışması yasada yer alan hallerde normal iş gününde

⁹⁰⁸ Ekonomi, Telafi alışması, 1257. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 219. Ekmekçi, Telafi alışması, 37.

⁹⁰⁹ Y9HD, 17.03.2008, E.2007/27667, K.2007/11104 ve Astarlı'nın Değerlendirmesi. Aynı yönde Başterzi'nin incelemesi, 125-134.

çalışılmayan zamanı telafi etmek için yapılan bir '*çalışma*' olduğundan bu çalışma karşılığında ücret ödenecektir. Dolayısıyla telafi çalışmasında işçiye normal ücreti ödenecektir.⁹¹⁰

Doktrinde haklı şekilde belirtildiği üzere telafi çalışmasına gidilen işyerlerinde işçilere çalışmadıkları süreler için ödeme yapıldığı takdirde, telafi çalışması yapılan hallerde ikinci bir ücret ödemesi söz konusu olmayacaktır.⁹¹¹ Gerçekten telafi edilecek süre için işçiye birden fazla ücret ödenmez. Diğer taraftan işçinin çalışmadığı süreler için yasadan (İK m.40) veya iş akdinden doğan ücret ödeme borcu söz konusuyla işçiye telafi çalışması için ayrıca ödeme yapılması gerekecektir. Zira bu tür ücretler işçiye bir iş karşılığı olmaksızın ödenen sosyal ücret niteliğindedir.⁹¹² Bu bağlamda örneğin hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen maktu ücretli işçilerin (İK m.49) haklı bir mazereti bulunması halinde işe gelmemeleri⁹¹³ halinde işveren ücretlerinden bir kesinti yapamayacaktır. Bu durumda işçiye telafi çalışması yaptırılması durumunda bu çalışmanın karşılığının ayrıca ödenmesi gerektiği kanısını taşıyoruz. Her ne kadar öğretide bu durumda işverenin işçiye telafi çalışması yaptırabileceği belirtilmekteyse de⁹¹⁴ bu talebin işçiden gelmesinin kabul edilmesi kanımızca daha uygun olacaktır.

⁹¹⁰ Sözek, 817. Ekonomi, 1258.

⁹¹¹ Ekmekçi, Telafi Çalışması, 37.

⁹¹² Ekonomi, Telafi Çalışması, 1258.

⁹¹³ İşçinin devamsızlığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sözek, 714-716.

⁹¹⁴ Ekonomi, Telafi Çalışması, 1260.

SONUÇ

Çağdaş anlamda İş Hukuku'nun doğumu ve gelişimi ekonomi ve teknoloji alanındaki değişimlere bağlı olarak gerçekleşmiştir. 18. yüzyılın ikinci yarısından sonra dönemin ileri teknolojisi olan buhar gücünün makinelerle uygulanması önce İngiltere'de daha sonra diğer Batı Avrupa ülkelerinde yeni üretim yöntemlerinin doğmasına ve kitlesel üretime geçilmesine olanak tanımıştır. Tarımsal işgücü ile esnaf ve zanaatkarların yeni işgücünü oluşturduğu bu dönemde liberal ve bireyci hukuk anlayışı ekonomik kalkınmanın işçilerin üzerine yüklendiği, sosyal sefalet olarak adlandırılan bir toplumsal yapının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Çağdaş İş Hukuku normları ise işte tam bu noktada işçilerin korunması düşüncesiyle doğmuş ve gelişimini bu paralelde sürdürmüştür.

İnsanoğlunun bilim ve teknolojiye olan merakı sadece buhar gücüyle sınırlı kalmamış, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra bilgisayar ve iletişim teknolojisinde baş döndürücü gelişmeler yaşanmıştır. Günümüzü şekillendiren bu gelişmelerin sonuçlarından bir tanesi de Fordist-Taylorist üretim sistemindeki işgücünün yerini yavaş yavaş makinalara bırakmasıdır. Ekonomik faaliyetlerine devam etmek zorunda olan işverenlerin işgücüne olan ihtiyacı ise artık standart çalışanlardan ziyade nitelikli işçilerin istihdamı yönünde şekillenmeye başlamıştır. Günümüzde Almanya başta olmak üzere birçok batı ülkesinde ileri vasıflara sahip ancak sınırlı sayıda işçinin çalıştığı, işin görülmesinin daha çok makinalara bırakıldığı çalışma sistemlerine geçiş söz konusudur. Formal eğitimin de bunu sağlamaya yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere birçok batı ülkesinde üniversiteler ile işletmelerin entegrasyonu sağlanmaktadır. Dolayısıyla bilgiye ulaşmanın arz ettiği önem her gün artmaktadır. Bu durum kuşkusuz arz ve talebin bir sonucudur. Keza günümüzde nitelikli işçilere daha fazla ihtiyaç duyulurken vasıfsız çalışanların istihdamının giderek azaldığı birçok araştırmada ortaya konulmuştur. Bahse konu gelişmelerin temelinde ise tek bir gerçeklik yer almaktadır. Bu gerçeklik de bilginin günümüz çalışma hayatının ve toplumsal yapısının ana unsuru haline geldiğidir. Gerçekten günümüzün ekonomik açıdan en yüksek değer taşıyan işletmelerine bakıldığında bilgi yoğun malların

üretiminin gerçekleştirildiği işletmelerin ön sıralarda yer aldığını söylemek mümkündür.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra bilim ve teknolojiye yaşanan gelişmelerin bilgiyi bu denli önemli kılması öğreti tarafından bahse konu dönemin 'bilgi toplumu' ve 'bilgi ekonomisi', işgücünün ise 'bilgi işçileri' olarak adlandırılmasına yol açmıştır. Bu görüşlerin temelinde sosyal yapının merkezinde yer alan bilginin geleceği de şekillendireceği fikri yatmaktadır. Bilgi işçileri ise ileri düzey eğitimleri sayesinde sahip oldukları vasıflarla zihinsel emeğin ön planda olduğu bilgi işlerinde bilgiyi işlemekte ve ekonomik anlamda değer taşıyan hale getirmektedir. Diğer bir deyişle bu işçiler bilgi ekonomilerindeki üretimin ana unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bahse konu yeni ekonomide sermaye yerine bilgiye sahip olmak daha büyük önem arz eder hale gelmiştir. Öğretide bilgi işçilerinin yeni ekonominin hakim sınıfını oluşturduğunu ileri süren görüşler dahi ileri sürülmüştür.

Günümüzde bilgi toplumu ve ekonomisi düşüncesi teorik bir yaklaşım olmanın ötesine geçmiş ve pratik hayatta da etkisini göstermiştir. Nitekim Avrupa Birliği'nin gerek kuruluş anlaşmasında gerekse ekonomik kalkınma ve istihdam planlarında Avrupa'nın bilgi toplumu ve ekonomisi eksenindeki dönüşümüne yönelik adımlara yer verilmiştir. Ülkemizde ise bilgi ekonomisi ve toplumu fikri 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu'yla benimsenmiştir. Gerçekten kanunun genel gerekçesinde üretimde bilginin öneminin sermayenin önüne geçtiğinden, çalışanların vasıf derecelerinin beden işçiliğinden fikir işçiliğine kaydığundan bahsedilmekte ve mevzuatımızın bu gelişmelere bağlı olarak değiştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla bilgi toplumu ve ekonomisi düşüncesinin geç de olsa ülkemizin yasal düzenlemelerinde yerini bulduğunu söylemek mümkündür.

Çağdaş İş Hukuku'nun ortaya çıkmasında sanayileşme döneminin ağır yükünü taşıyan işçilerin korunması fikri rol oynamış, bu hukuk dalının gelişim sürecinde de aynı düşünce korunmuştur. Diğer taraftan bilgi ekonomisi ve toplumu paralelinde evrilen çalışma hayatında bilgi işçilerinin bu korumadan yararlanıp

yararlanmaması gerektiği ayrı bir soru işareti oluşturmaktadır. Bu işçilerin sahip olduğu ileri vasıflar onlara iş sözleşmesinin akdedilmesinde işverenlere karşı pazarlık gücüne kavuşma, istihdam piyasasında diğerlerine nazaran daha kolay iş bulma ve çalıştıkları işyerlerinde daha fazla söz hakkına sahip olma gibi olanaklar sağlamaktadır. Öte yandan, günümüzde bahse konu hususların hiçbirisi işverenin sahip olduğu ekonomik gücün önüne geçememektedir. Diğer bir ifade ile her ne kadar üretim sistemleri için önem taşıyalar da bu işçilerin sahip olduğu ileri vasıflar iş ilişkisinde sadece bir takım ilave menfaatlere ulaşmalarına olanak tanımaktadır. İşveren ise bilgi işçisiyle akdettiği iş sözleşmesiyle kurulan dengede, yüksek performans beklentisinin karşılığı olarak işçiye daha yüksek ücret önerebilmekle ve ayrıca işçinin arzu ettiği çalışma koşullarında iş görmesine de onay verebilmektedir. Dolayısıyla günümüzde bilgi işçilerinin iş görme edimlerini, zayıflamakla birlikte, kişisel/hukuki bağımlılık altında ifa ettiği söylenebilir. Bu bağlamda bu işçilerin diğer işçiler karşısında daha az korunmalarını gerektirir bir hal kanımızca bulunmamaktadır.

Diğer taraftan bilgi işçilerinin iş ilişkilerine uygulanacak iş mevzuatı hükümlerinin değerlendirilmesinde bu işçilerin taşıdığı niteliklerin göz önünde bulundurulması gerektiği ileri sürülebilir. Bu bağlamda ele alınabilecek ilk konu bilgi işçilerinin pay sahipliği konusudur. İngiltere’de 2014 yılında iş mevzuatında yapılan değişiklik ile nitelikli işçilerin işyerlerine olan bağımlılıklarını artırmak, yüksek verimle çalışmalarını sağlamak gibi gerekçelerle bu işçilerin çalıştıkları işyerinde pay sahibi olmalarını sağlayıcı adımların atıldığı görülmektedir. Bu konunun yönetime katılma imkanı sağlaması açısından Avrupa Birliği tarafından da desteklendiği görülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri’nde de işçilerin pay sahibi olması yönünde düzenlemelere rastlanmaktadır. Ülkemizde ise işçilerin pay sahibi olması konusunda iş mevzuatımızda özel bir düzenleme bulunmamakta, konu daha çok Yargıtay kararları etrafında şekillenmektedir. Diğer taraftan, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından 17.09.2015 tarihinde yayınlanan Bankalarda İyi Ücretlendirme Uygulamalarına İlişkin Rehber’de (Ücretlendirme Rehberi) Bankacılık sektöründe yer alan bilgi işçisi niteliğindeki bir takım üst düzey çalışanlara performansa dayalı ücret yerine pay verilmesi konusunda belli

düzenlemeler öngörülmüştür. Ancak bu düzenlemenin işçilerin verimliliğini artırmaktan ziyade, finansal istikrarın sağlanması amacıyla getirildiği düşünülmektedir. Keza getirilen düzenlemelerle, bankada çalışan bilgi işçilerinin banka bünyesinde sahip oldukları paylar ile pay sahibi olmanın doğal bir sonucu olarak bankaların taşıdığı risklerden sorumlu olmaları amaçlanmaktadır. Bahse konu düzenlemeye paralel olarak, bilgi işçilerinin verimliliklerinin artırılması ve işyerleriyle olan bağlarının kuvvetlendirilmesi amacıyla İş Kanunu'nda pay sahibi olmalarına imkan veren düzenlemelere gidilmesi kanımızca uygun olacaktır.

Bilgi işçisinin taşıdığı nitelikler itibarıyla iş ilişkisinde ortaya çıkan özellikli durumlar da söz konusudur. Gerçekten bu işçilerin standart iş ilişkisinin temel özelliği olan katı hiyerarşik yapıdan uzak şekilde çalışmaları gerekliliği, kişisel/hukuki bağımlılıklarının zayıflaması sonucuna yol açmaktadır. Öğretide böyle bir durumda işçinin bağımlılık ilişkisini ortaya koymak için işverenin iş organizasyonu içerisinde iş görme ölçütü geliştirilmiştir. Kanımızca öğreti tarafından geliştirilen bahse konu ölçüte ek olarak bağımsız çalışmayı ortaya koyan kriterlerden de yararlanılmalıdır. Nitekim Yargıtay da kişisel/hukuki bağımlılık ilişkisinin tespit edilmesinde bu yönde ek bir takım kıstaslara başvurmaktadır. Yabancı ülke uygulamalarına bakıldığında ise, bağımlı-bağımsız çalışma ayrımının netleştirilmesine yönelik olarak geliştirilen ölçütlerin yanında, işçilerin internet üzerinden kolaylıkla ulaşabileceği platformlar üzerinden çalışma statülerini belirleme imkanı veren sistemlerin geliştirildiği görülmektedir. Ülkemizde de benzer bir uygulamaya yer verilmesinin bağımlı bağımsız çalışma ayrımında gri bölgede kalanların çalışma ilişkilerini belirlemeleri açısından fayda sağlayacağı düşünülmektedir.

Bilgi işçilerinin özen borcu da özellik arz eden bir diğer konudur. Nitekim işverenin yüksek verimlilik beklentisi, yüksek ücretle istihdam ettiği bu işçilerin özen yükümlülüğünü ağırlaştırmaktadır. Nitekim işçilerin özen yükümlünün belirlenmesinde temel teşkil eden Borçlar Kanunu'nun 400/2 maddesi işin gerekliliklerinin yanında işçinin işveren tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken yetenek ve niteliklerinden de bahsetmektedir. Bu bağlamda, ileri vasıflar taşıyan

bilgi işçileri işlerini ifa ederken normal bir işçinin gösterdiği özendenden daha yüksek derecede bir özeni göstermekle yükümlüdür. Aksi takdirde işçi özen yükümüne aykırı şekilde gördüğü ifa nedeniyle işverene verdiği zararları sorumluluk hukuku prensipleri gereğince tazmin etmekle yükümlü tutulabileceği gibi çeşitli disiplin cezalarının yanında işçinin iş akdinin geçerli veya haklı nedenle feshi de gündeme gelebilecektir. Diğer taraftan bilgi işlerinin kural olarak zarara yatkın işlerden olduğu ileri sürülebilir. Bu durum bilgi işçilerinin hafif kusurları nedeniyle verdikleri zarardan sorumlu tutulmamaları yönünde işverenlerle sorumsuzluk anlaşması akdetmelerine kanımızca olanak tanınmalıdır. Ayrıca bilgi işlerinde yer verilen kusurun derecesinin hafif olmasının güç olduğu tarafımızca değerlendirilmiştir. Nitekim işçilerin niteliklerinin artması kusurun hafif olarak addedilmesini de güçleştirmektedir. Bu bağlamda bilgi işçilerinin sorumluluklarının karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi sınırlandırılması yoluna gidilmesi hakkaniyete uygun bir yaklaşım olacaktır. Bu açıdan somut olayın özellikleri ile birlikte işçinin daha önceden bir zarara yol açıp açmadığı, zararın yüksekliği, riskin sigorta edilebilirliği, işçinin işletmedeki konumu, ücreti, kıdemi, yaşı, kişisel durumu gibi hususların bilgi işçilerinin orta derece kusurlarındaki sorumluluğun tespitinde dikkate alınmasının uygun olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Bilgi işçilerine uygulanacak olan iş güvencesi hükümleri de üzerinde durulması gereken bir diğer önemli konudur. Bilgi işçilerinin iş görme edimlerini ifa ederken ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü altında olmaları, bu işçileri her zaman mesleki yetersizliğe dayanarak iş akitlerinin geçerli nedenle feshedilmesi tehdidiyle karşı karşıya bırakmaktadır. Bu bağlamda öncelikle belirtilmesi gereken husus İş Hukuku'nda fizyolojik bir risk olarak addedilen yaşlılık faktörünün tek başına bilgi işçilerinin mesleki yetersizliğine yol açmadığıdır. Ayrıca, mesleki yetersizliğin ortaya konulmasında bilgi işçisinin performansının objektif olarak ölçülmesi de önem arz etmektedir. Uygulamada her ne kadar bilgi işçilerinin mesleki bilgilerinin ölçülmesine yönelik sınav yöntemine ya da değişik kaynaklardan beslenen 360 derece değerlendirme sistemine başvurulduğu görülmekteyse de kanımızca bu uygulamalar tek başına feshe yol açacak nitelik taşımamaktadır. Gerçekten bilgi işçisinin sahip olduğu bilgi seviyesinin ölçülmesi önem arz etmekle birlikte, mesleki

yetersizliğin feshe vücut verebilmesi için işçinin *işte sergilediği performansın* objektif şekilde ölçülmesi gerekmektedir. Kuşkusuz bu noktada işverende oluşan haklı beklentilerin bilgi işçisi tarafından karşılanıp karşılanmadığı da önemli rol oynayacaktır. Diğer bir ifadeyle, bilgi işçisinin işteki performansının objektif şekilde ölçülmesi sonucunda elde edilecek verilerle işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken vasıflarının birlikte değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Diğer taraftan, sınav veya 360 derece değerlendirme gibi yöntemlere başvurulması neticesinde elde edilen olumsuz sonuçların işvereni iş koşullarında değişiklik yapmaya sevk edebileceği açıktır. Ancak bilgi işçi tarafından bu teklifin kabul edilmemesi durumunda işverenin İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında değişiklik feshine gidebilmesi için aynı yasanın 18. maddesi kapsamındaki geçerli nedenlerden bir tanesine dayanmak zorunda olduğu düşünülmektedir.

Bilgi ekonomisi çerçevesinde önem arz eden bir diğer konu ise yabancı bilgi işçisi istihdamıdır. Bu konuda batı ülkelerinin uygulamalarına bakıldığında bu işçilerin istihdama kazandırılması amacıyla çalışma izinlerinin veya ülkeye giriş vizelerinin kolaylaştırması yönünde adımlar atıldığı görülmektedir. Bununla birlikte 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'da bu yönde bir amacın bulunmadığı ileri sürülebilir. Bu konuda hazırlanan ve halihazırda TBMM gündeminde yer alan yasa tasarısının genel gerekçesinde ise nitelikli yabancı işçilerin ülkemiz istihdamına kazandırılmasının önemine vurgu yapılmaktadır. Tasarıda öngörülen düzenlemelerin ülkemizin bilgi toplumu ve ekonomisi eksenindeki dönüşümüne hizmet edecek nitelikte olduğunu kanaatine varılmıştır.

Bilgi işçilerinin çalışma koşullarının standart iş ilişkisinden farklı olması gerektiği tarafımızca değerlendirilen hususlardan bir diğeridir. Zira bu işçilerin verimli bir şekilde iş görmelerinin kendilerine belli bir özerklik tanınması suretiyle sağlanacağı öğretilerle sıklıkla ifade edilmektedir. İşletmelerin ekonomik başarısının bu işçilerin verimiyle doğrudan bağlantılı olduğu dikkate alındığında, iş mevzuatının işçileri koruyucu katı düzenlemelerinin iş sözleşmesi taraflarına ihtiyaç duyulan özerkliği sağlayacak şekilde esnetilmesi gerekmektedir. Esneklik iş mevzuatının katı düzenlemelerden arındırılarak iş ilişkisi taraflarına çalışma koşullarını belirleme

konusunda daha fazla serbesti tanınması anlamına gelmektedir. Öğretide esnekliğin işçiyi korumayı amaçlayan iş mevzuatı düzenlemelerinden tamamen vazgeçildiği anlamına gelmediği haklı olarak belirtilmektedir. Bu kavram gerekli olduğu kadar kuralızsızlaştırma, mümkün olduğu ölçüde işçinin korunmasını şeklinde yorumlanmaktadır. Diğer taraftan doktrinde esneklik konusuna çoğunlukla işverenlerin ekonomik ve teknolojik değişimlere daha kolay adapte olmalarının sağlanması açısından yaklaşıldığı görülmektedir. Bu doğrultuda işçilerin korunması için öncelikle istihdam edilebilirliklerinin sağlanması gerektiği ifade edilmektedir. Aynı şekilde İş Hukuku'nun felsefesini oluşturan koruma düşüncesinin günümüzde işçilerin yanında işletmeleri de kapsamasının zaruri olduğu ileri sürülmektedir. Esneklik kapsamında işletmelerin korunması fikrinin ortaya çıkmasında yasa koyucunun işçilerin korunması amacıyla öngördüğü katı düzenlemeler rol oynamıştır. Ekonomik ve teknolojik değişimlere uyum sağlamanın gerekliliği karşısında bahse konu düşüncelerin hepsinin yerinde olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim işverene değişen koşullar karşısında işyerinde çalışan sayısını ayarlama imkanı veren sayısal esneklik ile işçilerin farklı işlerde çalıştırabilmelerine olanak sağlayan fonksiyonel esnekliğin bilgi işinde önem arz ettiği varılan sonuçlardan bir diğeridir.

Konuya bilgi ekonomisi gereklilikleri çerçevesinde yaklaşıldığında ise esnekliğin bilgi işçilerine çalışma koşulları açısından belli bir özerklik sağlama konusunda da hizmet edebileceği tarafımızca değerlendirilmiştir. Mevzuatımızda çalışma sürelerinin iş ilişkisi taraflarınca serbest şekilde belirlenebileceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca telafi çalışmaları bu açıdan kanımızca önem arz etmektedir. Diğer taraftan verimli çalışmaları işletmelerin ekonomik başarısı açısından büyük önem arz eden bu işçilere çalışma sürelerini belirleme konusunda hak tanınması, işçinin bilişsel yeteneklerini en iyi şekilde kullanabilmesine olanak sağlayacak bir çalışma ortamında iş görmelerine izin verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Uluslararası alanda bu yönde düzenlemelerin varlığını görmek mümkündür. Nitekim İngiltere'de işçilerin haklı gerekçelerinin bulunması durumunda iş paylaşımı, evden çalışma, kısmi süreli çalışma gibi esnek çalışma

türlerinde veya esnek sürelerle çalışma taleplerinin işverenler tarafından kabul edilmesine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Esneklik bağlamında ele alınması önem arz eden bir diğer konu da aktif iş gücü politikalarıyla yeni istihdam alanlarının yaratılmasıdır. Zira bilgi toplumu ve ekonomisine geçiş sürecinde bilgi işçilerinin daha kolay bir şekilde istihdam edilebilmeleri bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun için de bilgi işinde belirli süreli iş akitlerinin ilk kez kurulmasında objektif koşulların aranmamasına dönük yasal düzenlemeler getirilmesi kanımızca uygun olacaktır. Bu işlerde tipik bir yapılanma olarak karşımıza çıkan “Startup” türündeki şirketler düşük sermaye ile kurulmakta ve çoğunlukla bilginin geliştirilmesine yönelik faaliyette bulunmaktadır. Bilgi işlerinin gelişmesine yol açan bu tür kuruluşlarda belirli süreli iş akdi kurulmasına izin verilmesi bilgi işçisi istihdamını geliştirici bir nitelik gösterecektir. Kuşkusuz bu noktada işçiler korumasız bırakılmamalı, salt işçinin iş mevzuatından kaynaklanan haklara ulaşmasını engelleyen hukuka aykırı uygulamaların engellenmesi için de asgari normlar öngörülmelidir. Bu kapsamda Avrupa Birliği’nin 99/70 sayılı yönergesinde belirtildiği üzere belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste akdedilmesinin belli bir süre ve sayıyla sınırlandırılması yönünde yasal değişikliklere gidilmesi uygun olacaktır.

Bilgi işçilerinin bilişsel yeteneklerini en iyi şekilde kullanmalarına olanak sağlayacak çalışma ortamının yaratılması kuşkusuz bu işçilerin çalışabilecekleri yer ve zaman üzerinde egemenliklerinin sağlanmasıyla mümkündür. Bu açıdan uzaktan çalışma bilgi işinde önem arz eden konuların başında gelmektedir. Gerçekten bu çalışma türünde işçiler kendi evlerinde veya tercih edebilecekleri asıl işyeri dışındaki bir alanda iş görme olanağına kavuşmaktadır. Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu’nun bu ihtiyaca cevap verdiğini söylemek güçtür. Zira yasada uzaktan çalışma konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Borçlar Kanunu’nda ise evde çalışmaya ilişkin düzenlemelerin bahse konu ihtiyacın karşılamasına sınırlı ölçüde hizmet ettiği söylenebilir. Diğer taraftan hâlihazırda meclis gündeminde bulunan yasa tasarısında ise uzaktan çalışmaya ilişkin belli düzenlemeler öngörülmüştür. Bahse konu tasarıda uzaktan çalışmaya ilişkin düzenleme gerek evde

ve tele çalışma ayrımı yapmaması gerekse işçilerin sosyal izolasyona maruz kalmasının önlenmesi gibi tedbirlere yer vermemesi nedeniyle kanımızca eleştirilebilir niteliktedir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta uzaktan çalışan işçilerin korunmasına yönelik özel düzenlemelere gidilmiştir. Dolayısıyla bu tür çalışmaların tele ve evde çalışma ayrımında düzenlenerek bahse konu çalışma türlerinde istihdam edilen işçilerin çalışma koşullarına yönelik ayrı hükümler öngörülmesinin bir gereklilik olduğu tarafımızca değerlendirilen bir diğer önemli konudur.



KAYNAKLAR

AKI, Erol: İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Bir Neden Olarak “Emeklilik”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, İzmir 2007, 3-16.

AKIN, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001.

AKIN, Levent: Termination of Labor Contracts and Unfair Dismissal Under Turkish Law, Comparative Labor Law & Policy Journal, 2004, Cilt 25, Yay. 4. (Unfair Dismissal)

AKIN, Levent: Working Conditions of the Child Worker in Turkish Labour Law, Employee Responsibilities and Rights Journal 21(1), March 2009, 53-67. (Child Worker)

AKIN, Levent: İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013. (Alt İşverenlik)

AKIN, Levent: İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı, Çimento İşveren Dergisi, C.27, S.2, Mart 2013, 38-50. (Esaslı Değişiklik)

AKIN, Levent: İş Sağlığı ve Güvenliği, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, 302-348. (İş Sağlığı)

AKIN, Levent: İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri, Sicil Dergisi, Mart 2006, 149-159. (Kusurun Takdiri)

AKIN, Levent: İşverenin İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunda Uygun Nedensellik Bağı, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2011, 26-39. (Nedensellik Bağı)

AKIN, Levent: İstifa ve Kıdem Tazminatı Talebinde İşçiye Verilen Güvenin Korunması (Güven Sorumluluğu ve Gözetme Borcu), Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2012, 24-30. (Güvenin Korunması)

AKIN, Levent: İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi, AÜHFD, c.54, s.1, 2005, 1-60. (İşyeri Örgütlenmesi)

AKINTÜRK, Turgut: Borçlar Hukuku, 16. Basım, Ağustos 2010.

AKİPEK, Jale – AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Göre Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, I. Cilt, Yenilenmiş 5. B., Eylül 2004, İstanbul.

AKMAN, Sermet G: Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, İÜHFM, C.242, S.1-4, 1976, 423-436.

AKSOY, Beyhan: Bilgi Teknolojileri ve Yeni Çalışma İlişkileri, Ege Akademik Bakış, C: 12, S: 3, Temmuz 2012, 401-414.

AKTAY, N.A – ARICI, K. – KAPLAN, E.T.S: İş Hukuku, B.6, Ankara 2013.

AKYİĞİT, Ercan: Hizmet Akdinin Hükümsüzlüğü İle İlgili Yargıtay Kararı Üzerine, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1991, s.10-20.

AKYİĞİT, Ercan: Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990. (Kesin Hükümsüzlük)

AKYİĞİT, Ercan: 4857 Sayılı İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları (İşk. 98-108), Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2005, S.5, C.19, 1-60. (İdari Para Cezaları)

ALEKSYNKA, Mariya – MULLER, Angelika: Nothing More Permanent Than Temporary? Understanding Fixed-Term Contracts, Inwork and Governance, Policy Brief No.6, ILO Geneva, Mart 2015.

ALP, Mustafa: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, 133-177.

ALP, Mustafa: Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, AÜHFD, C.53, S.2, 2004, 33-59. (Yabancılar)

ALP, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005. (Sözleşmenin Değiştirilmesi)

ALP, Mustafa: İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi, Sicil Dergisi, Eylül 2006, 37-53. (İçerik Denetimi)

ALP, Mustafa: Olumsuz İşyeri Uygulaması İle Bir İkramiyenin Kaldırılması-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi-Kararlarının İncelenmesi, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3073-3091.

ALP, Mustafa: Otuz Hizmet Yılı Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir? Karar İncelemesi, YKİ, 2, 2006, 141-158. (Emeklilik Hakkı)

ALP, Mustafa: Tele Çalışma, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, 795-854. (Tele Çalışma)

ALP, Elif – SÖNMEZ, Özge A.: (ILO: Uluslararası Çalışma Örgütü'nün) 177 Sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.23, S. 5-6, Ağustos-Kasım 2011, 16-27.

ALPAGUT, Gülsevil: 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek Dergisi, MESS Yayınları, Ocak 2004.

ALPAGUT, Gülsevil: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2010, Ankara 2011, 1-82. (Değerlendirme 2010)

ALPAGUT, Gülsevil: Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Bankacılar Dergisi, S.65, 2008, 89-110. (İş Güvencesi)

ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Çimento İşveren Dergisi, S.5, C.18, Eylül 2004. 52-62. (Esaslı Şartlar)

ALPAGUT, Gülsevil: İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları, LİHSGHD, 9/2006, 49-65 (Geçerlilik Sorunu)

ALPAGUT, Gülsevil: AB'nde Güvenceli Esneklik ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler, TİSK Akademi Dergisi, 2008/1, 7-37. (Güvenceli Esneklik)

ALPAGUT, Gülsevil: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri (20-21 Eylül 2011 İstanbul), Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayın No:318, Ankara 2012. (Kanun Hükümleri)

ALTUĞ, Yılmaz: Yabancıların Hukuki Durumu, B.4, İstanbul, 1971.

ANIK, Cengiz: Bilgi Sosyolojisine Göre Bilginin İşlevi ve Bir Model Denemesi, Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 39, 2006, 1-29.

ANFUSO, Dawn: PepsiCo Shares Power and Wealth With Workers, Personal Journal, 74, 6, 1995, 42-49.

ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.

ARICI, Kadir: Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri, Kamu-İş Yay., Ankara, 1992. (Çalışma Süreleri)

ARICI, Kadir: İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş, Ankara 2013, 109-123. (İş Sağlığı)

ARICI, Kadir: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Yeni Bir Sorun: Yaşlı İşçiler, A. Can Tuncay'a Armağan, 2005, 931-952. (Yaşlı İşçi)

ARSLAN, Hakan: Türkiye'de Yabancıların Çalışma İzinleri Rejimi, Çimento İşveren Dergisi, Eylül-Ekim 2008, 4-23.

ASTARLI, Muhittin: Telafi Çalışması, <http://legalbank.net/belge/telafi-calismasi/824898>.

ATEŞ, Derya: Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBB Dergisi, sayı 72, 2007, s.75-93.

AYBAY, Rona: Yabancılar Hukuku, Ocak 2007, İstanbul.

AYDIN, Ufuk: Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 351-376.

AYDINÖZ, Gonca: İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, Ankara 2014, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

BAKIRTAŞ, T. – KANDEMİR, O: Gelişmekte Olan Ülkeler ve Beyin Göçü, Kastamonu Eğitim Dergisi, C.18, No.3, Eylül 2010, 961-974.

BAŞARAN, Fatma: Türkiye'de Beyin Göçü Sorunu, AÜHFD, C.10, 1972, 133-153.

BAŞBUĞ, Aydın: İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul, 2007.

BAŞBUĞ, Aydın: Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat, Sicil, Eylül 2007, Yıl 2, 68-77. (Feragat)

BAŞBUĞ, Aydın: İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008. (Yönetim Hakkı)

BAŞPINAR, Veysel: Avukatın Özen Borcu, GÜHFD, C.12, s.1-2, 2008, 39-62.

BAŞPINAR, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004. (Özen Borcu)

BAŞTERZİ, Fatma: Telafi Çalışması Yapılabilecek Haller ve Tatil Günlerinde Telafi Çalışması Üzerine Bir Karar İncelemesi, Sicil Dergisi, 12, Aralık 2008, 125-134.

BAŞTERZİ, Süleyman: Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007.

BAŞTERZİ, Süleyman: Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 119-190. (Belirli Süreli Sözleşme)

BAŞTERZİ, Süleyman: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2009, Ankara 2011, 1-131. (Değerlendirme)

BAŞTERZİ, Süleyman: Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması, Sicil Dergisi, Mart 2010, S.17, 175-199. (İş Sözleşmesi)

BAŞTERZİ, Süleyman: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi “İşçinin Haklı Menfaati”, DEÜHFD, C.15, Özel S.2013, 423-449. (Menfaatler Dengesi)

BAŞTERZİ, Süleyman: Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, 2005, S.3, s.53-94. (Feshe Karşı Koruma)

BAYCIK, Gaye: Türk – İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

BAYCIK, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011. (Yenilik Doğuran Haklar)

BAYCIK, Gaye: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri, Ankara 2006. (Maden İşçileri)

BAYCIK, Gaye: İnşaat İşyerlerinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, İnşaat Mühendisleri Odası İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyum Kitabı, Ankara 2007. (İşverenin Yükümlülükleri)

BAYCIK, Gaye: Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, İstanbul 2014, 223-262. (Güvenceli Esneklik)

BAYRAM, Levent: Geleneksel Performans Değerlendirme Yöntemlerine Yeni Bir Alternatif: 360 Derece Performans Değerlendirme, Sayıştay Dergisi, Sayı 62, 47-65.

BAYSAL, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

BAYÜLKEN, Yavuz – KÜTÜKOĞLU, Cahit: Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi İşletmeleri (KOBİ'ler), Genişletilmiş 4. Baskı, Nisan 2012.

BEKTAŞ, Kar: Performans Düşüklüğü ve Yetersizliği Nedeni İle Fesih Yargısal Denetim, Sicil Dergisi, Eylül 2008, S.11, 34-42.

BEKTAŞ, Kar: İşe İade (İş Güvencesi) Davasında Yargılama Hukuku Sorunları, Ankara Barosu Dergisi, Yıl.66, Sayı 1, Kış 2008, 87-115. (İşe İade)

BELL, Daniel: The Coming of Post-Industrial Society, Basic Books Inc., New York, 1973.

BLOMEYER, Wolfgang: Almanya'da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler, Çalışma Hayatında Esneklik, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, Kasım 1994, İzmir, 193-215.

BERKİ, Osman F.: Türkiye'de Yabancılar Hukuku, AÜHFD, C.12, S.1-2, 1955, 172-200.

BOZKURT, Tülay; Ercan, S. Neslihan: Çalışma Kavramı'nın ve Çalışma İlişkilerinin Sosyo-Psikolojik Evrimi, Çalışma İlişkilerinin Evrimi, Beta Yay., İstanbul, 2011.

BULUT, Zeki A.: İşletmelerde Performans Değerlendirme Çalışmaları ve Uygulanan Yöntemler, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/07a/05.htm>.

CANİKLİOĞLU, Nurşen: 4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi, Toprak İşveren Sendikası Dergisi, <http://www.toprakisveren.org.tr/2005-66-nursencaniklioglu.pdf>.

CANİKLİOĞLU, Nurşen: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri (20-21 Eylül 2011 İstanbul), Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayın No:318, Ankara 2012.

CANİKLİOĞLU, N. – CANBOLAT, T.: 4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri, Kamu-İş Dergisi, C.7, S:3/2004, 1-57.

CASTELLS, Manuel: An Introduction To The Information Age, City: Analysis of Urban Trends, Culture, Theory, Policy, Action, 2:7, 1997, 6-16. (Information Age)

CASTELLS, Manuel: The Rise of the Network Society, Oxford, 1992, Wiley Online Library EBS, Wiley InterScience (Online service), Wiley-Blackwell; 2009. (Network Society)

CASTELLS, Manuel: End of Millennium, Oxford, 1992, Wiley Online Library EBS, Wiley InterScience (Online service), Wiley-Blackwell, 2009. (End of Millennium)

ÇAKIR, Özlem: Avrupa Birliği'nde Güvenceli Esneklik ve Eğilimler, Sosyoekonomi Dergisi, 2009-2, 78-94.

CENGİZ URHANOĞLU, İstar: Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı:19, 2008/4, 187-211.

CENGİZ URHANGOĞLU, İstar: 4857 Sayılı İş Kanunu'nun, Avrupa Birliği'nin 18 Mart 1999 Tarihli Belirli Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşmasına Göre Değerlendirilmesi, Kamu-İş, C:10, S:1/2008, 77-92. (Belirli Süreli)

CENTEL, Tankut: Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları, Mercek Dergisi, Nisan 2003. 10-14.

CHIUCCHI, M. Serena: Measuring and Reporting Intellectual Capital: Lessons Learnt From Some Interventionist Research Projects", Journal of Intellectual Capital, Cilt. 14, 2013, 395 - 413.

CİN, Mustafa: Yabancıların Türkiye'de Çalışma Özgürlüğü ve Sınırı, İstanbul 2004. (Yayınlanmamış Doktora Tezi)

CİVAN, O. Ersun: Genel İş Koşulları, 1. Baskı, Ankara 2015.

CİVAN, O. Ersun: İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma), LİHSGHD, 26/2010, 526-573. (Uzaktan Çalışma)

CLARKE, Thomas: The Knowledge Economy, Education & Training, 43, 4/5, ProQuest Business Collection, 2001, 189-196.

COLLINS, David: "Knowledge Work or Working Knowledge? Ambiguity and Confusion in the Analysis of the Knowledge Age", Employee Relations, vol. 19, number 1, 1997, s. 38-50.

ÇAPAR, Bengü: Bilgi Yönetimi Nasıl Bir İnsan Gücü, II. Ulusal Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Kongresi Bildiriler Kitabı, İzmit 2003, 421-432.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B.23, İstanbul 2010.

ÇELİK, N. – CANIKLIOĞLU, N. – CANBOLAT, T: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28. B., Eylül 2015.

ÇELİKEL, Aysel: Türkiye'de Yabancıların Çalışma İzni ve Ulusal Programda Öngörülen Düzenleme, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB 2002, S.2, İstanbul, 2002, 109-119.

ÇELİKEL, Aysel. – GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, Beta Yay., Yenilenmiş 15. Bs., Nisan 2009.

ÇENBERCİ, M.: İş Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986.

ÇİMEN, Ferhat: Performans Yönetimi ve Hizmet Sektöründe Bir Alan Çalışması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2009, Ankara.

ÇOLAK, Haluk – ALTUN, Uğurtan: Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007, 241-338.

DAVENPORT, Thomas H.: Düşünerek Yaşayanlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yay., İstanbul, 2006.

DAVENPORT, T – JARVENPAA S.L. – BEERS M.C.: Improving Knowledge Work Processes, Sloan Management Review, Summer 1996, 37, 4, 53-65.

DALY, Brenda – DOHERTY, Michael: Principles of Irish Employment Law, 2010.

DEMİR, Fevzi: Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama, İHSGHD, 10, 2006, 469-498.

DEMİR, Fevzi - GÖNENÇ, Demir: İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu-İş, C.11., S:1/2009, 1-37.

DEMİR, Fevzi – GERŞİL, Gülşen: Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma, KÜSBED, (16), 2008, 68-88.

DEREK, H.C.C. – CARL, J.D.: The Knowledge Economy, the KAM Methodology and World Bank Operations, The World Bank, Washington DC, October 19, 2005.

DEREK, H.C.C. – CARL, J.D.: Knowledge and Development A Cross-Section Approach, World Bank Policy Research Working Paper 3366, August 2004.

DESAI, Aashih Y.: Overview of Federal Law, California Wage and Hour Law and Litigation, January 2016, 57-110.

DRUCKER Peter F.: Knowledge Work, Executive Excellence, Vol. 19, Issue 10, 2002, 12-13. (Knowledge Work)

DRUCKER, Peter F.: The Future That Has Already Happened, The Futurist, 32(8), 1998, 16-18. (The Future)

DRUCKER, Peter F.: Knowledge Worker Productivity, The Biggest Challenge, California Management Review, 41(2), 1999, 79-94.

DRUCKER, Peter F.: The Post Capitalist World, Public Interest, Is. 109, Fall 1992, 89-100. (Capitalist World)

DRUCKER, Peter F.: The Post Business Knowledge Society Begins, Industry Week, April 17, 1989. (The Post Business)

DRUCKER, Peter F: The New Workforce, The Economist, 1 Kasım 2001. (The New Workforce)

DRUCKER, Peter F: The Next Society, The Economist, 3 Kasım 2001. (The Next Society)

DRUCKER, Peter F: The Manufacturing Paradox, The Economist, 1 Kasım 2001. (Manufacturing Paradox)

DRUCKER, Peter F: Knowledge Worker Productivity: The Biggest Challenge, California Review Management, Vol. 41, No. 2, Winter 1999. (Productivity)

DRUCKER, P.F. – MACIARIELLO J.A.: Yönetim, Peter Drucker 100. Yıl Kitaplığı, Çev. İlker Gülfidan, İstanbul, Ağustos 2015.

DURSUN, Gülten: Ekonomik Postmodernlik: Üretimin Enformatikleşmesi ve Bilgi, II. Ulusal Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Kongresi Bildiriler Kitabı, İzmit 2003, 85-98.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, 297-337. (Hizmet Sözleşmesi)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014 (Emredici Yapı).

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3, 93-115. (Çalışma Koşulları)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, Nuri Çelik'e Armağan, C.II, Beta Basım, İstanbul 2001, 1175-1198. (Denetim)

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, İstanbul 1997.

EKİN, Nusret: Türkiye'de Yapay İstihdam ve İstihdam Politikaları, İstanbul Ticaret Odası, S.33, 2000.

EKİN, Nusret: Küreselleşme ve Gümrük Birliği İstanbul Ticaret Odası, S.47, Güncellenmiş II. Bs., 1999. (Küreselleşme)

EKİN, Nusret: Endüstri İlişkileri, 5. Bs., İstanbul 1989. (Endüstri)

EKİZCELEROĞLU, Caner: Türkiye'de Bilgi Ekonomisi ve Bilgi Yoğun Malların Dış Ticareti (1969-2009), Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, 2011, Sayı I, 209-228.

EKMEKÇİ, Ömer: Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, LİHSGHD, Ocak-Mart 2004, S.1, 165-180.

EKMEKÇİ, Ömer: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2003, Ankara 2005, 9-57. (Değerlendirme)

EKMEKÇİ, Ömer: İşin Düzenlenmesinde Esneklik Arayışları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002. 79-110. (Esneklik)

EKMEKÇİ, Ömer: 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2005, 30-39. (Telafi Çalışması)

EKMEKÇİ, Ömer: Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler, Çimento İşveren Dergisi, S.5, C.19, Eylül 2005, 41-54.

EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1987.

EKONOMİ, Münir: İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, İzmir 1994, 57-79. (Esneklik)

EKONOMİ, Münir: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2002. (Emsal Kararlar)

EKONOMİ, Münir: İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2007, İstanbul 2009, 1-64. (Değerlendirme 2007)

EKONOMİ, Münir: Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Karar İncelemesi, YKİ, 2, 2006, 125-140. (Emeklilik)

EKONOMİ, Münir: 4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Sicil Dergisi, Aralık 2008. 5-23. (Sayısal Esneklik)

EKONOMİ, Münir: 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I), LİHSGHD, 9, 2006, 15-32. (Belirli Süreli)

EKONOMİ, Münir: Telafi Çalışması, LİHSGHD 2004/4, 1248-1260. (Telafi Çalışması)

EKŞİ, Nuray: Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, Beta Yay., 2. Bası, İstanbul 2007.

ENGİN, Murat: A tipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma), İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri İstanbul 2002, 117-147.

ERDEM, Ziya: Entellektüel Sermayenin Küresel Ekonomi İçerisindeki Yeri ve Önemi, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı 53, 2007, 275-294. (Entelektüel Sermaye)

ERDEM, Ziya: Sanayi İşçisinden Bilgi İşçisine; Yeni Ekonominin Değişen İşçi Tipi, İktisat Fakültesi Sosyal Siyaset Konferansları, Prof.Dr. Turan Yazgan'a Armağan Özel Sayısı, 49. Kitap, 2005, 541-566.

ERDEM, Ziya: Tele Çalışma, Filiz Kitapevi, İstanbul 2004.

ERDOĞMUŞ, Nihat: Bilgi Toplumunda Profesyonellerin Kariyeri, Amprik Bir Araştırma, Bilgi Çağında Çalışma İlişkileri ve Beyin Göçü, II. Ulusal Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Kongresi Bildiriler Kitabı, İzmit 2003, 433-443.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Yetkin Yay., Ankara 2014.

ERGİN, Hediye: Yabancı İşçinin Çalışma İzni Alamamasının İş Sözleşmesine Etkisi, Karar İncelemesi, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 4, 2007, 215-244.

ERGİN, Hediye: Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi, LİSGHD, 2007, S.16, 1359-1402. (Çalışma İzni)

ERGİN, Hediye: Özel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları, 3/4 Haziran 2011, İstanbul.

ERSEL, Birsen: Bilgi Çağında Çalışma İlişkileri ve Beyin Göçü, II. Ulusal Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Kongresi Bildiriler Kitabı, İzmit 2003, 709-721.

ESENER, Turhan: İş Hukuku, AÜHF Yay. No.315, Ankara 1973.

EUROPEAN COMMISSION (2012): The European Union explained: Europe 2020: Europe’s growth strategy, European Commission Directorate-General for Communication Publications, Belgium, 2012.

EYRENCİ, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, LİHSGHD, 1/2004, 15-55. (Değerlendirme)

EYRENCİ, Öner: İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991.239-262. (Personel Seçimi)

EYRENCİ, Öner: Türkiye’de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi, Çalışma Hayatında Esneklik, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, İzmir, Kasım 1994, 161-173. (Esneklik)

EYRENCİ, Ö. – TAŞKENT, S. – ULUCAN, D.: Bireysel İş Hukuku, B.6, İstanbul 2015.

EYRENCİ, Öner – BAKIRCI, Kadriye: Dünyada ve Türkiye’de Evde Çalışma ve Eve İş Verme, İstanbul Ticaret Odası Yay. No. 32, İstanbul 2000.

FLEENOR, John W. – PRINCE, Jeffrey M.: Using 360-Degree Feedback In Organisations, Center for Creative Leadership, 1997.

FENERCİ, Tülay: Bilgi Politikaları Açısından Kapitalist Ekonomik Sistemde Bilgi Toplumu Olgusu, Bilgi Dünyası, 5(1), 2004, 74-92.

FRANZE, M. Laura: Texas Employment Law, Vol.1, James Publishing, 2007.

FREEMAN, Michael D. A: Oxford Scholarship Online Law, Law and Sociology. Vol. 8, Oxford University Press, 2006.

GEORGE E. – CHATTOPADHYAY P.: Non-standard work and workers: Organizational implications, Conditions of Work and Employment Series No. 61, 2015.

GÖKTAŞ, S. – ÇİL, Ş.: Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara 2003.

GÖĞER, Erdoğan: Yabancılar Hukuku, B.2, AÜHF Yay., No.383, Ankara, 1976.

GÜLER, Mehmet A.: Ulusal İstihdam Stratejisi Bağlamında Türkiye’de Güvencesiz Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/3, 155-190.

GÜLGÖREN Tekinalp: Türk Yabancılar Hukuku, 5. B., İstanbul 1996.

GÜNAY, C.İ.: İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, 153-179.

GÜNAY, C.İ.: Çalışma Sürelerinde Esneklik, Kamu-İş, C:7, S:3/2004, 173-191. (Esneklik)

GÜNEŞ, İlhami: Türk Patent Hukuku Uygulamasında İşçi (Hizmet) Buluşları, Serbest Buluş Kavramı ve Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara Barosu FMR Dergisi, 2010/2, 13-23.

GÜNEŞ, B. – MUTLAY F.B.: Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanununla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, s.30, 2011/3, 241 vd.

GÜNDOĞAN, Naci: İşgücü Piyasasında Esneklik-Güvence Dengesi: Danimarka Modeli, Çimeto İşveren Dergisi, Mayıs 2007, 22-37.

GÜRDAL, Oya: Bilgi Ekonomisi ve/veya Yeni Ekonomi'nin Reddettikleri, Bilgi Dünyası, 5(1), 2004, 48-73.

GÜZEL, Ali: Fabrika'dan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Kamu-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Sayı 2, Haziran 1997, 83-126.

GÜZEL, Ali: Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul 1997, 15-46. (İşçi Kavramı)

GÜZEL, Ali: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2005, Ankara 2007, 9-71. (Değerlendirme)

GÜZEL, Ali: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2010, Ankara 2012, 131-284. (Değerlendirme 2010)

GÜZEL, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2004, 15-145. (İş Güvencesi)

GÜZEL, Ali: İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 203-221. (Esneklik)

GÜZEL, A. – ÖZKARACA E. – UGAN D.: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, 475-566.

GÖÇER, İsmet: 2008 Küresel Ekonomik Krizin Nedenleri ve Seçilmiş Ülke Ekonomilerine Etkileri: Ekonometrik Bir Analiz, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi - Sayı:17 (2012), 18-37.

HAMMER, T. H. – STERN, N. R: Employee Ownership: Implications for the Organizational Distribution of Power, Academy of Management Journal, 1980, Cilt 23, Sayı 1, 78-100.

HATEMİ, Hüseyin – GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012.

HELVACI, Akif: Performans Yönetimi Sürecinde Performans Değerlendirmenin Önemi, AÜEBFD, Yıl:2002, C.35, S.1-2, 155-169.

HUECK, Götz: Almanya’da Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesine Yönelik Çalışmalar, Çalışma Hayatında Esneklik, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, Kasım 1994, İzmir, 103-157.

HULL, James P.: Second Industrial Revolution, Notes and Queries, 46(1), 1999, 72.

HUWS, Ursula – PODRO, Sarah: Employment of Homeworkers: Example of Good Practice, ILO Working Paper, CONDI/T/WP.5/1995.

IŞIK N. – KILINÇ E.C.: Bilgi Ekonomisi ve İktisadi Büyüme: OECD Ülkeleri Üzerinde Bir Uygulama, Akdeniz İİBF Dergisi, (26), 2013, 21-54.

İNAN, Alpan: Avrupa Birliği Ekonomik Yaklaşımı: Lizbon Stratejisi ve Maastricht Kriterleri, Bankacılar Dergisi, Sayı 52, 2005, 67-86.

İZVEREN, Adil: İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, Adalet Dergisi, Y. 44, S. 11, Kasım 1953.

JEVONS, H. Stanley: The Second Industrial Revolution, The Economic Journal, Cilt 41, No 161, 1931, 1-18.

JONES, Derek: U.S. Producer Cooperatives: The Record to Date, Industrial Relations, Cilt 18, Sayı 3, 1979.

KABAKÇI, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, İstanbul 2012.

KABAKÇI, Mahmut: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin İşçi ve İşveren Açısından Farklı Değerlendirilmesi Gereği, İÜHFM C. LXXII, S. 2, 2014, 123-142. (Belirli Süreli)

KABOĞLU, İbrahim Ö.: Özgürlük Hukuku, 6. B., Ankara 2002.

KANDEMİR, Murat: Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İÜHFM, C.LXXII, S.2, 2014, 143-166.

KARADENİZ, Ogün: Türkiye’de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik, Çalışma ve Toplum, 2011/2, 83-127.

KARŞIYAKALI, Başak: Türkiye’de Ekonomik Büyümenin Kaynaklarının Analizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Doktora Tezi, www.yok.gov.tr), 2008.

KATZ, E. James: Information, Cambridge Dictionary of Sociology, Cambridge University Press, 2006, 291-300.

KAYMAS, Serhat: Yeni Liberalizmin Hegemonya Uğrağı Olarak Enformasyon Toplumu Söylemi ve Gelişmekte Olan Ülkeler: Türkiye ve Bilgi Toplumu Siyaseti, Yakınoğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2010, C.III, S. 2, 64-104.

KAYA, Muammer: Beyin Göçü/Erozyonu, İş Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C.5, S.2, No.152, 2003.

KELLEY, R.E.: Managing Knowledge Workers for Productivity, National Productivity Review, May 1990, Vol. 8/2, 165-174.

KESER, Hakan: İşyerinde Yürütölen Sürekli İşlere İlişkin Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılamayacağına Yönelik Yargıtay Kararlarının İncelenmesi, Sicil, 10, Haziran 2008, 111-117.

KESKİNCİ, Derya: Hizmet Buluşları, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, 205-216.

KEVÜK, Süleyman: Bilgi Ekonomisi, Journal of Yasar University, 1(4), 319-350.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2002.

KILIÇOĞLU, Mustafa: İş Yargılamaları Usulü, Legal Yayıncılık, İstanbul 2011.

KILIÇOĞLU, Mustafa: İş Güvencesi Hükümlerinin Geçerli Fesih Sebepleri Kapsamında Gözden Geçirilmesine İlişkin Birkaç Söz, LİSGHD, C.12, S.46, 2015. 149-178. (İş Güvencesi)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, 2008.

KÖSEOĞLU, Ahmet H.: Yeni İş Kanununun Aksak Yönleri, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1968-1/4.pdf>

KUBAN, Arzu: İş Hukukunun Yeniden Yapılanma Sürecinde Yeni İstihdam Türleri, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, 67-88.

LOGUE, John – YATES, Jacquelyn S.; Worker Ownership American Style: Pluralism, Participation and Performance, Economic and Industrial Democracy, Sayı 20(2), 1999, 225-251.

MACHLUP, Fritz: The Production and Distribution of Knowledge in the United States, First Princeton Paperback Edition, Princeton University Press, 1972.

MAKAS, Recep: Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, GÜHFD, C. XVI, Y. 2012, S. 4, 149-180.

MANAV, Eda: İş Kanunu'nun 22. Maddesi Çerçevesinde İş Sözleşmesi'nin Değıştirilmesi ve Hukuki Sonuçları, TAAD, Yıl:3, S:9, Nisan 2012.209-252.

MARTİNO DI, Vittorio – WIRTH, Linda: Telework: A New Way of Working and Living, International Labor Law Review, Vol.129, 1990, No.5, 529-554.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, B.3, Ankara 2008.

MOLLAMAHMUTOĞLU, H. – ASTARLI, M.: İş Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012.

MOYNE, Louise: Employed vs Self Employed, Accountancy Plus. Issue 04. December 2011, 27-28.

MOTE, Dave – HEİL, Karl: Performance Appraisal and Standards, <http://www.referenceforbusiness.com/encyclopedia/Per-Pro/Performance-Appraisal-and-Standards.html>.

MEÇİK, Oytun: Türkiye İçin 2010-2012 Dönemi Karşılaştırmalı Bilgi Ekonomisi Analizi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, 8(2), Ekim 2013, 115-139.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, I. Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2012.

NJOYA, Wanjiru: Employee Ownership and Efficiency: An Evolutionary Perspective, Industrial Law Journal, Sayı 33(3), 2004, s.211-241.

NOAMENE, T. B. – HASAIRI, S. A.: Exclusive Representation of Employee Shareholders In the Board: Issues and Economic Consequences, International Business Research, Cilt 5, Sayı 12, 2012, s.212-222.

NOMER, Ergin: Teba ile Yabancıнын Hukuki Müsavatı, İÜ Yay. No.946, 1962.

NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. B., Beta Yay.

NOYAN, Mehmet Ali: Türkiye’de Çalışma Hayatında Esneklik Politikasının Çalışma Süreleri Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007.

NUSRET, Alabay: Bilgi İşçileri ve Altın Yakalılar, <https://dralabay.wordpress.com/2014/01/20/bilgi-iscileri-ve-altin-yakalilar/>

ODAMAN, Serkan: Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep Haklı Sebep Ayrımı, Çimento İşv., Mayıs 2003, 20-32.

OECD (2010): OECD Information Technology Outlook 2010, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/it_outlook-2010-en.

OECD (2013): Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264193307-en>.

ORHAN, K. – USTA D.: Vasıflı Çalışanların İstihdam Esnasında çevresinden ve İşyerinden Beklentilerinin Ölçülmesi: Yavlova Örneği, Kamu-İş Dergisi, C.11, S.4, 2011.

OĞUZMAN, Kemal: Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C.I, B.4, İstanbul 1987.

OĞUZMAN, Kemal – ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.

OĞUZMAN, Kemal – BARLAS, Nami: Medeni Hukuk-Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 19. Bası, İstanbul 2013.

ÖKÇÜN, Gündüz: Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyeti, 2. Baskı, Ankara 1998.

ÖNDER, Nurcan: Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri, ISMMMO Mali Çözüm Dergisi, Ocak-Şubat 2013, 337-347.

ÖZEK, Çetin: Basın Hukukumuzda Göre Fikir İşçileri ile İşverenler Arasındaki Hukuki Münasebet, İÜHFM 1962, C.XXXVIII, no.1.

ÖZVERİ, Murat: Güvencesiz Çalışmanın Hukuki Dayanakları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/2 (33), 147-172.

ÖZTÜRK, Engin B. – GÖNENÇ, Demir: İnsan Kaynakları Yönetimi ve Hukuk Açılarında Performans Değerlendirme: İctihat Kararları Üzerine Bir İçerik Analizi, Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi, Cilt XVI, Sayı 1, Haziran 2014, 45-65.

PENDLETON, Andrew: Employee share ownership and investment concentration: which employee shareholders fail to diversify?, Human Resource Management Journal, Cilt 20, Sayı 2, 2010.

PIKE, S. – FERNSTRÖM L. – ROOS G.: Intellectual Capital Management Approach in ICS Ltd., Journal of Intellectual Capital, Cilt 6, 2005, 489 - 509.

PLANTENGA, Janneke – REMERY, Chantal: Flexible Working Time Arrangements And Gender Equality, A Comparative Review of 30 European Countries, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2010.

PRASSL, Jeremias: Employee Shareholder ‘Status’: Dismantling the Contract of Employment, Industrial Law Journal, C. 42, S. 4, 2013.

QUINLAN, Michael: The Effects of Non-standard Forms of Employment on Worker Health and Safety, Conditions of Work and Employment Series No.67, ILO-Geneva.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 18. Bası, İstanbul 2006.

RUTH, Ben: Meir Ben-Gigi v. Histadrut Annotation, International Labour Law Reports 9, Martinus Nijhoff Publishers, 11-17.

RODRIGEZ, R. – WARMERDAM, J. – TRIOMPHE, C.: The Lisbon Strategy 2000 – 2010, Final Report, IP/A/EMPL/ST/2008-07, 2010.

SAYMEN, Ferit Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.

SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015.

- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2012. (8. Bs.)
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008. (4. Bs.)
- SÜZEK, Sarper: Türk İş Hukukunda İşveren, Sicil Dergisi, 17, Mart 2010, 17-26. (İşveren)
- SÜZEK, Sarper: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2003, s.1-57. (Değerlendirme)
- SÜZEK, Sarper: İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 565-586. (İşçinin Yetersizliği)
- SÜZEK, Sarper: Değişiklik Feshi, TİSK Akademi Dergisi, 2006/1. 7-31. (Değişiklik Feshi)
- SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Türleri, Mercek Dergisi 2001, 17-35. (Akdin Türleri)
- SÜZEK, Sarper: Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil Dergisi, 14, Haziran 2009, 5-28. (İş Hukukunun Geleceği)
- SÜZEK, Sarper: Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları, Sicil Dergisi, Aralık 2011, S.24, 5-13. (Genel İş Koşulları)
- SOYER, M. Polat: Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, YD., C.7, S.3, Temmuz 1981, 386-395.
- SOYSAL, Tamer: Tele Çalışma, LİHSGHD, 9/2006, 134-164.
- STEWART, Thomas A.: Brain Power: Who Owns It... How They Profit From It, Fortune Magazine, C.135, B.5, 1997, 104-110.
- STEWART, Thomas A.: Entelektüel Sermaye, çev. Nurettin Elhüseyni, MESS Yayınları, İstanbul, 1997. (Entelektüel Sermaye)
- ŞAKAR, Müjdat: Basın İş Hukuku, İstanbul 2002.
- ŞAHİN, Barış: Çocuk İşçilerin Korunması, Yetkin Yay., Ankara 2010.
- ŞEN, Murat: İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı, MÜHFD, C.II, S.2, 2013, 13-37.
- ŞUĞLE, M. Ali: İş Hukuku Açısından Gazeteci, Ankara 2001.
- ŞUĞLE, M. Ali: Basın İş Kanununa Göre Gazeteci Kavramı, http://www.istanbulbarosu.org.tr/komisyonlar/230202_chk_tebliğ.htm
- ŞUĞLE, M. Ali: Basın İş Kanunu'na Göre Gazetecinin Başka İşte Çalışması, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, I, İstanbul 2011. (Başka İşte Çalışma)
- TALAS, Cahit: Çalışma Hakkı ve Türkiye'deki Durum, AÜSBFD, C.46, 1991., 407-421.
- TANÖR, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul, May Yay., 1978.

TAŞÇI, Kamil: Bilgi Ekonomisinin Kurumsal Çerçevesi, XII. “Türkiye’de İnternet” Konferansı 8-10, Ankara Kasım 2007, 317-332.

TAŞKENT, Savaş: İş Güvencesi Sorunu ve Yasa Tasarısının Esasları, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı 45, 2003, 155-176.

TAŞKENT, Savaş: Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı, Sicil Dergisi 9, Mart 2008, 14-22. (Sözleşme Serbestisi)

TAŞKENT, Savaş: Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine, Sicil Dergisi, S.13, Mart 2009, 5-19. (Belirli Süreli)

TAŞKENT, Savaş: Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde “Esaslı Neden” Sorunu, Sicil Dergisi, S.24, Aralık 2011, 19-31. (Esaslı Neden)

TAŞKENT, Savaş: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006. 48-110. (Değerlendirme)

TEKİNAY S.S. – AKMAN S. – BURCUOĞLU H. – ALTOP A.: Borçlar Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TEKİNLAP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2002.

TULUKÇU, Binnur: Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 1099-1141.

TUNCAY, A. Can: Hukuki Yönden Basında İşçi – İşveren İlişkileri, İstanbul 1989. (Basında İlişkiler)

TUNCAY, A. Can: İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2002. 151-179. (Esneklik)

TUNCAY, A. Can: İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu - Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2003, 125-145 (İş Sözleşmesi Türleri)

TUNCAY, A. Can: Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 16-17, Sayı:1-6, Mayıs-Ağustos 2001, 13-36. (Hizmet Akdinin Türleri)

TUNCAY, A. Can – EKMEKÇİ, Ömer: Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Legal Yayınevi, 2. Bası, İstanbul, 2009.

TUNÇOMAĞ, Kenan: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989.

TUNÇOMAĞ, Kemal – CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, B.5, İstanbul 2008.

UÇAK, Ö. Nazan: Bilgi: Çok Yüzlü Bir Kavram, Türk Kütüphaneciliği, 24, S. 4, 2010, 705-722.

ULRICH, Dave: Intellectual Capital = Competence x Commitment, Sloan Management Review, 32, 2, 1998, 15-26.

ULUCAN, Devrim: Çalışma Hayatında Esneklik, Prof. Dr. Metin Kutsal'a Armağan, Ankara 1998, 525-541.

ULUCAN, Devrim: İş Güvencesi, Toprak İşverenleri Sendikası Yayını, 2. Baskı, İstanbul 2003. (İş Güvencesi)

ULUCAN, Devrim: 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, Çeşme 2003, 42. (İş Sözleşmesi Türleri)

ULUCAN, Devrim: Yargıtay'ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı, DEÜHFD, C:9, Özel Sayı, 2007, 177-188. (Kayan İş Süreleri)

UŞAN, Fatih: Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği ve İşçinin Sorumluluğu, GÜHFD, C.4, S.1-2, Haziran-Aralık 2000, 93 vd.

UŞAN, Fatih: 4857 sayılı İş Yasası'nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir 2007, 211-271. (Değişiklik Feshi)

UYANIK, Yücel: İşgücü Piyasalarında Esneklik ve Bölünme, Kamu-İş Dergisi, C: 7, S: 2, 2003, 1-17.

ÜNAL, Targan - SEÇİLMİŞ, Nisa: Ar-Ge Göstergeleri Açısından Türkiye ve Gelişmiş Ülke Kıyaslaması, İşletme ve İktisat Çalışmaları Dergisi, C:1, S:1, 2013, 12-25.

WEBSTER, Frank: Information, Capitalism and Uncertainty, Information, Communication & Society, 3:1, 2000, 69-90.

WEILER, Anni: Commission presents Green Paper on modernising labour law, <http://www.eurofound.europa.eu/printpdf/observatories/eurwork/articles/commission-presents-green-paper-on-modernising-labour-law>.

WIMER, Scott – NOWACK, Kenneth M.: 13 Common Mistakes Using 360-Degree Feedback, <http://www.360degreefeedback.net/media/13CommonMistakes.pdf>.

WORLD BANK (2007): Building Knowledge Economies, Advanced Strategies for Development, WBI Development Studies.

YAPRAKLI, Sevda – SAĞLAM, Tuncay: Türkiye'de Bilgi İletişim Teknolojileri ve Ekonomik Büyüme: Ekonometrik Bir Analiz (1980-2008), Ege Akademik Bakış, 10 (2), 2010, 575-596.

YAVUZ, Arif: Çalışma Hayatında Esneklik ve Türkiye İçin Öneriler, Nusret Ekin'e Armağan, 617-624.

YILDIRIM, Engin – PARLAK, Zeki: Bell, Touraine ve Castells'in Düşünceleri Işığında Sanayi Ötesi Toplumdan Bilgi Topluma, II. Ulusal Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Kongresi Bildiriler Kitabı, İzmit 2003, 55-62.

YILDIZ, G. Burcu: Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt I, 203-231.

YILMAZ, Malik: Enformasyon ve Bilgi Kavramları Bağlamında Enformasyon Yönetimi ve Bilgi Yönetimi, AÜDTCFD 49, 1, 2009, 95-118.

YİĞİT, Dilek: Küresel Ekonomik Kriz Öncesi ve Krizin Etkileri İle Mücadele Sürecinde Avrupa Birliği'nde Ekonomi Yönetimi, Ankara Avrupa Çalışma Dergisi, Cilt: 11, No:1 (Yıl: 2012), 135-168.

YÜKSEL, Yusuf: Esnek Kapitalizm ve Altın Yakalı Çalışanlar, İş Ahlakı Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, Mayıs 2010, 97-117.

YÜREKLİ, Sabahattin: İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo), İÜHFM C. LXXII, S. 2, 2014, 541-580.

YILMAZ, Bülent: Bilgi Toplumu, Eleştirel Bir Yaklaşım, HÜEFD, C.15, S. 1, 147-158.

ZAİM, Halil: Yeni Gelişmeler Işığında Bilgi İş ve Bilgi İşçisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı 49, 2004, 589-609.

ZAİM, Halil: Türkiye'de Bilgi Yönetimi Uygulamaları, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Cilt 50, Haziran 2005, 761-783. (Bilgi Yönetimi)

ZEVKLİLER, A. – ACABEY, M.B. – GÖKYAYLA, K.E.: Medeni Hukuk-Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 1999.

ÖZET

Bireysel İş Hukuku açısından bilgi işçilerini ele alan bu çalışmada öncelikle bilginin çalışma hayatındaki etkileri incelenmiş ve bu kapsamda “bilgi”, “bilgi toplumu ve ekonomisi”, “bilgi işi ve bilgi işçisi” kavramlarına yer verilmiştir. Bu kavramların anlamlarının ve içeriklerinin belirlenmesiyle aynı zamanda çalışmamızın sınırlarının çizilmesi amaçlanmaktadır. Bilgi işçilerinin diğer işçiler karşısında çalışma hayatında bir takım farklı özellikler taşıdığı, bu itibarla uygulanacak hukuk açısından bu işçilerin niteliklerinin göz önünde bulundurulması gerekliliği çalışmada ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Günümüzde ekonomik ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak bilgi işçilerinin istihdamdaki sayısı giderek artmaktadır. İş mevzuatımızda ise bilgi işçileri açısından ayrı bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte bu işçilerin iş akdi unsurları, özen borcu ve iş akitlerinin feshi diğer işçilere nazaran farklılık arz etmektedir. Ayrıca bilgi işinde çalışma koşullarının esnekleştirilmesi ile yeni istihdam alanlarının yaratılması ve bilgi işçilerinin zaman üzerinde söz sahibi olmalarının sağlanması önem arz etmektedir. Yine önem taşıdığı düşünülen bir diğer konu ise yabancı bilgi işçilerinin ülke istihdamına kazandırılmasıdır. Ekonomik gelişim açısından büyük önem taşıyan bilgi işçilerinin çalışma ilişkilerinin İş Hukuku kurallarından ve ilkelerinden ayrılmadan geliştirilmesine yönelik bir takım önerilere çalışmamızda ayrıca yer verilmiştir.

ABSTRACT

In this study which examines knowledge workers in terms of Individual Labour Law, addresses the effects of the knowledge on the working environment and the terms of “knowledge”, “information society and economy”, “knowledge work and knowledge worker”. It has been aimed to determine the frame of our study through specifying the meaning and the context of these concepts. It has been addressed the necessity to take into account the qualification of these workers in determining the applicable law due to the fact that these workers have different features in working life compared to other employees.

At present time, with the developments in economy and technology, the number of the knowledge workers in employment is increasing significantly. Nevertheless, there is no separate and specific regulation regarding the knowledge workers under the Labor Law. However the main terms of the employment contracts, the obligation of duty of care and the termination of the employment contracts can be different from other workers'. Moreover, it is important to create new employment areas with the realisation of the flexibility of the working conditions and to give independence to the knowledge workers in using their own working time. Another important point needed to be highlighted is the employment of the foreigner knowledge workers. In our study, it have been introduced some suggestions on the development of the working relationships of the knowledge workers which have a significant role in economic development, in line with Labor Law regulations and principals.