

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis KARAMAN*

Makale Gönderim Tarihi: 4 Haziran 2020

Makale Kabul Tarihi: 11 Haziran 2020

İş Hukukunda Ev Hizmetleri

Öz

İş hukukumuzda “ev hizmetleri” İş Kanunu’nun kapsamı dışında bırakılmıştır. Ev hizmetlerini konu alan ayrı bir iş kanunu ise bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu alanda çalışan işçiler, Borçlar Kanunu kapsamında yer almaktadırlar. Ancak, hukukumuzda “ev hizmetleri” kavramı tanımlanmamıştır. Bu nedenle, hangi işlerin bu kapsamda yer alacağı tam olarak belli değildir. İş Kanunu’nun, ev hizmetlerini

kapsam dışı bırakan düzenlemesinin hukuki niteliği de tartışmalıdır. Yine, ev hizmetlerinin niteliği ve işin yapıldığı yer, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerini diğer iş sözleşmelerinden ayırmaktadır. Borçlar Kanunu’nda yer alan bazı düzenlemelerin, ev hizmetleri yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir. Aşağıda tüm bu hususlar dikkate alınarak konu incelenecektir.

Anahtar Sözcükler:

Ev hizmetleri, ev hizmetlerinde çalışan işçi, iş sözleşmesinin kurulması, çalışma yaşı, çalışma süresi.

Domestic Services in Labour Law

Abstract

In labour law, domestic services are excluded from the scope of the Labour Act. There is no separate labour act on domestic services. Therefore, workers working in this field are covered by the Code of Obligations. However, the concept of domestic services has not been defined in our law. For this reason, it is not clear exactly which jobs will be included in this scope. The nature of the labour

act provision that excludes home services is controversial. Again, the quality of domestic services and the place of work distinguishes the contracts on domestic services from other contracts. Some regulations in the Code of Obligations also need to be evaluated in term of domestic services. The subject will be examined below by considering all these issues.

Keywords:

Domestic services, domestic worker, establishment of employment contract, working age, operation time.

*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilimdalı-mehmethaliskaraman@gmail.com
ORCID: 0000-0003-1965-0639

Giriş

Ev hizmeti olarak kabul edilen ve evde yapılan işleri genel olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Bunlar, ev işleri ve bakım işleridir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmakla birlikte, ev işi denildiğinde genellikle yemek, bulaşık, temizlik gibi evdeki hayatın devamı için ihtiyaç duyulan işler akla gelmekte, bakım işleri denildiğinde ise daha çok çocukların ve yaşlıların bakımı akla gelmektedir. Geleneksel olarak konuya yaklaşıldığında, tüm bu işlerin gerek diğer ülkelerde gerekse ülkemizde genel olarak kadınlar tarafından yapıldığı görülmektedir. Toplumun çok büyük bir kesiminin köylerde yaşadığı ve geniş aile yapısının hâkim olduğu bir düzen içerisinde bu durum herhangi bir sorun oluşturmamaktaydı. Ancak, kentleşmenin artması, köydeki nüfusun kentlere göç etmesi, geniş aile yapısının dağılarak çekirdek aile yapısına geçilmesi ve tüm bunlara bağlı olarak kadının çalışma hayatındaki rolünün artması bu işlerin yapılmasını bir sorun haline getirmiştir. Ancak, yine de, modern toplum yapısı içerisinde de, ev işi ve bakım işlerinin geleneksel yapıya uygun olarak kadının görevi olarak algılandığı ve bu işlerin yapılmasının kadından beklendiği görülmektedir¹. Nitekim, ev dışında çalışan kadınların bile ev hizmetleri dediğimiz işlere gün içerisinde ayırdıkları zaman dikkate alındığında, erkeklerle karşılaştırılmayacak oranda daha fazla süreyi bu işleri yapmak için harcadıkları görülmektedir². Dolayısıyla, ev dışında çalışan kadınların iki işi olduğu söylenebilecektir. Bunlar, hem dışarda para kazanmak için yaptıkları işler hem de ev hizmetleridir. Nitekim, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku yönünden konuya yaklaşıldığında, kadının ev hizmetleri dediğimiz işlerin yapılmasındaki rolüne işaret eden birçok yasal düzenlemenin hukukumuz içerisinde yer aldığı görülebilecektir³.

1 Erdoğan, Seyhan/Toksöz, Gülay: Kadınların Görünmeyen Emeğinin Görünen Yüzü, Türkiye'de Ev İşçileri, Uluslararası Çalışma Ofisi – Ankara, 2013, 7; Yıldırım, Sinem: Türkiye'de Ev Hizmetinde Çalışanların Sorunları, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Karabük Üniversitesi, 2014, C. 4, S. 1, 45, 46.

2 Yıldırım, 48, 49.

3 Bu konuda, kadınlara, gebelik ve doğuma dayalı olarak

Ancak, geleneksel aile yapımız ve kadının bu yapı içerisindeki üstlendiği rol her ne kadar yukarıda anıldığı gibi olsa da, çalışma hayatına katılan kadınların bu işleri eskisi gibi yapabilme imkanları gün geçtikçe azalmaktadır. Dolayısıyla, ev hizmeti dediğimiz işlerin, ev bireyleri dışında bir başkası tarafından yapılması artan bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulamada, kadının ev hizmetlerinde üstlendiği geleneksel rol ve aile yapısının genel kuralları ve ihtiyacı nedeniyle bu işlerin yine kadınlar tarafından yapıldığı da görülmektedir⁴. Orta ve üst gelir seviyesine sahip aile sayısının artması, bu şekilde çalışan kadın sayısının daha da artmasına neden olmaktadır.

Günümüzde, ev hizmetlerinde çalışan kişi sayısının ekonomik, sosyal ve demografik yapıdaki değişime paralel olarak gittikçe artması ve sıklıkla karşılaşılan bir durum olmasına karşın, hukukumuzda, "ev hizmeti" kavramının ne olduğunu, hangi işlerin bu kavram içerisinde yer aldığını tam olarak söyleyebilmek mümkün değildir. Bu belirsizlik, bu şekilde çalışan işçilerin sayısı, işverenleri ile aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak kanun hükümleri, sosyal güvenlik ve vergi mevzuatı yönünden belirsizliklere sebebiyet vermektedir.

Bu nedenle, konunun artan önemi dikkate alınarak, konu aşağıda İş Hukuku yönünden inceleme konusu yapılacaktır.

1) Kavram Olarak Ev Hizmetleri ve Bu Alanda Çalışacak İşçilere Uygulanacak Kanun Hükümleri

1) Kavram Olarak Ev Hizmetleri

İş Hukukunda, işyeri, İş Kanunu'ndaki düzenlemelerden de hareketle, işveren tarafından mal veya

verilen izinler, evlilik nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde kıdem tazminatı hakkı veren düzenleme, doğum borçlanması gibi düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir.

4 Bu konudaki değişik istatistikler için bkz. Erdoğan/Toksöz, 12 vd.; Yıldırım, 46 vd.

hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği yer olarak tanımlanmaktadır (İş K. m. 2/1). Bu yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere, işyeri, işveren tarafından oluşturulan bir birimdir. Bu birimin teknik amacı, mal veya hizmet üretmektir. O halde, işçilerin, mal veya hizmet üretmek amacıyla çalıştıkları yer, işyeri olarak kabul edilmelidir⁵.

Ancak, ev hizmetleri yönünden konuya yaklaşıldığında, ev hizmetlerinin yapıldığı yeri, yukarıdaki tanıma uygun olarak klasik anlamda bir işyeri olarak kabul etmek pek mümkün değildir. Ev hizmetlerinin yapıldığı yer bir evdir. Evin en temel özelliği ise, aile bireylerinin özel yaşamlarını geçirdiği yer olmasıdır. Bu nedenle, ev dediğimiz birim, anayasal konut dokunulmazlığının hâkim olduğu bir alandır. Bu alan, iktisadi bir faaliyetin icra edildiği bir alan değil, aile ekonomisi sınırları içerisinde kalan bir alandır. Yine, her durumda olmasa bile, çoğunlukla, evde ikamet eden kişilerin kendileri de işçi veya memur olarak bağımlı çalışanlardır. Dolayısıyla, işveren sıfatını kazanmaları, sadece ev hizmetlerini bir başkasına yaptırması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle de, diğer işverenlerden oldukça farklı konuma sahiptirler⁶.

Ev hizmetleri, tüm bu farklı özellikleri nede-

niyle hukukumuzda birçok alanda ayrı kurallara tabi tutulmuştur. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu “ev hizmetlerini” kapsamı dışında bırakmıştır (m. 4/1-e); Borçlar Kanunu’nda, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin alacaklarının zamanaşımına uğraması ile ilgili olarak özel düzenleme getirilmiştir (m. 153/1-4); yine, Borçlar Kanunu’nda ev hizmetlerinin görülmesi için işçi çalıştıran işverenler yönünden gıda, barınak, sağlık yardımı sağlama ve yıllık izin kullanımı ile ilgili olarak bazı özel yükümlülükler getirilmiştir (m. 418, 424/2); Gelir Vergisi Kanunu’nda, ev hizmetlerinde çalışan işçilerden gelir vergisi alınmayacağı belirtilmiştir (m. 23/1-6); 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise ev hizmetlerini kapsam dışında bırakmıştır (m. 2/2-c); Sosyal Güvenlik Hukuku yönünden 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığı özel olarak düzenlenmiştir (ek m. 9)⁷. Tüm bu yasal düzenlemelerde, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin aynı evde yaşayan aile bireyleri ile aralarında oluşan güvene dayalı yakın ilişkinin; yapılan işin konut dokunulmazlığına sahip bir alanda yapılıyor olmasının; yine bu alanın aile ekonomisi sınırları içerisinde kalıyor olmasının izlerini görebilmek mümkündür. Ancak, bu kadar ayrı ve özel durumuna rağmen, “ev hizmeti” kavramı, daha önce de ifade edildiği üzere, mevzuatımızda tam olarak tanımlanmış değildir. Bu belirsizlik nedeniyle, kavramın, gerek öğretide gerekse yargı kararlarında farklı farklı tanımlandığı görülmektedir.

Öğretideki bir görüşe göre, ev hizmeti, ev sakinlerinin gündelik doğal ihtiyaçlarının giderilmesi, evin işleyişinin ve idaresinin sağlanması amacıyla yapılan faaliyetlerin tamamı olarak tanımlanmak-

5 Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Süzek, Sarper: İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2019, 186, 187; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, İstanbul 2019, 138 vd.; Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul 2018, 40, 41; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019, 50-53; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Uluçan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2019, 45 vd.; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014, 136 vd.; Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013, 37-39; Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, İzmir 2013, 38-40; Şakar, Müjdat: Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 7. Baskı, Ankara 2015, 61 vd.; Akyiğit, Ercan : İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2008, 123 vd.; Akyiğit, Ercan: Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, 103,104; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1976, 46 vd.

6 Bkz. Caniklioğlu, Nurşen/Özkaraca, Ercüment: Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Özel Sayı, 2016, Cilt II, 1133.

7 Ev hizmetlerinde çalışan işçilerin sosyal sigorta hakları için bkz. Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018, 112-113, 138-140; Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul 2017, 114,115; Caniklioğlu/Özkaraca, 1133 vd.; Ertürk, Arzu Arslan: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Ek 9. Maddesi Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Legal 2015, C. 12, S. 46, 89 vd.; Manav, A. Eda: Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, TBB Dergisi, 2015/120, 517 vd.

tadır. Bu görüşe göre, bu faaliyetler, özü itibarıyla evde yaşayanlar tarafından yapılan ama değişik sebeplerle ev sakinlerinin yapmadığı veya yapmadığı faaliyetlerdir. Dolayısıyla, bu görüşe göre ev hizmeti denildiğinde, yemek yapımı, çamaşır yıkanması, temizlik yapılması, ütü yapılması, bahçe bakımı ve alışveriş yapılması gibi günlük işler aklı gelmektedir. Bu nedenle, öğretideki bu görüşün, ev hizmetleri kavramını dar yorumlamayı tercih ettiği söylenebilecektir⁸.

Öğretideki bir başka görüşe göre ise, ev hizmetleri, sadece yukarıda sayılan evin gündelik işleri olarak kabul edilebilecek işlerden ibaret değildir. Bunların yanında çocuk bakıcılığı, özel ders verme gibi evde yapılan diğer işler de ev hizmetleri olarak kabul edilmelidir⁹. Yine, bu kapsam içerisinde mütalaa edilebilecek bir başka görüşe göre de, ev hizmetleri, Uluslararası Standart Meslek Sınıflaması ve Türkiye İstatistik Kurumu'nun istatistikleri esas alınarak belirlenmelidir. Bu durumda da, hizmetçi, uşak, garson, aşçı, temizlikçi, bahçıvan, kapıcı, özel şoför, ev bekçisi, mürebbiye, bebek bakıcısı, özel öğretmen, sekreter gibi çalışanlar bu kapsam içerisine girmektedirler¹⁰.

Bu konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer düzenleme de, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO), 2011 Yılında kabul edilen, 189 sayılı "Ev İşçileri İçin İnsana Yakışır İş Hakkında Sözleşmesi"dir¹¹. Bu sözleşmenin birinci maddesinde "ev işi" ve "ev işçisi" kavramları tanımlanmıştır. Buna göre, ev işi, ev ya da ev halkı

için ev içerisinde yapılan işleri ifade etmektedir. Ev işçisi ise, iş sözleşmesine dayalı olarak ev işleri ile uğraşan her hangi bir kişiyi ifade etmektedir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, 189 sayılı Sözleşmeye göre ev hizmeti, evin gündelik işleyişine yönelik olmak zorunda değildir. Bunun yanında, yapılan işin sadece ev halkına yönelik olması da "ev hizmeti" olarak kabul edilmesi için yeterlidir. Bu düzenlemeden hareketle, 189 sayılı Sözleşmenin "ev hizmeti" kavramının kapsamını genişlettiği, ev içerisinde yapılan ve ev halkına yönelik olan her tür işin ev hizmeti kavramı içerisinde değerlendirdiği söylenebilecektir¹². Ancak, 189 sayılı Sözleşme henüz T.C. Devleti tarafından imzalanmamıştır. Dolayısıyla, iç hukukumuzun bir parçası değildir.

Hukuk sistemimiz içerisinde "ev hizmeti" kavramının yasal tanımı yapılmamış olmakla birlikte, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin sosyal sigortalılığı kapsamında SGK tarafından çıkartılan "Ev Hizmetlerinde 5510 sayılı Kanun'un Ek 9. Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ"¹³ de "ev hizmeti" kavramı tanımlanmıştır. Hiç şüphesiz bu tanım, sosyal sigorta hukuku yönünden yapılan bir tanımdır. Buna göre, ev hizmeti, "Ev içerisinde yapılan aile bireyleri tarafından yapılabilecek temizlik, yemek yapma, çamaşır, ütü, alışveriş, bahçe işleri gibi gündelik işler ile çocuk, yaşlı veya özel bakıma ihtiyacı olan kişilerin bakım işlerinin aile bireyleri dışındaki kişiler tarafından yapılmasını" ifade etmektedir. Tebliğdeki bu düzenlemeden, ev hizmeti kavramının, öncelikle aile bireyleri tarafından yapılabilecek olan evin gündelik işlerini kapsadığı anlaşılmaktadır. Ancak, hemen arkasından, çocuk, yaşlı ve özel bakıma ihtiyaç duyan kişilerin bakım işlerinin de kapsam içerisine alındığı anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeden hareketle, Tebliğ kapsamında tanımı yapılan "ev hizmetinin", yukarıdaki açıklamalarımızda

8 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 159; Süzek, 214; Şakar, 53; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 65, 65; Eyrenci/ Taşkent/Ulucan, 54; Narmanlıoğlu, 85; Aktay/Arıcı/Sen-yen-Kaplan, 45; Demir, 84; Şakar, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 116; Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 285; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 116; Ekonomi, 56; Okur, Ali Rıza: Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı, Kamu İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 3, 2004, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, 356.

9 Tunçomağ, Kenen/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul 2013, 42.

10 Bu görüşler ve değerlendirmesi için bkz. Caniklioğlu/Özkaraca, 1135 vd.; Manav, 511, 512; Yıldırım, 46 vd.; Erdoğan/Toksöz, 3,4.

11 Sözleşme metni için bkz. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_protect/protrav/travail/documents/publication/wcms-209877.pdf.

12 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Caniklioğlu/Özkaraca, 1136, 1137; Manav, 512, 513; Kökkılınç, 539; Erdoğan/Toksöz, 19, 20; Kökkılınç, A. Gül: Ev Hizmetlerinde Çalışan İşçilerin İş İlişkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 2019, 539.

13 RG. 1.4.2015, 29313.

belirtilen görüş ve düşünceler paralelinde geniş anlamıyla anlaşılmaya uygun olduğu söylenebilecektir. Nitekim, Tebliğ'de de, ev hizmetinin, evin gündelik işleri ile ilgili olduğu vurgulanmış, ancak bu kapsamda değerlendirilemeyecek çocuk bakımı, yaşlı bakımı ve özel bakım ihtiyacı olanların bakım işleri de bu kapsamda değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, SGK'nın yayımladığı Tebliğ'e göre de, ev içerisinde yapılan ve ev halkına yönelik bazı işleri ev hizmeti kapsamında değerlendirmek mümkündür¹⁴. Bu noktada unutulmaması gereken husus, söz konusu Tebliğin, ev hizmetlerinde çalışanların sosyal sigorta hakları yönünden 5510 sayılı Kanun'daki düzenlemeler ve bu düzenlemelerden kaynaklanan pratik ihtiyaçlar dikkate alınarak hazırlanmış olduğudur. Bu nedenle, bu düzenlemenin, iş hukuku yönünden de geçerli olabileceğini söylemek mümkün değildir. Nitekim, konu Yargı kararları yönünden değerlendirildiğinde de, ev hizmetleri kavramına iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku yönünden iki farklı şekilde yaklaşıldığı görülmektedir. Buna göre, Yargıtay, iş hukuku yönünden konunun değerlendirildiği birçok kararında, ev hizmetlerini, evin gündelik işleri ile ilgili olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu kapsamda verdiği kararlarında, evde hasta, çocuk, yaşlı bakan bir hemşire veya bakıcının ev hizmeti yapmadığını kabul etmiştir¹⁵. Yine, aynı yönde olmak üzere, aşçı, uşak, temizlikçi gibi işlerde çalışan kişilerin ev hizmeti yapan kişiler olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu işleri yapan kişilerle işverenleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların Borçlar Kanunu kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklar olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁶.

Konunun sosyal güvenlik hukuku yönünden değerlendirildiği birçok Yargıtay kararında ise, ev hizmetleri kavramı, yukarıdaki kararlardan farklı olarak daha geniş kapsamlı olacak şekilde değerlendirilmiştir. Bu kararlarda, sadece evin gündelik yaşamına ilişkin işler değil, çocuk ve hasta bakıcılığı gibi işlerin de ev hizmetlerinden sayılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁷. Sosyal Güvenlik Hukuku ile ilgili olarak verilen bu kararlar, hiç şüphesiz bahse konu SGK Tebliği ile de uyumludur.

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, "ev hizmeti" kavramının yasal bir tanımı yoktur. Bu durumun etkisiyle, "ev hizmeti" kavramının iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanında birbirinden farklı şekilde tanımlandığı görülmektedir. Sosyal Güvenlik Hukuku alanında kavramın daha geniş yorumlandığı, evin gündelik işlerinin yanında çocuk, yaşlı ve özel bakıma ihtiyaç duyanların bakım hizmetlerinin de ev hizmeti içerisinde değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Böylece, ILO'nun 189 sayılı Sözleşmesi'nde tanımlanan "ev hizmeti" kavramına yaklaşılmış olmaktadır¹⁸.

İş hukuku alanında ise aynı şeyi söyleyebilmek mümkün değildir. Bu alanda, hem öğreti hem de konuya ilişkin yargı kararları "ev hizmeti" kavramının dar yorumlanması taraftarıdır. Buna göre, ev hizmeti, ev ya da hane halkı için evde yapılan işlerin tamamını değil, evin gündelik işleyişine yönelik olarak yapılan işleri kapsamına almaktadır. Bu anlayış, hiç şüphesiz, iş hukukunun temel prensiplerine de uygundur. Yapılan işin ev hizmeti olarak nitelendirilmesi, söz konusu çalışma ilişkisini İş Kanunu'nun kapsamı dışına çıkaracaktır (İş K. m. 4/e). Bu durumun ise işçi lehine olduğunu söyle-

14 Ayrıca bkz. Caniklioğlu/Özkaraca, 1137-1140; Manav, 512; Kökkılınç, 544.

15 Yarg. 22. HD., 2.9.2014, E. 2014/17890, K. 2014/22670; Yarg. 22. HD, 10.10.2017, E. 2017/8730, K. 2017/21258; Yarg. 20. HD, 5.6.2017, E. 2017/6261, K. 2017/4985; Yarg. 22. HD, 26.1.2017, E. 2016/30630, K. 2017/1090; Yarg. HGK, 27.6.2018, E. 2015/9-3384, K. 2018/1281; Yarg. 22.HD., 11.3.2019, E. 2016/6816, K. 2019/5648; www.kazancı.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

16 Bkz. Yarg. 9. HD., 9.6.2009, E. 2009/20489, K. 2009/16455; Yarg. 9. HD., 13.6.2012, E. 2012/18405, K. 2012/22828; Yarg. 9. HD., 5.6.2014, E. 2014/15697, K. 2014/18318; Yarg. 22. HD., 9.3.2015, E. 2013/35095, K.2015/9308; Yarg.

20. HD, 16.2.2016, E. 2015/16448, K. 2016/1794; Yarg. 13. HD, 17.10.2019, E. 2016/28537, K. 2019/10.189; Yarg. 9. HD, 21.5.2019, E. 2019/963, K. 2019/11708; Yarg. 22. HD, 2.4.2019, E. 2016/9605, K. 2019/7352; www.kazancı.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

17 Bkz. Yarg. HGK, 5.2.2014, E. 2013/10-228, K. 2014/65; Yarg. 10. HD, 24.10.2014, E. 2014/20762, K. 2014/20621; Yarg. 10. HD., 5.11.2015, E. 2015/15879, K. 2015/18735; Yarg. 10. HD., 30.1.2015, E. 2014, 26544, K. 2015/18659, www.kazancı.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

18 Ayrıca bkz. Caniklioğlu/Özkaraca, 1139, 1140.

yebilmek mümkün değildir. O halde, “ev hizmeti” kavramının dar yorumlanması, iş hukukunun en temel ilkelerinden olan “işçi lehine yorum ilkesi” ile de uyumludur.

2) Ev Hizmetlerinde Çalışan İşçilere Uygulanacak Kanun Hükümü

a) Borçlar Kanunu Kapsamında Olanlar

4857 sayılı İş Kanunu, amaç ve kapsamına ilişkin birinci maddesinde, İş Kanunu’nun, dördüncü maddesinde belirtilen istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı hükmünü içermektedir (m. 1/2).

Kanunun bu düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, kural olarak, bir kişinin, İş Kanunu içerisinde kalması için iş sözleşmesine dayalı olarak çalışması yeterlidir. Bu noktada, yapılan işin her hangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁹.

Ancak, konuya ilişkin madde metninde de belirtildiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu, dördüncü maddesi ile bu temel kurala bazı istisnalar getirmiştir. Bu kapsamda, “ev hizmetleri” de İş Kanunu’nun kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla, inceleme konumuzu oluşturan ve yukarıda tanımlı yapılan “ev hizmetleri” işi yapan işçiler, 4857 sayılı İş Kanunu’nun kapsamı dışında kalmaktadırlar (m. 4/e).

Hukukumuzda, ev hizmetlerinde çalışan işçilere ilişkin olarak, “gemi adamı” veya “gazeteciler” de olduğu gibi ayrı bir iş kanunu da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu konuda yasal bir boşluk vardır. Bu boşluğun, 4857 sayılı İş Kanunu karşısında genel kanun olma özelliğine sahip olan Türk Borçlar Kanunu hükümleri esas alınarak doldurulması gerekecektir²⁰. Bu durumun doğal sonucu ise,

konuya ilişkin diğer örneklerde olduğu gibi, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin de Borçlar Kanunu kapsamında yer almaları olacaktır.

Ancak, uygulamada, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin Borçlar Kanunu kapsamında yer alacağını söyleyebilmek her durumda bu kadar kolay olmamaktadır. Bu noktada, cevaplandırılması gereken ilk soru, tarafların sözleşme ile aralarındaki hukuki ilişkiye 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasına karar verip veremeyecekleridir. Yine, bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken ikinci soru, işçinin, ev hizmeti yanında bir başka iş daha yapması durumunda tabi olacağı kanun hükmünün nasıl belirleneceğidir. Aşağıda bu iki konu üzerinde ayrıca durulacaktır.

b) Sözleşme ile Uygulanacak Kanun Hükümünün Belirlenmesi

İş Kanunu’nda, iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olarak tanımlanmıştır (m. 8/1). Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, bağımlı olarak çalışmayı üstlenen taraf işçidir. Ücret ödemeyi üstlenen taraf ise işverendir. Nitekim, İş Kanunu, işçiyi, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlamıştır (m. 2/1).

İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesine dayalı olarak kurulan iş ilişkisinde, yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere, ekonomik olarak kuvvetli olan taraf işverendir. İşçi tarafı ise zayıftır. Bu nedenle, kuvvetli taraf olan işverenin, kendisi için en elverişli koşullarla iş sözleşmesi yapılması konusunda işçiye baskı yapma ve istediği sonucu alma imkân ve kabiliyeti vardır. Nitekim, iş hukukunun doğuşu ve gelişimine ilişkin tarihsel sürece baktığımızda bu durumun sayısız örnekleri ile karşılaşabiliriz. Bugün de, iş hukuku alanında yer alan pozitif düzenlemelere bakıldığında, geçmişte yaşanan acı tecrübelerden hareketle işçiyi koruyucu birçok düzenlemenin yasalar içerisinde yer aldığı görülebilecektir²¹.

19 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 151 vd.; Süzek, 209 vd.; Şakar, 49 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 63 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 52 vd.; Narmanlioğlu, 75 vd.

20 İş kanunları yönünden genel kanun özel kanun tartışması için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 19, 20; Süzek, 37-39; Şakar, 18; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 9-11; Narmanlioğlu, 26 vd.; Aktay/Arcı/Senyen-Kaplan, 14;

Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 55, 56.

21 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2 vd.; Süzek, 14 vd.; Şa-

Klasik hukuk teorisinde hukuk kuralları emredici hukuk kuralları ve tamamlayıcı hukuk kuralları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, emredici hukuk kuralları, tarafların sözleşme ile değiştiremeyecekleri, herkesin mutlak olarak uyması gereken kurallar anlamına gelmektedir. Mutlak emredici nitelikteki bir kanun hükmüne uyulmaması, bu hükme aykırı sözleşmenin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır (BK m. 27/1). Tamamlayıcı hukuk kuralları ise, tarafların sözleşme ile değiştirebilecekleri kurallar anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, tarafların, tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümleri hilafına sözleşme yapabilmeleri mümkün olabilecektir²².

Ancak, iş hukuku alanında, yukarıda değindiğimiz klasik hukuk teorisi farklılaşmıştır. Bunun en önemli nedeni, daha önce değindiğimiz zayıf durumda olan işçinin korunmasıdır. Nitekim, İş Hukukunda yer alan yasa hükümleri incelendiğinde, üç değişik nitelikte yasa hükmüyle karşılaşılmaktadır. Bunlar, mutlak emredici nitelikteki düzenlemeler, nispi emredici nitelikteki düzenlemeler ve tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerdir. İş hukuku alanında da, mutlak emredici nitelikteki yasal düzenlemelere herkesin uyması zorunludur. Bu tür düzenlemelere uyulmaması, yapılan sözleşmenin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Ancak, bu geçersizlik, hukukun diğer alanlarından farklı olarak, hukuki ilişkinin başından itibaren değil, bu durumun ortaya çıktığı andan itibaren ileriye yönelik olarak etkisini gösterecektir. Öncesi için geçerli bir hukuki ilişkinin var olduğu kabul edilecektir (BK m. 394/3).

Nispi emredici nitelikteki düzenlemeler ise, zayıf durumda olan işçi lehine olarak sözleşme ile değiştirilebilen kanun hükümleri anlamına gelmektedir. İş hukukundaki yasal düzenlemelerin çok büyük bir kısmı bu tür düzenlemelerden oluşur. Bu tür düzenlemelerin amacı, işçiye yasal olarak asgari bir çalışma standardı sağlamak, sözleşme ile bunun üzerine çıkma hakkını ise işçiye vermektir.

Tamamlayıcı nitelikteki hukuk kuralları ise, iş hukukunda da, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, taraflardan birinin lehine veya aleyhine olduğuna bakılmaksızın sözleşme ile aksinin serbestçe kararlaştırılabildiği hukuk kuralları anlamına gelmektedir. Bu tür düzenlemelerin sayısı iş hukukunda oldukça azdır²³.

Bu noktada, sözleşme serbestisi ve bunun sınırlarının belirlenmesi açısından kanunda yer alan hükümlerin hangilerinin mutlak emredici, hangilerinin nispi emredici, hangilerinin ise tamamlayıcı nitelikte olduğunun bilinmesi büyük önem taşımaktadır. İş hukuku alanındaki yasal düzenlemeleri bu bakış açısıyla değerlendirdiğimizde, iş hukuku mevzuatının bu konuda temel bir kural getirmediği anlaşılmaktadır. Bu konu, öğreti ve yargı kararları ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır²⁴. Aynı durum, ev hizmetlerinde çalışan işçileri 4857 sayılı Kanun kapsamı dışında bırakan (m. 4/e) yasal düzenleme için de geçerlidir.

O halde, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin sözleşme ile 4857 sayılı Kanun kapsamına kısmen veya tamamen alınıp alınamayacaklarını söyleyebilmek için Kanunun 4/e maddesindeki düzenlemenin yukarıda belirtildiği şekilde hukuki niteliğinin ortaya konulması gerekecektir.

Daha öncede ifade ettiğimiz üzere, iş hukukunun temel amacı işçinin korunmasıdır. Bu nedenle, bu alana ilişkin olarak çıkarılan yasa hükümlerinin çok büyük bir kısmı da nispi emredici nitelikte hükümlerdir. Ancak, buradan hareketle, İş Kanunu maddelerinin tamamının bu amaç doğrultusunda hazırlandığını söyleyebilmek de mümkün değildir. Nitekim, bu kapsamda kimi düzenlemelerin işçinin menfaatleri ile işyerinin menfaatleri arasındaki hassas dengeyi korumak, kamu yararını sağlamak, esneklik ihtiyacına cevap vermek, iş güvenliğini sağlamak, işyeri menfaatlerini korumak gibi amaçları sağlamak için çıkarıldıkları anlaşılmaktadır²⁵. Bu nedenle, bu konuda

kar, 13, 14; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 3 vd.; Narmanlıoğlu, 5 vd.; Aktay/Arıcı/Senayen-Kaplan, 4 vd.
22 Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018, 100; Ayrıca bkz. Süzek, 32 vd.

23 Bu konudaki örnekler için bkz. Süzek, 35.

24 Ayrıca bkz. Süzek, 34, 35; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 26, 26; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 3-5; Narmanlıoğlu, 10 vd.

25 Bkz. Süzek, 16 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 22 vd.;

karar vermeden önce tüm bu hususların dikkate alınması gerekecektir. Bunu yapabilmek için ise, hükmün tarihsel olarak yasalaştığı tarihteki amacının, lafzının, sosyolojik olarak bugün ifade ettiği değer, anayasamızın temel ilkeleri karşısındaki durumunun ve İş Kanunu'nun genel düşünce tarzına uygunluğunun değerlendirilmesi gerekecektir²⁶. Ev hizmetlerinde çalışan işçileri İş Kanunu kapsamı dışında bırakan düzenleme, 931 sayılı İş Kanunu'nun mirasıdır. Nitekim bu hükmün gerekçesi, 4857 sayılı Kanun'da ve 1475 sayılı Kanun'da bulunmamaktadır. 931 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde ise, söz konusu düzenlemenin, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin daha rahat iş bulmalarını sağlamak amacıyla İş Kanunu kapsamı dışında bırakıldıkları belirtilmiştir. Bu gerekçeden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, İş Kanunu'ndaki yükümlülük ve zorunluluklardan korkan işverenin, evlerinde ev hizmeti ile ilgili işçi çalıştırmaktan vazgeçebileceklerini, bu durumun ise bu işi yapan işçilerin aleyhine olacağını düşünerek bu hükmü yasalaştırmıştır. Dolayısıyla, bu gerekçeden, kanun koyucunun amacının, işvereni veya işyerini korumak değil, tartışmaya açık bir şekilde de olsa, işçiyi korumak olduğu anlaşılmaktadır.

Sosyolojik olarak olaya yaklaşıldığında ise, bugün itibarıyla Yasanın yapılışındaki gerekçenin pek bir anlamının kalmadığı söylenebilecektir. Her şeyden önce, Türk toplumunun ekonomik olarak ulaştığı seviye söz konusu düzenlemenin yapıldığı tarihteki seviyenin oldukça ilerisindedir. Nitekim, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu alanda çalışan işçi sayısındaki artış, bu durumun en açık göstergesidir. Kaldı ki, ev hizmeti alanında çalışan işçilerin de sosyal güvenlik, sendika ve çalışma koşulları konusunda diğer işçilerin taleplerinden pek de farkı olmayan taleplerde buldukları görülmektedir²⁷. Bu nedenle, bugün ki sosyal gerçeklik de, yasal düzenlemenin yapıldığı tarihteki gerekçeyi desteklememektedir. Bu nedenle, bugün için, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin İş

Kanunu kapsamında olmalarının onların daha çok lehlerine olduğu söylenebilecektir.

4857 sayılı Kanun m. 4/e düzenlemesinin lafzına bakıldığında, bu hükmün mutlak emredici nitelikte bir düzenleme olarak kabul edilmesini gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Bu yasal düzenlemeye aykırı bir sözleşme hükmünün geçersiz olacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Yine, bu düzenlemeye uyulmamasını hukuki veya cezai bir müeyyideye bağlayan bir düzenleme de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu düzenleme, lafzıyla değerlendirildiğinde de mutlak emredici nitelikte bir düzenleme olmamaktadır.

Konuya Anayasal olarak yaklaşıldığında da benzer bir durumla karşılaşılmaktadır. Her şeyden önce, bizim Anayasamız sosyal devlet ilkesini benimsemiştir (m. 2). Bu ilkenin en görünür tarafını da yine iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili düzenlemeler oluşturmaktadır. Anayasamız, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde çalışma yaşamı ile ilgili olarak birçok düzenlemeye yer vermiştir (m. 49 vd.). İşçi ve işveren ilişkileri yönünden bir değerlendirme yapıldığında, bu anayasal düzenlemelerin ortak özelliklerinin işçinin korunması olduğu söylenebilecektir. Nitekim, anayasamızda yer alan bu ilkeler, çalışma hayatımıza yön veren yasal düzenlemelerin de temel dayanağını oluşturmaktadır²⁸. Dolayısıyla, bu yönüyle yapılacak bir değerlendirmede de 4857 sayılı Kanun m. 4/e hükmünün mutlak emredici nitelikte bir düzenleme olarak kabul edilmesi Anayasamıza hakim olan temel ilkelere uygun olmayacaktır.

Buradan hareketle, 4857 sayılı Kanun m. 4/ e hükmünün mutlak emredici nitelikte bir düzenleme olarak kabul edilmesini gerektiren bir nedenin bulunmadığı; söz konusu düzenlemenin, işçi lehine yorum ilkesi dikkate alınarak nispi emredici nitelikte bir düzenleme olarak kabul edilmesi gerektiği; varılan bu sonucun, hükmün gerekçesine, bugün ki sosyal yapıya, anayasal düzene, iş huku-

Narmanlıoğlu, 10 vd.

26 İş Hukukunda normun yorum kuralları açısından bkz. Süzek, 20 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 26-28.

27 Bkz. Erdoğan/Toksöz, 17 vd.; Yıldırım, 49 vd.

28 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 23. 24; Süzek, 51 vd.; Şakar, 17, 18; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 8; Narmanlıoğlu, 23vd.; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 13, 14.

kuna hâkim olan temel prensiplere ve Kanunun lafzına uygun olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, tarafların aralarında yapacakları bir sözleşmede, ev hizmetlerinde çalışan bir işçinin 4857 sayılı Kanun kapsamına kısmen veya tamamen dahil olmasına karar verebileceklerdir²⁹.

Yargıtayımızın konuya ilişkin görüşünün de bu yönde olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, Yargıtay 13. HD. 16.6.2011 tarihli bir Kararında, ev hizmetlerinde çalışan bir işçi ile yapılan bir iş sözleşmesinde, bu sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde İş Kanunu'nun uygulanacağına ilişkin hükmü geçerli saymış ve işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır³⁰.

c) Ev Hizmeti Yanında Başka Bir İşte de Çalışan İşçinin Tabi Olacağı Kanun Hükümü

Yukarıdaki açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, 4857 sayılı Kanun, ev hizmetlerinin İş Kanunu kapsamı dışında kalacağını düzenlemiştir (m. 4/e). Ev hizmetinden ne anlaşılması gerektiği ise, yine yukarıda ayrı bir başlık altında incelenmişti. Dolayısıyla, yapılan işi "ev hizmeti" olarak nitelendirebiliyorsak, bu iş ilişkisi İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalacak ve taraflar arasındaki çalışma ilişkisine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Aksi sonuca ulaşılması durumunda ise, taraflar arasındaki iş ilişkisine 4857 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.

Ancak, uygulamada bu konuya ilişkin olarak her durumda kolayca karar vermek mümkün olmayabilir. Özellikle de işçinin, birden fazla iş yapması, daha açık bir ifadeyle görev tanımı içerisinde birden fazla faaliyetin yer alması, bu faaliyetin bir kısmının ev hizmeti, bir kısmının ise İş Kanunu

kapsamı içerisinde kalan faaliyetlerden oluşması durumunda, söz konusu iş ilişkisinin hangi kapsamda değerlendirileceğine karar vermek bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu durumda, öncelikli olarak yapılması gereken, işçinin hangi faaliyetinin asıl işi, hangi faaliyetinin ise ek işi olduğuna karar vermek olacaktır. Bu ayrımın temelinde ise ağırlıklı çalışma (baskın çalışma) ölçütü bulunmaktadır. Dolayısıyla, birden fazla işle uğraşan bir işçinin, hangi işi baskın iş olarak kabul edilebiliyorsa, bu iş esas alınarak uygulanacak kanun hükmü belirlenecektir³¹.

Ancak, bu noktada, "ağırlıklı çalışma" veya "baskın çalışma" kavramlarından ne anlaşılması gerektiği de bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu her iki kavram da soyut kavramlardır. Dolayısıyla, uygulama açısından belli kriterler kullanılarak bunların somutlaştırılması gerekecektir. Bu noktada, kullanılacak iki kriter akla gelmektedir. Bunlardan ilki "süre olarak önde olma", diğeri ise "ekonomik olarak önde olma" ölçütleridir. Süre olarak önde olma, kişinin hangi işinde daha çok zaman geçirdiğidir. Daha açık bir ifadeyle, haftalık veya aylık bir zaman diliminde (Bu konuda ücret ödeme periyodu esas alınabilir) en çok zaman hangi işinde geçirdiğinin esas alınmasıdır. Ekonomik olarak önde olma ise, kişinin hayatında ekonomik olarak hangisinin ön planda olduğu, daha açık bir ifadeyle hangisinden daha çok gelir elde ettiğidir.

Ekonomik olarak önde olma ölçütü, uygulanması zor bir ölçüttür. Her şeyden önce, istisnai durumlar dışında, birden fazla işle uğraşan kişiler tek ücret almaktadırlar. Bu ücretin ne kadarlık kısmının hangi işe ait olduğunu tespit etmek ya mümkün olamayacak ya da bu konuda yapılacak

29 Süzek, 215.

30 Yarg. 13. HD, 16.6.2011, E. 2010/18332, K. 2011/9574, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; Nitekim, Yargıtay, bu Karardan önce ve sonra verdiği birçok kararında da işçinin, sigortalı gösterildiği işi esas alarak, İş Kanunu kapsamında kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Böylece, tarafların bu konuda başlangıçta yaptıkları anlaşmaya üstünlük tanınmıştır. Yarg. 9. HD, 2.6.2003, E. 2003/9614, K. 2003/9868; Yarg. 9. HD, 9.6.2009, E. 2009/20489, K. 2009/16455; Yarg. 22. HD, 24.6.2013, E. 2013/13195, K. 2013/15342; Yarg. 9. HD, 15.11.2016, E. 2016/30168, K. 2016/20156. www.kazanci.com Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

31 Süzek, 215; Tunçomağ/Centel, 41, 42; Narmanlıoğlu, 85, 86; Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 285; Bu durumda, ağırlıklı faaliyet ölçütü dikkate alınmadan, işçinin İş Kanunu kapsamında kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 66; Yine, böyle bir durum ile karşılaşıldığında, baskın faaliyeti aramak yerine, işçinin yaptığı her bir işe ilgili kanun hükmünün uygulanması gerektiği, ancak ek işin çok önemsiz olması durumunda baskın işe göre uygulanacak kanun hükmünün belirlenmesi gerektiği görüşü için bkz. Okur, 355, 356.

tespit yeni anlaşmazlıkları beraberinde getirecektir. Kaldı ki, elde edilen gelirin zaman içerisinde değişmesi ihtimali de mevcuttur. Bu nedenle, ekonomik olarak önde olma ölçütü, tek başına bu sorunu çözmede yeterli olmayacaktır.

Bu konuda "süre olarak önde olma" kriterinin kullanılması daha yerinde olacaktır. Kişinin hangi işinde daha fazla zaman harcadığını tespit etmek diğerine göre daha kolaydır. Yine, zaman içerisinde yapılan asıl işin veya ek işin değişme ihtimali daha azdır. Dolayısıyla da, bu ölçüte bağlı olarak yapılacak tespitin uyumsuzluk çıkarma ihtimali de daha az olacaktır.

Bu nedenle, birden fazla işle uğraşan işçinin ağırlıklı çalışmasının (baskın çalışma) tespitinde, öncelikli olarak zaman esasına göre değerlendirme yapılmalı, çalışma süresinin çoğunu hangi işi için harcadığına bakılmalı, bunu destekleyici olarak veya zaman esasına dayalı olarak yapılan değerlendirmede sonuca ulaşamaması durumunda ekonomik olarak önde olma ölçütü kullanılmalıdır.

Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatlarına bakıldığında da, bu konuya ilişkin olarak ağırlıklı çalışma (baskın çalışma) ölçütünün kullanıldığı görülmektedir. Nitekim, Yargıtay, çalıştığı evde hem ev hizmeti hem de bekçilik yapan bir işçinin, ağırlıklı çalışmasının bekçilik olması nedeniyle İş Kanunu kapsamında kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir³².

Yüksek Mahkeme konuya ilişkin kararlarında, "ağırlıklı çalışma" ölçütünü kullanmış olmasına

32 Yarg. 9. HD 9.10.2008, E. 2007/27814, K. 2008/25988; Aynı yönde, Yarg. 9. HD., 2.10.2009, E. 2009/35032, K. 2009/25098; Yarg. 9. HD 13.6.2011, E. 2011/27942, K. 2011/17749; Çil, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Hukuk Dairesi, 2010-2011 Yılları, 4. Baskı, Ankara 2011, 57-60; Yargıtay, aynı yöndeki kararlarını sonraki yıllarda da sürdürmüştür. Yarg. 9. HD, 5.6.2014, E. 2014/15697, K. 2014/18318; Yarg. 22.HD, 2.9.2014, E. 2014/17890, K. 2014/22670; Yarg. 22. HD, 25.12.2014, E. 2013/28575, K. 2014/37115; Yarg. 22. HD, 9.2.2015, E. 2015/2501, K. 2015/4192; Yarg. 22. HD, 30.5.2016, E. 2016/14768, K. 2016/15415; Yarg. 13. HD, 29.3.2018, E. 2016/18293, K. 2018/3949; Yarg. 22. HD, E. 2019/5863, K. 2019/16475; Yarg. 9. HD, 4.12.2019, E. 2016/10685, K. 2019/21672, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

karşın, bu sonuca hangi kriterleri kullanarak ulaştığına ilişkin olarak açık bir beyanda bulunmamıştır.

Bu konuda son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçilerin durumudur. Bilindiği üzere, kısmi süreli çalışan işçiler, haftalık çalışma süresi önemli ölçüde az olan ve bu nedenle de birden fazla işverene bağlı olarak aynı anda çalışma imkânı olan işçilerdir. Bu şekilde çalışan bir işçinin durumunu, aynı işverene bağlı olarak çalışan ve birden fazla iş yapan işçinin durumu ile karıştırmamak gerekir. Birden fazla işveren yanında kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, her bir işveren yönünden yaptığı iş nedeniyle farklı kanunlara tabi olabilecektir. Bunlar arasında tercih yapılmasını gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bir işveren yanında ev hizmetleri işi yaparak çalışan ve böylece Borçlar Kanunu kapsamında olan bir işçi, bir başka işveren yanında yaptığı çalışma nedeniyle İş Kanunu kapsamında olabilecektir. Her bir işveren yanındaki çalışmaları, birbirinden bağımsız olarak tabi olunacak Kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu çalışmaların birbirine üstünlüğü veya tercih edilmesi söz konusu değildir³³.

II) Ev Hizmetleri Konulu İş Sözleşmelerinin Kurulması

1) Genel Olarak

İş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin konuları, sözleşmenin kurulma görüşmeleri ve bu görüşmeler esnasında uyulması gereken kurallar, tarafların ehliyeti konusunda aranan koşullar, sözleşmenin yapılması esnasında uyulması gereken şekil şartları, sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, sözleşmenin geçersizliği ve geçersizliğin etkisi başlıkları altında toplamak mümkündür³⁴. Bu konulara ilişkin olarak genel bir

33 Ayrıca bkz. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 286.

34 Bkz. Süzek, 296 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 265 vd.; Şakar, 57 vd.; Mollamahmutuoğlu/Astarlı/Baysal, 85 vd.; Narmanlioğlu, 182 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 101 vd.;

değerlendirme yapıldığında, konusu “ev hizmetleri” olan iş sözleşmelerinin, Borçlar Kanunu kapsamı içerisinde yer alan diğer iş sözleşmelerinden çok büyük farklarının olmadığı, dolayısıyla tüm bu konulara ilişkin olarak, Borçlar Kanunu kapsamında yer alan diğer iş sözleşmeleri ile ortak hükümlere tabi oldukları anlaşılmaktadır.

Ancak, bu noktada tam bir özdeşlikten bahsetmek de mümkün değildir. Özellikle bu konulara ilişkin iki hususun konusu ev hizmetleri olan iş sözleşmeleri yönünden açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunlar, iş sözleşmesinin işveren tarafının kimlerden oluşabileceği ve işçiler yönünden aranan çalışma yaşı konularıdır. Aşağıda sırasıyla bu iki husus ile şekil şartı ve iş sözleşmesi türleri üzerinde durulacaktır.

2) Sözleşmenin İşveren Tarafı

Türk İş Hukukunda konuya ilişkin yasal düzenlemeler incelendiğinde, “işveren” ve “işçi” kavramlarının iş sözleşmesi esas alınarak tanımlandığı görülmektedir. Buna göre, iş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın ise ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu hukuki ilişkide bağımlı olarak çalışan taraf işçi, ücret ödemeyi üstlenen taraf ise işveren olmaktadır. (İş K. m. 2/1, m. 8/1; BK 393/1).

İş sözleşmesinin işçi tarafı her zaman için gerçek kişidir. İşveren tarafı ise gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlar olarak karşımıza çıkabilmektedir³⁵.

Ancak, konusu ev hizmetleri olan iş sözleşmeleri yönünden bir değerlendirme yapıldığında, sözleşmenin işveren tarafı açısından yukarıda ifade ettiğimiz genel kuraldan daha farklı bir sonuçla karşılaşılmaktadır. Bu durumun iki nedeni vardır. Bunlardan ilki, yapılan işin niteliğidir. İkincisi ise, işin yapıldığı yerdir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, iş kanunlarında ev hizmeti kavramı tanımlanmış değildir. Ancak, iş hukukunun temel prensipleri dikkate alındığında, bu kavramın dar yorumlanması gerekecektir. Buna göre, ev hizmeti, evin gündelik işlerine yönelik olarak yapılan işleri kapsamına almaktadır. Bu işler, özü itibarıyla, ev halkının gündelik işlerini karşılamaya yöneliktir. Dolayısıyla, “ev hizmeti” yapılmasını isteyenler, daha açık bir ifadeyle “işverenler” gerçek kişilerdir. Bu işlerin bir tüzel kişiye karşı ifa edilmesi niteliği itibarıyla mümkün değildir.

Yine, “ev hizmetlerinin” yapıldığı yer evdir. Ev ise, daha önce de ifade edildiği üzere, bireylerin özel yaşamlarını geçirdikleri ve konut dokunulmazlığı içerisinde kalan alandır. Bu yönüyle, ev hizmetlerinin yapıldığı yerin İş Kanunlarımızın tanımladığı şekilde klasik anlamda bir işyeri veya işyerine bağlı yer veya eklenti şeklinde tanımlanabilmesi de mümkün değildir³⁶.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, ev hizmeti konulu bu iş sözleşmesinin, işveren tarafının, kural olarak sadece gerçek kişi olabileceği anlaşılmaktadır.

Ancak bu konuya ilişkin olarak uygulamada karşılaşılabilen durumlardan biri de, ev hizmeti yapan bir işçinin, bir başka işverenin işyerinde sigortalı olarak gösterilmesi olgusudur. Bu durumda, işçiyi sigortalı olarak gösteren işveren, çoğunlukla bir tüzel kişilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür bir hukuki ilişkide, işçi, sadece SGK başta olmak üzere resmî kurumlara karşı kendisini sigortalı gösteren tüzel kişiliğin işçisi olarak gösterilmekte, ama aslında söz konusu tüzel kişiliğin işyerinde çalışmamakta, bir gerçek kişinin evinde ev hizmetinde istihdam edilmektedir. Dolayısıyla, bu konuda taraflar arasında muvazaalı bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Bu durumda ise, muvazaalı diğer hukuki ilişkilerde olduğu gibi, zararlı çıkan taraf genellikle işçi tarafı olmaktadır. İşçinin mağ-

35 Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 69 vd.; Bkz. Süzek, 133 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 85 vd.; Şakar, 29 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 31 vd.; Narmanlioğlu, 94 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 25 vd.; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 27 vd.

36 Genel anlamda işyeri kavramı için bkz. Süzek, 186 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 136 vd.; Şakar, 40 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 50 vd.; Narmanlioğlu, 136 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 45 vd.; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 37 vd.

duriyeti, ödenmeyen işçilik alacakları, yatırılmayan SGK primleri olarak karşımıza çıkmakta ve işçi bu konulara ilişkin olarak açtığı davada, işverenin görünen kişi değil, evinde çalıştığı gerçek kişiler olduğunu, tüm çalışma dönemi boyunca ev hizmeti yaparak iş görme borcunu bu kişiye karşı ifa ettiğini iddia etmektedir. Gerçek kişi işverenlerin bu şekilde bir muvazaalı hukuki ilişkiyi tercih etmelerinin en önemli nedeni ise, işveren sıfatının getirdiği bürokratik ve mali yükten kurtulmak olduğu anlaşılmaktadır³⁷.

Kanun koyucunun, 4857 sayılı Kanun m. 7'de yapılan değişiklikle, uygulamada ortaya çıkan bu ihtiyaca da cevap olabilecek şekilde "geçici iş ilişkisi"nin kapsamını genişlettiği, özel istihdam büroları aracılığı ile süre sınırı olmaksızın ev hizmetlerinde geçici işçi statüsünde işçi çalıştırmayı mümkün hale getirdiği görülmektedir. Dolayısıyla, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinde, işveren tarafının bir tüzel kişilik olarak karşımıza çıktığı tek durum özel istihdam bürosu aracılığı ile işçi istihdamıdır³⁸. Aşağıda bu konu üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

3) Ev Hizmetlerinde Çalışan İşçiler Yönünden Çalışma Yaşı

Ev hizmeti konulu iş sözleşmeleri, yukarıdaki açıklamalarımızda da ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere, Borçlar Kanunu kapsamında yer almaktadır. Borçlar Kanunu'nda ise, iş sözleşmelerine ilişkin olarak özel bir ehliyet koşulu bulunmamaktadır. Bu nedenle, diğer sözleşmeler için geçerli olan ve Medeni Kanun kapsamında belirlenen genel ehli-

yet koşulları, ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri yönünden de aynen geçerli olacaktır (MK. m. 9, 10, 16, 343, 448, 451).

Bu kapsamda bir değerlendirme yapıldığında, bütün insanlar, hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde hak ve borçlara sahip olma konusunda birbirleriyle eşit durumdadırlar. Yine, kişi, ayırt etme gücüne sahip olmalı, kısıtlı olmamalı ve ergin olmak şartıyla tam fiil ehliyetine sahip olacaktır. Tam fiil ehliyetine sahip olan kişi ise, diğer sözleşmeler yanında iş sözleşmesini de kendisi serbestçe yapabilecektir. Ayırt etme gücüne sahip olduğu halde ergin olmayan veya kısıtlı olan birisi ise, veli veya vasisinin izni ile iş sözleşmesi yapabilecektir³⁹.

Bu durumda, 18 yaşından daha küçük bir kişinin de, velisinin iznini alarak, ev hizmetleri konulu bir iş sözleşmesi yapabileceği ve çalışabileceği anlaşılmaktadır. Bu konuda en küçük çalışma yaşının ne olabileceği konusunda belirleyici olacak olan tek unsur, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Ancak, Borçlar Kanunu kapsamında da olsa, iş hukukunun genel prensipleri dikkate alındığında, bir işçinin çalışma yaşının yukarıda belirttiğimiz genel ehliyet kurallarına bağlı olarak belirlenebileceğini kabul etmek mümkün değildir. Bu tür bir anlayışın kabulü, her şeyden önce Anayasamızın çalışma şartları ve dinlenme hakları konusundaki temel düzenlemelerine aykırı olacaktır. Anayasamız, 50. maddesinde, hiç kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağını; küçüklerin, kadınların, bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunmaları gerektiğini belirtmiştir (m. 50). Hiç şüphesiz, ev hizmetlerinde çalışan işçiler de, Anayasamızın bu düzenlemesinin kapsamı içerisindeyler. Bu nedenle, konuya, Anayasamızdaki bu temel prensipler ışığında yaklaşılması gerekecektir.

Borçlar Kanunu, yukarıdaki açıklamalarımız-

37 Bu noktada, üzerinde durulması gereken bir diğer hususta, hizmet satın alma yoluyla bir kısım ev hizmetlerinin yaptırılmasıdır. Uygulamada, daha çok da temizlik işlerinde bu yola başvurulduğu da görülmektedir. Bu durumda, hizmeti satın alanla hizmet veren arasında eser sözleşmesine dayalı bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Bu hukuki ilişkide hizmet sağlayan, çoğunlukla bir ticari şirkettir. Bu şirketin işçisi, sözleşmeye konu ev hizmetlerini yerine getirmektedir. Böylesi bir hukuki ilişkide, işi yapan ile ev sahibi arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığından, yukarıda belirtildiği gibi bir muvazaadan bahsetmek de mümkün olmayacaktır.

38 Türkiye İş Kurumu Kanunu'nda, Tüzel kişilerin de özel istihdam bürosu kurabilecekleri düzenlenmiştir (4904 s. K. m. 17).

39 Genel ehliyet koşulları yönünden bkz. Süzek, 299; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 265 vd.; Şakar, 57 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 86 vd.; Narmanlioğlu, 182 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 103 vd.; Aktay/Arıcı/Senayen-Kaplan, 70.

dan da anlaşılacağı üzere, çalışma yaşına ilişkin olarak özel bir düzenleme öngörmemiştir. Ancak, Borçlar Kanunu'nun, fazla çalışma borcunu düzenleyen 398. maddesinde, fazla çalışma, "ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma" şeklinde tanımlanmıştır. Bu yasal düzenlemeden, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilerin çalışma sürelerinin, 4857 sayılı Kanun hükümleri esas alınarak belirleneceği anlaşılmaktadır. Bu konuda, yapılan göndermede herhangi bir sınırlama söz konusu olmadığından, İş Kanunu'nun sadece konuya ilişkin genel hükümleri değil, yaş, cinsiyet, yapılan iş gibi kimi özel durumlar dikkate alınarak belirlenen çalışma sürelerine ilişkin hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.

Nitekim, 4857 sayılı Kanun, 18 yaşından küçükler için çalışma yaşı ve sürelerini özel olarak düzenlemiştir. Buna göre, 15 yaşını tamamlamamış bir kişinin çalıştırılması yasaktır. Ancak, 14 yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılmaları mümkündür. 14 yaşından küçük çocukların ise, bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmaları mümkündür. Bu son durumda, yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için yazılı izin almak da gerekecektir (m. 71/1).

Düzenlemeden, 18 yaşından küçük işçilerin genç ve çocuk işçiler olarak ikiye ayrıldığı da anlaşılmaktadır. Buna göre, 15 yaşını tamamlamamış işçiler çocuk işçi, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış işçiler ise genç işçi olmaktadır (m. 71/3).

Buraya kadar sözünü ettiğimiz yasal düzenlemelerden, İş Kanunu'nun, 15 yaşını tamamlamamış kişileri çocuk olarak kabul ettiği; hafif işler ile sanat kültür ve reklam faaliyetleri olarak adlandırıldığı bazı istisnai durumlar dışında çocukların çalışmasını yasakladığı anlaşılmaktadır.

Ev hizmetleri olarak adlandırılan ve içeriği hakkında yukarıda ayrıntılı olarak açıklamada bulunduğumuz işlerin ise hafif işler veya sanat, kültür ve reklam işleri olarak kabul edilebilmeleri mümkün değildir. Her şeyden önce, söz konusu işlerin niteliği ve işin yapılacağı yer böyle bir kabule imkân vermemektedir. Aksi çözümün kabulü, İş Kanunu'nun çocuk olarak kabul ettiği bir kişinin, ev hizmetlerinde işçi olarak, bir başkasının evinde çalıştırılabilmesinin önünü açacaktır. Bu durumun ise, ne iş hukukunun temel ilkelerine, ne Borçlar Kanunu'nun 417. maddesine, ne de Anayasamızın 51. maddesindeki temel ilkelere uygun olmayacağı açıktır. Nitekim, "ev hizmetleri"nin hafif işler olarak kabul edilmesine dayanak olabilecek herhangi bir pozitif düzenleme de bulunmamaktadır.

Buradan hareketle, ev hizmetlerinde işçi olarak çalışabilmenin en erken 15 yaşın tamamlanması ile söz konusu olabileceği; 15 yaşından küçüklerin bu şekilde çalıştırılabilmesinin yasak olduğu; yasal temsilcinin izni ile bile bu şekilde işçi çalıştırmanın mümkün olmayacağı; 15 yaşından büyük, 18 yaşından küçük kişilerin ise yasal temsilcilerinin iznine bağlı olarak yapabilecekleri iş sözleşmeleri ile ev hizmetlerinde çalıştırılabilecekleri kabul edilmelidir.

Bu şekilde çalışan işçilerin çalışma süreleri ise, günde 8 ve haftada 40 saatten fazla olamayacaktır (m. 71/4).

4) Şekil Şartı ve İş Sözleşmesi Türleri

Borçlar Kanunu'na göre, iş sözleşmeleri, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece özel bir şekle bağlı değildir. Buna uygun olarak, bir kimse, ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu işte işveren tarafından kabul edilecek olursa, taraflar arasında iş sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Yine, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmeleri, iş ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını da doğuracaktır (m. 394).

Bu yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Borçlar Kanunu kapsamında yer alan iş sözleş-

meleri yönünden özel bir şekil şartı aranmamıştır. Taraflar, yasada aksi belirtilmediği sürece, her hangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın iş sözleşmeleri yapabileceklerdir. Hiç şüphesiz bu kural ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri yönünden de geçerlidir. Nitekim, Borçlar Kanunu'nda, ev hizmetlerini konu alan iş sözleşmeleri yönünden de özel bir şekil şartı öngörülmemiştir. O halde, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinin de, kural olarak, taraflarca her hangi bir şekil şartına tabi olmaksızın serbestçe yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Ancak, yukarıda belirttiğimiz temel kuraldan hareketle, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinin hiçbir şekil şartına bağlı olmadığını söyleyebilmek de mümkün değildir. Uygulamada, bazı özel durumlara ilişkin olarak belli şekil şartlarına uymayı zorunlu kılan yasal düzenlemeler de mevcuttur. Bu düzenlemelerin, genel ehliyet koşulları ile bazı iş sözleşmesi türlerine ilişkin oldukları görülmektedir.

Yukarıda, Borçlar Kanunu'nun çalışma süreleri konusunda iş kanunlarına yapmış olduğu göndermeden hareketle, ev hizmetlerinde çalışma yaşı olarak 15 yaşın doldurulmuş olması gerektiğini tespit etmiştik. 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış bir kişinin sözleşme yapması ve böylece kendi işlemleriyle borç altına girebilmesi yasal temsilcisinin rızasına bağlıdır (MK. m. 16). Bu rızanın nasıl olacağı ise, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Usulleri ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te⁴⁰ düzenlenmiştir. Buna göre, bu kapsamda yer alan işçilerin iş sözleşmesi ile istihdam edilebilmeleri için, velileri veya vasileri ile yazılı iş sözleşmesi yapılması gerekecektir (m. 12). Dolayısıyla, 15-18 yaş grubunda yer alan bir işçi ile ev hizmetleri konulu iş sözleşmesi yapılması da bu şekil şartına bağlı olarak yazılı şekilde yapılmak zorundadır⁴¹.

40 RG. 6.4.2004, 25425.

41 Yönetmelik, 4857 sayılı Kanun m. 71 kapsamında çıkarılmıştır. Ev hizmetlerinde çalışan işçiler de bu maddede belirtilen yaş, çalışma süresi ve işin niteliği yönünden belirlenen çalışma kısıtlamalarına tabi olduklarından, söz konusu Yönetmelik ev hizmetlerinde çalışan işçiler yönünden de uygulama alanı bulacaktır.

Yine, 18 yaşından küçük bir çocuk ile anne ve babası arasında ya da anne ve babanın menfaatine olacak şekilde çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşme ile çocuğun borç altına girebilmesi bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır (MK 345). Dolayısıyla, 18 yaşından küçük bir kişinin bu kapsamda ev hizmetleri konulu bir iş sözleşmesi yapması durumunda da bu sözleşme belirttiğimiz şekilde yazılı olarak yapılacaktır.

İş hukukunda, iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasını gerektiren diğer durumlar ise sözleşme türleri ile ilgilidir. Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri değerlendirildiğinde, bu kapsamda yer alan iş sözleşmelerinin belirli süreli veya belirsiz süreli (m. 393, m. 430), kısmi süreli veya tam süreli (m. 393/2), deneme süreli veya deneme süresiz (m. 433) olarak yapılabileceği anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu, "Evde Hizmet Sözleşmesi"ni de düzenlemiştir. Ev hizmetlerinin niteliği tam olarak uymamakla birlikte, ev hizmeti kapsamında yer alan çamaşır, ütü gibi bazı işlerin "Evde Hizmet Sözleşmesi" ile yaptırılabilmesi de mümkündür. Hiç şüphesiz, Borçlar Kanunu kapsamında yapılabilecek iş sözleşmesi türleri yukarıda sayılanlardan ibaret de değildir. Kanunda düzenlenen bu sözleşmeler yanında, sözleşme serbestisi ilkesine uygun olarak, başka türde iş sözleşmelerinin de Borçlar Kanunu kapsamında yapılabilmesi mümkündür. Bu konularda özel bir şekil şartı öngörülmediğinden, kural olarak, herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın söz konusu iş sözleşmelerinin yapılabilmesi mümkün olacaktır. Dolayısıyla, ev hizmetlerini konu alan iş sözleşmeleri yönünden de aynı kural geçerli olacaktır⁴².

Ancak, aşağıda daha ayrıntılı olarak üzerinde

42 Ev hizmetlerinin, yukarıda belirtildiği gibi istisnai olarak da olsa "evde hizmet sözleşmesi"ne konu olması söz konusu olabilecektir. Borçlar Kanunu, "evde hizmet sözleşmesi" yönünden de kural olarak özel bir şekil şartı öngörmemiştir. Ancak, "evde hizmet sözleşmesi" söz konusu olduğunda, genel çalışma koşulları dışında kalan bazı özel çalışma koşullarının yazılı olarak işçiye bildirilmesi öngörülmüştür (m. 462). Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Günay, Arkin: Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma, İstanbul 2018, 258 vd.

durulacağı üzere, Borçlar Kanunu, çalışma süreleri konusunu iş kanunlarına gönderme yaparak düzenlemiştir. Dolayısıyla, çalışma süreleri ve buna bağlı olarak da kısmi süreli iş sözleşmeleri yönünden 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İş Kanunu, genel olarak kısmi süreli iş sözleşmeleri yönünden her hangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Ancak, kısmi süreli sözleşmelerin özel bir türü olan çağrı üzerine çalışma yönünden, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir (m.14/ 1). Buradan hareketle, Borçlar Kanunu kapsamında yer alan ev hizmetleri konulu çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin de yazılı şekilde yapılması gerekecektir.

İş Kanunu'nda düzenlenen sözleşmelerden bir diğeri de "geçici iş ilişkisi" kuran iş sözleşmeleridir. Bu konu, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak, 4857 sayılı Kanun'da, geçici iş ilişkisine konu olabilecek işler arasında "ev hizmetleri" de sayılmıştır. Üstelik, ev hizmetlerinin herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırılan işçilere gördürülebileceği belirtilmiştir (m. 7/1,2,3). Yine, Kanun, geçici iş ilişkisinin yazılı sözleşmeler ile kurulabileceğini de düzenlemiştir (m. 7/11). Ev hizmetleri konulu geçici iş ilişkisinde, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye 4857 sayılı Kanun'un 7. maddesi uygulanacak, burada düzenlenmeyen konularda ise Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴³. Bu nedenle, bu kapsamda yapılan ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri de yazılı olarak yapılmak zorundadır.

III) Çalışma Süreleri

Borçlar Kanunu, çalışma sürelerini, "Fazla çalışma borcu" başlığı altında düzenlemiştir. Buna göre, fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmalardır. Yine, fazla çalışma yapmayı gerektiren bir zorunluluğun doğması durumunda, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur

ve kaçınması da dürüstlük kuralına aykırı olursa, karşılığı verilmek koşuluyla, işçinin, fazla çalışmayı yerine getirmek zorunda olduğu da belirtilmiştir. Konuya ilişkin özel kanun hükümleri ise saklı tutulmuştur (m.398).

Borçlar Kanunu'na göre, fazla çalışma ücreti en az %50 zamlı ödenmek zorundadır. Fazla çalışma ücreti yerine, işçinin rızasıyla, fazla çalışmayla orantılı olarak izin verilmesi de söz konusu olabilecektir (m. 402). Konuya ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nda başkaca bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunu, çalışma sürelerini ilgili kanunlara atıf yaparak düzenlemiştir. Ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri yönünden ilgili kanun 4857 sayılı İş Kanunu olmaktadır. Dolayısıyla, ev hizmetlerini konu alan tüm iş sözleşmeleri yönünden, çalışma süreleri konusunda, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen tüm hususlarda, 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Konuya bu açıdan yaklaşıldığında, ev hizmetleri yönünden de haftalık normal çalışma süresi 45 saat olmaktadır (m. 63). Haftalık 45 saatlik çalışma süresi, aksi kararlaştırılmadığı sürece haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde dağıtılacaktır(m. 63). Günde 11 saati aşmamak şartıyla haftalık 45 saatlik çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılması da söz konusu olabilecektir (m. 63). Yine, bu kapsamda, İş Kanunu hükümleri uyarınca, "denkleştirme süresi" ve "telafi çalışması" uygulamaları da yapılabilecektir (m. 63, 64).

Yukarıda belirttiğimiz konulara ilave olarak, ev hizmetlerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde, çalışılmadığı halde çalışma süresinden sayılan süreler (m. 66), günlük çalışma süresinin başlama ve bitiş saatleri (m. 67), ara dinlenme süreleri (m. 68), gece süresi ve gece çalışmaları, fazla sürelerle çalışma (m. 41) ve fazla çalışma konusuna ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen konularda da 4857 sayılı Kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴⁴.

43 Süzek, 284; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 133; Ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 235 vd.

44 4857 sayılı İş Kanunu açısından çalışma süreleri ile ilgili olarak bkz. Süzek, 769 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat,

IV) İşçinin ve İşverenin Kişiliğinin İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

1) Genel Olarak

İş sözleşmeleri, ani edimli borç ilişkisi kuran sözleşmelerden değildir. Ani edimli borç ilişkilerinde, borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı anda meydana gelmektedir. İş sözleşmelerinde ise, bu durumun tersi söz konusudur. Borcun konusunu oluşturan edimin ifası zaman içerisinde tekrarlanarak devam etmektedir. Bu durum, her iki tarafın borcu için de geçerlidir. İş sözleşmesinde, işçinin en temel borcu iş görmektir. İşçi bu borcu sürekli olarak ifa eder. İşverenin en temel borcu ise ücret ödemektir. Bu borç da sürekli olarak ifa edilir. Tarafların iş sözleşmesinden doğan diğer borçları için de aynı durum söz konusudur. Bu yönüyle, iş sözleşmeleri, sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerdir. İş sözleşmelerinin bu özelliği, tüm iş sözleşmesi türleri için de geçerlidir. Dolayısıyla, ister belirli süreli ister belirsiz süreli olsun, ister kısmi süreli ister tam süreli olsun, ister sürekli ister süresiz olsun tüm iş sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerdir.

İş sözleşmelerinin bu özelliği, taraflar arasında sürekli bir kişisel ilişki kurulmasına yol açar. Yine, buna bağlı olarak, taraflar arasında karşılıklı güvene dayalı bir hukuki ilişki de oluşturur. Böylece taraflar, sadece anlık olarak edimlerin karşılıklı olarak ifa edileceğine güvenmez, bunun yanında ileriki zamanlarda da borçların karşılıklı olarak ifa edileceğine güvenerek edimlerini ifa ederler⁴⁵.

İş sözleşmelerine dayalı olarak ortaya çıkan ve karşılıklı güvene dayanan bu kişisel ilişki, tarafların kişiliğinin de ön plana çıkmasına ve öneminin

artmasına neden olmaktadır. Hiç şüphesiz bu durum, konusu ev hizmetleri olan iş sözleşmeleri yönünden daha büyük bir önem arz etmektedir. Bu durumun iki nedeni vardır. Bunlardan ilki, ev hizmetlerinin niteliği, ikincisi ise işin yapıldığı yerdir.

İş Kanunu m. 4/e kapsamında ev hizmetleri, yukarıda da ifade edildiği üzere, evin gündelik işleyişine yönelik olarak yapılan işleri kapsamına almaktadır. Bu işler, her ne kadar "evin gündelik işleri" olarak nitelendirilse de, özü itibarıyla aynı evde yaşayan bireylerin özel yaşamlarına yönelik gündelik işleri kapsamına almaktadır. Durum bununla da sınırlı kalmamakta, bu işler istisnai durumlar dışında, bireylerin özel yaşamlarını geçirdiği, konut dokunulmazlığı sınırları içerisinde kalan bir yerde yapılmaktadır. Daha açık bir ifadeyle ev hizmetlerinde işçi çalıştıran işverenler, özel yaşamlarının bir kısmını bu işçilerle paylaşmaktadırlar. Hiç şüphesiz bu durum, yukarıda belirttiğimiz karşılıklı güvene dayalı kişisel ilişkiyi daha da önemli kılmaktadır. Bu durum, taraflar arasındaki iş ilişkisinin her aşamasında önemli olmakla birlikte, özellikle etkisini üç noktada göstermektedir. Bunlar, tarafların ölümünün iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi, işyeri devri ve işçinin kişiliğinin korunması borcudur. Bu konular dışında, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerine de, Borçlar Kanunu kapsamında yer alan diğer iş sözleşmeleri için uygulanan hükümler uygulanacaktır.

2) Tarafların Ölümünün İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

Tüm iş sözleşmeleri yönünden, taraflar arasında kurulan hukuki ilişkilerde işçinin kişiliği ön plandadır. Bunun en önemli nedeni, iş sözleşmesinde, işçinin, işverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlenmiş olmasıdır (m. 393/1). Bu unsur, iş sözleşmesini, konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayırt edici bir nitelik olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine, sözleşmeden veya halin icabından aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklediği işi bizzat yerine getirmekle yükümlüdür (m. 395). Dolayısıyla, bir iş ilişkisinde, işçinin kişiliği ve özellikleri büyük önem taşır. Bu nedenle, işçinin ölümü ile birlikte iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir (m. 440).

695 vd.; Şakar, 119 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 341 vd.; Narmanlıoğlu, 611 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 277 vd.; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 207 vd.

45 Bkz. Süzek, 232; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 177, 178; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 79-82; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 63-65.

Aynı şeyi işverenin ölmesi için söyleyebilmek ise mümkün değildir. Nitekim, işverenin ölümü, kural olarak, iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmamaktadır. İşverenin ölümü ile birlikte yerine mirasçıları geçmektedir. Bu durumda, işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen iş ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulama alanı bulmaktadır (m. 441/1)⁴⁶.

Ancak, her iş ilişkisinde işverenin ölümünün aynı sonucu doğuracağını söylemek de mümkün değildir. İstisnaen de olsa, iş sözleşmesinin yapılmasında işverenin kişiliği ön planda ise, işverenin ölümü de iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğuracaktır (m. 441/2).

Ayrıntısına yukarıda değindiğimiz üzere, ev hizmetlerinin niteliği ve yapıldığı yer dikkate alındığında, bu iş ilişkisinin kurulmasında, en az işçinin kişiliği kadar işverenin kişiliğinin de büyük rol oynadığı muhakkaktır. Bu nedenle, diğer iş sözleşmeleri yönünden istisnai olan bu durumun, konusu ev hizmetleri olan iş sözleşmeleri yönünden kural olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinde, işverenin ölümü, iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, işçinin, diğer iş sözleşmelerinde olduğu gibi mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteme hakkı da bulunmaktadır (m. 441/2). Ev hizmetlerinde, işverenin kişiliğinin önemli olmadığı tek durumun, söz konusu işlerin “evde hizmet sözleşmesi” yoluyla yapılması hali olabilir. Ancak, ev hizmetlerinin niteliği ve uygulamada karşılaşılan örnekler dikkate alındığında, ev hizmetlerinin bu şekilde yapılmasının çok istisnai durumlar dışında pek mümkün olmadığı da görülmektedir.

3) Ev Hizmetleri Konulu İş Sözleşmelerinde İşyerinin Devri

Borçlar Kanunu’nda işyeri kavramı tanımlanmış

değildir. Ancak, yukarıdaki açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, Türk İş Hukuku yönünden “işyeri” kavramı, 4857 sayılı Kanun’daki düzenlemelerden hareketle, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği yer olarak tanımlanmaktadır (İş K. m. 2/1). Bu kapsamda, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılmaktadır (m. 2/2).

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, işyerinin amacı mal veya hizmet üretmektir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için ise, bir coğrafi mekânda maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçi bir araya getirilmektedir.

Yine, daha önceki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, ev hizmetlerinin yapıldığı yer yukarıda tanımlandığı anlamda bir işyerine pek benzememektedir. Ev hizmetleri, işverenin özel yaşamının geçtiği, konut dokunulmazlığı sınırları içerisinde kalan ve “ev” olarak ifade edilen alanda ifa edilmektedir. Evin, mal veya hizmet üretmek gibi bir amacı da yoktur. O halde, ev hizmetlerinin yapıldığı yeri, iş kanunlarının anladığı anlamda bir işyeri olarak kabul etmek mümkün değildir. Nitekim, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da ev hizmetlerini kapsam dışında bırakmıştır (m. 2/2-c).

Benzer bir durum, ev hizmetleri olarak ifade edilen faaliyetlerin içeriği yönünden de söz konusudur. Bu alanda, ticari bir mal veya hizmet üretimi yoktur. Bu amaca yönelik olarak, işçiden başka, maddi olan veya olmayan başkaca bir unsurun birlikte örgütlenmesi de söz konusu değildir. Yapılan işin konusu, daha önce de ifade edildiği gibi, işverenin özel hayatına ilişkin kimi hizmetlerin yapılmasından ibarettir. Bu nedenle, taraflar arasında kişisel bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişkide, işçi kadar işverenin kişiliği de büyük önem taşır.

Borçlar Kanunu işyerinin devri konusunu özel olarak düzenlemiştir. Buna göre, işyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme bağlı olarak bir başkasına devredilmesi durumunda, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri, bütün hak ve borç-

⁴⁶ Ayrıca bkz. Süzek, 501, 502; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 447 vd.; Şakar, 151, 152; Moillamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 217, 218; Narmanlioğlu, 334, 335; Eyrenci/Taşkent/ Ulucan, 183, 184.

ları ile birlikte devralana geçmektedir (m. 428/1).

İş sözleşmesinin bu şekilde başka bir işverene geçmesi durumunda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır (m. 428/2).

Kanun, devirden önce doğmuş ve devir esnasında ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işverenin 2 yıl müddetle müteselsil sorumluluğunu da düzenlemiştir. İki yıldan sonra bu borçlardan devralan sorumlu olacaktır (m. 428/3).

Söz konusu yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, işyerinin devrine neden olan hukuki işlemin bir önemi yoktur. Bu işlem, her zaman akla gelen ve uygulamada en çok görülen alım satım sözleşmesi olabileceği gibi kira, intifa hakkı devri veya başkaca bir hukuki işlem de olabilecektir. Yine, bu şekilde işyerinin devredilmesinde, işçinin muvafakatinin alınması gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Bunun uygulamadaki anlamı ise, işçinin iznine bağlı olmaksızın, iş sözleşmesinin işveren tarafının değişmesi durumudur.

Modern iş hukuku, iş ilişkisinin devamını esas alır. Bu amaç doğrultusunda, işyerinin bu şekilde devredilmesi halinde de, sözleşmenin yeni işverenle devam etmesi ve tek başına devrin tarafların her ikisi yönünden de haklı fesih nedeni olmaması esasını benimsemiştir. Bu noktada, iş ilişkisinde işverenin kişiliğinin önemli olmadığı yönündeki genel anlayış etkili olmuştur⁴⁷.

Ancak, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri yönünden bunu söyleyebilmek mümkün değildir. Her şeyden önce, burada klasik anlamda bir işyeri yoktur. Nitekim, uygulamada, bir evin alım satım sözleşmesine konu olması veya kiralanması veya intifa hakkının devredilmesi gibi bir hukuki işleme konu olması halini, "işyerinin devri" olarak kabul etmek mümkün değildir. Buna bağlı olarak, bu işlemlerin konusu olmuş bir evde ev hizmetle-

rinde çalışan bir işçinin, işyerinin devri hükümleri çerçevesinde işverenin değiştiğini kabul etmek de mümkün değildir. Aksi çözümün kabulü, işçiyi, evin yeni sakini ile çalışmaya mahkûm edeceği gibi yeni ev sahibini de borç altına sokabilecektir. Bu ise, işin niteliğine ve taraflar arasında kurulan kişisel ilişkiye uygun değildir.

Bu nedenle, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinde, evin herhangi bir hukuki işleme bağlı olarak bir başkasına devredilmesi durumunda, işçinin aynı evde çalışmaya devam etmesi isteniyorsa, bu durum, işyeri devri değil, iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin sürekli olarak bir başkasına devri ise işçinin yazılı muvafakatine bağlıdır (m. 429/1).

İş sözleşmesinin devri yoluyla sözleşmenin tarafı olan yeni işveren, bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin tarafı haline gelir. İşçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından da devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır (m. 429/2)⁴⁸.

Görüldüğü üzere, konunun, iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilmesi, söz konusu değişikliğin gerçekleşmesinin işçinin yazılı rızasına bağlı hale getirmektedir. Bu ise, ev hizmetleri konulu iş sözleşmesi ile kurulan hukuki ilişkinin niteliğine en uygun çözüm şeklidir.

İşçinin, böylesi bir değişikliği kabul etmemesi durumunda ise, işverenin artık işçiyi çalıştırmak istememesi veya çalıştıramaması durumunda, sözleşme işveren tarafından feshedilmiş olacaktır.

4) İşçinin Kişiliğinin Korunması Borcu

İş hukukunun temel amacı, işveren karşısında zayıf olan işçinin korunmasıdır. Nitekim, iş hukukunun ortaya çıkışı ve gelişimi incelendiğinde bu durum çok açık bir şekilde görülecektir. Bugün yürürlükte olan mevzuat yönünden de aynı durum söz konusudur. Bu yönüyle olaya yaklaşıldığında, iş kanunlarının, işverene birçok konuda borç yükledikleri görülmektedir. Bunlar, ücret

47 Bkz. Süzek, 193 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 141 vd.; Şakar, 42 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 55, 56; Narmanlıoğlu, 153, 154; Ayrıca bkz. Özkaraca, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, 137 vd.

48 Ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 284 vd.; Süzek, 326 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 104, 105.

ödeme borcu, gözetme (koruma) borcu, eşit davranma borcu ve işverenin diğer borçları şeklinde özetlenebilir⁴⁹.

Borçlar kanunu özelinde konuya yaklaşıldığında ise, işverenin borçlarının, ücret ödeme borcu, iş araç ve malzemelerini sağlama borcu, iş için gerekli giderleri karşılama borcu, işçinin kişiliğinin korunması borcu, tatil ve izinler konusundaki borcu, hizmet belgesi verme borcu şeklinde başlıklandırıldığı görülmektedir. Hiç şüphesiz, Borçlar Kanunu'nun işverene yüklediği borçlar da bunlardan ibaret değildir. Bu nedenle, son olarak, "işverene yüklenen diğer borçlar" şeklinde bir ayrımın Borçlar Kanunu yönünden de yapılması mümkündür.

Borçlar Kanunu, işçinin kişiliğinin korunması konusunu 417, 418 ve 419. maddelerinde düzenlemiştir. Buna göre, ilk önce konuya ilişkin genel kurallar belirlenmiştir (m. 417)⁵⁰. Daha sonra, işverene birlikte ev düzeni içerisinde beraber yaşayan işçiler yönünden bazı özel borçlar işverene yüklenmiştir (m. 418). Son olarak ise, işverene, işçiye ait kişisel verilen kullanımı konusunda bazı sınırlamalar getirilmiştir (m. 419).

Bu düzenlemelerden, özellikle, ev düzeni içerisinde işverene birlikte yaşayan işçilere ilişkin olanlar (m. 418), ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri yönünden büyük önem taşımaktadır. Bunun nedeni, istisnaları olmakla birlikte, ev düzeni içerisinde işverene birlikte yaşama halinin daha çok ev hizmetlerinde çalışan işçiler açısından söz konusu olmasıdır. Nitekim, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu konuda ülkemizde de gittikçe daha fazla sayıda yatılı işçi talebi söz konusudur.

Borçlar Kanunu, işverene birlikte aynı evi paylaşan işçiler yönünden, işverene, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir (m. 418/1). Yine, bu durumda olan iş-

çinin, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle iş görme edimini yerine getirememesi durumunda, işveren, bir yıla kadar yanında çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için bu süre iki gün artırılabacaktır. Ancak, bu durumda, söz konusu süre toplam dört haftayı aşamayacaktır (m. 418/2).

İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür (m. 418/3).

İşverene yüklenen, işçinin kişiliğini koruma borcu, işçi ve işveren arasında kurulan kişisel ilişkinin bir sonucudur⁵¹. Nitekim, bu ilişkinin yoğunluğu arttıkça buna bağlı olarak işverene yüklenen yükümlülüklerde de artış olmaktadır. Borçlar Kanunu'nun yukarıda belirttiğimiz düzenlemeleri de bu durumun bir sonucudur. Hiç şüphesiz, yapılan işin niteliği ve işin yapıldığı yer dikkate alındığında, bu düzenlemelerden en çok yararlanacak olan işçiler ev hizmetlerinde çalışan işçiler olacaktır.

Sonuç

Ev hizmetleri, geleneksel olarak daha çok kadınlar tarafından yapılan işler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, Türk toplum yapısının değişmesi, kentlerde yaşayan nüfusun artması, eğitim seviyesinin yükselmesi ve tüm bunlara bağlı olarak kadının çalışma hayatında daha fazla yer alması, bu işlerin eskisi gibi kadınlar tarafından yapılması imkanını ortadan kaldırmaktadır. Buna bağlı olarak da her geçen gün söz konusu işlerin aile dışından birilerine yaptırılması ihtiyacı artmaktadır. Ev hizmetlerinde çalışan işçi sayısındaki artış bu durumun en açık göstergesidir.

İş Kanunumuz, "ev hizmetlerini" kapsamı dışında bırakmıştır. Bu alana yönelik olarak başka bir iş kanunu da olmadığından, ev hizmetlerinde çalışan işçiler Borçlar Kanunu kapsamında yer almamaktadırlar.

49 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 319 vd.; Süzek, 350 vd.; Şakar, 97 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 157 vd.; Narmanlioğlu, 277 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 141 vd.

50 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sevimli, K. Ahmet: Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013/1, 110 vd.; Günay, 371 vd.

51 Bu konuda genel bir değerlendirme için bkz. Süzek, 386 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 349 vd.; Şakar, 104 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 182 vd.

Ancak, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu “ev hizmetlerini” tanımlamamıştır. Bu konuda baskın görüş, ev hizmetlerinin, evde yaşayan bireylerin günlük doğal ihtiyaçlarının giderilmesi ile evin işleyişinin ve idaresinin sağlanması amacıyla yapılan faaliyetler olarak kabul edilmesi yönündedir. Nitekim, konuya ilişkin yargı kararları da bu yöndedir. Böylece, “ev hizmetleri” kavramı dar yorumlanmış olmaktadır. Bunun sonucu ise, daha fazla sayıda işçinin İş Kanunu kapsamı içerisinde kalmasıdır. Bu anlayış, iş hukukunun temel prensipleri ile de uyumludur.

Bu konuya ilişkin olarak diğer önemli bir nokta, tarafların, yapacakları iş sözleşmesinde, aralarındaki hukuki ilişkiye İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasına karar verip veremeyecekleridir. 4857 sayılı Kanun m. 4/e hükmü nispi emredici nitelikte bir düzenlemedir. Dolayısıyla, sözleşme ile işçi lehine değiştirilebilmesi mümkündür. Bu nedenle, tarafların, sözleşme ile aralarındaki hukuki ilişkiye İş Kanunu hükümlerinin kısmen veya tamamen uygulanmasını kararlaştırabilmeleri mümkündür.

Uygulamada, işçinin, aynı işveren yanında birden fazla işte çalıştırılması da mümkündür. Bu durumda, işçinin, ev hizmetlerinde çalıştırılıp çalıştırılmadığına karar verebilmek için, işçinin yaptığı işlerin ağırlığına (baskın çalışma) bakılacaktır. Ev hizmetleri kapsamındaki çalışmasının daha ağır basması durumunda, ev hizmetlerinde çalışan bir işçi olarak kabul edilecektir.

Ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri, Borçlar Kanunu kapsamında yer alan diğer sözleşmelerden iki noktada ayrılmaktadır. Bunlar, sözleşmenin işveren tarafı ve işçinin çalışma yaşıdır. Ev hizmetlerinde, işveren, işin niteliği gereği, bir istisna dışında gerçek kişi olmak zorundadır. Bu konudaki istisna, ev hizmetlerinin geçici iş ilişkisi kapsamında sağlanan bir işçiye yaptırılmasıdır. Bu durumda, özel istihdam bürosunun tüzelkişi olma ihtimali vardır. Çalışma yaşı konusunda ise, Borçlar Kanunu’nun çalışma süreleri konusunda yapmış olduğu gönderme nedeniyle İş K. m. 71 uyarınca 15 yaşından daha küçük birinin ev hizmetlerinde çalıştırılmayacağı kabul edilmelidir.

Yine, ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri, genel ehliyet koşulları ile bazı iş sözleşmesi türleri yönünden söz konusu olan özel düzenlemeler dışında, herhangi bir şekil şartına da bağlı olmaksızın yapılabilecektir.

Ev hizmetlerinde çalışan işçilerin çalışma süreleri konusunda, BK m. 398’de yer alan düzenleme nedeniyle 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, kıyas yoluyla uygulama alanı bulacaktır.

Ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri, taraflar arasında kişisel bir ilişki kurar. Bu hukuki ilişkide işçi kadar işverenin kişiliği de önemlidir. Bu nedenle, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinin, işçinin ölümünde olduğu gibi, işverenin ölümüyle de sona ereceği kabul edilmelidir. Yine, ev hizmetlerinde, klasik anlamda bir işyeri olmadığından, işyeri değil, iş sözleşmesi devrinin söz konusu olabileceği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Aktay, A. N./Arici, K./Kaplan, E.T.S.: 2013, İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Akyiğit, E.: 1999, Kıdem Tazminatı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Akyiğit, E.: 2008, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Caniklioğlu, N./Özkaraca, E.: 2016, Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Özel Sayı, 1133-1161.
- Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canpolat, T.: 2019, İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Çil, Ş.: 2011, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, (9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları), 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Demir, F.: 2013, İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, İzmir, Albi Yayınları.
- Ertürk, A. A.: 2015, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Ek 9. Maddesi Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanların

- Sigortalılığı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Legal, C. 12, S. 46, 89-127.
- Ekonomi, M.: 1976, İş Hukuku, Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayını.
- Eren, F.: 2018, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Erdoğan, S./Toksöz, G.: 2013, Kadının Görünmeyen Emeğinin Görünen Yüzü, Türkiye'de Ev İşçileri, ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü), Ankara Ofisi.
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D.: 2019, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Güzel, A./Okur, A.R./Canıklıoğlu, N.: 2018, Sosyal Güvenlik Hukuku, 17. Bası, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Günay, A.: 2018, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma, İstanbul, Legal Yayınevi.
- Kökkılınç, A. G.: 2019, Ev Hizmetlerinde Çalışan İşçilerin İş İlişkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 537-557.
- Manav, A. E.: 2015, Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, TBB Dergisi, 120, 509-537.
- Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M./Baysal, U.: 2019, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları.
- Narmanlıoğlu, Ü.: 2014, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Okur, A. R.: 2004, Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı, Kamu – İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, C. 7, S. 3, 347-368.
- Özkaraca, E.: 2008, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Sevimli, K. A.: 2013, Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013/1, 107-147.
- Süzek, S.: 2019, İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Şakar, M.: 2015, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 7. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayınları.
- Şakar, M.: 2018, İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Şakar, M.: 2017, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Tunçomağ, K./Centel, T.: 2013, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Yıldırım, S.: 2014, Türkiye'de Ev Hizmetinde Çalışanların Sorunları, Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C 4, S. 1, 45-59.