

Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları

1. GENEL OLARAK:

Hizmet (iş) sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi kurduğu ve bir şekilde sona erene dek taraflarını bağlayıp kısım kısım ifa edileceği bilinir. Fakat karşılaştığı çeşitli olgular sonucu, kimi zaman kendiliğinden bazen ise taraflarından birisinin yahut her ikisinin ortak irade açıklamasıyla sona erdirildiği görülür. İşte iş sözleşmesini sona erdirebilecek olgulardan birisi de “ölümü”dür.¹ Ancak hukukumuzda iş sözleşmesiyle çalışmayı düzenleyen (İŞK., BasışK., DenişK. ve 818 sayılı BK. olmak üzere) dört ayrı yasa bulunmasına rağmen hizmet sözleşmesinin taraflarından birinin ölümüyle sona ermesi (ve işverenin ölümüyle de sona erebileceği) sadece 818 sayılı BK.’da düzenlenmiştir (BK.347). Diğer iş yasalarında ise sadece, işçinin ölümüyle sona ermenin doğurabileceği kimi sonuçlar, özellikle de kıdem tazminatıyla ilgili tek tük hükümlerin bulunduğu (1475 sy. İŞK. 14, BasışK. 18, DenişK. 20/XV) söylenebilir.²

Ölümün ne olup nasıl gerçekleşeceğine dair açık hüküm de içermeyen 818 sayılı BK. ve diğer yasalar böylece uygulanmaya devam ederken, 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kabul ve onay görenek Resmi Gazete’de yayınlanmış (RG.04.02.2011) ve 01.07.2012’den itibaren yürürlüğe gireceği öngörülmüştür (TBK. 648). Bu yeni TBK. hizmet sözleşmesiyle ilgili hükümlerinde (TBK. 393-469) bir çoğu İsviçre Borçlar Kanunu’ndan (OR.,İBK) tercüme yoluyla aynen alınan yeni kimi düzenlemelere yer vermiştir. Bunlardan birisi de tarafımızdan olmak üzere³ bazılarına dair incelemeler de yayınlanmıştır⁴.

İşte 6098 sayılı TBK.’nın “genel hizmet sözleşmesi” içinde yer verdiği yepyeni düzenlemelerden ikisi hizmet sözleşmesi devam ederken “işçinin ölümü ve sonuçları” ile “işverenin ölümü ve sonuçları”na dair hükümlerdir (TBK. 440, 441). Biz de bu çalışmada bu konuyu incelemeye ve sunmaya çalışacağız. Fakat 6098 sayılı TBK.’nın henüz yürürlüğe girmediğini düşünerek, incelemenin “mevcut durum” (veya

6098 sayılı TBK.'dan öncesi) ve "6098 sayılı TBK.'dan itibaren" olmak üzere, ikiye ayrılarak yapılmasının uygun olacağını düşünüyoruz.

II. 6098 SAYILI TBK.'DAN ÖNCESİ/MEVCUT DURUM:

Hizmet sözleşmesi taraflarından birinin ölümü ve doğurabileceği sonuçlar hakkında 6098 sayılı TBK. öncesi (ve şu anki) durum şöyledir.

1. İş sözleşmesinde işçinin kişiliği önemli olduğundan, iş görme ediminin de bizzat işçi tarafından yerine getirilmesi gereklidir. İşte bu yüzden ki, işçinin ölümü halinde hizmet sözleşmesi kendiliğinden son bulur (BK. 347/1). İşçinin yerine mirasçılarının geçmesi ve sözleşmenin mirasçılarla devam etmesi mümkün değildir. Artık ölüm sonrası için ücret ödemesi yaşanmayacağı gibi⁵. İşveren onun mirasçılarının çalışmalarını talep edemeyeceği gibi mirasçılar da sözleşmenin kendileriyle devamını isteyemezler. Hatta bu husus sözleşmeyle kararlaştırılsa bile geçerlilik taşımaz. Mirasçılarla yapılan yeni ve ölen işçininkinden bağımsız bir hizmet sözleşmesi olarak kabul görülür⁶. Aksi durumda mirasçılar için zorunlu bir çalışmadan söz etmek gerekirdi⁷. Sözleşmeye son vermek bakımından ölüm gerçek bir ölüm olabileceği gibi, ölüm karinesi veya gaiplik kararıyla ölmüş sayılma hallerinde de sözleşmenin ölümle ve kendiliğinden sona erdiği kabul edilir⁸. İsviçre ve Türk hukukunda işçinin ölümüyle iş sözleşmesinin sona ereceği zaten açıkça yasada düzenlenmiştir ama Türk hukukunda bu sona ermenin sonucunda işçinin mirasçılara veya geride kalan birilerine herhangi bir tazminat ödeneceği hususu gerek BK. ve gerekse de 4857 sayılı İşK. ve DenişK.'da yer bulmamıştır ama BasışK.'da ölüm tazminatı adıyla bir hüküm (BasışK. 18) mevcuttur ve buna aşağıda ayrıca değinilecektir. Alman hukukunda ise işçinin ölümüyle iş sözleşmesinin sona ereceği açıkça düzenlenmiş değildir ama BGB.613'deki işi bizzat ifa borcundan böyle bir sonuç çıkarılmaktadır⁹.

2. Buna karşın, işverenin ölümü, Türk ve İsviçre hukukunda ilke olarak iş sözleşmesine son vermez. Çünkü, hizmet sözleşmesinde işverenin kişiliği önemli değildir. O ölüncə sözleşme onun mirasçılarıyla işçi arasında devam eder.

Şu halde işverenin ölümü kural olarak sözleşmeyi sona erdirmez, sadece işveren değişikliğine yol açar. Fakat iş sözleşmesi yapılırken, işverenin kişiliği dikkate alınmışsa yani işverenin kim olduğu taraflarca öneme sahipse, bu durumda işverenin ölümü de sözleşmeye son verir (BK. 347/2-3). Demek ki işverenin ölümü, sadece istisnaen iş sözleşmesini sona erdirir. Tüm bu olgular İsviçre ve Türk hukukunda bizzat yasada düzenlenmiş hususlardır. Ancak İsviçre hukukunda aşağıda değinilecek özel düzenleme bulunmasına rağmen, Türk hukukunda işverenin ölümü halinde sözleşmesi böylece sona eren işçiye işverenin konumunu elde eden mirasçılarca herhangi bir ödeme yapılacağına dair bir hükme hiçbir iş yasasında ve BK.'da yer verilmemiştir. Alman hukukunda ise, işverenin ölümüyle iş sözleşmesinin sona ermesi veya mirasçılara geçeceği yönünde bir hükme açıkça yer verilmemişse de, BGB.613/2 hükmünün, sözleşmenin onun mirasçılara geçmesini dışlamadığı söylenmektedir¹⁰. Keza işverenin kişiliğinin göz önüne alındığı (önemli olduğu) sözleşmelerde mirasçıya geçmek yerine sözleşmenin son bulacağı, ama işverenin kişiliğinin önemli görünmediği hallerdeyse sözleşmenin onun mirasçılara geçeceği yönünde fikirler ileri sürülmektedir¹¹. Fakat ilişkinin işverenin ölümüyle son bulunduğu hallerde de işçiye bu yüzden herhangi bir ödeme yapılacağına dair yasal bir düzenleme mevcut değildir. Öğretide ise, böylesi hallerde iş sözleşmesinin işverenin ölümüne kadar belirli süreli bir sözleşme mi sayılacağı, yoksa mirasçılarca sona erdirilebilir bir konumda mı görüleceği sözleşmenin yorumu sorunu olarak görülmektedir¹².

III. 6098 SAYILI TBK.'DAN İTİBAREN:

6098 sayılı TBK. hükümleri incelendiğinde görülmektedir ki; hizmet sözleşmesi ister belirli süreli isterse de belirsiz süreli olsun, onu kendiliğinden sona erdiren bir hal, ölüm (taraflarının ölümü) durumudur. Yalnız, hizmet sözleşmesinin ölüm nedeniyle son bulması durumu ve sonuçları ölen tarafın kim (işçi mi, işveren

mi) olduğuna bakılarak ele alınmak gerekir. Buna göre;

1- İşçinin Ölümü ve Ölüm Ödemesi:

Mevcut bir iş ilişkisi devam ederken bazen işçinin ölümüyle karşılaşılabilir ve bunun bazı sonuçları olur. Bunlar, iş sözleşmesinin sona ermesi ve işçinin kimi hak sahiplerine bir ödeme yapılmasıdır. Bunları şöylece sunabiliriz.

A. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi:

İşçinin ölümü halinde hizmet sözleşmesi hiç tereddütsüz, kesinlikle ve kendiliğinden sona erer (TBK. 440/c.1). Bu sonuç, işçinin iş görme borcunu bizzat yerine getirmesi gereğinden (kişisel nitelik taşımasından) ve iş ilişkisinde onun kişiliğinin önem taşımasından kaynaklanır. Bunun aksine sözleşme yapılarak işçinin ölümü halinde iş ilişkisinin onun oğlu veya kızı (mirasçısı) ile devam edeceği kararlaştırılmış olsa bile, iş ilişkisi mirasçıya geçmez. Onu öngören sözleşme hukuken geçersiz olur. Buna rağmen işe alınıp çalıştırılırlarsa, işverenle aralarında işçiden kalan değil, sıfırdan başlayan bir iş ilişkisinin varlığı benimsenir¹³. Aksi durumda mirasçılar için zorunlu bir çalışmadan söz etmek gerekirdi¹⁴. Sözleşmeye son vermek bakımından ölümün gerçek bir ölüm olması ile (gaiplik kararı ve ölüm karinelerindeki şekliyle) “ölmüş sayılma” arasında fark yoktur. Sadece, sonradan işçi çıkagelirse, karine hükmünü yitirir ve sözleşme ölümle sona ermemiş sayılır. Sonrasında ise, işverenin haklı nedenle sözleşmeyi feshi gündeme gelebilir.

B. İşçinin Kimi Hak Sahiplerine Tazminat Ödenmesi:

Borçlar Kanunu sistemimizde ilk defa getirilen hükme göre; Hizmet sözleşmesi işçinin ölümüyle sona erince, işverenin işçinin geride kalanlarına belli ölçekte bir ödeme yapması da gerekir. Gerçekten yasaya göre; sözleşme işçinin ölümüyle sona erince, işverenin; işçinin “sağ kalan eşine” ve “ergin olmayan çocuklarına” veya bunlar yoksa da “bakmakla yükümlü olduğu kişilere”, ölüm gününden başlayarak, (hizmet ilişkisi 5 yıla dek sürmüştü) “bir aylık”, ama 5 yıldan fazla bir süre devam etmişse de

“iki aylık” ücret tutarında bir ödeme yapması gerekir (TBK. 440). Gerçekten de yasada, sözleşme işçinin ölümüyle sona erdiğinde, işverenin işçinin sağ kalan eşi ile ergin olmayan çocuklarına veya bunlar yoksa da bakmakla yükümlü olduğu kişilere bir miktar ödeme yapması öngörülmüştür. Aynı yönde hüküm içeren İsviçre hukukunda bunun, işverenin işçiyi gözetme borcu bağlamında orijinal ve doğrudan işverene yöneltilecek bir talep olduğu ve böylece sözleşme sonrasına etkili bir işçiyi gözetme borcunun varlığından söz edilmektedir¹⁵. Bizde de anılan ödemenin temelinde işverenin işçiyi gözetme borcunun sözleşme sonrasına etkisinin bulunduğu söylenebilir. Ancak bu ödeme ile ilgili olarak biraz detaylı açılımda bulunmak ve bazı hususlara dikkat çekmek uygun düşer. Buna göre;

a-) Her şeyden evvel, bu ödemeye hak kazanabilmek için, hizmet sözleşmesiyle çalışması devam eden bir işçinin sözleşmesi devam ederken ölmesi gerekir. Bilindiği üzere ölüm, her canlı (insan/gerçek kişi) bakımından kaçınılmaz bir mukadderattır. Ölümün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı hususu, şüphesiz, tıp biliminin işidir ve bizde de Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun buna işaret etmekte ve ölümün nasıl gerçekleşeceğini kendisi belirlemeyip, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle belirleneceğini öngörmektedir (ODNK.11). Fakat bugün için, kişinin solunum sisteminin durması (biyolojik ölüm) ve beyin hücrelerinin işlevini yitirmesi (beyinsel ölüm) olgularının birlikte gerçekleşmesi dışında, ölümün ne zaman gerçekleşeceği konusu tartışmalıdır. Gerçekten bu konuda savunulan nispeten eski bir anlayış, biyolojik ölüm veya fizyolojik ölüm diye anılır ve kişinin kalp atışlarının ve solunum sisteminin durmasını ölüm olarak kabul eder ama yapay solunumla kalbin ve solunum sisteminin çalıştırılması karşısında yeter cevap veremez. Buna karşın, beyin ölümü diye anılan ve ölümün kişinin beyin hücrelerinin fonksiyonunu yitirmesi halinde ve anında gerçekleşeceğini benimseyen eğilim, İsviçre’de olduğu gibi kimi kanun koyucuların da tercih ettiği bir sistemdir. Hatta bizde de yasada değil ama organ ve doku nak-

li hizmetleri yönetmeliği beyin ölümünü kabul etmiştir (md. Ek.1). Fakat bu eğilimde de beyin hücreleri fonksiyonunu yitirmesine rağmen yapay olarak yaşatılan hamile bir kadının çocuğunu dünyaya getirmesini izahta zorlukla karşılanmaktadır. Bilindiği üzere bu olay İstanbul'da yaşanmış ve basına konu olmuştur¹⁶. Dolayısıyla ölümün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı halen tartışmalı bulunmaktadır¹⁷.

b-) İşçinin ölümü gerçekleşince, işverenin sözleşme işçinin ölümüyle sona erecek ve işverenin, işçinin sağ kalan eşi ile ergin olmayan çocuklarına veya bunlar yoksa da bakmakla yükümlü olduğu kişilere bir miktar ödeme yapması gerekecektir (TBK. 440). Gerçekten yasaya göre; sözleşme işçinin ölümüyle sona erince, işverenin; işçinin “sağ kalan eşine” ve “ergin olmayan çocuklarına” veya bunlar yoksa da “bakmakla yükümlü olduğu kişilere”, ölüm gününden başlayarak, (hizmet ilişkisi 5 yıla dek sürmüştü) “bir aylık”, ama 5 yıldan fazla bir süre devam etmişse de “iki aylık” ücret tutarında bir ödeme yapması gerekir (TBK. 440). Bundan da anlaşıldığı üzere, bu ödemeye hak kazanmak bakımından ölen işçinin ne iş ilişkisinin ne kadar sürdüğü yani işçinin kıdemi önemli değildir. Hakikaten anılan ödemenin bir aylık ücretten oluşması için, işçinin iş ilişkisinin devam süresinin önemli olmadığı, işçi işe alındığı gün ölmüş olsa bile bu ödemenin yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Fakat iki aylık ücretten oluşan ödemeye hak kazanılabilmesinin, işçinin hizmet ilişkisinin 5 (beş) yıldan çok sürmesi şarttır. O halde iş ilişkisinin ne kadar devam ettiği, genel olarak bu ödemeye hak kazanabilmek bakımından değil, sadece iki aylık ödemeye hak kazanabilmek bakımından önem ve anlam taşıyacaktır¹⁸. İstenirse, sözleşmelerle, işçinin kıdemi ne olursa olsun, iki aylık ödemeye hak kazanılacağı kararlaştırılabilir ama iş ilişkisinin beş yıldan uzun sürdüğü hallerde iki aylık ödemeden daha az ödeme yapılacağı veya iş ilişkisi ne kadar sürerse sürsün hiç ödeme yapılmayacağı kararlaştırılamaz, aksine tutum geçersizlikle karşılaşır.

c-) Bu ödemede işçinin hangi andaki aylık ücretinin baz alınacağı sessiz geçilmiştir ama işçinin ölümünün (sözleşmenin son bulduğu)

andaki en son aylık ücretine göre, somut olaydaki sözleşmenin devam süresine göre onun bire bir veya iki katı olarak hesaplanıp ödenmek gerektiğini düşünüyoruz.

d-) Tazminatın miktarı götürü olarak belirlenmiş olup, ilgili işçinin hizmet ilişkisinin devam süresine bağlı olarak duruma göre, onun 1 veya 2 aylık ücretinden oluşur. Kanımca bu ödemenin tutarı sözleşme ile azaltılamaz ama artırılabilir. Zira, sanki mutlak emredici gibi gözüken sözlerine rağmen, bu hükmün nispi emredici (ancak işçi lehine aşılabilir nitelikte) olduğunu düşünüyoruz.

e-) Lakin bunun çıplak mı yoksa giydirilmiş ücretten mi hesaplanacağı belli değildir. Aylık ücreti, o aya ait tüm ödemeler bütünü (giydirilmiş ücret) olarak değerlendirmek mümkün olabilir mi? Evet denirse, İŞK.'da ki şu/bu kadar aylık ücret diyen ifadelerdeki tazminatları giydirilmiş ücretten hesaplamadığımıza ne cevap verebiliriz? Bu yüzden, burada çıplak ücretin öngörüldüğü/baz alınacağı söylenebilir.

f-) İşçinin ölümü vesilesiyle gündeme gelen bu ödeme bakımından ölümle son bulan hizmet sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli, tam yahut kısmi süreli bulunmasının bir farklılığa yol açmayacağını da belirtmeliyiz.

g-) İşçinin ölümü vesilesiyle gündeme gelen bu ödemenin kime/kimlere yapılacağına yasa geçişli bir sıra öngörmüştür. Şöyle ki;

aa) Bir kere ilk sırada (varsa) işçinin sağ kalan eşi ile (yine varsa) ergin olmayan çocukları vardır. Bunlar veya bunlardan birisi varsa, ödeme sadece bunlara yapılır, aşağıda değinilecek ikinci sıradakilere (işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere) ödeme yapılmaz. Buna aykırı olarak işçi ile işveren arasındaki anlaşma da geçersiz olur kanısındayız.

bb) İşçinin sağ kalan eşi deyiminden, ölümün gerçekleştiği anda işçinin hukuken eşi olan, ölüm anında aralarında evlilik bulunan kişi anlaşılır. Yoksa daha önce evli olup sonradan boşandığı eşi, bu anlamda değerlendirilemez¹⁹. Ancak ölüm sırasında eşi olan kişinin ölümden bir süre sonra başkasıyla evlenmiş olması, bu ödemeyi talep etmesine engel değildir. Zira, bizce önemli olanı, ölümle sözleşmenin son bulduğu anda işçinin hukuken eşi olmaktır. O halde, ölümden evvel boşandığı

eski eşinin ve sadece dini nikahla veya dini nikahı da olmadan işçiyle fiilen birlikte yaşayan kişilerin “işçinin sağ kalan eşi” niteliğinin bulunmadığı söylenebilecektir. Eşin fiil ehliyeti olup olmaması ve varlıklı veya yoksul bulunması arasında fark yoktur. Onun ekonomik durumuyla ilgilenmeden bu ödentiyeye hak kazanır.

cc) İşçinin çocuklarına gelince; işçinin ölümlü halinde, bu ödentide sağ kalan eşle birlikte hak sahibi olan çocuklar, işçinin tüm çocukları değildir sadece ergin olmayan çocuklarıdır. Ergin olanlara, ekonomik, sosyal ve bedensel-ruhsal sağlık durumları ne olursa olsun, bu ödeme yapılmaz. Yasanın anlatımından bunu çıkarabiliriz. Üstelik ergin olan çocuğun tam ehliyetli olup olmaması da bunu değiştirmektedir. Bunun isabeti, bilhassa, ergin çocuğun tam ehliyetsiz (veya sınırlı ehliyetsiz) olduğu hallerde tartışılır gözükmektedir.

Buna karşın ergin olmak bakımından sadece yaş ile değil, diğer yollarla ergin olmanın da aynı şekilde işlem göreceği belirtilmelidir. Zira TBK., MK'nın devamı niteliğindedir (TBK. 646) ve bu yüzden de erginlik konusunda MK'nın kabul ettiği sistemin aynen geçerli olduğunu söylemek uygun düşer. Fakat, ölen işçinin ergin olan çocuklarını, hiçbir ayırım yapmadan bu ödemedden dışlayan yasal düzenlemenin, özellikle de ergin çocuğun özürlü ve çalışamaz konumu veya ekonomik durumunun kötülüğü hallerinde tatminkar gözükmediği söylenmelidir. Üstelik bu durum, anılan ödemenin işverenin işçiyi gözetme borcunun sözleşme sonrasına etkisi temeline dayandığı gerçeğini de sıkıntıya sokar. Ergin olmayan çocuğa ödeme yapılır ama ergin olmayanın yani küçüğün bu ödemedden yararlanması bakımından ayırt etme gücünün bulunup bulunmayışı farksızdır. Keza ergin olmayan çocuğun ekonomik bakımdan varlıklı ya da yoksul bulunması da farklılığa yol açmaz kanısındayız

Yine ergin olmayan çocuğun, sağ kalan eşten veya başkasından, evlilik içi veya dışı oluşu da farksızdır. Ergin olmayan evlatlığın da işçinin çocuğu sayılarak ödemedden pay alıp alamayacağı akla takılabilirse de, MK sistemiyle de uyumlu olacak şekilde, pay alabileceği akla gelebilecektir.

dd) İşçinin Bakmakla Yükümlü Olduğu Kişiler; Ölen işçinin sağ kalan eşi ve ergin olmayan çocukları bulunmuyorsa, bu tazminatın onun bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödenmesi gerekir. Yasa bunu açıkça belirtmektedir (TBK. 440/2) ama ölen işçinin bakmakla yükümlü olduğu kimselerin kimler olacağına dair bir açıklık taşımamaktadır. İsviçre hukukunda da bu bakım yükümünün sadece kanunen mi doğacağı, yoksa onun yanında sözleşmesel ve hatta ahlaki bir borç olarak doğmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Yasa taslağında bunun “kanuni bakım yükümü” yani kanundan doğan bir bakım yükümü olması önerilmiş ama bu ifade yasaya alınmamıştır. Bundan dolayı da sözleşmesel veya ahlaki bakım borcunun da bu kapsamda değerlendirilmesi yolu açılmıştır. Ahlaki bakım yükümü, toplumun değer yargılarına göre saptanmakta ve örneğin, ölen işçinin evli olmadan birlikte yaşadığı kişi ve çocuğu, eski ve ayrıldığı eşi, kayınvalidesi, kayınpederi, uzun zamandır evde çalıştırdığı elemanı bu anlamda düşünülmektedir. Buna göre de, bakmakla yükümlü sayılmayanlar; hukuki ve ahlaki bir yüküm olmadan, sadece fiilen kendisine bakılan kişiler olmaktadır²⁰.

Bundan sonra bizdeki duruma gelindiğinde; bizde de yasanın bir açıklık içermeyişi karşısında, bakım yükümünün kanundan doğabileceği ve neticede doğduğu hallerde, ödemenin ona yapılacağını tartışmasız olarak söyleyebiliriz. Gerçekten bu noktada nafaka yükümlülüğünü düzenleyen MK.364 hükmünden yararlanılabilir. Çünkü; yasa burada; herkesin “yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ile altsoyu ve kardeşlerine nafaka vermekle yükümlü olduğu”ndan söz etmektedir (MK.364/1). Hal böyle olunca, bunun içine ölen işçinin annesi-babası ve kendi çocukları ile torunu, hatta kardeşleri de girecektir. Keza dedesi ve anneannesi, büyükbabası da girer, halen yaşıyorsa bunların ebeveynleri de girer. Fakat amca, dayı, hala, teyze, baldız, bacanak ve bunların çocukları ile kuzen vs girmez. Eşinin annesi-babası, başkasından olan çocuğu ve kardeşleri de bu kapsama girmez kanısındayız. Bu noktada 5510 sayılı SSGSSK. bağlamında, ölen sigortalının hak sahipleri de (SSGSSK.3/7)

işçinin bakmakla yükümlü olduğu kimseleri belirlerken, yol gösterici olarak dikkate alınmalıdır denilebilir.

Neticede böylece kapsamını çizdiğimiz kimselere (işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere), işçinin sağlığında gerçekten ve fiilen bakıp bakmadığı, anılan tazminat bakımından önem taşımaz. Zira yasada, işçinin ölmeden baktığı veya bakıyor bulunduğu kişilerden değil, bakmakla yükümlü olduğu kişilerden söz edilmiştir.

ee) Ödemede sıralamaya gelince; ergin olmayan çocuk veya sağ kalan eş tek ise; ödeme sadece ona yapılır. Fakat hem eş sağsa ve hem de ergin olmayan çocuk (veya çocukları) varsa; bunların arasında ödemenin eşit şekilde dağılımı gerekir²¹. Zira yasada aksine bir hüküm yoktur. MK' un mirasa ilişkin pay kuralı burada uygulanmamalıdır. Tıpkı, ergin çocuklar mirasçı olduğu halde bu ödemeden dışlandıkları gibi. Ölen işçinin sağ kalan eşi ve ergin olmayan çocuğu bulunmuyorsa, bu kez ödemenin bunlara yapılması gerekmektedir. Bu düzenlemeye kaynak olan İsviçre'de ise, durum biraz farklı olup, yasa en üstte önceliği sağ kalan eşe vermiştir, ergin olmayan çocuklara ise (onunla birlikte ve aynı derecede değil) ancak o yoksa yani ondan sonra (ikinci sırada) hak tanımıştır²². Gerçekten, kaynak kanun hak sahibi olacakları ölen işçinin "eşi" veya "ergin olmayan çocukları" yahut "bu mirasçılar yoksa, kendilerine bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler" biçiminde saymıştır. Ancak örneğin eşin bulunmadığı hallerde ergin olmayan çocuk sayısı veya o da yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişi sayısı birden çoksa, tazminatın bunlar arasında kişi başına/sayısına göre bölüştürülmesi önerilmektedir²³.

h-) Türk hukuk sisteminde bu ödemeye ne ad verileceği belli değildir ama miktarı yasa-götürü biçimde saptanan ve zarar koşuluna bağlı olmayan bir ölüm tazminatı veya ölüm ödemesi denilebilir fakat kıdem tazminatı veya kıdem tazminatına benzer bir ödeme²⁴ diye anmak, isabetli olmaz. Çünkü kıdem tazminatı için en az bir yıllık kıdeme ihtiyaç duyulurken, burada düzenlenen tazminat, işçinin kıdemi (iş ilişkisinin devam ettiği süre) 1 gün bile olsa

ödenir. Gerçekten de ölen işçinin kıdemi ne olursa olsun bu tazminat ödenir. Kıdem (iş ilişkisinin devam ettiği süre) bu ödemenin yapılıp yapılmamasında değil, sadece tazminatın miktarında rol oynar. Öyle ki, eğer işçinin kıdemi 5 yıldan az ise (isterse işe alındıktan birkaç saat sonra ölsün), işçinin hak sahiplerine onun bir aylık ücreti tutarında tazminat ödenir.

C. Bu Ödemenin Diğer İş Yasaları Kapsamında Uygulanıp Uygulanamayacağı:

Belirtilsin ki işçinin ölümüyle sözleşmenin sona ermesi halinde onun geride kalanlarına bir miktar ödeme öngören bu hükmün diğer iş yasaları karşısındaki durumu da önemlidir. Gerçekten de İşK. ve DenişK. böyle bir kural içermez ama işçinin ölümüyle sözleşme sona erince, onun kanuni mirasçılarına (diğer koşulları da varsa) kıdem tazminatı ödeneceği öngörülmüştür (1475 sy. İşK. 14/I, DenişK. 20/15).

BasışK.'da ise, aşağıda sunulacağı üzere, biraz benzer içerikte ve fakat miktarı ve ödeneceği kişi çevresi biraz değişik ve hukuki niteliği tartışmalı bir ödemeye hem de ölüm tazminatı adıyla yer verilmiştir (BasışK.18). Dolayısıyla ayrıntısı aşağıda sunulacak olmakla birlikte, BasışK. çerçevesinde, zaten hemen aynı içeriğe sahip kendi özel düzenlemesinin uygulanacağını söyleyebiliriz. Çünkü her şeyden evvel, BasışK. hükmü kendi kapsamında bu konuda özel hüküm (özel yasa) iken, TBK. 440 hükmü genel hüküm (genel yasa) niteliğindedir ve BasışK.18 hükmünü açıkça veya örtülü biçimde yürürlükten kaldırmış değildir. O halde BasışK. bağlamında kendi kuralı halen yürürlükte ama ölen gazetecinin hak sahiplerine BasışK.18'deki ölüm tazminatı yanında bir de TBK. 440'daki ölüm ödemesinin yapılacağı da söylenemez. Zira aynı olay (gazetecinin ölümü) nedeniyle işverenin işçinin hemen aynı konumdaki yakınlarına farklı ölçekte ama aynı temele ve mantığa dayanan iki ayrı ödemede bulunması, bizce isabetli değildir.

Fakat böyle bir ödeme içermeyen İşK. ve DenişK. açısından durumun ne olacağı, TBK. 440'daki bu ölüm tazminatının/ölüm ödemesinin genel hüküm niteliğiyle uygulanıp uygu-

lanamayacağı tartışılabilir. Özellikle de işçinin kıdeminin vs. koşulların kıdem tazminatına yettiği hallerde sorun naziklik taşıyabilir. Bununla birlikte kişisel düşüncemiz; bu iki yasa kapsamındaki işçinin ölümü halinde de, işverenin yasadaki ölçekte bir ödemeyi, onun sağ kalan eşi ve reşit olmayan çocuklarına; bunlardan birisi yoksa da ölen işçinin bakmakla yükümlü olduğu kimselere kıdem tazminatı alıp alamayacaklarına bakmadan yapmasıdır²⁵. Zira gerek İşK. ve gerekse de DenişK. 'da bunu engelleyen bir kural mevcut değildir.

Bizce, TBK. hükümleri diğer iş yasaları karşısında genel yasa/genel hüküm niteliğine sahiptir ve onlarda boşluk bulunan bu olguda, İşK. ve DenişK. kapsamında da uygulanmalıdır. İşçinin ölümüyle sona erme halinde, her iki yasa kapsamında işçinin mirasçılara (şartları varsa) kıdem tazminatı ödenecek olması da bunu değiştirmemeli, mükerrer ödeme gibi algılanmamalıdır²⁶. Ölüm tazminatının özellikle bir aylık ücret tutarındaki şeklinin, işçinin belli bir kıdemini gerektirmeyişi; iki aylık ücret alanların kıdemi 5 yıldan ne kadar çok olursa olsun aynı miktarı alması ve sadece mirasçılara ve mirasçı olsa bile bakım alacaklısına bile ödenecek olması, onun kıdem tazminatından ayrı bir ödeme olduğunu ortaya koyar. Kaldı ki, işçinin ölümüyle hak edilen kıdem tazminatının ödeneceği kişi çevresi, çoğu kez TBK. 440'dakilerle aynı olmayabilecektir. Fakat TİSK, henüz taslak halindeyken bunun "kıdem tazminatı benzeri bir ödeme" olduğunu ve kıdem tazminatı fonuna ilişkin durum açıklanmadan getirilmesinin isabetsizliğini dile getirmişti²⁷.

Basın İş Kanunu çerçevesinden olaya bakılırsa, gerçekten burada yasanın gazetecinin (işçinin) ölümü halinde, TBK. 340 hükmüyle biraz benzer içerikte ve "ölüm tazminatı" diye anılan bir ödeme yapılmasını emrettiği görülür. Hüküm aynen şöyledir; "gazetecinin ölümü sebebiyle iş akdinin sona ermesi halinde, eşi ve çocuklarına ve bunlar bulunmadığı takdirde geçimi kendisine terettüp eden aile efradına müteveffanın aylık ücretinin üç mislinden az olmamak üzere, kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı verilir" (BasışK.18).

Konuyu biraz irdelemek gerekirse; her şey-

den evvel bu ölüm tazminatının bir kıdem tazminatı mı yoksa onun dışında, başka bir tazminat mı olduğu tartışmalıdır ve her iki yönde de görüşler ileri sürülmektedir²⁸. Fakat bizce de, bu ödeme bir kıdem tazminatı değildir ve ödenmesi, işçinin kıdem hakkına sahip olmasını da gerektirmez²⁹ ve TBK. 440 düzenlemesine benzer ama kimi yönleriyle de ayrılır görülmektedir. Gerçekten de, bu tazminat da, işçinin (gazetecinin) ölümü halinde gündeme gelmektedir ve ödeneceği kişiler, ölen işçinin (gazetecinin) "eşi ve çocukları" ile bunlar yoksa "geçimi gazeteciye düşen aile fertleri" olarak sayılmıştır. Burada bir benzerlik var gözükmele birlikte, ayrılan noktalar da vardır. Örneğin TBK., eşi ve ergin olmayan çocuktan söz ederken, burada eşi ve çocukları sayılmış ama çocuğun ergin olup olmamasına değinilmemiştir. Bu yüzden, burada ölen gazetecinin ergin olan ve olmayan tüm çocuklarının talep hakkı olduğu söylenmelidir³⁰.

Sonra bir diğer fark; gazetecinin eşi ve çocukları yoksa kendilerine ödeme yapılacak kişilerle ilgilidir. TBK., işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerden söz ederken, bunların işçinin ailesi fertleri olmasını aramamaktadır. Oysa BasışK., gazetecinin bakımı kendisine düşen kişilerin, gazetecinin aile fertleri olmasını, arayarak TBK.'dan ayrılmaktadır.

Bir diğer fark ise; ödenecek tazminatın miktarında görülmektedir. Öyle ki, TBK., işçinin hizmet süresi (iş ilişkisinin devam süresi) 5 yıla kadar (5 yıl dahil) ise, tazminatın bir aylık ücret tutarında, ama iş ilişkisi 5 yıldan uzun sürmüşse de iki aylık ücret tutarında olacağını belirtmektedir (TBK. 440). Buna karşın BasışK., bizce, gazetecinin kıdemi ne olursa olsun, onun aylık ücretinin 3 katı tutarından az olmamak üzere, (eğer kıdemi bundan fazlayı gerektiriyorsa) kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı ödeneceğini öngörmektedir³¹. Yani her iki ödemenin miktarları da birbirinden farklıdır.

Neticede gazetecinin ölümü halinde, onun yasada sayılan hak sahiplerine ödenecek ölüm tazminatının, TBK. 440'dakine oldukça yakın özellikler gösterdiği ve bu yüzden, TBK. 440 hükmünün BasışK. kapsamında da uygulanıp uygulanamayacağının tartışmalara yol açacağı

söylenbilir. Konu, her iki yönde de görüş ile-ri sürmeye zemin hazırlayabilecek gibi gözük-mektedir. Ancak TBK.'yı ve ilgili hükümlerini İşK., BasışK. ve DenişK. karşısında genel yasa/genel hüküm saymayan anlayışa meyledilirse, bu durumda TBK.'nın bu ölüm ödemesi hük-münün, diğer iş yasaları (İşK., BasışK. ve De-nişK.) kapsamındaki iş ilişkilerinde uygulan-mayacağı sonucu ortaya çıkar.

Kişisel eğilimimiz, TBK.'nın diğer iş yasaları karşısında genel kanun konumu taşıdığı ve on-larda boşluk bulunan hallerde TBK. hükümlerince bu boşluğun doldurulacağı yönündedir. Ama bu durum, özel yasanın kendisinde aynı konuda özel bir düzenleme varsa, TBK. 440 hükmünün, onun uygulanmasını engelleyece-ği anlamında değildir. Gerçekten de BasışK.'da TBK. 440'dakine benzer içerikte ve fakat mik-tarı ve ödeneceği kişi çevresi biraz değişik ve hukuki niteliği tartışmalı bir ödemeye hem de ölüm tazminatı adıyla yer verilmiştir (BasışK. 18). Dolayısıyla BasışK. çerçevesinde, zaten hemen aynı içeriğe sahip kendi özel düzenle-mesinin uygulanacağını söyleyebiliriz. Çünkü her şeyden evvel, BasışK. hükmü kendi kapsa-mında bu konuda özel hüküm (özel yasa) iken, TBK. 440 hükmü genel hüküm (genel yasa) niteliğindedir ve BasışK. 18 hükmünü açıkça veya örtülü biçimde yürürlükten kaldırmış de-ğildir. O halde BasışK. bağlamında kendi kuralı halen yürürlükte ama ölen gazetecinin hak sahiplerine BasışK.18'deki ölüm tazminatı ya-nında bir de TBK. 440'daki ölüm ödemesinin yapılacağı da söylenemez. Zira aynı olay (gaze-tecinin ölümü) nedeniyle işverenin işçinin he-men aynı konumdaki yakınlarına farklı ölçekte ama aynı temele ve mantığa dayanan iki ayrı ödemede bulunması, bizce isabetli değildir.

Aslında tüm bu tartışmaların kökeninde, İş-viçre BK. hükümlerini, onlarda farklı iş yasa-ları ve benzer veya farklı ödemeler bulunup bulunmadığını araştırmaksızın nerdeyse birebir tercüme yoluyla Türk hukukuna aktarmanın yattığını söylemek pek de yanlış olmaz.

2- İşverenin Ölümü ve Tazminat Dahil Sonuçları:

Hizmet sözleşmesi taraflarından birisi olan

işçinin ölümünün, onun hizmet sözleşmesini hiç istisnasız sona erdirdiği yukarıda sunuldu. Şimdi, aynı hizmet sözleşmesinin diğer tarafı olan işverenin de ölümüyle karşılaşılabilir ve ölüm ile ilgili olarak yukarıda işçinin ölümü bağlamında söylenenler burada da geçerlidir. Burada konumuz itibariyle "işverenin ölümü" nün ölüm anında mevcut hizmet sözleşmele-rine etkisinin ne olacağı üzerinde de durmak gerekir. Ancak hemen başta belirtilsin ki, işve-renin ölümü, sadece gerçek kişi olan bir işve-ren bakımından gündeme gelebilir. Tüzel kişi-nin veya kişiliği bulunmayan işverenin ölümü düşünülemez. Fakat onların tüzel kişiliğinin sona ermesi yahut kapatılması vs. gibi olgula-rın MK. ve ortaklıklarla ilgili hükümlere göre değerlendirilmesi gerekir.

A. İşverenin Ölümünün İş Sözleşmelerine Etkisi:

İşverenin ölümünün mevcut hizmet sözleş-melerine etkisini birisi kural ve diğeri istisnai nitelik gösteren iki şekilde inceleyebiliriz. Buna göre;

a-) *Kural, Hizmet Sözleşmelerinin Mirasçılara Geçmesi ve Mirasçılardan İşveren Konumunu Elde Etmesi:*

İş sözleşmesinin taraflarından birisi de iş-verendir ama sözleşme devam ederken onun ölmesi (veya başka şekilde değişmesi) ilke ola-rak hizmet sözleşmesini sona erdirmez. Onun yerine mirasçılar geçer (TBK. 41/1). Bu durum işyerinin kısmen veya tamamen devri gibi al-gılanır ve ölen işverenin işçilerinin tümünün hizmet sözleşmesinin herhangi bir şeye ihtiyaç duymadan, onun mirasçılara geçtiği kabul edilir. Bunun temelinde, hizmet sözleşmesinde işverenin kişiliğinin kural olarak önemli olma-dığı, sözleşmenin kişiliğinden ziyade işyeriyle/işletmeyle yapıldığı olgusu yatar. İlke budur ve bu durum 6098 sy. TBK. 441/1'de de açıkça vurgulanmıştır.

Yalnız bu mirasçıya geçiş bakımından, her ne kadar TMK.'nın mirasla ilgili hükümleri bu-lunsa da; ilgili işçilerin hizmet sözleşmelerinin de işyeriyle birlikte ölüm sonucu mirasçıya geçmesi ele alınırken, işyerinin tümünden veya kısmen devri sonucu devredilen işyerindeki iş-

çilerin hizmet ilişkilerinin de kendiliğinden işverene (devralana) geçişine ilişkin hükümlerin (TBK. 428) kıyasen uygulanacağı da öngörül-müştür (TBK. 441/1).

İşyerinin devriyle birlikte orada çalışan işçilerin hizmet sözleşmelerinin de devralana geçeceğine dair kuralın, işverenin ölümüyle işyerinin mirasçılara geçişinde kıyasen uygulanmasının nedeni; işverenin ölümü halinde iradi değil kanuni bir devrin (işveren değişikliğinin) bulunduğu olsa gerektir.

İşverenin ölümü sonucu işyerinin ve orada çalışan işçilerin mirasçıya geçişi bakımından şunlara dikkat etmek gerekir;

- İşverenin ölümü sonucu işyerinin ve orada çalışan işçilerin iş ilişkisinin onun mirasçılara geçmesi; ancak yasal biçimde mirası reddetmemiş ve mirastan atılmamış mirasçılar bakımından gündeme gelebilir.

- İşverenin mirasçısı bir kişiye işveren konumu da yalnızca ona ait olur fakat mirasçılardan birden çok olması halinde işveren sıfatı da mirasçılardan tümüne birden aittir.

- Miras kabul edenler bakımından işveren murisin ölümüyle birlikte işyeri de tüm hak ve borçlarıyla onlara geçer. Ayrıca, yasal buyruk gereği; işyeri devri hükümleri (TBK. 428) kıyasen uygulanarak bu işyerinde çalışan işçilerin hizmet ilişkileri de mirasçılara geçmiş sayılacaktır. Fakat hizmet sözleşmesinin de ölümle mirasçıya geçebilmesi, muris işverenin ölümü anında hukuken varlığını sürdüren hizmet ilişkileri bakımından olsa gerektir. Çünkü buna kıyasen uygulanacak hükümde (TBK. 428/1), “devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmelerinin” işyerini tümünden/kısmen devralana geçeceği açıkça belirtilmiştir. O halde muris işverenin ölümünden evvel sona ermiş hizmet sözleşmeleri açısından böyle bir durum söz konusu değildir.

- Muris işverenin ölümü anında hukuken devam eden hizmet sözleşmelerinin mirasçılara geçmiş “tüm hak ve borçlar ile birlikte” geçeceği kabul edilir (TBK. 441/1 atfıyla 428/1). Sadece, ölümden evvel sözleşmesi bir şekilde son bulan işçilerin yeniden işe alınmasıyla ilgili yasal düzenlemelerin verdiği hakları (SenK. 29), ölümle işveren konumunu elde eden mi-

rasçılara karşı da ileri sürebileceği söylenir. Ölüm anında mevcut hizmet ilişkileri, o ana dek sahip oldukları kıdem, ücret vs. alacağı ve borçları itibarıyla tümüyle mirasçılara geçer. Örneğin ilgili işçilerin kıdemi o sözleşmeyle çalışmaya başladıkları tarihten başlatılır (TBK. 441/1 atfıyla TBK. 428/2). İşçiler haklarını mirasçılara karşı ileri sürecekları gibi, iş ilişkisinden doğan borçları da yine mirasçılara karşı ifa etmek durumunda kalacaklardır. Bu sonuçların doğması bakımından, ölen murisin de bu ilişkideki işverenliği miras-ölüm/işyerinin veya iş ilişkisinin devri yollarından biriyle mi yoksa ilk işveren olarak mı elde ettiği de bu sonuçlar bakımından önemsizdir.

- Yalnız, işyerinin devriyle ilgili hükümlerden, devreden de devirden önce doğmuş borçlardan, devir tarihinden itibaren 2 yıl süreyle devralanla birlikte sorumlu olacağı kuralının (TBK. 428/son), işverenin ölümüyle onun konumunu edinen mirasçılarla ilgili uygulanması, hukuken- mantıken ve fiilen imkansızdır. Çünkü işveren ölmüş ve artık hukuk hayatından da sosyolojik- maddi hayattan da çekilmiş, yok olmuştur. Kaldı ki, zaten o yaşıyor olsaydı mirasçılardan bu yol ile işverenlik konumunu edinmeleri mümkün olmazdı.

b-) İstisna; Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi:

Bir gerçek kişi işverenin ölümü halinde; ölüm anında hukuken mevcut ve tarafı olduğu hizmet sözleşmelerinin, onun mirasçılara geçmesi sadece ilke (kural) olup yukarıda sunulmuştur. Fakat her kural/ilke gibi bunun da istisnası mevcuttur ve işverenin ölümüyle birlikte, onun taraf olduğu tüm hizmet sözleşmelerinin de kendiliğinden sona ereceği hallerle karşılaşılabılır ve hukukun da buna kayıtsız kalması beklenemez. Nitekim evvelden beri 818 sayılı BK. 347’de düzenlenen ve tüm iş yasaları bağlamında uygulanacağı öğretilen benimsenen ve yukarıda değinilen bu yöndeki eğilimin, 6098 sy. TBK.’da açıkça kurala bağlandığı görülmektedir (TBK. 441/2). Gerçekten yeni getirilen yasal düzenlemeye göre; “hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle sona erer” (TBK. 441/2.c.1). Fakat ölümün sırf

gerçek kişilere özgü olup, gerçek kişi olmayan (tüzel kişi veya kişiliği bulunmayan) işverenlerin ölümünden söz etmek mümkün değildir. Gerçi tüzel kişiliğin ortadan kalkması, bir nevi onun ölümü gibi değerlendirilmeye çalışılsa da, bunun hukuken ve mantiken mümkün olmadığını söylemeliyiz. Bizce “ölüm”, yaradılışı gereği (kişi olarak) sadece insana (gerçek kişiye) özgü bir olgudur. MK. 48 hükmünün yorumuyla bu sonuca varmak mümkündür. O halde, işverenin ölümü sonucu işçiye tazminat ödenmesi hususu; gerçek kişi işverenle tüzel kişi olan veya kişiliği bulunmayan işverenler arasında bu tazminat bakımından yapılmış bir ayırım olarak görülecektir. Ancak bu, bizzat kanunen ve yaradılış gereği yaşanan bir olgudan kaynaklanan doğal bir ayırımdır. Anayasanın eşitlik ilkesi ile haksız ayırmacılık yasağını (AY.10) zedeleyen bir yanı da yoktur.

İşte bu hüküm dikkate alındığında, gerçek kişi işverenin ölümüyle onun tarafı olduğu hizmet sözleşmesinin böylece (ölümle) son bulabilmesi için; o hizmet sözleşmesi kurulurken, ağırlıklı olarak işverenin kişiliğinin dikkate alınarak kurulmuş olması gerekir. Bundan kasıt, işverenin kim olduğunun/olacağıının bu ilişki-deki tek baskın öge/amaç olması değildir. Ama alelade bir hizmet sözleşmesindeki gibi işverenin kim olduğunun/olacağıının önem taşımadığı da söylenemez. Ayrıca her iş sözleşmesinde asıl önemlisi işçinin kişiliğidir. Fakat burada bunlar inkar edilmemekle birlikte; alelade bir iş ilişkisindeki nazaran, işverenin kim olduğunun/olacağıının da hizmet sözleşmesi yapılırken asli/baskın bir unsur olarak taraflarca dikkate alındığı bir durum söz konusudur. Örneğin hukuken tam ehliyetli ama biraz hasta olan bir işveren işyerine çeşitli branşlarda işçiler alınırken, kendisinin sağlık problemleriyle veya bakımıyla ilgilenmek üzere bir de hemşire veya doktoru işe almış olsun. Yahut kendisine özel şoför, özel hizmetçi, özel sekreter olarak işe alması da böyledir³². İlişki böylece devam ederken bir süre sonra işverenin ölmesi, bu hizmet sözleşmesini sona erdirir fakat diğer işler için alınan işçilerin sözleşmesi mirasçılarla devam eder. Yalnız burada verdiğimiz bakım örneğinin, bir başka sözleşme olan “ölünceye

kadar bakma sözleşmesi” (TBK. 611 vd.) ile karıştırılmaması gerekir. Verdiğimiz bakım örneğinde işverenin kişiliğinin sözleşmedeki baskın öge niteliği eşyanın doğası gereği kendiliğinden anlaşılır. Lakin bir hizmet sözleşmesindeki işverenin kişiliğinin baskın bir şekilde göz önünde tutulduğu sonucunun sadece böyle işin doğasından çıkacağı söylenemez. Taraflar, henüz hizmet sözleşmesi yaparken (hangi işle ilgili olursa olsun) işverenin kişiliğinin ve kim olduğunun bu sözleşme bakımından önemli olduğunu vurgulamış ve sözleşmeye de koymuşlarsa; bu durumda da işverenin ölümünün sözleşmeyi sona erdireceği kabul edilebilir kanısındayız.

İşverenin ölümüyle hizmet sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği kuralının (TBK. 441/2,c.1) mutlak emredici bir kural olmadığını, tarafların, işveren ölse bile iş ilişkisinin sona ermeyip işverenin mirasçılarıyla devam edeceği yönünde anlaşmalarının pekala mümkün ve geçerli olduğunu düşünüyoruz³³. Kaldı ki, böyle bir anlaşmanın varlığı durumunda, o sözleşme kurulurken işverenin kişiliğinin ağırlıklı olarak dikkate alınmadığı da ortaya çıkar.

- İşverenin kişiliğinin ağırlıklı olarak dikkate alınarak kurulan hizmet sözleşmesi, işverenin ölümüyle birlikte kendiliğinden sona erer

Yasal sistemimize göre, böylece sona eren hizmet sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli yahut tipik/atipik bir hizmet sözleşmesi olması mümkündür ve son bulmaya bir etkisi yoktur. Bununla birlikte, yasa hizmet sözleşmesi böylece işverenin ölümüyle sona eren işçiye mirasçıların hakkaniyete uygun bir tazminat ödemesi gerektiğini de belirtmiştir (TBK. 441/2,c.2). Gerçekten de konuya yönelik hükümde yasa aynen, “işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir” demektedir (TBK. 441/2,c.2). Oysa bu düzenlemeye kaynak olan İsviçre BK.’nın ilgili hükmünde ise “...işçi iş ilişkisinin zamanından önce sona ermesinden doğan zararları için uygun bir tazminat talep edebilir” denilmektedir (OR. Art.338a/Abs.2). Her iki hüküm sanki birbirinin aynıymış gibi gözükse de, kimi noktalarda farklılık bulun-

duğu söylenebilir. Örneğin İsviçre BK. iş ilişkisinin "zamanından önce sona ermesi"nden söz ederken. TBK., sözleşmenin "süresinden önce sona ermesi"nden bahsetmektedir. Günlük dilde bu iki anlatım sanki farksızmış gibi gelse de, iş hukuku bakımından sözleşmenin belirli süreli olmasını mı gerektireceği sorusuna yol açabilir. Ayrıca, işçinin zararı ve ödenecek tazminat bakımından da bu deyim verilecek anlamın önemli olduğu anlaşılmaktadır. Konu, önemi nedeniyle aşağıda ayrıca sunulacaktır.

İşte kaynak kanundan biraz farklılık taşıdığını söylediğimiz bu hükmün (TBK. 441) açılımında bazı noktalara işaret etmek gerekir. Şöyle ki;

- Yukarıda da belirtildiği üzere; işverenin kişiliği baskın biçimde dikkate alındığı için işverenin ölümüyle sona erecek hizmet sözleşmesinin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu önemsizdir. Belirli veya belirsiz süreli sözleşmenin böylece sona ermeyeceğine dair bir kurala yasada yer verilmiş değildir.

Fakat işverenin ölümüyle son bulan sözleşmede işçinin hakkaniyete uygun bir tazminat talebinden söz eden hükümde, "sözleşmenin süresinden önce sona ermesi"nden bahsedilmesi (TBK. 441/2.c.2) zihinleri bulandırabilecek gibidir. Çünkü bir sözleşmenin süresinden evvel sona ermesi, ancak o sözleşmenin (asgari/azami/normal) belirli bir süreye sahip olmasını gerektirir. Aksi halde, böylesi süre içermeyen belirsiz süreli bir sözleşmede o sözleşmenin olmayan bir süreden evvel sona erdiğinden söz edilemez.

- Eğer bu yorum tarzı benimsenirse; işverenin kişiliğinin baskın olarak (ağırlıklı olarak) dikkate alınarak kurulan belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin de (tıpkı belirsiz süreli sözleşme gibi) işverenin ölümüyle son bulacağı ve fakat mirasçıların işçiye bu yüzden hakkaniyete uygun bir tazminat (TBK. 441/2,c.2) ödeme yükümü bulunmadığı söylenecektir. Ancak, yasanın sözüne uygun bu yorumun, özüne de (amacına da) uygunluk taşıdığını söylemek pek kolay olmayacak gözükmektedir. Zira işverenin ölümüyle sona ermek bakımından sözleşmenin belirli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu önem taşımazken, bu yüzden sözleşmesi sona eren

işçiye hakkaniyete uygun bir tazminat ödemesi bakımından neden önem taşıdığını anlamak mümkün değildir.

Kanımızca; yasadaki "sözleşmenin süresinden önce sona ermesi" deyimini, hem belirli süreli ve hem de belirsiz süreli sözleşmede uygulanabilecek tarzda, İsviçre'deki gibi sözleşmenin "zamanından önce sona ermesi" biçiminde anlamalı ve sözleşme belirli süreliyse bu belirli süresinden evvel; belirsiz süreliyse de işçinin kıdemine denk gelen fesih bildirim süresinden evvel sona ermesi biçiminde yorumlamalıdır. Hatta buna göre de, sözleşmenin zamanından önce sona ermesi yüzünden işçinin uğradığı zararın ve kendisine ödenecek tazminatın belirlenmesine gidilebilir. Öyle ki, işverenin ölümü üzerine hizmet sözleşmesi sona erince, işçinin bu yüzden uğradığı bir zarar varsa, bu zararın tazmini bağlamında mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat istenebileceğinden (TBK. 441/2,c.2), öncelikle işçinin bu yüzden uğradığı bir zararın mevcut olması gerekir. Kanımca sorun halinde bu yüzden bir zararının varlığını ilgili işçinin iddia ve ispat etmesi gerekir. Ancak işverenin ölümüyle sözleşmenin sona erdiği hallerde işçinin zararının ne olabileceğine dair bir veri ise yasada belirtilmemiş gözükmektedir. Bu yüzden sorun, değişik ihtimallere ve buna bağlı yorumlara açıktır. Örneğin zarar için, işverenin ölümüyle sözleşmenin sona ermesinin yeteceği, zira sözleşmenin belirli süreli olup olmadığına göre, zararın zaten mevcut olduğu, akla gelebilecek bir yorum tarzıdır. Fakat yasanın sözünden de yola çıkarak bu açılıma katılmayacaklar bakımından, ayrıca somut bir zararın varlığı ve ilgili işçi tarafından da ispatı aranacak ve aksi halde tazminat da gündeme gelmeyecek demektir. Lakin biz yasada kullanılan sözleşmenin "süresinden önce sona ermesi" deyimine verilecek anlamla birlikte konuyu ele almayı düşünüyoruz. Gerçekten, eğer bu ifadeye bağlı kalınırsa, süre ve bitimi sadece belirli süreli hizmet sözleşmesinde gündeme geleceğinden, ölüm nedeniyle tazminat da ancak belirli süreli sözleşmenin işverenin ölümü nedeniyle süresinden önce sona ermesi durumunda ödenecek demektir. Hatta bununla bağlantılı olarak zararın da sözleşmenin geri

kalan süresinden oluştuğu gibi bir sav da akla gelebilecektir. Bunun sonucu, belirsiz süreli süre ve süresinden önce sona erme yaşanmayacak ve ölüm nedeniyle sona erme halinde tazminat da gündeme gelemeyecektir. Ancak mevcut yasal sistem içinde, belirli süreli sözleşmeyle belirsiz süreli sözleşmenin işverenin ölümüyle sona ermesinin doğuracağı tazminat bakımından böyle bir ayırımı haklı kılan hiçbir dayanağın bulunmadığı kanısındayız. İşte bu yüzden ki, biz yukarıda da belirtildiği üzere, yasadaki “süresinden önce sona ermesi” deyiminin sözleşmenin “zamanından önce sona ermesi” biçiminde anlamak ve yorumlamak gerektiğini düşünüyoruz. Zira hükme bu anlam verilince, sözleşmenin belirli süreliyse normal süresinden önce; ama belirsiz süreliyse de, bu kez o ana dek devam süresine denk gelen fesih bildirim önelinden önce işverenin ölümüyle sona erdiği söylenebilecektir. Dile getirdiğimiz bu düşünce, işverenin ölümüyle sona eren iş ilişkisinde işçinin bu yüzden (ölüm nedeniyle sona erme yüzünden) uğradığı zararın belirlenmesinde de önem taşıyacaktır denilebilir. Şöyle ki;

- Eğer sözleşme belirsiz süreliyse, ölüm nedeniyle zamanından önce sona erme, ölüm anındaki hizmete denk gelen fesih bildirim önelinden önce sona erme anlamına geleceğinden, işçinin bu yüzden uğradığı zararın da hiç değilse, en azından bu öneller tutarınca ücretten oluşacağını söylemek mümkündür. Bunun yanına başka ek ödemelerin girip girmeyeceği, somut olayın koşullarına bağlıdır demek mümkündür. Örneğin işçinin kısa zamanda iş bulamayacak olması vs. böyledir.

- Fakat hizmet sözleşmesi belirli süreliyse; bu kez ilk olasılık, sözleşmenin geri kalan süresine ait ücretin, işverenin ölümüyle sözleşmenin zamanından (süresinden) önce sona ermesinin yol açtığı bir zarar olarak nitelenmesidir. Geriye kısa sürenin kaldığı hallerde bunun pek sıkıntıya yol açtığı söylenemez ama geriye uzun süre kalması durumunda sıkıntı oluşturacağı söylenebilir. Örneğin 5 yıllık bir iş sözleşmesinin henüz ikinci ayında veya ikinci gününde işverenin ölümüyle sona ermesi halinde durum böyledir. Bu yüzden ki, belirli süreli

sözleşmede de ya varsayımsal olarak önel hesabı yapılmalı ve bu sözleşmedeki varsayımsal önel tutarınca ücretin zarar olarak nitelenmesine gidilmeli ya da zarar sözleşmenin geriye kalan süresinden oluşsa da, tazminat belirlenirken TBK. 408 ve 438/1,2 den de hareketle bazı indirimlere gidileceği ve nihayetinde tazminatın en çok varsayımsal önel kadar olabileceğine, meyletmelidir. Zira sözleşmenin işverence süresinden evvel haksız feshinde bile yapılan indirimlerin işverenin ölümüyle sözleşmenin sona ermesinde uygulanmayacağını söylemek pek isabetli gözükmez.

Neticede sözleşme ister belirli ve isterse de belirsiz süreli olsun, işverenin ölümüyle sona ermesi sonucu işçinin uğradığı zararları böylece saptadıktan sonra şimdi bunun tazminine, bundan dolayı istenebilecek tazminata geliyoruz. Yasal düzenlemeden anlaşıldığına göre, işçinin bu yüzden mirasçılardan isteyebileceği tazminatın “hakkaniyete uygun bir tazminat” olması gerekir (TBK. 441/2). Şüphesiz, tazminatın hakkaniyete uygun olup olmadığını belirleyecek olan, ilgili işçi veya işverenin mirasçısı değil, sorun halinde mahkemedir/hakimdir. Hakim de somut olayın özelliklerini dikkate alarak mevcut zarardan ne miktarın tazmin edileceğini, ne miktarın hakkaniyete uygun bir tazminat olduğunu belirleyecektir. Ama herhalde zararın tümüyle tazmini pek düşünülecek bir ihtimal değildir. Bu konuda bir ihtimal olarak şunlar söylenebilir;

- Belirsiz süreli sözleşmede, tazminatın ancak uyulması gereken fesih bildirim öneli tutarınca bir ücretten (ihbar tazminatından) oluşacağını düşünebiliriz. Çünkü, işverenin ölümüyle sona ermeseydi de anılan önellere uyarak sözleşmeyi sona erdirmek mümkündü ve buna uymadan sözleşmeyi haksız feshettiği hallerdeyse işverenin ona öneller tutarınca kazancını tazminat (ihbar tazminatı) olarak ödemesi gerekirdi (TBK. 438/1).

- Belirli süreli sözleşmede ise; Aslında tazminatın sözleşmenin geri kalan süresi tutarınca ücretten oluşabileceği, ama yargıcın bundan çeşitli nedenlerle (TBK. 408 ve 438/2) indirime de giderek olaya özgü hakkaniyete uygun bir miktara karar verebileceği söylenebilir. Çünkü

haksız fesihle bile yapılan indirimlerin (TBK. 438/2), işverenin ölümüyle sona erme halinde gündeme gelemeyeceği söylenemez. Zira ölümle sona ermede, işverence yapılan haksız fesih gibi işverene yüklenecek ağır bir durum yoktur. İşveren intihar ederek veya güvenlik güçleriyle yahut işçiyle çatışarak ölse de durum böyledir, diye düşünüyoruz. Fakat belirli süreli zararı ve tazminat belirlenirken, sözleşmenin geriye kalan süresinin kısa veya uzunluğu da önemli rol oynayabilir. Örneğin geriye 5 yıl kalmış bir sözleşmeyle geriye 10 gün kalmış bir sözleşmede işçinin, işverenin ölümüyle sona erme yüzünden uğradığı zararın aynı olduğu söylenemez.

Fakat belirsiz süreliyle paralellik sağlamak istenirse, belirli süreliyle hakkaniyete uygun tazminatın da en çok ilgili işçinin ölüme kadarki hizmet süresine denk gelen fesih bildirim öneli tutarınca kazançtan oluşacağı savunulabilir. Süresinin bitimine varsayımsal olarak bulunacak fesih bildirim önelinden uzun süre kalanlarda bu sav adil gözüktür ama önelinden daha kısa süre kalan ilişkilerde aynı tutar tazminatın hakkaniyete uygun olduğu söylenemez, denilebilir.

İşçiye böylece ödenecek tazminat tutarı belirlenirken; hakimin, işçinin altı aylık ücreti tutarından daha yüksek bir miktara hükmedip hükmedemeyeceği üzerinde de durulmalıdır.

- Şüphesiz tazminat belirlenirken, işçinin ve ölen işverenin ve mirasçılarının ekonomik durumları ve fesih bildirim öneleri ile sözleşme belirli süreliyse, sözleşmenin geriye kalan süresinin uzunluğu da dikkate alınmalıdır. Keza işçinin kolayca iş bulabilecek bir konumunun bulunup bulunmadığı da gözden ırak tutulmalıdır.

- İşçiye böylece ödenecek tazminatın, kıdem tazminatı vs. değil, işçinin zarar görme koşuluna bağlı bir "hakkaniyet tazminatı" olduğu kanısındayız.

- Bu tazminatı ödemekle yükümlü olan mirasçılarının niteliği ve muris işverene yakınlığı noktasında bir ayırım yapılmadığından; kanuni ve atanmış tüm mirasçılarının sorumluluk taşıdığını düşünüyoruz. Yeter ki mirasçı mirası reddetmesin veya mirasçılıktan çıkarılma ger-

çekleşmesin. Devletin mirasçı olduğu hallerde de durum böyledir. Ancak diğer kişiler mirasçı olup mirası reddetmediğinde, bu tazminattan kendi mal varlıklarıyla bile sorumluyken (sınırsız sorumluluk); Devletin mirasçılığında Devlet sadece muris işverenden kendisine intikal eden aktiflerle sınırlı bir sorumluluk taşıyacaktır.

B. Bu Tazminatın Diğer İş Yasalarında da Uygulanıp Uygulanamayacağı:

Bu tazminatın diğer iş yasaları kapsamında iş ilişkilerinde de uygulanıp uygulanmayacağına gelince, diğer iş yasalarında (İşK., BasİşK. ve DenİşK.'da) işverenin ölümünün hizmet sözleşmesine etkisi açıkça düzenlenmiş değildir. Bu yüzden, zaten evvelden beri BK.'nın genel hükümleri ve hizmet sözleşmesiyle ilgili hükümleri uygulanmaktadır. Bu uygulama ise, iş ilişkisinde işverenin kişiliği baskın/önemli gözükmüyorsa onun ölümü halinde sözleşmenin onun mirasçılara geçip onlarla devam edeceği; fakat ilişkide işverenin kişiliği baskın/önemli ise de işverenin ölümüyle sözleşmenin sona ereceği tarzındadır (BK.347). Fakat bizzat 818 sayılı BK. dahil bu yasaların hiç birisinde, işverenin ölümüyle sözleşme sona erdiğinde bu yüzden işçiye bir tazminat ödeneceğine dair bir kural mevcut değildir. Ama istenirse, sözleşmeyle bu yönde hüküm getirmeye hiç değilse 4857 sayılı İşK. ve BasİşK. çerçevesinde hukuken bir engel de bulunmamaktadır. DenİşK. bakımından, eğer bu ödeme kıdem tazminatı sayılabilirse, yasal bir engel mevcuttur. Çünkü bu yasanın ilgili hükmünde halen, gemi adamına hiç hak etmediği halde veya hak ettiği hakkından kıdem tazminatı ödeyenler için cezai sorumluluk mevcuttur. Yani, kıdem tazminatıyla ilgili düzenleme burada halen mutlak emredici gözükmektedir. Ama işverenin ölümüyle sona ermede yapılması istenen ödemeyi kıdem tazminatı olarak görmezsek, DenİşK. kapsamında da şu an, sözleşmesel olarak getirilecek böyle bir tazminatın hukuken mümkün ve geçerli olacağını söyleyebiliriz. Fakat tüm bunlar, 6098 sayılı TBK. yürürlüğe girene dek söylenebilecek şeylerdir.

Oysa olaya bir de 6098 sy. TBK.'nın yürürlü-

ğe girdiği (gireceği) andan sonrası için bakmak ve değerlendirmek gerekir. Bu bağlamda de-
nebilir ki; (eğer 6098 sy. TBK. yürürlüğe girene
kadar diğer iş yasalarında konuya dair olarak
bu veya aksi yönde bir hüküm getirilmezse);
diğer iş yasalarında TBK. 441/2,c.2 ile paralel
veya farklı bir düzenleme yoktur. Ancak o ya-
salar kapsamında da işverenin ölümü sonucu
iş sözleşmesinin sona ermesiyle karşılaşılabılır.
Bu durumda TBK. 441/2,c.2 hükmü, iş hukuku
mevzuatımızda konuya dair tek ve genel hü-
küm niteliğiyle anılan yasalar (İşK., DenişK.,
BaşİşK.) kapsamındaki iş ilişkilerinde de uygulanacak demektir. Kanımca bunun aksine sözleşme yapılarak anılan tazminatın kaldırılması da hem TBK. ve hem de diğer iş yasaları bakımından mümkün ve geçerli görülemez.

DİPNOTLAR

- 1 Bu konularda bkz. S.Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, 453-454. E.Akyiğit, İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010, 139 vd. Aktay/Arıcı/Kaplan-Senyen, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2007, 169 vd. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, 153 vd.
- 2 Bkz. M.Şakar, Basın İş Hukuku, İstanbul 2002, 94, 106-112. S.Göktaş/Ş.Çil, Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara 2003, 253 vd. E.Akyiğit, İş Kanunu-Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı, 2. Bası, Ankara 2010, 108 vd., 907 vd., 937 vd. N.Gökçek-Karaca, Gazetecinin Basın İş Kanunu'ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, İstanbul 2010, 152 vd. ile 187 vd.
- 3 E.Akyiğit, Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli Sicil/Mart 2011, 25-41.
- 4 Bkz. F.Bayram, Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, (İş ve Sos. Güv. Huk. Türk Milli Komitesi 30. Yıl Arm.) İstanbul 2006, 10 vd. Ö.Ekmekçi, Legal İSGHD. Ekim 2005, 3705 vd. P.Soyer, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler (D.Ulucan'a Arm.) İstanbul 2008, 149-167.
- 5 Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Neubearb. Aufl. München 1998, 267.
- 6 Akyiğit, İş Hukuku, 139. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Neubearb. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln 2007, 208, Rn. 594.
- 7 M.Rehbinder, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2.Abt., 2.Teilbd., 2.Abschnitt, Komm.zu den Art.331-355 OR, Bern 1992, Art.338, N.1.
- 8 Gaiplik kararına dair bir Yargıtay kararı olarak bkz. 2. HD. 22.05.2006-1221/7986.
- 9 Bkz. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Neubearb. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln 2007, 75 Rn. 194 ve 208, Rn.594. W.Dütz, Arbeitsrecht, 11.Aufl. München 2006, 150 Rn. 271.
- 10 Zöllner/Loritz, 267 ve Schaub, BGB. 613, Rn.11.in; Müller/Glöge,Münchener Komm.zum BGB, Bd.4, Schuldrecht-Besondere Teil III, 3.Aufl. München 1997.
- 11 Bkz. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Neubearb. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln 2007, 75, Rn.194. W.Dütz, Arbeitsrecht, 11.Aufl.München 2006, 150 Rn.271.
- 12 Zöllner/Loritz, 267-268.
- 13 Bu konuda bkz. Akyiğit, İş Hukuku, 139 Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Neubearb. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln 2007, 208, Rn.594.
- 14 M.Rehbinder, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2.Abt., 2.Teilbd., 2.Abschnitt, Komm.zu den Art. 331-355 OR, Bern 1992, Art. 338, N.1.
- 15 Reh binder, Art. 338 N.3.
- 16 Bkz. 28.01.2008 tarihli gazeteler.
- 17 Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2010, 21-23. H.Hakeri, Tıp Hukuku, 3. Bası, Ankara 2006, 58-60.
- 18 Bu yönde bkz.Soyer, 165-166.
- 19 Reh binder, Art. 338 N.4.
- 20 Bkz. Reh binder, Art. 338 N.4 Streiff/von Kaenel, Art. 338 N.6.
- 21 Reh binder, Art. 338 N.5.
- 22 OR.Art. 338/Abs. 2.
- 23 Bkz. Reh binder, Art. 338 N.5.
- 24 Bkz. TİSK, TİSK'in Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş ve Önerileri, sf.9.
- 25 Bu anlamı verir gibi bkz. Soyer, 166.
- 26 İşçinin ölümü halinde kıdem tazminatı bağlamında İşK. için bkz. Akyiğit, Kıdem, 108 vd. ile DenişK. içinse, 907 vd.
- 27 Bkz. TİSK'in Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş ve Önerileri, sf.9.
- 28 Bu konuda bkz. Tuncay, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1989, 81. M. Şakar, Basın İş Hukuku, 106-108. E.Akyiğit, Kıdem, 938. Göktaş/Çil, 253. Gökçek Karaca, 187-188 ve oralarda anılanlar.
- 29 Bkz. Akyiğit, Kıdem, 938 ve krş. Şakar, 108.
- 30 Bu anlamı verir tarzda bkz. Göktaş/Çil, 254.
- 31 Krş. Şakar, 107-108.
- 32 Reh binder, Art. 338a N.4. Zöllner/Loritz, 267.
- 33 Bu yönde bkz. Reh binder, Art. 338a N.4.