

**İŞ KANUNUNUN UYGULAMA ALANINA GİREN ESNAF
İŞYERLERİ
(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)**

Yard.Doç.Dr. Murat ŞEN
A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi.

I. KARAR METNİ

Dava : Davacı, ihbar,, kıdem tazminatı ile fazla çalışma ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı görev yönünden reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar: Davacı, davalıya ait taksi işyerinde çalışırken hizmet akdinin feshi nedeniyle kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla mesai alacağının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Mahkemece davalının geçimini otomobilcilik ve şoförlükle temin ettiği esnaf statüsünde olduğu ve aynı zamanda takside üç kişiden başka çalışan olmadığı 1475 sayılı İş Kanununun 5/1-5 maddesi uyarınca İş Kanunu hükümleri uygulanamayacağı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Dosyadaki bilgi, belgelere ve özellikle araç tanıtım kartına göre davalıya ait taksi işyerinde davacı dışında Orhan ve Mustafa'nın da şoför olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu durumda ticari taksi işyerinde davalı dışında 3 kişi daha çalıştığına göre, taraflar arasında 1475 sayılı İş Kanununun 5/1-5 maddesi hükmü uygulanamaz. Davalı işyeri 1475 sayılı İş Mahkemeleri¹ kapsamına girdiğinden işin

¹ Söz konusu ifade, "1475 sayılı İş Mahkemeleri" değil "1475 sayılı İş Kanunu" olmalıdır.

Kamu-İş; Cilt: 6 Sayı : 2/2001

esasına girilerek istekler hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten (BOZULMASINA), peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.12.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(Yarg. 9 HD., 21.12.2000, E 2000/19826, K. 2000/19413 - Karar, Yargıtay Kararlar Dergisi, C. 27, S. 6, Haziran 2001, s. 840-841'den alınmıştır).

II. KARARIN İNCELENMESİ

Karara konu olay, işveren dışında üç işçinin çalıştığı taksi işyerine İş Kanununun uygulanıp uygulanmaması ve dolayısıyla davanın İş Mahkemesinde görülüp görülmemesi ile ilgilidir.

1. Takside (taksi işyerinde) çalışmak üzere işveren ile hizmet akdi yapan ve çalışmaya başlayan davacının hizmet akdi işveren tarafından feshedilmiştir. Bunun üzerine davacı, ihbar ve kıdem tazminatları ile fazla çalışma ücretlerini talep etmiştir.

İlk derece mahkemesi, öncelikle, işverenin (davalının), geçimini otomobilcilik ve şoförlükle temin ettiği için esnaf statüsünde olduğunu ve bu işyerinde üç kişiden başka çalışanın olmadığını belirlemiş; sonra da, en fazla üç kişinin çalıştığı esnaf işyerine, İş Kanununun 5/1,5 maddesi uyarınca İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiş ve bu nedenle görevsizlik kararı vermiştir. İlk derece mahkemesinin çalışan üç kişi kapsamına işvereni alıp almadığı hususu, karardan tam olarak anlaşılammamaktadır. Mahkeme, üç işçinin çalıştığını belirlemiş de sayıya işvereni mi dahil etmemiştir? Yoksa işvereni dahil etmiş de çalışan işçi sayısının iki olduğunu mu tespit etmiştir? Bu husus karardan açık bir şekilde anlaşılammamaktadır.

Yargıtay ise, dosya içeriğinden, davalı işverene ait taksi işyerinde, davacı işçi dışında iki işçinin daha çalıştığını tespit etmiş; işverenle birlikte toplam çalışan kişi sayısının dörde ulaştığını belirlemiştir. Bu durumda, taksi işyerine, çalışan kişi sayısının (işveren dahil) üçten fazla olması nedeniyle, İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiş, davanın esasına girilmesi gerekirken girilmemesini, başka bir deyişle görevsizlik kararı verilmesini hatalı bulmuştur.

2. a. 1475 sayılı İş Kanununun 2. maddesi, bu kanunun uygulama alanını belirtmiştir. Buna göre, İş Kanununun 5. maddesinde belirtilmiş istisnalar dışında, bütün işyerlerine, bu yerlerin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine, İş Kanunu hükümleri uygulanır. Dolayısıyla, İş Kanununun uygulama alanı belirle-

nirken 5. maddesi de göz önünde bulundurulmalıdır. 5. maddede işyeri olarak İş Kanunu kapsamı dışında tutulmuş iki istisnadan söz edilir. Bunlardan biri, 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar² Kanununun 2 nci maddesinin tanımına uygun üç kişinin çalıştığı esnaf işyerleri (m.5/5), diğeri yardım sevenler derneğine ait atölyelerdir (m.5/10). Bunların dışındaki işyerlerinde İş Kanunu hükümleri uygulanır.

Kararda, sonuç olarak, işverenle birlikte üç işçinin daha çalıştığı taksii işyerine İş Kanununun uygulanması gerektiği belirtilmekte; dolayısıyla üçten fazla kişinin çalıştığı esnaf işyerinden söz edilirken, bu üç kişinin tespitinde işverenin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.

b. İş Kanununun uygulanmayacağı işyerlerinden biri olarak belirtilen "507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerleri" tespit edilirken, üç kişiye işverenin (esnaf ve sanatkârın) kendisinin de dahil edilip edilmeyeceği hususu, söz konusu karar açısından oldukça önem taşımaktadır. Zira, işveren sayıya dahil edilirse toplam çalışan kişi sayısı dört olacak ve bu işyerine İş Kanunu hükümleri uygulanacak; işveren bu sayıya katılmazsa esnaf işyerinde üç işçi çalıştığı için İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulamayacak, bu işyeri İş Kanunu kapsamı dışında bir işyeri olarak kalacaktır.

Gerçekten, İş K.m.5/bent 5'de "üç kişinin çalıştığı işyerleri"nden söz edilmiş; bunların işçi olup olmayacağı belirtilmemiştir. Bu nedenle, öğretilerdeki bir görüş, belirtilen sayıya işverenin (esnaf ve sanatkârın) kendisinin de katılmasını kabul etmekte³; diğeri görüş ise, çalıştırılan işçi sayısını temel almaktadır⁴.

c. Bilindiği üzere İş Kanununun 5. maddesinin 5. bendi gereğince, "507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde" yapılan işler ve bu işleri yapanlar İş Kanunu kapsamı dışındadırlar. Maddedeki ifadeye göre, bir esnaf ve sanatkâra ait işyerinin ve orada çalışanların İş Kanunu dışında sayılabilmeleri için, öncelikle ortada bir esnaf veya sanatkâr faaliyeti bulunmalı; sonra da bu esnaf veya sanatkârın işyerinde en çok üç kişi çalışmalıdır. Her iki hususun da ayrı ayrı ele alınmasında yarar vardır.

² 9.5.1991 tarihli ve 3741 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklikle, "Bu Kanunda adı geçen, ..."Küçük Sanatkâr" deyimini "Sanatkâr"... olarak değiştirilmiştir". (507 sayılı K. Ek m. 10).

³ Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 2. B., İzmir 1994, s. 72; M. Kutal, "1475 Sayılı İş Kanununun Getirdiği Yenilikler (II)", İktisat ve Maliye XVIII, S. 9, Aralık 1971, s. 363.

⁴ Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986, s. 225; Sabin Selçuki, İlmî-Kazâi İçtihatlarla İş Kanunu "Son Değişikliklerle 1475 Sayılı", İstanbul 1973, s. 151; Halid Kemal Elbir, İş Hukuku, 9. B., İstanbul 1987, s. 50; Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. I Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 71; Adil İzveren, İş Hukuku (I, II, III), Ankara 1974, s. 72; Kenan Tunçomağ, İş Hukuku C. I Genel Kavramlar Hizmet Sözleşmesi, 2. B., İstanbul 1981, s. 81; Turhan Esener, İş Hukuku, 3. B., Ankara 1978, s. 115.

İlk olarak, İş Kanununun uygulanmayacağı işyeri, bir esnaf veya sanat-kâra ait işyeri olmalı, yani ortada bir esnaf veya sanatkâr faaliyeti bulunmalıdır⁵.

Kimler Esnaf veya Sanatkârdır?

Genellikle esnaf denilince, işletmelerini küçük ölçüde işleten, nakdi sermayesi ve kârı nispeten sınırlı olan, işini daha ziyade kendi bedeni çalışması ile yürüten kimseler anlaşılmaktadır⁶. Esnaf işletmesi denilince de, idare ve icra şeklinde bir iş bölümüne ihtiyaç göstermeyecek kadar küçük işletmeler kastedilmekte; bu tür faaliyetlerde bir iki yardımcı kullanılsa bile, teşebbüs yine esnafın bedeni çalışmasına dayanmaktadır. Halbuki ticari işletme denildiğinde, esnaf faaliyeti düzeyini aşan bir faaliyet söz konusu olmaktadır⁷. Bu anlamda tacir, ticari işletmenin nakdi sermayesini temin eden ve idare işini üzerine alıp icra işini yardımcılarına bırakan kimseleri anlatmaktadır⁸. Bu itibarla, eğer bir şahsın birden fazla işletmesi varsa icra işinde çalışmasının pek mümkün olmayacağı düşünülerek idare işini kendisinin yürüttüğü kabul edilecektir. Bu takdirde de söz konusu şahıs esnaf değil tacir sayılacaktır ki bu da onun İş Kanununun kapsamına girmesine neden olacaktır.

Esnaf ile ilgili düzenleme yapan kanunlar, örneğin, Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu (m.2), Türk Ticaret Kanunu (m.17, 1463) ve Gelir Vergisi Kanunu, esnafı farklı şekillerde tanımlamışlardır.

TTK.m.17'ye göre esnaf, ister gezici ister bir dükkanda veya bir sokağın muayyen yerinde sabit bulunsun, iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret sahibi kişidir. Tanımda yer alan iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanma ve kazana ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olma şartlarının tayin ve tespitinin çok güç olacağı dikkate alınarak, Bakanlar Kurulu'na, esnafın belirlenmesinde esas alınmak üzere, yıllık gayrisafi gelir miktarını Kararname ile saptama yetkisi tanınmıştır (TTK.m.1463/11). Ancak verilen bu yetki uzun süre kullanılmamış, bu konudaki çalışmalara ilk olarak 1983 yılında 62 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁹ ile 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklik yapılarak başlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 86/10313 sayılı Kararnamesiyle¹⁰, esnaf ve sanatkâr ile tacir ve sanayici ayırımına dair esaslar tespit edilmiştir¹¹.

⁵ Çenberci, s. 225; Tunçomağ, s. 80.

⁶ Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, I. Giriş- Ticari İşletme, 3. B., Ankara 1968, s. 228.

⁷ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 6. B., Ankara 2001, s. 20.

⁸ Karayalçın, s. 228.

⁹ RG., 5.8.1983, S. 18126.

¹⁰ RG., 19.2.1986, S. 19024.

¹¹ Arkan, s. 21.

Kararnamenin eki olan Esaslar'a göre, 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu'nun 2 ve değişik 6. maddeleri ile TTK'nun 12 ve 17. maddelerinin uygulanması bakımından esnaf ve sanatkâr ile tacir ve sanayici ayırımı şu şekilde yapılacaktır: Bir kişinin esnaf -dolayısıyla bu kişiye ait işletmenin de esnaf işletmesi- sayılabilmesi için ön koşul, bu kişinin faaliyet alanının, Koordinasyon Kurulu¹² tarafından belirlenen esnaf ve sanatkâr kollarından birine dahil olmasıdır¹³. Belirlenen bu kollardan birinde faaliyet gösteren kişilerden, gelir vergisinden muaf olanlar (Gelir Vergisi Kanunu m. 9), başkaca hiçbir şart aranmadan esnaf ya da yerine göre sanatkâr sayılacaktır. Gelir Vergisi Kanununda, 1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanunla götürü usul kaldırılmış ve bunun yerine ticari kazancın basit usulde tespiti esası getirilmiştir (m.46, 47, 48). Kazançları basit usulde tespit olunanları da Kararname açısından esnaf saymak uygun olur. İşletme hesabına göre defter tutanlar bakımından ise, iktisadi faaliyetin nakdi sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanıp dayanmadığı ve elde edilen kazancın ancak geçimi sağlamaya yetecek derecede az olup olmadığı üzerinde durulacak ve bu hususun belirlenmesi için de, yürütülen faaliyetinin sonuçlarının, Vergi Usul Kanunu'nun 177/1. maddesinin 1 ve 3 numaralı bentlerindeki limitlerin yansını ya da yerine göre 2. bentteki limitin tamamını aşmış aşmadığına bakılacaktır¹⁴. Buna göre iş hacmi, gösterilen limitleri aşan kişiler tacir ve bu kişilere ait işletmeler de ticari işletme; bu limiti aşmayanlar ise esnaf ve bu kişilere ait işletmeler de esnaf işletmesi sayılacaktır¹⁵.

Somut olay açısından bizim için önem taşıyan tanım 507 sayılı Kanundaki tanımdır. 1964 tarihli ve 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu¹⁶ birinci maddesinde, "Esnaf ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanlarında çalışanlardan söz etmiş, kanunun kapsamını belirten ikinci maddesinde de esnafı kapsamlı biçimde tanımlamıştır. Buna göre, *"İster gezici olsun, ister bir dükkânda veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar, ticareti sermayesi ile birlikte vücut*

¹² Esnaf ve küçük sanatkâr kollarını belirlemek ve yıllık gayri safi gelirleri ve bölgelerin özelliklerine göre esnaf ve küçük sanatkârlar ile tacir ve sanayicinin ayırımını yapmak, Türk Ticaret Kanununun 1463 üncü maddesi gereğince çıkarılacak Bakanlar Kurulu Kararnamesini hazırlamak ve bunları ilân etmek ... "Esnaf ve Küçük Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu"nun görevidir (507 sayılı K. m. 6).

¹³ Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve küçük sanatkâr kollarına ilişkin liste için bkz. RG. 16.12.1987, S. 19666 ve 22.1.1999, S. 23588.

¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, s. 20-23; Hayri Domaniç, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. B., İstanbul 1988, s. 216-219; Fahiman Tekil, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1990, s. 111; İrfan Baştuğ/H.Ercüment Erdem, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993, s. 21, 28-30.

¹⁵ Esnaf işletmesi için 2000 yılı itibariyle uygulanacak miktarlar şöyledir: a- Satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 22 milyar TL.yı veya satışlarının tutarı 27 milyar TL.yı aşmayanlar, b- Bunun dışında bir işle uğraşmış da bir yıl içinde elde ettikleri brüt gelirleri 11 milyar TL.yı aşmayanlar, c- Bu işlerin beraber yapılması halinde, brüt gelirlerin beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 22 milyar TL.yı aşmayanlar. Bu konuda bkz. Yahya Deryal, Ticaret Hukuku, 4. B., Trabzon 2000, s. 12.

¹⁶ RG., 1, 3, 4 Ağustos 1964, S. 11769-11771; 5.t. Düstur, C.3 - s.2884.

çalışmalarına dayanan ve geliri o yer gelenek ve teamülüne nazaran tacir niteliğini kazanmasını icabettirmeyecek miktarda sınırlı olan ve bu bakımdan ticaret sicili ve dolayısıyla ticaret ve sanayi odasına kayıtları gerekmeyen, aynı niteliğe (sermaye unsuru olsun, olmasın) sahip olmakla beraber, ayrıca çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanlarında çalışanlar ve geçimini sınırlı olarak kamyunculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimseler" esnaf sayılır.

Doktrinde ise esnaf, daha kısa bir şekilde, iktisadi faaliyeti nakdi sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanan ve yıllık safi geliri kararnamede belirtilen miktarı aşmayan kişi olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Ancak bu tanım 507 sayılı Kanun açısından çok isabetli gözükmemektedir. Zira, "iktisadi faaliyetin nakdi sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanması" şartı Türk Ticaret Kanunu (m.17) açısından aranmakta; 507 sayılı Kanun açısından ise, ticaretin sermayeyle birlikte vücut çalışmasına dayanması yeterli görülmektedir. Başka bir anlatımla, 507 sayılı Kanun, vücut çalışmasının nakdi sermayeden daha fazla olmasını değil, sermaye ile birlikte olmasını aramaktadır. Bunun yanı sıra, 507 sayılı Kanun, gelir seviyesinin geçime oranla değil, o yer gelenek ve teamülüne göre tacir niteliğini kazanmasını gerektirmeyecek miktarla sınırlamıştır¹⁸.

Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanununun ikinci maddesinin tanımına uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinin İş Kanununun uygulama alanı dışında bırakılması, burada sözü edilen işlerin kanun kapsamı dışında kalması, çalışan kimselerin nitelikleri ve niceliklerinin göz önünde bulundurulmasından kaynaklanmaktadır. Bilindiği üzere, Esnaf ve Sanatkâr Siciline kayıtlı esnaf ve sanatkârların çalışma bölgesi içindeki ilgili derneğe kaydolmaları zorunludur (507 sayılı K. m. 5). Bir baskı grubu olarak Esnaf ve Sanatkârlar Konfederasyonunun yasama organını etkilemesi sonucu kanuna girdiği kabul edilen bu istisnayı hiçbir şekilde haklı bulma olanağı olmadığı da burada belirtmek gerekir¹⁹.

Şu halde, bir işyerinin İş Kanunu kapsamına girip girmeyeceği, başka bir söyleyişle, iş sahibinin (işverenin) esnaf sayılıp sayılmayacağı, sözü edilen kanunun 2. maddesine göre belirlenecektir. Söz konusu madde, iş sahibinin esnaf sayılması için, öncelikle, işyerinde, koyduğu ticari sermayesinin yanında bedenen çalışmasını; sonra da, kazancının o yerdeki gelenek ve teamüllere göre kendisine tacir denilemeyecek derecede sınırlı olmasını aramaktadır. Elbette ki bunun doğal sonucu olarak da, iş sahibinin faaliyeti dolayısıyla ticaret sicili ile Ticaret ve Sanayi Odasına kaydı gerekmemelidir. Kanun burada esnaf niteliğini tespit açısından bir

¹⁷ Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 7. B., Konya 2000, s. 32.

¹⁸ Reha Poroy, Ticari İşletme hukuku, 3. B., İstanbul 1983, s. 39.

¹⁹ Aynı kanaat için bkz. Esener, s. 115; Ekonomi, s. 70-71; İzveren, s. 72; Kamil Turan, İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1990, s. 261-262.

Kamu-İş; Cilt: 6 Sayı: 2/2001

karine koymakta, işyeri sahibinin esnaf sayılması için, Ticaret ve Sanayi Odalarına kaydedilmemiş olmasını aramaktadır²⁰.

Görüldüğü üzere, bir kimsenin esnaf sayılabilmesi için ilk olarak, hem ticari sermayesi hem de bedeni çalışması; ikinci olarak da, kazancının o yerdeki gelenek ve teamüllere göre kendisine tacir denilemeyecek derecede sınırlı olması aranmaktadır. Şu halde, sermayeleri ile emeklerini birleştiren, tacir ve sanayici niteliğinde kabul edilmeyen kimseler, esnaf ve sanatkâr olarak nitelenmektedir.

Eğer iş sahibi, kazancı az olsa bile bizzat kendisi bedenen çalışmıyorsa veya bizzat kendisi bedenen çalışıyor fakat geliri bulunduğu yerdeki gelenek ve teamüle göre kendisine tacir dedirtecek ölçüde fazla ise esnaf faaliyetinden söz edilemez. Bu takdirde, ortada bir esnaf faaliyeti bulunmadığı için, iş sahibi işyerinde bir işçi çalıştırırsa dahi o işyeri İş Kanununa tabi olur. Yine, iş sahibi, Ticaret ve Sanayi Odasına kayıtlı ise, esnaf ve sanatkâr sayılmaz²¹. Fakat, uygulamada bazen görüldüğü üzere, odaya yapılan kayıt gerçeği yansıtmıyorsa, bu takdirde verilen ölçü bir işe yaramaz; çalışan kimsenin niteliği genel bir değerlendirme yoluyla tespit edilir; genel kanunlardaki, ezcümle TTK.m.17'deki esasa başvurulur; o kimsenin kazancının geçimini sağlayacak dereceyi geçip geçmediğine bakılır. Başka bir anlatımla, bir kimsenin esnaf derneğine kayıtlı olması onun esnaf kabul edilmesi için yeter bir sebep sayılmadığı gibi Ticaret Odasına kayıtlı bulunmak da tacir sayılmak için tek başına yeterli değildir²².

Madde, esnafı bununla sınırlı tutmamış, sermaye unsuru gerçekleşsin gerçekleşmesinin diğer şartları taşıyan hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleri ile, geçimini sınırlı olarak kamyunculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimseleri de esnaf olarak kabul etmiştir²³. Bu açıdan, ister gezici ister sabit olsun,

²⁰ "... Esnaf ve küçük sanatkârlar derneğine kayıtlı olanlar, ticaret, sanayi veya deniz ticaret odalarına kaydedilemezler; ticaret, sanayi veya deniz ticaret odalarına kayıtlı bulunanlar ise, esnaf ve küçük sanatkârlar derneğine kayıt edilemezler" (507 sayılı K. m.5).

²¹ Doktrinindeki bir görüş, bir kimsenin esnaf sayılabilmesi için en kesin kıstasın, ticaret sicili dolayısıyla ticaret ve sanayi odasına tescilin yapıp yapılmadığı olduğunu söylemektedir. Eğer bu kimse adı geçen odalara kayıtlı ise 507 sayılı kanun kapsamına giremez. Bununla birlikte, bu görüş, kesin kıstas olarak ileri sürdüğü hal tarzının uygulamada tam bir ayırım ölçüsü sağlamadığını kabul ederek uyuşmazlığın çözülmesini yargı organına bırakmaktadır (Esener, s. 115).

²² Narmanlıoğlu, s. 72; Esener, s. 115; Karayalçın, s. 230.

²³ "507 sayılı Yasa'ya göre esnaf kapsamında sayılan kimselerin yanında çalışanlar, iş kanunu kapsamı dışındadırlar. Davacı, davalıya ait taksit bir süre hizmet akti ile çalıştığını belirterek kıdem ve ihbar tazminatı ile bir kısım işçilik haklarının hüküm altına alınmasını istemiştir. Davalı, davacı ile arasında hizmet aktinin bulunmadığını ve ayrıca İş Kanunu'nun 5/5. maddesi kapsamında işyerinde davacının çalıştığını savunarak davanın reddini istemiştir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 5. bendine göre, 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerindeki çalışmalar sözü geçen kanunun istisnaları arasında sayılmış ve İş Kanunu'nun kurallarının uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Öte yandan 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu'nun 2. maddesi "... geçimini sınırlı olarak kamyunculuk, otomobilcilik ve şoförlük ile temin eden kimseler" tarafından yürütülen işlerin anılan

ticareti hem sermayesine hem de vücut çalışmasına dayanan ve geliri o yer gelenek ve teamülüne göre tacir niteliğini kazanmasını gerektirmeyecek derecede sınırlı olan, bunun doğal sonucu olarak da, ticaret sicili ile ticaret ve sanayi odasına kaydı gerekmeyen kimselerden başka, aynı niteliğe (sermaye unsuru olsun, olmasın) sahip olan ve çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleri ile bunların yanlarında çalışanlar da esnaf kabul edilmiştir. Ayrıca, geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimseler de esnaf sayılır.

Belirtelim ki, doktrinde, avukat, hekim, mali müşavir gibi serbest meslek sahiplerinin yanlarında çalışan katip, odacı, iğneci, pansumancı, hemşire gibi işçilerin, sayısı önemsenmeksizin yani sayısı ne olursa olsun İş Kanununun kapsamına alınmalarına karşı; bedeni çalışması ve çalışma koşullarının ağırlığı karşısında en az bunlar kadar korunmaya muhtaç olan işçileri çalıştıran tornacı, demirci, bakırcı, kalaycı, tenekeci, dökümcü, dokumacı, terzi, mobilyacı, kundura tamircisi, sobacı ve fırıncı gibi esnaf ve sanatkârlardan 1-3 kişi arasında çalıştıranların İş Kanununun kapsamı dışında bırakılması kanunun aksak bir yönünü teşkil etmekte ve isabetli olarak eleştirilmektedir²⁴.

Esnaf İşyerinde En Fazla Üç Kişinin Çalışması Halinde İş Kanununun Uygulanmaması

İkinci olarak, esnaf işletmesinin İş Kanunu kapsamı dışında kalması için esnaf ve sanatkârın (gezici veya sabit) işyerinde en çok üç kişinin çalışması gerekir²⁵. Üç kişinin çalıştığı esnaf ve sanatkâr işyerleri İş Kanununun kapsamı dışında bırakılmıştır (İş K.m.5/b.5). Şayet esnaf işyerinde üç kişiden fazla çalışan varsa, o işyerine, işverenine ve işçilerine İş Kanunu hükümleri uygulanır²⁶.

İlk İş Kanunumuz olan 3008 sayılı İş Kanununda, bu kanun hükümlerinin en az belirli sayıda işçinin çalıştırıldığı işyerlerinin işverenlerine ve bunlara bağlı işçilere uygulanacağı kabul edilmişti: *"Bu kanun, mahiyeti itibariyle yolunda işleyebilmesi için günde en az on işçi çalıştırmayı gerektiren işyerlerine ve buralarda çalışan işçilerle bunların işverenlerine uygulanır"* (2/A). Kanun, on işçi ölçüsünü kesin olarak kabul etmemiş; "normal olarak işleyebilmesi için en az on

kanunun kapsamında olduğunu öngörmüştür. Bu durumda davalının geçimini münhasıran otomobilcilik ile sağlayıp sağlamadığının tespiti, uyumsuzluğun çözümü bakımından önem kazanmaktadır. Şayet davalı, yürütülen bu işler sonucunda geçimini, münhasıran sahibi bulunduğu otomobilcilik ile sağlıyorsa olayda İş Kanunu'nun uygulanması mümkün değildir. Bu durumda gerekli inceleme yapılarak hasıl olacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır." (Yarg. 9. HD., 22.04.1996, E. 36054 K. 9374- İstanbul Barosu Bilgi Bankası (İBBB), Yargıtay Kararları cd'si).

²⁴ Ekonomi, s. 71; Çelik, s. 62-63; Narmanlıoğlu, s. 73; Esener, s. 115; İzveren, s. 72.

²⁵ Tunçomağ, s. 81.

²⁶ Sümer, s. 32.

işçi çalıştırmayı icabettiren" demek suretiyle de esnek bir ölçü koymuştu²⁷. Zira aksi takdirde, İş Kanununun âmir hükümlerinden kurtulmak isteyen herhangi bir işveren, işçi sayısını ondan aşağıya indirerek diğer işçileri dilediği gibi kullanmak imkanına sahip olabilir veya bu tür işletmeyi, küçük parçalara bölerek aynı sonucu elde edebilirdi²⁸. Daha sonra bu miktar bazı şartlarla 4-9 işçiye indirilmiş ve birden fazla işyeri bulunan işverenler (örneğin bankalar) için bir kişinin çalışmış olması dahi kanun kapsamına alınma yönünde yeterli sayılmıştı²⁹.

28.7.1967 tarihli ve 931 sayılı ikinci İş Kanunumuzda ise, işyerinde çalıştırılan işçi sayısını esas tutan hükümler kaldırılmış, tek işçinin çalıştığı işyerlerindeki işçi ve işverenler kanunun kapsamına alınmışlardır. Ancak bu hususta 5. maddeye hiçbir yönden haklı görülemeyen ve 1475 sayılı İş Kanununa da küçük bir değişiklikle alınan bir istisna konulmuştur. 931 sayılı Kanundaki bu istisna hüküm, "507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanununun ikinci maddesinin tarifine uygun üç işçinin çalıştığı işyerleri'nde İş Kanununun uygulanmayacağını belirtmekteydi³⁰. 1475 sayılı Kanun sadece bu istisna hükümdeki "işçi" sözcüğünü "kişi" sözcüğüyle değiştirmiştir.

Gerek 931 sayılı gerekse 1475 sayılı Kanunların 5. maddesinin 5. bendindeki bu istisna hükmü, doktrinde eleştirilmiştir. 931 sayılı Kanun ile 1475 sayılı Kanunlar arasındaki tek fark ilkinde üç işçiden, ikincisinde ise üç kişiden söz edilmesidir. Eski kanundaki üç işçi ölçüsü, 3008 sayılı eski İş Kanununun adaletsizlik ve haksızlıklara yol açan asgari 10 (teşmil kararnamesiyle 4) işçi çalıştırma ölçüsünün bir kalıntısıdır; İş Hukukunun sosyal koruma karakteriyle de bağdaşmayan bir hükümdür. Böyle bir ayırımın yapılmaması elbette ki daha isabetli olurdu³¹.

Görüldüğü üzere, esas itibariyle sermayeleri ile emeklerini birleştiren, tacir ve sanayici niteliğinde kabul edilmeyen kimseler esnaf ve sanatkâr olarak kabul edilmekte ve bunlara ait işyerlerinde üç veya daha az sayıda kişinin çalışması halinde, gerek kendileri (yani işveren) gerek çalıştırdıkları işçiler ve gerekse çalıştıkları işyeri İş Kanununun uygulama alanına girmemektedir³². Bu istisna,

²⁷ Ferit H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 246.

²⁸ Saymen, s. 246-247.

²⁹ Saymen, s. 246.

³⁰ Bu konu hakkında bkz. A. Can Tuncay, 931 Sayılı İş Kanununun Uygulama Alanı, İÜHF, C. XXXIV, S. 1-4, İstanbul 1969, s. 400-414.

³¹ Bkz. Tuncay, s. 410.

³² "Esnaf ve sanatkârlar kanununa tabi üç kişinin çalıştığı işyerleri iş yasasına tabi değildir. Davalı, savunmasında; işyerinin 507 sayılı Kanuna tabi bulunduğu ve dolayısıyla İş Kanununa giremeyeceğini savunarak görevsizlik savunmasında bulunmuştur. Gerçekten, 1475 Sayılı Kanunun 5. maddesinin 5. fıkrası, 507 Sayılı Kanuna tabi işyerinde İş Kanunundan istisna eylemiştir. Mahkeme ise, davalının bu savunmasını tahkik eylememiştir. Evveleminde davalının bu savunmasının tahkiki gerekirken, görev hususunda bir karar verilmemiş olması, usul ve yasalara aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir." (Yarg. 9. HD., 23.05.1974, E.16500, K.10147 - İBBB, Yargıtay Kararları cd'si).

özellikle işgücünün istismarına daha uygun bir ortam olan, daha çok ağır (bedeni) çalışma şartlarıyla faaliyette bulunan küçük işyerlerini kontrolden yoksun bırakarak, sosyal koruma ilkesini önemli derecede zedelemektedir³³. Zira bilhassa sağlık ve iş güvenliği tedbirlerinin, ücret, fazla mesai, gerekli dinlenme ve yıllık ücretli izin gibi çeşitli sosyal şartların yerine getirilmesinde gerekli kontrolün yapılması en zorunlu olan yerler, ağır bedeni çalışma şartlarıyla faaliyette bulunan küçük tezgah, atölye ve dükkanlardır. İş Kanununun kapsamını yeterince daralttığı bir gerçek olan bu istisna hükmü, İş Kanunu tasarısının TBMM'ndeki görüşmelerinde de haklı eleştirilere hedef olduğu gibi, inandırıcı hiçbir haklı gerekçeye de dayandırılmamıştır. Kaldı ki, bu kural, İş Kanununun genellik ilkesine ve gerekçesine de aykırı düşmektedir³⁴.

Üç Kişi Kapsamına İşverenin Girip Girmediği Sorunu

1475 sayılı İş Kanunu, yukarıda da belirtildiği üzere, 931 sayılı Kanunda da yer alan söz konusu istisna hükmü "işçi" sözcüğünü "kişi" sözcüğüyle değiştirerek almıştır. Maddede belirtilen sayıya işverenin dahil olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmadığı için doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş, Yargıtay uygulaması da bu konuda bir istikrar yakalayamamıştır.

Doktrinde baskın olan görüşe göre, bu sayıya, yalnızca esnaf işyerinde çalışan işçiler girer; işveren ve çıraklar dahil edilmezler³⁵. Yargıtay bazı kararlarında bu görüşe katılmıştır³⁶. Diğer görüş ise, bu sayıya işverenin de dahil olduğunu belirtmektedir³⁷.

Kanaatimce, 507 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerindeki ifadelerden esnaf tabirine iş sahibinin (işverenin) yanı sıra, yanında çalıştırdığı kimselerin de girdiği anlaşılmaktadır. Bu açıdan sözü edilen sayıya, işyerinde çalışan işveren de diğer çalışan işçiler gibi dahil edilmelidir. Çırakların ise, Çıraklık ve

³³ İzveren, s. 72.

³⁴ İzveren, s. 72.

³⁵ Çenberci, s. 225; Selçuki, s. 151; Elbir, s. 50; Ekonomi, s. 71; İzveren, s. 72; Tunçomağ, s. 81; Esener, s. 115.

³⁶ "(••• Davalılar,) 507 sayılı kanunun 2 nci maddesinin tanımladığı biçimde esnaf niteliğindedirler ve İş Kanununun 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 5 inci bendine göre bunların **çalıştırdığı işçi sayısı** üç kişiyi aşmadığı için yerleri (araçları) İş Kanununun kapsamı dışındadır. Bu bakımdan, mahkemenin kendisini görevli saymamasında bir isabetsizlik yoktur." (Yarg. 10. HD., 10.7.1975, E. 6357, K. 4491 - Çenberci, s. 226).

"Davalı küçük esnaf olup **üçten fazla işçi çalıştırmadığını** savunduğuna göre, işyerinin bulunduğu yer ve işin kapasitesi bakımından kaç kişi ile idare olunabileceğinin, gerekirse bilirkişi düşüncesine de başvurularak 507 sayılı Yasa'nın 2. maddesi çerçevesinde incelenmesi gerekir." (Yarg. 9. HD., 16.12.1980, E. 12281, K. 13410; Yarg. 9.HD., 10.10.1980, E. 9644, K. 10607 - Çenberci, s. 226).

³⁷ Narmanlıoğlu, s. 72; Kutal, s. 363.

Kamu-İş; Cilt: 6 Sayı s 2/2002,

Meslek Eğitimi Kanunu m.11'deki "*Aday çırak ve çırak; öğrenci statüsünde olup, öğrencilik haklarından yararlanır. Bunlar işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilmezler.*" hükmü gereği bu sayıya dahil edilmesi mümkün değildir³⁸.

Her şeyden önce, 1475 sayılı İş Kanunu "üç işçi" deyimini yerine "üç kişi" tabirini kullanmış, böylece, işyerinde çalışan işyeri sahibini (işvereni) de bu sayıya dahil etmiştir. Kaldı ki, esnaf kavramı, ticari sermayesinin yanında bedenen çalışması da gereken kimseyi ifade ettiğine göre, maddedeki "kişi" ifadesi ile esnaf niteliğini taşıyan iş sahibi de kastedilmektedir. Bunun yanı sıra, işçi yararına yorum ilkesi de bu sayıya işverenin dahil edilmesini gerektirir. Bilindiği üzere, İş Hukukunda yoruma ihtiyaç duyulan hallerde "işçi yararına yorum" esastır. Söz konusu hüküm de yoruma ihtiyaç duymayacak kadar açık olmadığına göre, burada işçi yararına yorum yapılmalıdır. Bir işyerinin İş Kanunu kapsamına girmesi işçinin lehine bir durumdur. Bu açıdan, bir işyerinin İş Kanunu kapsamına dahil edilmesini sağlayacak yaklaşım işçinin yararına olacağından, esnaf işyerinde, çalışanlar arasında yer alan işverenin de bu sayıya dahil edilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, belirtilen sayıya işverenin dahil olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmadığına göre, burada işçi yararına yorum gereği işverenin de sayıya dahil edilmesi daha isabetli görünmektedir. Bu açıdan, sadece çalışan işçilerin sayısının üçü aşması değil, **işveren de dahil toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda** o esnaf işyerine İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir.

Belirtelim ki, doktrindeki ve Yargıtay'ın bazı kararlarındaki işverenin sayıya dahil edilmediğini kabul eden görüş, kanundaki "üç kişi" ifadesine rağmen, eski iş kanunu dönemindeki "üç işçi" esasına bağlı kalındığını çağrıştırmaktadır.

Bu durumda, iki şoför çalıştıran işverene ait bir esnaf işyeri İş Kanunu kapsamı dışında kaldığı halde, çalıştırdığı kimselerin sayısının üç tane olması (dolayısıyla toplam çalışan sayısının kendisiyle birlikte dört olması) halinde, işyerinin İş Kanunu kapsamına girmesi gerekecektir. Bu son durumda doktrindeki baskın görüş esas alınır, çalışan işçi sayısı dikkate alınacağı için, sayı üçte kalacak ve o işyeri İş Kanunu kapsamı dışında bir işyeri olacaktır. Örneğin, bir kamyon sahibinin kendisinden başka iki şoför çalıştırması halinde kamyon işyeri İş Kanunu kapsamına girmezken, üç işçi çalıştırması halinde, toplam çalışan sayısı dört olacağı için, kamyon işyeri İş Kanunu kapsamına girecektir. Ancak vurgulamak gerekir ki, "taşıma (otobüs, kamyon) işletmesi", "geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimseler" kapsamını aştığı için, niteliği itibarıyla 507 sayılı kanunun 2. maddesinin tanımına girmediğinden, işveren bir şoför çalıştırsa dahi o işyerine İş Kanunu uygulanır³⁹.

³⁸ Çıraklık hakkında geniş bilgi için bkz. M. Fatih Usan, Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994.

³⁹ Bkz. Esener, s. 115.

Aynı esnafın birden fazla esnaf işletmesi olup da bunların her birinde çalışanların sayısı üçten az fakat toplam olarak üçten fazla ise, bu gibi durumlarda, istisna hükmünün değil, ana kuralın uygulanması, yani bu işyerlerinin İş Kanununun kapsamında görülmesi, daha uygun bir çözüm olarak görünmektedir⁴⁰.

Şu halde, esnaf işletmesinin İş Kanunu kapsamı dışında kalması için, o işyerinde esnaf sayılan kişinin (işverenin) kendisi de dahil olmak üzere en çok üç kişinin çalışması gereklidir. Başka bir anlatımla, bu durumdaki işyerine ve orada çalışanlara İş Kanunu hükümleri değil⁴¹; Borçlar Kanununun (hizmet sözleşmesine ilişkin ve genel) hükümleri uygulanır⁴². Bu açıdan, iş sahibinin esnaf veya sanatkâr kapsamına girmemesi veya esnaf işyeri kabul edilmesine rağmen toplam çalışan sayısının (işveren de dahil) üçten fazla olması durumunda bu işyerine İş Kanunu tatbik edilir; aksi durumda ise yani esnaf işyerinde çalışanların sayısının üç ve daha az olması halinde o işyerine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. İşverenin, işyerinin İş Kanununa tabi olması durumunda İş Kanunundaki; İş Kanununa tabi olmaması durumunda ise Borçlar Kanunundaki mükellefiyetlerle yükümlü tutulduğunu belirtmeye bile gerek yoktur⁴³.

Şu hususu da belirtmek gerekir ki, bu istisna hükmün uygulanmasında sayı koşulu yanında, esnafın gelirin de dikkat edilebilirse, bu istisnanın kötüye kullanılmasının, bir dereceye kadar önüne geçebilme olanağı vardır.

3. a. Somut olayda, öncelikle taksi işyerinin 507 sayılı Kanunun ikinci maddesi kapsamına girip girmediği belirlenmelidir.

Yerel mahkeme davalının geçimini otomobilcilik ve şoförlükle temin ettiği esnaf statüsünde olduğunu tespit etmiştir. Gerçekten de, olayda, taksi sahibi işveren geçimini sınırlı olarak taksicilikle sağladığı için esnaftır. Bilindiği üzere Kanun, bedenen çalışma şartının yanında, "*geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimseler*" in de esnaf sayıldığını belirtmiştir. Davalı işverenin de bu niteliğe sahip olduğu açıktır. Kaldı ki, bunun tespitinde herhangi bir uyuşmazlık da çıkmış değildir.

⁴⁰ Narmanlıoğlu, s. 73.

⁴¹ "...3 75 sayılı Kanunun 5. maddesinin 5. bendinde; 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanununun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde bu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir... 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanununun 2. maddesinde belirlenen kişilerden olduğu, sadece iki işçi çalıştırdığı ve Küçük Sanatkar Derneğine kayıtlı bulunduğu anlaşılan sanığa ait davaya konu işyerinin, 1475 sayılı İş Kanununa tabi olmadığı gözetilmeden... mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı..."dır (Yarg. 9. CD., 23.10.1985, E.4392, K.4570 - İBBB, Yargıtay Kararları cd'si).

⁴² Tunçomağ, s. 81; Tuncay, s. 408-409.

⁴³ Tuncay, s. 409, dn. 30.

Önemle belirtmek gerekir ki, Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu'nun 2. maddesinin kapsamında sayılabilmek için, işin, ticari sermaye ile birlikte bizzat kişinin kendi vücut çalışmasına dayanması şart olduğu gibi, gelirin o yer gelenek ve teamülüne göre tacir niteliği kazanmasını gerektirmeyecek miktarda sınırlı olması yani, o yer gelenek ve teamülüne göre kazancının ancak geçimini sağlayabilecek miktarla sınırlı bulunması da gerekir. Şayet bu faaliyet, o yer gelenek ve teamülüne göre kişiye tacir niteliğini kazandırıyor, yani kişinin kazancı ancak geçimini sağlayabilecek miktarla sınırlı olmayıp daha fazla ise, esnaf faaliyetinin sınırı aşılmış olduğundan esnaf faaliyetinden söz edilemez⁴⁴.

b. Somut olayda, esnaf niteliğinde olan taksi işyerinde çalışan kişi sayısına işverenin dahil edilip edilmemesi, sınırın teşkil eden üç sayısının aşılp aşılmaması ve dolayısıyla o işyerine İş Kanununun uygulanıp uygulanmaması açısından son derece önem taşımaktadır.

Yerel mahkemenin kararının bozulmasına neden olan husus, taksi işyerinde çalışan **kişi sayısını** doğru tespit edememesidir. Mahkeme davalının esnaf statüsünde olduğunu tespit ettikten sonra, bu işyerine İş Kanununun uygulanabilmesi için ikinci şart olarak aranan, o işyerinde üçten çok kişinin çalışması gerektiğini dikkate almış ve taksi işyerinde üç kişiden başka çalışan olmadığını belirlemiştir. Mahkemenin üç kişi kapsamına işvereni alıp almadığı karardan açık bir şekilde anlaşılammaktadır. Muhtemelen mahkeme, çalışan kişi kapsamına işvereni dahil etmiş ancak işyerinde çalışan işçilerin sayısını eksik belirlemiştir. Ancak, mahkemenin sayıya işvereni dahil etmeyip, üç işçinin çalışmasını dikkate almış olması da ihtimal dahilindedir.

Yargıtay ise, dosyadaki bilgi, belgelere ve özellikle araç tanıtım kartına göre davalı işverene ait taksi işyerinde **davacı işçi dışında iki işçinin de** şoför olarak çalıştığını belirlemiş, bu durumda ticari taksi işyerinde davalı işveren dışında üç kişinin daha çalıştığının tespit edilmesi nedeniyle, o işyerine İş Kanununun uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Bilindiği üzere, bir esnaf işyerinde en fazla üç kişi çalışıyorsa, İş Kanununun 5/1,5 maddesi uyarınca bu işyerine İş Kanunu hükümleri

⁴⁴ "İşyerinin 507 sayılı yasa kapsamında olmadığı belirlenmişse, işçilik alacaklarının iş yasası hükümlerine göre karara bağlanması gerekir. Davacı, davalıya ait ve İstanbul'da Bayrampaşa-Vezneciler hattında çalıştırılan minibüsün şoförlüğünü yapmıştır. Davalının 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu'nun 2.maddesinin kapsamında sayılabilmesi için o işin ticari sermayesi ile birlikte bizzat kendi vücut çalışmasına dayanması ve kazancının ancak geçimini sağlayabilecek miktarda sınırlı olabilmesi gerekir. Oysa, sözü edilen işin bu nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Böyle olunca davalının 507 sayılı Kanunun 2. maddesi kapsamında olduğu düşünülemez. O halde, davacının 1475 sayı Kanun anlamında işçi sayılarak davaya bakılıp istekleri hakkında bir karar verilmek icabeder. (Yarg. 9. HD., 25.01.1988, E.11413, K.414 - İBBB, Yargıtay Kararları cd'si).

uygulanmaz; Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Eğer esnaf işyerinde işveren dahil üçten fazla çalışan varsa o işyeri İş Kanunu kapsamına girer.

Yargıtay'ın kararı bozma gerekçesi, ilk derece mahkemesinin davalı işverene ait taksi işyerindeki çalışan kişi sayısını doğru **tespit edememesi** nedeniyle yanlış bir sonuca ulaşmasıdır. Başka bir anlatımla, ilk derece mahkemesi, işveren dahil toplam dört kişinin çalıştığını dikkate almadığı için, o işyerine İş Kanununun uygulanmaması gerektiği yönünde isabetsiz bir karar vermiştir. Yargıtay ise, taksi işyerine, çalışan kişi sayısının (işveren dahil) üçten fazla olması nedeniyle, İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirterek, davanın esasına girilmesi gerekirken girilmemesini, başka bir deyişle görevsizlik kararı verilmesini hatalı bulmuştur.

Üç kişiden fazla çalışanı olan esnaf işyerine İş Kanununun uygulanması, üç kişi kapsamına işverenin dahil edilip edilmemesini son derece önemli kılmaktadır. Eğer, işveren dahil dört kişi çalışıyorsa o esnaf işyerine İş Kanunu tatbik edilir. Başka bir anlatımla, bir esnaf işyerinin İş Kanunu kapsamına girmesi için işveren sayıya dahil edilirse üç işçinin o işyerinde çalışması yeterli iken; işveren sayıya dahil edilmezse dört işçinin o işyerinde çalışması gerekir ki, bu da orada çalışan işçilerin aleyhine olan bir durumdur. Tekrar belirtmeye gerek bile yoktur ki, işveren dahil en fazla üç kişinin çalıştığı esnaf işyerine ise İş Kanunu değil Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

Yargıtay'ın kararında, işveren ve üç işçinin çalıştığı taksi işyerine İş Kanununun uygulanması gerektiği belirtilmekte, bu sayının kapsamına işveren de alınmaktadır. Yargıtay'ın önceki bazı kararlarında işvereni bu sayıya dahil etmediği görülmekte⁴⁵; doktrindeki ağırlıklı görüş⁴⁶ de aynı kanaati paylaşmaktadır. Somut olay açısından, bu görüş dikkate alınırsa işveren üç kişi içine dahil edilmeyecek, bu takdirde çalışan sayısı üç kişide kaldığı için İş Kanunu o işyerine uygulanamayacak; sonuçta da yerel mahkemenin verdiği görevsizlik kararı hatalı görülemeyecek; Yargıtay'ın kararı da isabetsiz olacaktır.

Kanaatimce, Yargıtay'ın esnaf işyerinde çalışan kişi sayısına işvereni de dahil ettiği ve önceki bazı kararlarına muhalif olan bu kararı isabetlidir. Zira her şeyden önce, İş Kanununun 5. maddesinin 5. bendinde "üç kişi"den söz edilmekte; dolayısıyla sayıya, hem çalışan işçiler hem de çalışan işveren dahil edilmektedir. Sonra, esnaf tabiri, bedeni çalışması da gerekli olan kişiyi ifade ettiğinden, söz konusu sayıya bedeni çalışması olan işveren de dahil edilmelidir.

⁴⁵ Yarg. 10. HD., 10.7.1975, E. 6357, K. 4491; Yarg. 9. HD., 16.12.1980, E. 12281, K. 13410; Yarg. 9.HD., 10.10.1980, E. 9644, K. 10607 -Çenberci, s. 226.

⁴⁶ Çenberci, s. 225; Selçuki, s. 151; Elbir, s. 50; Ekonomi, s. 71; İzveren, s. 72; Tunçomağ, s. 81; Esener, s. 115.

Kamu-İş; Cilt: 6 Sayı s 2/2081

Nihayet, bu konuda hükmün açık olmadığı, yoruma ihtiyacı bulunduğu düşünülürse, yapılacak yorum işçi lehine olacaktır, bu da sayıya işverenin dahil edilmesi şeklinde ortaya çıkacaktır. Çünkü işveren sayıya dahil edilirse, üç işçinin çalıştığı esnaf işyerine İş Kanunu uygulanır; ama işveren sayıya dahil edilmezse üç işçinin çalıştığı esnaf işyerine İş Kanunu uygulanamaz.

III. SONUÇ

İş Kanununun uygulanmayacağı işyerlerinden biri olan, en çok üç kişinin çalıştığı esnaf işyerinin niteliği tespit edilirken, sözü edilen üç kişi kapsamına işverenin de dahil edilmesi gerekir. Doktrindeki baskın görüş ise, bu sayıya işverenin dahil edilmemesi sadece çalışan işçi sayısının dikkate alınması yönündedir. Yargıtay'ın, önceki bazı kararlarına aykırı olarak, çalışan kişi sayısına işvereni de dahil ettiği ve dolayısıyla o işyerinin İş Kanunu kapsamında olduğunu belirttiği, işin esasına girilmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesini hatalı bulduğu bu kararına katılıyorum, isabetli buluyorum.