

Dr. Muhammet Erturan

İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi
Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü
İş Hukuku Anabilim Dalı

İŞ HUKUKUNDA İŞVERENİN GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	V
KISALTMALAR LİSTESİ.....	XVII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM KAVRAMSAL ÇERÇEVE: GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ

I. Girişim Özgürlüğü Konusundaki Temel Kavramlar.....	7
A. Özgürlük ve Hak Kavramlarının Karşılaştırılması.....	8
B. Girişimci Kavramı.....	9
1. Girişimci ile Yönetici Arasındaki Farklılık	20
2. Girişimciliğin Ölçülmesi ve Kullanılan Ölçütler	21
C. Girişim ve Serbest Girişim Kavramları	23
1. Girişim Kavramı	23
2. Serbest Girişim Kavramı.....	25
3. Özel Girişim – Kamu Girişimi Ayrımı.....	27
II. Girişim Özgürlüğünün Tarihi Gelişimi	30
A. Liberalizm Düşüncesinde Girişim Özgürlüğünün Yeri ve Önemi.31	
1. Liberalizmin Ortaya Çıkışı.....	32
2. Klasik Liberalizmin Özellikleri ile Temel İlke ve Kurumları.....	35
3. Liberalizmin İktisadi ve Hukuki Yönü Arasındaki İlişki.....	44
4. Liberal İktisadi Düzendeki Girişim Özgürlüğünün Yeri	45
B. Girişim Özgürlüğünün Temellendirilmesinde Yaşanan Dönüşüm	47
1. Müdahaleci Kapitalizm Dönemi.....	50

2. Neo-Liberal Politikalara Geri Dönüş	53
C. Amerika Birleşik Devletleri'nde Girişim Özgürlüğünün Tarihi Gelişimi	56
1. Anti-Tröst Kurumu	60
2. İsteğe Bağlı İstihdam İlkesi.....	61
D. Türkiye'de Girişim Özgürlüğünün Tarihi Gelişimi	63
1. Merkantilizm ve Sanayi Devriminin Osmanlı Devleti Üzerindeki Etkileri	64
2. 20. Yüzyılda Ulusçu Tepkinin Ortaya Çıkışı, Yerli Girişimci Yetiştirme Gayesi ve 1920-1929 Dönemi İktisadi Politikaları	65
3. 1929-1980 Döneminin İktisadi Politikaları ve Yerli Girişimin Oluşmasındaki Etkileri	68
4. 1980 Sonrası Dönemde Serbest Piyasa Ekonomisine Geçiş....	71
III. İnsan Hak ve Özgürlüklerinden Biri Olarak Girişim Özgürlüğü	73
A. İnsan Hak ve Özgürlüklerinde Sınıflandırma İhtiyacı ve Sınıflandırmanın Sonuçları	73
B. Girişim Özgürlüğünün İnsan Hakları Sınıflandırması İçerisindeki Yeri ve Önemi	75
C. Girişim Özgürlüğünün Ekonomik Özgürlükler İçerisindeki Yeri ve Diğer Ekonomik Özgürlüklerle Arasındaki İlişkinin Tespiti	77
1. Ekonomik Hak ve Özgürlük Kavramı.....	77
2. Ekonomik Özgürlüklerin Ölçülmesi.....	79
3. Girişim Özgürlüğünün Ekonomik Özgürlük Niteliğinin Değerlendirilmesi ve Ekonomik Özgürlüklerin İnsan Hakları Sınıflandırmasındaki Yeri	83
4. Girişim Özgürlüğü ile Mülkiyet Hakkı İlişkisi	85
5. Girişim Özgürlüğünün Çalışma ve Sözleşme Özgürlükleri ile İlişkisi	88
IV. Girişim Özgürlüğünün Yasal Dayanakları.....	92
A. Uluslararası Düzenlemelerde Girişim Özgürlüğü	92

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında Girişim Özgürlüğünün Korunması	93
2. Avrupa Birliği Hukukunda Girişim Özgürlüğü.....	94
a. Avrupa Birliği'nin Ekonomik Çerçevesi ve Girişim Özgürlüğünün Doğal Konumu	95
b. Avrupa Birliği Hukuku'nda Girişim Özgürlüğünün Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarıyla Ortaya Çıkışı	97
c. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın Girişim Özgürlüğü ile İlgili Düzenlemesi	101
d. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 16. Maddesi (Bir İş Kurma / Girişim Özgürlüğü) ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Şart Sonrası İçtihadı.....	101
e. Avrupa Birliği Hukukunda Girişim Özgürlüğünün Korunmasına Dair Görüş ve Eleştiriler	106
B. Türk Hukuk Mevzuatında Girişim Özgürlüğü.....	108
1. Girişim Özgürlüğünün Anayasayla Düzenlenmesi	108
a. Girişim Özgürlüğünün Sosyal Devlet ile İlişkisi.....	116
b. Girişim Özgürlüğünün Devletleştirme-Özelleştirme Düzenlemeleri ile İlişkisi	117
2. Girişim Özgürlüğünün Kanunla Düzenlenmesi.....	120
V. Girişim Özgürlüğünün Korunması ve Devletin Girişim Özgürlüğü Konusundaki Yükümlülükleri.....	121
A. İnsan Haklarının Korunması Konusunda Devletin İşlevi.....	122
B. Girişim Özgürlüğünün Korunması Konusunda Devletin İşlevi ve Yükümlülükleri.....	123
VI. Girişim Özgürlüğü Kavramı ve Hukuki Çerçevesi.....	127
A. Girişim Özgürlüğünün Tanımı.....	127
B. Girişim Özgürlüğünün Öznesi.....	131
1. Türkiye'de Yabancıların Girişim Özgürlüğünden Yararlanması	135
C. Girişim Özgürlüğünün Unsurları.....	136

1. Giriřimcinin Serbest Piyasa İçerisinde Bulunma ve Varlığını Sürdürme zgrlđnn Sağlanması.....	137
2. Giriřimcinin Eđilim zgrlđnn Sağlanması	138
3. Girişim zgrlđnn Tezahürü Niteliđindeki Serbest Piyasa zgrlklerinin Korunması	139
D. Girişim zgrlđnn Kapsamı ve Kullanılma Araçları	142
1. Bir Girişim Kurma – Ekonomik Faaliyette Bulunma Serbestisi	143
2. Girişimi Sürdürme ve Sona Erdirme Serbestisi	145
3. Girişim zgrlđnn Olumsuz Tarafı: Kiřinin İstemediği Alanda Giriřimde Bulunmaya Zorlanamaması....	148
4. Girişim zgrlđ Kapsamında Rekabetin Korunmasının Gerekliliđi.....	149
5. Girişimin Kr Sađlama Amacının Korunması.....	157

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA GİRİşİM

ÖZGüRLüğüNüN SINIRLANDIRILMASI

I. Türk Hukukunda Hak ve zgrlklerin Genel Sınırlandırma Rejimi	161
A. Hak ve zgrlklerin Sınırlandırılması Kavramı ve Düzenleme-Sınırlama Ayrımı.....	162
B. Türk Hukukunda Sınırlandırma Rejimi ve Temel İlkeleri	164
1. Türk Hukukunda Sınırlandırma Rejimi.....	164
2. Türk Hukukunda Sınırlandırma Rejiminin Temel İlkeleri	165
a. Kanunilik İlkesi.....	165
b. Sebebe Bağlılık (Meřru Amaç) İlkesi.....	168
aa. Hakkın Doğasından Kaynaklı (İçkin/Nesnel) Sebepler.....	169
bb. Kamu Yararı İlkesinden Kaynaklı Sebepler.....	170

cc. Anayasada Belirlenen Sebepler ve Genel-Özel Sınırlama Sebepleri Ayrımı.....	171
c. Ölçülülük İlkesi.....	172
aa. Öz İlkesi (Öze Dokunma Yasası).....	176
bb. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri İlkesi.....	178
C. Olağanüstü Dönemlerde Temel Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Rejimi	180
D. Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yabancıların Durumu	182
II. Türk Hukukunda Girişim Özgürlüğünü Sınırlandırma Rejimi	183
A. Türk Hukukunda Girişim Özgürlüğünün Güvence Rejimi.....	183
B. Girişim Özgürlüğüne Yönelik Müdahaleler.....	184
C. Sınırlandırılabilir Bir Özgürlük Olarak Girişim Özgürlüğü.....	185
D. Türk Hukukunda Girişim Özgürlüğünü Sınırlandırma Sebepleri	186
1. 1982 Anayasası'nın Muhtelif Hükümleri Uyarınca Girişim Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebepleri.....	188
2. 2001 Anayasa Değişikliği Öncesi Anayasa Mahkemesi'nin Genel Sınırlandırma Sebeplerine Dayanan Kararları	195
3. "Kamu Yararı" Ölçütünün Sınırlandırma Sebebi Olarak Kullanılabilirliği Sorunu	197
4. Girişim Özgürlüğünün Özel Sınırlandırma Sebepleri	202
a. Milli Ekonominin Gerekleri ve Sosyal Amaçlara Uygunluk Ölçütleri.....	202
b. Güvenlik ve Kararlılık İçinde Çalışma Ölçütü	205
E. Girişim Özgürlüğünün Nesnel Sınırları	206
F. Girişim Özgürlüğünün Özü.....	207
G. Girişim Özgürlüğünün Norm Alanının Belirlenmesi.....	213

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İŞ HUKUKU İLKELERİNİN GİRİŞİM
ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SINIRLANDIRICI
ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I.	Girişim Özgürlüğünün İş Hukukundaki Tezahürü.....	215
A.	Girişimci Kavramının İş Hukukundaki Karşılığı ve İşverenin Girişimci Niteliğinin Değerlendirilmesi.....	216
B.	Girişimcilik İşlevlerinin İşveren Vekilleri Aracılığıyla Kullanılması ve Girişim Özgürlüğünün İşveren Vekillerine Sağladığı Korumanın Niteliği	221
II.	Girişim Özgürlüğünün Nesnel Sınırlarının Tespitinde İşverenin Yönetim Hak ve Yetkisi	222
A.	İşverenin Yönetim Yetkisi ve Tarihsel Değişimi.....	223
B.	İşverenin “Girişim” ve “Yönetim” Yetkisi.....	226
1.	Girişim Yetkisi.....	226
2.	Yönetim Yetkisi	229
C.	İşverenin Yönetim Hakkının Girişim Özgürlüğü ile İlişkisi	230
1.	Yönetim Hakkının Kavramsal Çerçevesi	230
2.	İşverenin Yönetim Hakkından Doğan İki Temel Hak: Talimat Verme Hakkı ve Disiplin Cezası Verme Hakkı.....	233
a.	Talimat Verme Hakkı.....	233
b.	Disiplin Cezası Verme Hakkı	234
3.	İşverenin Yönetim Hakkına Yönelik Sınırlamalar ve Genişletilmiş Yönetim Hakkı.....	238
4.	İşçilerin Yönetime Katılma Hakkının Girişim Özgürlüğüyle İlişkisi.....	242
III.	Girişim Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında İş Hukukunun Amaçlarının Değerlendirilmesi.....	245
A.	İşçinin Korunması İlkesi.....	245
1.	İşçinin Korunması İlkesinin Sınırı	247

B. İşçi-İşveren Arasındaki Menfaatler Dengesinin Girişim Özgürlüğü ile İlişkisi.....	249
C. İş Hukukunda Esnekleşmenin Girişim Özgürlüğüne Etkileri	251
1. İstihdamın Dışsallaştırılması (Dış Esneklik)	254
a. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi	255
b. Geçici İş İlişkisi.....	264
IV. Eşitlik İlkesinin Girişim Özgürlüğünü Sınırlandırması.....	269
A. Eşit Davranma Borcu ile Girişim Özgürlüğü Arasındaki Dengenin Tesisinde Ölçülülük İlkesinin Rolü	273
1. Ölçülülük İlkesinin Pratik Uyuşumun Sağlanmasındaki Rolü.....	273
a. İş Sözleşmesinin Kurulma Aşamasında Pratik Uyuşumun Sağlanması.....	274
b. İş Sözleşmesinin Sona Erme Aşamasında Pratik Uyuşumun Sağlanması.....	278
2. İşveren Kararlarının Hukuka Uygunluk Denetiminde Ölçülülük İlkesinin Rolü.....	281
B. Üçüncü Kişilerin Baskısının Eşit Davranma ve Ayrım Yapmama Borcuna Etkisi.....	282
C. Eşit Ücret İlkesi ve Girişim Özgürlüğü İlişkisi	284
D. Dolaylı Ayrımcılık Yasağı ile İşverenin Farklılaştırma Uygulamalarının Dengelenmesi.....	285
V. İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru ve Girişim Özgürlüğü İlişkisi ..	286
A. Tek Satıcılık, Franchise, Bayilik ve Benzer Sözleşmelerin Girişim Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi.....	289
B. Yeni Çalışma Modellerinin Değerlendirilmesi.....	293
VI. İşçilerin Temel Hak ve Özgürlüklerinin Girişim Özgürlüğü ile İlişkisi.....	296
A. İşçinin Kişilik Hakkının Korunması.....	297
B. Düşünce ve İfade Özgürlüğü	300
C. Din ve Vicdan Özgürlüğü	301
D. Özel Hayata Saygı ve Özel Hayatın Gizliliği.....	307

E. Kişisel Verilerin Korunması	314
VII. İş Hukukunda Girişim Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Kullanılabilecek Ölçütlerin Tespiti ve İlgili Ölçütlerin Anayasal Sınırlandırma Sebepleriyle İlişkisi	317

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞ HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN İŞVERENİN GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. İş Sözleşmesinin Kurulmasında Girişim Özgürlüğünün Sınırlandırılması	321
A. Sözleşme Özgürlüğü ile İş Sözleşmesi Yapma Yasakları ve Zorunluluklarının Girişim Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi.....	321
1. İş Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu Getiren Düzenlemeler	323
2. İş Sözleşmesi Yapma Yasakları	326
B. İş Kanunu'nda Düzenlenen Sözleşme Türlerinin Girişim Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi.....	327
1. Belirli Süreli İş Sözleşmesi	327
2. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesi.....	332
3. Uzaktan Çalışma.....	338
4. Deneme Süreli İş Sözleşmesi	342
C. İş İlişkisinin Kurulma Aşamasında İşverenin Bilgi Edinme Hakkı	344
II. İş Sözleşmesinin Devamında Girişim Özgürlüğünün Sınırlandırılması	347
A. Çalışma Koşullarının İşveren Tarafından Değiştirilmesi	348
1. İşverenin Değişikliği Saklı Tutma Kaydına Dayanarak Çalışma Koşullarını Tek Tarafı Olarak Değiştirebilmesi.....	356

2. Kısa Çalışma Uygulaması ile Çalışma Koşullarının Değiştirilmesi.....	368
3. Ücrette İndirim Yapılması ve Ücretsiz İzin Uygulaması.....	372
III. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi Halinde Girişim Özgürlüğünün Sınırlandırılması	376
A. İş Güvencesinde İşverenin Girişim Özgürlüğünün Değerlendirilmesi.....	378
1. İşçinin Yeterliliğinden veya Davranışlarından Kaynaklanan Sebeplerle Fesih ve Yargı Denetimi	383
a. İşçinin Performans Düşüklüğü Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshedilmesi.....	387
b. Şüphe Feshi	391
2. İşletmesel Sebeplerle Fesih ve Yargı Denetimi	392
a. Kurucu İşveren Kararı – Bağlı İşveren Kararı Açısından İşletmesel Sebeplerin Değerlendirilmesi.....	403
b. Ekonomik Verimlilik ve İş Güvencesi İlişkisi: İşverenin Verimlilik Amaçlı Fesih Kararının Geçerliliği..	405
c. İşletmesel Sebeplerle Fesihte Feshin Son Çare Olması İlkesi Gereği İşverenden Beklenebilecek Tedbirlerin Değerlendirilmesi	409
aa. Feshin Son Çare Olması İlkesinin Uygulamasına Dair Eleştiriler	409
bb. Feshin Son Çare Olması İlkesinde İşverenin Yükümlülüğünün Niteliği ile İspat Etmesi Beklenen Hususların Tespiti	411
cc. Feshin Son Çare Olması İlkesinin Temel İlke ve Kuralları.....	413
dd. Feshin Son Çare Olması İlkesi Gereği Uygulanan Başlıca Alternatif Tedbirlerin Değerlendirilmesi	415
d. İşletmesel Bir Sebep Olarak İşyerinin Kapatılması Kararı	427
e. Toplu İşçi Çıkarma.....	428
B. Baskı Feshi ve Geçerliliği Sorunu.....	431

1. İşçinin İşveren Tarafından Feshe Zorlanması.....	431
2. İş Sözleşmesinin Üçüncü Kişilerin Baskısı Sonucu İşveren Tarafından Feshi.....	432
C. Haklı Sebep Fesih ve Yargı Denetimi.....	436
D. İş Güvencesine Tabi Olmayan İş Sözleşmelerinin Feshinde İşverenin Girişim Özgürlüğünün Değerlendirilmesi.....	439
1. İş Güvencesi Kapsamında Bulunmayan İş İlişkilerinde Fesih Yetkisinin Sözleşmelerle Sınırlandırılması	440
E. Fesihte Ölçülülük Denetimi, Feshin Son Çare Olması İlkesi ve Menfaatlerin Dengelenmesi.....	443
IV. İşin Düzenlenmesinde Girişim Özgürlüğünün Sınırlandırılması	452
A. Girişim Özgürlüğü Açısından Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi	453
1. Çalışma Sürelerinin Belirlenmesi ve Değiştirilmesinde İşverenin Yönetim Yetkisi	454
2. Telâfi Çalışması.....	458
B. Girişim Özgürlüğü Açısından Dinlenme Sürelerinin Düzenlenmesi	461
SONUÇ	465
KAYNAKÇA.....	473